

THÈSE PRÉSENTÉE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)

SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par Ana GUSAN

**L'AUTONOMIE DE L'ENFANT EN
DROIT INTERNATIONAL**

Sous la direction de Messieurs les Professeurs Loïc GRARD et Michel BÉLANGER

Soutenue le 2 décembre 2019

Membres du jury :

Monsieur Michel BÉLANGER,

Professeur émérite à l'Université de Bordeaux, *directeur de thèse*

Madame Adeline GOUTTENOIRE,

Professeur de droit privé à l'Université de Bordeaux, *président du jury*

Monsieur Loïc GRARD,

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux, *directeur de thèse*

Monsieur Jean-Pierre MARGUÉNAUD,

Professeur de droit privé à l'Université de Montpellier, *rapporteur*

Monsieur François VIALLA,

Professeur de droit privé à l'Université de Montpellier, *rapporteur*

Monsieur Jean ZERMATTEN,

Ancien Président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

L'auteure informe que, sauf indication contraire, les traductions effectuées sont personnelles.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en tout premier lieu à mes directeurs de thèse, Monsieur le Professeur Loïc GRARD et Monsieur le Professeur Michel BÉLANGER qui ont guidé, chacun à sa manière, cette recherche et qui ont fait preuve d'humanisme, de patience et de professionnalisme. Veuillez trouver en ces lignes trop courtes, chers Professeurs, l'expression de ma plus sincère gratitude.

Je tiens également à remercier le Professeur Olivier GUILLOD de l'Université de Neuchâtel pour la possibilité de réaliser des recherches scientifiques au sein de l'Institut de droit de la santé durant un an. Cette expérience a été finalement déterminante dans la concrétisation de mon sujet de thèse. De même, j'exprime ma gratitude à l'Institut of Advanced Legal Studies de l'University of London pour l'accueil inconditionnel qui m'a permis de me plonger dans la doctrine anglo-saxonne.

Je remercie vivement Madame Marie-Laure BARAZER pour ses relectures, ainsi que mon amie Tatiana SHULGA-MORSKAYA pour son aide à mener à bien cette étude.

Une pensée particulière va vers Mesdames Dominique MARMIÉ et Florence QUÉRÉ du C.R.D.E.I. pour leur générosité et leur soutien indéfectible, de même que vers tous les doctorants du Centre pour leur bienveillance et une atmosphère de travail propice.

À ma fille, à ma famille.

« To respect a child's autonomy is to treat that child as a person and as a rights-holder. »¹

(Michael Freeman)

¹ FREEMAN M. D. A., « Taking children's rights more seriously » in Alston P., Parker S., Seymour J. (dir.), *Children, Rights and the Law*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 65.

ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

AGNU	Assemblée Générale des Nations Unies
AJ fam.	Revue Actualité juridique – Famille
al.	<i>Alii</i>
art.	Article
AUF	Agence Universitaire de la Francophonie
AP	Assemblée Parlementaire
BIT	Bureau International du Travail
c.	Contre
CA	Cour d'Appel
CC	Conseil constitutionnel
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
CDH	Comité des droits de l'Homme
CE	Conseil d'État
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains

COE	Conseil de l'Europe
Coll.	Collection
ComEDH	Commission européenne des droits de l'Homme
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CPI	Cour pénale internationale
D.	Dalloz
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
dir.	Direction
éd.	Edition
ex.	Exemple
GC	Grande chambre
GPA	Gestation pour autrui
Ibid.	<i>Ibidem</i>
IDE	Institut international des droits de l'enfant
In	Dans
IPEC	International Programme on the Elimination of Child labour/ Programme international pour l'élimination du travail des enfants
ITU	International Telecommunication Union/Union internationale des télécommunications
IVG	Interruption volontaire de grossesse
LGBT	Lesbian, gay, bisexual, and transgender
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MGF	Mutilations génitales féminines

MNA	Mineur non accompagné
n°	Numéro
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OG	Observation générale
OHCHR/HCDH	Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'Homme
OIT	Organisation internationale du travail
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
p.	Page
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PMA	Procréation médicalement assistée
préc.	Précité
PUF	Presses universitaires de France
Rec.	Recueil
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant
t.	Tome
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
UE	Union européenne
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization/ Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture

UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees/Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund/Fonds des Nations unies pour l'enfance
V.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE I. La conceptualisation de l'autonomie de l'enfant en droit international

Titre I. La participation, fondement volontariste de l'autonomie de l'enfant

Chapitre I. Vers une autonomie participative substantielle

Chapitre II. Vers une autonomie participative procédurale

Titre II. Le développement, fondement objectiviste de l'autonomie de l'enfant

Chapitre I. L'autonomie de l'enfant en tant que droit à l'éducation

Chapitre II. L'autonomie de l'enfant en tant que droit à la vie privée

PARTIE II. La nécessaire reconstruction du droit international par l'autonomie de l'enfant

Chapitre I. L'autonomie de l'enfant dans la famille

Chapitre II. L'autonomie de l'enfant en environnement religieux ou traditionnel

Chapitre III. L'autonomie de l'enfant face à la société

INTRODUCTION

« *If his eighteenth birthday was tomorrow morning, he would not yet have attained his majority today.* »²

C'est un passage du livre *The Children Act* de Ian McEwan. Le roman relate le dilemme d'un juge britannique devant une décision concernant un adolescent de 17 ans et demi qui refusait une transfusion de sang vitale pour motif religieux³. Cette citation, en réalité, décrit la perception générale du concept d'autonomie individuelle par le droit international, qui est habituellement liée au critère d'âge. En ce qui concerne l'enfant, si le besoin de sa protection apparaît comme une évidence⁴, ce n'est nullement le cas d'une prise en compte de son autonomie. L'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant⁵ (ci-après, la CDE) aurait dû pallier cette lacune, car « *inclut une approche sans précédent de l'autonomie juridique et personnelle des enfants* »⁶. Cependant, à cause d'un texte ambigu, le dilemme reste récurrent.

Le thème des droits de l'enfant est relativement nouveau, mais très dynamique. On observe que la transformation progressive des sociétés nous fait revoir et repenser les principes et les concepts de l'enfance. Il paraît que de nos jours, les problèmes auxquels les enfants sont confrontés en termes de droits fondamentaux diffèrent de ceux d'auparavant. Si naguère, les centres d'intérêt étaient de nature majoritairement protectrice, actuellement une forte attention

² McEWAN I., *The children act*, Johnatan Cape London, 2014, p. 68. Traduction (toutes les traductions sont faites par l'auteur de la thèse) : « *Si son dix-huitième anniversaire était demain matin, il n'aurait pas encore atteint sa majorité aujourd'hui* ».

³ Le sujet du roman, bien qu'artistique, a été conçu avec l'aide d'un juge. Son titre renvoie à *The Children Act* de 1989.

⁴ EEKELAAR J., « De la privacy à l'État-Léviathan. Le cas de l'enfant » in Commaille J., Singly F., *La question familiale en Europe* (Logiques sociales), Paris Montréal, L'Harmattan, p. 271.

⁵ Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), 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. Trois protocoles facultatifs supplémentaires sont venus compléter la CDE. Les deux premiers ont rajouté de la substance au texte original de la CDE sur les questions concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 25 mai 2000) et la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants (Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 25 mai 2000). Le troisième protocole facultatif, quant à lui, introduit la procédure des plaintes et d'enquête (Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications, 19 décembre 2011).

⁶ HAFEN B. C., HAFEN J. O., « Abandoning Children to their Autonomy: The UN Convention on the Rights of the Child » 37, *Harvard International Law Journal*, 1996, p. 449.

est prêtée à ceux qui exigent la participation de l'enfant⁷. C'est-à-dire, les enfants d'aujourd'hui disposent d'un degré d'expression de soi-même et du choix personnel beaucoup plus important que les enfants des générations précédentes⁸. La liberté de décider du moment de sa mort, par exemple, reconnu au mineur dans certains pays européens, suppose certainement une évaluation de la prise en compte de l'autonomie de l'enfant.

Avec ceci, toutefois, le concept d'autonomie de l'enfant sur lequel se fonde cette évolution n'est pas affirmé par le droit international ni éclairci par la doctrine. C'est un terme « *qui surprend les uns, choque les autres* »⁹ de façon à créer une sorte d'atmosphère d'ignorance et une tendance à ne pas en faire usage si c'est possible, ou *a fortiori* de le nier en tant que « mythe »¹⁰ ou « mirage »¹¹. Une telle réticence face à la notion conduit à l'incapacité de donner une signification déterminée *a priori* de l'autonomie de l'enfant ou au moins de délimiter des critères qui favoriseraient son identification. Dans les États plus libéraux, si la doctrine a adopté plus facilement ce vocable, elle n'est pas unanime quant au sens employé. D'habitude, les auteurs qui font recours à l'expression « autonomie de l'enfant » y mettent rarement le même sens. C'est en réalité un terme générique. Les auteurs¹² intensifient la confusion en faisant appel à d'autres notions proches comme *agency*, *empowerment*, *independence*, *self-determination* etc¹³.

⁷ REYNAERT D., BOUVERNE-DE-BIE M., VANDELDELDE S., « A Review of Children's Rights Literature since the Adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *Childhood*, 16(4), 2009, p. 529.

⁸ WADE A., « Being responsible: Good parents and children's autonomy », in Bridgeman J., *Responsibility, Law and the family*, Routledge, 2011, p. 211.

⁹ BONGRAIN M., *L'enfant et le droit. Une autonomie sous surveillance*, Eres, 2000, p. 9.

¹⁰ FINEMAN M.A., *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York, The New Press, 2004.

¹¹ DUPUIS M., BEDDIAR N., DUCROCQ-PAUWELS K., MALLEVAEY B., DEKEUWER DEFOSSEZ F., DUHAMEL J.-C., BOTTIAU A., DESNOYER C., POMART C., LE DOUJET-THOMAS F., NIEMIEC A., AUTEM D., VASSEUR-LAMBRY F., « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n°10 (1ère partie) », *Les Petites Affiches*, n°154, 4 août 2014, p. 6.

¹² Voir HARTUNG C., *Conditional Citizens, Rethinking Children and Young People's Participation, Perspectives on Children and Young People*, Vol. 5, Springer, 2017, p. 51 qui relève la complexité du terme « agentic child ». Selon elle, il incorpore une gamme large de termes, notamment : « autonome », « compétent », « rationnel », « indépendant », « habilité », « actif », « raisonnable », « responsable », « expert », « connaisseur », « conscient », « informé », « capable », « inventif », « utile », « protagoniste », « décideur », « auto-déterminant », « pionnier », « acteur », « leader », « partenaire », « donneurs de sens », « professionnel », « socialisé », « activiste », « créatif », etc. Original : « 'autonomous', 'competent', 'rational', 'independent', 'empowered', 'active', 'reasonable', 'responsible', 'experts', 'knowing', 'aware', 'informed', 'capable', 'resourceful', 'helpful', 'protagonists', 'decision-makers', 'self-determining', 'forerunners', 'actors', 'leaders', 'partners', 'meaning-givers', 'professionals', 'social beings', 'activists', 'creative', etc. »

¹³ L'utilisation des termes en anglais relève leur origine anglo-saxonne. Dans cette thèse, les termes originaux en anglais seront employés systématiquement et la doctrine anglo-saxonne sera prépondérante. C'est dû, d'une part, au fait qu'« en France, l'intérêt pour l'étude des *child studies* ou *childhood studies* pluridisciplinaires commence tout juste à se manifester alors qu'on leur consacre des chaires, des cycles d'études, des revues spécialisées et de grands chantiers de recherche dans d'autres pays, notamment anglo-saxons et scandinaves », in DENECHERE Y., DROUX J., « Enfants et relations internationales : chantiers de recherche », *Relations internationales*, n°161/2015, p. 3.

Le manque, dans le vocable légal, de la notion d'autonomie de l'enfant aurait, selon certains auteurs, un sens purement politique. Notamment, ce terme s'avère dangereux dans un contexte où une approche globale sur les droits de l'enfant est quasi-impossible et quand l'on sait l'influence que peut produire l'utilisation de certaines expressions juridiques sur la société¹⁴. Il apparaît que les soi-disant « *manageables concepts* »¹⁵ seraient plus confortables pour les juristes, afin de concilier les différentes visions opposées. Bien que ces auteurs considèrent inutile une révision sémantique, nous sommes convaincus qu'une telle démarche est absolument nécessaire dans le sens où un nouveau vocable sera déterminant du statut juridique actuel de l'enfant.

Ainsi, le sujet choisi pour cette thèse, « ô, *combien délicat* »¹⁶, est vraiment novateur et certainement controversé. On est conscient qu'il n'y aura donc pas une impression unanime sur ce travail, surtout de la part des sceptiques et des résistants à la notion d'enfants comme titulaires de droits. Cette thèse part de l'axiome que l'enfant dispose d'une autonomie que l'on se propose de conceptualiser. Cette recherche théorique va poursuivre la démarche scientifique en deux temps : d'abord, nous allons cerner l'objet de l'étude (**Paragraphe 1**), ensuite nous allons définir la problématique de la recherche (**Paragraphe 2**).

§1. L'objet de l'étude

Il est important de souligner que la notion d'autonomie de l'enfant s'articule avec des concepts qui portent également un caractère abstrait et polémique. Avec ceci, nous allons essayer par la suite de les délimiter (**A**) afin de procéder à la distinction du thème clé de l'étude (**B**).

A. Les notions de l'étude

La complexité du sujet étudié dans le cadre de cette thèse, à première vue classique, car il s'agit d'un objet d'étude bien défini, est pourtant déterminée par des conflits de vues à plusieurs niveaux. Tout d'abord, il existe une réticence envers l'enfant en tant que détenteur de droits et

¹⁴ KING M., PIPER C., *How the law thinks about Children*, Gower, 1990, p. 68-70.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ CHABERT C., « Carmen Lavallée. L'enfant et ses familles et les institutions de l'adoption -Regards sur le droit français et le droit québécois », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, N°3, 2006, p. 1011 se référant à la thèse de doctorat de Carmen Lavallée et abordant la complexité du domaine des droits de l'enfant qui exige de celui qui s'y risque « *des qualités d'interprétation juridique, de solides connaissances de procédure et une nécessaire sensibilité aux aspects sociologiques* ».

par conséquent une mise en cause de son autonomie (2). Il serait cependant incorrect de notre part de réfléchir sur les droits de l'enfant sans repenser en premier la notion de l'enfant (1).

1. La déconstruction de la notion d'enfance

Dans cette thèse, le terme « enfant », tel qu'il est emprunté par la majorité des conventions internationales et spécialement par la Convention des droits de l'enfant, sera préféré au terme « mineur », qui sera toutefois employé en guise de synonyme.

Le concept d'enfant qui déterminerait, d'après Eichler, les droits de l'enfant, est touché par un défaut de définition¹⁷ et un manque de clarté. D'ailleurs, Geraldine Van Bueren constate que ce sont notamment les problèmes de définitions ceux qui mettent des barrières à la protection du nouveau statut de l'enfant¹⁸. Traditionnellement, sous l'emprise de l'étymologie du mot qui vient du latin *infans*, c'est-à-dire « celui qui ne parle pas »¹⁹, l'enfant était vu uniquement comme objet de protection²⁰. Actuellement, différentes compréhensions de l'enfant peuvent être relevées. Ces perceptions varient dans le temps (a), avec la société (b), selon la culture (c).

a) L'enfant, une construction historique

Historiquement, les enfants ont eu des statuts et rôles différents au sein de la famille et dans la société. Longtemps, la notion d'enfance était confondue avec celle d'adulte. Cette étape a été évoquée dans l'œuvre d'Ariès Philippe « *L'enfant et la vie familiale dans l'ancien Régime* »²¹. À partir du XVI^{ème} siècle, les enfants ont été simplement considérés comme la propriété de leurs pères²². Il s'agit d'un héritage de la doctrine romaine de *patria potestas*²³ qui représentait les pouvoirs du père de famille non seulement de contrôler l'enfant, mais également de disposer de sa vie²⁴. Le rôle de l'État était subsidiaire et intervenait lors d'un abandon de l'enfant. Ainsi, l'image de l'enfant incompetent était très ancrée dans les mentalités de l'époque et a servi de sujet aux nombreux écrivains. Jeremy Bentham, par exemple, malgré son attachement aux

¹⁷ EICHLER M., *Families in Canada today: Recent changes and their policy consequences*, Toronto, 1983.

¹⁸ VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer, 1995, p. 53.

¹⁹ VEILLON D., « Quelques jalons d'une histoire de la parentalité », in Boudot M., Veillon D., *L'Enfant*, Université d'Été 2016, Université de Poitiers, LGDJ, 2017, p. 39.

²⁰ FERMAUD L., « L'intérêt de l'enfant, critère d'intervention des personnes publiques en matière de protection des mineurs » in *Revue du Droit de la sécurité sociale*, N°6, 2011, p. 1136.

²¹ ARIÈS P., *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Éditions du Seuil, 1973.

²² FREEMAN M. D. A., *The rights and wrongs of children*, London: Pinter, 1983, p. 13.

²³ GAIUS, « *Les institues* », livre 1 (D.1.6.3.) : « Dans nos potestas sont aussi nos enfants que nous avons eu en mariage légitime. Le droit sur nos enfants est propre aux citoyens romains » in Du Plessis P., *The Roman law*, Oxford University Press, 2010, p. 111.

²⁴ Encyclopaedia Britannica, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/446579/patria-potestas> (23.02.2015)

valeurs libérales, évoque l'image de l'enfance de l'époque qui « *demande une protection continue à cause de sa faiblesse* ». De surcroît, il caractérise l'enfant comme un être « imparfait » qui ne peut rien faire et demande l'aide extérieure²⁵. Ce modèle a existé jusqu'au début du XX^e siècle, quand les préjudices subis par les enfants ont été évidents et ont conduit à un changement de principes en faveur des intérêts de l'enfant. En effet, cette époque a signifié la fin de l'ère exclusive des adultes et la naissance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a également légitimé l'intervention de l'État dans la sphère privée, où cela était nécessaire pour garantir ce principe²⁶.

Cette tournure bénéfique de la situation de l'enfant, n'a pas pourtant résolu toutes les difficultés liées à sa reconnaissance en tant que personne humaine autonome. Il s'est vite avéré que des lacunes existaient dans la pratique de cette approche. L'enfant était simplement manipulé et exploité dans l'intérêt des autres à cause de la négligence de sa voix dans le processus d'évaluation de son intérêt²⁷. Mieux encore, l'envie de changer l'état des choses était carrément absente, car le silence de l'enfant était « confortable » pour tous. Ainsi, l'idée des droits de l'enfant qui a été davantage véhiculée dans les années 1970-1980 a été un véritable défi pour les systèmes étatiques. Freeman soutenait que cette mesure était orientée vers la reconnaissance du respect pour les porteurs de ces droits, c'est-à-dire, l'acceptation des enfants en tant qu'êtres dès leur naissance, et non seulement en devenir²⁸. Si juridiquement cette approche a été possible avec l'adoption de la CDE, le critère de définition de l'enfant en droit international reste traditionaliste.

b) L'enfant, une construction juridique

En effet, en droit international, la règle de la délimitation entre l'enfance et la maturité s'appuie sur un critère objectif : l'âge de la personne²⁹. La CDE, qui entend par enfant « *tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation*

²⁵ BENTHAM J., *Theory of legislation*, 1840, p. 248.

²⁶ Dans la doctrine anglo-saxonne, cette théorie porte le nom de *parens patriae*. Selon le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, REID H., 1994 : « *Parens patriae* est une expression latine signifiant « père de la patrie » et qui qualifie le pouvoir inhérent de l'État et du tribunal de droit commun, à qui l'exercice de ce pouvoir est conféré, de veiller aux intérêts des personnes qui ne peuvent prendre soin d'elles-mêmes. Ex. La Cour supérieure du Québec peut agir à titre de *parens patriae* dans le but de protéger les intérêts d'une personne mineure lorsque celle-ci n'est pas en mesure de les défendre adéquatement ». Cette doctrine a pris son origine en Angleterre et cette expression s'appliquait d'abord au roi à qui l'on reconnaissait non seulement le pouvoir inhérent, mais aussi l'obligation d'agir pour protéger les intérêts de ceux qui ne pouvaient le faire eux-mêmes.

²⁷ EEKELAAR J., *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, 2007, p. 159.

²⁸ FREEMAN M. D. A., « Taking children's rights more seriously », *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 6, 1992, pp. 52-71.

²⁹ TOMASEVSKI K., *Children in adult prisons. An international perspective*, London : Pinter, 1985, p. 5.

qui lui est applicable »³⁰, ne modifie pas cette approche globale³¹. Ainsi, la représentation juridique de l'enfant s'avère, d'une part, floue car elle n'indique pas le début de l'enfance, d'autre part elle objectivement encadrée.

Des nuances quand même peuvent être entrevues au travers de l'article 5 de la CDE qui met l'accent sur les capacités évolutives de l'enfant. Cette disposition ne donne pas une définition de l'enfant, cependant elle permet des actes qui sortent des standards comportementaux valables traditionnellement pour l'enfant. Donc, la CDE accorde aux enfants le droit de faire des choix en fonction du « *développement de ses capacités* »³². Cette position du législateur international s'avère amphigourique. D'une part, la CDE adopte le critère objectif de définition de l'enfant, d'autre part soutient l'approche développementale dans la prise en compte du comportement de l'enfant. Ce manque de clarté est davantage souligné à la lettre de l'article 12 qui adopte à la fois les deux approches : « *les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* »³³.

Il nous semble important de remarquer, dans cet ordre d'idées, que le droit international ne fait quasiment jamais appel au lexique civil pour déterminer la « faculté d'agir raisonnablement »³⁴ de l'enfant. Le terme « discernement », même si emprunté une fois dans l'article 12 de la CDE, ou bien la « maturité »³⁵, également employé par le législateur international, semble être submergés par le terme « capacité »³⁶. Le dernier, accompagné du qualificatif « évolutive »³⁷, devient symbolique pour la thématique de l'autonomie de l'enfant.

Indépendamment du vocable utilisé, le défi de la détermination de « *l'élément intellectuel, soit l'aptitude à apprécier sainement et raisonnablement une situation* »³⁸ et de « *l'élément volitif,*

³⁰ Article 1^{er} de la CDE. Une définition similaire a été prévue dans la Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants (n°182) et l'action immédiate en vue de leur élimination, art. 2, sans pourtant donner une marge d'appréciation à l'État. Vu l'art. 2 : « *le terme enfant s'applique à l'ensemble des personnes de moins de 18 ans* ».

³¹ Les instruments juridiques du système européen de protection des droits de l'Homme se sont alignés au même critère objectif d'âge établi par la CDE. Ainsi, par exemple, l'art. 1 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants prévoit que ses dispositions s'appliquent « *aux enfants qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans* ». Presque la même définition de l'enfant est prévue dans la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (art.3).

³² Art. 5 CDE, art. 14 CDE.

³³ Art. 12 CDE.

³⁴ GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme ?*, Université de Neuchâtel Suisse, Faculté de droit, 1986, p. 209.

³⁵ Art. 12 CDE, Préambule CDE.

³⁶ Art. 5 CDE, art. 14.2 CDE, art. 23.3 CDE, art. 28.1 CDE, art. 40.3 CDE.

³⁷ Traduction de l'anglais « *evolving capacities* », employé dans la version anglaise de la CDE.

³⁸ GUILLOD O., *op. cit.*, p. 209.

soit la faculté d'opérer un libre choix fondé sur sa propre appréciation des choses »³⁹ reste courant. John Eekelaar se pose, à juste titre, la question suivante : « *Quand un enfant est-il compétent ?* » Insatisfait du recours par certains juges à des termes comme « l'intelligence », la « compréhension » et la « maturité », il cherche une réponse plus complète. Finalement, il trouve une définition qui pourrait correspondre à notre logique de recherche. Selon lui, l'évaluation de la compétence de l'enfant dépend de la mesure dans laquelle ses opinions coïncident avec sa propre évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁰.

Bien que le critère objectif soit bénéfique pour la détermination du cadre dans lequel l'enfant a le droit à la protection, elle ne l'est pas pour la réalisation du côté participatif de l'enfant. Selon plusieurs auteurs, cette catégorisation sur le critère d'âge est fondamentalement arbitraire et irréaliste⁴¹, car une telle classification universelle néglige d'emblée les différences sociales et culturelles, ainsi que les métamorphoses évolutives de l'enfant jusqu'à l'atteinte de la maturité. Ainsi, le professeur Freeman s'interrogeait sur la pertinence d'une distinction entre une personne de 14 ans et un adulte⁴² ou encore, plus convaincant « *entre quelqu'un de 18 ans et un jour et quelqu'un de 17 ans et 364 jours* »⁴³. On peut, en revanche, certes regretter qu'une distinction entre des enfants de différents âges ne soit pas faite. De même, dans sa thèse *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*⁴⁴, Claire Neirinck met en cause la division du temps, selon elle, « grossière et simple » qui distingue un « mineur incapable » d'un « majeur capable »⁴⁵. Dans son étude, elle spécifie la période d'adolescence, qui « *se trouve dans une zone imprécise* »⁴⁶. Pour que la notion d'autonomie de l'enfant soit plus utilitariste, Fortin l'associe avant tout aux intérêts des adolescents, en soutenant qu'il serait « *irréaliste de s'attendre des enfants de tout âge qu'ils prennent des décisions pour eux-mêmes avant qu'ils ne soient du point de vue du développement prêts à le faire* »⁴⁷.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ EEKELAAR J., « The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination », 8 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, p. 55.

⁴¹ HART R., « *Children's participation: from tokenism to citizenship* », *Essay for UNICEF, Innocenti Essay N° 4*, 1992.

⁴² FREEMAN M. D. A., « Taking children's rights more seriously », *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 6, 1992, p. 58.

⁴³ FREEMAN M. D. A., « The limits of children's rights », in Freeman M. D. A., Veerman P., *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

⁴⁴ NEIRINCK C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1984.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 235.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 236.

⁴⁷ FORTIN J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2009, p. 81.

La nécessité de franchir une ligne de démarcation à l'intérieur de la notion d'enfance a été saisie non seulement par la doctrine, mais également par le Comité des droits de l'enfant⁴⁸, qui d'ores et déjà fait usage des termes comme *adolescence*⁴⁹, *petite enfance*⁵⁰, *jeunesse*⁵¹. L'emploi de ces termes n'exclut pas pour autant leur défaut de clarté. Par exemple, en 1985 a été célébrée l'Année Internationale de la Jeunesse. Ainsi, jusqu'à l'adoption de la CDE, la tranche d'âge entre 15 et 24 ans était considérée par les organisations et les agences de l'ONU définitoire de la jeunesse⁵². Depuis 1989, l'année de l'adoption de la CDE, une confusion entre la notion d'enfant et de jeune⁵³ a été et reste courante. Afin de pallier ces lacunes, les juristes se tournent souvent vers l'appréhension psycho-sociologique de l'enfant, plus flexible et souple.

c) L'enfant, une construction psycho-sociologique

Il n'est pas peut-être hasardeux que le texte de la CDE ait comme leitmotiv un concept extra-juridique, à savoir le « développement de l'enfant »⁵⁴. En effet, pour les sciences sociales, en l'occurrence la sociologie et la psychologie, la définition légale de l'enfant se révèle

⁴⁸ Par exemple, COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, l'Observation Générale n°4 sur la santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant, CRC/GC/2003/4, 21 juillet 2003.

⁴⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, 6 décembre 2016 ; AGNU, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint*, A/HRC/32/32, avril 2016, § 54.

⁵⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 septembre 2006.

⁵¹ UNICEF and Youth Policy Labs, *Age Matters! Age-related barriers to service access and the realisation of rights for children, adolescents and youth*, 2017.

⁵² Les lignes directrices pour le suivi de l'Année internationale de la jeunesse, adoptée par l'Assemblée générale en 1985, § 19 a abordé cette question de « jeunesse » comme une « *définition chronologique de celui qui est jeune, par rapport à celui qui est un enfant ou un adulte et dont la définition varie avec chaque nation et culture. Toutefois, à des fins statistiques, les Nations Unies définit les personnes entre les âges de 15 et 24 ans en tant que jeunes, sans préjudice d'autres définitions données par les États membres* ».

⁵³ Plusieurs instruments internationaux ont déterminé l'âge minimal du jeune (adolescent) à 15 ans. Par ex. la Convention de l'OIT sur l'âge minimal, 1973. Autres références aux jeunes, ex. le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 6.5 etc.

⁵⁴ Développement – « *série d'étapes par lesquelles passe l'être vivant pour atteindre son plein épanouissement. Chez l'Homme, le développement n'est pas réductible à la seule croissance. Sous l'influence des conditions physiologiques et socio-affectives, de nouvelles formes de fonctionnement apparaissent (...)* », in SILLAMY N., BLUMEL B., *Dictionnaire de psychologie*, Nouvelle éd., éd., In extenso, Paris: Larousse, 2010, p. 88 ; « *ensemble des processus successifs qui, dans un ordre déterminé, conduise un organisme à sa maturité* », in TAMISIER J., BLOCH H., CHEMAMA R., DEPRET E. (dir.), *Grand dictionnaire de la psychologie*, Nouvelle éd., Les grands dictionnaires culturels Larousse, Paris: Larousse, 1999, p. 266 ; Le développement psychologique – « *les transformations psychologiques stables d'un individu qui surviennent au cours du temps. Dans certains domaines, ces transformations psychologiques peuvent être orientées, c'est-à-dire aller dans le sens d'un progrès, d'un maintien des ressources ou au contraire d'un déclin. Dans d'autres domaines (par exemple celui de la personnalité), les transformations psychologiques constituent une évolution, sans qu'il soit nécessairement possible de la traduire en termes de gains ou de déclin* », in CHARRON C., DUMET N., GUEGUEN N., LIEURY A., RUSINEK S., *Les 500 mots de la psychologie* (Psycho sup), Paris : Dunod., 2014, p. 71-72.

inappropriée⁵⁵. Les sociologues appréhendent l'enfance en tant qu'une construction socioculturelle⁵⁶. Dans leur vision du concept, il y aurait une « pluralité d'enfance »⁵⁷, fortement dépendante des conditions sociales et culturelles. Ainsi, les sociologues sont plus précis en terminologie, en distinguant clairement la petite enfance (0 – 5 ans), l'enfance (5 – 12 ans) et l'adolescence (12 – 18 ans). Toutefois, la sociologie ne met pas l'accent sur le critère d'âge qui est souvent indiqué seulement à titre d'orientation, mais sur la spécificité développementale de l'enfant. Cette vision rejoint l'approche psychométrique qui admet « *que la détermination d'un âge mental est une image instantanée qui fixe artificiellement un moment dans une continuité* »⁵⁸. Prendre au sérieux les enfants, pour les sociologues, implique de les faire passer d'objet d'intervention vers devenir des acteurs sociaux, des « *agents en interaction avec les structures qui les entourent* »⁵⁹. Les théoriciens de cette science relèvent l'influence de l'environnement, en l'occurrence de la famille, de l'école et de la société en général sur la formation de la personnalité et de l'identité de l'enfant⁶⁰.

2. Les théories sur les droits de l'enfant

Il nous semble qu'il faudrait étudier l'émergence de l'autonomie de l'enfant dans le contexte plus spécifique de la reconnaissance des droits légaux des enfants. Nous allons d'abord expliquer le concept **(a)** et par la suite justifier le fondement théorique choisi dans cette thèse **(b)**.

a) La conceptualisation des droits de l'enfant

Le concept de « *droits de l'enfant* » a été utilisé de deux façons. La première tenait à une aspiration générale d'améliorer la condition des enfants non pas dans un pays particulier, mais

⁵⁵ TAMISIER J., BLOCH H., CHEMAMA R., DEPRET E. (dir.), *préc.*, p. 267 : « *C'est la notion d'âge mental, dont sera déduite celle de quotient d'intelligence (ou quotient intellectuel), notions qui fondent une mesure de niveau intellectuel. Dans l'étude des différences de développement des enfants, l'intérêt ne se limite plus à la différence de vitesse, mais porte aussi sur le fait que des enfants différents peuvent, dans certains domaines, se développer par des voies (des suites d'acquisitions) différentes, manifester des « styles » d'acquisition différentes.* »

⁵⁶ JAMES A., PROUT A. (dir.), *Constructing and Reconstructing Childhood*, London: Falmer Press, 1997; Voir également MORSS J. R., « The several social constructions of James, Jenks and Prout: A contribution to the sociological theorization of childhood », *The International Journal of Children's Rights* 10, 2002, pp. 39-54; MAYALL B., *Children's Childhoods: Observed and experienced*, Routledge, 1994.

⁵⁷ JENKS C., *Childhood*, 2e éd., Routledge, 2005.

⁵⁸ TAMISIER J., BLOCH H., CHEMAMA R. (dir.), *préc.*, 1999, p. 267.

⁵⁹ MAYALL B., « The sociology of childhood in relation to children's rights », *International Journal of Children's Rights* Vol 8, 2000, p. 248.

⁶⁰ ALDERSON P., « Young children's human rights: sociological analysis », *International Journal of Children's Rights*, 20 (2), 2012, pp. 177-198.

dans tout le monde, évoquant certains idéaux de la justice sociale. La seconde interprétation, plus restreinte, adoptée par notre étude, fait référence à la mesure dans laquelle les enfants sont reconnus comme ayant un certain degré d'autonomie personnelle⁶¹. Les fondements conceptuels des droits de l'enfant restent encore relativement sous-théorisés. L'idée que les enfants devraient avoir des droits n'est pas acceptée universellement. Une analyse complète des fondements conceptuels et de la justification morale des droits de l'enfant dépasse le cadre du présent travail. Pourtant, comme Michael Freeman l'a déclaré, échapper à cette question conceptuelle, c'est « *démontrer un manque de responsabilité intellectuelle* »⁶².

Dans la doctrine internationale, on peut distinguer deux camps opposés, ceux qui défendent les droits de l'enfant et ceux qui les nient. Si l'argument des partisans est pratiquement le même et s'appuie sur la notion de dignité de l'enfant⁶³, les arguments des opposants sont beaucoup plus diversifiés. À part le manque de capacité qui est la justification primordiale⁶⁴, il apparaît que les préoccupations pour l'avenir de la famille⁶⁵, les réticences envers les origines occidentales des droits humains sont aussi des raisons qui empêchent toute acceptation de la théorie des droits de l'enfant⁶⁶.

Le raisonnement juridique des opposants aux droits de l'enfant se base principalement sur ce qui est connu comme la théorie « de la volonté » ou « de choix ». Les adeptes de cette théorie soutiennent que seuls les êtres humains entièrement autonomes, avec la capacité d'exercer un choix, peuvent être titulaires de droits, en ce qu'ils peuvent décider eux-mêmes de faire respecter un devoir lui incombant, ou de renoncer à l'exécution de cette obligation. Au regard de cette théorie, il semblerait que seuls ceux qui sont capables d'exercer un choix peuvent avoir des droits⁶⁷. Dans cet ordre d'idée, il serait problématique de reconnaître l'enfant en tant que

⁶¹ EEKELAAR J., DINGWALL R., *The reform of child care law, A practical guide to the children Act 1989*, Routledge, 1990, p. 23.

⁶² FREEMAN M. D. A., « The Philosophical Foundations of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 16 (2), 1994, p. 493.

⁶³ Voir par exemple ARCHARD D., *Children, Rights and childhood*, Routledge, Second edition, 2004; FREEMAN M. D. A., « Taking Children's Rights More Seriously », *International Journal of Law and the Family*, vol. 6, 1992, pp. 52-71; FREEMAN M. D. A., *Article 3 – The best interests of the child, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; FREEMAN M. D. A., « The Human Rights of Children », *Current Legal Problems*, Vol. 63, Issue 1, 1 January 2010, pp. 1–44.

⁶⁴ PURDY L., « Why children shouldn't have children's rights », *International Journal of Children's Rights*, 1(3), 1994, pp. 223-241; GRIFFIN J., *On human rights*, Oxford university press, Oxford, 2009.

⁶⁵ GUGGENHEIM M., *What's wrong with children's rights*, Harvard University Press, 2005 ; GOLDSTEIN J., FREUD A., SOLNIT A. J., *Dans l'intérêt de l'enfant ? vers un nouveau statut de l'enfance*, 2^e éd., La vie de l'enfant - Collection sous la direction du docteur Michel Soulé, Les Editions ESF, 1980.

⁶⁶ Voir TOBIN J., « Justifying children's rights », *International Journal of children's rights* 21, 2013, pp. 395-441.

⁶⁷ ARCHARD D., *Children, Rights and childhood*, Routledge, Second edition, 2004, p. 54.

titulaire des droits. Federle explique : « *Avoir un droit signifie avoir le pouvoir de commander son respect, faire des réclamations et de les faire entendre. Seules les demandes faites par des particuliers compétents seront reconnues* »⁶⁸. Pourtant, Hart modifie cette théorie afin de la rendre valable pour les enfants. En effet, il admet une exception pour les enfants qui ne peuvent pas exercer un choix, en acceptant les parents qui peuvent le faire en leur nom⁶⁹. Cette logique est dans une certaine mesure reprise par le Préambule du troisième Protocole facultatif à la CDE qui reconnaît que « *compte tenu de leur statut spécial et de leur état de dépendance, les enfants peuvent avoir de grandes difficultés à se prévaloir des recours disponibles en cas de violation de leurs droits* ». Toutefois, l'instrument susmentionné confirme par la suite le statut de titulaire de droits de l'enfant. Ceci est possible *via* la théorie antagoniste à celle « de choix », dénommée « d'intérêt », selon laquelle un droit a comme fondement la protection d'un intérêt important. Les défenseurs de cette théorie soutiennent que les droits existent pour protéger certains intérêts importants en vue de s'assurer que d'autres sont dans l'obligation exécutoire de les respecter⁷⁰.

b) La justification des droits de l'enfant

Michael Freeman est particulièrement tranchant dans son rejet des arguments qui nient la qualité de titulaire des droits de l'enfant par manque de capacité. Il est persuadé que si un test de capacité était appliqué à la population de l'âge adulte, le résultat ne serait pas non-équivoque. Il soutient également la preuve claire que « *les jeunes enfants peuvent être hautement compétents techniquement, cognitivement, socialement et moralement* »⁷¹. Selon lui, l'opposition aux droits des enfants sur la base de leur manque de capacité de les exercer nie la valeur des enfants en tant que détenteurs des droits. Freeman est convaincu que le fondement des droits des enfants réside dans leurs intérêts. Cette théorie rejoint celle de John Eekelaar qui analyse les droits de l'enfant en termes d'intérêts de base, de développement et d'autonomie⁷². Les deux premiers concernent la satisfaction des moyens nécessaires pour avoir une vie saine, y compris le bien-être psychologique, et la possibilité de développer ses capacités. Ils peuvent être considérés comme une base suffisante pour l'Homme dans le sens où dès le plus jeune âge, les enfants développent des pulsions biologiques et psychologiques qui identifient de nombreux objectifs comme étant dans leur intérêt, et ceux-ci sont maintenus tout au long du

⁶⁸ FEDERLE K., « Rights Flow Downhill », 2 *International Journal of Children's Rights*, 1994, p. 344.

⁶⁹ WIKELEY N., *Child Support. Law and Policy*, Oxford: Hart, 2006, p. 6.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁷¹ FREEMAN M. D. A., « Taking Children's Rights More Seriously », *International Journal of Law and the Family*, vol. 6, 1992.

⁷² EEKELAAR J., « The importance of thinking that children have rights », *International Journal of Law and the Family*, 1992, vol. 6, n°1.

développement de l'enfant. Ils sont socialement reconnus à bien des égards, notamment dans les dispositions de la Convention des Nations Unies. Les intérêts d'autonomie, en revanche, permettent à l'enfant de faire ses propres choix et prendre des décisions, qui « *peuvent entrer en conflit non seulement avec ses intérêts de base ou de développement, mais aussi avec les intérêts de ses parents* »⁷³.

Il est toutefois important de souligner que cette étude est fondée sur l'idée du respect de la dignité de l'enfant et sur la prémisse que les enfants ont la même valeur morale que tout autre être humain ce que leur permet de faire valoir leurs droits. C'est en effet l'essence de la philosophie morale, de reconnaître à tous « *la même dignité, sans discrimination, d'aucune nature* »⁷⁴. Donnelly soutenait que les droits humains sont les droits qui appartiennent à quelqu'un tout simplement parce que ce quelqu'un est un être humain⁷⁵. Dans cette perspective, les droits deviennent le moyen de réaliser la dignité et l'autonomie de chaque enfant. Par rapport à l'autonomie qui est un concept encore difficilement appréhendé relatif à l'enfant, la dignité semble être acceptée plus facilement, malgré l'absence d'un article qui lui soit dédié dans la CDE. C'est un principe important par rapport au statut de l'enfant, reconnu implicitement à travers le Préambule de la CDE⁷⁶, mais qui est davantage développé dans les autres instruments relatifs aux droits de l'Homme⁷⁷. Le lien entre l'autonomie et la dignité est indubitable, de telle manière que certains les identifient, ou même les incluent dans le même concept. Par exemple, en 2002, le philosophe Ruth Macklin a publié un éditorial dans le *British Medical Journal* dont le titre résume son contenu : « *La dignité est un concept inutile. Cela ne signifie pas plus que le respect pour les personnes ou leur autonomie* »⁷⁸. De surcroît, d'autres se sont prononcés sur le lien entre la dignité et l'autonomie. Par exemple, Raz déclare que « *le respect de la dignité humaine entraîne le traitement des humains comme des personnes capables de planification et traçage de leur avenir. Ainsi le respect de la dignité des gens inclut le respect de leur*

⁷³ EEKELAAR J., « The emergence of children's rights » in Krause H. D. (dir.), *Child law: Parent, child and state*, Aldershot: Dartmouth, p.47.

⁷⁴ PERRIN J.-F., *Le droit de choisir. Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, Schulthess, 2013, p. 308.

⁷⁵ DONNELLY J., *The concept of Human Rights*, London, Croom, Helm, 1985, p.1.

⁷⁶ « *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...* »

⁷⁷ Dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948), en particulier dans son préambule et art. 1 ; le Pacte International relatif aux droits civils et politiques, art. 10 et préambule ; le Pacte international relatif aux droits économique, sociaux et culturels, art. 13 et préambule ; Préambule de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1984 ; la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, 1981, art. 5, etc.

⁷⁸ ROSEN M., *Dignity, its history and meaning*, Harvard University Press, 2012, p. 5.

autonomie, de leur droit de contrôler leur avenir »⁷⁹. Par conséquent, la dignité humaine devrait être mise au centre du débat international sur les droits de l'enfant.

L'accent mis sur le principe de dignité donne naissance, à titre de conséquence, au principe d'égalité de traitement⁸⁰. Le dernier s'avère être le noyau de la philosophie contemporaine des droits de l'Homme qui triomphe avec l'adoption de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789⁸¹ et perpétue dans les instruments internationaux qui suivent. En vertu de ce principe, les enfants jouissent de manière générale, de tous les droits et libertés consacrés par ces instruments dès lors que ceux-ci s'appliquent à toute personne sans distinction. Expressément et formellement, la reconnaissance internationale des droits de l'enfant a eu lieu en 1989, avec l'adoption de la CDE⁸². Dès lors, au moins sur le plan international, les débats sur la nature des droits de l'enfant paraissent presque dépourvus d'importance. Leur intégration dans un instrument international tend à donner aux droits qui y sont définis la crédibilité valable aux respectables droits moraux⁸³. Un consensus universel a été trouvé sur le nouveau statut de l'enfant en tant que personne humaine digne, compétente⁸⁴, titulaire et non pas bénéficiaire de droit⁸⁵, sujet et non pas objet de droit⁸⁶. Tous les pays sauf les États-Unis ont à ce jour ratifié ce traité⁸⁷, cependant le discours global sur la situation des enfants a changé même parmi les doctrinaires américains⁸⁸. L'impact de la convention est clairement visible sur l'importance croissante de la question des enfants dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme en Europe, Afrique et Amériques⁸⁹. Certes, la Convention est loin d'être parfaite. Son

⁷⁹ MARSHALL J., *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, International Studies in Human Rights, Vol. 98, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 23.

⁸⁰ PERRIN J.-F., *op. cit.*, p. 316.

⁸¹ Art. 1er. : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

⁸² Avant l'adoption de la CDE, des instruments de nature non-contraignante ont traité des droits de l'enfant : la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant de 1924 et la Déclaration des droits de l'enfant de 1959. La première déclaration des droits de l'enfant, dite Déclaration de Genève, est adoptée lors du IV^e Congrès général de l'Union internationale de secours aux enfants, le 23 février 1923 et ratifiée par le Ve Congrès général le 28 février 1924. La deuxième Déclaration des droits de l'enfant, AGUE, quatorzième session, 841^{ème} séance plénière, 20 novembre 1959.

⁸³ FORTIN J., *préc.*, p. 18.

⁸⁴ TOBIN J., « *Justifying children's rights* », *International Journal of children's rights* 21, 2013.

⁸⁵ Sur la distinction entre titulaire et bénéficiaire des droits, voir DISTEFANO G., « *Observations éparées sur les caractères de la personnalité juridique internationale* », *Annuaire français de droit international*, LIII, CNRS Editions, 2007, p. 106.

⁸⁶ SMITH R., *A universal child ?*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010, p. 102.

⁸⁷ Les États Unis, pourtant, ont ratifié les premiers deux Protocoles facultatifs.

⁸⁸ MELTON G. B., « *Beyond balancing: Toward an integrated approach to children's rights* », 64 *Journal of social issues*, 2008, p. 904 ; TODRES J., WOJCIK M. E., C.R., REVAZ C. R., *The U.N. Convention on the rights of the child. An analysis of Treaty provisions and implications of U.S. Ratification*, Transnational Publishers, 2006.

⁸⁹ Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, 1994 ; Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, 1996 ; Charte africaine des droits et du bien-être des enfants, 1999 ; Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, 2007.

ambiguïté⁹⁰ comme les nombreuses réserves⁹¹ et déclarations interprétatives⁹² posent des problèmes concernant la mise en œuvre des dispositions conventionnelles⁹³, surtout des droits-libertés de l'enfant⁹⁴. Nonobstant, on peut lui accorder, sans aucun doute, le mérite de participer à l'avènement du concept juridique d'autonomie de l'enfant.

B. La construction de l'objet de l'étude

Il nous semble que la construction de l'objet de la recherche, l'autonomie de l'enfant en droit international, requiert une réflexion en deux temps. D'abord, il semble opportun de comprendre l'avènement historique, philosophique et juridique du concept d'autonomie de l'enfant (1). Et

⁹⁰ NEIRINCK C., BRUGGEMAN M. (dir.), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 42 ; FORTIN J., « Children's rights flattering to deceive », *Child and Family Law Quarterly*, 26(1), 2014, pp. 51-63.

⁹¹ La réserve à un traité international est définie par la Convention de Vienne sur le droit des traités comme « une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État » (article 2-1.d). Voir sur ce sujet LUKER-BABEL M-F., « Les réserves à la CDE et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international », 8 *European Journal of International Law*, 1997, p. 665.

⁹² N'est pas définie par la Convention de Vienne. Au travers ces déclarations, ce n'est pas l'obligation en tant que telle qui est mise en cause, mais c'est une précision du sens que l'État va lui donner. La définition donnée par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, Observation générale n°24, *Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, CCPR/C/2 I/Rev. I/Add.6, 1994, § 3, qui considère que, pour apprécier la volonté de l'État, le contenu est plus important que le libellé de « réserve » ou de « déclaration interprétative » : « Il n'est pas toujours aisé de distinguer une réserve d'une déclaration traduisant la manière dont un État interprète une disposition, ou encore d'une déclaration d'ordre politique. Il faut prendre en compte l'intention de l'État plutôt que la forme de l'instrument. Si une déclaration, quels qu'en soient l'appellation ou l'intitulé, vise à exclure ou à modifier l'effet juridique d'un traité dans son application à l'État, elle constitue une réserve 2/. Inversement, si ce qu'un Etat appelle une réserve ne fait que traduire l'interprétation qu'il a d'une disposition donnée, sans exclure ni modifier cette disposition dans son application audit Etat, il ne s'agit pas en réalité d'une réserve. »

⁹³ L'article 51 de la CDE reconnaît le droit des États de déposer des réserves à conditions qu'elles ne soient pas « incompatibles avec l'objet et le but » de la convention. La CDE a été largement touchée par des réserves et déclarations interprétatives, dont une grande partie concerne les droits participatifs de l'enfant, en l'occurrence l'art. 14, 12, 7, etc. Alors que SCHABAS compte un quart des pays membres de la Convention qui ont formulé des réserves et déclaration interprétatives (SCHABAS W. A., « Reservations to the Convention on the Rights of the Child », *Human Rights Quarterly* 18.2, 1996, p. 472), DAIUTE constate que « 10 des 12 articles les plus souvent mentionnées sont axés sur les droits soulignant l'autodétermination des enfants » (DAIUTE C., « The rights of children, the rights of nations: Developmental theory and the politics of children's rights », *Journal of Social Issues* 64(4), 2008, pp. 701-723).

⁹⁴ L'une des causes principales d'une mince mise en œuvre de la CDE réside dans la conscientisation tardive par les États de la nature de l'obligation internationale engagée. On va appeler cet aspect – « psychologique ». Jean Zermatten observait, à juste titre, que les États ont signé volontairement cet instrument international, persuadés de son caractère « protectionniste » envers les enfants (ZERMATTEN J., STOECKLIN D., *Le droit des enfants de participer. Nome juridique et réalité pratique : contribution à un nouveau contrat social*, Sion, 2009, p.7). C'est une phase encore dénommée « enthousiasme et optimisme » (INVERNIZZI A., WILLIAMS J. (dir.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, ASHGATE, 2011, p. 3). Plus tard, cependant, conscients de l'importance du mot « droit » dans l'intitulé de la Convention, les États parties ont dû faire face, d'une façon ou l'autre, devant leurs devoirs internationaux. C'est la deuxième phase, plus épineuse, « de consolidation et réaction » (INVERNIZZI A., WILLIAMS J. (dir.), *op.cit.*, p. 3).

par la suite, d'envisager un modèle de conceptualisation de l'autonomie de l'enfant compte tenu des évolutions législatives et jurisprudentielles internationales (2).

1. Les origines de la notion juridique d'« autonomie de l'enfant »

L'affirmation que les enfants ont un droit à l'autonomie est issue des philosophies politiques libérales (a) qui mettent l'accent sur la nécessité de promouvoir autant que possible cette liberté, très vaguement reprise par le droit (b).

a) Les origines philosophiques libérales du concept d'autonomie de l'enfant

Le mot autonomie est dérivé du grec *autonomia*, *auto* – se traduisant en tant que – « pour soi » et *nomos* – « loi ». Les dictionnaires⁹⁵ définissent le terme « autonomie » comme « *droit ou fait de se gouverner par ses propres lois* ». Avec ceci, l'autonomie reste un concept confus, étroitement liée à tous les concepts de base de la théorie politique moderne comme l'autorité, le contrôle, la liberté, l'interdépendance, l'intérêt, la liberté, la non-ingérence, le paternalisme, le pouvoir, la responsabilité, la coordination sociale, la souveraineté, etc. Son contenu est différent selon le contexte juridique dans lequel il est utilisé⁹⁶. Sur ce point, on ne peut que

⁹⁵ SIMPSON J.A., WEINER E. S. C., *The Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, 2nd édition, 1989 : « *the having or making of one's own laws* »; ARNAUD A.-J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 1993 : « *droit ou fait de se gouverner par ses propres lois : caractère de la volonté pure qui ne se détermine qu'en vertu de son propre être, c'est-à-dire des conditions et lois rendant possibles son existence* »; CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014 : « *pouvoir de se déterminer soi-même ; faculté de se donner sa propre loi* »; LAFON R., *Vocabulaire de psychopédagogie et de psychiatrie de l'enfant*, 3^e éd., Quadrige Dicos poche, Paris : Presses universitaires de France, 2010, p. 112 : « *consiste à se faire à soi-même sa loi, et à disposer de soi dans les diverses situations pour une conduite en harmonie avec sa propre échelle de valeurs. Le moi est principe d'autonomie, et on ne peut parler d'autonomie que lorsqu'il y a conscience de soi. Toutefois l'autonomie n'est jamais complète et doit se reconquérir sans cesse, parce que nous restons toujours dépendants de notre affectivité, de notre tempérament et des exigences sociales. Autonomie ne saurait se confondre avec liberté absolue, ni isolement ; être autonome, c'est choisir entre les valeurs et courants d'opinion divers qui nous sont offerts et adhérer d'une manière lucide à telle ou telle de ces valeurs pour les faire siennes. Dans cet ordre d'idée, autonomie est à entendre comme un des éléments fondateurs de la et constituants de la responsabilité. Contraire : hétéronomie* ».

⁹⁶ Le mot est utilisé dans beaucoup de significations différentes dans une pléthore de contextes, allant de la philosophie politique à l'éthique médicale, de l'épistémologie au droit international. En philosophie, par exemple, l'autonomie est « la puissance de l'être humain à l'autodétermination sur la base de la volonté rationnelle de l'individu ». En sciences naturelles, ce concept signifie l'indépendance organique, etc. En droit interne, l'autonomie est partie de l'autogouvernement de certaines sociétés et institutions publiques. Il comprend le pouvoir de faire des lois, c'est-à-dire, l'autorité de réglementer leurs propres affaires en adoptant des règles juridiques. Les civilistes ont érigé l'autonomie de la volonté au centre de la théorie du contrat. En droit international, l'autonomie signifie que certaines parties du territoire de l'État sont autorisées à se gouverner dans certains domaines en adoptant des lois et des statuts, mais sans pour autant constituer un État qui leur est propre ». Voir HEINTZE H.-J., « On the legal understanding of autonomy », in Suksi M., *Autonomy: Applications and Implications*, 1998, p. 7. Heintze évoque Lapidoth (LAPIDOTH R., « Autonomy: potential and limitations », 1 *International Journal on Minority and Group Rights* 1993, p. 277) qui identifie quatre conceptions de la notion d'autonomie dans la loi : comme le droit d'agir sur sa propre discrétion dans certains domaines ; comme synonyme d'indépendance ; comme synonyme de décentralisation et de compétences exclusives de la législation, de l'administration et de l'arbitrage dans des domaines spécifiques d'une entité autonome. Selon Niccolo Macciavelli (N. Macciavelli, « *Discours* »,

relever l'importance politique du concept d'autonomie synonyme de liberté, qui a dominé les esprits progressistes depuis la Révolution Française et qui a mis les bases de la démocratie moderne⁹⁷.

En ce qui concerne les premières références au concept d'autonomie personnelle, selon Richards⁹⁸ elles datent du Moyen Age et ont acquis force politique pratique dans la guerre civile anglaise. Dworkin expose une autre vision sur l'apparition historique de l'idée d'autonomie personnelle. Dans son œuvre « *La théorie et la pratique de l'autonomie* »⁹⁹, il attribue à Saint Thomas d'Aquin, Luther, Calvin et aux humanistes de la Renaissance comme Pic de la Mirandole l'exposition moderne de l'idée d'autonomie. Conformément à celle-ci, l'accent est mis sur la personne qui agit et perçoit son action rationnellement. En tant qu'un idéal politique et social, l'autonomie a trouvé son expression théorique dans les écrits d'Aristote¹⁰⁰ et de Hobbes¹⁰¹, de Locke¹⁰² et de Mill¹⁰³, et a reçu un traitement plus profond dans les œuvres de Rousseau¹⁰⁴ et de Kant¹⁰⁵¹⁰⁶.

En 1851, Herbert Spenser soutenait dans son œuvre « Les statistiques sociales » que « *l'enfant, aussi, a des facultés qui doivent être exercées ; l'enfant, aussi, a besoin de place pour l'exercice de ces facultés ; l'enfant a donc des revendications à la liberté - des droits comme vous les appelez - coextensifs à ceux de l'adulte. Nous ne pouvons pas éviter cette conclusion, même si nous le voulions. Soit nous devons rejeter tout à fait la loi, soit nous devons y inclure les deux sexes et tous les âges* »¹⁰⁷. En effet, nous ne pouvons pas nier les origines philosophiques libérales du concept d'autonomie de l'enfant. Carmen Lavallée observe que « *les travaux de*

1531 cité dans Wiberg M., « *Ambiguities in and clarifications of the concept of autonomy* », p. 182.), l'autonomie aurait deux sens : la liberté de la dépendance et le pouvoir d'auto-légiférer.

⁹⁷ WIBERG M., « *Ambiguities in and clarifications of the concept of autonomy* », in Alldridge P., Brants C. (dir.), *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law: A Comparative Study*, Hart Publishing, 2001, p. 182.

⁹⁸ RICHARDS D. A. J., « *Rights and Autonomy* », *Ethics*, 92, 1981, p. 7.

⁹⁹ DWORKIN G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988, p. 13.

¹⁰⁰ ARISTOTE, « *La Politique* » ou « *Les Politiques* », IV^e siècle av. J.-C.

¹⁰¹ HOBBS T., *Léviathan, ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*, 1651.

¹⁰² LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, 1690.

¹⁰³ MILL J.-S., *Considérations sur le gouvernement représentatif*, 1861.

¹⁰⁴ ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Livre 1, Chapitre 6, 1762.

¹⁰⁵ KANT E., *Critique de la raison pratique*, 1788 ; *Id.*, *Fondation de la métaphysique des mœurs*, 1785. V. également JOHNSON R., CURETON A., « *Kant's Moral Philosophy* », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2019 Edition, <https://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/#Aut>

¹⁰⁶ SPECTOR H., *Autonomy and rights: the moral foundations of liberalism*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 90.

¹⁰⁷ HOULGATE L. D., *The child and the State, A normative theory of juvenile rights*, The Johns Hopkins University Press, 1980.

Locke et Rousseau ont contribué à l'émergence de la notion de discernement et des capacités évolutives. Rousseau introduit l'idée d'une succession de stades de développement qu'il faut respecter chez l'enfant. Il appréhende l'enfant à partir de sa teneur propre, de sa logique propre et de son propre monde. John Locke sera l'un des premiers à ébranler la conception traditionnelle de la puissance paternelle »¹⁰⁸.

Un lobby plus important en faveur de la reconnaissance des droits de l'enfant a eu lieu au XXème siècle, bien avant l'adoption de la CDE. Ce phénomène devrait être compris dans le contexte d'un mouvement d'émancipation plus large¹⁰⁹. Les premières revendications d'égalité, de non-discrimination et d'autonomie ont été formulées par les femmes. Après la reconnaissance *de jure* de leur égalité avec les hommes dans les années '60-'70¹¹⁰, la communauté internationale se tourne vers l'enfant. Ainsi, les droits des enfants doivent une partie de leurs origines aux luttes pour les droits des femmes et les problèmes conceptuels et pratiques soulevés par les droits de l'enfant aident à comprendre les obstacles rencontrés par les droits des femmes aussi¹¹¹.

En Grande-Bretagne¹¹², au début des années '70, certains doctrinaires soulignaient la nécessité de reconnaître « *la personnalité et l'autonomie* »¹¹³ de l'enfant, sans pourtant « *les abandonner seuls avec leurs droits* »¹¹⁴. En 1974, Richard Farson dans « Birthrights » a ardemment souligné l'importance de l'autonomie. Il soutenait : « *La question de l'autodétermination est au cœur de la libération des enfants. C'est, en fait, la seule question, une définition de l'ensemble du concept* »¹¹⁵. La notion et la spécificité des *mineurs matures*¹¹⁶ ont été aussi étudiées encore dans les années précédant l'adoption de la convention. Wilson définit ses mineurs étant entre

¹⁰⁸ LAVALLÉE C., « Le droit de l'enfant à l'autonomie : réalité ou fumisterie ? Partenariat « Familles en mouvance et relations intergénérationnelles », Montréal, le 2 décembre 2010.

¹⁰⁹ MORGADES-GIL S., « La protection internationale des femmes pour des raisons liées au genre en droit international », *Revue Général de Droit International Public*, vol. 117, N°1, 2013, p. 38.

¹¹⁰ KRAUSE H. D., *Child law*, Dartmouth, 1992, p. xi (préface)

¹¹¹ MINOW M., « Rights for the next generation: a feminist approach to children's rights », in Krause H. D., *Child law*, 1992, p. 59.

¹¹² Le mouvement d'émancipation des enfants était plus prononcé dans les pays anglo-saxons. Par exemple, au Canada, le lobby pour les droits de l'enfant a commencé beaucoup avant l'adoption de la CDE. Ainsi, en 1975, dans la Colombie-Britannique, le Rapport de la Commission royale sur les familles et les enfants incluait une partie sur « les droits des enfants » qui suggérait l'envie des changements radicaux du statut juridique des enfants dans la société. Voir WILSON J., *Children and the law*, Toronto: Butterworths, 1986, p. 3.

¹¹³ FREEMAN M. D. A., *The rights and wrongs of children*, London: Pinter, 1983, préface.

¹¹⁴ HAFEN B., « Puberty, Privacy and Protection: the risks of children's rights », *American Bar Association Journal*, 1977, p. 1383.

¹¹⁵ FARSON R., *Birthrights*, New York: Macmillan, 1974. Original: « *The issue of self-determination is at the heart of children's liberation. It is, in fact, the only issue, a definition of the entire concept* ».

¹¹⁶ GUILLOD O., *op. cit.*, p. 205.

16 et 18 ans, en soutenant que la cour devrait prendre en compte cela lors du consentement des soins par un mineur¹¹⁷.

Ainsi, au moins en Europe, dans les années '70, le discours sur les droits de l'enfant était commun¹¹⁸. De surcroît, plusieurs États se sont dotés des instruments législatifs qui définissaient les droits de l'enfant¹¹⁹. Pourtant, à cause de l'absence d'un standard et une reconnaissance internationale sur le sujet, il n'existait pas une philosophie unique et cohérente relative aux droits de l'enfant, de façon que les lois reconnaissent à l'enfant certains droits, alors que nier les autres sans fondement logique¹²⁰.

b) Les premiers contours juridiques de l'autonomie de l'enfant

Il serait opportun de relever l'apport des libérationnistes enfantins sur la prise en compte de l'autonomie de l'enfant par les États et les tribunaux. En effet, l'enfant a obtenu un certain statut légal sur le plan national, même si très particulier. À savoir, en ce qui concerne certaines questions, un enfant pouvait acquérir des droits et responsabilités juridiques avant de devenir un adulte¹²¹. Les lois nationales de plusieurs pays contenaient des dispositions qui offraient une certaine liberté légale aux adolescents¹²². Mieux encore, la diminution de l'âge de la majorité

¹¹⁷ INVERNIZZI A., WILLIAMS J. (dir.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, ASHGATE, 2011, p. 269.

¹¹⁸ L'idéologie des libérationnistes extrêmes, représentée par Farson (FARSON R., *Birthrights*, New York : Macmillan, 1974. Voir aussi HOLT J., *Escape from childhood*, 1974). Holt inclut dans sa liste des droits reconnus aux enfants : le droit de vote, de travailler pour argent, posséder et vendre la propriété, de voyager, d'être payé un revenu minimum garanti de l'État, de coordonner sa propre éducation, de prendre des drogues, de contrôler leur vie sexuelle), plaidait en effet pour le traitement des enfants comme des adultes en leur accordant toutes les libertés normalement associées à l'âge adulte. Un enfant de tout âge serait, en principe, avoir la liberté contractuelle, la liberté sexuelle, le droit au travail, le droit de vote et ainsi de suite. Même les professeurs Freeman et Wald distinguent la catégorie des droits de l'enfant d'être traité comme un adulte. La classification de Freeman reconnaît quatre catégories de droits, dont des droits qui conduisent à l'autonomisation de l'enfant, à savoir : les droits au bien-être, les droits de protection, le droit d'être traité comme un adulte et les droits à l'encontre des parents. Michael S. Wald propose aussi la distinction entre plusieurs types de droits dont l'enfant dispose (WALD M. S., « Children's rights: a framework for analysis » in LANDAU B., *Children's rights in the practice of family law*, 1986, p. 7), à savoir a) les droits contre le monde, par exemple le droit à la liberté de la discrimination et de la pauvreté, b) le droit à une plus grande protection contre les abus, de négligence ou d'exploitation par des adultes ; c) le droit d'être traité de la même manière comme un adulte ; d) le droit d'agir indépendamment du contrôle parental. Joel Feinberg distinguait entre les Droits A, détenus exclusivement par les adultes, les droits A-C, détenues à la fois par l'enfant et l'adulte et les droits C – en possession exclusive de l'enfant (FEINBERG J., « *The child's rights to an open future* » in Aiken W., Lafollette H., *Whose Child ? Parental Rights, Parental authority and State Power*, Totowa, NJ, 1980, pp. 124-53).

¹¹⁹ Par exemple, the Children and Young Persons Act en Grande Bretagne, adopté en 1933, révisé en 1963 ; The Children Act adopté en 1989, peu avant la CDE, etc.

¹²⁰ LANDAU B., *Children's rights in the practice of family law*, Carswell, 1986, p. 6.

¹²¹ BALA N., CRUICKSHANK D., « Children and the Charter of Rights », in Landau B., *Children's rights in the practice of family law*, 1986, p. 57.

¹²² Par exemple, en France, dans les années '70, les adolescents à partir de l'âge de 16 ans avaient droit d'ouvrir un compte bancaire, de recevoir un salaire, être membre des syndicats et le droit à la confidentialité de leur

dans la plupart des pays européens, parle d'une évidente réflexion aux compétences des mineurs¹²³. Ce mouvement, pourtant, n'était ni systématique, ni logique, ni clair. Des questions sans réponse surgissaient, par exemple : si les enfants sont de plus en plus compétents de prendre des décisions indépendamment du contrôle de leurs parents, quel serait alors le moment qui marquerait la frontière entre compétence et incompétence, entre dépendance et autonomie ? Et comment expliquer que différentes juridictions ont accordé les mêmes droits à des enfants d'âges différents ou comment justifier la variété d'âges pour l'exercice de différents droits par le même adolescent¹²⁴ ? Ce phénomène était dénommé dans la doctrine « le dilemme de l'adolescent »¹²⁵.

Le processus de reconnaissance juridique de l'autonomie de l'enfant avait commencé dans le cas historique de *Gillick*¹²⁶. D'après les deux Lords Scarman et Fraser, « *une fois qu'un enfant a atteint la compréhension et la maturité suffisante, il avait la pleine capacité à nouer des relations juridiques sans le consentement de ses parents* »¹²⁷. Cette affaire consacre ainsi le concept de « Gillick competence »¹²⁸, « *une capacité fonctionnelle à prendre une décision* »¹²⁹ dans la sphère médicale. Ainsi, le juge met au centre de la notion d'autonomie, le concept de développement de l'enfant. Il reconnaît ainsi l'*autonomie fonctionnelle* de l'enfant en tant qu'« *une loi qui régit le développement* »¹³⁰ et qui se crée naturellement en tant qu'« *une réponse appropriée à ses besoins du moment* »¹³¹.

correspondance. De surcroît, l'adolescent avait le droit de donner son avis quand des décisions importantes le concernaient.

¹²³ Par exemple, une vague de réformes a couvert les pays européens dans les années '70, soldée avec la diminution de l'âge de la majorité civile de 21 ans à 18 ans en Belgique en 1975, en France en 1974, en Espagne en 1978. En Danemark, le passage de 20 à 18 ans a eu lieu en 1972, etc.

¹²⁴ Par exemple, quelle était la logique d'octroyer à l'adolescent le droit de conduire à 16 ans, de se marier à 18 ans et consommer l'alcool à 19 ans ? Est-ce que la compétence ne devrait-elle couvrir l'exercice de tous les droits au même âge ?

¹²⁵ RODMAN H., TROST J., *The adolescent dilemma: international perspectives on the family planning rights of minors*, New York: Praeger, 1986.

¹²⁶ *Gillick contre West Norfolk et Wisbech Area Health Authority* [1986] 1 AC 112.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ MURPHY J., « Circumscribing the Autonomy of Gillick Competent Children », 43 *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1992, p. 60.

¹²⁹ GRIFFITH R., « What is Gillick competence? », *Hum Vaccin Immunother*, 12 (1), 2016, pp. 244-247.

¹³⁰ BLOCH H., DEPRET, GALLO A., *Dictionnaire fondamental de la psychologie*, 2e éd., éd., In extenso, Paris : Larousse, 2002, p. 143 : « *L'autonomie fonctionnelle, notion due à E. Claparède. Elle permet d'en comprendre la signification comme les lois structurelles permettant d'en comprendre l'organisation. Du fait que « tout organisme vivant constitue un système qui tend à se conserver », il a toujours une unité. De là découle la loi d'autonomie fonctionnelle. Cette loi implique qu'un organisme immature n'est pas moins unifié qu'un organisme parvenu à sa maturité et qu'il est capable d'adaptation « aux circonstances qui lui sont propres »* ».

¹³¹ *Ibid.* : « *Si, au lieu de se prendre pour référence, l'adulte accepte d'étudier le développement du propre point de vue de l'enfant, il comprendra qu'à chaque âge ses réactions, ses actions, ses jeux constituent une réponse appropriée à ses besoins du moment et qu'il n'est pas un adulte imparfait. Dans cette optique, la motricité, la perception, la mémoire, l'intelligence sont à étudier comme des instruments d'adaptation et des fonctions vicariantes. Claparède s'est surtout attaché à montrer combien, dans l'éducation, le respect de la loi d'autonomie*

Inspiré par le message de la décision Gillick, John Eekelaar définit l'autonomie de l'enfant comme « *la liberté de choisir son propre mode de vie et d'entrer dans les relations sociales selon ses propres inclinations non contrôlées par l'autorité du monde des adultes* »¹³². Ainsi, l'appel au terme autonomie par rapport à l'enfant est devenu commun, mais définitivement renforcé après l'adoption de la CDE. En effet, certains parlent de l'autonomie de l'enfant comme une évidence¹³³. Les autres déterminent l'autonomie de l'enfant comme graduelle¹³⁴, fragmentaire¹³⁵, incomplète, progressive, qualifiée¹³⁶ ou relative¹³⁷. L'autonomie relationnelle est devenue très populaire parmi ceux qui tenaient à relever l'importance de tous les acteurs qui participent à l'exercice des droits de l'enfant, en l'occurrence l'importance des relations familiales¹³⁸. Ces expressions, en usant le terme autonomie, ne font que reconnaître sa viabilité sans pourtant clarifier sa portée.

2. L'affirmation juridique de « l'autonomie de l'enfant »

D'après Kant, l'enfant ne peut pas être autonome. Selon lui, c'est une propriété appartenant aux « *êtres humains adultes dans la mesure où ils sont vus comme des législateurs moraux idéaux, se prescrivant des principes généraux de façon rationnelle, libre du déterminisme causal et non motivé par des désirs sensuels* »¹³⁹. À ce stade, en raison des dernières évolutions du droit international, la pertinence d'une telle approche peut être débattue. Selon Thomas Sanclon¹⁴⁰, les exigences de l'autonomie sont extrêmement faibles. Elles sont beaucoup plus faibles que les exigences tirées par Kant essentiellement de la même notion. Notre thèse se propose de distinguer l'autonomie de l'enfant de celle de l'adulte, jusqu'à proposer de les différencier en tant que deux notions séparées. En effet, pour l'adulte, l'autonomie est généralement assimilée

fonctionnelle, qui conduit à solliciter les formes d'activités spontanées de l'enfant plutôt qu'à lui imposer celle de l'adulte, était bénéfique au développement. »

¹³² BAINHAM A., *Children: the modern law*, Bristol: Family Law, 2013, p. 305.

¹³³ WADE A., « Being responsible: Good parents and children's autonomy », in Bridgeman J., *Responsibility, Law and the family*, Routledge, 2011, p. 211.

¹³⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°3 Le VIH/sida et les droits de l'enfant, CRC/GC/2003/3, 17 mars 2003, § 38, « *degré d'autonomie* ».

¹³⁵ FORTIN J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2009.

¹³⁶ BAINHAM A., *op.cit.*, p. 729.

¹³⁷ TOMANOVIC S., « Negotiating Children's Participation and Autonomy within Families », 11 *International Journal of Children's Rights*, 2003, p. 51.

¹³⁸ CAVE E., « Adolescent consent and confidentiality in UK », *European Journal of Health Law* 16, 2009, p. 310.

¹³⁹ ZE'EV W. FALK, « Rights and Autonomy – or the best interests of the child? » in Douglas G., Sebba L., *Children's Rights and Traditional Values*, Aldershot, Ashgate, 1998, p. 112.

¹⁴⁰ SANCLON T., « A theory of freedom of expression », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, No. 2, 1972, pp. 204-226.

au droit à l'autodétermination¹⁴¹ (b), alors que l'autonomie de l'enfant n'est pas nécessairement un droit à l'autodétermination (a).

a) L'autonomie de l'enfant, comme un droit à la participation

En l'absence d'une norme explicite sur l'autonomie de l'enfant, la question de savoir comment les principes et les droits de la CDE sont pertinents pour garantir l'autonomie de l'enfant, en sachant qu'ils constituent le cadre normatif le plus courant pour les juristes, est primordiale.

L'étude de la CDE révèle des dispositions innovantes qui accordent explicitement aux enfants des droits et libertés civils et renvoient implicitement au concept d'autonomie de l'enfant. Il s'agit, en premier, des dispositions qui construisent le concept de participation au sens strict. Le concept d'autonomie participative qu'on essaie de défendre dans cette thèse est l'articulation des trois principes conventionnels : le droit d'être entendu (art. 12), l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) et le principe des capacités évolutives (art. 5). En effet, on s'est rendu compte que la notion de droit de participation des enfants, avec ses divers degrés d'implication, à la fois en fonction de l'intérêt supérieur et des capacités évolutives de l'enfant, offre un outil très pratique pour appliquer le principe de l'autonomie aux enfants.

L'intérêt supérieur de l'enfant est un droit, un principe, une règle de procédure fondamentale de la mise en œuvre de tous les droits de l'enfant¹⁴². Au début, en tant qu'héritier du siècle précédent, il a été perçu en tant que principe protectionniste. Le bien-être ou l'intérêt supérieur de l'enfant reflète un désir de la part des adultes de protéger les enfants. On lui impute, de plus, un manque de clarté et de rigidité. Pourtant, une fois avec l'enracinement de l'approche participative de l'enfant, ces faiblesses ont tendance à devenir ses atouts majeurs. Premièrement, le principe devient plus facilement conforme à la diversité de situations et particularités culturelles. Deuxièmement, il franchit les limites protectionnistes afin de se transformer, de surcroît, en une émanation de la volonté et de l'opinion de l'enfant. Actuellement, la complémentarité des deux principes (art. 3 et 12) n'est plus mise en doute. Par exemple, la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme définit ce principe, dans l'avis

¹⁴¹ Selon ATKINS, « l'autonomie, dans la tradition libérale, est généralement comprise comme l'autodétermination : la liberté de poursuivre sa conception de la bonne vie, aussi longtemps que cela n'empiète pas sur la liberté identique de l'autre ¹⁴¹ ». ATKINS K., « Autonomy and the subjective character of experience », *Journal of Applied Philosophy*, 17(1), 2000, p. 74 qui cite John Stuart Mill, *On Liberty*, in *Three Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1975, pp. 1–21. Original: « *Autonomy, in the liberal tradition, is generally understood as self-determination: the freedom to pursue one's own conception of the good life, just as long as it does not impinge upon another's identical freedom* ».

¹⁴² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009.

consultatif 17 sur la condition juridique et les droits de l'enfant¹⁴³, d'une manière qui relève son lien avec les autres principes : « *principe de régulation concernant les droits de l'enfant sur la base de la dignité de l'être humain, sur les caractéristiques des enfants eux-mêmes, et sur la nécessité de favoriser leur développement, en tirant pleinement parti de leur potentiel, ainsi que sur la nature et la portée de la convention sur les droits de l'enfant* »¹⁴⁴.

Aussi et surtout, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant devient « *un critère primordial de compétence* »¹⁴⁵. Nous rejoignons l'idée selon laquelle ce principe sert de « contrôle » de la mise en œuvre adéquate de l'autonomie de l'enfant. En effet, quand l'enfant n'est pas capable de prendre des décisions indépendamment, son autonomie devrait être protégée par la règle de son intérêt supérieur déterminée par les parents. Or, selon les spécialistes, les droits parentaux des enfants sont « *soumis à un contrôle externe* » et « *peuvent être annulés* » lorsque « *les parents n'agissent pas dans le meilleur intérêt de l'enfant, ou lorsqu'ils ont abusivement tenté d'imposer leurs points de vue à des mineurs matures qui ont la capacité de prendre leurs propres décisions* »¹⁴⁶. La théorie de l'autodéterminisme dynamique¹⁴⁷ de l'enfant (« *dynamic self-determinism* »¹⁴⁸) de John Eekelaar¹⁴⁹ a constitué une source, même si pas la seule¹⁵⁰, dans notre compréhension du principe de l'intérêt supérieur qui laisse la possibilité à l'enfant de déterminer en quoi consiste cet intérêt.

¹⁴³ I/A Court H.R., *Juridical condition and Human Rights of the child*, Advisory opinion OC-17/02 of August 28, 2002, Series A No. 17.

¹⁴⁴ *Ibid.*, § 56.

¹⁴⁵ HAFEN B. C., HAFEN J. O., « Abandoning Children to their Autonomy: The UN Convention on the Rights of the Child » 37, *Harvard International Law Journal*, 1996, p. 463.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Selon RUFFIAT E., *Nouveau dictionnaire de la culture psy.*, suivi des dossiers sur le doudou, l'adolescence, l'homme et le temps (Collection Oedipia), Le Pradet : Éd. du Lau., 2006, p. 130, la paternité de ce terme est attribuée à Kant qui l'emploie dans l'ouvrage « La religion dans la limite de la seule raison ». Dans un sens général, « *le terme fait appel à la règle des sciences expérimentales selon laquelle les mêmes les mêmes causes produisent les mêmes effets* ». Chez Freud, le sens du mot n'exclue pas l'impact « *de l'ensemble de phénomènes et productions psychiques. Tout élément produit reposant sur une explication causale simple du complexe, il ne serait donc jamais neutre ou anodin* ».

¹⁴⁸ EEKELAAR J., « The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination », 8 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, p. 47 : « (...) *the child is placed in an environment which is reasonably secure, but which exposes it to a wide range of influences. As the child develops, it is encouraged to draw on these influences in such a way that the child itself contributes to the outcome. The very fact that the outcome has been, at least partly, determined by the child is taken to demonstrate that the outcome is in the child's best interests. The process is dynamic because it appreciates that the optimal course for a child cannot always be mapped out at the time of decision, and may need to be revised as the child grows up. It involves self-determinism because the child itself is given scope to influence the outcomes* ».

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 42.

¹⁵⁰ La théorie de Ignacio Campoy sur la volonté objective et subjective de l'enfant représente également une source importante de ce travail, CAMPOY CERVERA I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Editorial Dykinson, S. L. ; Edición, 2006.

Bien que, malgré son importance cruciale, l'article 5 ne soit pas reconnu en tant que principe général de la Convention¹⁵¹, il a été affirmé en tant qu'un nouveau principe d'interprétation en droit international¹⁵². Ce principe est d'autant plus important qu'il définit l'étendue de l'autonomie de l'enfant en relevant ses caractéristiques¹⁵³. Le principe des capacités évolutives de l'enfant, énoncé à l'article 5 reconnaît la qualité de titulaire des droits pour tous les enfants, en mettant l'accent sur les différentes manières d'exercice des droits en commençant avec le plus jeune âge et jusqu'aux adolescents et sur le rôle de la famille dans ce processus. Comme l'explique Fortin, le développement progressif des enfants est crucial pour leur permettre d'accroître leur maturité et leur capacité d'exercer les droits plus pleinement, indépendamment de leurs aidants adultes¹⁵⁴.

Il s'agit, ensuite, des libertés auparavant reconnues dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), ajustés à la situation particulière des enfants qui élargit l'étendue du concept de participation. Il faut mentionner que ces libertés, à savoir la liberté d'expression¹⁵⁵, de rassemblement pacifique¹⁵⁶, la liberté de pensée, de conscience et de religion¹⁵⁷ et l'accès à l'information¹⁵⁸, n'étaient pas à l'esprit du législateur international. La proposition initiale de CDE, ne mentionnait pas ces droits, de même que le droit de l'enfant au respect de sa vie privée¹⁵⁹. C'est dans la phase législative que ces droits étaient discutés et proposés puis adoptés comme partie intégrante du traité. Une telle acception large du droit à la participation de l'enfant porte un profond caractère social. Afin de délimiter cette composante démocratique dans la définition de l'autonomie de l'enfant, les anglo-saxons utilisent un terme qui n'a pas d'équivalent en français, à savoir *children's agency*.

Les concepts de participation et d'autonomie de l'enfant ne sont pas certes identiques. Le droit de participation des enfants signifie qu'ils sont impliqués dans une certaine mesure, en fonction de l'opportunité qui leur est donnée de participer et du poids attribué à leurs opinions. Cette définition permet une diversité de degrés et formes de participation. Selon Donnelly et Kilkelly,

¹⁵¹ SANDIFOLO KAMCHEDZERA G., *Article 5: the child's right to appropriate direction and guidance*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

¹⁵² VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer, 1995, p. 45.

¹⁵³ VARADAN S., « The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child », *International Journal of Children's Rights* 27, 2019, pp. 306-338.

¹⁵⁴ FORTIN J., *préc.*, p. 9.

¹⁵⁵ Art. 13 CDE.

¹⁵⁶ Art. 15 CDE.

¹⁵⁷ Art. 14 CDE.

¹⁵⁸ Art. 13 CDE.

¹⁵⁹ Voir UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, ST/HR/PUB/07/1, *Legislative history of the Convention on the Rights of the Child*, 2007.

pour que la participation s'assimile à l'autonomie, l'enfant devrait être informé et placé au centre du processus décisionnel¹⁶⁰.

Dans le cadre de cette forme d'autonomie de l'enfant, la portée de l'article 12 qui sert de base à la notion de participation ne s'étend pas jusqu'à l'obligation de l'État de reconnaître l'autodétermination de l'enfant. Certains sont d'avis que l'article porte sur la consultation et la participation, et non sur l'autodétermination¹⁶¹. D'autre part, le même article n'interdit pas un tel comportement. Ainsi, en ce qui concerne certains types de questions, le poids à accorder aux désirs de l'enfant est si grand que, *de facto*, il a le droit de décider pour lui-même.

b) L'autonomie de l'enfant, comme un concept développemental

Cette forme d'autonomie que l'on a essayé de défendre réfléchit en termes d'un meilleur avenir pour l'enfant. En effet, tout en se fondant sur l'autonomie participative, elle invoque également son autonomie *future ou potentielle*. Avec ceci, c'est notamment dans le cadre de cette forme d'autonomie de l'enfant, que l'autonomie participative est susceptible d'atteindre le niveau d'autodétermination valable également aux adultes. Cette appréciation se fait dans le contexte du principe général de la CDE – la vie, la survie, le développement. Le choix du qualificatif « développemental »¹⁶² n'est pas hasardeux. Il est symbolique d'un rapport interdépendant entre un principe juridique et une approche psychomédicale, qui exprime une réalité autopoïétique de l'enfant.

Dernièrement, une tendance de redéfinition de ce principe a été saisie, toujours dans le contexte de libération de la notion d'enfant. Le développement de l'enfant, défini par le Comité comme « *développement physique, mental, spirituel, moral, psychologique et social* »¹⁶³ a été

¹⁶⁰ DONNELLY M., KILKELLY U., « Child-friendly health-care: delivering on the right to be heard », *The Medical Law Review*, 19 (1), 2011, pp. 27-54.

¹⁶¹ FORTIN J., *préc.*, p. 236.

¹⁶² Si l'usage du terme français « développemental » au détriment du plus courant « de développement » reste assez limité, il est pourtant employé dans des domaines liés à la médecine, la psychologie ou l'éducation. En l'occurrence, selon DORON R., ANZIEU F. et al. (dir.), *Dictionnaire de psychologie*, Paris : Presses universitaires de France, 1991, p. 198 : « *la psychologie développementale est une approche qui utilise de manière privilégiée les faits de développement pour élaborer une théorie générale de fonctionnement psychologique du sujet* ». Voir par exemple : ROSS-LEVESQUE É., « La compréhension syntaxique des enfants de maternelle ayant un trouble développemental du langage : Phrases simples et complexes », *Canadian Journal of Speech-Language Pathology and Audiology*, 43(1), 2019, pp. 1-20 ; MAROT T., GUILHEN B., *Lecture-écriture, enseigner différemment des enseignants dans l'expérimentation du modèle systémique et développemental (Apprendre autrement)*, Turquant: Mens sana, 2011 ; CARTA G., « Co-construire l'autopoïèse organisationnelle: Le Laboratoire Développementale comme modèle et comme moyen de l'intervention capacitante », *Activités*, 14(2), 2017, pp. 1-26.

¹⁶³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°5 sur les Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44), CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003, § 6.

traditionnellement perçu en tant que processus durant lequel l'enfant obtenait les compétences nécessaires pour devenir adulte. Actuellement, compte tenu de l'importance du respect de la personnalité présente de l'enfant et de sa voix dans toutes les matières l'affectant, une mise en œuvre effective de ce principe supposerait de laisser l'enfant définir le cours de sa vie en concordance avec ses capacités¹⁶⁴. Il apparaît que cette forme d'autonomie de l'enfant est confortée par le droit à l'éducation de l'enfant et son droit à la vie privée. Nous avons essayé, en effet, d'argumenter l'importance de l'éducation pour la construction de l'autonomie de l'enfant. En tant que plateforme participative, elle prodigue des compétences rationnelles à l'enfant qui lui permet d'avoir une meilleure vie dans le futur.

La deuxième composante, le droit à la vie privée de l'enfant, génère l'*autonomie décisionnelle de l'enfant*¹⁶⁵, qui a connu une reconnaissance particulière dans le domaine de la bioéthique. Il semblerait que le concept de l'autonomie de l'enfant doit une bonne partie de ses caractéristiques aux principes de la bioéthique. Un tel rapprochement peut être expliqué. Un premier argument se base sur la nature paternaliste des relations médicales entre un praticien et son patient qui rappelle la relation enfant-parent ou tout court enfant-adulte. Deuxièmement, la bioéthique développe le principe d'autonomie¹⁶⁶ et ses composantes, le consentement et la protection de la vie privée¹⁶⁷¹⁶⁸. Troisièmement, compte tenu des arguments précédents, les premières décisions judiciaires reconnaissant l'autonomie de l'enfant, aussi bien en Europe¹⁶⁹ qu'aux États-Unis¹⁷⁰, par exemple, concernaient notamment le droit de l'enfant de décider dans la sphère biomédicale, à savoir l'avortement et la contraception. L'importance de la prise en compte de l'autonomie de l'enfant dans la sphère biomédicale est renforcée depuis par l'adoption d'une législation européenne, comme la Résolution du Conseil de l'Europe sur le

¹⁶⁴ PELEG N., « Reconceptualizing the Child's Right to Development: Children and the Capability Approach », *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, pp. 523–542.

¹⁶⁵ MISTRETTA P., « Actes médicaux et droits de l'enfant : réflexion sur l'autonomie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 105.

¹⁶⁶ L'autonomie constitue avec la bienfaisance, la non-malfaisance et la justice, l'un des quatre grands principes de l'éthique médicale reconnus au niveau international.

¹⁶⁷ La Convention d'Oviedo, la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, établit le principe général du consentement libre et éclairé avant toute intervention dans son article 5 et contient une disposition spécifique aux enfants dans son article 6.

¹⁶⁸ Conseil de l'Europe, *20ème anniversaire de la Convention d'Oviedo*, 24-25 octobre 2017, Strasbourg Rapport du groupe de rapporteurs, p. 9.

¹⁶⁹ *Gillick contre West Norfolk et Wisbech Area Health Authority* [1986] 1 AC 112.

¹⁷⁰ La Cour Suprême des États-Unis a confirmé le droit constitutionnel à la vie privée des enfants dans deux contextes : l'avortement et la contraception. Dans une série d'affaires débutant en 1976, la Cour a reconnu qu'en général les mineurs matures (dont la maturité est déterminée par un juge) peuvent choisir l'avortement sans le consentement de leurs parents et que les mineurs immatures peuvent en subir un si le juge estime que ce choix est dans l'intérêt de la mineure enceinte.

droit des enfants à l'intégrité physique¹⁷¹. Il existe l'opinion selon laquelle ces décisions concernent plus le droit à la vie privée de l'enfant que son autonomie. En effet, le rapport entre les deux concepts de *privacy* et d'autonomie de l'enfant est discutable, jusqu'à l'exclusion de toute distinction.

Un des problèmes les plus épineux auxquels sont confrontés les théoriciens et les praticiens des droits de l'enfant est le choix à adopter entre la protection et l'autodétermination de l'enfant quand le souhait de l'enfant risque d'endommager son bien-être. L'une des plus acceptables solutions et théories de réconciliation serait, selon nous, celle appartenant à Michael Freeman, dénommée « paternalisme libéral »¹⁷². D'après lui, les interventions dans la vie des enfants sont justifiées afin de les protéger contre des actions irrationnelles, qui devraient être définies comme des mesures pouvant déterminer des futurs choix de vie ou de compromettre des intérêts de façon irréversible¹⁷³. La règle d'or qu'il propose afin de déterminer un tel état d'esprit de l'enfant s'appelle le « test d'irrationalité »¹⁷⁴. Le paternalisme libéral, embrassé par Freeman, suppose la reconnaissance de l'intégrité de l'enfant et de ses capacités de décideurs, mais en même temps contrôle les dangers d'une complète liberté¹⁷⁵. De même, pour Scarre, l'intervention dans le processus de prise de décision de l'enfant est justifiable quant « *la décision est susceptible d'entraîner une diminution de son bien* »¹⁷⁶.

§2. La problématique de la recherche

La pertinence du sujet développé dans cette thèse est manifeste. Les théoriciens, spécialistes des droits de l'enfant, continuent à oeuvrer au profit du concept d'autonomie de l'enfant¹⁷⁷ (A).

¹⁷¹ Résolution 1952 (2013).

¹⁷² Autre dénomination – paternalisme justifié.

¹⁷³ FREEMAN M. D. A., *The rights and wrongs of children*, London: Pinter, 1983, p. 57.

¹⁷⁴ FREEMAN M. D. A., « Taking Children's Rights More Seriously », *International Journal of Law and the Family*, vol. 6, 1992, p. 67.

¹⁷⁵ FREEMAN M. D. A., « The value and values of children's rights », in Invernizzi A., Williams J. (dir.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, ASHGATE, 2011, p. 31.

¹⁷⁶ SCARRE G., « Children and paternalism », *Philosophy*, Vol. 55, Issue 211, 1980, p. 117.

¹⁷⁷ V. sur le concept d'autonomie de l'enfant: FREEMAN M. D. A., « Whither Children: Protection, Participation, Autonomy », 22 *Manitoba Law Journal*, 1994, p. 307 ; ARNOTT S. R., « Autonomy, Standing, and Children's Rights », 33 *William Mitchell Law Review*, 2007, p. 807 ; GILMORE S., HERRING J., « No Is the Hardest Word: Consent and Children's Autonomy », 23 *Child and Family Law Quarterly*, 2011, p. 3 ; EEKELAAR J., « The Importance of Thinking That Children Have Rights », 6 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1992, p. 221; EEKELAAR J., « The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination », 8 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, p. 42 ; FORTIN J., « Adolescent autonomy and parents », in Fortin J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2009, p. 81; HAFEN B. C., HAFEN J. O., « Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations

Nous avons adopté la même démarche, encadrée cependant par rapport à des choix méthodologiques spécifiques (**B**).

A. L'intérêt du sujet

La notion d'autonomie personnelle est par définition complexe. Elle en est davantage par rapport à l'enfant. Cette thèse ne prétend pas être exhaustive dans l'étude de ce sujet, mais apporte son regard personnel formé après l'étude de la doctrine, majoritairement étrangère. En effet, l'autonomie de l'enfant et ses dérivés (la participation, l'éducation, la vie privée de l'enfant) ont fait l'objet de nombreux questionnements¹⁷⁸. Avec ceci, aucune étude approfondie et spécifique sur la notion d'autonomie de l'enfant n'existe à notre connaissance. Cet état des choses pourrait être expliqué par la présence des barrières juridiques objectives à l'étude du sujet (**1**), ainsi qu'à la nature des approches, essentiellement interdisciplinaires, difficilement acceptées par les juristes, susceptibles de construire la notion (**2**).

1. Les obstacles pour une reconnaissance juridique claire

Selon Perrin, pour que le principe d'autonomie soit qualifié de principe général du droit et donc avoir la force de loi, il devrait disposer d'une certaine qualité formelle. Cette qualité, selon le même auteur, permet une mise en œuvre automatique du principe par les autorités judiciaires, « *qui doivent seulement veiller à son application, sans plus s'arrêter à d'autres scrupules de forme* »¹⁷⁹. Il s'avère que le principe d'autonomie de l'enfant ne dispose pas de cette qualité, tout simplement parce que l'autonomie de l'enfant sur laquelle le raisonnement de ce principe se fonde n'est pas clairement définie (**a**) ni conceptualisée (**b**).

a) L'autonomie de l'enfant, une notion non-définie

Le but poursuivi par les parties à une Convention est d'utiliser un vocabulaire de référence ayant le même sens pour tous¹⁸⁰. Malgré la difficulté d'interprétation de la CDE, une chose est claire - le législateur international n'emploie pas le terme « autonomie » dans son texte¹⁸¹.

Convention on the Rights of the Child », 37 *Harvard International Law Journal*, 1996, p. 449 ; BRAZIER M., BRIDGE C., « Coercion or Caring: Analysing Adolescent Autonomy », 16 *Legal Studies*, 1996, p. 84.

¹⁷⁸ REYNAERT D., BOUVERNE-DE-BIE M., VANDEVELDE S., « A Review of Children's Rights Literature since the Adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *Childhood*, 16(4), 2009, p. 529.

¹⁷⁹ PERRIN J.-F., *op.cit.*, p. 261.

¹⁸⁰ KHAN P., « L'interprétation des contrats internationaux », *Journal du Droit International*, vol. 108, 1981, p. 5.

¹⁸¹ Ce terme n'est également, à aucun moment, employé lors des Travaux Préparatoires de la CDE. Voir *Legislative history of the Convention on the Rights of the Child*, 2007, *préc.*

Aussi, le Comité des droits de l'enfant en fait usage ponctuellement dans ces observations générales¹⁸² et recommandations¹⁸³, en mettant l'accent sur l'importance de « l'apprentissage de l'autonomie »¹⁸⁴. Donc, ce concept s'avère être de nature prétorienne. Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*¹⁸⁵, la CourEDH donne une définition à la notion d'autonomie entendue comme « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend, peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »¹⁸⁶. Toutefois, le principe

¹⁸² Jusqu'à présent, le Comité des droits de l'enfant a adopté vingt-quatre Observations Générales (ci-après OG), dont deux en collaboration avec le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et une avec le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : OG n°1 sur les buts de l'éducation, CRC/GC/2001/1, 17 avril 2001 ; OG n°2 sur le rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'Homme dans la protection et la promotion des droits de l'enfant, CRC/GC/2002/2, 15 novembre 2002 ; OG n°3 sur le VIH/sida et les droits de l'enfant, CRC/GC/2003/3, 17 mars 2003 ; OG n°4 sur la santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant, CRC/GC/2003/4, 21 juillet 2003 ; OG n°5 sur les Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003 ; OG n°6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005 ; OG n°7 sur la Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 septembre 2006 ; OG n°8 sur le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments, CRC/C/GC/8, 21 août 2006 ; OG n°9 sur les droits des enfants handicapés, CRC/C/GC/9, 27 février 2007 ; OG n°10 sur Les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs, CRC/C/GC/10, 25 avril 2007 ; OG n°11 sur les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention, CRC/C/GC/11, 12 février 2009 ; OG n°12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009 ; OG n°13 sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toute forme de violence, CRC/C/GC/13, 18 avril 2011 ; OG n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, CRC/C/GC/14, 29 mai 2013 ; OG n°15 sur le droit de l'enfant à la jouissance du meilleur état de santé, CRC/C/GC/15, 17 avril 2013 ; OG n°16 sur les obligations de l'État concernant l'impact du secteur de l'entreprise sur les droits de l'enfant, CRC/C/GC/16, 17 avril 2013 ; OG n°17 sur le droit de l'enfant au repos, aux loisirs, au jeu, aux activités récréatives, à la vie culturelle et artistique, CRC/C/GC/17, 17 avril 2013 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits de l'enfant, Recommandation générale/Observation générale conjointe n°31 pour le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n°18 pour le Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 4 novembre 2014 ; OG n°19 sur l'élaboration des budgets publics aux fins de la réalisation des droits de l'enfant (art. 4), CRC/C/GC/19, 20 juillet 2016 ; OG n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, 6 décembre 2016 ; OG n°21 sur les enfants en situation de rue, CRC/C/GC/21, 21 juin 2017 ; OG conjointe n°3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22, 16 novembre 2017 ; OG conjointe n°4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017 ; General comment No. 24 on children's rights in the child justice system, CRC/C/GC/24, 18 septembre 2019 (actuellement disponible uniquement en anglais).

¹⁸³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°1 sur les buts de l'éducation, CRC/GC/2001/1, 17 avril 2001, § 2 : « L'objectif est de développer l'autonomie de l'enfant en stimulant ses compétences, ses capacités d'apprentissage et ses autres aptitudes, son sens de la dignité humaine, l'estime de soi et la confiance en soi. » ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG 7, § 17 ; OG 12, § 1 : « ... n'ont pas l'autonomie complète des adultes » ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG 13, § 33 : « l'autonomie progressive de l'enfant ».

¹⁸⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°17 sur le droit de l'enfant au repos, aux loisirs, au jeu, aux activités récréatives, à la vie culturelle et artistique, CRC/C/GC/17, 17 avril 2013, p. 6.

¹⁸⁵ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, No. 2346/02, CEDH 2002-III.

¹⁸⁶ *Ibid.*, § 62.

d'autonomie personnelle proclamé ainsi, conceptualisé en tant que droit à l'autodétermination de la personne, était appréhendé uniquement par rapport à l'adulte.

Avec ceci, aussi bien la CourEDH que le Comité pour les droits de l'enfant font usage d'un lexique qui parle de l'autonomie de l'enfant. Le problème est que les deux ne sont pas cohérents quant au vocable utilisé dans les deux langues officielles de travail : en français et en anglais. Par exemple, la version anglaise de l'Observation Générale qui fait recours au terme *child's agency* (« *Respect for the young child's agency - as a participant in family, community and society - is frequently overlooked, or rejected as inappropriate on the grounds of age and immaturity* »)¹⁸⁷ est traduite en français d'une façon distincte (« *Or, trop souvent, on néglige ou refuse de tenir compte du rôle que peuvent jouer les jeunes enfants – en tant que membres de la famille, de la communauté et de la société – au motif qu'ils sont trop petits et immatures* »). La CourEDH, dans ses décisions, omet également d'aligner les versions linguistiques. Par exemple, dans la version française de l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, la Cour utilise la notion d'autonomie personnelle (« *Cela vaut d'autant plus que l'enseignement constitue l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but pour lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves ainsi que de leur autonomie personnelle.* »)¹⁸⁸, alors que la version anglaise fait recours au terme « *personal independence* » (« *This is particularly true in that teaching is an integral part of the process whereby a school seeks to achieve the object for which it was established, including the development and molding of the character and mental powers of its pupils as well as their personal independence* »).

La pluralité sémantique présente dans le travail du Comité pour les droits de l'enfant et la jurisprudence de la CourEDH témoigne du fait que la notion d'autonomie de l'enfant n'est pas conceptualisée.

b) L'autonomie de l'enfant, une notion non-conceptualisée

L'engagement scientifique adopté jusqu'à présent dans la conceptualisation de l'autonomie individuelle a presque entièrement gardé à l'esprit les droits des adultes et n'a accordé aucune attention particulière à l'application du concept aux enfants¹⁸⁹. Ainsi, le plus souvent,

¹⁸⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7 sur Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 septembre 2006, § 14.

¹⁸⁸ CourEDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, 9 octobre 2007, § 55.

¹⁸⁹ S'il existe quelques études relatives au concept d'autonomie individuelle en général, aucune thèse de droit international n'a été consacrée spécifiquement à l'autonomie de l'enfant. Nous pouvons mentionner, sur un sujet

l'autonomie de l'enfant est encadrée dans les critères adultes du concept d'autonomie, car le silence du droit semble devoir être interprété comme un renvoi au sens ordinaire du mot. Par exemple, selon Donnelly et Kilkelly, l'autonomie des enfants implique que ceux-ci puissent agir de manière totalement indépendante des autres¹⁹⁰. Cette situation est déterminée par un manque de conceptualisation de l'autonomie de l'enfant en droit international.

Barrie Thorne a été l'une des premières à proposer de « *repenser les constructions idéologiques des enfants* » par la conceptualisation de son autonomie¹⁹¹. Elle souligne que « *l'octroi d'une autonomie conceptuelle aux enfants est essentiel pour intégrer leurs expériences dans des connaissances façonnées par des groupes dominants* »¹⁹². Dans le même sens, Jenq Qvortrup¹⁹³ reconnaît l'importance d'une autonomie conceptuelle de l'enfant qui permettrait de mieux œuvrer pour protéger les droits de l'enfant. Selon cet auteur : « *In a world dominated by adult interests and with adults having the power of definition, children are supposed to become autonomous, not to be autonomous. However, this does not imply that children cannot or should not be accounted for in their own right. On the contrary, it is a precondition for knowing about children's own life situation, that they become liberated from adult-centred categorizations and be given conceptual autonomy* »¹⁹⁴.

La CDE est souvent critiquée sur la manière de conceptualiser l'autonomie de l'enfant¹⁹⁵. En l'occurrence, Jane Fortin lui reproche l'absence de critères sur le niveau d'autonomie qui devrait être accordé aux enfants. Selon l'auteur, il devrait y avoir des indications, par exemple un « test », qui aiderait notamment à déterminer « *les droits que les enfants ont ou devraient avoir* »¹⁹⁶. En revanche, d'après Karl Hanson, l'adoption du troisième protocole facultatif à la

semblable, la thèse de FRANCOZ-TERMINAL F., *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Stampfli Editions, Intersentia, 2008.

¹⁹⁰ DONNELLY M., KILKELLY U., « Child-friendly healthcare: delivering on the right to be heard », *The Medical Law Review*, 19 (1), 2011, pp. 27-54.

¹⁹¹ THORNE B., « Re-Visioning Women and social change: Where are the children », *Gender and Society*, vol. 1, No. 1, 1987, pp. 85-109.

¹⁹² *Ibid.*, p. 104.

¹⁹³ QVORTRUP J., *Childhood as a Social Phenomenon: An Introduction to a Series of National Reports*, 2nd edn., Eurosocietal Report 36/1991, Vienna: European Centre for Social Welfare Policy and Research, 1991.

¹⁹⁴ Traduction : « *Dans un monde dominé par les intérêts des adultes et avec le pouvoir de définition des adultes, les enfants sont supposés devenir autonomes, et non être autonomes. Cependant, cela ne signifie pas que les enfants ne peuvent pas ou ne devraient pas être pris en compte par eux-mêmes. Au contraire, il est indispensable de connaître la situation personnelle des enfants, de les libérer de la catégorisation centrée sur l'adulte et de leur donner une autonomie conceptuelle.* »

¹⁹⁵ SHEEHAN R., RHOADES H., STANLEY N. (dir.), *Vulnerable children and the law, International evidence for improving child welfare, child protection and children's rights*, Jessica Kingsley Publishers, 2012, p. 32.

¹⁹⁶ FORTIN J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2009, p. 17.

CDE contribue à la reconnaissance de l'autonomie conceptuelle de l'enfant¹⁹⁷. Selon lui, ce Protocole peut être considéré comme « *un marqueur, mais symboliquement significatif de l'autonomie conceptuelle des enfants* »¹⁹⁸, car il marque « *un progrès conceptuel dans la reconnaissance des droits subjectifs des enfants* »¹⁹⁹.

Bien qu'à première vue la Convention n'ait pas le visage d'un instrument défendant les droits de l'enfant, elle s'est avérée être la source d'une riche interprétation²⁰⁰ en particulier du droit de l'enfant à une vie privée (art. 8 CEDH). La CourEDH déplore pour l'instant l'unique source jurisprudentielle qui mette de la lumière sur des concepts liés aux droits de l'enfant. Dernièrement, la prise en compte de l'enfant dans ses décisions est devenue impressionnante²⁰¹. On dirait qu'il s'agit plutôt d'un revirement de sa philosophie qui au départ s'orientait vers l'abaissement des droits de l'enfant au profit des droits de l'adulte²⁰². Par exemple, dans l'arrêt *Maumousseau et Washington c. France*²⁰³ – la Cour, reprenant les principes essentiels de la recommandation 874 (1979) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe relative à une Charte Européenne des droits de l'enfant, précise que « *les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres* »²⁰⁴.

Une première référence explicite de la CourEDH à l'autonomie de l'enfant comme « *un aspect important du développement de l'enfant, et donc de tout être humain* »²⁰⁵ est faite dans l'affaire *Johnsen c. Norvège*²⁰⁶. Cependant, dans ce cas, la Cour ne lui confère aucune valeur juridique. Récemment, l'autonomie de l'enfant a été au centre d'une affaire européenne qui n'a pourtant pas suscité de vagues parmi les doctrinaires. Notamment, dans *M. et M. c. la Croatie*²⁰⁷, la Cour

¹⁹⁷ HANSON K., « International legal procedures and children's conceptual autonomy », *Childhood*, vol. 22(4), 2015, p. 427.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 431.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ FORTIN J., « Children's rights and the impact of two international conventions: the UNCRC and the ECHR », in *Delight and Dole, The Children Act 10 years on, Family law*, 2002, p. 17.

²⁰¹ Voir CourEDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, *Miculic c. Croatie*, 7 février 2002 ; *Odièvre c. France*, 13 février 2003 ; *Jaggi c. Suisse*, 13 juillet 2006 ; *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012 ; *Mannesson et autre c. France et Labassee c. France*, 26 juin 2014, etc.

²⁰² ROCHE J., « Children, citizenship and human rights », in Invernizzi A., Milne B. (dir.), *Children's Citizenship: An Emergent Discourse On The Rights Of The Child?*, Special Vol. of the *Journal of Social Sciences* 9, 2005, pp. 43–55.

²⁰³ CourEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, 06 décembre 2007.

²⁰⁴ *Ibid.*, § 47.

²⁰⁵ KOFFEMAN N. R., *The right to personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights*, Leiden, 2010, p. 8.

²⁰⁶ CourEDH, *Johnsen c. Norvège*, 7 août 1996, §72.

²⁰⁷ CourEDH, *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015.

inscrit l'autonomie personnelle de l'enfant dans le giron de l'article 8. Elle distingue l'autonomie personnelle de l'adulte de celle de l'enfant en fondant la dernière sur l'article 12 de la CDE. Selon la Cour, « *ce droit à l'autonomie personnelle, qui recouvre dans le cas des adultes le droit de choisir comment conduire sa vie, à condition de ne pas porter une atteinte injustifiable aux droits et libertés d'autrui, a une portée différente dans le cas des enfants. Ceux-ci, contrairement aux adultes, ne disposent pas d'une autonomie complète, mais ils sont néanmoins des sujets de droits (voir le préambule du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (...)). Les enfants exercent leur autonomie limitée, qui augmente progressivement à mesure qu'ils gagnent en maturité, par le biais de leur droit à être consultés et entendus. Comme le précise l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant (paragraphe 94 ci-dessus), un enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement ses opinions et le droit de voir ces opinions dûment prises en considération, eu égard à son âge et à son degré de maturité et, en particulier, il doit se voir offrir la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant* »²⁰⁸. Depuis, la Cour n'est pas revenue sur ce même vocable, mais est restée dans la même logique jurisprudentielle²⁰⁹. Les juges strasbourgeois considèrent ainsi, que les juges internes violent l'autonomie personnelle de l'enfant et donc l'article 8 de la Convention en ignorant d'associer l'enfant au processus décisionnel le concernant. Ainsi, la Cour conceptualise l'autonomie de l'enfant exclusivement en tant qu'autonomie participative de l'enfant, sans se prononcer pour l'instant sur son autonomie développementale/décisionnelle.

2. Les approches diverses adoptées

La démarche méthodologique adoptée dans cette thèse relève les caractéristiques essentielles du concept d'autonomie de l'enfant, à savoir sa nature relationnelle (a) et sa nature métajuridique (b).

a) L'influence féministe sur la construction de l'autonomie de l'enfant

Le mouvement féministe qui s'oppose à l'approche libérale « reconfigure »²¹⁰ le concept d'autonomie personnelle en général et celui de l'enfant en particulier²¹¹. Selon cette théorie, l'autonomie est possible à travers différentes formes de relations constructives. L'autonomie,

²⁰⁸ *Ibid.*, § 171.

²⁰⁹ CourEDH, *N.TS et autres c. Georgie*, 2 février 2016.

²¹⁰ Terme utilisé par HERRING J., *Relational autonomy and Family Law*, Springer, 2014, p.11.

²¹¹ BRIDGEMAN J., MONK D., *Feminist Perspectives on Child Law*, Cavendish Publishing, 2000.

dans cette approche, n'est pas une présomption statique sur la nature humaine, mais une capacité dont la réalisation est toujours changeante²¹². Compte tenu du statut particulier de l'enfant et des droits corrélatifs de ses parents, ainsi que le noyau de l'autonomie – la participation – qui suppose l'interaction, l'autonomie de l'enfant est avant tout relationnelle, elle ne devrait pas être individualiste. L'approche relationnelle est la meilleure façon de respecter la valeur unique de tous les individus, tant de l'enfant, aussi bien que des parents ou autres adultes²¹³. De même, l'interdépendance, d'après Nedelsky, ne saurait pas être opposée à l'autonomie, mais au contraire, serait une condition préalable de l'autonomie jusqu'à être une composante constante de l'autonomie de l'enfant²¹⁴.

L'existence de l'autorité parentale ne montre pas que le mineur est dépourvu d'autonomie. Le rôle des parents est notamment de protéger l'autonomie réelle de l'enfant et de conserver son autonomie potentielle, en se basant sur une relation de « *conseil, communication et interaction entre parent et enfant* »²¹⁵. Eekelaar l'explique ainsi : « *Le fait que leur expérience et leur compétence soient incertaines requiert qu'ils soient guidés par leurs parents, ou les substituts des parents, au cours d'un processus que j'ai nommé autodéterminisme dynamique* »²¹⁶. L'auteur est d'avis que les premiers acquis autonomes, de même que les premiers essais d'exercice de l'autonomie de l'enfant devraient avoir lieu dans la famille. C'est dans ce sens qu'on qualifie l'autonomie de l'enfant en tant que relationnelle. Un enfant ne peut pas choisir et vouloir autre chose quand il ne l'a jamais su²¹⁷. La nature relationnelle de la personne humaine a été confirmée dans la jurisprudence de la Commission des Droits de l'Homme. Ainsi, dans l'affaire *X. contre Islande*²¹⁸, la Commission a constaté : « *le droit au respect de la vie privée comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité* »²¹⁹.

²¹² NEDELSKY J., *Law's relations: a relational theory of self, autonomy and law*, Oxford University Press, 2011, p. 119.

²¹³ *Ibid.*, p. 13.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 124.

²¹⁵ BAINHAM A., « Growing up in Britain: Adolescence in the Post-Gillick Era » in Eekelaar J., Sarcevic P., *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 501-519, cité dans EEKELAAR J., « De la privacy à l'État-Léviathan. Le cas de l'enfant » in Commaille J., Singly F. (dir.), *La question familiale en Europe* (Logiques sociales), Paris Montréal, L'Harmattan, 1997, pp. 271-287, p. 285.

²¹⁶ EEKELAAR J., *op. cit.*, p. 285.

²¹⁷ SABATELLO M., *Children's bioethics: the international biopolitical discourse on harmful traditional practices and the right of the child to cultural identity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 110.

²¹⁸ ComEDH, *X c. Islande*, 18 mai 1976, D.R.5, p. 86.

²¹⁹ *Ibid.*

À cette étape, l'on se demande quel est le rôle de l'État dans la protection d'une telle autonomie de l'enfant. À l'étude de la CDE, nous nous rendons compte que la Convention n'a pas changé le rôle des protagonistes dans cette relation à trois. Les premiers responsables de la mise en œuvre des droits participatifs de l'enfant, donc de l'autonomie de l'enfant, sont les parents. Même si l'État est directement lié par les traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme et tenu d'adopter une législation et des mesures nationales pour assurer le respect des dispositions internationales, son rôle est secondaire. Il doit fournir une assistance et un appui supplémentaires à celui des parents. Toutefois, il existe des situations dans lesquels l'État peut assumer le rôle de parents dans la prise en charge de l'enfant. Par exemple, en cas d'une autorisation des soins refusés par les parents, ou bien en cas de maltraitance des enfants où l'État doit carrément protéger l'enfant contre ses parents. Nonobstant, comme l'article 18 de la CDE le confirme, ce rôle de l'État devrait être exceptionnel. Un rôle secondaire de l'État ne signifie, cependant pas, un manque de contrôle continu de sa part²²⁰. L'État aurait ainsi de surcroît une hypostase de « guide », « partenaire » et de « surveillant » relatif à la mise en œuvre des droits de l'enfant par les parents. Car, en vertu des droits reconnus par la CDE, l'on entrevoit un intérêt certain de l'État de renforcer la démocratie constitutionnelle par l'éducation d'un enfant-citoyen. Par conséquent, l'étendue des « cas exceptionnels » où l'État aurait le droit d'intervenir a tendance à s'élargir.

Cette relation spéciale et prioritaire avec les deux partenaires – les parents et l'État – s'oppose au concept de paternalisme. Cette critique résonne également avec la perception féministe de la structure paternaliste de la société qui explique la discrimination sexuelle et les inégalités fondées sur le sexe²²¹. En effet, le paternalisme serait la protection excessive, au détriment de la participation de l'enfant. Le juge Fitzjames Stephen a fait valoir que la soumission et la protection étaient corrélatives²²². Ainsi, le paternalisme est souvent appréhendé comme un moyen d'oppression. Dworkin définit le paternalisme en tant que « *doctrine qui justifie l'atteinte à la liberté d'action par des raisons d'une personne, se référant exclusivement au bien-être, bon, le bonheur, les besoins, les intérêts ou les valeurs de la personne sous la contrainte* »²²³. Par rapport à l'enfant, O'Neill est d'avis que le paternalisme « *peut être*

²²⁰ EEKELAAR J., « De la privacy à l'État-Léviathan. Le cas de l'enfant », dans *Questions familiales, op.cit.*, p. 271.

²²¹ BUCK T., *International child law*, Routledge, 2014, p. 32.

²²² FREEMAN M. D. A., *The State, the law and the family*, London: Tavistock, 1984, p. 85.

²²³ FREEMAN M. D. A., *The rights and wrongs of children*, London: Pinter, 1983, p.52.

beaucoup de ce qui est éthiquement nécessaire pour traiter avec les enfants, même s'il est inadéquat dans les relations avec des mineurs matures »²²⁴.

b) L'influence pluridisciplinaire reconstructrice

L'argumentation d'une autonomie pour l'enfant est sans doute plus adéquate sous le prisme du dialogue interdisciplinaire. En effet, une recherche sur ce sujet ne peut pas être valablement menée sans faire appel à des sciences comme la psychologie, la pédagogie, l'anthropologie et surtout la sociologie. Les principaux mouvements de défense des droits de l'enfant considèrent les enfants comme des acteurs sociaux, des agents actifs et des êtres humains autonomes et indépendants qui construisent leur propre vie. De même, en raisonnant de la perspective de l'enfant, il existe l'opinion que l'approche interdisciplinaire « *aiderait à ouvrir des espaces pour la production de connaissances des enfants sur leurs droits* »²²⁵.

Les développements récents dans l'étude multidisciplinaire de l'enfance ont de plus en plus contesté l'orientation exclusivement protectionniste de l'enfance. S'appuyant sur d'autres contextes culturels et historiques, l'attention a été attirée sur des preuves empiriques que les enfants sont souvent capables de penser logiquement et agir avec compétence et responsabilité. Par exemple, tolérer les enfants au travail ou les enfants accomplissant d'autres rôles d'adultes est devenu une évidence²²⁶. Ces convictions sont fondées sur une approche inspirée par les travaux d'Amartya Sen²²⁷. Bien que ses œuvres couvrent des sujets divers d'ordre économique, son « *approche par les capacités* » (« *capability approach* ») a été largement empruntée par les sciences sociales, y compris dans le domaine des droits de l'enfant²²⁸. Cette théorie renverse l'ancienne philosophie des sociologues qui consistait en une approche orientée sur l'avenir

²²⁴ O'NEILL O., « *Children's Rights and Children's Lives in Alston* », P., Parker, S., Seymour, J. (dir.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon, 1992, p. 40.

²²⁵ HANSON K., NIEUWENHUYS O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice, Translations*, Cambridge University Press, 2013, p. 5.

²²⁶ JAMES A., « *Responsibility, Children and childhood* » in Bridgeman J., Keating H., Lind C. (dir.), *Responsibility, Law and the Family*, Ashgate, 2008, p. 146.

²²⁷ SEN A., « *Capability and well-being* », in Nussbaum M., Sen A. (dir.), *The quality of life*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 30-53, SEN A., *Development as freedom*, New York: Alfred Knopf, 1999. Voir aussi SAITO M., « *Amartya Sen's Capability Approach to Education: A Critical Exploration* », *Journal of Philosophy of Education*, Vol. 37, No. 1, 2003. Théorie développée aussi par NUSSBAUM M. C., *Creating Capabilities, The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011; NUSSBAUM M. C., GLOVER J. (dir.), *Women, Culture, and Development, A Study of Human Capabilities*, Clarendo Press Oxford, 1995; NUSSBAUM M. C., *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

²²⁸ Voir BIGGERI M., BALLETT J., COMIM F. (dir.), *Children and the Capability Approach*, Palgrave Macmillan, 2011; STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014; PELEG N., « *Reconceptualizing the Child's Right to Development: Children and the Capability Approach* », *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, pp. 523–542.

(« *future-oriented approach* »)²²⁹. *Capability approach* adopte ainsi une vision du présent (« *being* ») et du futur (« *becoming* ») de l'enfant et de ses droits. Cette perspective prend en compte le développement psychologique, biologique et social de l'enfant à chaque étape de sa vie. Donc, dans cette thèse, nous avons choisi d'analyser les droits de l'enfant sous le prisme de *capability approach* qui serait « *est un moyen de rendre opérationnels les droits formels* »²³⁰.

Notre recherche conduit à soutenir que l'enfant est porteur à la fois de deux concepts : de protection et d'autonomie. Nous ne pouvons pas affirmer que l'enfant est soit dépendant/vulnérable, soit autonome. Il y a les deux à la fois, c'est une question de degré. Mais on pourrait, en revanche, affirmer, en dépendance du co-rapport des degrés, que l'enfant est plutôt dépendant ou plutôt autonome. Dans tous les cas, notre thèse se fonde sur l'axiome que tout enfant est détenteur d'autonomie. Cette affirmation est notamment confortée par la *capability approach*. Le Comité des droits de l'enfant souligne que les États parties devraient respecter et garantir les droits incorporés dans la CDE à chaque enfant au sein de chaque juridiction sans discrimination de quelque sorte, prenant en compte le développement des enfants et leurs capacités²³¹.

B. Le champ de l'étude

Il nous a paru opportun, afin d'augmenter la qualité scientifique de cette recherche, de délimiter le sujet (1) et de procéder à des choix méthodologiques pour le développer (2).

1. La délimitation du sujet

Défendre le point de vue selon lequel l'enfant est un individu autonome est toutefois controversé dans la plupart des pays et sociétés du monde où les attitudes et perceptions traditionnelles à l'égard des enfants décrivent l'enfant non pas principalement comme un détenteur de droits, mais comme une personne nécessitant protection. L'impact important des attitudes traditionnelles et des normes culturelles sur la manière dont les enfants sont perçus et traités ne doit pas être sous-estimé²³². Nous avons choisi, ainsi, de concentrer notre étude sur

²²⁹ JAMES A., JENKS C., PROUT A., *Theorizing Childhood*, Polity Press, 1998, p. 6.

²³⁰ STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014, p. 1.

²³¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n° 20 sur l'implémentation des droits de l'enfant durant l'adolescence, 2016, *préc.*

²³² STERN R., *The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?*, UPPSALA Universitet, 2006, p. 16 ; Voir CHEMILLIER-GENDREAU M., « Universalité du droit international », p. 17 qui soutient que « *L'idée que l'universel formel pourrait être réalisé aujourd'hui au sein de la société mondiale par une forme juridique unique étendue à tous les groupes différenciés est une idée erronée* ».

l'évolution de la prise en compte de l'autonomie de l'enfant en Europe, en sachant qu'il y a véritablement eu une progression impressionnante dans l'emploi formel et substantiel de la notion d'autonomie de l'enfant. Dans l'affaire britannique susmentionnée *Gillick* qui a franchi largement les frontières d'un seul État, le juge (Lord) Fraser soutient : « *It is, in my view, contrary to the ordinary experience of mankind, at least in Western Europe in the present century, to say that a child or a young person remains in fact under the complete control of his parents until he attains the definite age of majority, now 18 in the United Kingdom, and that on attaining that age he suddenly acquires independence* »²³³. Dans une affaire plus récente *Mabon v Mabon*, le juge constate une évolution dans la prise en compte de l'autonomie de l'enfant. Le juge Thorpe LJ affirme : « *In my judgment the Rule is sufficiently widely framed to meet our obligations to comply with both Article 12 of the United Nations Convention and Article 8 of the ECHR, providing that judges correctly focus on the sufficiency of the child's understanding and, in measuring that sufficiency, reflect the extent to which, in the 21st Century, there is a keener appreciation of the autonomy of the child and the child's consequential right to participate in decision making processes that fundamentally affect his family life* »²³⁴.

Le Conseil de l'Europe et la CourEDH sont les acteurs qui jouent un rôle très actif dans la définition des droits de l'enfant, aussi bien que dans la clarification de la notion d'autonomie personnelle. La perception de l'enfant en tant que sujet des droits énoncés dans la CEDH a débuté dans les années '70, quand la Commission des droits de l'Homme juge recevables les requêtes directement déposées par un mineur²³⁵ et ce, indépendamment de leur incapacité et sans l'autorisation de leurs représentants légaux. Il y a eu même un projet d'institution d'un commissaire aux enfants²³⁶ par le comité d'experts indépendants de la Charte Sociale Européenne, sans résultat pourtant. Le Conseil de l'Europe déploie, en effet, des efforts impressionnants pour la clarification des droits participatifs de l'enfant, en les soutenant et en créant des mécanismes d'amélioration de leur respect²³⁷. Les recommandations du Conseil de

²³³ *Gillick*, préc., § 171, Traduction : « *Il est, à mon avis, contraire à l'expérience ordinaire de l'humanité, du moins en Europe occidentale au XXIe siècle, de dire qu'un enfant ou un jeune reste en réalité sous le contrôle total de ses parents jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la majorité, maintenant âgé de 18 ans au Royaume-Uni, et, en atteignant cet âge, il acquiert soudainement son indépendance* ».

²³⁴ *Mabon v Mabon*, EWCA Civ 634, 2005, 2 FLR 1011, § 26.

²³⁵ BARRIERE-BROUSSE I., *L'enfant et les conventions internationales*, J.D.I. 4, 1996, p. 872.

²³⁶ Conclusions IX et IX-2 du Comité d'experts indépendants de la Charte sociale européenne, Strasbourg, 1985 et 1986.

²³⁷ Voir le site du Conseil de l'Europe sur cette thématique http://www.coe.int/t/dg3/children/participation/childrenCouncil_fr.asp

l'Europe sur la participation des jeunes de moins de 18 ans²³⁸, sur la responsabilisation et l'autonomisation des enfants²³⁹, sur les Lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l'enfant dans l'environnement numérique²⁴⁰, bien que non-contraignantes, mettent l'accent sur l'inclusion de l'enfant dans les prises de décisions qui les concernent. La Stratégie pour les droits de l'enfant²⁴¹ du Conseil de l'Europe occupe une place particulière. Afin de surveiller sa mise en œuvre, un Comité ad-hoc²⁴² pour les droits de l'enfant a été créé qui oriente les travaux intergouvernementaux dans le domaine des droits de l'enfant depuis le 1^{er} mars 2016. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne s'est également montrée intéressée par cette thématique et a participé à la première réunion du Comité à Strasbourg, le 28 et 29 septembre 2016²⁴³.

Donc, cette étude se limitera à l'espace européen, y compris l'Union Européenne²⁴⁴, avec des renvois ponctuels aux autres expériences régionales, en guise de comparaisons et exemples. L'interprétation des éléments ayant attiré au concept d'autonomie de l'enfant seront examinés à travers la CDE et le *corpus juris* de l'ONU, spécialement celui du Comité pour les droits de l'enfant, mais aussi à l'aide de la CEDH et la jurisprudence de la CourEDH, la Charte sociale européenne, du droit applicable de l'Union européenne et des récents lignes directrices et stratégies relatifs aux droits de l'enfant, telles qu'adoptées par le Conseil de l'Europe.

Cette thèse examine outre le droit international, qui reste son noyau, les solutions dégagées en droits nationaux européens. La deuxième partie de la thèse dédiera une attention plus importante

²³⁸ Recommandation CM/Rec (2009)5 du Comité des Ministres aux États membres visant à protéger les enfants contre les contenus et comportements préjudiciables et à promouvoir leur participation active au nouvel environnement de l'information et de la communication, adoptée le 8 juillet 2009.

²³⁹ Recommandation CM/Rec (2006)12 du Comité des Ministres aux États membres sur la responsabilisation et l'autonomisation des enfants dans le nouvel environnement de l'information et de la communication, adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 2006.

²⁴⁰ Recommandation CM/Rec (2018)7 du Comité des Ministres aux États membres sur les Lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l'enfant dans l'environnement numérique, adoptée par le Comité des Ministres le 4 juillet 2018, lors de la 1321^e réunion des Délégués des Ministres.

²⁴¹ Stratégie pour les droits de l'enfant du Conseil de l'Europe (2016-2021), Les droits fondamentaux, adoptée à Sofia, avril 2016. Voir <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a920c>

²⁴² Le Comité veille à ce que la perspective des droits de l'enfant soit promue au sein de l'organisation et dans les États membres ; facilite des échanges de connaissances, de bonnes pratiques et d'expériences ; fournit aux États membres des conseils pour soutenir la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et des normes du Conseil de l'Europe concernant les droits de l'enfant ; conseille le Comité des Ministres et le Secrétaire Général sur les actions appropriées à mener et prodiguer des conseils sur demande ; suit les activités des mécanismes de suivi et d'autres organes protégeant les droits de l'homme pertinents.

²⁴³ <https://fra.europa.eu/fr/event/2016/reunion-du-comite-du-conseil-de-leurope-pour-les-droits-de-lenfant>

²⁴⁴ GRARD L., « La condition internationale de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », Hors-série décembre 2012 – Atelier Schuman 2012. Les 20 ans de l'Union européenne, 1992-2012, *Revue québécoise de droit international*, 1 juillet 2013.

à l'évolution du concept d'autonomie de l'enfant dans certains pays européens. Le professeur Gautron affirmait que « *la référence au droit européen impose de traiter, au moins sommairement, des organisations et ordres juridiques multiples qui forment le théâtre juridique de l'Europe contemporaine* »²⁴⁵.

Nous n'avons pas adopté, à cette fin, une approche comparative. Notre étude s'inscrit dans une analyse casuistique des droits de certains pays européens représentatifs pour une problématique particulière. Cependant, certains États sont plus présents que les autres. Plusieurs raisons justifient ce choix. Les droits du Royaume-Uni, de la Suisse et de la Belgique sont les plus développés et riches quant à la mise en œuvre de l'autonomie de l'enfant. Le premier appartient à la tradition juridique anglo-saxonne qui est de nature plutôt « *autodéterministe* »²⁴⁶. La jurisprudence du Royaume-Uni au regard du Human Rights Act²⁴⁷ s'avère davantage intéressante, car malgré son effet exclusivement national, elle indique clairement comment le juge britannique a choisi d'interpréter les dispositions de la CEDH, en l'occurrence l'article 8²⁴⁸. Les autres États, d'une approche originellement plutôt paternaliste, malgré leur divergence de principe due à une tradition juridique différente, retiendront en fin de compte des solutions pratiques assez proches. La France reste l'exemple d'un pays classiquement paternaliste, dont le droit connaît également des évolutions conceptuelles relatives aux droits de l'enfant.

Le choix d'une seule région d'étude est déterminé par plusieurs raisons. D'abord, le souci d'une illustration plus complète et précise du sujet, fortement déterminée par une interprétation locale des droits de l'enfant²⁴⁹, a imposé dès le début l'accomplissement d'un choix parmi les systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme²⁵⁰. Ensuite, la préférence pour la région

²⁴⁵ GAUTRON J.-C., *Droit européen*, Paris, Dalloz, 11e éd., 2011, p. 1.

²⁴⁶ GUILLOD O., *op. cit.*, introduction.

²⁴⁷ Human Rights Act 1998, adopté le 9 novembre 1998, entré en vigueur le 2 octobre 2000. V. aussi CLEMENTS L., READ J., *Disabled People and European Human Rights, A review of the implications of the 1998 Human Rights Act for disabled children and adults in the UK*, The Policy Press, 2003; CLEMENTS L., THOMAS P., *The Human Rights Act a success story?*, Oxford, UK Malden, MA: Blackwell Pub, 2005; DUFFY-MEUNIER A., SCOFFONI G., JOWELL, J., *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni, recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, Collection Fondation Varenne, Paris, 2007.

²⁴⁸ PALMER E., « Courts, resources and the HRA: reading section 17 of the Children Act 1989 compatibly with Article 8 ECHR », *European Human Rights Law Review*, 3, 2003, pp. 308-324.

²⁴⁹ GOONESEKERE S., « Introduction », in *Protecting the World's Children, Impact of the Convention on the Rights of the Children in Diverse Legal Systems*, UNICEF, 2007, Cambridge University Press, p. 1.

²⁵⁰ Le Conseil de l'Europe œuvre pour la promotion d'une plus grande unité en Europe et pour trouver des solutions acceptables pour toutes les démocraties européennes. Même s'il existe encore des divergences nationales sur plusieurs questions d'intérêt commun, le Conseil s'efforce d'adopter un cadre de principes juridiques européens communs. Convention culturelle européenne Paris, 19.XII.1954 : « *Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, notamment afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun* ».

européenne a été le résultat d'une analyse de l'évolution de la situation dans les régions. Sans aucun doute, l'Europe a attiré notre attention par les progrès considérables qui ont été accomplis les dernières années dans la prise en compte de l'autonomie de l'enfant.

2. Le développement de la recherche

La recherche a été construite en conformité avec des approches méthodologiques spécifiques **(a)**, qui ont déterminé de surcroît le plan de la thèse **(b)**.

a) Les choix méthodologiques

Les choix méthodologiques adoptés imposent une vision du sujet holistique, multisectorielle et multidimensionnelle. L'autonomie de l'enfant est ainsi considérée en tant que question transversale dans presque tous les aspects de la vie de l'enfant. Nous avons, pourtant, expressément exclu de notre champ d'étude le sujet de la justice pénale des mineurs²⁵¹ ou de la délinquance juvénile en tant que matière d'une complexité particulière, fondée sur des principes distincts et nécessitant une étude séparée²⁵².

Afin de réaliser une analyse plus complète et nuancée d'un sujet complexe, avec des origines métajuridiques, on a adopté un modèle de recherche pluridisciplinaire. C'est une pratique assez commune dans la doctrine anglo-saxonne, surtout quand il s'agit des droits humains, qui exige « *nécessairement une étude multidisciplinaire, afin de rendre justice à la portée et à la complexité des droits de l'Homme* »²⁵³. Mieux encore, Matías Cordero Arce est d'avis que le rôle des sciences comme l'anthropologie, la sociologie, la psychologie, l'histoire, etc. est beaucoup plus pertinent pour une théorie des droits de l'enfant que pour une théorie des droits de l'Homme telle que conçue traditionnellement²⁵⁴. Selon lui, il devrait y avoir un dialogue permanent entre ces disciplines « *dédiées à la discussion des faits* » et la théorie juridique,

²⁵¹ Un Projet de révision de l'Observation générale n° 10 (2007) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs a donné naissance à une nouvelle OG du COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, à savoir OG n°24, *préc.* Voir <https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/CRC/Pages/DraftGC10.aspx>

²⁵² Voir Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985. Sur l'autonomie du droit pénal des mineurs voir par ex. LETOUZEY E., « L'enfant délinquant », in Neirinck C., Bruggeman M., Beaussonie G., Lamy B., *La Convention internationale des droits de l'enfant (CDE), une convention particulière*, Thèmes & commentaires Études, Paris: Dalloz, 2014, p. 237.

²⁵³ DONNELLY J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Third Edition, Cornell University Press, 2013, p. 2.

²⁵⁴ CORDERO ARCE M., « Toward an emancipator discourse of children's rights », *International Journal of Children's Rights* 20, 2012, p. 366.

« chargée de discuter des droits »²⁵⁵. Cette méthode, en effet, permet de dépasser une vision juridique plutôt statique du concept d'autonomie de l'enfant et de la rendre plus dynamique²⁵⁶.

La construction de cette démonstration se base sur une approche axée sur les droits de l'Homme, plus concrètement sur les droits de l'enfant. Le Comité souligne à plusieurs reprises que, pour appliquer la Convention, « il est essentiel d'adopter une approche fondée sur les droits de l'enfant, dans le cadre de laquelle l'enfant est respecté en tant que titulaire de droits et souvent associé à la prise de décisions »²⁵⁷ et qu'il est important d'adopter une approche axée sur les droits de l'Homme « reposant sur la reconnaissance et le respect de la dignité et des aptitudes des adolescents, leur autonomisation, leur citoyenneté et leur participation active à leur propre vie, la promotion d'un état de santé, de bien-être et de développement optimal, et la volonté de promouvoir, protéger et mettre en œuvre leurs droits de l'homme, sans discrimination »²⁵⁸.

L'adoption d'une telle approche suppose, selon le Comité, « un changement de paradigme qui consiste à respecter et promouvoir la dignité humaine et l'intégrité physique et psychologique des enfants en tant qu'individus titulaires de droits plutôt que de considérer ceux-ci avant tout comme des « victimes »²⁵⁹. Elle est importante dans toutes les sphères se rapportant à l'enfant, plus généralement pour l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶⁰ et plus particulièrement dans les domaines comme l'éducation ou la santé²⁶¹. Dans une de ses dernières communications, le Comité souligne que l'« approche fondée sur les droits de l'enfant qui reconnaît le développement de capacités de l'enfant doit s'appliquer au cadre juridique national et politique des États, au travail des Nations Unies et d'autres organisations multilatérales et régionales, au secteur privé et au sein la société civile dans son ensemble,

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ HANSON K., NIEUWENHUYTS O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice, Translations*, Cambridge University Press, 2013, p. 4-5.

²⁵⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°21 sur les enfants de rue, CRC/C/GC/21, 21 juin 2017, § 5.

²⁵⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, 6 décembre 2016, § 4.

²⁵⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13 sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toute forme de violence, CRC/C/GC/13, 18 avril 2011, § 3b.

²⁶⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, § 5 : « La pleine application du concept d'intérêt supérieur de l'enfant passe par l'élaboration d'une approche fondée sur les droits de l'homme, impliquant tous les acteurs, afin de garantir dans sa globalité l'intégrité physique, psychologique, morale et spirituelle de l'enfant et de promouvoir sa dignité humaine ».

²⁶¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°15 sur le droit de l'enfant à la jouissance du meilleur état de santé, CRC/C/GC/15, 17 avril 2013, § 1 : « La présente Observation générale répond à la nécessité de traiter la santé des enfants selon une perspective fondée sur les droits de l'enfant, en partant du principe que tous les enfants ont le droit de survivre, de grandir et de se développer, dans le contexte d'un bien-être physique, affectif et social, au maximum de leurs possibilités ».

pour garantir que les enfants qui agissent comme défenseurs des droits humains, ou qui veulent devenir des défenseurs, peuvent le faire sur la base de leurs droits comme définis par la CDE »²⁶².

b) Le plan de recherche adopté

Dans notre thèse, on a essayé de voir si l'universalité des droits de l'enfant consignée dans les instruments du droit international public suppose une notion singulière d'autonomie de l'enfant. On ne va pas essayer de donner une définition de l'autonomie, mais plutôt trouver la nature de l'autonomie de l'enfant qui lui est propre. Nous avons, en effet, essayé de rechercher une définition « *qui ne sera ni vraie ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique* »²⁶³. Dworkin²⁶⁴ était d'avis que les tentatives de définir un tel concept complexe comme l'autonomie compromettraient son utilité²⁶⁵.

La première partie de la thèse présente plutôt une analyse conceptuelle de l'autonomie de l'enfant. La synthèse des normes juridiques internationales qui traduisent, à nos yeux, le concept d'autonomie de l'enfant propose une classification et une analyse qui permettent de mieux comprendre les enjeux et les implications de l'autonomie de l'enfant.

Cette démarche a été notamment adoptée dans la deuxième partie de la thèse qui étudie les aspects fonctionnels de l'autonomie de l'enfant, donc sa portée en droit international. Il s'agit ainsi d'identifier les effets normatifs de ce concept, de rechercher son influence, de préciser la manière dont il s'articule aux autres concepts et dont il s'intègre dans l'ordre juridique qui l'a consacré. La recherche porte ainsi un caractère prospectif dans la mesure où des orientations nouvelles pourront être proposées afin d'améliorer la qualité globale de la réglementation internationale. Cet exercice de balance des droits entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les intérêts familiaux, culturels et sociétaux sera l'objet de la deuxième partie de la thèse. Le but ultime de ces développements est de mesurer les changements, plus ou moins radicaux ou plus ou moins cohérents, qui découlent de cette innovation conceptuelle en droit international.

²⁶² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Note conceptuelle, Journée de Débat Général 2018, « *Protéger et soutenir les enfants en tant que défenseurs des droits humains* », § 20.

²⁶³ TROPER M., « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, Revue française de théorie juridique, 10, 1989, p. 102.

²⁶⁴ DWORKIN G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 7-9.

²⁶⁵ HAGGER L., *The child as vulnerable patient. Protection and empowerment*, Ashgate, 2009, p. 15.

Ce travail se propose non seulement de caractériser le concept d'autonomie de l'enfant en droit international, soi-disant « *l'autonomie globale de l'enfant* », mais aussi de saisir les retombées de la prise en compte de ce concept sur l'évolution du droit au niveau local ou régional, voire international. En effet, il ne suffit pas de contextualiser la notion dans le cadre d'un seul instrument international. Tout le système normatif des droits de l'Homme devrait adopter le concept d'autonomie de l'enfant ce que signifierait la révision, dans une certaine mesure, du droit international existant, y compris par la prise en compte du développement du concept au niveau local (« *autonomie locale de l'enfant* »).

Partie I La conceptualisation de l'autonomie de l'enfant en droit international

Partie II La nécessaire reconstruction du droit international par l'autonomie de l'enfant

PARTIE I. La conceptualisation de l'autonomie de l'enfant en droit international

« Freedom of the will may itself be the result of a favorable upbringing and social conditions. We may believe that a human being is free, if ever, when she not only has a range of options but an education that enables her to recognize those options as such and the self-respect that makes her choice among them a real one »²⁶⁶.

La matérialisation juridique la plus claire de l'autonomie de l'enfant est accomplie par la Convention relative aux droits de l'enfant²⁶⁷. En effet, ses articles expriment le mieux la nouvelle position de l'enfant en tant que titulaire de droits garantis par la Convention²⁶⁸, en élaborant un concept d'autonomie propre à l'enfant qui lui permet de migrer d'une représentation sociale obsolète²⁶⁹.

Explicitement, il n'existe pas dans le texte de la Convention de droit à l'autonomie ni de référence au terme « autonomie ». Cependant, la Convention crée des droits uniques, inexistants dans d'autres instruments internationaux auparavant (art. 12, art. 5, art. 3 CDE), afin de relever la spécificité du statut de l'enfant par rapport à l'adulte, tout en lui accordant la possibilité d'être plus libre. Selon la Convention, l'autonomie est considérée comme une notion progressive dans le sens où, à mesure que l'enfant grandit, il a besoin de liberté, mais aussi de la protection pour son développement. Son droit à l'autonomie n'est donc pas « absolu » dans

²⁶⁶ KORSGAARD C. M., « Commentary on Gerald Cohen, "equality of what? on welfare, goods, and capabilities" and Amartya Sen, "capability and well-being" » in Nussbaum M., Sen A., *The Quality of Life*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 54-61.

²⁶⁷ ANG F., BERGHMANS E., CATTRIJSE L., DELENS-RAVIER I., DELPLACE M., STAELENS V. (dir.), *Participation rights of children*, Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2006, p. 162.

²⁶⁸ CVEJIC JANČIĆ O. (dir.), *The Rights of the Child in a Changing World 25 Years after The UN Convention on the Rights of the Child*, Springer, 2016, p. 18.

²⁶⁹ Dans ALFAGEME E., CANTOS R., MARTINEZ M., *De la participation al protagonismo infantil, propuestas para la accion*, Platgorma de Organizaciones de Infancia, 2003, p. 22, les auteurs proposent 5 diversités de visions sociales sur l'enfance, qui ne correspondent pas à l'idée de l'autonomie de l'enfant. 1) Tout d'abord, l'idée que les enfants sont la propriété des parents, qu'ils appellent le paradigme de propriété familiale. 2) Deuxièmement, l'idée de l'enfant comme potentiel, en tant que « grandeur potentielle » ou « futur », en leur refusant leur présent et les valorisant socialement pour ce qu'ils seront ou deviendront, et non pour ce qu'ils sont déjà. 3) Une troisième idée qui réapparaît est celle de l'enfant en tant que victime ou agresseur, enfant défini comme un être conflictuel ou victimisé, et même comme un être « dangereux ». 4) Une quatrième idée est celle qui suppose que l'enfance est quelque chose de privé. Les enfants « sont privés d'une expérience équilibrée et nécessaire d'articulation entre le public et le privé, le social et le politique, l'adulte social et l'enfant social ». 5) Enfin, l'idée de l'enfant comme incapable ou ayant besoin d'aide pour agir en tant qu'agents social. On retrouve ici une conception de l'enfant comme manipulable, influençable, faible psychologiquement. Les enfants ne sont pas perçus comme un groupe social, en tant que participants actifs et directs aux questions d'intérêt public et personnel qui les concernent.

le sens d'une autonomie adulte²⁷⁰. Cependant, le droit des enfants à participer devrait leur permettre d'exprimer leur point de vue sur certaines questions et de contribuer ainsi au processus de prise de décisions qui devient par conséquent un principe très important dans la constitution autonome de l'enfant²⁷¹. C'est la base de l'argumentation en faveur d'une autonomie de l'enfant en tant qu'un concept participatif (**Titre I**).

Donc, c'est uniquement après l'adoption des dispositions législatives internationales qui consacrent la notion de participation et qui permettent de reconsidérer le statut de l'enfant de passif à actif, de l'objet à sujet, de « *becomings* » à « *beings* »²⁷² – qu'on acquiert la légitimité d'évoquer le concept d'autonomie de l'enfant qui naît dans la CDE et qui s'étend aux autres instruments internationaux ayant trait aux droits de l'enfant. La définition de l'autonomie de l'enfant se fonde sur l'idée d'un processus de transition du statut de l'enfant de l'ancien à celui proclamé dans la CDE. L'autonomie de l'enfant est différente, évolutive, complexe et assimilée aux droits qui permettent à l'enfant de changer et de se développer. En l'occurrence, une interprétation évolutive objectiviste a permis d'étendre la compréhension de l'autonomie de l'enfant aux autres droits conventionnels afin de répondre au principe de développement de l'enfant et de fonder la notion d'autonomie de l'enfant en tant qu'un concept développemental (**Titre II**).

²⁷⁰ ARNOTT S. R., « Autonomy, Standing, and Children's Rights », *William Mitchell Law Review*, Vol. 33, Issue 3, 2007.

²⁷¹ ALFAGEME E., CANTOS R., MARTINEZ M., *op. cit.*, p. 22.

²⁷² Notions employées par Michael Freeman afin de relever la nouvelle position de l'enfant octroyée par la CDE. V. FREEMAN M. D. A., « The Human Rights of Children », 63 *Current Legal Problems*, p. 20.

Titre I. La participation, fondement volontariste de l'autonomie de l'enfant

En effet, la CDE donne naissance au concept de la participation, une notion plus facilement acceptable, qui représente en réalité le fondement de l'autonomie de l'enfant²⁷³. Dans les discours internationaux sur les droits à la participation, l'enfant est construit comme un être humain rationnel et autonome, avec la compétence de formuler ses propres besoins²⁷⁴. Au sein de ces discours, il a été soutenu que les enfants sont « *réputés posséder l'autonomie et la conscience de soi suffisantes pour être en mesure de faire valoir leurs droits* »²⁷⁵.

Il est vrai que les enfants ont toujours saisi des opportunités pour s'exprimer, pour manifester, pour prendre part aux décisions²⁷⁶. Sauf que, la reconnaissance et la formalisation d'une telle participation, ainsi que le rôle des adultes et des institutions dans ce processus ont été différents selon les époques. La légalisation de la notion de participation *via* la CDE a eu, sans doute, un impact positif pour le sort de l'enfant. Désormais, l'enfant a l'avantage de pouvoir revendiquer le droit de participer²⁷⁷. Aussi, les changements juridiques ont entraîné une attention intensifiée aux opinions des enfants dans de nombreux contextes qui, d'ailleurs, ont tendance à s'accroître²⁷⁸.

Les droits de participation énoncés dans la Convention sont formulés dans des termes si généraux qu'ils ne peuvent laisser que très peu de place à leur exercice effectif, en revanche, grâce à leur évidente intention émancipatrice, ils permettent d'argumenter efficacement l'existence d'une autonomie de l'enfant. Dans ce sens, Lee confirme que les contradictions ne diminuent pas le pouvoir de la CDE, au contraire, « *les ambiguïtés fondamentales sur l'enfance au cœur de la CDE constituent son ouverture et son extension* »²⁷⁹.

²⁷³ ANG F., BERGHMANS E., CATTRIJSE L., DELENS-RAVIER I., DELPLACE M., STAELENS V. (dir.), *op. cit.*, p. 162 : « *According to the texts, participation must be understood at the same time as founding the child's autonomy and as preliminary step to limiting this autonomy when it is in his best interest.* »

²⁷⁴ KJØRHOLT A. T., *Childhood as a social and symbolic space: discourses on children as social participants in society*, Thèse de doctorat, Department of Education / Norwegian Centre for Child Research Faculty of Social Sciences and Technology Management Norwegian University of Science and Technology, NTNU Trondheim, 2004, p. 246.

²⁷⁵ DIDUCK A., *préc.*, 1999, p. 128.

²⁷⁶ LAVALLÉE C., *La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2015, p. 66 ; TISDALL E. E., DAVIS J. M., GALLAGHER M., « *Reflecting on children and young people's participation in the UK* », *International Journal of Children's Rights* 16(3), 2008, p. 343.

²⁷⁷ BRIAN HOWE R., COVELL K., *Education in the Best Interests of the Child, A Children's Rights Perspective on Closing the Achievement Gap*, University of Toronto Press, 2013, p. 209.

²⁷⁸ TISDALL E. E., DAVIS J. M., GALLAGHER M., *préc.*, p. 343.

²⁷⁹ LEE N., *Childhood and society, Growing up in an age of uncertainty*, Open University Press, 2001, p. 95, cité in OSWELL D., *The Agency of Children, From Family to Global Human Rights*, Cambridge University Press, 2013, p. 251.

Plus concrètement, selon le groupe d'articles qui concernent la participation, l'enfant a le droit en premier lieu de former son propre jugement, d'autre part de s'exprimer librement et, troisièmement, d'être entendu²⁸⁰. Ces droits ont été interprétés très largement jusqu'à reconnaître l'enfant en tant que citoyen actif (**Chapitre I**). Il s'agit, en fait, d'un droit substantiel qui permet aux enfants de devenir de véritables acteurs de leur propre vie et de prendre part aux décisions qui les concernent. C'est l'idée centrale de la notion de participation de l'enfant qui est conçue en tant que principe général d'interprétation et qui sert, entre autres, de moyen d'accès à la justice. Ce principe s'applique à tous les articles de la Convention, dont le contexte judiciaire explicitement prévu dans la Convention à l'article 12.2²⁸¹. On évoquera, en effet, dans le chapitre II, une forme d'autonomie participative spéciale et précise de l'enfant, celle procédurale ou processuelle (**Chapitre II**). En d'autres termes, il s'agit aussi d'un droit procédural qui permet aux enfants de dénoncer des abus ou des violations de leurs droits et d'agir pour promouvoir et protéger leurs droits. Les deux paragraphes de l'article 12 ont été réunis seulement à un stade tardif de la rédaction de la Convention, donnant naissance à un article qui a connu plusieurs changements durant les travaux préparatoires à la Convention avant d'être finalisé²⁸². Ces droits ne font que confirmer la difficile ascension du législateur international au concept d'autonomie de l'enfant.

²⁸⁰ ALFAGEME E., CANTOS R., MARTINEZ M., *op. cit.*, p. 33.

²⁸¹ L'article 12 se compose de 2 paragraphes. Le paragraphe 1 énonce le principe général sur le droit de l'enfant à participer à toutes les questions touchant l'enfant, tandis que le paragraphe 2 vise le droit spécifique de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires et administratives. Il dispose : « 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. 2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

²⁸² La paternité de l'actuel article 12 peut être accordée à la délégation française. En effet, le projet polonais initial n'en contenait pas. Le projet de l'article 7, devenu par la suite article 12, a été introduit suite à l'initiative française. La réponse française du 18 décembre 1978 a observé : « Il serait souhaitable pour la convention d'inclure une disposition affirmant le droit de l'enfant au moins d'être consultés lors de certains événements touchant sa situation personnelle ». L'article supplémentaire pourrait être libellé comme suit : « Dès que l'enfant est capable de comprendre, son consentement doit être recherché lorsque des décisions doivent être prises qui peuvent sérieusement affecter sa situation personnelle, telles que celles relatives à l'adoption ou l'attribution de la garde ». La réponse de la Colombie sur le projet a noté que : « Tout plan ou programme qu'une nation peut adopter à l'égard des enfants devrait considérer l'enfant comme un actif et membre de la société en général et la participation d'une famille en particulier, de sorte que ses actions ne sont pas dissociées de l'environnement social dans lequel elle vit, et pour qu'il ne soit pas considéré comme un sujet étranger abstrait à toute réalité objective ». À la suite de la procédure de consultation, la Pologne a présenté en 1979 un projet révisé qui contenait ce qui suit. Art. 7, devenu par la suite l'article 12 : « Les États parties à la présente convention doivent permettre à l'enfant qui est capable de former ses propres opinions le droit d'exprimer son opinion en ce qui concerne sa propre personne, et en particulier, le mariage, le choix de l'occupation, le traitement médical, l'éducation et les loisirs ». Voir ZERMATTEN J., STOECKLIN D., *op.cit.*, p. 15.

Chapitre I. Vers une autonomie participative substantielle

« La participation est l'expression de l'autonomie et l'individu s'exprime de manière autonome en participant »²⁸³.

Il est vrai que c'est surtout à travers l'article 12 de la CDE, érigé en principe général, que la participation de l'enfant est avant tout étudiée²⁸⁴. L'article 12 de la Convention consacre le droit de chaque enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et le droit de voir ces opinions dûment prises en considération, eu égard à son âge et à son degré de maturité. Ainsi, l'article 12 met en lumière le rôle de l'enfant en tant que participant actif dans la promotion, la protection et le contrôle de ses droits²⁸⁵. Selon le Comité des droits de l'enfant, le droit d'être entendu « impose aux États parties une obligation juridique claire de reconnaître ce droit et d'assurer sa mise en œuvre en écoutant les opinions de l'enfant et en leur accordant le poids qui leur est dû »²⁸⁶.

Le concept de participation a été repris, par la suite, dans d'autres instruments internationaux relatifs aux enfants²⁸⁷, même si, en effet, ils ne mentionnent pas ce droit en tant que tel. Car explicitement le droit à la participation est non existant dans le droit international des droits de

²⁸³ COMIM F., BALLETT J., BIGGERI M., IERVESE V., « Introduction – theoretical foundations and the book's roadmap » in Biggeri M., Ballet J., Comim F. (dir.), *Children and the Capability Approach*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 11.

²⁸⁴ ZERMATTEN J., STOECKLIN D., *op. cit.*; ROCHE J., « Children, Citizenship and Human Rights », *Journal of Social Sciences*, Special Is (9), pp. 43–55, 2005, p. 50.

²⁸⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°5 sur Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, § 6), CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003, § 12.

²⁸⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009, § 15.

²⁸⁷ Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 24 : « Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité » ; Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, 1996 ; Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Il réaffirme l'importance de l'audition de l'enfant, et, sous certaines conditions, il ne reconnaît pas les décisions sur les responsabilités parentales et le droit de visite, lorsque l'enfant n'a pas la possibilité d'exprimer son opinion ; Recommandation du Conseil de l'Europe sur la participation des enfants et des jeunes de moins de 18 ans (CM/Rec(2012)2), bien que non-contraignante, met l'accent sur l'inclusion de l'enfant dans les prises de décisions qui le concerne. Cela doit pouvoir se faire dans tous les contextes, y compris dans les écoles, les communautés locales et au sein de la famille.

l'Homme. Le terme « participation », aussi caractérisé comme « populaire »²⁸⁸, n'est finalement pas un service ou une forme de protection que les États peuvent garantir. Vu la complexité de ce concept, ce que l'État est obligé d'assurer est notamment la garantie des droits participatifs inscrits dans la CDE et applicables à une situation de relation sociale concrète²⁸⁹. En effet, la Convention comporte des articles qui rappellent explicitement ou implicitement les droits de participation²⁹⁰. Cependant, le terme « participation » n'apparaît pas à l'article 12 ni même dans aucune des dispositions étroitement liées, ceci malgré la référence directe au terme dans les observations générales du Comité²⁹¹, ainsi que dans d'autres articles. Par exemple, l'article 9.2 de la CDE prévoit que « *toutes les parties intéressées* » ont la possibilité de participer et d'être entendues dans les procédures judiciaires relatives à la garde des enfants et où effectivement on peut inclure les enfants aussi²⁹². De même, l'article 23 reconnaît la nécessité de faciliter la « *participation active de l'enfant handicapé dans la communauté* »²⁹³ et l'article 31 énonce « *le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique* »²⁹⁴. Toutefois, le terme de participation a été adopté très largement tant par le Comité des droits de l'enfant, aussi bien que par le Conseil de l'Europe²⁹⁵, la Commission Européenne et dans les lois nationales de certains pays²⁹⁶.

Il n'y a pas non plus de compréhension unanime du concept. Les acceptions de la participation vont de son strict sens légal jusqu'à une compréhension très large en tant qu'activité sociale de

²⁸⁸ VUCKOVIC ŠAHOVIC N., SAVIC I., « The rights of the child in Serbia » in Cvejić Jančić O. (dir.), *op. cit.*, p. 255.

²⁸⁹ STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014, p. 274.

²⁹⁰ BERTHELSEN D., BROWNLEE J., « Respecting children's agency for learning and rights to participation in child care programs », *International Journal of Early Childhood* 37, 2005, p. 51.

²⁹¹ À ce sujet, voir l'interview de Caroll Belamy, la directrice générale de l'UNICEF sur <https://www.unicef.org/french/sowc03/>

²⁹² TAYLOR N., FITZGERALD R. M., TAMAR M., BAJPAI A., GRAHAM A., « International models of child participation in family law proceedings following parental separation/divorce », *International Journal of Children's Rights*, vol. 20, n°4, 2012, p. 647.

²⁹³ Art. 23.1 CDE : « *1. Les États parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité.* »

²⁹⁴ Art. 31 CDE : « *1. Les États parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge et de participer librement à la vie culturelle et artistique. 2. Les États parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité.* »

²⁹⁵ Exemple : Recommandation du Conseil de l'Europe sur la participation des enfants et des jeunes, CM/Rec(2012) 2 du 28 mars 2012.

²⁹⁶ Voir par exemple, Children's Act 38 de 2005 de l'Afrique du Sud. Article 10 s'intitule « Child participation » : « *Every child that is of such an age, maturity and stage of development as to be able to participate in any matter concerning that child has the right to participate in an appropriate way and views expressed by the child must be given due consideration.* »

l'enfant, influencées par un fort caractère régional. En effet, la participation ne peut pas se baser sur des abstractions ou des réalités hors de la portée des enfants. Il est nécessaire de promouvoir des expériences qui permettent aux enfants d'apprendre à intervenir en participant à leur environnement le plus proche, sur lequel ils disposent d'informations suffisantes, ce qui leur permettra d'exprimer des opinions et d'agir plus facilement. Selon Jean Zermatten, « *la participation donne, en effet, un nouveau statut à l'enfant qui n'est plus seulement celui à qui l'on accorde des prestations ou celui que l'on protège, mais qui devient aussi celui dont on doit recueillir et écouter la parole et qui est appelé à prendre part, plus même à influencer, selon son âge et sa maturité, les décisions qui le concernent* »²⁹⁷. La définition de Hart semble être la plus appropriée par rapport à la complexité de la notion. Selon lui, la participation est « *the process of sharing decisions which affect one's life and the life of the community in which one lives* »²⁹⁸. Des modèles ont été élaborés pour aider à comprendre les différents types, niveaux et degrés de participation civique chez les enfants - en utilisant les métaphores, d'une échelle²⁹⁹, un cercle³⁰⁰, une série de voies³⁰¹ et autres types de participation³⁰². Le stade le plus élevé de la

²⁹⁷ ZERMATTEN J., STOECKLIN D., *op. cit.*, p. 15.

²⁹⁸ HART R., « Children's participation: from tokenism to citizenship », Essay for UNICEF, Innocenti Essay N° 4, 1992. Voir aussi: HART R., *Children's participation, the theory and practice of involving young citizens in community development and environmental care*, London: Earthscan Publications Ltd. 1997.

²⁹⁹ *Ibid.* : Non-participation : Manipulation, Decoration, Tokenism. Degrees of participation: Assigned but informed, Consulted and informed, Adult-initiated, shared decisions with children; Child-initiated and directed; Child-initiated, shared decisions with adults.

³⁰⁰ TRESEDER P., « Empowering children and young people: promoting involvement in decision-making », London: Save the Children, 1997. Degrees of participation: 1. Assigned but informed – Adults decide on the project and children volunteer for it. The children understand the project, they know who decided to involve them and why. Adults respect youngpeople's views. 2. Consulted and informed – the project is designed and run by adults, but children are consulted. They have a full understanding of the process and their opinions are taken seriously. 3. Adult-initiated, shared decisions with children – adults have the initial idea, but young people are involved in every step of the planning and implementation. Not only are their views considered, but also children are also involved in taking the decisions. 4. Child-initiated, shared decisions with adults – children have the ideas, set up projects and come to adults for advice, discussion and support. The adults do not direct, but offer their expertise for young people to consider. 5. Child-initiated and directed – young people have the idea and decide how the project is to be carried out. Adults are available but do not take charge.

³⁰¹ SHIER H., « Pathways to Participation: Openings, Opportunities and Obligations », *Children and Society* 2001 (10), pp. 107-117. Les différents niveaux de participation dans le modèle de Shier sont : (1) les enfants sont écoutés ; (2) les enfants sont soutenus pour exprimer leurs opinions ; (3) les opinions des enfants sont prises en compte ; (4) les enfants sont impliqués dans les processus de prise de décision ; (5) les enfants partagent le pouvoir. Original: Levels of participation: 1. Children are listened to. 2. Children are supported in expressing their views. 3. Children's views are taken into account. 4. Children are involved in decision-making process. 5. Children share power and responsibility for decision-making.

³⁰² HODGSON D., *Participation of children and young people in social work : a resource pack*, London: NCB, 1995 : « young people need to have (1) access to those in power as well as (2) access to relevant information; that there needs to be (3) real choices between different options; that there should be (4) support from a trusted, independent person; and that there has to be (5) a means of appeal or complaint if any thing goes wrong ». ARNSTEIN S., « A ladder of citizen participation », *Journal of American Planning*, vol. 35, No. 4, 1969, pp. 216-224. Non-participation: Manipulation, Therapy. Degrees of tokenism: Informing, Consultation, Placation. Degrees of citizen power: Partnership, delegated power, citizen control. WONG N. T., ZIMMERMAN M. A., PARKER E. A., « A typology of youth participation and empowerment for child and adolescent health promotion », *American Journal of Community Psychology*, vol. 46, no. 1-2, 2010, pp. 100-114. Types of youth participation :

typologie de Hart est celui où les enfants ont développé tant de compétences et de confiance en eux qu'ils peuvent demander l'implication des adultes en tant qu'experts, et qu'ils le font à partir d'une position de pouvoir³⁰³.

Un éclaircissement juridique de la notion de participation a été développé dans l'Observation générale n° 12 du Comité, qui assimile la participation au droit de l'enfant d'être entendu. En fait, selon le Comité, la notion de participation comporte deux éléments. Le premier est le droit d'être entendu compris *stricto sensu*, qui est consacré à l'article 12.1 (**Section I**) ; et le droit de participer, qui est plus large et correspond à l'idée que l'enfant, en tant qu'acteur dans sa vie et membre d'une famille, d'une communauté et d'un État, doit participer activement à la vie familiale et sociale. L'article 12 fait partie de ce principe en liaison avec les articles relatifs aux droits et libertés civils (articles 13 à 17 CDE) (**Section II**).

Indifféremment de la théorie d'interprétation de l'article 12.1, celle restrictive, respectueuse de l'intention du législateur ou celle extensive, téléologique, qui a été finalement adoptée par le Comité, il existe des prémisses en évolution en faveur de l'autonomie de l'enfant. En effet, la CDE « *ne reconnaît pas à l'enfant le droit de se faire entendre d'une façon spécifique* » et « *ne semble pas non plus rendre obligatoires des formes spécifiques de participation de l'enfant* »³⁰⁴, ce qui se présente en faveur de l'enfant, à condition d'un retour positif de l'autre partie.

L'expression « l'enfant » et la formulation de la deuxième partie de l'article peuvent être considérées comme impliquant uniquement des questions individuelles et privées. Certains³⁰⁵ ont fait valoir que c'était l'intention des rédacteurs, et qu'il est illégitime et imprudent de chercher à étendre sa signification³⁰⁶. Pourtant, l'interprétation téléologique caractéristique aux droits de l'Homme, permet une vision plus large et ce fait est confirmé par les commentaires

1. Vessel – Lack of youth voice and participation, adults have total control ; 2. Symbolic – youth have voice, adults have most control ; 3. Pluralistic – youth have voice and active participant rôle, youth and adults share control ; 4. Independent - youth have voice and active participant rôle, adults give youth most control. 5. Autonomous - youth have voice and active participant rôle, youth have total control. TRILLA J., NOVELLA A., « Educación y participación social de la infancia », *La Revista Iberoamericana de Educaciones*, Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), Numero 26, mai-août 2001. Les types de participations : 1) participation simple, 2) participation consultativa, 3) participation proyectiva, 4) metaparticipation.

³⁰³ HART R. A., *op. cit.*, p. 9.

³⁰⁴ PARE M., « L'accès des enfants à la justice et leur droit de participation devant les tribunaux : quelques réflexions », *Revue générale de droit*, 44 (1), 2014, pp. 81–124.

³⁰⁵ CANTWELL N., « Are Children's Rights Still Human? » in Invernizzi A., Williams J. (dir.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, ASHGATE, 2011, p. 51.

³⁰⁶ *Ibid.*, Cantwell, par exemple, est d'avis que nous essayons parfois d'obtenir trop de la CDE au détriment de tout ce qui est possible sur la base de ses dispositions réelles.

du Comité. Selon Gerison Lansdown, l'article est clairement ouvert à une interprétation plus large et il devrait être utilisé positivement pour soutenir des formes de participation publiques et collectives³⁰⁷. En effet, la participation implique plus que simplement « exprimer des points de vue », elle englobe également diverses formes d'action³⁰⁸.

Section I. L'interprétation renouvelée de l'approche restrictive de la participation

Le concept de participation, dans l'interprétation *stricto sensu*, malgré son apparente simplicité, n'est pas dépourvu d'ambiguïté tant par rapport à sa définition juridique (§1), que par rapport à sa mise en œuvre³⁰⁹ (§2). Le Comité reconnaît que l'accomplissement des obligations requises par l'article 12 risque d'être un défi pour de nombreux États parties à la CDE³¹⁰. Paradoxalement, c'est grâce à sa définition incertaine qu'on trouve la flexibilité pour argumenter juridiquement l'autonomie de l'enfant. C'est la raison pour laquelle la participation est une notion qui est en évolution continue.

L'article 12, étant souvent cité et à cause de sa complexité linguistique³¹¹, a obtenu plusieurs diminutifs de confort³¹², à savoir « la voix de l'enfant », « la parole de l'enfant », « le droit d'être entendu »³¹³ ou bien le « droit d'être consulté ». Le terme qui s'est implanté plus largement est celui de « droit à la participation ». À force d'avoir un vocabulaire aussi diversifié, mais limitatif en même temps, on se rend moins compte du potentiel de cet article³¹⁴.

³⁰⁷ LANSDOWN G., *Promoting children's participation in democratic decision-making*, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, 2001.

³⁰⁸ PERCY-SMITH B., THOMAS N., *A Handbook of Children and Young People's Participation, Perspectives from Theory and Practice*, Routledge, 2010, p. 2.

³⁰⁹ Le Comité établit des lacunes d'interprétation de l'art. 12 en regrettant que l'interprétation de l'État partie de ce droit « ne garantisse pas la liberté d'expression telle qu'elle est comprise par les normes internationales ». V. Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Ouzbékistan, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante-troisième session (27 mai-14 juin 2013), CRC/C/UZB/CO/3-4, 10 juillet 2013, § 26.

³¹⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, par 135 : « Honorer ces obligations est un défi pour les États parties. Mais c'est un défi qui peut être relevé (...) »

³¹¹ LUNDY L., « 'Voice' is not enough: conceptualizing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *British Educational Research Journal*, vol. 33, No. 6, December 2007, p. 933.

³¹² ROCHE J., « Children: Rights, Participation and Citizenship » *Childhood*, vol. 6(4), 1999, p. 489. L'auteur prévient que le langage de la participation des enfants peut être « confortable » et suggère que nous devrions être plus critiques des circonstances dans lesquelles les enfants sont invités à participer à la prise de décision. Cette « convivialité » est manifeste dans les phrases qui sont largement utilisées pour décrire l'article 12 de la CNUDE, plus particulièrement la notion populaire de « la voix » de l'enfant / élève.

³¹³ Expression utilisée sur le site de la Commission européenne, voir https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/rights-child/right-be-heard-child-participation_en

³¹⁴ LUNDY L., *préc.*, p. 930.

L'étude des éléments clés de l'article 12 contribue au renforcement du lien entre les notions de participation et d'autonomie de l'enfant.

§1. Une notion de « participation de l'enfant » en évolution

L'article 12 est une innovation de la Convention de 1989, mais aussi un des articles les plus controversés. Les travaux préparatoires à la Convention en témoignent³¹⁵.

Dans tous ses écrits sur l'article 12 de la CDE, le Comité utilise un vocable qui glisse naturellement de la citation de l'article 12 vers l'utilisation de la notion de participation qui s'associe à cet article³¹⁶. Il est vrai, le Comité présente plutôt une version *stricto sensu* de la participation de l'enfant, c'est-à-dire il le met sur le même plan que le droit de l'enfant d'être entendu³¹⁷. Nonobstant, tout en mettant l'accent sur des éléments qualificatifs de la participation, il les interprète de façon extensive, en rendant ainsi le concept très flexible, tout en brisant la perception traditionaliste de la participation en tant que concept conflictuel (A) et individualiste (B).

A. Le dilemme résolu « Protection-Participation »

L'opposition traditionnelle³¹⁸ entre les concepts de participation³¹⁹, qui suppose l'élimination d'un danger, et de protection peut, étrangement, servir d'argument en faveur de l'origine commune de la participation et de l'autonomie³²⁰ (1). De la même façon, la convergence des

³¹⁵ V. UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, *Legislative history of the Convention on the Rights of the Child*, vol. I, HR/PUB/07/1.

³¹⁶ V. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.* ; *Méthodes de travail relatives à la participation des enfants au processus de soumission de rapports au Comité des droits de l'enfant*, CRC/C/66/2, 16 octobre 2014 ; Day of general discussion on the right of the child to be heard, 11-29 septembre 2006.

³¹⁷ CORDERO ARCE M., « Toward an emancipator discourse of children's rights », *International Journal of Children's Rights* 20, 2012, p. 375.

³¹⁸ ATTIAS D., « Les nouveaux droits de l'enfant sont-ils compatibles avec sa protection et ne mettent-ils pas en danger l'autorité parentale ? », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Le statut du mineur : plus de droit, plus de protections*, *op.cit.* ; DURAND E., « L'autonomie de l'enfant. Construire un passé positif », *Le sociographe*, hors-série n°6, 2013, p. 83.

³¹⁹ Selon CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2016, la protection c'est une « précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assume, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, par des moyens juridiques ou matériels ; désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi ».

³²⁰ FRANKLIN B. (dir.), *The New Handbook of Children's Rights, Comparative Policy and Practice*, Routledge, 2002. Franklin soutient que les droits de l'enfant à la protection « sont rarement contestés » alors que « leurs droits à la liberté le sont de façon invariable ».

deux concepts relève l'importance de la protection pour le développement de l'autonomie de l'enfant (2).

1. L'opposition des notions en faveur de l'autonomie de l'enfant

Après avoir effectué des recherches, on est arrivé à la conclusion que l'opposition des 2P (Participation – Protection) est due au rapprochement de la notion de participation à celle d'autonomie de l'adulte³²¹. D'une manière évidente, les droits formulés dans la CDE ne communiquent aux enfants ni l'autonomie ni les responsabilités des adultes. Pourtant, conformément à leurs capacités évolutives, les enfants ont une compétence suffisante pour exercer certains droits, et cette même compétence suppose qu'ils sont capables de prendre certaines responsabilités. Ainsi, le Comité des droits de l'enfant constate une réelle difficulté pour la mise en œuvre de l'article 12 par les États. Cette situation est déterminée, en grande partie, par les analogies terminologiques ambiguës qui influent sur la volonté de l'adulte de donner de l'importance à la voix de l'enfant. Effectivement, dans la doctrine juridique anglo-saxonne, les concepts de participation et d'autonomie vont souvent de pair, soit en tant que synonymes³²², soit en tant que notions proches³²³. En effet, vu la complexité de la notion de participation, elle pourra être, sous certaines conditions, assimilée à l'autonomie, voire même au concept de l'autodétermination de l'enfant³²⁴. À la lecture de la doctrine sur le sujet en cause, on remarque souvent une confusion entre ces notions et une diversité d'approches qui compliquent leur compréhension. Afin de clarifier les liens entre les notions de participation, autonomie et autodétermination, une recherche analytique s'impose.

Par exemple, pour Smiljka Tomanovic « *la recherche part d'un concept plus large de participation, qui englobe l'identité, l'autonomie, la communication, la liberté de choix et de décision, ainsi que la participation par l'action.* »³²⁵ Jeremy Roche, de son côté, fait la différence entre simplement l'autonomie (qui inclue la participation) et l'autonomie en tant

³²¹ ALDERSON P., « Young children's health care rights and consent » in Franklin B., *op. cit.*, p. 157.

³²² OCHAITA E., ESPINOSA M. A., « Children's participation in family and school life: a psychological and development approach », *The International Journal of Children's Rights* 5, 1997, p. 279.

³²³ LAVALLÉE C., *La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2015, p. 65.

³²⁴ Selon le Comité, l'article 12 de la Convention pourrait être lu comme : un droit de parler ou d'exprimer son opinion (« Speak »), le droit de participer (« Participate ») et finalement un droit de décider (« Decide »). V. *Day of General Discussion to the theme « Speak, Participate and Decide - The Child's Right to be Heard »*. Voir aussi KRAPPMANN L., « The weight of the child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child) », *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, p. 508.

³²⁵ TOMANOVIC S., « Negotiating Children's Participation and Autonomy within Families », 11 *International Journal of Children's Rights* 51, 2003, p. 51

qu'autodétermination (« *decision-making autonomy* »). Dans son propos, il fait référence à Morrow qui soutenait que « *ce n'était pas l'absence de droit de vote qui préoccupait ces enfants, mais le manque d'autonomie et d'inclusion dans la prise de décision* »³²⁶. Finalement, une solution plus claire a été donnée par Patrick Mistretta qui propose les notions d'autonomie participative consistant « *à prendre une part active, à coopérer et collaborer à titre personnel à un acte auquel on est intéressé* »³²⁷ et l'autonomie décisionnelle qui représenterait donc l'apogée de l'autonomie participative, son degré ultime qui consiste à « *permettre au mineur de jouer un rôle décisif en même temps que décisionnel* »³²⁸.

De l'autre côté, des auteurs comme Van Bueren³²⁹ et Fortin³³⁰ soulignent que la participation active ne doit pas être confondue avec l'autodétermination. Cependant, on peut soutenir que s'il est clair que l'article 12 n'accorde pas aux enfants une autonomie complète pour prendre des décisions, il est juste et utile de reconnaître qu'on leur concède un certain degré d'autonomie en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, de la nature de la décision et de ses implications. Ainsi, en ce qui concerne certaines situations, le poids à accorder aux vœux de l'enfant est si grand qu'il a en effet le droit de décider par lui-même³³¹. Donc, il semblerait que l'esprit de l'article 12 et de la CDE dans son ensemble exige que, lorsqu'un enfant est assez âgé et mature pour comprendre les implications de la décision, son opinion devrait être suivie à moins qu'il n'y ait de très bonnes raisons contraires.

2. Le rapprochement des notions en faveur de l'autonomie de l'enfant

Pendant longtemps, il y a eu très peu de recherches empiriques sur la participation des enfants aux processus de protection de l'enfance³³². Car, traditionnellement, le meilleur moyen de

³²⁶ MORROW V., « Conceptualizing social capital in relation to the well-being of children and young people: A critical review », *Sociological Review*, 47 (4), 1999, p. 755 : « *It was not the lack of the right to vote which preoccupied these children, but the lack of autonomy and inclusion in decision-making* ».

³²⁷ MISTRETTE P., « Actes médicaux et droits de l'enfant : réflexion sur l'autonomie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 105.

³²⁸ *Ibid.*, p. 111.

³²⁹ VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer, 1995.

³³⁰ FORTIN J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2009, p. 236; V. aussi FORTIN J., « Children as Rights Holders: Awareness and Scepticism », in Invernizzi A., Williams J., *Children and citizenship*, Sage Publications, 2008, p. 58.

³³¹ Voir COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, 2019, § 84 ; OG n° 20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, 2016, § 18 : « *Le Comité a fait valoir que plus les connaissances et la compréhension de l'enfant sont étendues, plus l'orientation et les conseils donnés par les parents doivent se transformer en rappels et, progressivement, en échange sur un pied d'égalité* ».

³³² CASHMORE J., « Promoting the participation of children and young people in care », *Child Abuse & Neglect* 26(8), 2002, pp. 837- 872.

comprendre les droits de l'enfant était dans l'accentuation de leurs besoins³³³. Cette approche protectrice a prédominé dans la rédaction de la Déclaration de Genève de 1924³³⁴ et de la Déclaration des Nations Unies de 1959 sur les droits de l'enfant³³⁵. Cependant, la question de la place des enfants dans les processus décisionnels en matière de protection de l'enfance a récemment fait l'objet de recherches approfondies³³⁶.

En réalité, la CDE est celle qui prône une participation des enfants nécessaire pour une protection efficace et respectueuse³³⁷. En effet, la CDE et ultérieurement la CourEDH³³⁸

³³³ SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., « Privacy for children », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, p. 769.

³³⁴ Par exemple, l'article 2 de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 : « *L'enfant qui a faim doit être nourri ; l'enfant malade doit être soigné ; l'enfant arriéré doit être encouragé ; l'enfant dévoyé doit être ramené ; l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus.* »

³³⁵ Par exemple, principe 6 Déclaration 1959 : « *L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère. La société et les pouvoirs publics ont le devoir de prendre un soin particulier des enfants sans famille ou de ceux qui n'ont pas de moyens d'existence suffisants. Il est souhaitable que soient accordées aux familles nombreuses des allocations de l'État ou autres pour l'entretien des enfants.* »

³³⁶ La plupart de ces recherches ont été menées en Grande-Bretagne et en Allemagne dans le domaine des études sur l'enfance. Voir ESSER F., BAADER M. S., BETZ T., HUNGERLAND B. (dir.), *Reconceptualising Agency and Childhood*, New perspectives in Childhood Studies, Routledge, 2016, p. 246.

³³⁷ RUIZ-CASARESA M., COLLINSB T. M., TISDALL E. K.M., GROVERD S., « Children's rights to participation and protection in international development and humanitarian interventions: nurturing a dialogue », *The International Journal of Human Rights*, vol. 21, No. 1, 2017, pp. 1–13.

³³⁸ La CourEDH bouleverse les perceptions traditionalistes sur le lien exclusif entre l'enfant et la mère. Dans l'affaire *Konstantin Markin c. Russie*, la Cour constitutionnelle russe soutenait que donner le droit de congé parental de trois ans exclusivement aux femmes au sein des forces armées était raisonnablement et objectivement justifié, compte tenu du caractère spécial du service militaire en Russie et du rôle particulier des femmes en tant que mères dans la société russe. La Cour européenne des droits de l'Homme a écarté ces arguments en les qualifiant de « préjugés sexistes ». Voir CourEDH, *Konstantin Markin v. Russia*, 7 octobre 2010, § 58.

viennent bouleverser la définition de la « protection spéciale »³³⁹³⁴⁰ sous l'emprise de la nouvelle position de l'enfant. Ignacio Campoy l'appelle « protectionnisme renouvelé »³⁴¹, une notion qui prend en compte « *les nouvelles idées, provenant de différents domaines de la connaissance - qui affectent toutes les sections dans lesquelles nous avons partagé l'étude des droits des enfants, et qui réalisent, enfin, une véritable transformation dans la prise en compte de la reconnaissance et de la protection des droits de l'enfant* »³⁴². Le Comité des droits de l'enfant contribue à renforcer cette approche en soulignant, en ce qui concerne l'adolescence, que « *la protection sera d'autant plus efficace que les adolescents seront associés à l'identification des risques potentiels et à l'élaboration et à la mise en œuvre de programmes*

³³⁹ Expression souvent utilisée par les textes internationaux. Avant l'adoption de la CDE, la notion faisait référence au lien entre l'enfant et la mère. Voir TORRELLI M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 55 et 74. Par exemple, article 25.3 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme : « *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.* », le principe 2 de la Déclaration de l'enfant de 1959 : « *L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et sociale, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante* » et le principe 4 : « *L'enfant doit bénéficier de la sécurité sociale, il doit pouvoir grandir et se développer d'une façon saine ; à cette fin, une aide et une protection spéciales doivent lui être assurées ainsi qu'à sa mère, notamment des soins prénatals et postnatals adéquats. L'enfant a droit à une alimentation, à un logement, à des loisirs et à des soins médicaux adéquats.* », la Charte sociale européenne 1961 (avant la révision), Partie I, article 17 : « *La mère et l'enfant, indépendamment de la situation matrimoniale et des rapports familiaux, ont droit à une protection sociale et économique appropriée.* », partie II, article 17 : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de la mère et de l'enfant à une protection sociale et économique, les Parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires et appropriées à cette fin, y compris la création ou le maintien d'institutions ou de services appropriés.* », *Resolution adopted by the General Assembly 2716 (XXV), Programme of concerted international action for the advancement of women*, A/RES/25/2716, 15 december 1970, C. Health and maternity protection : « *1. The progressive extension of measures to ensure maternity protection, with a view to ensuring paid maternity leave with the guarantee of returning to former or equivalent employment.* »

³⁴⁰ Dans le préambule de la CDE, la notion de « protection spéciale » occupe une place importante, en faisant référence aux instruments antérieurs : « *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* ».

³⁴¹ CAMPOY CERVERA I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Editorial Dykinson, S. L. ; Edición, 2006., p. 422. Dans son œuvre, l'auteur évoque les changements essentiels qui ont eu lieu dans l'appréhension du protectionnisme. Il le divise en protectionnisme « *traditionnel* », en raison de son rapprochement plus étroit avec les structures lockéennes et les premiers protectionnistes et le protectionnisme « *renouvelé* », en raison de l'incorporation de nouvelles idées.

³⁴² *Ibid.*, p. 422 ; Original : « *Protectionismorenovado – la incorporacion que en ellos se hace de nuevas ideas – procedentes de diferentes ambitos de conocimiento – que afectan a todos los apartados en que venimos compartimentado el estudio de los derechos de los niños, y que con siguen, finalmente, una auténtica transformación en la consideración sobre la forma en como han de ser conocidos y protegidos los derechos de los niños.* »

destinés à atténuer ces risques. En garantissant aux adolescents le droit d'être entendu, de dénoncer des violations de leurs droits et de demander réparation, on leur donne les moyens d'agir progressivement en faveur de leur propre protection »³⁴³ ou bien que « la participation effective des enfants aux mesures de protection exige que les enfants soient informés de leur droit d'être entendu et de grandir à l'abri de toute forme de violence physique ou psychologique »³⁴⁴. Brièvement, le Comité conclut que « la participation de l'enfant facilite la protection et que la protection de l'enfant est essentielle pour la participation »³⁴⁵.

Désormais, l'opposition des termes comme participation et protection devient banale³⁴⁶ et même dangereuse³⁴⁷. Afin de contribuer à la conceptualisation de l'autonomie de l'enfant, il est important de ne pas placer les enfants dans des constructions dichotomiques subjectives comme dépendantes ou indépendantes, matures ou immatures, vulnérables ou compétentes, égales ou différentes³⁴⁸. Dans la science sociale, cette approche a été dénommée « l'axe autonomie-dépendance »³⁴⁹, adoptée également par la CDE. En effet, selon cette idée, l'autonomie de l'enfant n'a pas été construite en contrepartie de la protection. Bien au contraire, le Comité des droits de l'enfant³⁵⁰, aussi bien que la doctrine a pris l'habitude de relever deux³⁵¹, parfois plusieurs³⁵², perspectives principales de la Convention, à savoir la protection et la participation.

³⁴³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, *préc.*, § 19.

³⁴⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, *préc.*, § 120.

³⁴⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13 sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toute forme de violence, *préc.*, § 63.

³⁴⁶ ABEBE T., « Interdependent rights and agency : the role of children in collective livelihood strategies in rural Ethiopia » in Hanson K., Nieuwenhuys O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice, Translations*, Cambridge University Press, 2013, p. 74.

³⁴⁷ Dans l'ancienne acception de la notion de protection, l'enfant est impuissant : « L'individu protégé n'a pas le choix ; il ne peut que consentir à la protection telle qu'elle convient aux institutions protectrices, où et quand cela leur convient. Il ne peut que se soumettre » in BOULDING E., « Deux milliards d'enfants à la recherche de leurs droits », *Le Courrier de l'UNESCO*, janvier 1979, p. 5.

³⁴⁸ KJØRHOLT A. T., *Childhood as a social and symbolic space: discourses on children as social participants in society*, *préc.*, p. 246.

³⁴⁹ HUTCHBY I., MORAN-ELLIS J., « Situating children's social competence », in Hutchby I., Moran-Ellis J. (dir.) *Children and Social Competence: Arenas of Action*, London: Falmer Press, 1998, p. 21.

³⁵⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 18 : « L'article 12 dispose que l'enfant a des droits qui ont une influence sur sa vie, et pas uniquement des droits dérivés de sa vulnérabilité (protection) ou de sa dépendance vis-à-vis des adultes (prestations). La Convention reconnaît l'enfant comme sujet de droits, et la ratification quasi universelle de cet instrument international par les États parties souligne ce statut de l'enfant, clairement exprimé à l'article 12. »

³⁵¹ BUCK T., *International Child Law*, Third Edition, Routledge, 2014, p. 30.

³⁵² Par exemple Geraldine Van Bueren, par souci de clarté propose quatre catégories, qu'elle appelle « les quatre P » : participation, protection, prévention et provision. V. VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer, 1995., p. 15. T. Hammarberg (1990) suggère une classification impliquant les quatre P : la participation des enfants aux décisions impliquant leur propre destin ; la protection des enfants contre la discrimination et toutes les formes de négligence ; la prévention des dommages aux enfants ; et la provision d'une assistance pour leurs besoins fondamentaux dans HAMMARBERG T., « The UN Convention on the Rights of the Child – and How to Make it Work », *12 Human Rights Quarterly*, 1990, p. 97. V. aussi CANTWELL N., «

Ces deux concepts ont parfois été considérés comme opposés, un point de vue qui pourrait être considéré comme quelque peu limité. Une interprétation plus appropriée serait que ces perspectives s'équilibrent et deviennent interdépendantes - il est difficile d'imaginer que les deux concepts ne soient pris en compte à parts égales. Donc, la protection et la participation sont des droits qui se renforcent mutuellement³⁵³. Les deux perspectives peuvent également s'articuler autour de ce qu'Anna Singer a appelé une perspective axée sur les besoins, *needs-oriented*, et sur les compétences, *competence-oriented*, sur la manière dont la volonté d'un enfant peut être évaluée, en fonction de la perception de ses capacités en tant qu'individu³⁵⁴.

Ainsi, la participation de l'enfant dans les politiques de protection de ses droits – est le cas de figure qu'illustre la convergence possible des deux notions *à priori* opposées³⁵⁵. Freeman est d'avis que la participation et la protection dans le contexte des droits de l'enfant sont indissociablement liées et il faut donc aborder la question de manière holistique³⁵⁶. Invernizzi et Milne soutenaient que « *those who opt for protection may be a little less open to the inclusion of children, although it may help to know what protection children want* »³⁵⁷. Selon Schofield et Thoburn, la participation de l'enfant dans les politiques de protection le concernant serait même utile afin de remédier à son absence lors de l'adoption des normes internationales et pourrait ainsi « *constituer une partie importante du processus de guérison* »³⁵⁸. Tomanovic³⁵⁹ a noté que les enfants eux-mêmes indiquent à la fois leur besoin de protection et le besoin d'espace pour leur développement personnel³⁶⁰, ce que confirme la nature ambivalente du statut de l'enfant d'acteur et de vulnérable.

Entendre les victimes mineures et de les faire participer à l'amélioration des politiques les concernant, afin de mieux les protéger, c'est la meilleure façon de conjuguer protection et participation. Comme suggéré par Wyness³⁶¹ « *le problème de l'abus sexuel des enfants*

Monitoring the Convention through the Idea of the "3Ps" », in *Politics of Childhood and Children at Risk. Provision - Protection - Participation*, EUROSOCIAL Report 45/1993, Vienna, pp. 121-127.

³⁵³ MARCHANT R. AND KIRBY P., « The participation of young children: communication, consultation and involvement » in Neale B. (dir.), *Young Children's Citizenship: Ideas into Practice*, York, Joseph Rowntree Foundation, 2004, p. 211.

³⁵⁴ SINGER A., *Föräldraskap i rättslig belysning*, Uppsala : Iustus, 2000, pp. 83-98.

³⁵⁵ SANDERS R., MACE S., « Agency Policy and the Participation of Children and Young People in the Child Protection Process », *Child Abuse Review*, vol. 15, 2006, p. 91.

³⁵⁶ STERN R., *The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?*, UPPSALA Universitet, 2006, p. 86.

³⁵⁷ INVERNIZZI A., MILNE B., « Are children entitled to contribute to international policy making? A critical view of children's participation in the international campaign for the elimination of child labour », *The International Journal of Children's Rights* 10, 2002, p. 429.

³⁵⁸ SANDERS R., MACE S., *préc.*, p. 92.

³⁶⁰ TOMANOVIC S., « Negotiating Children's Participation and Autonomy within Families », 11 *International Journal of Children's Rights*, 2003, pp. 51 - 71.

³⁶¹ WYNESS M. G., *Contesting childhood*, Psychology Press, 2000, p.85.

engendre une conception de l'enfant passif vulnérable »³⁶². C'est, par exemple, dans le contexte de la maltraitance des enfants en tant que phénomène social contribuant à une conception d'enfant victime que la participation de l'enfant est nécessaire afin de diminuer le préjudice³⁶³. Dans ce sens, le Comité des droits de l'enfant, en faisant référence à la conclusion du Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution et la pornographie impliquant des enfants³⁶⁴, se montre préoccupé par le fait que « *dans la pratique, la plupart des juges ne sont guère enclins à entendre les enfants, ce qui s'est traduit dans le passé par des carences de la justice à l'égard des enfants victimes de sévices sexuels* »³⁶⁵. Il s'agit, en effet, d'accepter un changement qualitatif tel que « travailler pour les enfants » plutôt que « travailler avec les enfants »³⁶⁶.

Le Comité est d'avis qu'en garantissant aux adolescents le droit d'être entendu, de dénoncer des violations de leurs droits et de demander réparation, on leur donne les moyens d'agir progressivement en faveur de leur propre protection³⁶⁷. Les États parties devraient favoriser et soutenir pleinement la participation à l'élaboration et à l'exécution de programmes de prévention des enfants, conformément à l'article 12 de la Convention³⁶⁸. À cette fin, « *les autorités et les décisionnaires doivent tenir compte pour chaque enfant de la nature de sa vulnérabilité et de son degré de vulnérabilité, chaque enfant étant unique et chaque situation devant être appréciée en fonction du caractère unique de l'enfant*³⁶⁹. Dans ce contexte, la « *vulnérabilité* » devrait être évaluée en parallèle avec la résilience et l'autonomie de chaque enfant »³⁷⁰.

Selon Nick Lee, la réticence par rapport au concept de participation est causée, avant tout, par la « *tendance à considérer la participation comme créant une séparation complète entre les*

³⁶² SANDERS R., MACE S., « Agency Policy and the Participation of Children and Young People in the Child Protection Process », *Child Abuse Review*, vol. 15, 2006, p. 92.

³⁶³ *Ibid.*, p. 92

³⁶⁴ COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Rapport présenté par Juan Miguel Petit, *Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants*, Mission en France, 25-29 novembre 2002, E/CN.4/2004/9/Add.1, 14 octobre 2003, § 85 et 89.

³⁶⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Examen des Rapports présentés par les États Parties en application de l'article 44 de la Convention, *Observations finales : France*, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004, § 21.

³⁶⁶ MARTIN PEREZ A., « La participation infantil como forma de protección y garantía de los derechos de la infancia » in Ferrer Lloret J., Sanz Caballero S. (dir.) *Protección de personas y grupos vulnerables especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 84.

³⁶⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 19.

³⁶⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°10 sur *Les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs*, CRC/C/GC/10, 25 avril 2007, § 20.

³⁶⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*, § 75 et 76.

³⁷⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°21, *préc.*, § 28.

adultes et les enfants et par conséquent sapant la possession d'enfants par les adultes »³⁷¹. Il essaie de réprimer cette conviction, tout en interprétant l'article 12 en faveur d'une relation positive de l'enfant avec l'adulte.

B. Le caractère relationnel de la participation

L'article 12 de la CDE fait refléter un concept révolutionnaire en droit international, qui a profondément influencé la perception de l'enfant. En effet, on peut lire dans l'article 12.1 que : « *les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* » qui, *de jure*, représente la transposition du concept des « capacités évolutives de l'enfant » codifié à l'article 5 de la CDE (1). Malgré des réticences d'ordre paternaliste, ce concept ne se propose pas d'individualiser l'enfant, bien au contraire, il pose les bases de la nature relationnelle de l'autonomie de l'enfant (2).

1. Les capacités évolutives³⁷² de l'enfant³⁷³, un principe peu connu

Bien que, malgré son importance cruciale³⁷⁴, l'article 5 ne soit pas reconnu en tant que principe général de la Convention relative aux droits de l'enfant³⁷⁵, il a été affirmé en tant qu'un nouveau principe d'interprétation en droit international³⁷⁶. Ainsi, le caractère relationnel de la participation de l'enfant est en lien avec la reconnaissance par la Convention du développement des capacités de l'enfant et le fait que l'exercice des droits doit respecter les niveaux de développement de chaque enfant, tout en préservant le rôle de « guide » des parents (a). Ce principe est d'autant plus important qu'il définit l'étendue de l'autonomie de l'enfant en relevant ses caractéristiques (b).

³⁷¹ LEE N., *Childhood and Human Value Development, Separation and Separability*, Maidenhead, Open University Press, 2005.

³⁷² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°17, *préc.*, § 14a), 32, 57b).

³⁷³ Usage dans la doctrine et par UNICEF du terme « capacités évolutives », traduction directe de « evolving capacities » en anglais. Voir par exemple LANSDOWN G., *Les capacités évolutives de l'enfant*, Centre de recherche Innocenti, UNICEF, 2005.

³⁷⁴ Sur la valeur du concept, voir SANDIFOLO KAMCHEDZERA G., *Article 5: the child's right to appropriate direction and guidance*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 ; SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., « Privacy for children », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, 2011, p. 770.

³⁷⁵ SANDIFOLO KAMCHEDZERA G., *op.cit.*

³⁷⁶ VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer, 1995, p. 45.

a) Un compromis *via* l'article 5 de la CDE

Le principe des « capacités évolutives » présent dans l'article 12 est, en fait, codifié à l'article 5 de la CDE, comme suit : « *Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.* » Le principe des capacités évolutives de l'enfant, énoncé à l'article 5 reconnaît, ainsi, la qualité de titulaire des droits pour tous les enfants³⁷⁷, en mettant l'accent sur les différentes manières d'exercice des droits en commençant avec le plus jeune âge³⁷⁸ et jusqu'aux adolescents³⁷⁹ et sur le rôle de la famille dans ce processus. Comme l'explique Fortin, le développement progressif des enfants est crucial pour leur permettre d'accroître la maturité et la capacité d'exercer leurs droits plus pleinement, indépendamment de leurs aidants adultes³⁸⁰.

Le Comité des droits de l'enfant, dans la version française de sa jurisprudence, préfère le concept de « développement des capacités » aux capacités évolutives. Pour lui, c'est un principe de base qui « *mentionné à l'article 5 de la Convention renvoie aux processus de maturation et d'apprentissage par lesquels passent les enfants pour acquérir progressivement des connaissances, des compétences et la capacité de comprendre, notamment la conscience de leurs droits et des meilleurs moyens de les exercer* »³⁸¹. Le Comité souligne « *qu'il importe de donner des possibilités à l'enfant de se faire entendre, la participation des enfants étant un moyen de stimuler le plein développement de la personnalité de l'enfant et l'évolution de ses capacités* »³⁸². Selon lui, « *le développement des capacités devrait être vu comme un processus constructif qui favorise l'évolution de l'enfant, et non comme la justification de pratiques autoritaires limitant l'autonomie de l'enfant et ses possibilités d'expression, sous prétexte généralement de l'immatunité relative des enfants et de leur besoin d'apprendre à vivre en*

³⁷⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°4 sur La santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant, *préc.*, § 1.

³⁷⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7 sur Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, *préc.*

³⁷⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°4, *préc.*; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, *préc.*

³⁸⁰ FORTIN J., *op. cit.*, p. 9.

³⁸¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7 sur Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, *préc.*, § 17.

³⁸² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, *préc.*, § 79.

société. Les parents et les autres personnes concernées devraient être encouragés à donner " l'orientation et les conseils " en se centrant sur l'enfant, en utilisant le dialogue et l'exemple et en renforçant les capacités des jeunes enfants à exercer leurs droits, dont celui d'exprimer leur opinion sur toute question les intéressant (art. 12) et le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14) »³⁸³.

Ce principe peut être compris de deux manières contraires : comme une limitation des droits exercés par les enfants, en faveur des droits des parents ou bien comme un fondement pour la reconnaissance des capacités spéciales des enfants et leur promotion. Étant prévu dans la CDE, l'article 5 concerne principalement les droits de l'enfant. Plus précisément, il donne aux enfants le droit de recevoir des conseils et des instructions de la part des adultes dans l'exercice de leurs droits conventionnels³⁸⁴.

Les Travaux Préparatoires de l'article 5 de la CDE témoignent de l'accord des rédacteurs au moins sur un point majeur qui s'est avéré par la suite révolutionnaire. Ils voulaient utiliser l'article pour introduire une innovation dans les lois, les systèmes et les processus internationaux et nationaux. Ainsi, en adoptant l'approche centrée sur les droits de l'enfant, ils ont déterminé une orientation juridique et politique appropriée. L'innovation devait provenir, selon Sandifolo Kamchedzera, de trois bases. La première était la nécessité de prendre en compte l'évolution des capacités de l'enfant. La seconde était centrée sur une approche fondée sur la reconnaissance de l'enfant en tant que sujet ou détenteur des droits de l'Homme. La troisième était le besoin de délimiter l'étendue de l'autorité parentale et de son pouvoir discrétionnaire³⁸⁵.

³⁸³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7, *préc.*, § 17.

³⁸⁴ Le Comité des droits de l'enfant réitère la nature child-centred de la CDE dans sa jurisprudence. Voir par exemple CRC/C/73/D/2/2015, point 4.4, 26 oct 2016 : « *Quant aux droits de l'auteure au titre de l'article 39 de la Convention, le Comité considère que cet article et les autres articles de la Convention protègent les droits des enfants et non ceux des adultes.* » ; CRC/C/81/D/6/2016, 10 juillet 2019, point 9.3 : « *With regard to the author's claims of alleged violations of her own rights, the Committee considers that the Convention protects the rights of children and not the rights of adults.* »

³⁸⁵ SANDIFOLO KAMCHEDZERA G., *préc.*, p. 13.

Le Comité des droits de l'enfant a clairement souligné que les droits participatifs, aussi bien que le principe de développement des capacités³⁸⁶ ou d'évolution des capacités³⁸⁷, ou encore parfois « les capacités évolutives »³⁸⁸ de l'enfant contribuent à la reconnaissance de l'enfant comme un sujet de droit. Le Comité définit le développement des capacités en tant que « *principe de base qui renvoie aux processus de maturation et d'apprentissage par lesquels passent les enfants pour acquérir progressivement des compétences, la capacité de comprendre et une aptitude croissante à prendre des responsabilités et à exercer leurs droits* »³⁸⁹.

Donc, l'article 5 donne naissance à un principe *équilibrant*, dont la mission n'est pas d'avancer un intérêt ou l'autre, de donner la priorité à la famille, aux parents ou à l'enfant, mais bien de trouver le fameux « équilibre » entre les droits de l'enfant et ceux des parents. Lansdown précise que : « *le concept des capacités évolutives est au cœur de l'équilibre inscrit dans la Convention entre la reconnaissance des enfants en tant qu'agents actifs dans leur propre vie, le droit d'être écoutés, respectés et d'acquérir une plus grande autonomie dans l'exercice des droits, tout en ayant droit à une protection conformément à leurs droits, tout en ayant droit à une protection en fonction de leur relative immaturité et de leur jeunesse* »³⁹⁰. Donc, le caractère unique de cet article, mais aussi sa nouveauté, il nous semble, réside dans deux messages qu'il essaie de transmettre. Il s'agit de l'importance du respect des parents pour l'enfant par le transfert de certains droits quand l'enfant atteint les capacités nécessaires pour les exercer, tout en mettant l'accent sur l'importance pour l'enfant d'un « guidage » de la part des parents. C'est en effet l'essence d'une autonomie progressive pour l'enfant.

³⁸⁶ Dans la version française des documents, le principe est traduit en tant que « développement des capacités » contrairement à la version anglaise qui utilise l'expression « evolving capacities ». Voir par exemple COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°4, *préc.*, § 1 ; OG n° 21, *préc.*, § 11b), 33 et 35 ; OG n°20, *préc.*, § 39, 43, 50 ; OG n°15, *préc.*, § 20 ; OG n°15, *préc.*, § 31 ; OG n°14, *préc.*, § 44 ; OG n°13, *préc.*, § 59 ; OG n°11, *préc.*, § 46 ; OG n°10, *préc.*, § 16 ; OG n°9, *préc.*, § 32 ; OG n°8, *préc.*, § 13, 28, 47 ; OG n°7, *préc.*, § 3, 13, 17, 33 ; OG n°4, *préc.*, § 1, 7, 16 ; OG n°3, *préc.*, § 13, 20, 22, 23, 29, 40.

³⁸⁷ Observation générale conjointe n°3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n°22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur *les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales*, 16 novembre 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, § 34 ; OG n°20, *préc.*, § 22 ; OG n°17, *préc.*, § 18 ; OG n°15, *préc.*, § 78 ; OG n°14, *op. cit.*, § 93 ; OG n°13, *préc.*, § 66, 72 ; OG n°12, *préc.*, § 31, 69, 80, 91, 94, 134 ; OG n°7, *préc.*, Petite enfance, § 6b ; OG n°4, *préc.*, § 12 ; OG n°1, *préc.*, § 9, 12 ;

³⁸⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13 sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toute forme de violence, CRC/C/GC/13, 18 avril 2011, § 33.

³⁸⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n° 20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, *préc.*, § 18 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°16 sur les obligations de l'État concernant l'impact du secteur de l'entreprise sur les droits de l'enfant, CRC/C/GC/16, 17 avril 2013, § 23.

³⁹⁰ LANSDOWN G., *Les capacités évolutives de l'enfant*, Centre de recherche Innocenti, UNICEF, 2005, p. 3.

b) Le principe de l'autonomie progressive de l'enfant

Malgré l'apparent accent sur le rôle des « *parents, ou le cas échéant, des 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* », l'article 5, en fait, met les bases du principe de l'autonomie progressive de l'enfant³⁹¹.

En effet, la dichotomie entre « pas de liberté pour les enfants » et « liberté totale pour les enfants »³⁹² n'est pas efficace. L'idée d'une autonomie progressive prônée par l'article 5 semble être plus adaptée, car elle respecte les capacités internes de plus en plus étendues de l'enfant qui lui permet « *l'acquisition progressive de la capacité à assumer des comportements et des rôles propres aux adultes* »³⁹³. Il est vrai qu'au cours de la petite enfance, les capacités externes fournies par les soignants ou les relations humaines informelles jouent un rôle central, mais avec le temps, les enfants ont accès à un ensemble plus étendu de capacités internes, ce qui influe considérablement sur leur situation³⁹⁴.

Le Comité a conscience que le développement des capacités de l'enfant a une incidence sur son aptitude à prendre de manière indépendante des décisions. Il note également qu'il y a souvent des différences entre les enfants en ce qui concerne l'aptitude à prendre une décision de manière autonome, les enfants particulièrement exposés à la discrimination étant souvent moins capables d'exercer cette autonomie³⁹⁵. L'interprétation de ces articles révèle que les droits des enfants ne sont pas des droits dans l'attente d'une maturité adulte. Au contraire, ce sont des droits complets qui seront exercés par les enfants selon le stade d'évolution et de développement dans lequel ils se trouvent.

Ainsi, le Comité soumet l'adoption des programmes de protection des enfants « *à l'environnement dans lequel évoluent les enfants, à leur capacité à reconnaître et faire savoir qu'ils sont victimes, et à leurs capacités individuelles ainsi qu'à leur degré d'autonomie.* »³⁹⁶ Effectivement, le Comité associe l'article 5 à l'autonomie progressive³⁹⁷ de l'enfant, comme

³⁹¹ VIOLA S., « *Autonomia progresiva de ninos, ninas y adolescentes en elCodigo Civil : una deuda pendiente* », *Cuestion de derechos*, Revista electrónica N°3, 2012, pp. 82-99.

³⁹² STOECKLIN D., BONVIN J-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014, p. 4.

³⁹³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°4, *préc.*, § 2.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 4.

³⁹⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°15, *préc.*, § 21.

³⁹⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°3 sur Le VIH/sida et les droits de l'enfant, CRC/GC/2003/3, 17 mars 2003, § 38.

³⁹⁷ Le « Comité use l'expression « autonomie progressive » une seule fois dans ses observations générales. Voir COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13, *préc.*

c'est le cas dans l'Observation Générale sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence : « *Le Comité considère que, même si l'on respecte les capacités évolutives et l'autonomie progressive de l'enfant, tout être humain âgé de moins de 18 ans est confié aux soins* » *de quelqu'un, ou devrait l'être.* »³⁹⁸ Implicitement, par cette affirmation, le Comité confirme le caractère relationnel de l'autonomie de l'enfant qui s'explique par la présence permanente des parents à côté des enfants, sauf exception³⁹⁹.

2. Le renforcement du caractère relationnel de la participation

Des éléments en faveur d'une autonomie relationnelle de l'enfant sont relevés par le législateur international à l'article 5 de la CDE (a), ainsi que dans le texte de l'article 12 de la CDE (b).

a) L'argumentation d'une autonomie relationnelle via l'article 5 de la CDE

L'autonomie relationnelle est devenue très populaire parmi ceux qui tenaient à relever l'importance de tous les acteurs qui participent à l'exercice des droits de l'enfant, en l'occurrence l'importance des relations familiales⁴⁰⁰.

Compte tenu du statut particulier de l'enfant et des droits corrélatifs de ses parents, ainsi que le noyau de l'autonomie – la participation – qui suppose l'interaction, l'autonomie de l'enfant est avant tout relationnelle, elle ne devrait pas être individualiste. L'approche relationnelle est la meilleure façon de respecter la valeur unique de tous les individus, tant de l'enfant, que des parents ou autres adultes⁴⁰¹. De même, l'interdépendance, d'après Nedelsky, ne serait pas être opposée à l'autonomie, mais au contraire, serait une condition préalable de l'autonomie jusqu'à être une composante constante de l'autonomie de l'enfant⁴⁰².

Le Comité des droits de l'enfant souligne que le droit d'assumer un degré croissant de responsabilité n'exonère pas les États de leur obligation de garantir une protection⁴⁰³. Ainsi, le Comité prend conscience du besoin de « renforcement des capacités des parents » afin de relever leur importance dans la réalisation des droits de l'enfant et donc dans la construction de

³⁹⁸ *Ibid.*, § 33.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ CAVE E., « Adolescent Consent and Confidentiality in the UK », *European Journal of Health Law* 16, 2009, p. 310.

⁴⁰¹ NEDELSKY J., *Law's relations: a relational theory of self, autonomy and law*, Oxford University Press, 2011, p. 13.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 124.

⁴⁰³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, *préc.*, § 19.

l'autonomie de l'enfant. Une fois de plus, il souligne le caractère relationnel de la participation propre à l'enfant. Selon lui, « *les États devraient renforcer la capacité des parents, de la famille élargie, des représentants légaux et des membres de la communauté de donner à l'enfant une orientation et des conseils appropriés, en les aidant à tenir compte de l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité, à créer un environnement sûr et propice à son développement, et à reconnaître l'enfant comme un titulaire actif de droits qui est de plus en plus capable d'exercer ces droits à mesure qu'il se développe, à condition de bénéficier d'une orientation et de conseils appropriés* »⁴⁰⁴. Le Comité évoque notamment des situations où l'enfant peut agir indépendamment de l'avis de ses parents, à savoir, « *selon le développement de leurs capacités, les enfants devraient avoir accès à des services confidentiels d'orientation et de conseils sans avoir besoin du consentement de leurs parents ou tuteurs, si les professionnels travaillant avec eux estiment que tel est leur intérêt supérieur* »⁴⁰⁵.

Une fois repris dans l'article 12 de la CDE, le principe des capacités évolutives de l'enfant transfère les mêmes caractéristiques propres à l'autonomie de l'enfant.

b) La confirmation d'une autonomie relationnelle à l'article 12 de la CDE

Aussi, l'article 12 stipule que les enfants doivent avoir la possibilité d'exprimer leurs opinions « librement ». Vu l'Observation générale n°12, « librement » signifie que l'enfant peut exprimer ses opinions sans pression et peut choisir ou non d'exercer son droit d'être entendu. « Librement » signifie également que l'enfant ne doit pas être manipulé ou soumis à une influence ou des pressions indues. « Librement » est, de plus, intrinsèquement lié à la « propre » perspective de l'enfant : l'enfant a le droit d'exprimer ses propres opinions, pas l'opinion d'autrui⁴⁰⁶. Malgré cette explication très individualisée, le sens de ce mot n'est aucunement synonyme de « solitairement ». Au contraire, vu l'article 5 de la CDE qui s'applique à tous les droits de la convention, y compris à l'article 12, la présence des adultes est bénéfique, surtout quand l'enfant a besoin de l'aide pour se faire une opinion⁴⁰⁷. Si les enfants ont le droit d'exprimer librement leurs opinions, l'espace et le temps nécessaires à cette fin doivent être créés par les responsables concernés, qu'il s'agisse des gouvernements, des parents ou des écoles.

⁴⁰⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°21, *préc.*, § 35.

⁴⁰⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°15, *préc.*, § 31.

⁴⁰⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 22.

⁴⁰⁷ LUNDY L., *op. cit.*, p. 935.

En effet, selon Lee, le libellé de l'article 12 n'a pas l'intention de séparer les enfants des adultes. Il vise à protéger les enfants contre les « formes d'exploitation abusive »⁴⁰⁸ et à promouvoir les « bonnes formes de possession adulte »⁴⁰⁹. Il suggère que la séparation pourrait être remplacée par le concept plus flexible de *séparabilité* qui représente à la fois la connectivité qui existe entre les enfants et les adultes et aussi l'espace permettant aux enfants d'être évalués de leur propre chef avec leurs propres voix. C'est aussi le sens que Cohen donnait à la capacité de l'enfant à être titulaire des droits. Pour lui, le manque de capacité de l'enfant, qu'il ne nie pas, n'est pas insurmontable ; il peut être complété par les conseils de certains agents, de sorte que les enfants puissent être considérés, pour l'exercice des droits, comme des adultes⁴¹⁰.

En fin de compte, donner à l'enfant la possibilité d'exprimer son opinion est un signe de respect pour sa personne. C'est en effet, l'idée générale du Comité, comme indiqué dans l'Observation générale n° 12, de construire une « culture de respect » pour l'enfant et ses opinions⁴¹¹. Dans ce sens, Holt propose une recette d'une relation enfant-adulte respectueuse de ses capacités. Pour lui, un comportement convenable avec les enfants est de s'occuper des capacités authentiques des enfants, et plus précisément de développer une relation avec les enfants qui parviendrait à promouvoir les qualités considérées comme positives chez les enfants, et qui, en réalité, sont considérées positivement dans toute personne, indépendamment de son âge. Car Holt considère que la personne de l'enfant doit être respectée, comme toute autre personne, en le reconnaissant comme un être digne avec sa propre personnalité, capable de manifester et d'affirmer sa volonté et ses désirs⁴¹². Ainsi, selon sa théorie, la promotion de ces qualités doit être liée à un respect sincère de la liberté de l'enfant, au même titre qu'à la liberté de toute personne.

§2. Une mise en œuvre émancipatrice de la participation de l'enfant

L'article 12.1 couvre deux volets différents de la participation de l'enfant, à savoir le droit de l'enfant d'exprimer son point de vue **(A)** et le droit de l'enfant d'être entendu **(B)**. Il s'agit, en

⁴⁰⁸ LEE N., *op. cit.*, p. 18 : « exploitative forms of possession » – dans le sens où les adultes n'agissent pas pour garantir l'intérêt supérieur de l'enfant ; « good forms of adults' possessive concern » – dans le sens où les adultes trouvent un équilibre entre les droits des enfants à la participation et à la protection.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁴¹⁰ COHEN H., *Equal rights for children*, Rowman & Littlefield Publishers, 1980, p. ix-x.

⁴¹¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 136.

⁴¹² HOLT J., *Escape from childhood*, Holt Associates, 1996, p. 277-278.

en effet, d'un caractère « ambivalent »⁴¹³ de l'article 12 qui réside d'une part dans les capacités des enfants à avoir leur propre voix et d'autre part du niveau d'attention qui doit être accordé à ces voix. Dans le Glossaire UNICEF⁴¹⁴, le droit d'exprimer l'opinion⁴¹⁵ et le droit d'être entendu⁴¹⁶ sont présentés séparément. De même, Clara Bernard distingue deux droits différents dans le premier alinéa de l'article 12⁴¹⁷, alors que les autres ne conçoivent ce droit que dans la suite cumulable des deux parties⁴¹⁸.

Une mise en œuvre correcte de l'article 12 suppose sa connaissance en détail. La tendance à le généraliser diminue son effet réellement autonomisant, de la même façon que l'utilisation des éléments spécifiques de la disposition prise individuellement est incapable de transmettre toute l'étendue de ce droit⁴¹⁹. Certaines difficultés liées au développement de la participation des enfants dans des pays européens peuvent être en partie dues aux définitions étroites qui ont été adoptées, par exemple, simplement comme « voix » ou consultation⁴²⁰. Une interprétation large de l'article peut, en réalité, déterminer l'évolution des formes de participation. Par la suite, en décortiquant cet article, on verra les possibilités participatives très larges de l'enfant.

A. Des conditions d'exercice « allégées » de la participation

L'article 12 rend le droit de l'enfant de se faire entendre conditionnel à son âge et son discernement, sans offrir d'indications sur l'âge en question (1) ou la manière dont le discernement devrait être évalué (2).

1. Une approche de la participation sans critère d'« âge »

Vu l'article 12.1, l'enfant doit être « capable de discernement ». Bien qu'il puisse y avoir un élément d'incertitude sur ce qui constitue la capacité de discernement, une difficulté majeure

⁴¹³ LEE N., *Childhood and society, Growing up in an age of uncertainty*, Open University Press, 2001, p. 94.

⁴¹⁴ UNICEF, *Children's Rights Glossary*, Innocenti Publications, 2000, p. 36.

⁴¹⁵ *Ibid.*, « Respect for the views of the child »

⁴¹⁶ *Ibid.*, « The right to be heard, ibidem »

⁴¹⁷ BERNARD C., « Les droits de l'enfant entre la protection et l'autonomie », in Lamarche L., Bosset P. (dir.), *Des enfants et des droits*, Les Éditions des Presses de l'Université Laval, 1997, p. 29.

⁴¹⁸ CVEJIĆ JANČIĆ O. (dir.), *The Rights of the Child in a Changing World 25 Years after The UN Convention on the Rights of the Child*, Springer, 2016, p. 19; VUCKOVIC SAHOVIC N., DOEK J. E., ZERMATTEN J., *The Rights of the Child in International Law, Rights of the Child in a Nutshell and in Context: all about Children's Rights*, Stampfli Verlag AG Bern, 2012, pp. 106–117.

⁴¹⁹ LUNDY L., *op. cit.*, p. 941.

⁴²⁰ ALDERSON P., *op. cit.*, p. 357.

est que cette expression disparaît souvent dans la discussion sur l'article 12, remplacée par une hypothèse plus générale selon laquelle le droit dépend de la « *capacité* » de l'enfant⁴²¹.

Il peut y avoir une perception erronée selon laquelle le droit d'exprimer une opinion dépend en quelque sorte de « *l'âge et de la maturité de l'enfant* ». Cette expression, qui peut évidemment limiter l'application de ce droit, ne s'applique qu'à la deuxième partie de l'article 12, paragraphe 1. En réalité, le droit des enfants d'exprimer leurs opinions ne dépend pas de leur capacité à exprimer une vision mûre, il dépend uniquement de leur capacité à former une vue, mature ou non⁴²². Il n'est pas nécessaire que l'enfant dispose de tous les tenants et aboutissants de la question qui le concerne, mais qu'il soit capable de se faire sa propre opinion sur la question. La première question à se poser est donc de savoir si l'enfant sait de quoi il parle et s'il a une idée concernant la question débattue.

Malgré la référence aux capacités évolutives de l'enfant, l'article 12 de la CDE est un droit reconnu à « tous les enfants, sans exception »⁴²³, donc indépendamment de l'âge⁴²⁴. Le Comité a souligné que le concept de l'enfant comme titulaire de droits doit être pleinement respecté dans la vie quotidienne de l'enfant dès le plus jeune âge⁴²⁵. Autrement dit, ne pas laisser parler un enfant à cause de son âge c'est le discriminer par rapport aux autres enfants. Dans ses commentaires, le Comité a observé : « *l'interprétation de la législation et la définition de l'enfant "capable de discernement" laissent le champ à la possibilité de dénier à un enfant ce droit ou de le conditionner à la propre demande de l'enfant, ce qui risque d'entraîner une discrimination.* »⁴²⁶

⁴²¹ LUNDY L., *op. cit.*

⁴²² *Ibid.*, p. 935.

⁴²³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Méthodes de travail relatives à la participation des enfants au processus de soumission de rapports au Comité des droits de l'enfant*, CRC/C/66/2, 16 octobre 2014, § 1.

⁴²⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 21.

⁴²⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7, *préc.*, § 14.

⁴²⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales : France, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004, § 21 : « *Le Comité salue l'action législative menée par l'État partie pour renforcer le droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur toutes questions l'intéressant et la voir dûment prise en considération. Il demeure cependant préoccupé par les incohérences de la législation et par le fait que dans la pratique, l'interprétation de la législation et la définition de l'enfant « capable de discernement » laissent le champ à la possibilité de dénier à un enfant ce droit ou de le conditionner à la propre demande de l'enfant, ce qui risque d'entraîner une discrimination. En outre, le Comité est préoccupé par la conclusion du Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants selon laquelle, dans la pratique, la plupart des juges ne sont guère enclins à entendre les enfants, ce qui s'est traduit dans le passé par des carences de la justice à l'égard des enfants victimes de sévices sexuels* ».

En effet, un âge et une compréhension insuffisants sont utilisés souvent pour justifier l'exclusion des participants⁴²⁷. En réalité, selon le Comité, « *la recherche montre que l'enfant est capable de se forger une opinion dès le plus jeune âge, même s'il ne peut encore l'exprimer verbalement. Par conséquent, la mise en œuvre intégrale de l'article 12 exige la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le langage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture, par lesquels les enfants très jeunes montrent leur compréhension, leurs choix et leurs préférences* »⁴²⁸. Alderson⁴²⁹ souligne l'importance et les moyens de consulter les enfants dès leur plus jeune âge, en particulier dans le contexte d'un traitement médical.⁴³⁰ En fait, elle crée un modèle simple d'encadrement de la problématique des enfants qui ne parlent pas en se basant sur trois termes : « information », « discussion » et « talk ». Elle soutient: « *A child may be too young or too sick to share verbally in making health-care decisions yet may influence decisions through expressed feelings and body language.* »⁴³¹ En guise d'illustration, elle donne l'exemple d'un enfant de 6 ans qui, après l'échec de ses deux premières transplantations hépatiques, est devenu angoissé et résistant. Ses parents ont interprété cela comme une opposition et ont refusé une troisième tentative de greffe. Par conséquent, la jeune fille est décédée. Alderson soutient alors : « *On suppose parfois que les mots sont le seul moyen authentique de communiquer, le langage corporel est considéré comme vague et trompeur. Pourtant, les mots peuvent aussi être trompeurs ou confus. Les corps peuvent être la source de connaissances profondes, lorsque les enfants apprennent à travers leur maladie et leur handicap et s'expriment physiquement.* »⁴³²

La « voix » de l'enfant s'interprète aussi dans son sens large. Hormis la parole de l'enfant qui est l'évidence qui s'associe à « l'expression d'une opinion », plusieurs autres moyens d'expression sont envisagés afin d'offrir à l'enfant la possibilité de se manifester. Le rôle enrichissant du regard de l'enfant dans la détermination de ses idées est décrit par la doctrine psycho-médical. La fonction « d'échange »⁴³³ du regard de l'enfant est d'une importance majeure. En prenant en compte la spécificité du regard enfantin, à savoir la spontanéité et

⁴²⁷ SANDERS R., MACE S., *préc.*, p. 94.

⁴²⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 21.

⁴²⁹ ALDERSON P., *Young Children's Rights: Exploring Beliefs, Principles and Practice*, Second Edition, Jessica Kingsley Publishers, 2008.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*, p. 123

⁴³² *Ibid.*, Original: « *It is sometimes assumed that words are the only genuine way to communicate, body language is mistrusted as vague and misleading. Yet words too can be misleading or confusing. Bodies can be the source of profound knowledge, when children learn through their illness and disability, and express themselves physically* ».

⁴³³ ROUCHY S., AUBRY C., BERNARD D., CIABRINI J., LEGRAND S., *Le regard de l'enfant étude clinique*, La Vie de l'enfant, Paris : ESF éd., 1995, p. 73.

l'expressivité, il peut servir de source complémentaire à la communication verbale, de même qu'« accompagner l'absence de langage ou ses formes déficientes d'expression »⁴³⁴. En effet, le rythme du regard de l'enfant peut être valorisé. Il peut être « régulier, discontinu, accéléré ou interrompu » et « donner un sens particulier aux paroles prononcées », voire même être « plus éloquentes que celles-ci »⁴³⁵, surtout en cumule avec l'attitude corporelle⁴³⁶. C'est valable aussi bien pour les enfants qui savent parler, mais qui rencontrent des difficultés de différents ordres (psychologique le plus souvent), de même que pour les enfants qui sont trop petits pour parler⁴³⁷ et pour les enfants qui n'arrivent pas à parler à cause d'une maladie (enfants handicapés). Le principe de non-discrimination par rapport à l'exercice de l'article 12 s'étend au besoin d'y intégrer, vu l'article 23 CDE⁴³⁸, aussi bien les enfants handicapés mentaux et physiques. La convention a promu l'idée que les enfants handicapés devraient être perçus en tant qu'« enfants d'abord »⁴³⁹. Ils ont été spécifiquement définis comme des « enfants aux besoins particuliers »⁴⁴⁰, sans pourtant leur enlever le droit à la participation⁴⁴¹. L'accent mis sur le handicap en tant qu'empêchement à l'exercice de la participation est néanmoins très présent. En effet, des mesures légales et réglementaires ont été prises sur le plan européen⁴⁴²

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 87.

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ PORTE J.-M., « 20. La « compétence » du nouveau-né », Serge Lebovici éd., *Nouveau traité de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, 4 vol., Presses Universitaires de France, 2004, p. 281.

⁴³⁸ Article 23 CDE : « 1. Les États parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité. 2. Les États parties reconnaissent le droit à des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux et encouragent et assurent, dans la mesure des ressources disponibles, l'octroi, sur demande, aux enfants handicapés remplissant les conditions requises et à ceux qui en ont la charge, d'une aide adaptée à l'état de l'enfant et à la situation de ses parents ou de ceux à qui il est confié. 3. Eu égard aux besoins particuliers des enfants handicapés, l'aide fournie conformément au paragraphe 2 du présent article est gratuite chaque fois qu'il est possible, compte tenu des ressources financières de leurs parents ou de ceux à qui l'enfant est confié, et elle est conçue de telle sorte que les enfants handicapés aient effectivement accès à l'éducation, à la formation, aux soins de santé, à la rééducation, à la préparation à l'emploi et aux activités récréatives, et bénéficient de ces services de façon propre à assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel, y compris dans le domaine culturel et spirituel. 4. Dans un esprit de coopération internationale, les États parties favorisent l'échange d'informations pertinentes dans le domaine des soins de santé préventifs et du traitement médical, psychologique et fonctionnel des enfants handicapés, y compris par la diffusion d'informations concernant les méthodes de rééducation et les services de formation professionnelle, ainsi que l'accès à ces données, en vue de permettre aux États parties d'améliorer leurs capacités et leurs compétences et d'élargir leur expérience dans ces domaines. À cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement. »

⁴³⁹ CLEMENTS L. J., READ J., *Disabled People and European Human Rights, A review of the implications of the 1998 Human Rights Act for disabled children and adults in the UK*, The Policy Press, 2003, p. 11.

⁴⁴⁰ Article 23, § 3 CDE.

⁴⁴¹ CLEMENTS L. J., READ J., *préc.*, pp. 14-15.

⁴⁴² Dans l'UE, Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; V. aussi Recommandation CM/Rec(2010)2 du Comité des Ministres aux États membres relative à la désinstitutionnalisation des enfants handicapés et leur vie au sein de la collectivité. Comité des

afin de soutenir une plus large participation des enfants handicapés ou de leurs représentants dans les processus de décision.

Dans ce sens, l'expression « les souhaits et les sentiments »⁴⁴³ de l'enfant, qui est souvent employée dans le travail avec les enfants, s'avère être parfois plus adaptée afin de rendre au mieux la portée de son « opinion » prévue à l'article 12.1. Cette expression inspire naturellement des moyens de déterminer l'opinion de l'enfant n'ayant pas comme critère son âge ou sa maturité, mais surtout son contexte émotionnel⁴⁴⁴. Ainsi, fréquemment, le comportement d'un enfant sera un meilleur indicateur de ses désirs et sentiments que les mots qu'il dit⁴⁴⁵.

En effet, ce n'est pas à l'enfant de trouver le bon moyen de se faire comprendre, mais c'est une responsabilité qui incombe aux adultes de développer des moyens de communiquer et de s'engager avec les enfants et les jeunes dans la protection de l'enfance⁴⁴⁶. C'est ce que Graham et Fitzgerald appellent l'*approche dialogique de la participation*, « capable de reconnaître, de respecter et d'intégrer les compréhensions riches et complexes qui émergent des conversations avec les enfants »⁴⁴⁷. Dans certains cas, les enfants auront besoin de l'aide des autres pour se faire une opinion. L'article 12 de la CDE oblige les États parties à assurer ces possibilités, suggérant une obligation positive de prendre des mesures proactives pour encourager et soutenir les enfants à exprimer leurs opinions, c'est-à-dire inviter et encourager les enfants à participer activement.

Le caractère dialogique de la participation de l'enfant n'écarte pas la possibilité d'un conflit entre les participants du dialogue. Au contraire, c'est forcément le caractère conflictuel de la participation qui favorise le développement de l'autonomie de l'enfant. À ce sujet, Jaume Trilla et Ana Novella soutiennent : « *La participation signifie reconnaître la pluralité des opinions et l'existence d'intérêts opposés. Et cela doit aussi être appris par les enfants à travers leurs expériences de participation. Ils doivent apprendre que rien n'est gagné d'avance, que les décisions doivent être négociées, que le consensus n'est pas facile à obtenir, que ce qui touche*

Ministres du Conseil de l'Europe, 3 février 2010. Disponible en ligne : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec%282010%292&Language=lanFrench&Ver=original>; Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023, « Droits de l'Homme : une réalité pour tous ».

⁴⁴³ « Whishes and feelings » en anglais.

⁴⁴⁴ EATON D., « The voice of the child (or is it ?) », *Family Law*, Feb 2015, p. 107.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ SANDERS R., MACE S., *op. cit.*, p. 94.

⁴⁴⁷ GRAHAM A., FITZGERALD R. M., « Progressing children's participation: exploring the potential of a dialogical turn », *Childhood*, vol. 17, no. 3, 2010, pp. 343-359.

tout le monde devra se conformer à l'opinion de la majorité, mais qu'il faut respecter les minorités. Quand la participation est réelle, elle ne supprime pas les conflits. Et l'expérience d'eux fait aussi partie de l'apprentissage de la participation. »⁴⁴⁸ Cette approche confirme, de surcroît, que l'enfant est susceptible d'avoir et d'exprimer son opinion sur tout sujet l'intéressant.

2. Un champ d'intérêt participatif sans limites

Effectivement, vu l'article 12.1 de la CDE « les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion *sur toute question l'intéressant* ». Afin de comprendre l'intention du législateur par rapport au choix de cette expression, il faudrait avant tout s'intéresser à l'histoire de la négociation et de l'adoption de ce terme. Même ainsi, sa portée risque de ne pas être claire due par la divergence de sa rédaction en français et en anglais.

Ainsi, la logique initiale du législateur était d'éliminer des questions personnelles sur laquelle l'enfant devrait avoir le droit d'exprimer une opinion et proposer une liste des « *questions concernant la personne* », sur lesquelles les enfants devraient avoir le droit de se prononcer. Mais cette liste semblait être sans fin, de sorte qu'il a été décidé de remplacer la liste par la formulation « *dans tous les domaines* ». Plus tard, il a été statué d'ajouter à toutes les questions la clause « *affectant l'enfant* ». D'autres suggestions visant à réduire la portée de « *toutes les questions concernant l'enfant* » ont été rejetées, par exemple l'expression « *affectant les droits de l'enfant* »⁴⁴⁹.

Selon le Comité, « *l'enfant doit être entendu si la question à l'examen le concerne* »⁴⁵⁰. Il ne s'agit pas d'une restriction, bien au contraire, c'est une expression qui se propose d'éviter les situations d'exclusion des enfants du processus de négociation. Dans ce sens, le Comité ajoute : « *cette condition de base doit être respectée et entendue au sens large* »⁴⁵¹. Ainsi, les enfants seraient susceptibles d'exprimer leurs opinions sur des questions qui les touchent en tant qu'individus, un traitement médical ou des choix éducatifs par exemple et les questions qui les touchent collectivement (politique éducative, transport, dépenses budgétaires, etc.). L'observation générale élargit les sujets, suggérant qu'ils incluent la famille, l'école et les soins

⁴⁴⁸ TRILLA J., NOVELLA A., *préc.*

⁴⁴⁹ KRAPPMANN L., *préc.*, p. 504.

⁴⁵⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 26.

⁴⁵¹ *Ibid.*

de santé, et les questions déterminées dans les procédures judiciaires civiles, les systèmes de justice juvénile et les procédures de protection de l'enfance, ainsi que dans les communautés locales et dans l'élaboration des politiques gouvernementales locales et nationales. Donc, « *le Comité est favorable à une définition large du mot " question ", qui couvre également les questions qui ne sont pas explicitement mentionnées dans la Convention, il prend acte de l'expression " l'intéressant ", qui a été ajoutée pour préciser qu'il ne s'agit pas d'un mandat politique général* »⁴⁵².

D'abord, l'exercice du droit d'être entendu est lié à la condition que la question débattue ait un rapport avec l'enfant. On ne peut pas aller au-delà de cette condition fondamentale et imposer que l'enfant soit entendu sur des questions qui ne sont pas liées à son intérêt. Logiquement, conformément à la rédaction de cette disposition, le champ d'intérêt de l'enfant devrait être déterminé par lui-même. L'enfant doit être entendu si la question à examiner le concerne ou pas. Ainsi, une interprétation de l'extérieur, qu'elle soit restrictive ou extensive, sera inadéquate en l'absence de l'opinion de l'enfant par rapport à ce sujet. Par exemple, une décision selon laquelle un problème n'affecte pas un enfant, sans avoir d'abord interrogé l'enfant sur l'intérêt qu'il lui porte, représenterait une violation de l'article 12⁴⁵³. Aussi, l'expression « la question qui intéresse l'enfant » doit être comprise dans le sens large et non pas étroitement. Cela concerne non seulement les intérêts à court terme, *hic et nunc*, mais aussi les intérêts futurs.

Par conséquent, le degré de participation des enfants ne dépend pas seulement de leur âge, mais surtout de « *l'âge auquel l'adulte estime qu'ils sont en mesure de participer activement à des situations et être capables de les interpréter correctement* »⁴⁵⁴. L'attitude des adultes, à notre avis, représente le facteur déterminant d'une mise en œuvre correcte de ce droit. C'est forcément dans cette direction que le Comité des droits de l'enfant devrait orienter son regard.

B. Un suivi nécessaire de la mise en œuvre du droit à la participation

Comme il est souligné dans l'observation générale du Comité des droits de l'enfant, « *les États parties devraient encourager l'enfant à avoir une vision libre et devraient créer un environnement qui lui permette d'exercer son droit d'être entendu* »⁴⁵⁵. Toutefois, le droit de l'enfant d'exprimer librement son point de vue dans toutes les procédures le concernant est mis

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ LUNDY L., *préc.*, p. 931.

⁴⁵⁴ BOSISIO R., « Children's right to be heard: What children think », *International Journal of Children's Rights* 20, 2012, pp. 141-154.

⁴⁵⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 11.

en œuvre très différemment dans les législations nationales des États parties, en ce qui concerne la reconnaissance de ce droit ainsi que l'âge à partir duquel l'enfant peut exercer son droit⁴⁵⁶. La difficulté de ce droit consiste dans le fait que sa mise en œuvre dépend moins de la capacité de l'enfant et davantage de la volonté de l'adulte. Le plus grand obstacle à l'écoute des enfants est donc la perception qu'ont les adultes des enfants et leur volonté d'entendre ce qu'ils ont à dire. Ainsi, comme le soutient Lansdown⁴⁵⁷, pour que les enfants puissent exprimer librement leurs opinions, il faut un changement culturel où tous les « *adultes commencent à reconnaître l'importance d'écouter et de respecter les enfants* »⁴⁵⁸.

Ainsi, les décisions concernant l'initiative et les conditions de participation dépendent de ce que les adultes sont prêts à faire⁴⁵⁹. La participation représenterait ainsi un certain degré d'autonomie favorisée ou entravée par l'acceptation de l'extérieur, en premier par les adultes⁴⁶⁰. Pourtant, selon le Comité, une pleine application de l'article 12 réside *a fortiori* dans la prise en compte de l'opinion de l'enfant. L'étude des rapports nationaux relève, cependant, des barrières à la bonne mise en œuvre de ce droit. Par exemple, l'un des principaux obstacles identifiés dans ses Observations finales est la prévalence des attitudes traditionnelles et sociétales qui semblent limiter les enfants à exprimer librement leurs opinions dans les écoles, les communautés et au sein de la famille. Par exemple, le Comité a estimé, concernant certains pays comme la Croatie⁴⁶¹ ou bien l'Albanie que « *certaines attitudes traditionnelles et culturelles pourraient limiter la pleine application de l'article 12 [...] et que les enfants ont généralement le sentiment que leurs opinions ne sont pas prises en compte dans les institutions et à la maison* »⁴⁶².

⁴⁵⁶ CVEJIĆ JANČIĆ O. (dir.), *préc.*, p. 19.

⁴⁵⁷ LANSDOWN G., « The Realisation of Children's Participation Rights: Critical Reflections », in B. Percy-Smith and N. Thomas (dir.), *A Handbook of Children and Young People's Participation: Perspectives from Theory and Practice*, London and New York: Routledge, 2010, p. 12.

⁴⁵⁸ LANSDOWN G., *préc.*, p. 12.

⁴⁵⁹ ESSER F., BAADER M. S., BETZ T., HUNGERLAND B. (dir.), *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶⁰ STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *op. cit.*, p. 274.

⁴⁶¹ V. par exemple COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de la Croatie, soumis en un seul document CRC/C/HRV/CO/3-4, 13 octobre 2014, § 24c.

⁴⁶² V. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales sur les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques de l'Albanie soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre-5 octobre 2012), CRC/C/ALB/CO/2-4, 7 décembre 2012. Un commentaire similaire a été fait à propos de la Guinée, où il a également été noté que « *que dans les faits, les décisions officielles tiennent très rarement compte de l'avis des enfants* », in CRC/C/GIN/CO/2, 13 juin 2013, §42. V. aussi CRC/C/GUY/CO/2-4, 18 juin 2013, §28 où le Comité a réitéré ses préoccupations concernant « *les comportements socioculturels et les traditions qui continuent à empêcher les enfants d'exprimer librement leur opinion à l'école, dans les tribunaux ou dans la famille* ».

Donc, l'obligation principale des adultes est d'accorder tout le poids voulu aux opinions des enfants, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant. Reconnaître le droit à l'opinion et sa prise en compte implique non seulement le droit de former une opinion, mais aussi le droit d'être écouté et d'être entendu⁴⁶³. Selon Lundy, la prise en compte de la notion de « points de vue » implique implicitement « *le fait que les enfants ont le droit de faire entendre leur point de vue (et pas seulement d'être entendus) par ceux qui participent au processus de décision* »⁴⁶⁴. L'auteur poursuit en suggérant que les enfants devraient avoir un « droit d'audience », qu'elle définit comme « *une occasion garantie de communiquer leurs points de vue à une personne ou à un organisme identifiable avec la responsabilité d'écouter* ». L'« influence », selon l'analyse de Lundy, concerne le changement et ce qu'est réellement le « dû » du « poids dû ». Comme d'autres l'ont également noté, le fait de donner le poids voulu aux souhaits ou aux opinions d'un enfant dans le processus de prise de décision est fermement entre les mains des adultes qui peuvent décider que les enfants ne sont pas suffisamment mûrs.

Le défi ici est de trouver des moyens de s'assurer que les adultes non seulement écoutent les enfants, mais prennent également leurs opinions au sérieux. Si, en réalité, l'influence de l'opinion de l'enfant ne peut être juridiquement garantie, une mise en œuvre correcte du droit consiste à s'assurer que les enfants sont informés de la façon dont leurs opinions sont prises en compte. L'importance du retour d'information est également soulignée par le Comité des droits de l'enfant qui stipule : « *Les enfants ont également le droit de recevoir des informations claires sur la manière dont leur participation a influencé les résultats.* »⁴⁶⁵

La prise en compte de l'opinion de l'enfant a été dénommée dans la doctrine – « *genuine participation* » qui se traduit comme une « *participation véritable* ». Ce concept s'oppose à soi-disant participation « décorative » qui consiste dans le fait d'assurer à l'enfant le droit d'exprimer son opinion, sans répondre à la deuxième partie de l'alinéa. Théoriquement, compte tenu de la facilité de la mise en œuvre du droit, on pourrait admettre un tel cas de figure. Toutefois, cette forme de participation décorative peut développer chez l'enfant le sentiment d'impuissance et le refus de se prononcer. Ainsi, le but recherché d'un droit autonomisant peut avoir l'effet contraire. C'est ce que constate également Alderson par rapport aux conseils

⁴⁶³ ALFAGEME E., CANTOS R., MARTINEZ M., *préc.*, p. 38. V. CRC/C/GBR/CO/5, 12 juillet 2016, §31d).

⁴⁶⁴ LUNDY L., *préc.*, pp. 927–942, Original: « *the fact that children have a right to have their view listen to (not just heard) by those involved in decision making process.* »

⁴⁶⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, *préc.*, § 30.

d'écoles symboliques qui auraient, selon elle, un impacte négatif plus important que l'absence de tout type de conseils⁴⁶⁶.

L'ensemble de ces éléments démontre la nature complexe de la participation de l'enfant dans son sens strict. Toutefois, cela ne parvient pas à exclure une réelle interprétation *lato sensu* de la participation de l'enfant.

Section II. L'interprétation éprouvée de l'approche extensive de la participation

Considérer la participation en termes de droits individuels dans la prise de décision publique, souvent axée sur les adultes, est une véritable avancée dans le discours en faveur de l'autonomie de l'enfant. Bien que cette participation « active » puisse être de plusieurs types⁴⁶⁷, nous allons distinguer deux formes principales, qui peuvent inclure les autres, à savoir la participation sociale (§1) et la participation politique de l'enfant (§2).

Selon Comim et les autres, « *l'autonomie n'a de sens que dans la participation sociale* »⁴⁶⁸. En effet, la construction de l'autonomie de l'enfant prend forme dans l'acceptation d'un nouveau modèle social pour l'enfant. Le droit à l'opinion contenue dans l'article 12 de CDE rompt avec le silence social séculairement imposé aux enfants et conduit à interpréter les droits des enfants à la participation sociale et à la citoyenneté « *comme un droit individuel à l'autonomie, au droit à l'autodétermination et au choix individuel dans les domaines qui touchent leur vie* »⁴⁶⁹.

§1. Une participation sociale reconnue

Bien avant l'adoption de la CDE, les travaux de l'ONU montraient déjà leur aspiration à reconnaître des responsabilités et des devoirs sociaux aux jeunes et adolescents⁴⁷⁰. Toutefois,

⁴⁶⁶ ALDERSON P., « School students' views on school councils and daily life at school », *Children and Society*, 14, 2000, pp. 121–134.

⁴⁶⁷ On peut identifier quatre types de participation : civique, respectueuse de l'espace public ; associative, de nature collaborative, avec des entités ou des collectifs ; sociale, s'impliquant dans des mouvements sociaux et/ou des actions communautaires ; politique, associée à la lutte pour les droits sociaux et politiques.

⁴⁶⁸ COMIM F., BALLETT J., BIGGERI M., IERVESE V., « Introduction – theoretical foundations and the book's roadmap » in Biggeri M., Ballet J., Comim F. (dir.), *Children and the Capability Approach*, Palgrave Macmillan, 2011., p. 11.

⁴⁶⁹ Childwatch International Research Network to the Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion September 2006, « *Understanding and contextualizing children's real participation* ».

⁴⁷⁰ Par exemple, les Résolution 2037 (XX) *Déclaration concernant la promotion parmi les jeunes des idéaux de paix, de respect mutuel et de compréhension entre les peuples*, 1390^e séance plénière, 7 décembre 1965 : « *L'assemblée générale consciente du rôle important que la jeune génération joue dans tous les domaines*

la formalisation juridique de cette attitude n'a été faite qu'en 1989 avec l'adoption de la Convention de New York. En effet, la CDE a eu ainsi une importance majeure, voire même « dramatique » sur la reconnaissance de la participation sociale de l'enfant⁴⁷¹ qui a remplacé l'ancienne notion de « service national et international »⁴⁷².

La participation de l'enfant dans les processus de la vie sociale est d'abord le résultat d'une interprétation large des « questions intéressant les enfants », adoptée favorablement par le Comité des droits de l'enfant⁴⁷³ (A). Les adeptes de l'autonomie de l'enfant ont souligné l'importance de la reconnaissance de la participation sociale de l'enfant. Freeman est d'avis que l'article 12 est significatif « *non seulement pour ce qu'il dit, mais parce qu'il reconnaît l'enfant comme un être humain à part entière avec intégrité et personnalité et la capacité de participer librement dans la société* »⁴⁷⁴. La participation sociale est liée au concept de citoyenneté, qui à son tour implique une série de droits (B).

d'activité de la société et du fait qu'elle est appelée à diriger les destins de l'humanité » ; Résolution 2633 (XXV) La jeunesse, son éducation dans le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ses problèmes et ses besoins, et sa participation au développement national, 1901^e séance plénière, 11 novembre 1970 : « *L'assemblée générale consciente de l'importance du rôle, de la contribution et de la participation de la jeunesse en ce qui concerne la promotion de la paix mondiale et de la justice, du progrès économique et social, des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, de l'autodétermination et de l'émancipation de tous les peuples en vue de l'édification d'un avenir meilleur* » ; Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies 3022 (XXVII) Courants de communication avec la jeunesse et les organisations internationales des jeunes, 2114^{ème} séance plénière, 18 décembre 1972 : « *L'Assemblée générale, se félicitant de ce que les jeunes sont toujours plus activement conscients de la contribution qu'ils peuvent apporter à l'édification d'une société meilleure, ce qui exige qu'il soient intégrés de manière plus complète à la vie politique, économique et sociale de leur pays* » ; Résolution 3140 (XXVIII) Action concertée aux niveaux national et international en vue de répondre aux besoins et aspirations de la jeunesse et de promouvoir sa participation au développement national et international, 2201^e séance plénière, 14 décembre 1973 : « *L'assemblée générale considérant que, comme il ressort du rapport du Secrétaire général, il est nécessaire de prendre des mesures supplémentaires tant sur le plan national que sur le plan international en vue de définir et de garantir les droits de la jeunesse ainsi que ses responsabilités, de façon qu'il soit adéquatement répondu à ses besoins et à ses aspirations et qu'il lui soit permis de jouer pleinement son rôle* » ; Résolution 3141 (XXVIII) La jeunesse, son éducation et ses responsabilités dans le monde actuel, 2201^e séance plénière, 14 décembre 1973 : « *L'assemblée générale reconnaissant en outre l'importance du rôle de la jeunesse et sa contribution au progrès économique et social ainsi qu'à la paix et à la solidarité internationale* ».

⁴⁷¹ GAL T., FAEDI DURAMY B. (dir.), *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation, From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies*, Oxford University Press, 2015.

⁴⁷² HABIB B., « La définition de l'enfant en droit international public » in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 84.

⁴⁷³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, préc., § 27 : « *La pratique, notamment à l'occasion du Sommet mondial pour les enfants, a montré qu'une interprétation large des questions intéressant l'enfant et les enfants permettait d'inclure les enfants dans les processus sociaux de leur communauté et de la société. Ainsi, les États parties devraient écouter attentivement les opinions des enfants à chaque fois que celles-ci peuvent améliorer la qualité des solutions.* » et COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, préc., § 26 : « *le Comité est favorable à une définition large du mot « question », qui couvre également les questions qui ne sont pas explicitement mentionnées dans la Convention, il prend acte de l'expression « l'intéressant », qui a été ajoutée pour préciser qu'il ne s'agit pas d'un mandat politique général.* »

⁴⁷⁴ FREEMAN M. D. A., « Children's education, a test case for best interests and autonomy » in Davie R., Galloway D. (dir.) *Listening to children in education*, London, David Fulton, 1996, p. 37. Freeman a fait observer

A. L'interprétation large de l'article 12.1 de la CDE

L'article 12 de la CDE stipule que les enfants ont le droit d'exprimer librement leurs opinions dans tous les domaines dans lesquels ils sont impliqués. Le rôle de la participation active de l'enfant dans la société a été souligné par le Comité des droits de l'enfant lors de la Journée de discussion générale sur le droit de l'enfant d'être entendu⁴⁷⁵ et renforcée dans les Observations générales qui ont suivi (1). Ce sens très large donné à l'article 12 prend ses racines de la sociologie et ses concepts qui se basent sur une « *compréhension implicite des enfants comme mûrs et indépendants* »⁴⁷⁶ (2).

1. L'interprétation « des questions intéressant l'enfant » par le Comité des droits de l'enfant

Ainsi, pour la première fois en 2006, le Comité ose donner un sens très large à l'article 12, considéré par certains comme ayant « *peu de rapport avec la lettre et l'esprit de la CDE* »⁴⁷⁷. Les affirmations qui ont interpellé concernent les dispositions suivantes : « *Une attention particulière a été accordée aux implications de [l'article 12] sur la participation des enfants en tant qu'individus et groupe constitutif - dans tous les aspects de la société.* » ; « *Le droit de l'enfant de participer pleinement [dans la société] conformément à l'article 12.* »⁴⁷⁸ Mais le Comité est allé encore plus loin en affirmant dans ce même rapport que « *la signification nouvelle et profonde de ce droit [de participer] est qu'il devrait établir un nouveau contrat social* »⁴⁷⁹. L'objectivité d'une telle interprétation a été renforcée par les rapports du Comité qui ont suivi. En l'occurrence, il souligne l'importance que revêt la participation en tant que moyen d'action politique et civique qui permet aux adolescents de négocier et de plaider en faveur de la réalisation de leurs droits et de demander des comptes aux États⁴⁸⁰. À cette fin, il utilise la méthode de l'interprétation extensive de l'article 12.1 : « *la pratique, notamment à l'occasion du Sommet mondial pour les enfants, a montré qu'une interprétation large des questions intéressant l'enfant et les enfants permettait d'inclure les enfants dans les processus sociaux de leur communauté et de la société. Ainsi, les États parties devraient écouter*

que l'article 12 était important « *non seulement pour ce qu'il en disait, mais parce qu'il reconnaît l'enfant comme un être humain à part entière, intègre, doté de la personnalité et capable de participer librement à la société* ».

⁴⁷⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Day of general discussion on the right of the child to be heard*, 11-29 septembre 2006.

⁴⁷⁶ LEE N., *préc.*

⁴⁷⁷ INVERNIZZI A., WILLIAMS J., *op. cit.*, p. 55.

⁴⁷⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *préc.*, 2006, § 3.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, Recommandations, Préambule.

⁴⁸⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 24.

*attentivement les opinions des enfants à chaque fois que celles-ci peuvent améliorer la qualité des solutions. »*⁴⁸¹

Ainsi, dans le même rapport, mais à un moment beaucoup plus avancé, le Comité des droits de l'enfant a noté « *l'importance d'encourager les possibilités de participation des enfants comme outil pour stimuler les capacités évolutives de l'enfant* »⁴⁸². Donc, nous pouvons déduire que l'autonomie de l'enfant ne devient réelle que par l'exercice de la participation elle-même. En d'autres termes, il faut laisser les enfants participer activement afin de développer progressivement en eux la prise de conscience des droits de participation qui sont à la base d'une telle autonomie⁴⁸³. Bref, à la différence de l'autonomie de l'adulte qui lui « *permet d'actionner en connaissance de ses droits* », l'autonomie de l'enfant se fonde sur « *l'action de l'enfant qui permet à l'autonomie de se développer en apprenant ses droits* » ou bien « *la participation, en tant que forme d'intervention, peut provenir de la quête de l'autonomie, de la citoyenneté, des droits politiques et de la voix.* »⁴⁸⁴ Avec cela, ils apprennent aussi beaucoup de choses importantes : regarder de manière critique et constructive leur entourage ; demander, proposer et, si c'est le cas, protester et exiger ; voir qu'il est possible de changer des choses,⁴⁸⁵ etc. Ils apprennent, en somme, à participer.

Aussi, la participation sociale dans la plupart des cas a un caractère collectif. Ainsi, le Comité en établissant une distinction entre le droit de l'enfant d'être entendu en tant qu'individu et le droit des enfants d'être entendus en tant que groupe⁴⁸⁶, relève l'importance d'une participation sociale active de l'enfant. La participation au niveau collectif peut s'exprimer par l'adhésion à un parti ou syndicat politique, un groupe communautaire ou un mouvement social⁴⁸⁷.

Une étude plus approfondie des formes de participation sociale de l'enfant a été réalisée par la doctrine anglo-saxonne, qui propose, entre autres, des dénominations spécifiques à de tels actes.

⁴⁸¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 27.

⁴⁸² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *préc.*, 2006, § 11.

⁴⁸³ STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *op. cit.*, p. 274.

⁴⁸⁴ TEAMEY K., HINTON R., « Reflections on Participation and Its Link with Transformative Processes », in Tisdall E. K. M., Gadda A. M., Mandel Butler U. (dir.), *Children and Young People's Participation and Its Transformative Potential, Learning from across Countries*, Palgrave Macmillan, 2014, p. 22 : « *Participation, as a form of intervention, may have originated with the quest for autonomy, citizenship, political rights and voice.* »

⁴⁸⁵ TRILLA J., NOVELLA A., *préc.*

⁴⁸⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 9.

⁴⁸⁷ COLLIN P., *Young Citizens and Political Participation in a Digital Society, Addressing the Democratic Disconnect*, Palgrave Macmillan, 2015.

2. Les concepts empruntés afin de qualifier la participation sociale de l'enfant

La participation sociale de l'enfant, par rapport à la participation individuelle décrite ci-dessus, ne peut pas être considérée comme une capacité plus ou moins « naturelle »⁴⁸⁸, mais elle est ancrée dans une pratique sociale dynamique connue sous la dénomination de « *agency* »⁴⁸⁹. Autrement dit, les participants mineurs doivent disposer de compétences minimales afin d'être reconnus en tant qu'acteurs. L'*agency* est un concept plus exigeant que la participation⁴⁹⁰ (a). Il est lié à d'autres notions, comme « *empowerment* » et « *protagonisme* », tout en gardant sa spécificité (b).

a) Agency

Étroitement liée au concept des « enfants en tant qu'acteurs sociaux »⁴⁹¹, l'idée d'une capacité d'agir pour les enfants est conforme au concept anglo-saxon d'*agency*. Cette théorie se retrouve également dans les études sur le développement cognitif⁴⁹² de l'enfant et donne naissance à un néologisme français encore peu employé par les juristes, à savoir l'*agentivité* de l'enfant⁴⁹³.

⁴⁸⁸ STOECKLIN D., BONVIN J-M. (dir.), *op. cit.*, p. 274, l'auteur explique : « Il est donc important de distinguer entre l'enfant en tant que sujet de droits et en tant qu'acteur social, de même que la capacité de celui-ci qui donne sens et réalité au premier. La différence entre l'enfant et le sujet de droits et l'enfant en tant qu'acteur social est que le premier est un statut assigné tandis que le second est une compétence conquise. L'enfant est à la fois un sujet de droits et un acteur social. L'agence, en tant que compétence conquise, est une capacité résultant de l'interdépendance entre les compétences de l'acteur et les opportunités de l'environnement. »

⁴⁸⁹ ECKERMANN T., HEINZEL F., « Children as social actors and addressees? Reflections on the constitution of actors and (student) subjects in elementary school peer Cultures » in Esser F., Baader M. S., Betz T., Hungerland B. (dir.), *Reconceptualising Agency and Childhood, New perspectives in Childhood Studies*, Routledge, 2016, p. 257.

⁴⁹⁰ BOLLIG S., KELLE H., « Children as participants in practices. The challenges of practice theories to an actor-centred sociology of childhood » in Esser F., Baader M. S., Betz T., Hungerland B. (dir.), *Reconceptualising Agency and Childhood, New perspectives in Childhood Studies*, Routledge, 2016, p.44.

⁴⁹¹ JAMES A., « Agency » in Qvortrup J., Corsaro W. A., Honig M. S. (dir.), *The palgrave handbook of childhood studies*, London: Palgrave, 2009, p. 34.

⁴⁹² DORON R., ANZIEU F. et al. (dir.), *Dictionnaire de psychologie*. Paris : Presses universitaires de France, 1991, p. 198 : « Développement cognitif – développement des aptitudes mentales, des structures et des processus intellectuels, qui est le plus souvent décrit comme une séquence ordonnée de stades. Alors qu'en psychologie développementale, on considère généralement que le développement cognitif se déroule de la naissance à la période d'insertion dans la vie (adolescence, âge adulte), une tendance récente applique cette notion aux transformations des processus d'élaboration des connaissances qui affecte l'ensemble de la vie humaine (life-span developmental psychology), renouant ainsi avec une conception en usage au début de ce siècle. Dans d'autres courants encore, le développement cognitif est décrit comme un processus de changement progressif conduisant à des niveaux de plus en plus élevés de différenciation et d'intégration supposant un état final de maturité atteint par interaction avec le milieu. Dans cette perspective structuro-fonctionnelle, le changement temporel simple ne peut être identifié au progrès cognitif. »

⁴⁹³ HOUDE O., KAYSER D., KOENIG O. et al., *Vocabulaire de sciences cognitives neuroscience, psychologie, intelligence artificielle, linguistique et philosophie*, Quadrige Dicos poche, Paris : Presses universitaires de France, 2003, p. 151. Voir aussi LAHIRE B. (dir.), *Enfances de classe, de l'inégalité parmi les enfants*, Seuil, 2019, p. 21.

En 1990, James et Prout parlaient déjà d'un enfant socialement actif. Selon eux, « *children are and must be seen as active in the construction and determination of their own social lives, the lives of those around them and of the societies in which they live. Children are not just the passive subjects of social structures and processes.* »⁴⁹⁴ Plus tard, à fin de définir ce phénomène, ils imaginent un nouveau terme – *agency*⁴⁹⁵. D'origine sociologique, ce concept a trouvé confortablement sa place dans la doctrine juridique relative aux études sur les enfants, définie en tant que « capacité d'agir socioculturelle »⁴⁹⁶ ou bien d'une façon plus complexe « *la capacité de naviguer dans les contextes et les positions de leurs mondes de vie, répondant à de nombreuses attentes économiques, sociales et culturelles, tout en cartographiant individuellement et/ou le choix collectif et les possibilités pour leurs vies quotidiennes et futures* »⁴⁹⁷.

Bien que certains refusent d'assimiler l'*agency* à l'autonomie de l'enfant⁴⁹⁸, les autres sont d'avis que l'attribution de l'*agency* et de l'auto-possession aux enfants dans la théorie sociologique est basée sur une compréhension implicite des enfants comme mûrs et indépendants⁴⁹⁹. Adela Cortina soutient que « *éduquer à l'autonomie, à la citoyenneté active, implique d'équiper les enfants et les jeunes de raisons et de les aider à croire qu'ils sont plus puissants, afin qu'ils puissent décider par eux-mêmes* »⁵⁰⁰. Agustín Domingo Moratalla est d'avis que ce type de participation suppose l'expérimentation de par la diversité des solutions possibles relative à une problématique. L'auteur affirme qu'« *il est important que les mineurs s'entraînent au procès et acquièrent la capacité de discerner, puisque c'est le seul moyen d'accéder à la maturité* »⁵⁰¹. Susan Sherwin propose une distinction utile, décrivant l'*agency*

⁴⁹⁴ PROUT A., JAMES A. (dir.), *Constructing and Reconstructing Childhood. New directions in the sociological study of childhood*, London Routledge, 1990, p. 8.

⁴⁹⁵ PROUT A., JAMES A., « A new paradigm for the sociology of childhood? Provenance, promise and problems » in James A., Prout A. (dir.), *Constructing and Reconstructing Childhood*, London: Falmer Press, 1997.

⁴⁹⁶ AHEARN L., *Living Language: An Introduction to Linguistic Anthropology*, Wiley-Blackwell, 2011, p. 112: « *a social-culturally mediated capacity to act* »

⁴⁹⁷ ROBSON E., BELL S. AND KLOCKER N., « Conceptualising agency in the lives and actions of rural young people » in Panelli R., Punch S., Ronson E., *Global perspectives on rural children and youth, young rural lives*, London : Routledge, 2007, p. 135: « *the ability to « navigate the contexts and positions of their life worlds, fulfilling many economic, social, and cultural expectations, while simultaneously charting individual and/or collective choice and possibilities for their daily and future lives* ».

⁴⁹⁸ KJØRHOLT A. T., *Childhood as a social and symbolic space: discourses on children as social participants in society*, préc.: « *Thus children's agency should not be confused either with the « autonomy » or with « self-determinacy » or as the treatment of children on a par with adults* ».

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 242.

⁵⁰⁰ CORTINA A., « Los valores de unacidadanía activa », in Toro B., Tallone A. (dir.), *Educacion, valores y ciudadania*, Metas Educativas 2021, p. 99 : « *Educar en la autonomia, en la ciudadania activa, supone pertrechar a ninos y jovenes tambien de razones y ayudarles a ponderar cuales son mas poderosas, de forma que puedan ir decidiendo por su cuenta* ».

⁵⁰¹ DOMINGO MORATALLA A., « Adolescencia y menor maduro », in De Los Reyes M., Sanchez Jacob M., *Bioetica y pediatria*, Madrid, Ergon, 2010, p. 53.

comme la réalisation d'un choix et l'autonomie comme une auto-gouvernance. Elle soutient que nous avons besoin d'une conception relationnelle de l'autonomie afin de « *distinguer le comportement véritablement autonome des actes d'agency simplement rationnels* »⁵⁰².

Cette forme de participation est importante, car elle argumente au mieux l'hypothèse d'une autonomie relationnelle. En effet, la participation en tant que citoyen est un principe démocratique qui suppose une interaction des membres de la communauté et un retour de la part de l'organisme responsable du changement. Il s'agit, en effet, des degrés de partage du pouvoir qui sont bien relevés, par exemple, dans l'échelle de la participation citoyenne d'Arstein⁵⁰³.

À la différence de la participation *stricto sensu*, l'*agency* n'est pas conçue en tant que notion exclusivement positive⁵⁰⁴. Vu que cette acception plus large de la participation exige de la part de l'enfant la preuve des capacités plus évoluées, les risques des effets négatifs de cette forme de participation augmentent. Donc, l'agentivité peut être comprise comme ayant à la fois une dimension négative et positive : sous sa forme positive, elle considère les enfants comme des acteurs sociaux productifs, dans sa forme négative, *agency* se réfère également aux erreurs, mais pas dramatiques, et aux préjudices causés⁵⁰⁵. Il faut noter que ses deux dimensions sont naturellement attribuées à une personne autonome⁵⁰⁶. Ainsi, l'agentivité, la participation et l'autonomie personnelle de l'enfant, par analogie, se rapprochent essentiellement, comme d'ailleurs les autres concepts enracinés dans « l'idéologie de l'action sociale »⁵⁰⁷.

b) Empowerment et Protagonisme

A côté de l'agentivité, le protagonisme est également utilisé, un terme qui, en général, souligne la « *capacité de participer activement à la définition des choix d'une communauté donnée* »⁵⁰⁸. Dans l'ébauche du travail des enfants, le terme fait référence aux « *aspects interactifs et*

⁵⁰² SHERWIN S., *Politics of women's health: exploring Agency and Autonomy*, Temple University Press, U.S., 1998, p.33.

⁵⁰³ ARNSTEIN S., *préc.*: Non-participation: Manipulation, Therapy; Degrees of tokenism: Informing, Consultation, Placation; Degrees of citizen power: Partnership, delegated power, citizen control.

⁵⁰⁴ MOOSA-MITHA M., « A Difference-Centred Alternative to Theorization of Children's Citizenship Rights », *Citizenship Studies*, vol. 9, issue 4, 2005, p. 375.

⁵⁰⁵ STEINL L., *Child Soldiers as Agents of War and Peace, A Restorative Transitional Justice Approach to Accountability for Crimes Under International Law*, Springer, 2017, p. 34.

⁵⁰⁶ Voir HURPY H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, Bruylant, 2015.

⁵⁰⁷ GIBSON BN MSCN C. H., « A concept analysis of empowerment », *Journal of Advanced Nursing*, vol. 16 (3), 1991, p. 354.

⁵⁰⁸ ALFAGEME E., CANTOS R., MARTÍNEZ M., *De la participación al protagonismo infantil. Propuestas para la acción*, Plataforma de Organizaciones de Infancia, 2003.

responsables de la participation »⁵⁰⁹ des enfants qui travaillent. Comme cela devient clair, l'agency et le protagonisme font référence aux termes juridiques de la notion de « *droits de participation des enfants* » pour leur définition⁵¹⁰.

Ces approches considèrent les enfants comme des protagonistes, reconnaissant leur souveraineté, leur créativité et leurs capacités ainsi que leurs exigences pour un « *rôle indépendant et influent dans la société* »⁵¹¹. Le protagonisme qui découle de l'article 12 de la CDE tend à soutenir que les enfants ne devraient pas seulement avoir une voix dans les décisions, mais aussi avoir un rôle et une capacité pour changer la société selon leurs propres idées et perspectives⁵¹². Il est lié à une vision de l'agentivité de l'enfant dans la citoyenneté qui ne consiste pas seulement à influencer les décisions d'autrui ou les règles de l'organisation sociale, mais aussi à contribuer activement à la réalisation de ses propres droits et des droits des autres⁵¹³.

De même, les anglophones font usage du mot « *empowerment* »⁵¹⁴, un concept de la même famille, qui par rapport aux autres notions, relève une action dont le but est d'« *encourager à développer l'autonomie* »⁵¹⁵ par « *un processus de confiance, l'affirmation et la construction l'estime de soi chez les enfants qui devrait les faire sentir dignes, confiants, respectés et admirés* »⁵¹⁶. Le processus de devenir quelqu'un qui peut exercer une influence et un contrôle sur sa propre situation, de passer de « l'objet » à « l'agent », est souvent appelé « *empowerment* ». C'est un concept le plus souvent utilisé en relation avec l'avènement des droits des femmes. Rebecca Stern fait valoir qu'« *il est aussi applicable au processus par lequel tout groupe de personnes dans une société, qui est en quelque sorte désavantagée par rapport à d'autres groupes, augmente ses possibilités de faire des choix de vie indépendants et de changer le statut à la fois du groupe et de ses membres individuels. Les enfants pourraient être considérés comme un groupe de ce genre* »⁵¹⁷. « *Empowerment* » est un processus et un outil par lequel des

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ HANSON K., VANDAELE A., « Working children and international labour law: A critical analysis », *The International Journal of Children's Rights* 11, 2003, p. 79.

⁵¹¹ LIEBEL M., « Paternalism, Participation and Children's Protagonism Children », *Youth and Environments*, vol. 17, no. 2, 2007, p. 62.

⁵¹² LARKINS C., THOMAS N., CARTER B., FARRELLY N., JUDD D., LLOYD J., « Support for children's protagonism », *International Journal of Children's Rights*, 23(2), 2015, pp. 332-364.

⁵¹³ LARKINS C., LLOYD J., THOMAS N., CARTER B., FARRELLY N. J., « Support for Children's Protagonism », *The International Journal of Children's Rights*, 23 (2), 2015, p. 336.

⁵¹⁴ Sur le concept d'« empowerment », voir GIBSON BN MSCN C. H., *préc.*

⁵¹⁵ DOWNIE R.S., FYFFE C., TANNEHILL A., *Health promotion: Model and values*, Oxford University Press, 1990, p. 3.

⁵¹⁶ HAGGER L., *The child as vulnerable patient. Protection and empowerment*, Ashgate, 2009, p. 5.

⁵¹⁷ STERN R., *The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?*, UPPSALA Universitet, 2006, p. 130.

individus ou groupes désavantagés, opprimés ou marginalisés à travers différentes stratégies prennent le contrôle de leur vie en participant aux côtés d'autres dans le développement d'activités et de structures qui permettent aux gens de s'impliquer davantage⁵¹⁸.

B. L'intégration des libertés et droits civils de l'enfant dans le concept de participation

L'objectif du développement social de l'enfant est servi par un certain nombre de dispositions de la convention visant à assurer que ce développement peut se produire par la participation de l'enfant dans la vie globale de la société. Bien que l'article 12 construise déjà une base suffisante pour l'argumentation de la validité de l'autonomie de l'enfant, celle-ci est davantage renforcée par l'extension de la notion de participation aux autres droits conventionnels. D'ailleurs, certains pensent qu'une trop grande attention a été accordée à l'article 12 au détriment des autres droits participatifs inscrits dans la CDE⁵¹⁹. Les « droits de participation » peuvent être considérés comme un terme générique pour plusieurs droits différents. Les éléments de la participation aux processus décisionnels sont inclus dans presque tous les droits protégés par la Convention relative aux droits de l'enfant et les autres sources. Le Comité des droits de l'Homme a confirmé dans son Observation générale n°17 que : « *en tant qu'individus, les enfants bénéficient de tous les droits civils énoncés dans le Pacte* »⁵²⁰. Malgré la disparité des opinions par rapport à leur nombre et nomenclature, généralement on considère comme participatifs les droits suivants : le droit d'obtenir et de partager des informations et la liberté d'expression (article 13), la liberté d'association (article 15), le droit à l'information (article 17). Certains ajoutent à ce noyau le droit à la vie privée (16) et la liberté de pensée, conscience et religion (article 14). Certaines sources distinguent le noyau de la participation dans les articles 12, 13 et 15 de la CDE⁵²¹ (1). Une étude plus approfondie du sujet nous permet de différencier des droits participatifs de l'enfant moins communs (2).

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 133.

⁵¹⁹ LANSDOWN G., *A framework for monitoring and evaluating children's participation, A preparatory draft for piloting*, july 2011, sur www.crin.org

⁵²⁰ Comité des droits de l'Homme, Observation Générale n°17, Article 24 (trente-cinquième session, 1989), *Droits de l'enfant*, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 1994, § 2.

⁵²¹ Voir UNICEF, *Guide de participation des enfants aux travaux du Parlement*, Guide à l'usage des parlementaires, n°18, 2011, p. 11.

1. Les droits participatifs classiques

Beaucoup d'auteurs⁵²² considèrent le droit à la liberté d'expression (a) et le droit à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique (b) comme des éléments centraux du droit de participation.

a) La liberté d'expression de l'enfant

La liberté d'expression est un droit fondamental qui figure dans tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme⁵²³. Vu l'article 19 de la DUDH, la liberté d'expression « implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ». Avec ceci, pourtant, traditionnellement, le droit à la liberté d'expression n'a pas été associé aux enfants⁵²⁴. Actuellement, l'importance instrumentale de ce droit⁵²⁵ le rend essentiel pour la réalisation de tous les droits de l'enfant, c'est pourquoi, selon les défenseurs des droits de l'enfant, « ce droit est un bon marqueur pour évaluer les perceptions des enfants dans toute société »⁵²⁶.

Il existe la tendance de lire les articles 12 et 13 ensemble⁵²⁷, à force de les confondre⁵²⁸. La nuance qui sépare les articles 12 et 13, cependant, bien que subtile, a une répercussion pratique

⁵²² HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 82. Voir aussi VAN BUEREN, qui considère que l'inclusion dans la CDE du droit à la liberté d'expression et du droit à la liberté d'association et de réunion « offre la possibilité pour le droit international des droits de l'homme d'agir comme un catalyseur pour changer la valeur que la société accorde aux contributions des enfants ».

⁵²³ V. aussi l'article 10 CEDH : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire », article 19 PIDPSC : « 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions. 2. Toute personne 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 de son choix. 3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires : a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique. »

⁵²⁴ THORGEIRSDÓTTIR H., *Article 13 - The Right to Freedom of Expression, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 2.

⁵²⁵ HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 82.

⁵²⁶ CRIN, <https://www.crin.org/en/library/publications/civil-rights-freedom-expression-and-childrens-rights>

⁵²⁷ HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 81.

⁵²⁸ CVEJIĆ JANČIĆ O. (dir.), *op. cit.*, p. 279.

importante. La liberté générique d'expression énoncée à l'article 13 implique non seulement la reconnaissance d'un droit pour le mineur, mais impose en même temps une obligation passive de non-ingérence de tiers, en particulier de l'État, dans l'expression de telles opinions. Ce droit ne peut être limité, de manière proportionnée, qu'aux intérêts des tiers ou de la communauté dans son ensemble. En tout état de cause, ces manifestations de l'enfant, sur des questions qui ne le concernent pas forcément, n'ont pas le même potentiel pour modifier ou influencer une décision particulière. C'est-à-dire, c'est l'article 12 qui impose que l'opinion sur les questions qui influencent directement le mineur doit être prise en compte, en lui garantissant le droit de participer aux décisions ou aux mesures qui affectent sa vie. L'obligation imposée aux États à cet égard est active, puisqu'ils sont tenus de réglementer les mécanismes nécessaires pour assurer, le cas échéant, la participation de l'enfant, et que leurs opinions soient prises en considération dans le processus de décision ultérieur.

La liberté d'expression à laquelle l'enfant a droit en vertu de l'article 13 est également protégée par l'article 12. Toutefois, la liberté d'expression de l'enfant ne devient applicable qu'aux « questions intéressant l'enfant » et ne peut être exercée que par l'enfant qui est capable de former ses propres opinions. Cette liberté est également subordonnée à la condition que l'opinion de l'enfant soit dûment prise en considération.

Le Comité des droits de l'enfant, à plusieurs reprises, s'est déclaré préoccupé par l'absence de garanties juridiques pour la liberté d'expression des moins de 18 ans et l'attention insuffisante accordée à la promotion et au respect du droit de l'enfant à la liberté d'expression. Il est préoccupé par le fait que les attitudes sociétales traditionnelles dominantes, au sein de la famille et dans d'autres contextes concernant le rôle des enfants, semblent rendre difficile aux enfants de rechercher et de communiquer librement des informations⁵²⁹. Il en a de même concernant la liberté de réunion de l'enfant.

b) La liberté de réunion de l'enfant

Un autre droit participatif étroitement lié au développement social de l'enfant est énoncé à l'article 15 de la CDE⁵³⁰, selon lequel les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique. La forte interdépendance de ce droit

⁵²⁹ Voir par exemple COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales : Géorgie, CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 28.

⁵³⁰ Art. 15 CDE ; article 12 Charte des droits fondamentaux de l'UE ; article 11 CEDH.

avec la liberté d'expression est rappelée par la CourEDH dans l'affaire *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*⁵³¹. La Cour soutient que « *malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, l'article 11 doit s'envisager aussi à la lumière de l'article 10. La protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association consacrée par l'article 11.* »⁵³² Il en va d'autant plus ainsi dans le cas de partis politiques, eu égard à leur rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie⁵³³.

Il existe certaines circonstances dans lesquelles le droit des enfants à la liberté de réunion peut être restreint, mais ceux-ci doivent être strictement conformes au paragraphe 2 de l'article 15, qui stipule que toute restriction doit être « *imposée conformément à la loi et ... société démocratique dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de la sécurité publique, de l'ordre public, de la protection de la santé ou de la moralité ou de la protection des droits et libertés d'autrui* ». Cependant, dans de nombreux cas, les arguments étatiques relatifs à la « sécurité publique » et à la « protection de l'enfance » ont été invoqués de manière exagérée pour restreindre le droit des enfants à la liberté de réunion. Tel était, par exemple le cas dans l'affaire *Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova*⁵³⁴, jugée par la CourEDH en 2006. En l'espèce, le Ministère de la Justice moldave s'est opposé à l'implication des enfants dans des manifestations contre une proposition de loi ordonnant l'enseignement obligatoire de la langue russe à l'école pour les enfants âgés de sept ans et plus⁵³⁵. Plus précisément, le gouvernement allègue que le Parti populaire chrétien-démocrate, qui a organisé les manifestations, a violé les droits des enfants à la liberté de réunion en vertu de l'article 15 de la CDE⁵³⁶. Dans cette affaire, la Cour observe « *que les tribunaux nationaux n'ont pas établi que la présence d'enfants était le fruit d'une action ou d'une politique de la part du requérant. Les rassemblements s'étant déroulés dans des lieux publics, quiconque pouvait y prendre part, y compris des enfants.* » En outre, selon la Cour, « *c'est plutôt aux parents qu'il revenait de décider s'il fallait permettre à leurs enfants de participer à ces rassemblements et il semblerait aller à l'encontre de la liberté de réunion des parents et des enfants que d'empêcher ces derniers de participer à ces rassemblements, lesquels visaient à contester la politique du gouvernement en matière*

⁵³¹ Aussi, voir les arrêts *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44, p. 23, § 57, et *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, série A n° 323, p. 30, § 64).

⁵³² CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 42 et 43, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-I.

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ CourEDH, *Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova*, 14 février 2006.

⁵³⁵ *Ibid.*, § 9.

⁵³⁶ *Ibid.*, § 22 et 38.

d'enseignement »⁵³⁷. Ainsi, la CourEDH a explicitement reconnu le droit des enfants à prendre part à des rassemblements dans des lieux publics⁵³⁸.

2. Les droits participatifs reconsidérés

À part le droit à la vie privée et la liberté de religion qui sont souvent mentionnés en tant que droits participatifs, mais qui nécessitent un développement plus approfondi du fait de leur nature fortement autonomiste⁵³⁹, on pourrait distinguer d'autres droits conventionnels de nature participative. Le droit à l'information de l'enfant prend dernièrement des contours très novateurs technologiquement, comme c'est le cas de l'accès à Internet **(a)**. De même, c'est le cas des droits de la catégorie « time-autonomy », souvent oubliés, mais très importants pour l'épanouissement autonome de l'enfant **(b)**.

a) Le nouveau droit à l'information de l'enfant

Le droit des enfants à la participation requiert donc aussi l'exercice de leur droit à l'information, car ils ne peuvent pas participer de manière significative s'ils ne disposent pas de toutes les informations pertinentes. Si un enfant doit pouvoir bénéficier de ce type de participation, il doit être en mesure d'obtenir des informations pertinentes pour différents secteurs de la vie sociale⁵⁴⁰, d'où la présence dans la convention de l'article 17, qui stipule que les États parties doivent « *veiller à ce que l'enfant ait accès à des informations et à du matériel provenant de sources nationales et internationales diverses, en particulier ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale* ». Ce droit est également contenu dans d'autres dispositions de la convention dans le but de permettre à l'enfant de se développer socialement en participant à la vie de sa société. En l'occurrence, le droit à l'information proclamé par l'article 17 devient une condition de base et une condition *sine qua non* pour la réalisation effective du droit de s'exprimer librement, soit par rapport à des questions générales (article 13), soit directement sur toute question intéressant l'enfant

⁵³⁷ *Ibid.*, § 74.

⁵³⁸ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant*, 2015, p. 47.

⁵³⁹ Voir chapitre II, Titre II, Partie I et Chapitre II, Partie II de la thèse.

⁵⁴⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Recommandations issues de la journée de débat général de 2014 sur les droits de l'enfant et les médias numériques*, A/71/41, 2014, § 2 : « *Les États devraient reconnaître qu'il est important que les enfants puissent accéder aux médias numériques et aux technologies de l'information et de la communication et les utiliser et que ces médias et technologies sont susceptibles de promouvoir tous les droits de l'enfant, en particulier le droit à la liberté d'expression, le droit d'avoir accès à une information appropriée, le droit à la participation et à l'éducation, ainsi que le droit au repos, aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives et de participer à la vie culturelle et artistique.* »

(article 12). Les États sont tenus de promouvoir et de protéger l'accès, par les mineurs, aux moyens d'information, de diffusion et de dialogue intérieur, dans des conditions adaptées à leur âge et à leurs capacités. Sinon, on ne peut pas comprendre que les mineurs, sans accès à l'information, ont pu se former une opinion éclairée sur la réalité qui les entoure⁵⁴¹.

Dans ce contexte émerge le « nouveau » droit de l'accès à l'Internet de l'enfant⁵⁴². La condition d'âge pour une telle forme d'accès à l'information apparaît récurrente. Par exemple, l'Irlande a fixé à 16 ans l'âge auquel les enfants peuvent s'inscrire aux services en ligne et consentir à ce que leurs données soient utilisées sans autorisation parentale. Cette mesure suscite des critiques de la part des défenseurs des droits des enfants qui plaident pour une diminution de la limite d'âge à 13 ans. Pourtant, le Règlement général de protection des données de l'Union européenne⁵⁴³ définit les règles relatives au traitement des données personnelles des enfants sur Internet, y compris les jeux et les médias sociaux et exige des services en ligne d'obtenir l'autorisation parentale avant l'âge de 16 ans⁵⁴⁴. Les gouvernements européens sont toutefois, selon le même règlement, autorisés à ajuster cette limite et fixer leur propre âge minimum, parfois appelé « *âge du consentement numérique* », entre 13 et 16 ans⁵⁴⁵. Selon la volonté politique de chaque État⁵⁴⁶, l'Europe connaît aujourd'hui une diversité d'approches concernant la limite d'âge du consentement numérique⁵⁴⁷.

Geoffrey Shannon, le Rapporteur spécial irlandais sur la protection de l'enfance, a formulé ses recommandations concernant le développement des droits numériques des enfants, dans un de ses rapports. Il a noté que si le but de la réglementation était de protéger les enfants contre

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² En 2018, le Comité des droits de l'enfant a décidé d'élaborer une nouvelle Observation générale sur les droits de l'enfant dans un environnement numérique. V. <https://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2019/03/18/rethinking-the-rights-of-children-for-the-internet-age/>

⁵⁴³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

⁵⁴⁴ *Ibid.*, art. 8.1 : « 1. Lorsque l'article 6, paragraphe 1, point a), s'applique, en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants, le traitement des données à caractère personnel relatives à un enfant est licite lorsque l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. Lorsque l'enfant est âgé de moins de 16 ans, ce traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant. »

⁵⁴⁵ *Ibid.*, art. 8.1 : « (...) Les États membres peuvent prévoir par la loi un âge inférieur pour ces finalités pour autant que cet âge inférieur ne soit pas en-dessous de 13 ans. »

⁵⁴⁶ L'Irlande avait indiqué qu'elle opterait pour l'âge de 13 ans, mais une défaite lors d'un vote à l'Assemblée législative a fixé l'âge minimum à 16 ans. Plusieurs partis d'opposition ont travaillé ensemble pour obtenir un âge plus élevé, malgré les critiques de certaines des principales organisations d'enfants du pays.

⁵⁴⁷ Par exemple, la limite de 15 ans a été retenue en France, en Grèce, en République Tchèque et en Slovénie, contre 14 ans en Italie, en Autriche, à Chypre et en Bulgarie. Celui-ci descend même à 13 ans en Estonie, au Danemark, en Belgique, en Irlande, en Finlande, en Pologne, en Lettonie, en Espagne, au Portugal, au Royaume-Uni et en Suède. Voir <https://www.dpms.eu/rgpd/regles-rgpd-concernant-consentement-mineurs/>

l'harcèlement sur Internet, l'État doit veiller à ce que « *l'accès des enfants à l'information ne soit pas indûment restreint par des filtres génériques bloquant les sites Web offrant éducation et soutien* »⁵⁴⁸. Il a donné des exemples d'autorités étatiques à l'étranger faisant pression sur les fournisseurs de services Internet pour bloquer les sites Web jugés inappropriés pour les enfants, même les sites contenant du matériel pouvant être important pour le bien-être de nombreux enfants de moins de 18 ans, y compris sur l'éducation sexuelle, la politique et les groupes de soutien pour la dépendance à l'alcool et le suicide. En effet, il ne faut pas exclure le côté positif d'un tel accès à l'information, qui peut contenir des sources d'épanouissement pour l'enfant et des jeux et loisirs où l'enfant pourra exercer son autonomie.

b) Les droits oubliés « Time-autonomy »

Le droit qui use le plus souvent du terme « participation » est souvent oublié parmi les droits participatifs. Cependant, ce droit est d'une complexité et une importance cruciale pour l'enfant. Il s'agit de l'article 31 de la CDE qui reconnaît le droit de l'enfant au repos, aux loisirs, au jeu et aux activités récréatives, ainsi que du droit de l'enfant de participer à la vie culturelle et artistique⁵⁴⁹. Mario Biggeri et Ravi Karkara⁵⁵⁰ voient dans ces formes de participation une ouverture à l'autonomie de l'enfant, bien que limitée à un temps alloué à cette fin, où les enfants peuvent décider pour eux-mêmes comment jouer, se reposer ou participer à la vie culturelle et artistique. Cette forme d'autonomie est dénommée par eux « *time-autonomy* » qu'ils définissent en tant que « *capacité d'exercer l'autonomie dans le temps alloué pour cela* »⁵⁵¹. Il s'agit, en effet, d'un exemple où la participation de l'enfant est directement qualifiée d'autonomie et les deux notions se confondent.

Selon le Manuel d'application de la convention relative aux droits de l'enfant, « *le " repos " intègre les nécessités fondamentales de la relaxation physique et mentale et du sommeil ; "*

⁵⁴⁸ SHANNON G., *Ninth Report of the Special Rapporteur on Child Protection*, A Report Submitted to the Oireachtas, Professor Dr Geoffrey Shannon, 2016, p. 79 : « *It must be ensured that children's access to information is not unreasonably restricted by blanket filters blocking websites which offer education and support. It is vital to take steps to combat cyber-bullying, including through education of parents. However the importance of dialogue and support for children, rather than simply prohibitions on Internet usage, should be part of this education.* »

⁵⁴⁹ Article 31 CDE : « *1. Les États parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge, et de **participer** librement à la vie culturelle et artistique. 2. Les États parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de **participer** pleinement à la vie culturelle et artistique, et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité.* »

⁵⁵⁰ BIGGERI M., KARKARA R., « Transforming Children's Rights into Real Freedom: A Dialogue Between Children's Rights and the Capability Approach from a Life Cycle Perspective », in Biggeri M., Ballet J., Comim F. (dir.), *Children and the Capability Approach, Challenges and Prospectus*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 19.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 33. Original : « *Time-autonomy: being able to exercise autonomy in allocating one's time* ».

loisirs " est le terme plus large, impliquant que l'on a le temps et la liberté de faire ce que l'on désire ; les " activités récréatives " embrassent toute la gamme des activités que l'on a choisi de faire pour en retirer du plaisir (y compris certaines qui peuvent aussi être qualifiées de travail, comme les sports, la création ou les arts du spectacle, des activités artisanales, scientifiques, agricoles ou techniques) ; enfin le " jeu " est le plus intéressant du point de vue de l'enfance, du fait qu'il comprend des activités enfantines non contrôlées par des adultes et qui ne doivent pas nécessairement obéir à des règles. »⁵⁵² L'importance du jeu pour le développement de l'autonomie est cruciale, pourtant souvent ignorée par les adultes. Le Comité met l'accent sur le jeu qui « lui-même n'a rien d'obligatoire, il répond à une motivation intrinsèque et a sa propre raison d'être, sans être une fin en soi. Le jeu fait intervenir l'apprentissage de l'autonomie et de l'activité physique, mentale ou émotionnelle, et il peut se pratiquer soit seul, soit en groupe. »⁵⁵³

La deuxième de ces deux dispositions, plus inclusive, appelle les États parties « à reconnaître le droit de l'enfant à participer librement à la vie culturelle et artistique » et à les mettre ensuite dans l'obligation de « respecter et promouvoir le droit de l'enfant à participer pleinement à la vie culturelle et artistique ». Un engagement supplémentaire pris par les États parties à travers l'article 31 « d'encourager la fourniture d'opportunités appropriées et égales pour l'activité culturelle et artistique » à laquelle l'article 31 contribue par l'affirmation des droits culturels de l'enfant est également favorisé par une autre disposition de cet article, qui a un sens pour la vie sociale et personnelle de l'enfant, reconnaître le droit de l'enfant au repos et aux loisirs et de pratiquer des activités récréatives adaptées à l'âge de l'enfant.

Le Comité prend note de nombreux avantages que présente la participation aux sports, aux jeux traditionnels, à l'éducation physique et aux activités récréatives et invite les États parties à veiller à ce que les enfants puissent véritablement exercer leurs droits en la matière⁵⁵⁴. Aussi, le Comité souligne l'importance de l'accès à Internet et aux médias sociaux, essentiel pour donner effet, dans le contexte de la mondialisation, aux droits énoncés à l'article 31⁵⁵⁵. Ce droit devient tout autant significatif pour la formation politique de l'enfant.

⁵⁵² UNICEF, *Manuel d'application de la convention relative aux droits de l'enfant*, 2002, p. 489.

⁵⁵³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°17 sur le droit de l'enfant au repos, aux loisirs, au jeu, aux activités récréatives, à la vie culturelle et artistique CRC/C/GC/17, 17 avril 2013, § 14 c).

⁵⁵⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°11, *préc.*, § 63.

⁵⁵⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°17, *préc.*, § 45.

§2. Une participation politique de l'enfant en construction

Les droits de participation sont considérés comme une partie fondamentale de la citoyenneté. Au cours des dernières années, l'accent mis sur les enfants en tant qu'acteurs politiques est de plus en plus important. La participation politique des enfants et les droits de citoyenneté ont également été abordés d'une nouvelle manière.

Les droits participatifs de la CDE ont été utilisés par les chercheurs, ainsi que par les défenseurs des droits de l'enfant et les hommes politiques, comme cadre de référence et outil de traitement des enfants en tant que citoyens. Donner aux enfants des droits de citoyenneté soulève des questions fondamentales liées aux notions de citoyenneté, de non-discrimination⁵⁵⁶, d'enfance et de participation sociale et démocratique. Conformément au concept des capacités évolutives de l'enfant, l'horizon et l'importance des questions auxquelles il est associé s'approfondissent et s'élargissent. Les sphères de participation de l'enfant dépassent au fur et à mesure le domaine domestique jusqu'à atteindre les questions des politiques nationales (A), voire celles des politiques internationales (B).

A. L'activité politique nationale de l'enfant

Généralement, les enfants ne sont pas considérés comme des acteurs politiques et on leur refuse le droit de voter ou de se porter candidat à des fonctions publiques. Si les enfants peuvent être des membres juniors des partis politiques, ils sont considérés comme des apprentis plutôt que

⁵⁵⁶ Un certain nombre d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme contiennent également des garanties spécifiques en matière d'égalité des droits à la participation politique et publique. Ceux-ci comprennent la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 21); le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (article 8); la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 5 (c)); la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (articles 7 et 8); la Convention relative aux droits de l'enfant (article 15); la Convention relative aux droits des personnes handicapées (articles 4 (3), 29, 33 (3)); la Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (articles 41 et 42); la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (article 2 (2)); la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (articles 5 et 18); la Déclaration et le Programme d'action de Durban (article 22); la Déclaration sur les droits au développement (art. 1.1, 2 et 8.2); et la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus (article 8). Au niveau régional, des droits politiques égaux sont protégés par plusieurs instruments, notamment le Protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 3), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 23) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 13). Voir également Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Facteurs qui empêchent la participation à la vie politique dans des conditions d'égalité et mesures permettant de surmonter ces obstacles*, A/HRC/27/29, 30 juin 2014.

comme des acteurs politiques à part entière⁵⁵⁷. Le concept dominant de l'enfance laisse très peu de place aux enfants dans la sphère politique publique, même si le concept de démocratie prône « *une participation effective de tous les citoyens à la vie politique* »⁵⁵⁸. Un mouvement législatif ayant le but de faire participer les enfants à la vie politique du pays semble donner ses premiers fruits dans plusieurs États européens. Dans tous les cas, en l'absence de droit de vote (2), les enfants trouvent des alternatives pour se faire entendre (1).

1. L'extension de la participation politique de l'enfant

Dernièrement, nous constatons une prise en compte de diverses formes de participation de l'enfant, déterminée par ses effets positifs sur l'épanouissement personnel de l'enfant, mais aussi en termes de construction démocratique de l'État.

Malgré une définition d'enfant dépourvu de droits politiques par la CDE, le Comité est favorable à la participation politique de l'adolescent. Pour lui, participer aux processus politiques pour les adolescents aurait un effet positif, notamment cela permet « *d'accroître leur aptitude à prendre des décisions et à faire des choix en connaissance de cause* »⁵⁵⁹. Toutefois, afin d'assurer une participation effective, le Comité impose des obligations à l'État : « *Si les États décidaient de fixer l'âge de la majorité électorale à un âge inférieur à 18 ans, ils devraient investir dans des mesures propres à aider les adolescents à comprendre, à appréhender et à assumer leur rôle de citoyens actifs, notamment en organisant des cours d'éducation à la citoyenneté et aux droits de l'homme et en identifiant et combattant les facteurs qui font obstacle à leur engagement et à leur participation.* »⁵⁶⁰ Donc, les enfants devraient avoir la capacité de prendre part aux processus politiques s'ils sont intéressés et y ont été préparés de manière appropriée, tout en étant protégés contre tout préjudice potentiel de tout engagement

⁵⁵⁷ THEIS J., « Children as active citizens. An agenda for children's civil rights and civic engagement » in Percy-Smith B., Thomas N., *A Handbook of Children and Young People's Participation, Perspectives from Theory and Practice*, Routledge, 2010, p. 345.

⁵⁵⁸ L'article 25 de la Déclaration du Millénaire (A/55/L.2) rappelle la nécessité d'une plus grande inclusivité des processus politiques et prône une participation effective de tous les citoyens à la vie politique. Les paragraphes 7(9) et 32(1) du document « Un monde digne des enfants », adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies à la Session extraordinaire de 2002 sur les enfants, précisent que les enfants sont des citoyens pleins de ressources capables de contribuer à l'avènement d'un avenir meilleur pour tous, qu'ils doivent être écoutés et que l'on doit s'assurer de leur participation. La résolution de l'Union interparlementaire (UIP) sur la participation des jeunes au processus démocratique (2010) réitère le principe de la Convention relative aux droits de l'enfant et appelle les parlements et les parlementaires à créer des conditions et des opportunités permettant aux jeunes de participer au processus démocratique.

⁵⁵⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 24.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

politique⁵⁶¹. Cela sous-entend que sont naturellement concernés avant tout les enfants plus âgés et l'exclusion des groupes d'âge plus jeunes du processus politique sera interprétée en tant que « forme légitime de discrimination »⁵⁶². Dans ce sens, selon le Manuel d'application de la convention relative aux droits de l'enfant, « *l'opposition à toute discrimination n'interdit pas de faire une distinction légitime entre les enfants – lorsqu'il s'agit par exemple de respecter " le développement des capacités " des enfants et de porter à ceux qui se trouvent dans des conditions difficiles " une attention particulière ", leur donnant la priorité ou prenant pour eux des mesures palliatives* »⁵⁶³.

En effet, la qualité de citoyen démocratique actif s'acquiert progressivement et non à un certain âge. Cela dit, les enfants peuvent et doivent jouer un rôle politique même en l'absence de vote. Ils peuvent le faire en participant aux parlements des enfants ou à des organes similaires. Une telle participation n'est pas seulement éducative, mais également motivante, en donnant à la fois l'expérience pratique de la politique⁵⁶⁴.

De nouvelles opportunités sont créées afin de faciliter la participation des enfants. Par exemple, la participation digitale⁵⁶⁵. Dernièrement, grâce aux réseaux sociaux, la prise de parole des adolescents par rapport aux sujets politiques est de plus en plus importante. Elle s'impose comme « *une voix politique puissante* »⁵⁶⁶, jusqu'à interpeller des hommes politiques sur leurs actions⁵⁶⁷.

2. Une majorité électorale en baisse pour l'enfant

Le droit politique le plus contentieux est le droit de vote pour l'enfant⁵⁶⁸. Freeman plaide pour l'extension de l'interprétation de l'article 12 jusqu'au droit de vote des enfants aux élections

⁵⁶¹ HART R., 1997, *préc.*: « *It is particularly risky to involve children in political campaigns. (...) children are readily available "army" of concern that can be easily seduced into involvement in a movement which is really not "their own" (...) Ideally, children's involvement in a political campaign will emerge quite naturally out of their own research* ».

⁵⁶² UNICEF, *Manuel d'application de la convention relative aux droits de l'enfant*, 2002, p. 31.

⁵⁶³ *Ibidem*

⁵⁶⁴ ARCHARD D., *Children, Rights and childhood*, Routledge, Second edition, 2004, p. 212.

⁵⁶⁵ COLLIN P., *Young Citizens and Political Participation in a Digital Society, Addressing the Democratic Disconnect*, Palgrave Macmillan, 2015, p. 4.

⁵⁶⁶ Selon le Washington Poste concernant « la prise de parole des élèves et devant les caméras au sujet de la violence par armes à feu » à la suite de la fusillade qui a fait 17 morts dans un Lycée de Parkland, en Floride, le 14 février 2018. V. *le Courrier International*, n°1425 du 22 au 28 février 2018, p. 10.

⁵⁶⁷ *Ibid.* Plusieurs lycéens ont en effet interpellé Donald Trump sur sa complaisance vis-à-vis du lobby des armes.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 608.

comme un développement logique des droits de l'enfant qui sont en évolution continue⁵⁶⁹. Certains auteurs sont plus radicaux, en évoquant « *une obligation* » d'engagement politique des enfants après l'attribution à ces derniers des droits de participation⁵⁷⁰. Archard, à son tour, plaide en faveur de l'abaissement de l'âge pour le droit de vote. Il distingue les adolescents et propose de les inclure dans la participation politique, sans pourtant préciser d'âge⁵⁷¹. Lindley⁵⁷² milite également pour un traitement différent des adolescents et considère qu'ils sont opprimés par ceux qui insistent pour traiter tous les enfants comme si leur principal besoin était de se protéger. Il formule un argument convaincant pour étendre aux adolescents une gamme de droits d'adultes à peu près équivalents à ceux proposés par Holt pour tous les enfants⁵⁷³⁵⁷⁴.

Donner aux enfants le droit de vote leur permettrait de défendre leurs droits et ne pas continuer à laisser cette responsabilité exclusivement entre les mains des adultes. Bien sûr, le droit de vote ne résout pas tous les problèmes des droits de l'enfant, mais il permettra aux enfants d'utiliser leur voix, en plus des autres formes de participation et de maximiser leur présence et leur influence. Ainsi, dans la plupart des pays, l'âge de la participation politique active commence entre 18 et 21 ans, ce qui exclut effectivement les enfants plus jeunes de toutes les formes de participation politique formelle. S'il est évident que les jeunes enfants peuvent difficilement exercer pleinement leurs droits politiques actifs, les enfants plus âgés et les jeunes sont capables de former leurs propres opinions politiques et s'engagent souvent activement à défendre leurs droits politiques et à poursuivre les changements souhaités. À ce jour, aucun pays dans le monde ne permet de participer à l'élection des enfants moins de 16 ans, et seule une minorité de pays prévoient le suffrage pour les enfants de 16 à 18 ans⁵⁷⁵ aux élections

⁵⁶⁹ HARTUNG C., *Conditional Citizens, Rethinking Children and Young People's Participation, Perspectives on Children and Young People*, vol. 5, Springer, 2017, p. 19. L'auteur assiste à une conférence de Freeman Michael intitulée « De l'article 12 aux voix à 12 ». Une heure durant, Freeman a retracé le développement des droits de l'enfant depuis la CDE, en particulier l'article 12 et le droit de participer à la prise de décision, et plaide pour savoir pourquoi il devrait être étendu au droit de vote des enfants aux élections.

⁵⁷⁰ LOCKYER A., « Education for citizenship: children as citizens and political literacy » in Invernizzi A., Williams J., *Children and citizenship*, Sage Publications, 2008, p. 20 : « *My argument is that despite the UNCRC's definition of children by their lack of the political and civil rights, the attribution to them of participatory rights (especially those embedded in Article 12) both entitles and obliges them to become politically engaged.* ». Traduction : « ...l'attribution à ces derniers des droits de participation, en particulier ceux inclus dans l'article 12, les autorise et les oblige à s'engager politiquement. »

⁵⁷¹ ARCHARD D., *Children, Rights and Childhood*, Routledge, Second edition, 2004, p. 78.

⁵⁷² LINDLEY R., « Teenagers and other children » in Scarre G. (dir.) *Children, Parents and Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

⁵⁷³ HOLT J., *Escape from childhood*, Holt Associates, 1996.

⁵⁷⁴ THOMAS N., *Children, Family and the State, Decision-Making and Child Participation*, Palgrave Macmillan, 2000, p. 45

⁵⁷⁵ Les pays européens qui ont reconnu la majorité électorale à 16 ans sont : l'Autriche, la Bosnie-Herzégovine (seulement si la personne est employée), la Croatie (seulement si la personne est employée), l'Estonie (uniquement pour les élections locales), l'Allemagne (seulement quelques-unes des élections locales et fédérales), la Hongrie (seule une personne qui est mariée), Malte (uniquement aux élections locales), la Serbie (seulement si la personne

nationales ou locales. Il existe, toutefois, une tendance positive d'implication des enfants dans la formation de la politique internationale les concernant.

B. La participation internationale de l'enfant

Au niveau international, la participation des enfants aux travaux du Comité des droits de l'enfant est particulièrement pertinente, notamment dans le cadre de la soumission par les États des rapports sur la mise en œuvre de la CDE et des Protocoles facultatifs s'y rapportant (1), de la formulation des observations générales, des journées de débat général, des visites de pays et d'autres manifestations (2).

1. La participation de l'enfant au mécanisme de suivi et de la mise en œuvre de la CDE

En ce qui concerne le processus de soumission de rapports, les États parties sont tenus d'encourager les enfants à participer à l'élaboration des rapports au Comité et de leur en donner les moyens. Les organisations ou les groupes dirigés par des enfants répondent à la définition des « *organismes compétents* » qui peuvent fournir des avis spécialisés sur l'état de la mise en œuvre de la Convention. Dans son Observation générale n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, le Comité a explicitement reconnu le rôle que les organisations dirigées par des enfants et les représentants des enfants jouent dans le processus de soumission de rapports. Au paragraphe 131 de l'Observation générale, le Comité « *accueille avec satisfaction les rapports écrits et les informations orales complémentaires présentés par les organisations d'enfants et les représentants des enfants dans le cadre du suivi de la mise en œuvre des droits de l'enfant par les États parties, et encourage les États parties et les ONG à aider les enfants à présenter leurs vues au Comité* ». Lors de l'examen des rapports des États parties sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, le Comité a systématiquement souligné l'importance du droit des enfants d'exprimer leurs opinions sur toutes les questions les concernant selon l'âge et la maturité⁵⁷⁶.

est employée), la Slovaquie (seulement si la personne est employée), la Suisse (uniquement aux élections locales et régionales dans le canton de Glaris), le Royaume-Uni (en Écosse uniquement aux élections locales et législatives, et seulement aux élections locales dans les municipalités de l'île de Man, Guernesey et Jersey). L'âge de vote de 17 ans : la Grèce (seulement si la personne atteint l'âge de 18 ans dans l'année électorale), la Norvège (seulement si la personne atteint l'âge de 18 ans dans l'année électorale).

⁵⁷⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Journée de discussion générale du Comité des droits de l'enfant sur l'article 12, 2006.

Les enfants ont assisté à de nombreuses réunions organisées sous les auspices de l'ONU⁵⁷⁷ ou ses agences spécialisées⁵⁷⁸. Les dernières démarches adoptées par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU témoignent d'une volonté de faire participer les enfants et avoir leurs avis par rapport à tous les enjeux qui les concernent. La Journée de Débat Général 2016 sur les Droits de l'Enfant et l'Environnement a été une opportunité importante pour collaborer avec des enfants qui agissent pour défendre l'environnement. Étant donné les défis particuliers, y compris les attaques violentes auxquelles les enfants défenseurs de l'environnement font face, le Comité a spécifiquement recommandé que « *les États fournissent un environnement sécurisé et favorable pour les activistes défendant les droits environnementaux, en attribuant une obligation de protection accrue aux activistes en dessous de l'âge de 18 ans* »⁵⁷⁹. L'activité de l'adolescente Greta Thunberg⁵⁸⁰ en tant que défenseur du droit à un environnement sain est notamment la matérialisation la plus claire et fidèle de la notion d'autonomie participative sur le plan international.

2. La participation de l'enfant en tant que défenseur de ses droits internationaux

Plus récemment, la Journée de Débat Général a eu comme thématique « *Protéger et soutenir les enfants en tant que défenseurs des droits humains* »⁵⁸¹. L'objectif central de la conférence était de faire entendre l'enfant sur diverses questions concernant son statut de défenseur de droits humains, c'est-à-dire « *un enfant qui prend des mesures pour promouvoir ses droits humains, les droits de ses pairs ou les droits des autres (y compris des adultes)* »⁵⁸². Cette initiative s'inscrit dans le droit de l'enfant de participer aux campagnes de sensibilisation concernant

⁵⁷⁷ Exemples : la Conférence de 1993 sur les droits de l'homme à Vienne, au Sommet mondial sur le développement social à Copenhague en 1995, au Premier Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle commerciale à Stockholm en 1996 et au Deuxième Congrès à Yokohama en 2001, aux cinq réunions mondiales des Nations Unies - le Sommet mondial pour les enfants de New York (Sommet mondial), la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement deux ans plus tard à Rio de Janeiro (Sommet de la Terre) (Session extraordinaire) en 2002, la Consultation régionale pour l'Asie de l'Est et le Pacifique dans le cadre de l'étude mondiale du Secrétaire général des Nations Unies sur la violence contre les enfants (Consultation régionale) à Bangkok en 2005 et la Journée de discussion générale du Comité des droits de l'enfant sur l'article 12 de la CDE, tenue à Genève en 2006. V. INVERNIZZI A., WILLIAMS J., *op.cit.*, p. 67.

⁵⁷⁸ Les manifestations du G8 organisées par l'UNICEF aux côtés des réunions du G8 en Écosse en 2005 et en Russie en 2006. Les enfants travailleurs ont également représenté leurs propres intérêts à la Conférence internationale du Travail en 1998, sous les auspices de la Marche mondiale contre le travail des enfants organisée par les adultes.

⁵⁷⁹ Rapport de la Journée de Débat Général 2016.

⁵⁸⁰ La plus connue militante mineure des dernières années, qui a déclenché un mouvement international de grèves pour le climat, dont le nom est également mentionné dans le Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté. V. Conseil des droits de l'homme, *Changements climatiques et pauvreté*, A/HRC/41/39, 17 juillet 2019, § 60.

⁵⁸¹ Le débat a eu lieu le vendredi 28 septembre 2018, durant la 79^{ème} session du Comité au Palais des Nations, à Genève. Voir la page web du Comité : <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Discussion2018.aspx>

⁵⁸² *Ibid.*

leurs droits. Le Comité recommande « *que toutes les mesures prises pour dispenser une formation relative aux droits de l'enfant soient concrètes, systématiques et intégrées aux programmes ordinaires de formation professionnelle, afin que cette formation ait un maximum d'effet et de durabilité. La formation dans le domaine des droits de l'homme devrait être inspirée des principes de la participation et les professionnels devraient pouvoir acquérir les compétences et les comportements leur permettant d'interagir avec les enfants et les jeunes sans porter atteinte à leurs droits, à leur dignité et à leur respect d'eux-mêmes.* »⁵⁸³

À cette occasion, les enfants de tous les pays du monde se sont exprimés sur le rôle que les enfants jouent en tant que défenseurs des droits humains dans la société ; ce qui permet aux enfants d'agir comme des défenseurs des droits humains ; comment les enfants veulent-ils être soutenus et quel soutien veulent-ils recevoir des adultes, y compris des parents et des autorités ; à quelles barrières les enfants défenseurs des droits humains font face à tous les niveaux (local, national, régional, international) ; quels sont les risques auxquels les enfants défenseurs des droits humains font face ; et quels dispositifs de sécurité sont nécessaires pour assurer la protection des enfants défenseurs des droits humains. Tout en prenant en considération les aveux des enfants, la conférence avait comme objectif d'évaluer la législation, la jurisprudence, les politiques et les mesures pertinentes, de clarifier les obligations des États et d'identifier les éléments clés pour une mise en œuvre efficace d'une approche fondée sur les droits de l'enfant⁵⁸⁴.

Cette conférence, ainsi, relève la reconnaissance de l'autonomie de l'enfant à deux niveaux : substantielle et procédurale. Le fait de reconnaître la qualité d'enfant défenseur des droits humains, c'est reconnaître la capacité substantielle active de l'enfant de faire changer socialement des choses. À l'instar de Malala Yousafzai, jeune Pakistanaise qui a reçu le prix Nobel de la paix pour son activisme au nom du droit à l'éducation ou bien Greta Thunberg, l'adolescente suédoise de 16 ans, nominalisée pour le prix Nobel de la paix 2019 pour son activisme dans la lutte contre le changement climatique, beaucoup d'autres enfants sont capables de participer, d'agir et de prendre des décisions. Deuxièmement, la forme interactive adoptée par cette conférence parle d'une mise en œuvre classique de l'autonomie participative de l'enfant sur le plan international, basée sur l'article 12 de la CDE. De même, ce statut met en valeur l'autonomie procédurale de l'enfant qui devrait avoir accès aux voies de recours

⁵⁸³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°5, *préc.*, § 69.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

effectifs si ses droits en tant que défenseurs des droits humains sont violés, que ce soit au niveau national, régional ou international. Si nous revenons à l'exemple de Greta Thunberg, dans sa qualité de défenseur de droits, elle fait recours à cette forme de participation ultime en déposant une requête auprès du Comité des droits de l'enfant pour « *manque d'action des gouvernements face à la crise climatique* »⁵⁸⁵. Si elle n'est pas la pionnière d'une telle action en vertu du troisième Protocole facultatif à la CDE, Greta est la première militante internationalement connue qui rend symbolique et « historique »⁵⁸⁶ la participation procédurale de l'enfant sur le plan international en réunissant à côté d'elle d'autres quinze défenseurs des droits (participation procédurale de groupe) de différents pays du monde et adressant une plainte contre cinq États parties de la CDE⁵⁸⁷.

Conclusion du Chapitre I

L'analyse détaillée du droit à la participation dans ce chapitre relève des arguments en faveur de son identification avec l'autonomie de l'enfant, *stricto sensu* – en tant que droit de l'enfant d'exprimer son opinion et *lato sensu* – en tant que droit de l'enfant d'être socialement actif. L'adoption d'une approche fondée sur le droit substantiel à la participation dans le raisonnement adopté par les juges et les praticiens « *exige qu'ils soient fondés sur le principe que les enfants ont de tels droits et conceptualisent la question en termes de ces droits* »⁵⁸⁸. Or écouter l'enfant n'est pas suffisant, il doit être également entendu. Dans la pratique, nous avons relevé une difficulté générale d'application de l'article 12 évoquée dans les rapports des États parties à la CDE. Les obstacles à une meilleure mise en oeuvre de ce droit appartenant uniquement à l'enfant résident notamment dans l'appréhension difficile par l'adulte d'un enfant capable et l'absence d'un mécanisme d'application du droit bien établi. Si la recherche d'un tel outil est toujours en cours, la reconnaissance de l'autonomie participative procédurale de l'enfant est censée contribuer à l'amélioration de sa portée substantielle.

⁵⁸⁵ Vu sur: <https://www.unicef.fr/article/16-enfants-dont-greta-thunberg-deposent-une-plainte-historique-aupres-du-comite-des-droits> (11.10.2019)

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ La France, l'Allemagne, le Brésil, l'Argentine, la Turquie. Ces États ont également ratifié le troisième Protocole facultatif à la CDE.

⁵⁸⁸ TOBIN J., « Courts and the construction of childhood: A new way of thinking », in Freeman M. D. A., *Law and childhood studies*, Current Legal Issues (Book 14), Oxford University Press, 2012, p. 67.

Chapitre II. Vers une autonomie participative procédurale

« Pour que les droits aient un sens, il faut pouvoir disposer de moyens de recours utiles pour obtenir réparation en cas de violation. »⁵⁸⁹

Il est donc important de réitérer ce que l'Observation générale n° 5 du Comité des droits de l'enfant mentionne au paragraphe 24 en ce qui concerne le sens de l'expression « avoir des droits » : « (...) *Le statut spécial des enfants et leur dépendance font qu'ils ont beaucoup de mal à se prévaloir des recours disponibles en cas de violation de leurs droits. En conséquence, les États doivent veiller tout particulièrement à ce que les enfants et leurs représentants disposent de mécanismes efficaces adaptés aux besoins de l'enfant. Il convient notamment de veiller à ce que les enfants obtiennent des informations et des conseils adaptés à leur situation, à ce que leur cause soit défendue ou à ce qu'ils soient aidés à la défendre eux-mêmes et à ce qu'ils aient accès à des mécanismes indépendants d'examen de plaintes et aux tribunaux en bénéficiant de toute l'assistance dont ils ont besoin, notamment sur le plan juridique. Lorsqu'il est établi que des droits ont été violés une réparation appropriée doit être assurée, notamment sous forme d'indemnisation, et si nécessaire des mesures doivent être prises pour faciliter la réadaptation physique et psychologique de la victime et sa réinsertion* »⁵⁹⁰. Dans son Observation générale n°12, le Comité ajoute qu'il faut offrir à l'enfant : « *des procédures de plainte et de recours lorsque leur droit d'être entendu et de voir leurs opinions dûment prises en considération n'est pas pris en compte et est bafoué* »⁵⁹¹. Cette obligation de l'État est reprise dans la Recommandation du Conseil de l'Europe sur la participation des enfants et des jeunes de moins de 18 ans⁵⁹².

Donc, ce chapitre examinera le développement de la participation procédurale de l'enfant dans le contexte du droit international et européen. Cette démarche argumente l'idée de la prise en compte de l'autonomie de l'enfant par la reconnaissance de sa capacité procédurale

⁵⁸⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°5, *préc.*, § 24.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 46.

⁵⁹² Recommandation CM/Rec(2012)2 du Comité des Ministres aux États membres sur la participation des enfants et des jeunes de moins de 18 ans, adoptée par le Comité des Ministres le 28 mars 2012, lors de la 1138^e réunion des Délégués des Ministres : « *Afin de protéger le droit d'un enfant ou d'un jeune de participer, les États membres devraient donner aux enfants et aux jeunes des possibilités de réparation et des voies de recours effectives grâce à des mécanismes de plaintes et à des procédures administratives et judiciaires adaptés aux enfants, et à une assistance et un soutien dans leur usage, en veillant à ce que ces mécanismes soient accessibles aux enfants et aux jeunes* ».

internationale⁵⁹³. On verra notamment comment la prise en compte des droits de l'enfant prévus par la Convention de New York est en train de bouleverser les solutions traditionnelles dictées par la minorité de l'enfant dans le domaine de l'accès à la justice.

Ce chapitre présente une conceptualisation différente de « *la voix* » des enfants, bien que toujours dans le cadre de la participation de l'enfant, mais dans un contexte différent de celui précédemment décrit. Même si le droit d'être entendu au paragraphe 2 de l'article 12 de la CDE n'aura aucun sens sans le paragraphe 1 qui exige que l'on accorde le poids voulu à l'opinion de l'enfant, la participation procédurale de l'enfant comporte des nuances différentes. En effet, la CDE tout en étant imprécise sur les formes de la participation de l'enfant, distingue pourtant le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires et administratives. Dans la doctrine aussi, le sujet de la participation de l'enfant en justice est souvent traité séparément. Cela est dû, en grande partie, à une logique confirmée par l'histoire législative de la CDE qui nous parle d'une intention initiale de découplage des deux alinéas de la version finale de l'article 12⁵⁹⁴. Les travaux du Comité des droits de l'enfant témoignent d'une attention distincte portée à la mise en œuvre de l'article 12.2.

Donc, bien que l'article 12.2 de la CDE se base sur les éléments de principe énoncés par l'article 12.1 de la CDE, son objet est plus complexe. Ainsi, à part le droit d'exprimer son opinion comme prévu dans l'article 12.1, l'enfant jouit de plusieurs autres droits procéduraux qui garantissent son droit de participation au sens de l'article 12 de la Convention⁵⁹⁵. Selon Mona Paré, la participation devant les tribunaux « *suppose entre autres la connaissance de ses droits et des recours possibles, l'accès à des recours tant sur le plan administratif que judiciaire, la capacité d'ester en justice, le choix dans les manières d'être entendu lors de procédures judiciaires et administratives, les accommodements reliés à l'âge, ainsi que la possibilité d'être représenté par avocat de manière indépendante* »⁵⁹⁶. Aussi, le statut procédural de l'enfant a été renforcé par le Conseil de l'Europe *via* la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, afin de remédier à une « *certaine faiblesse perçue de la CDE* »⁵⁹⁷ au sujet des mesures procédurales appropriées. Dans ce sens, l'article 1.2 de la Convention européenne dispose : « *L'objet de la présente Convention vise à promouvoir, dans l'intérêt supérieur des*

⁵⁹³ CANÇADO TRINDADE A. A., *The access of individuals to international justice*, Oxford University Press, 2011, p. 32.

⁵⁹⁴ V. Legislative History, *préc.*, vol. I.

⁵⁹⁵ PARE M., *préc.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ FORTIN J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2009, p. 236.

enfants, leurs droits, à leur accorder des droits procéduraux et à en faciliter l'exercice en veillant à ce qu'ils puissent, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant une autorité judiciaire. »

La participation de l'enfant devant un tribunal est un aspect fondamental de son droit d'accès à la justice⁵⁹⁸. Celui-ci n'est pas expressément prévu par la CDE⁵⁹⁹, mais relevé par le Comité : « *les États doivent veiller tout particulièrement à ce que les enfants et leurs représentants disposent de mécanismes efficaces adaptés aux besoins de l'enfant. Il convient notamment de veiller à ce que les enfants obtiennent des informations et des conseils adaptés à leur situation, à ce que leur cause soit défendue ou à ce qu'ils soient aidés à la défendre eux-mêmes et à ce qu'ils aient accès à des mécanismes indépendants d'examen de plaintes et aux tribunaux en bénéficiant de toute l'assistance dont ils ont besoin, notamment sur le plan juridique.* »⁶⁰⁰

Ainsi, les formes de la participation procédurale, qu'elles soient « minimalistes »⁶⁰¹, comme l'audition de l'enfant (**Section 1**), ou bien « les plus complètes »⁶⁰², comme la possibilité pour l'enfant d'actionner personnellement (**Section 2**), sont en évolution continue sous le prisme de l'article 12.2 et contribuent au renforcement du statut autonome de l'enfant.

Section I. L'audition, la participation procédurale minimale de l'enfant

Le droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant a considérablement évolué depuis la rédaction de la CDE. Cela est principalement dû à l'importance accordée à la « voix » de l'enfant de déterminer son intérêt supérieur (§1), mais aussi grâce à l'évolution de la notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la CourEDH (§2).

⁵⁹⁸ PARE M., *préc.* ; V. aussi Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Accès des enfants à la justice*, A/HRC/25/35, 16 décembre 2013, § 3.

⁵⁹⁹ Droit prévu à l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme : « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ».

⁶⁰⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n° 5 sur Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, § 6), CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003, § 24.

⁶⁰¹ GOUTTENOIRE A., « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. fam.* 2006, étude n°29, p. 60.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 62.

§1. Le renforcement du droit d'être entendu en tant que moyen de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant

Dans le cadre des procédures concernant l'enfant où il a le droit de participer, le Comité des droits de l'enfant distingue celles engagées par des tiers, « *comme la séparation des parents ou l'adoption* »⁶⁰³, mais aussi « *toutes les procédures judiciaires pertinentes concernant l'enfant, sans restriction, y compris, par exemple, celles qui concernent la séparation des parents, la garde, la prise en charge et l'adoption, les enfants en conflit avec la loi, les enfants victimes de violence physique ou psychologique, de sévices sexuels ou d'autres crimes, les soins de santé, la sécurité sociale, les enfants non accompagnés, les enfants demandeurs d'asile ou réfugiés et les enfants victimes de conflits armés et d'autres situations d'urgence. Les procédures administratives sont, par exemple, les décisions concernant l'éducation des enfants, leur santé, leur environnement, leurs conditions de vie ou leur protection.* »⁶⁰⁴ L'audition de l'enfant est généralement en lien avec l'âge de l'enfant et sa capacité de discernement⁶⁰⁵, mais sans doute encore plus avec l'idée que l'on se fait de son intérêt supérieur **(B)**. Cette constatation mène à la question du lien intrinsèque entre le droit de l'enfant à l'opinion et le concept procédural d'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁰⁶**(A)**.

A. La redéfinition du principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant »

Même s'il est connu depuis longtemps⁶⁰⁷, dans le cadre de la CDE, le principe obtient des nuances particulières, sous l'emprise des autres principes généraux de la convention. En plus d'être un droit autonome, il renforce également d'autres droits, notamment l'article 12. Il faut dire que le lien fort entre les deux a été déterminé lors des travaux préparatoires. Le deuxième paragraphe de l'article 12 a été initialement fixé à l'article 3 au motif que l'audition d'un enfant est une partie essentielle du processus de détermination de son intérêt supérieur **(2)**. La perspective développée par la Convention à travers la participation des enfants réorganise la

⁶⁰³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 33.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, § 32.

⁶⁰⁵ Art. 5 CDE.

⁶⁰⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*, § 85.

⁶⁰⁷ La notion d'intérêt de l'enfant, apparente en Belgique, par exemple, depuis 1965, pouvait alors être comprise comme une vision positive des adultes pour les enfants où ils définissaient unilatéralement ce qu'ils pensaient être « dans l'intérêt de l'enfant ». Le Conseil constitutionnel français, en revanche, utilise pour la première fois l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » dans la décision de QPC du 21 mars 2019 relative aux garanties applicables à un examen radiologique osseux pour déterminer l'âge des mineurs migrants. Voir Cons. const. 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC.

façon de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant dans une vision où le respect de l'enfant nécessite son opinion, ainsi qu'une discussion avec lui. Si cette perspective amène l'implication des mineurs dans toutes les procédures qui les concernent, à un niveau familial, scolaire ou même juridique, elle ne définit cependant pas qui peut déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant (1).

1. L'unicité du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant est un des principes généraux de la CDE. Bien qu'il soit plus ancien⁶⁰⁸ que le principe de participation de l'enfant, il n'en est cependant pas moins contradictoire et flou⁶⁰⁹. Très vite après l'adoption de la CDE, dans un dictionnaire dédié aux droits de l'enfant⁶¹⁰, l'auteur rencontre des difficultés à définir le principe. Il soutient : « *le concept de ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant change avec le temps* », « *bien que les théories changent en ce qui concerne ce qui est le mieux pour les enfants (...)* »⁶¹¹. Il existait, toutefois, à cette époque, une certitude qui est aujourd'hui renversée par rapport à l'application de ce principe uniquement dans les affaires de garde d'enfant lors d'un conflit entre les parents : « *l'intérêt supérieur de l'enfant - une doctrine juridique selon laquelle les tribunaux qui décident des affaires de garde d'enfants sont tenus d'accorder une considération primordiale au bien-être de l'enfant plutôt qu'aux droits des parents* »⁶¹². Car, selon l'art. 3.1 de la CDE, « *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* ». Ainsi, le principe d'« intérêt supérieur de l'enfant » vise à assurer la jouissance effective de tous les droits reconnus dans la convention et non seulement de ceux qui le mentionnent expressément dans son texte⁶¹³.

⁶⁰⁸ La Déclaration des droits de l'enfant, adopté le 20 novembre 1959 par l'Assemblée générale des Nations Unies, affirmait déjà que « *l'intérêt supérieur de l'enfant [devait] être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation* ».

⁶⁰⁹ NEIRINCK C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privée, 1984, p. 13.

⁶¹⁰ KROHN ARNEST L., *Children, Young Adults, and the Law: A Dictionary Contemporary Legal Issues*, ABC-CLIO, 1998, p. 52.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 52.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ L'intérêt supérieur de l'enfant est mentionné expressément dans la CDE : l'art. 18 (droit des parents à élever leur enfant), l'art. 20 (enfants dépourvus de leur famille), l'art.21 (adoption), ainsi qu'aux art. 37 et 40 (exécution des peines, procédure pénale).

Le plus grand défi c'est la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur. La question qui surgit concerne la modalité d'évaluation et de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Comité a essayé de clarifier ce problème en distinguant les deux stades de la marche à suivre pour prendre une décision, à savoir l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant : « *L'évaluation de l'intérêt supérieur consiste à examiner et mettre en balance l'ensemble des éléments à prendre en considération pour arrêter une décision concernant un enfant ou un groupe d'enfants dans une situation particulière. Elle est effectuée par l'autorité décisionnaire et ses collaborateurs – si possible une équipe pluridisciplinaire – et elle requiert la participation de l'enfant. L'expression " détermination de l'intérêt supérieur " désigne le processus formel, assorti de sauvegardes procédurales rigoureuses, ayant pour objet de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant sur la base de l'évaluation de l'intérêt supérieur à laquelle il a été procédé* »⁶¹⁴. Ainsi, le Comité met la charge principale sur le processus d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et même s'il requiert la participation de l'enfant, il ne fait aucun doute que l'opinion de l'enfant n'est pas censée déterminer dans tous les cas le résultat final du processus décisionnel. La question est maintenant de savoir quelles personnes doivent déterminer quel est l'intérêt supérieur d'une personne en particulier. Selon Campoy, les réponses ici peuvent être réduites à deux : soit c'est la personne dont l'intérêt est décidé, soit ce sont des tiers, y compris le juge. Si la première réponse est valable, on peut conclure que l'intérêt supérieur de l'enfant coïncide avec sa volonté, parce que la détermination de la première dépend exclusivement de ce qui est décidé selon la seconde. Si la réponse valide a été le deuxième nous déterminions pourquoi - et plus si nécessaire justifiée, comme indiqué précédemment, il faut partir du principe de la liberté, qui considère qu'en principe, chaque personne doit être en mesure d'agir librement, sans endommager illégitimement les autres, dans la poursuite du libre développement de leur personnalité⁶¹⁵.

Cependant, la relation entre l'intérêt et les droits de l'enfant reste mal définie ce que rajoute au pouvoir discrétionnaire du juge. Dans ce sens, apparaît légitime la question de savoir si le fait que l'opinion de l'enfant soit en accord avec ce que le juge pense être dans son intérêt supérieur est signe de maturité de l'enfant, et si cela se refléterait dans le poids à donner à son opinion. Afin de répondre à cette question, il faudrait considérer juridiquement le deuxième volet de l'article 12 par la mise en œuvre de mécanismes de suivi de la prise en considération de

⁶¹⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, § 47.

⁶¹⁵ CAMPOY CERVERA I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Editorial Dykinson, S. L. ; Edición, 2006, p. 988.

l'opinion de l'enfant. Pourtant, la simple obligation d'entendre l'enfant, comme prévu dans l'article 12 § 1.1, ne garantit pas en effet que le juge doive répondre, grâce à l'intervention des enfants, par une décision motivée. Chaque fois que la participation des enfants est en jeu, les tiers responsables devraient, toutefois, démontrer qu'ils ont pris en compte le degré de maturité de l'enfant et avoir dûment tenu compte des opinions de l'enfant en fonction de ce degré de maturité. Lorsque des enfants d'âges différents sont impliqués, il faut s'attendre à une différenciation du degré ou des moyens de participation et du poids accordé aux opinions de l'enfant. Dans le cas contraire, cela devra être justifié⁶¹⁶.

Un exemple d'une telle pratique est illustré par Mona Paré qui fait référence à une affaire québécoise où le juge, après une rencontre informelle avec l'enfant, lui avait envoyé une lettre annexée au jugement, dans laquelle il lui expliquait la décision de justice dans un langage adapté et le remerciait de l'avoir rencontré⁶¹⁷. En Europe, ces pratiques s'implantent également, sans avoir pourtant une force obligatoire. Par exemple, dans certaines questions de droit de la famille, les enfants peuvent contacter le juge pour leur propre compte de manière informelle et sans représentation légale par lettre, e-mail ou téléphone pour se renseigner sur une décision spécifique. Cependant, comme on vient de le mentionner, les juges ont un pouvoir discrétionnaire quant à la façon dont ils traitent ces demandes⁶¹⁸.

2. L'interdépendance des principes prévus à l'article 3 et 12 de la CDE

Comme on vient de le mentionner, le lien fort entre les deux principes a été déterminé lors des travaux préparatoires à la CDE. Le deuxième paragraphe de l'article 12 a été initialement fixé à l'article 3 au motif que l'audition d'un enfant est une partie essentielle du processus de détermination de son intérêt supérieur⁶¹⁹. Un représentant des délégations s'est interrogé, à juste titre, sur les moyens d'identifier l'intérêt supérieur des enfants qui ne sont pas encore en mesure de se forger une opinion⁶²⁰. L'article 3, qui garantit « l'intérêt supérieur de l'enfant », est généralement considéré comme prioritaire par rapport à l'article 12⁶²¹. En effet, beaucoup de

⁶¹⁶ BREMS E., « Inclusive universality and the child-caretaker dynamic » in Hanson K., Nieuwenhuys O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice*, Translations, Cambridge University Press, 2013., p. 213.

⁶¹⁷ PARÉ M., *préc.*

⁶¹⁸ LIEFAARD T., DOEK J. E. (dir.), *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer, 2015, p. 92.

⁶¹⁹ Legislative History, *préc.*, vol. I.

⁶²⁰ HARTUNG C., *Conditional Citizens, Rethinking Children and Young People's Participation, Perspectives on Children and Young People*, Vol. 5, Springer, 2017, p. 94.

⁶²¹ LIETEN G. K., *Children, Structure, and Agency, Realities across the Developing World*, Routledge, 2008 ; Voir également NEIRINCK C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, LGDJ, coll.

débats ont été portés sur la nature conflictuelle ou concurrentielle des deux principes⁶²², le droit d'être entendu et l'intérêt supérieur de l'enfant. En réalité, l'opposition entre les deux principes doit être assimilée à la tension fondamentale de la CDE entre le concept de protection et de participation relevée dans le chapitre antérieur⁶²³. En effet, traditionnellement la protection de l'enfance est exprimée par le principe de l'intérêt supérieur et la participation de l'enfant est clairement exprimée à l'article 12, qui exige que les États tiennent compte des opinions des enfants en fonction de leur âge et de leur maturité. Par conséquent, la tension entre le bien-être de l'enfant et l'autonomie de l'enfant se joue dans de nombreux aspects de sa vie⁶²⁴.

Jean Zermatten, en revanche, a été très convaincant sur la complémentarité des deux⁶²⁵, en les voyant plutôt comme un « duo ou tandem ». Cette position a été confirmée d'abord dans l'Observation Générale n°12 et ensuite dans l'Observation Générale n°14 : « *Les deux articles ont des rôles complémentaires : le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour entendre l'opinion de l'enfant ou des enfants et la prendre en considération dans toutes les affaires qui les concernent, y compris pour l'évaluation de leur intérêt supérieur. Le paragraphe 1 de l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les prescriptions de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie.* »⁶²⁶ Cette jurisprudence, cependant, ne fait que réaffirmer la volonté première du législateur lors de l'adoption de la CDE qui a initialement fixé le deuxième paragraphe de l'article 12 à l'article 3, au motif que l'audition d'un enfant est une partie essentielle du processus de détermination de son intérêt supérieur⁶²⁷.

Donc, selon la logique du Comité, afin que l'intérêt supérieur de l'enfant soit « objectif », l'enfant devrait exprimer sa volonté. Sinon, l'intérêt supérieur de l'enfant sera un concept

Bibliothèque de droit privé, 1984, p. 12: « *L'intérêt de l'enfant représente la "notion clef", la référence constante de la législation contemporaine.* »

⁶²² LÜCKER-BABEL M-F., « The right of the child to express views and be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child », *International Journal of Children's Rights* 3, 1995, p. 394.

⁶²³ Voir Titre I, chapitre I de la présente thèse.

⁶²⁴ CULLEN H., *The Role of International Law in the Elimination of Child Labor, The Procedural Aspects of International Law*, Monograph Series vol. 28, Martinus Nijhoff Publishers, 2007., p.4.

⁶²⁵ ZERMATTEN J., « The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function », *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, p. 483–499. Il propose : « *Plutôt que de voir un antagonisme entre ces deux articles, il convient de souligner que l'article 12 vient en appui de l'article 3 en l'aidant à remplir ses deux fonctions et que l'article 3, en offrant la possibilité à l'enfant d'influencer l'établissement de son intérêt supérieur, grâce au poids accordé à son opinion, donne à l'article 12 toute sa justification et lui évite de n'être qu'un droit rhétorique.* »

⁶²⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*

⁶²⁷ V. Legislative History, *préc.*

« subjectif »⁶²⁸, indifféremment par qui il sera déterminé. En effet, l'étendue des modalités de la mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu sera déterminée par le degré de l'importance accordée à la recherche de l'intérêt supérieur véritable de l'enfant. Par exemple, dans ses analyses des droits de l'enfant, Eekelaar⁶²⁹ affirme que les décisions judiciaires qui prétendent défendre l'« intérêt supérieur » d'un enfant sans reconnaître son droit à exprimer ses opinions ne protègent pas ses droits, mais représentent une forme de « paternalisme coercitif » qui mine l'autodéterminisme dynamique de l'enfant⁶³⁰.

De cette façon, dans la participation procédurale, l'audition de l'enfant est un mécanisme complémentaire, mais « composant »⁶³¹, de détermination de l'intérêt supérieur. On peut dire que les deux éléments qui constituent l'évaluation de l'intérêt de l'enfant sont l'audition et l'analyse *in concreto* des solutions envisagées qui le concernent⁶³². Selon la CourEDH, l'appréciation au cas par cas de l'intérêt supérieur de l'enfant « *dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle* »⁶³³.

Il y a donc un parallèle évident entre l'audition de l'enfant et son intérêt qui limite le pouvoir discrétionnaire du juge. Ainsi, selon cette logique, chaque fois qu'un tribunal est saisi d'une affaire mettant en jeu l'intérêt supérieur de l'enfant, ce dernier a le droit d'être entendu et son opinion pris en compte selon son âge ou sa capacité. Alors que la doctrine a été assez critique à l'égard de la notion indéterminée et subjective de l'intérêt supérieur de l'enfant, les tribunaux ont cherché à renforcer le lien entre intérêt et droits. Ils ont suggéré que l'intérêt de l'enfant ne

⁶²⁸ Voir CAMPOY CERVERA I., *préc.*, p. 985 sur la théorie de l'intérêt supérieur objectif et subjectif : « *Para concretar que es lo que podemos entender que constituye el « mejorinteres » de una persona, podemos partir de dos posibles respuestas : o bien considerar que eseinteres es « objetivo », porque existe independientemente de la voluntad de las personas, o bien considerar que eseinteres es « subjetivo », porque es determinadopor la personas. »*

⁶²⁹ EEKELAAR J., « The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination », 8 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, p. 42.

⁶³⁰ HARTUNG C., *Conditional Citizens, Rethinking Children and Young People's Participation, Perspectives on Children and Young People*, Vol. 5, Springer, 2017, p. 20.

⁶³¹ Pour reprendre le terme utilisé par le juge dans l'affaire : « *Le souhait de l'enfant est donc une composante de l'intérêt de l'enfant, et plus l'enfant gagne en âge et en maturité, plus cette composante devient un élément déterminant De l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

⁶³² HODGKIN R., NEWELL P. (dir.), *Manuel pour l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 1998, p. 37.

⁶³³ CourEDH, *M.K. c. Grèce*, 1^{er} février 2018, § 75 ; CourEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], 6 juillet 2010 qui fait référence aux Lignes directrices du Haut-Commissariat aux réfugiés (HCR) relatives à la détermination de l'« intérêt supérieur de l'enfant », § 52.

peut pas aller à l'encontre de ses droits⁶³⁴, mais ils ont indiqué aussi de manière contradictoire que l'exercice des droits peut être limité par l'intérêt de l'enfant⁶³⁵.

Dans ce sens, le Comité indique que « *les États parties devraient prendre toutes les mesures appropriées pour promouvoir et faciliter pleinement la participation des enfants, notamment en leur donnant la possibilité d'être entendus dans toute procédure administrative ou judiciaire concernant leur cas ou celui de leur famille, notamment pour toute décision relative à la prise en charge, à l'hébergement ou au statut migratoire. Les enfants devraient être entendus indépendamment de leurs parents et leur situation individuelle devrait être prise en considération dans l'examen du dossier de la famille. Des évaluations spécifiques de l'intérêt supérieur de l'enfant devraient être réalisées dans le cadre de ces procédures, et les raisons particulières qu'a l'enfant d'émigrer devraient être prises en compte. En ce qui concerne la relation importante entre le droit d'être entendu et l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant a déjà indiqué que l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les composantes de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie.* »⁶³⁶ Ces commentaires ne peuvent que confirmer l'évolution de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par la participation de l'enfant.

B. L'évolution de la prise en compte du principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant »

L'influence des principes consacrés par la CDE a été sensible dans la plupart des instruments internationaux et régionaux adoptés ultérieurement (1), mais aussi dans les instruments internationaux existants avant l'adoption de la CDE par la reconsidération de l'importance de l'audition de l'enfant (2).

1. La prise en compte du principe dans les documents postérieurs à la CDE

La volonté de prêter la plus grande attention aux souhaits et à l'avis de l'enfant, compte tenu bien entendu de son âge et de sa maturité, est le fruit d'une évolution beaucoup plus récente. Un tel souci est évidemment très présent dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Finalement, intégré à l'article 12, son but était avant tout de remédier au fait que les enfants

⁶³⁴ Voir CourEDH, *M.K. c. Grèce*, préc., § 88.

⁶³⁵ PARE M., préc.

⁶³⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°22, préc., § 37.

puissent exercer leurs droits substantiels avec des mesures procédurales appropriées. Dans le même sens, l'article 7 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées⁶³⁷ dispose que les enfants handicapés doivent avoir la possibilité d'exprimer librement leurs opinions sur toute question les intéressant. À ce droit important s'ajoutent les droits accessoires garantis par l'article 6 et l'article 8 de la CEDH. Mais il est remarquable que la Convention sur l'adoption du 29 mai 1993⁶³⁸ prenne aussi en compte dans son article 4 les souhaits et l'avis, sinon le consentement, de l'enfant⁶³⁹. Elles sont renforcées par les Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants⁶⁴⁰, qui donnent aux gouvernements européens des orientations pour améliorer l'accès et le traitement des enfants dans tous les domaines : civil, administratif ou pénal. Le Conseil de l'Europe met un accent sur l'importance de la participation de l'enfant dans la détermination de son intérêt supérieur. Selon les lignes directrices, « *les États membres devraient garantir la mise en œuvre effective du droit des enfants à ce que leur intérêt supérieur prime sur toute autre considération dans toutes les affaires les concernant directement ou indirectement. Lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné directement ou indirectement : a. ses points de vue et avis devraient être dûment pris en considération.* »⁶⁴¹

Cependant, les dispositions de ces textes ont suscité des débats lorsqu'il s'agissait de transposer les principes ainsi posés dans la pratique judiciaire et administrative. Tel est le principal objet de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe qui explique en détail le type de droits que les enfants devraient avoir⁶⁴².

⁶³⁷ Article 7 Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée le 13 décembre 2006 : « *Les États Parties prennent toutes mesures nécessaires pour garantir aux enfants handicapés la pleine jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, sur la base de l'égalité avec les autres enfants. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants handicapés, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Les États Parties garantissent à l'enfant handicapé, sur la base de l'égalité avec les autres enfants, 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, et d'obtenir pour l'exercice de ce droit une aide adaptée à son handicap et à son âge.* »

⁶³⁸ Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

⁶³⁹ Article 4 d) : « *Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine se sont assurées, eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant, 1) que celui-ci a été entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences de l'adoption et de son consentement à l'adoption, si celui-ci est requis, 2) que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération, 3) que le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis, a été donné librement, dans les formes légales requises, et que son consentement a été donné ou constaté par écrit, et 4) que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte.* »

⁶⁴⁰ Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010, lors de la 1098^e réunion des Délégués des Ministres.

⁶⁴¹ *Ibid.*, § 18.

⁶⁴² Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, Strasbourg, 25 janvier 1996.

Elle limite son application aux « *procédures familiales, en particulier celles relatives à l'exercice des responsabilités parentales, s'agissant notamment de la résidence et du droit de visite à l'égard des enfants* »⁶⁴³. Dans ce contexte, la convention garantit aux enfants impliqués dans de telles procédures la promotion de leur intérêt supérieur par la prise en considération de leur opinion⁶⁴⁴. En effet, plus concrètement, elle leur donne le droit de demander certains droits spécifiques : recevoir toutes les informations pertinentes, être consultés et exprimer leurs opinions, être informés des conséquences possibles du respect de ces points de vue et des conséquences possibles de toute décision⁶⁴⁵ et le droit de demander la nomination d'un représentant spécial, si ceux qui ont des responsabilités parentales ne peuvent pas représenter l'enfant en raison d'un conflit d'intérêts⁶⁴⁶.

Dans l'Union européenne, le règlement Bruxelles II bis veille à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu dans les conflits inter-juridictionnels concernant la responsabilité parentale⁶⁴⁷. Selon le préambule du règlement « *l'audition de l'enfant joue un rôle important dans l'application du présent règlement sans que cet instrument ait pour objet de modifier les procédures nationales applicables en la matière* »⁶⁴⁸. Ce même document précise que dans l'intérêt de l'enfant, l'audition de l'enfant peut s'effectuer dans la juridiction d'un autre État membre⁶⁴⁹, mais selon les modalités prévues par le règlement (CE) no 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale⁶⁵⁰. Il est important de noter qu'en vertu de ce règlement, les États membres de l'Union européenne sont désormais tenus de donner la possibilité à l'enfant d'exprimer son point de vue dans chaque situation d'enlèvement. En l'occurrence, vu l'article 10.2 du Règlement Bruxelles bis, « *lors de l'application des articles 12 et 13 de la convention de La Haye de 1980, il y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité* ». Cette législation a permis ainsi une acceptation

⁶⁴³ *Ibid.*, article 1.3.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, préambule : « *Reconnaissant que les enfants devraient recevoir des informations pertinentes afin que leurs droits et leurs intérêts supérieurs puissent être promus, et que l'opinion de ceux-là doit être dûment prise en considération* ».

⁶⁴⁵ *Ibid.*, art. 3.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, art. 4.

⁶⁴⁷ Règlement (CE) n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, OJ L 338, 23.12.2003, p. 1–29.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, préambule, point 19.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, préambule, point 13 et 20.

⁶⁵⁰ Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, OJ L 174, 27.6.2001, p. 1–24.

plus large de la nécessité d'entendre les enfants dans les procédures d'enlèvement en contribuant ainsi à une interprétation extensive des dispositions de la Convention de la Haye.

2. La prise en compte du principe dans les documents antérieurs à la CDE

La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁶⁵¹ a été adoptée avant la CDE. C'est ce que justifie l'absence dans le texte de toute référence à ce dernier instrument. Ce fait chronologique a eu, selon certains auteurs⁶⁵², un impact important sur les droits des enfants dans les processus de retour à la suite de l'enlèvement. En effet, le manque d'orientation internationale sur les droits des enfants à être entendus lors de la rédaction de la Convention de la Haye justifie l'absence d'une référence solide à la nécessité de prendre en compte l'opinion des enfants dans le processus d'enlèvement. Malgré l'absence d'un droit à la participation en tant que principe général, le texte de cette convention fait néanmoins référence à l'opinion de l'enfant en tant que clause d'objection ou droit de veto prévue à l'article 13.2 : « (...) *L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.* »⁶⁵³ Aussi, le Préambule de la Convention de la Haye dispose que « *l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde* ».

En dépit de son application plus restreinte, l'ajout de la clause d'objection de l'enfant contenue dans l'article 13 (2) de la Convention de la Haye est néanmoins un grand pas vers la reconnaissance du droit de l'enfant à être entendu et était probablement en avance sur son temps. Avec ceci, toutefois, la pratique montre que les juges hésitaient à entendre les enfants dans les affaires d'enlèvement international, arguant qu'il s'agissait « *de l'inviter à répondre,*

⁶⁵¹ La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, 25 octobre 1980.

⁶⁵² PONJAVIC Z., VLASKOVIC V., « Space for the Child's Best Interests Inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction », 16 *Rev. Eur. L.*, 2014, p. 48. Voir également DUCHESNE J., *The child's right to be heard in South Africa and the United States of America: analysis of the Hague Abduction Convention*, Thèse de doctorat, University of Leiden, 2015.

⁶⁵³ Article 13 Convention de la Haye 1980 : « *Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit : a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour ; ou b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale.* »

*directement ou indirectement, à une conduite qui commence par considérer comme inappropriées par les autorités internationales »*⁶⁵⁴. Les enfants n'étaient entendus que lorsqu'il y avait une possibilité de non-retour, ou lorsque la clause d'objection de l'enfant était soulevée. La mise en œuvre de ce droit a été postérieurement renforcée par la ratification de la CDE qui a contribué au changement d'opinion en faveur de l'écoute des enfants afin de déterminer leur intérêt supérieur. L'influence de la CDE sur l'interprétation des dispositions de la Convention de la Haye est inévitable, car un État partie de la Convention de la Haye est sûrement partie de la CDE (à l'exception des États-Unis) et au moins *de jure* dans toute affaire d'enlèvement international se conforme aux principes énoncés dans la Convention de New York, notamment les articles 3.1 et 12, aussi bien que l'article 11.1 selon lequel « *les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger* ».

La reconnaissance de la nécessité d'entendre les enfants dans les procédures d'enlèvement augmente et éclate dans la jurisprudence de la Cour EDH. C'est notamment dans le contexte de l'enlèvement international des enfants que la Cour a entamé une réflexion sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et son lien avec le principe de l'audition de l'enfant. Ce raisonnement de la Cour a été construit en deux temps. D'abord, dans l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*⁶⁵⁵, les juges strasbourgeois ont intégré la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » dans leur interprétation de l'exception relative à un « risque grave » visée à l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye⁶⁵⁶. Ils concluent que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est sous-jacente également à la Convention de La Haye et se retrouve à l'article 13, alinéa premier, lettre b) qui prévoit en principe le retour immédiat d'un enfant enlevé sauf en cas de risque grave que ce retour ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou ne le place dans une situation intolérable de toute autre manière⁶⁵⁷. Ensuite, dans l'affaire *M.K. c. Grèce*, la Cour fait la liaison des deux principes susmentionnés. En l'espèce, « *qu'à l'époque des faits susmentionnés, A. avait atteint l'âge de discernement et sa volonté clairement exprimée de rester en Grèce ne pouvait que peser lourdement sur les choix offerts aux autorités. Or, l'intérêt supérieur de l'enfant s'oppose en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à son encontre. La Cour note par ailleurs que l'article 13 de la Convention de La Haye, invoquée d'ailleurs par la requérante, prévoit que l'autorité judiciaire ou administrative*

⁶⁵⁴ Conférence de la Haye de droit international privé, 6 *Judges' Newsletter*, Automne 2003, p. 19.

⁶⁵⁵ Cour EDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, préc.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, § 60.

⁶⁵⁷ Cour EDH, *M.K. c. Grèce*, préc., § 73, Cour EDH, *Neulinger et Shuruk*, préc., § 137.

peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'y oppose et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. »⁶⁵⁸ De la même manière et un peu timidement, la Cour de Strasbourg apporte une contribution révolutionnaire et pour l'instant unique à la définition de l'autonomie personnelle de l'enfant sous le prisme de son droit d'être entendu.

§2. La reconnaissance jurisprudentielle du droit d'être entendu en tant que partie de l'autonomie personnelle de l'enfant

La CourEDH, souvent critiquée pour son approche paternaliste envers les droits de l'enfant, a pourtant accompli un travail unique. C'est la première instance qui a formulé une définition pour l'autonomie de l'enfant *via* le caractère impératif de son audition procédurale **(B)**. Toutefois, ce raisonnement a été évolutif, en passant tout d'abord par le chemin d'un « dépassement » progressif des exigences normatives nationales par rapport à la mise en œuvre de l'article 12 de la CDE **(A)**.

A. La compatibilité « encadrée » avec les règles de procédure de la législation nationale

Afin de mieux réaliser la participation procédurale de l'enfant, notamment l'article 12 de la CDE qui met l'accent sur le droit de l'enfant d'être entendu « *de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* », ainsi que les autres droits processuels connexes, les États ont l'obligation « *dans le respect de leur système judiciaire, soit de garantir directement ce droit, soit d'adopter des lois ou de réviser les lois existantes afin que les enfants puissent exercer pleinement ce droit* »⁶⁵⁹. Ainsi, le Comité des droits de l'enfant insiste souvent sur la transposition de ces articles dans la législation nationale de l'État et critique systématiquement les États parties qui n'ont pas adopté de lois ou de règlements établissant explicitement le droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure judiciaire et administrative le concernant⁶⁶⁰. Surtout, en sachant que les organes judiciaires semblent préférer les normes constitutionnelles, les principes généraux de l'ordre juridique interne comme leurs principales normes de référence⁶⁶¹, cette solution s'impose. En ce sens, la CDE joue un rôle subsidiaire en

⁶⁵⁸ CourEDH, *M.K. c. Grèce*, préc., § 88.

⁶⁵⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, préc., § 15.

⁶⁶⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales sur le rapport initial de Nioué, adoptées par le Comité à sa soixante-deuxième session (14 janvier-1er février 2013), CRC/C/NIU/CO/1, 29 janvier 2013.

⁶⁶¹ LIEFAARD T., DOEK J. E. (dir.), *op. cit.*, p. 121.

l'absence de dispositions nationales ou de la CEDH ; lorsque ces derniers sont disponibles, ils sont souvent plus spécifiques ou ont été interprétés et développés par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Malgré ses rares références aux enfants, la Cour européenne des droits de l'Homme a appliqué diverses approches interprétatives pour développer le potentiel de la CEDH afin de protéger les droits des enfants. L'une de ces approches est la citation des dispositions de la CDE pour éclairer l'interprétation des normes générales des droits de l'Homme par rapport aux enfants⁶⁶². C'est en effet l'approche qui a le plus de potentiel pour faire progresser les droits des enfants. Ainsi, le regard de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'article 12 de la CDE est strictement procédural et met l'accent sur les garanties que les États doivent mettre en place pour soutenir la protection des droits matériels de la CEDH, en l'occurrence dans les domaines du droit de la famille et de la justice pour mineurs (article 8 et article 6 de la CEDH). Dans *Sahin c. l'Allemagne*, la Cour soutient : « *Concernant l'audition de l'enfant par le tribunal, la Cour observe qu'il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments rassemblés par elles, y compris la manière dont les faits pertinents ont été établis* »⁶⁶³.

Pourtant, des tendances en faveur de l'autonomie de l'enfant se développent, notamment en ce qui concerne les modalités d'audition de l'enfant (1) et la prise en compte de la parole de l'enfant (2).

1. La représentation de l'enfant devant une juridiction

La nécessité d'une représentation dans le cadre des procédures judiciaires et administratives est explicitement reconnue à l'article 12, paragraphe 2. Michael Freeman a identifié un certain nombre de lacunes de la disposition, notamment le fait qu'elle n'exige pas une représentation séparée du parent de l'enfant et qu'elle est qualifiée par l'expression « *d'une manière compatible avec les règles de procédure de loi nationale* »⁶⁶⁴ (a). Cependant, le fait que les procédures judiciaires et administratives soient considérées comme un exemple particulier d'un cas où il peut y avoir un besoin de représentation et de défense n'exclut pas la nécessité d'une procédure d'une autre nature. En outre, il est reconnu que dans d'autres cas, les enfants peuvent

⁶⁶² *Ibid.*, p. 194.

⁶⁶³ CourEDH, *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, § 73.

⁶⁶⁴ FREEMAN M. D. A., *préc.*, p. 288.

avoir besoin d'une assistance pratique pour communiquer leurs points de vue, par exemple grâce à une technologie d'assistance ou à l'utilisation d'interprètes⁶⁶⁵ (b).

a) Une représentation qui s'oppose à l'intérêt de l'enfant

Quand on parle de la représentation de l'enfant dans un procès judiciaire ou administratif, il faut sous-entendre 2 types de représentation, l'une obligatoire et l'autre facultative. On reconnaît à l'enfant le droit d'être entendu soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant. La participation réelle reste pourtant celle exercée directement par l'enfant, bien que le principe traditionnel soit celui de la « représentation par un tuteur ». Dans la mesure du possible, les enfants devraient être entendus directement. Ils doivent non seulement avoir la possibilité d'exprimer leurs points de vue et d'être entendus, mais les États doivent également faire en sorte que leur avis soit dûment pris en compte et qu'ils ne subissent ni pressions ni manipulations indues⁶⁶⁶.

À force de reconnaître le droit de représentation de l'enfant, il existe le risque que le juge l'interprète en tant que manque d'obligation de l'écouter directement⁶⁶⁷. Le Comité des droits de l'enfant exprime souvent ses inquiétudes par rapport à la représentation de l'enfant par ses parents, vu que l'enfant doit pouvoir exprimer son opinion librement. Les intérêts des enfants et ceux de leurs représentants légaux peuvent également être contradictoires. Pendant une séparation ou un divorce, par exemple, les parents peuvent chercher à interpréter les droits de leurs enfants pour défendre leurs propres intérêts au détriment de ceux de leurs enfants⁶⁶⁸. C'est la raison pour laquelle le Comité des droits de l'enfant s'exprime en faveur de la participation directe de l'enfant. Il considère que « *le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en relation avec l'article 12 a la mission d'étendre les contextes de participation et vise la participation directe* »⁶⁶⁹. Cette position, confirme en principe, la théorie de la « volonté authentique » de Campoy, selon laquelle le concept d'intérêt supérieur de l'enfant devrait coïncider avec le respect de la volonté authentique de l'enfant⁶⁷⁰. Il existe, pourtant, des situations où la représentation de l'enfant s'avère être positive.

⁶⁶⁵ LUNDY L., *préc.*

⁶⁶⁶ Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Accès des enfants à la justice*, A/HRC/25/35, 16 décembre 2013, § 46 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 34.

⁶⁶⁷ PARE M., *préc.*

⁶⁶⁸ Conseil des droits de l'homme, AHRC/25/35, *préc.*, § 38.

⁶⁶⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*

⁶⁷⁰ CAMPOY CERVERA I., *op. cit.*, p. 985.

b) Une représentation nécessaire dans l'intérêt de l'enfant

L'un des principaux facteurs à prendre en compte pour permettre à un enfant d'exprimer son point de vue dans une procédure judiciaire ou administrative est de trouver un équilibre entre cette possibilité et le risque de détresse pour l'enfant⁶⁷¹. Dans ce sens, la représentation peut s'avérer nécessaire. Souvent, le manque d'une représentation juridique de l'enfant peut être interprété comme négation des droits procéduraux de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant insiste sur le besoin de la représentation juridique de l'enfant, surtout quand il existe un conflit entre les parties au procès. Il souligne que « *l'enfant a besoin d'une représentation juridique adéquate quand son intérêt supérieur doit être officiellement évalué et déterminé par un tribunal ou un organe équivalent. En particulier, l'enfant qui fait l'objet d'une procédure administrative ou judiciaire donnant lieu à une évaluation de son intérêt supérieur doit, outre un tuteur ou un représentant chargé d'exposer ses vues, se voir attribuer un conseil juridique s'il y a un risque de conflit entre les parties impliquées dans la décision.* »⁶⁷²

Dans le souci, effectivement, de mieux respecter l'intérêt supérieur de l'enfant, une autre forme de représentation a trouvé son sens. Le droit de l'enfant d'être représenté par un avocat n'est pas prévu par la CDE, pourtant elle est mentionnée par le Comité en tant qu'une représentation complémentaire à celle de base et même bénéfique pour l'enfant, surtout quand son intérêt supérieur est opposé à celui de ses parents⁶⁷³. Mona Paré explique : « *en effet, les exigences relatives à la libre expression de l'opinion de l'enfant (l'expression de sa propre opinion sans pression ou influence indue) et à l'assistance à l'enfant seraient comblées par la nomination d'un avocat chargé de représenter uniquement l'enfant* »⁶⁷⁴.

L'enfant n'a pas automatiquement droit à son propre avocat dans les litiges qui mettent en cause son intérêt, et il faut que cette représentation séparée soit prévue par la loi ou autorisée par le tribunal. De surcroît, le tribunal est tenu d'informer l'enfant de son droit d'être représenté et conseillé par un avocat. Le Comité souligne que « *si l'enfant souhaite exprimer ses vues et exerce ce droit par l'intermédiaire d'un représentant, ce dernier est tenu d'exposer fidèlement lesdites vues. Pour faire face aux cas où les vues de l'enfant seraient en conflit avec celles de son représentant, il conviendrait d'établir une procédure permettant à l'enfant de s'adresser,*

⁶⁷¹ CVEJIC JANČIĆ O. (dir.), *op. cit.*, p. 47.

⁶⁷² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*, § 97.

⁶⁷³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°24, *préc.*, § 49 et s.

⁶⁷⁴ PARE M., *préc.*

si nécessaire, à une autorité pour demander à être représenté par une autre personne (un tuteur ad litem par exemple). »⁶⁷⁵

2. La perception de la voix de l'enfant dans les procès

On observe une évolution de la législation dans le sens d'une acceptation plus large de la capacité de l'enfant à s'exprimer (a), aussi bien que dans le sens d'un « aménagement » de la voix (b).

a) Une voix sans limites

La CDE ne précise pas l'âge à partir duquel un enfant doit être considéré apte pour s'exprimer. Si une limite d'âge pour entendre un enfant existe dans certaines lois nationales, elle n'est pas fixée de la même manière. Certains pays sont d'avis qu'il ne soit envisageable d'entendre de façon crédible un enfant en bas âge. Pourtant, la CourEDH a statué dans une affaire de garde, en l'occurrence *Hokkanen c. Finlande*⁶⁷⁶, qu'une fille de 12 ans était suffisamment mûre pour que ses opinions soient prises en compte. La Cour a ajouté, dans d'autres affaires de garde, que l'audition d'enfants plus jeunes peut être appropriée, en fonction des circonstances de l'affaire et de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné⁶⁷⁷. Cette jurisprudence confirme, en principe, une logique qui est conforme à l'article 9.2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui dispose que toutes les parties intéressées aux procédures familiales doivent avoir la possibilité de participer à la procédure et de faire connaître leur point de vue. De même, la jurisprudence de la CourEDH suit l'Observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant, qui décourage les États d'introduire ou de maintenir des limites d'âge standardisées, car l'âge ne devrait pas constituer un obstacle à la pleine participation aux procédures judiciaires⁶⁷⁸. Ainsi, dans la pratique, les enfants de plus de 2 ans sont généralement entendus dans tous les cas les concernant, en tenant dûment compte de leur âge, de leur maturité et des circonstances de l'affaire. Le Comité des droits de l'enfant a été très explicite sur ce sujet, dans une affaire où il a dû statuer, concernant le refus de visa humanitaire à une enfant de cinq ans prise en charge dans le cadre d'une kafala par un couple belgo-marocain⁶⁷⁹. En l'espèce, le Comité « *ne partage pas la position de l'État partie selon laquelle il ne serait pas nécessaire de prendre en*

⁶⁷⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*, § 90.

⁶⁷⁶ CourEDH, *Hokkanen v. Finland*, 23 septembre 1994, § 61.

⁶⁷⁷ CourEDH, *Elsholz v l'Allemagne*, 13 juillet 2000, § 50 ; CourEDH, *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, § 73.

⁶⁷⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 20–21. V. aussi les Lignes directrices en matière de justice pour les enfants victimes et témoins d'actes criminels adoptées par le Conseil économique et social des Nations-Unies dans sa résolution 2005/20 du 22 juillet 2005, § 18.

⁶⁷⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/C/79/D/12/2017, 5 novembre 2018, *préc.*

considération les opinions de l'enfant dans une procédure concernant son autorisation de séjour, bien au contraire. Dans le cas d'espèce, les implications de cette procédure sont d'une importance primordiale pour la vie et l'avenir de C. E. en ce qu'elles ont un lien direct avec la possibilité pour elle de vivre avec les auteurs en tant que famille »⁶⁸⁰. Mieux encore, le Comité a accueilli favorablement la décision de la Cour suprême du Yukon en 2010, qui a déterminé que tous les enfants ont le droit d'être entendus dans les cas de garde⁶⁸¹.

L'évolution des droits procéduraux de l'enfant, sous l'influence du droit international, se fait dans le sens qui est favorable à l'enfant et qui consiste avant tout dans l'éradication maximale des limites à la parole de l'enfant⁶⁸². Sur ce point, il est important de clarifier la nature de l'interaction entre le droit interne et le droit international au sujet de l'audition de l'enfant. Des exemples intéressants viennent de la France et de la Norvège. Dans le premier cas, l'adoption d'une loi nationale de déjudiciarisation des divorces par consentement mutuel⁶⁸³ contredit la philosophie de la règle internationale sur l'audition de l'enfant, car complique notamment l'accès à l'opinion de l'enfant. En réalité, la nouvelle forme de divorce suppose que le juge n'y intervient plus lorsque les époux optent pour cette nouvelle procédure et que l'enfant mineur n'y sera pas entendu. Malgré les aménagements faits à la loi comme suite aux recommandations du Comité des droits de l'enfant qui exclue la mise en œuvre d'une telle procédure lorsque le mineur demande son audition⁶⁸⁴ par le juge, cette nouvelle procédure de divorce, selon le Défenseur des droits, « ne tient pas suffisamment de l'intérêt de l'enfant »⁶⁸⁵. A contrario, la Cour Suprême norvégienne, dans une décision rendue le 26 janvier 2011⁶⁸⁶, a été confrontée à des questions relatives à l'opportunité de l'application d'une règle internationale, quand la loi

⁶⁸⁰ *Ibid.*, § 8.8.

⁶⁸¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre - 5 octobre 2012), CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012.

⁶⁸² Selon l'article 41 de la CDE, « 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 : dans la législation d'un État partie ; ou dans le droit international en vigueur pour cet État. »

⁶⁸³ LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1), art. 50 : « Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374. « Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. « Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire. »

⁶⁸⁴ *Ibid.* : « -Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque : « 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge »

⁶⁸⁵ Défenseur des droits, Rapport Droits de l'enfant en 2017, *Au miroir de la Convention internationale des droits de l'enfant*, p. 14.

⁶⁸⁶ Cour suprême de la Norvège, Décision HR-2011-00182-A, 26 janvier 2011.

nationale sur la participation procédurale de l'enfant est au moins de la même nature ou bien plus favorable. En l'espèce, il s'agit du droit à la preuve des enfants témoins devant les tribunaux, qui se retrouvent à la fois dans la loi norvégienne et dans l'article 6.3d) de la CEDH. La Cour norvégienne se pose la question de savoir si les limites au droit conventionnel, telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg, doivent s'appliquer aussi par rapport à la loi norvégienne, lorsqu'un droit procédural découle de la CEDH. En effet, sur l'interrogatoire des enfants témoins, la pratique jurisprudentielle norvégienne montre que la Cour suprême applique seulement l'article 6.3d) de la CEDH et ne fait pas appel aux dispositions norvégiennes, alors qu'il y a, cependant, un principe accordant le droit à la contradiction en droit norvégien aussi. D'après son avis : « *il n'est donc pas raisonnable de voir le droit à la l'interrogation des enfants ancrée dans la Convention, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, seule ; il a plutôt été établi dans l'interaction entre la loi norvégienne et le droit international* »⁶⁸⁷. En principe, l'idée principale de ce raisonnement c'est de privilégier, indépendamment de la source juridique, la règle la plus favorable pour l'enfant.

b) Une voix sans obligation

Conformément à la philosophie de l'article 12, l'idée que l'on devrait consulter l'enfant sur la manière dont il souhaite participer s'impose. Ainsi, selon ses souhaits, l'enfant a la possibilité d'être accompagné lors de l'audition ou de témoigner hors la présence des parties au procès, hors la salle d'audience ou même à un lieu choisi comme sa résidence, son école, ou le bureau du juge. Il peut également exprimer le désir de transmettre l'information *via* ses parents ou une autre personne de confiance, ou bien encore il peut témoigner par écrit à l'aide d'une lettre transmise à l'adresse du tribunal⁶⁸⁸. Dans tous les cas, le poids accordé à l'opinion de l'enfant se fera, conformément à l'article 12 CDE, selon le degré de maturité de l'enfant tout en prenant en considération le risque de l'influence qui pourrait être favorisée par certaines voies de communication.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, § 30: « *When a procedural right follows from the ECHR, and not from internal Norwegian provisions, the question arises whether limitations to the Convention right, as interpreted by the Strasbourg Court, must apply in Norwegian law as well. As is clear from what I have cited from [earlier Norwegian jurisprudence on the issue] on the implementation of the right to the questioning of child witnesses, the Supreme Court adverts only to article 6(3)(d) ECHR, and not to Norwegian provisions. There is, however, a principle granting the right to contradiction in Norwegian law too. In my view it is therefore not reasonable to see the right to the questioning of children as anchored in the Convention, as interpreted by the Strasbourg Court, alone; it has rather been established in interplay between Norwegian law and international human rights.* »

⁶⁸⁸ Une relation épistolaire entre l'enfant et le juge est également recommandée par Françoise Dolto. Dans DOLTO F., RUFFO A., *Entretiens, L'enfant, le juge et la psychanalyste*, Gallimard, 1999, p. 101.

Afin de rendre l'expression de l'opinion de l'enfant plus simple et sans danger pour lui, le Comité prévoit des accommodements possibles de l'« espace »⁶⁸⁹ de l'audition de l'enfant par le juge⁶⁹⁰. La conceptualisation par Lundy de l'article 12 impliquant la voix, l'espace, le public et l'influence suggère qu'en plus de protéger le droit de l'enfant à être entendu par la législation (y compris la suppression de toute barrière juridique), l'État partie est obligé de créer un espace propice pour entendre les enfants. En l'occurrence, le Comité met l'accent sur le contexte, qui doit permettre à l'enfant de se sentir en sécurité lorsqu'il exprime son opinion. Il aborde notamment l'apparence des salles d'audience, l'habillement des juges et des avocats, la présence de paravents et de salles d'attente séparées. Dans la pratique persiste encore la dispense de témoignage d'un enfant dans le sens de la protection, mais elle est censée être exceptionnelle. Notamment, afin de diminuer le caractère traumatisant des auditions, l'idée des entrevues informelles est de plus en plus soutenue, à condition de respecter la confidentialité de l'expression de l'enfant et de lui expliquer la raison et le déroulement de l'entrevue. La complexité de ces aménagements procéduraux adoptés afin de rendre la participation de l'enfant plus effective est connue sous la dénomination de justice « *child-friendly* »⁶⁹¹.

Selon Mona Paré, le Comité ne paraît pas s'opposer aux auditions « informelles » de l'enfant. On peut déduire de ses suggestions que le Comité favorise les rencontres avec le juge plutôt que des témoignages plus formels en salle d'audience, puisque le Comité préfère le terme d'« entretien » à celui d'« interrogatoire » de l'enfant⁶⁹². Pour les enfants qui ne peuvent pas s'exprimer verbalement, d'autres moyens devraient être mis en place afin de recueillir leur opinion, par exemple l'entremise du rapport d'un psychologue ou d'un travailleur social.

L'enfant a également la possibilité de refuser d'exprimer son opinion en vue d'une décision qui le concerne. En effet, bien que l'article 12 de la CDE prône l'importance des droits de participation de l'enfant et l'importance de prendre en compte son opinion, il laisse également comprendre que l'enfant a tout à fait le droit de refuser de participer. Cela peut être explicite en refusant, par exemple, d'assister à l'audience appelée par le décideur, ou en indiquant clairement qu'il n'a pas l'intention d'exprimer son opinion s'il se présente lui-même. Le Comité des droits de l'enfant adopte une approche selon laquelle l'enfant ne doit jamais être obligé de

⁶⁸⁹ LUNDY L., *préc.*

⁶⁹⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*

⁶⁹¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°24, *préc.*, § 46. V. FRA, *Child-friendly justice – Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States*, 2015 ; résemé en français - Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Une justice adaptée aux enfants – points de vue et expériences de professionnels*, 2015.

⁶⁹² PARE M., *préc.*

participer aux procédures, que toutes les mesures doivent être prises pour protéger l'enfant qui souhaite s'exprimer et que la façon de se faire entendre devrait être déterminée par l'enfant⁶⁹³.

Dans la pratique des procédures judiciaires, il arrive que l'enfant reste silencieux devant le juge. Ce fait peut être souvent positionné comme le contraire indésirable de la voix⁶⁹⁴. Il existe, ainsi, deux solutions devant une telle situation : soit on considère le silence en tant que problématique, révélateur d'abus, que l'on peut rectifier en encourageant les enfants à participer⁶⁹⁵, soit on essaie de « lire » le silence et comprendre son message. En effet, le regard envers le silence et son importance ont récemment changé sous l'effet de dernières études. En l'occurrence, en revisitant les complexités du silence et en dégagant ses avantages potentiels, Catherine Hartung⁶⁹⁶ fait référence aux recherches de Kohli⁶⁹⁷ et Silin⁶⁹⁸ qui fournissent une vision intéressante sur ce sujet. En réalité, chargé de nombreuses subtilités psycho-émotionnelles⁶⁹⁹, le silence peut représenter une source riche en interprétations pour le décideur. En effet, selon Kohli, « l'émergence et le maintien du silence »⁷⁰⁰ peuvent servir de processus de guérison pour les enfants et de manière de gérer des expériences particulièrement traumatisantes comme celles qui résultent de la migration forcée. De même, dans le cas de l'adoption, par exemple, l'enfant peut se retrouver intimidé par l'obligation de parler devant le tribunal et ainsi blesser ses parents biologiques. Donc, si un enfant ne veut pas donner son avis pendant le procès, son silence sera plus convenable pour lui, à condition d'avoir prévu au préalable un règlement qui prévoit toutes ces nuances. Donc, nous assistons actuellement à une lecture renouvelée de la « voix » de l'enfant, où le silence occupe à juste titre une place. Il est certes, toutefois, qu'un mécanisme interdisciplinaire complexe sera nécessaire afin que le juge puisse l'interpréter en tant que dégagement de l'article 12 de la CDE.

⁶⁹³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*

⁶⁹⁴ FREEMAN M. D. A., « The Human Rights of Children », 63 *Current Legal Problems*, p. 20.

⁶⁹⁵ HARTUNG C., *op. cit.*, p. 95.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ KOHLI R., « Understanding silences and secrets when working with unaccompanied asylum-seeking children » in Thomas N. (dir.), *Children, politics and communication: Participation at the margins*, London: Policy Press, 2009, pp. 107–122.

⁶⁹⁸ SILIN J., « Speaking up for silence », *Australian Journal of Early Childhood*, 24(4), 1999, pp. 41–45.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 42.

⁷⁰⁰ KOHLI R., *préc.*, p.111.

B. La contribution « inédite » à la consécration expresse de l'autonomie personnelle de l'enfant

On pourrait soutenir que, grâce à la participation procédurale de l'enfant, la CourEDH a finalement consacré le principe d'autonomie personnelle de l'enfant. Naguère, des références à la notion d'autonomie personnelle ont été faites⁷⁰¹, sans pourtant y attacher de valeur juridique dans le contexte direct de l'article 8 CEDH⁷⁰². Ainsi, une première référence par la CourEDH au « personal autonomy » de l'enfant a été faite dans l'affaire *Johansen c. Norvège*⁷⁰³ ; cependant il ne s'agissait pas d'une consécration du principe, mais plutôt d'une considération qui « *attached weight to the notion of personal autonomy as an important aspect of a child's development, and thus of any human being* »⁷⁰⁴. En 2015, pour la première fois, la CourEDH interprète le droit au respect de la vie privée et familiale en ce sens qu'elle exige toujours que l'enfant soit entendu en audience **(2)**. La CourEDH a mis du temps pour arriver à ce raisonnement, pourtant cette solution était attendue du fait de l'accroissement de l'importance prêtée par la Cour au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant **(1)**.

1. Un raisonnement évolutif habituel de la Cour – l'exemple du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

Dans les questions relatives aux enfants, comme dans les autres, la Cour se montre flexible et progressive dans son raisonnement. Ainsi, son appréhension du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant évolue d'une vision protectrice **(a)** vers une approche participative **(b)**.

⁷⁰¹ Voir par exemple, CourEDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 44 : « *The determination of the level of harm that should be tolerated by the law in situations where the victim consents is in the first instance a matter for the State concerned since what is at stake is related, on the one hand, to public health considerations and to the general deterrent effect of the criminal law, and, on the other, to the personal autonomy of the individual.* » ; CourEDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001, § 92 : « (...) *The prison authorities, similarly, must discharge their duties in a manner compatible with the rights and freedoms of the individual concerned. There are general measures and precautions which will be available to diminish the opportunities for self-harm, without infringing on personal autonomy. Whether any more stringent measures are necessary in respect of a prisoner and whether it is reasonable to apply them will depend on the circumstances of the case.* »

⁷⁰² Voir HURPY H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, Bruylant, 2015, p. 136.

⁷⁰³ CourEDH, *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, § 72. Dans la traduction française, il n'y a pas de référence explicite à l'autonomie personnelle : « *L'enfant traversant une phase de développement de son autonomie, il était capital qu'elle vécût dans un contexte stable et rassurant sur le plan affectif, ce qui était le cas chez ses parents nourriciers* ».

⁷⁰⁴ KOFFEMAN N. R., *The right to personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights*, Université de Leiden, 2010, p. 8.

a) Une application initiale en tant que principe protecteur

La jurisprudence de la CourEDH est fidèle à l'article 3 de la CDE, qui exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit considéré comme une « considération primordiale » dans toutes les actions concernant l'enfant⁷⁰⁵. Ce principe n'est pas explicitement mentionné à l'article 8 de la CEDH qui exige le respect de la vie privée et familiale. Cependant, la Cour a interprété cette disposition dans de nombreux cas de droit de la famille en soulignant que le respect du paragraphe 2 de l'article 8 exige un juste équilibre entre les intérêts concurrents des enfants, des parents et de la société⁷⁰⁶. Dans la mise en balance des droits de tous les acteurs au conflit, la Cour applique normalement le critère de la finalité (*purpose criterion*)⁷⁰⁷. Selon cette théorie, « certains droits de l'homme sont fonction des autres droits de l'homme, en ce sens que l'un de leurs objectifs est d'assurer une protection adéquate des derniers »⁷⁰⁸. Cela dit, après une balance des droits réalisée par la Cour, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sert à protéger soit les droits des parents, soit ceux de l'enfant. En fait, l'appel à ce principe est déterminé par la forte relation entre les droits de l'enfant et ceux des autres parties du conflit, généralement les parents. D'une part, il offre une protection aux intérêts des parties, d'un autre côté, leur exercice doit être orienté vers l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁰⁹. Ceci explique pourquoi l'intérêt supérieur de l'enfant a été très longtemps primordial dans la résolution des conflits devant la CourEDH. Dans l'affaire *Görgülü c. Allemagne*⁷¹⁰, par exemple, la Cour statue que « dans le processus de mise en balance, une importance particulière doit être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant. En particulier, un parent ne peut pas être autorisé, en vertu de l'article 8 de la Convention, à faire adopter des mesures de nature à nuire à la santé et au développement de l'enfant ». La Cour explique dans l'affaire *M.K. c. Grèce*, ce « double aspect de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁷¹¹ dans les affaires de conflit familial. Selon la juridiction strasbourgeoise, le principe « prévoit que les liens entre l'enfant et sa famille soient maintenus, que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe

⁷⁰⁵ CourEDH, *Sahin c. Allemagne* [GC], préc., § 66.

⁷⁰⁶ V. par exemple, CourEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, 6 décembre 2007 ; CourEDH, *Hokkanen c. Finlande*, préc. ; CourEDH, *Hendriks c. Pays-Bas*, 5 mars 2002, la Commission européenne des droits de l'homme a qualifié les intérêts de l'enfant de « prépondérants ».

⁷⁰⁷ SMET S., BREMS E., *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights, Conflict or Harmony?*, Oxford University Press, 2017, p. 48.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 48: « Certain human rights stand in function of other human rights, in the sense that one of their purposes is to ensure adequate protection of the latter rights. »

⁷⁰⁹ CourEDH, *Görgülü v. Germany*, 26 février 2004, § 43: « in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child ... In particular, a parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child's health and development ».

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ CourEDH, *M.K. c. Grèce*, préc., § 73.

conduire à une rupture du lien familial et que tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, " reconstituer " la famille. D'autre part, il implique que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 de la Convention ne saurait autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant »⁷¹².

La perception du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par la Cour évolue dans le sens de la prise en compte de sa portée établie par la CDE. En effet, même si le Comité des droits de l'enfant reconnaît que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est un « *concept dynamique nécessitant une évaluation adaptée au contexte spécifique* »⁷¹³, il soutient que « *lors de la mise en balance des divers éléments, il faut avoir à l'esprit que l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant ont pour objet d'assurer la jouissance pleine et effective des droits reconnus par la Convention et ses Protocoles facultatifs et le développement global de l'enfant* »⁷¹⁴. Parmi les droits de la Convention, l'article 12 occupe une place à part. C'est notamment cette disposition qui met l'accent, comme l'on a vu, sur l'enfant en tant que personne distincte, avec ses propres intérêts.

b) Une application procédurale évolutive du principe, déterminée par le droit à l'opinion de l'enfant

La CourEDH arrive à définir les contours du principe de « l'intérêt supérieur » dans son sens de « *règle qui requiert des garanties procédurales* »⁷¹⁵, notamment le respect du droit à l'opinion de l'enfant. La nature des conflits reste la même, généralement des affaires de garde d'enfants où le conflit principal est souvent celui entre le droit à la vie privée et familiale de la mère et le même droit du père. Le fondement, à savoir les droits de l'enfant, reste aussi une considération primordiale dans la résolution du conflit⁷¹⁶. L'évolution consiste, en réalité, dans l'interprétation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans ses décisions, la Cour s'appuie désormais sur la législation internationale et la « jurisprudence » du Comité des droits de l'enfant, afin d'argumenter le lien entre l'article 3 et

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*, § 1.

⁷¹⁴ *Ibid.*, § 82.

⁷¹⁵ *Ibid.*, § 6.

⁷¹⁶ Voir, par exemple, CourEDH, *Hokkanen v. Finland*, *préc.*

l'article 12 de la CDE⁷¹⁷. Elle adopte, en vérité, l'opinion du Comité selon laquelle « *toute décision qui ne tient pas compte de l'opinion de l'enfant ou ne lui attribue pas le poids voulu eu égard à son âge et à son degré de maturité ne respecte pas le principe selon lequel l'enfant ou les enfants concernés doivent avoir la possibilité d'influer sur la détermination de leur intérêt supérieur* »⁷¹⁸.

Une des affaires les plus importantes où la Cour a constaté la violation de l'article 8 CEDH pour le non-respect de l'intérêt supérieur de l'enfant est *Neulinger et Shouruk c. Suisse*⁷¹⁹. En l'espèce, la CourEDH constate l'incompatibilité avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant de la décision du tribunal suisse obligeant le retour d'un enfant de sept ans en Israël, illégalement amené en Suisse par sa mère en 2005. En effet, dans cette affaire, le juge européen mène une longue réflexion sur la portée du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il constate que, même s' « *il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer* »⁷²⁰, la notion de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » ne ressort ni des travaux préparatoires à cette convention ni de la pratique du Comité des droits de l'enfant des propositions de définition ou de critères d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, en général ou par rapport à des circonstances particulières »⁷²¹. Toutefois, la Cour serait capable et devrait même « *vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et si elles ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine* »⁷²². Le juge n'indique pas expressément le besoin d'écouter l'enfant afin de déterminer ces conditions, cependant ce lien logique est clair, car également rappelé d'une façon générale dans son raisonnement qui met « *l'accent sur l'enfant en tant qu'individu doté de droits civils et politiques nourrissant ses propres sentiments et opinions* »⁷²³. Ainsi, la Cour reconnaît que le non-respect par l'État du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant peut constituer à lui seul motif de violation de l'article 8 de la CEDH.

⁷¹⁷ Voir CourEDH, *N.Ts. et autres c. Géorgie*, 2 février 2016, § 40 et s.

⁷¹⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*, § 53.

⁷¹⁹ CourEDH, *Neulinger et Shouruk c. Suisse [GC]*, 6 juillet 2010.

⁷²⁰ *Ibid.*, § 135.

⁷²¹ *Ibid.*, § 51.

⁷²² *Ibid.*, § 139.

⁷²³ *Ibid.*, § 51.

Une autre décision contre la Suisse dans l'affaire *E.G.*⁷²⁴ a relevé le manque d'importance accordée au principe d'intérêt supérieur de l'enfant de la part de l'État. La CourEDH a estimé que l'État suisse a donné priorité aux besoins de sa politique migratoire au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷²⁵ en refusant le regroupement familial d'un père au bénéfice de la double nationalité suisse-égyptienne en vue de faire venir son fils de 15 ans depuis l'Égypte. Comme dans le cas précédent, la décision de la CourEDH constate une violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

Ainsi, la CourEDH contribue, même si encore modestement, à rendre le concept d'intérêt supérieur de l'enfant moins subjectif. Toute violation des droits de l'enfant, y compris le fait de ne pas écouter son opinion, sera contraire à son intérêt supérieur.

2. La participation procédurale à la base de la reconnaissance jurisprudentielle de l'autonomie de l'enfant

La philosophie de la CourEDH sur la reconnaissance de l'enfant en tant que partie de débats a connu des métamorphoses impressionnantes. Autrefois, la Cour était connue par l'approche trop paternaliste sur ce sujet **(a)**, pour enfin exalter avec un raisonnement qui consacre un concept tant entendu, à savoir l'autonomie personnelle de l'enfant **(b)**.

a) L'approche évolutive de la Cour sur la nécessité d'audition de l'enfant

La Cour a été toujours très prudente quant à l'opportunité de l'audition de l'enfant ou bien au poids à donner à la parole de l'enfant dans le règlement des conflits de garde entre les parents, et même si l'enfant était entendu, son opinion n'était pas toujours prise en compte. La CourEDH, par exemple, pouvait décider que priver le mineur du droit d'être entendu dans une procédure visant à la déchéance de l'autorité parentale, n'était pas contraire à la Convention Européenne des droits de l'Homme ou bien dans les affaires d'enlèvement international, le refus de l'enfant n'était pas un empêchement à son retour.

En effet, dans l'affaire *Elsholz c. Allemagne*⁷²⁶, la Cour conteste l'argument principal des tribunaux internes pour refuser le droit de visite au père de l'enfant. En l'espèce, les juridictions

⁷²⁴ CourEDH, *E.G. c. Suisse*, 8 novembre 2016.

⁷²⁵ Plateforme d'information humanrights.ch, « Arrêt de la CourEDH : la Suisse a accordé trop peu d'importance à l'intérêt supérieur de l'enfant », V. <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/cas-credh/cas-suisse-expliques/credh-regroupement-familial?search=1>

⁷²⁶ CourEDH, *Elsholz c. Allemagne*, 13 juillet 2000.

internes ont invoqué les déclarations faites par l'enfant pour finalement conclure à la nocivité de la reprise des relations avec son père⁷²⁷. La Cour de Strasbourg a exprimé son scepticisme par rapport à la viabilité de l'opinion de l'enfant vu son jeune âge de 5 ans, l'influence de la mère sur la formation de son avis⁷²⁸ et l'absence d'une expertise psychologique qui était opportune dans ce cas de figure⁷²⁹. Par conséquent, la parole de l'enfant n'a pas suffi, selon la Cour, à justifier l'ingérence de l'État dans la vie privée et familiale du requérant.

De même, dans l'affaire *Blaga contre Roumanie*⁷³⁰, la Cour européenne soutient : « *si la Convention reconnaît à l'enfant le droit d'exprimer son opposition au retour, elle ne considère pas pour autant cette opposition comme un droit de veto dans le processus décisionnel concernant le retour. Par conséquent, il est évident que les juridictions internes sont appelées à prendre en compte d'autres aspects concernant les enfants avant de prendre une décision de non-retour.* »⁷³¹

Ainsi, compte tenu cette approche nuancée de la Cour par rapport au poids du droit de l'enfant à l'opinion, nous ne pouvons que la féliciter pour la consécration du concept d'autonomie personnelle de l'enfant fondée sur sa participation procédurale.

b) La première définition juridique de l'autonomie personnelle de l'enfant

Dans l'arrêt *M. et M. contre Croatie*⁷³², la CourEDH analyse l'absence d'audition en justice de l'enfant sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne. Pour la première fois, la Cour considère que le droit de l'enfant d'être entendu en justice fait partie de son droit à l'autonomie personnelle⁷³³. C'est une « interprétation inédite » de l'article 8, car elle formule en premier une définition légale de l'autonomie de l'enfant. La Cour dessine ses contours, en la différenciant de l'autonomie de l'adulte. La Cour adopte un concept participatif de l'autonomie de l'enfant, en faisant référence à l'article 12 de la CDE et au Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications. Bref, la Cour formule ainsi sa vision de l'autonomie personnelle de l'enfant :

⁷²⁷ *Ibid.*, §51

⁷²⁸ *Ibid.*, §52

⁷²⁹ *Ibid.*, §53

⁷³⁰ CourEDH, *Blaga c. Roumanie*, 27 novembre 2012.

⁷³¹ *Ibidem*, § 80 : « *the Court considers that while the Convention recognizes that the objecting child should have a voice, it does not consider that voice to amount to a veto in the process of deciding whether he or she will be returned. Consequently, it appears that the domestic courts may be called to examine also other aspects of the child's circumstances before exercising the discretion to refuse to order a return.* »

⁷³² CourEDH, *M. et M. contre Croatie*, 9 septembre 2015.

⁷³³ BONFILS P., GOUTTENOIRE A., « Droit des mineurs », juillet 2015 - juillet 2016, *Recueil Dalloz 2016*, p. 1966.

« ce droit à l'autonomie personnelle, qui recouvre dans le cas des adultes le droit de choisir comment conduire sa vie, à condition de ne pas porter une atteinte injustifiable aux droits et libertés d'autrui, a une portée différente dans le cas des enfants. Ceux-ci, contrairement aux adultes, ne disposent pas d'une autonomie complète, mais ils sont néanmoins des sujets de droit. Les enfants exercent leur autonomie limitée, qui augmente progressivement à mesure qu'ils gagnent en maturité, par le biais de leur droit à être consultés et entendus. Comme le précise l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, un enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement ses opinions et le droit de voir ces opinions dûment prises en considération, eu égard à son âge et à son degré de maturité et, en particulier, il doit se voir offrir la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant. »⁷³⁴ La Cour constate en l'espèce que l'enfant en cause, âgée de presque quatorze ans et qui bénéficiait de capacités intellectuelles supérieures à la moyenne, avait un âge et un degré de maturité suffisants pour exprimer une opinion et elle en déduit qu'elle n'a pas été, du fait de son absence d'audition, suffisamment impliquée dans le processus décisionnel, en violation de son droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour semble même aller plus loin en critiquant le fait que les autorités croates n'ont pas respecté les souhaits de l'enfant de résider chez sa mère.

Depuis cet arrêt, la Cour a eu l'occasion de revenir au principe de l'autonomie personnelle de l'enfant dans l'affaire *M.K. c. Grèce*⁷³⁵. En l'espèce, à l'instar de l'affaire précédente, la requérante de nationalité roumaine alléguait une violation de l'article 8 de la Convention en raison de son impossibilité d'exercer le droit de garde de son fils A., garde qui lui avait pourtant été attribuée de manière définitive par une décision judiciaire. De même, dans un autre cas, sans pourtant faire appel au terme d'autonomie personnelle, mais en faisant référence à la jurisprudence *M. et M. c. Croatie*, la Cour sanctionne l'État géorgien pour l'ignorance d'une véritable participation procédurale de l'enfant dans le processus décisionnel⁷³⁶.

Ainsi, même si dans sa forme minimaliste, l'autonomie participative procédurale a été expressément reconnue sur le plan international. En ce qui concerne la consécration expresse de l'autonomie participative procédurale maximale de l'enfant, elle est valable uniquement auprès d'une quasi-juridiction.

⁷³⁴ CourEDH, *M. et M. contre Croatie*, préc., § 171.

⁷³⁵ CourEDH, *M.K. c. Grèce*, 1^{er} février 2018.

⁷³⁶ CourEDH, *N.Ts. et autres c. Géorgie*, préc.

Section II. L'action personnelle, la participation procédurale maximale de l'enfant

En droit international, comme dans tout système juridique national, le respect et la protection des droits de l'Homme ne peuvent être garantis que par la disponibilité de recours judiciaires efficaces. Lorsqu'un droit est violé, l'accès à la justice revêt une importance fondamentale pour l'individu blessé et constitue une composante essentielle du système de protection et d'application des droits de l'Homme⁷³⁷. Ainsi, selon un autre principe général de la CDE, en l'occurrence, le principe de non-discrimination⁷³⁸, tous les enfants doivent pouvoir participer et avoir accès à l'ensemble du processus⁷³⁹ (§1).

En effet, à côté d'un rôle participatif passif réservé à l'enfant, le Comité lui reconnaît un rôle participatif actif : « *le droit d'être entendu s'applique aussi bien aux procédures engagées par l'enfant, comme les plaintes pour mauvais traitements et les recours contre l'exclusion scolaire, qu'aux procédures engagées par d'autres personnes, mais qui touchent les enfants, comme la séparation des parents ou l'adoption* »⁷⁴⁰. À cette fin, le système des requêtes individuelles est un outil crucial, car il permet aux individus de soumettre des plaintes aux instances nationales et internationales, judiciaires et quasi-judiciaires, permettant une analyse au cas par cas des situations afin de déterminer si une violation d'une disposition du traité s'est produite et, le cas échéant, de formuler des remèdes spécifiques. L'attribution au Comité des droits de l'enfant du rôle de quasi-juridiction est fondamentale. Même s'il n'est pas un tribunal et ses décisions ne sont pas juridiquement contraignantes dont l'application dépend de la volonté politique des États parties, sa jurisprudence est importante pour l'« *amélioration de la visibilité et pour l'éducation* »⁷⁴¹ (§2).

§1. La facilitation internationale de l'accès pour l'enfant aux instances de juridictions

La véritable mesure de la reconnaissance de l'enfant sujet de droits est, sans doute, de garantir aux victimes de violations de la CDE le droit de présenter des réclamations individuelles auprès

⁷³⁷ FRANCIONI F. (dir.), *Access to Justice as a Human Right*, Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, 2007, p. 64.

⁷³⁸ Art. 2 CDE.

⁷³⁹ LEE Y., « La participation et l'accès des enfants à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », in Costa J.-P., *Justice internationale pour les enfants*, Conseil de l'Europe, 2009, p. 113 ; Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Accès des enfants à la justice*, A/HRC/25/35, 16 décembre 2013, § 52 ; OG n° 5, *préc.*, § 12.

⁷⁴⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 33.

⁷⁴¹ LIEFAARD T., DOEK J. E. (dir.), *op. cit.*, p. 177.

des organes nationaux et internationaux⁷⁴². Sharon Detrick, à travers son article sur l'accès à la justice⁷⁴³, le définit⁷⁴⁴ comme la possibilité d'obtenir une réparation juste et opportune pour des violations de droits tels que comme proposés dans les normes et critères nationaux et internationaux, y compris la Convention relative aux droits de l'enfant. En substance, elle soutient que tout le monde devrait avoir la possibilité de faire des réclamations et d'exiger des responsabilités lorsque ses droits ne sont pas respectés. Pour les enfants comme pour les adultes, le droit d'accès à la justice est un droit fondamental de l'Homme et, en outre, une condition préalable essentielle pour la protection et la promotion de tous les autres droits.

La capacité personnelle de l'enfant à introduire un procès est de plus en plus reconnue. En effet, *via* l'article 12.2, la convention remplit l'image complète d'un détenteur de droits. La convention n'identifie pas seulement l'enfant en tant que possesseur de certains droits, mais reconnaît également leur justiciabilité en permettant à l'enfant de faire valoir ces droits dans des procédures judiciaires ou administratives nationales⁷⁴⁵ (A). L'accès des individus aux organes judiciaires internationaux en cas de violations des droits représente l'un des plus grands acquis historiques de la protection internationale des droits de l'Homme⁷⁴⁶. Il en est davantage pour l'enfant qui a été longtemps sous-estimé (B).

A. L'encadrement de l'accès à la justice de l'enfant en droit national

En droit interne, le statut particulier des enfants, tant sur le plan pratique que sur le plan juridique, s'est traduit par des procédures spéciales adaptées aux enfants. C'est particulièrement le cas parce que les enfants ne sont souvent pas acceptés dans les systèmes juridiques comme des sujets ayant la pleine capacité juridique et la capacité d'agir. Ces procédures reconnaissent les difficultés inhérentes pour les enfants d'avoir accès à la justice et leur besoin d'une protection particulière lorsqu'ils sont impliqués en tant qu'intervenants procéduraux⁷⁴⁷. Pour l'enfant, l'accès à la justice est une série d'obstacles qui doivent être surmontés par un certain

⁷⁴² WILLIAMS J., *The United Nations convention on the rights of the child in Wales*, Cardiff: University of Cardiff Press, 2013.p. 3.

⁷⁴³ DETRICK S., *Accès à la justice pour tous les enfants du monde*, UNICEF, 2015.

⁷⁴⁴ De même, UNDP Programming for Justice: Access for All – A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice: « *Access to Justice is the ability of people to seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice, and in conformity with human rights standards.* »

⁷⁴⁵ Voir par exemple, Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, M. Kishore Singh, *La justiciabilité du droit à l'éducation*, A/HRC/23/35, point 3 de l'ordre du jour Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, 10 mai 2013 ; Aussi, COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°5, *préc.*, § 25.

⁷⁴⁶ CANÇADO TRINDADE A. A., *op. cit.*, p. 32.

⁷⁴⁷ BECKMANN-HAMZEI H., *The child in ICC proceedings*, Intersentia, 2015, p. 9.

nombre d'éléments provenant de différentes sources telles que la famille ou le système judiciaire. Cette question, de sa complexité, a été abordée dans les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur la justice adaptée aux enfants⁷⁴⁸ qui a été prise en compte par la Commission européenne. En guise de procédures qui peuvent être engagées par l'enfant lui-même, le Comité des droits de l'enfant cite « *les plaintes pour mauvais traitements et les recours contre l'exclusion scolaire* »⁷⁴⁹. Malgré les dispositions législatives existantes, la réalité est que les recours en justice exercés par l'enfant sont l'exception, la règle étant que les enfants sont représentés par leurs tuteurs (1). Il existe l'espoir que les mécanismes alternatifs de règlements des conflits puissent s'avérer plus effectifs (2).

1. Les procédures judiciaires et administratives classiques

Afin que l'enfant puisse exercer son droit, il devrait, avant tout, être informé de manière appropriée de ses droits dans les procédures administratives ainsi que dans les procédures judiciaires devant les tribunaux⁷⁵⁰. La convention renforce également la possibilité que l'enfant utilise ce statut procédural pour réclamer ses droits conventionnels en obligeant les parties à « *faire connaître les principes et les dispositions de la Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes et aux enfants* »⁷⁵¹. Pris ensemble, les articles 12 et 42 décrivent l'enfant comme une personne devant être informée de ses droits en vertu du droit international et habilitée à faire valoir ces droits dans des procédures judiciaires et administratives affectant son bien-être et ses intérêts. En devenant partie à la convention, un État accepte la responsabilité de veiller à ce que ces dispositions deviennent réalité pour les enfants relevant de sa juridiction.

En principe, les enfants n'ont pas qualité pour agir et les réclamations doivent être portées devant les tribunaux par leurs représentants légaux. Cependant, les enfants ayant une maturité suffisante peuvent avoir un statut légal, surtout lorsqu'il s'agit de questions hautement personnelles telles que le mariage ou l'affiliation, mais aussi si leurs représentants légaux manquent d'agir ou si le problème fait pression, par exemple, lorsqu'une demande en dommages-intérêts est introduite contre un agresseur, si une demande est faite contre le centre public d'assistance sociale, c'est-à-dire l'administration locale chargée de l'assistance sociale

⁷⁴⁸ Conseil de l'Europe, 2010.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, § 33.

⁷⁵⁰ CVEJIĆ JANČIĆ O. (dir.), *op. cit.*, p. 133.

⁷⁵¹ Art. 42 CDE.

ou lorsque des poursuites sont engagées en matière d'éducation ou dans le contexte des procédures de migration⁷⁵².

Ainsi, des mesures importantes sont prises au niveau national pour permettre aux enfants d'avoir accès à la justice et d'être entendus lorsque leurs droits sont violés. Dans certains pays, la question de savoir si un enfant peut représenter indépendamment ses intérêts juridiques devant un tribunal dépende du domaine de droit - civil, administratif ou pénal - applicable dans un cas particulier. Le plus souvent, en droit civil, la règle est que les enfants sont légalement incapables, sauf si une exception est réglementée par la loi. D'habitude, les titulaires de l'autorité parentale sont responsables de la représentation légale de l'enfant en matière civile. Dans les situations d'intérêts conflictuels entre les parents, le tribunal peut désigner un tuteur *ad litem* pour représenter l'enfant. Néanmoins, comme la jurisprudence actuelle ne définit pas clairement les « conflits d'intérêts », à ce titre, la nomination d'un tuteur spécial *ad litem* est, en pratique, question complexe. Dans un certain nombre de pays, la législation reconnaît le droit de saisir un tribunal lorsque l'enfant a atteint un certain âge alors que les enfants plus jeunes ont le droit de porter plainte par l'intermédiaire d'organismes tels que les services de protection de l'enfance⁷⁵³.

Les normes internationales devraient entraîner des changements au niveau national. La CourEDH contrôle les garanties procédurales accordées aux mineurs par les juridictions internes. Ainsi, dans l'affaire *X. et Y. C. Pays-Bas*⁷⁵⁴, la Cour a estimé que les dispositions pénales existant en droit néerlandais n'assuraient pas une protection concrète et effective, et que dès lors la requérante avait été victime d'une violation de l'article 8. Ainsi, la CEDH est potentiellement d'une plus grande valeur pour les enfants. Néanmoins, la jurisprudence de Strasbourg est étrangement déficiente sur ce point. À première vue, l'article 6, le droit à un procès équitable, pourrait favoriser un système amélioré de représentation des enfants. Mais bien qu'il englobe une variété de droits découlant du droit d'un plaideur mineur de participer effectivement à un litige, la jurisprudence se limite essentiellement à la prise en compte des droits des personnes impliquées dans des affaires criminelles⁷⁵⁵⁷⁵⁶. Dans l'affaire *Stagno c. Belgique*⁷⁵⁷, la Cour européenne des droits de l'Homme a conclu, finalement, à la violation de

⁷⁵² LIEFAARD T., DOEK J. E. (dir.), *op. cit.*, p. 108.

⁷⁵³ V. par ex. Roumanie, Pologne, Slovaquie, Irlande du Nord.

⁷⁵⁴ CourEDH, *X. et Y. C. Pays-Bas*, 26 mars 1985.

⁷⁵⁵ CourEDH, *T c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, §§ 85-91.

⁷⁵⁶ FORTIN J., *op. cit.*, p. 238.

⁷⁵⁷ CourEDH, *Stagno c. Belgique*, 7 juillet 2009.

l'article 6 § 1, droit à un procès équitable et accès à un tribunal, de la CEDH, observant notamment que, en jugeant que le délai de prescription courait également contre les mineurs, les juridictions belges avaient privilégié les intérêts des compagnies d'assurance. Or, il était pratiquement impossible aux requérantes de défendre leurs biens contre la société avant d'avoir atteint l'âge de la majorité et, lorsqu'elles l'ont atteint, leur action était prescrite. Ainsi, l'application rigide du délai de prescription, sans tenir compte des circonstances particulières de l'affaire, a empêché les requérantes de faire usage d'un recours qui leur était en principe disponible. Devant la CourEDH, les deux requérants mineurs à l'époque des faits alléguaient une violation de leur droit d'accès à un tribunal, se plaignant qu'en rejetant par la suite leur action contre la société pour motif de prescription, les juridictions belges les avaient privées de tout recours effectif devant un juge, la prescription n'ayant pas été suspendue pendant leur minorité alors qu'il leur était impossible d'agir en justice durant cette période.

De même, la Cour s'est prononcée sur les défauts de la représentation en justice nationale des requérants mineurs. Ainsi, dans l'affaire *A.M.M. c. Roumanie*⁷⁵⁸, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par l'État roumain. En l'espèce, le requérant est un enfant né hors mariage qui cherche, par la voie judiciaire, à établir qui est son géniteur. La Cour constate que l'État n'a pas rempli son obligation positive de représentation juridique de l'enfant lors du procès visant à établir la paternité du requérant mineur, alors que « *l'autorité tutélaire était investie pour veiller à ce que les intérêts des mineurs et des incapables soient préservés y compris dans les procédures judiciaires les concernant* »⁷⁵⁹. La Cour estime que « *les juridictions nationales n'ont pas respecté un juste équilibre entre le droit du requérant mineur de voir ses intérêts protégés dans la procédure afin de dissiper son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas participer à la procédure ni de subir des tests de paternité* »⁷⁶⁰.

Ainsi, l'article 6 de la CEDH a le grand potentiel de condamner les Etats pour le défaut de faciliter l'accès direct de l'enfant à la justice, chose qui n'est pas faite à l'heure actuelle. L'initiation par l'enfant des mécanismes alternatifs de règlement des conflits serait une solution qui demeure pourtant assez méconnue.

⁷⁵⁸ CourEDH, *A.M.M. c. Roumanie*, 14 février 2012.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, § 56.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, § 64.

2. Les mécanismes alternatifs de règlement des conflits

Dans les conditions où des entraves d'ordre national existent pour l'accès des enfants à la justice, il devrait y avoir une alternative de résolution des conflits où l'enfant aurait un rôle de participant. La médiation se présente comme un outil juridique positif (a), mais pas suffisamment mis en valeur (b).

a) Le bénéfice des mécanismes alternatifs de règlement des conflits pour l'enfant

Le Comité des droits de l'enfant est également favorable aux mécanismes de règlement des conflits tels que la médiation et l'arbitrage⁷⁶¹. La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants encourage même « *la mise en œuvre de la médiation ou de toute autre méthode de résolution des conflits et leur utilisation pour conclure un accord, dans les cas appropriés déterminés par les Parties* », « *afin de prévenir ou de résoudre les conflits, et d'éviter des procédures intéressant les enfants devant une autorité judiciaire* »⁷⁶². L'effort du Conseil de l'Europe de privilégier les formes alternatives de règlement de conflits s'est soldé avec l'adoption par le Comité des Ministres de quatre recommandations en matière de médiation⁷⁶³, à savoir la Recommandation sur la médiation familiale⁷⁶⁴, la Recommandation sur la médiation en matière civile⁷⁶⁵, la Recommandation sur la médiation en matière pénale⁷⁶⁶ et la Recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées⁷⁶⁷. Notamment, selon l'alinéa 7 de la Recommandation sur la médiation familiale, le recours à la médiation peut « *améliorer la communication entre les membres de la famille, réduire le conflit entre les parties en présence, produire des accords à l'amiable, assurer la continuité des liens personnels entre les parents et les enfants, réduire les coûts financiers et sociaux de la séparation et du divorce pour les parties elles-mêmes et pour les États* ». Sur le plan international, l'article 7c de la Convention de La Haye fait obligation aux autorités centrales des États membres « *de coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs États respectifs pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable* ». Dans certains États, des

⁷⁶¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 32.

⁷⁶² Art. 13 Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.

⁷⁶³ Commission Européenne pour l'efficacité de la justice (Cepej), *Améliorer la Médiation dans les États Membres du Conseil de l'Europe, Normes et Mesures Concrètes*.

⁷⁶⁴ Recommandation No R (98)1 sur la médiation familiale.

⁷⁶⁵ Recommandation Rec (2002) 10 sur la médiation en matière civile.

⁷⁶⁶ Recommandation No R (99) 19 sur la médiation en matière pénale.

⁷⁶⁷ Recommandation Rec (2001)9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées.

dispositifs de médiation expressément mis en place pour les affaires d'enlèvement international d'enfants existent et ont prouvé leur efficacité⁷⁶⁸. Dans l'affaire *M.K. c. Grèce*, la CourEDH voit la médiation en matière d'enlèvement international d'enfant comme « *l'unique solution pacifique, adéquate et tenant compte de l'état psychologique de l'enfant. L'existence d'une voie de médiation civile dans le système judiciaire national, comme le préconise la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n° Rec (98)1 sur la médiation familiale, est souhaitable en tant qu'aide à une telle coopération à l'ensemble des parties au litige* »⁷⁶⁹.

En effet, bien que l'on considère souvent la participation de l'enfant dans le cadre de la procédure judiciaire, le bénéfice pour l'enfant de pouvoir procéder aux méthodes alternatives de règlement des conflits est très largement soutenu. Celles-ci sont les plus utilisées dans les litiges concernant les responsabilités parentales après une séparation⁷⁷⁰, mais ont la tendance à s'étendre à toute question qui concerne un intérêt de l'enfant⁷⁷¹.

b) La disponibilité de l'action personnelle de l'enfant dans le cadre de la médiation

Le sujet de l'accès de l'enfant aux formes alternatives de règlement des conflits n'est pas très clair dans la littérature juridique. La médiation internationale en matière d'enlèvement international d'enfant ne prévoit pas de procédure de saisine ouverte à l'enfant⁷⁷². Bien que ce fait puisse s'expliquer par la complexité des affaires, l'impératif d'une prise de décision rapide⁷⁷³, les difficultés culturelles et linguistiques⁷⁷⁴, il n'est pas non plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁷⁵. Selon les Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des Recommandations existantes concernant la médiation familiale en matière civile de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, les États membres et les autres organismes

⁷⁶⁸ Voir Conférence de la Haye de droit international privé, *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, p. 31

⁷⁶⁹ CourEDH, *M.K. c. Grèce*, préc., § 78 ; CourEDH, *Cengiz Kılıç c. Turquie*, 6 décembre 2011, §§ 132-133 ; CourEDH, *Kacper Nowakowski c. Pologne*, 10 janvier 2017, § 87.

⁷⁷⁰ FRA, *Child-friendly justice – Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States*, 2015, p. 47 ; V. résemé en français - Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Une justice adaptée aux enfants – points de vue et expériences de professionnels*, 2015.

⁷⁷¹ GERSCH I. S., GERSCH A., *Resolving Disagreement in Special Educational Needs, A practical guide to conciliation and mediation*, Routledge Farmer, 2003.

⁷⁷² Conférence de la Haye de droit international privé, *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, point 4.1, p. 45.

⁷⁷³ Recommandation No R (98)1 sur la médiation familiale, point VIII b) : « *dans le cas d'un déplacement sans droit ou de la rétention de l'enfant, la médiation internationale ne devrait pas être utilisée si elle risque de retarder le retour rapide de l'enfant* ».

⁷⁷⁴ Conférence de la Haye de droit international privé, *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, point 2, p. 29 et suiv.

⁷⁷⁵ Recommandation No R (98)1 sur la médiation familiale, point 3.

participant à la médiation devraient « *collaborer en vue d'établir des critères d'appréciation communs à l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris la possibilité pour les enfants de prendre part au processus de médiation. Ces critères devraient comprendre la pertinence de l'âge de l'enfant ou sa maturité mentale, le rôle des parents et la nature du litige. Le Conseil de l'Europe, en coopération avec l'Union européenne, pourrait y contribuer.* »⁷⁷⁶ La CourEDH confirme par rapport au besoin de la médiation que « *la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées constituent toujours un facteur important* »⁷⁷⁷.

Cela dit, les enfants devraient avoir la possibilité de s'adresser à un médiateur ou à une personne occupant des fonctions comparables dans tous les établissements pour enfants, entre autres dans les écoles et les garderies, afin de faire entendre leurs plaintes. Les enfants devraient savoir qui sont ces personnes et comment les contacter. Dans le cas de différends au sein de la famille en ce qui concerne la prise en compte de l'opinion de l'enfant, celui-ci devrait pouvoir s'adresser à une personne des services communaux de la jeunesse⁷⁷⁸.

Dans certains pays, il existe des organismes locaux ou communautaires pour la protection de l'enfance, qui peuvent offrir diverses solutions. Par exemple, en Islande, les enfants et leurs représentants peuvent porter des affaires devant des comités de protection de l'enfant, nommés par les gouvernements locaux pour contrôler les conditions de protection de l'enfant et appliquer des recours, le cas échéant⁷⁷⁹. En France, pour les conflits scolaires, allant de la maternelle et jusqu'à l'enseignement supérieur, les enfants et les familles peuvent s'adresser au médiateur académique qui reçoit les réclamations d'ordre individuel concernant le fonctionnement du service public⁷⁸⁰. Pourtant, en analysant la procédure de saisine, on s'aperçoit qu'elle peut s'avérer difficile pour l'enfant. En effet, le médiateur peut être saisi avant, pendant ou après une procédure devant la justice quand un différend avec l'administration de l'Éducation nationale n'a pas trouvé de solution satisfaisante pour l'intéressé au niveau du service compétent. Il ne peut intervenir qu'après une démarche auprès de l'autorité administrative compétente responsable d'une réponse négative ou d'absence de réponse.

Les droits d'accès à la justice des enfants dans les pays européens restent, comme on vient de le voir, encore à un stade insuffisant. Ce fait représenterait un empêchement pour l'accès à la

⁷⁷⁶ Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), *Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des Recommandations existantes concernant la médiation familiale en matière civile de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice*, 2007, point 26 et 27.

⁷⁷⁷ CourEDH, *M.K. c. Grèce*, préc., § 78 ; CourEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, préc., § 83.

⁷⁷⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, préc., § 46.

⁷⁷⁹ Voir le site du CRIN.

⁷⁸⁰ <http://www.education.gouv.fr/cid3998/faire-appel-au-mediateur.html>

justice internationale des enfants, malgré une extension des garanties procédurales dans les textes internationaux.

B. L'encadrement de l'accès à la justice de l'enfant en droit international

Les politiques et les procédures visant à protéger les droits des enfants impliqués dans les processus de justice internationale, soit devant la Cour européenne des droits de l'Homme (1), soit devant les autres juridictions qui admettent les requêtes individuelles (2), devraient inclure un accent spécifique sur les capacités évolutives de l'enfant⁷⁸¹ et sur une approche *child-centred*.

1. Le statut procédural de l'enfant devant la Cour Européenne des droits de l'Homme

La Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu dès sa création un statut procédural de l'enfant égal à celui de l'adulte concernant l'introduction de la requête (a). En revanche, elle adopte une approche *child-centred* par rapport aux exigences de la représentation (b).

a) La requête individuelle ouverte à l'enfant

L'efficacité de l'accès à la justice en générale, et de l'accès à la justice de l'enfant en particulier, s'évalue à travers la disponibilité des procédures de plaintes en vertu des traités des droits de l'Homme. La question centrale qui se pose ainsi est de savoir si l'enfant dispose de la qualité nécessaire afin d'intenter une telle action⁷⁸².

La CDE ne prévoit pas expressément le droit de pétition individuelle pour l'enfant⁷⁸³. L'enfant peut, en principe, saisir la CourEDH, à condition qu'il soit victime d'une violation présumée des droits prévus par la convention⁷⁸⁴. Ce fait découle d'une disposition générale, qui ne prévoit pas expressément les enfants tout en les sous-entendant⁷⁸⁵. Toutefois, en pratique, ce droit est difficilement réalisable par défaut des procédures adaptées spécialement aux enfants. La

⁷⁸¹ AG, Principe 6, *Principles for child protection and participation in transitional justice*, Report of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, UN Doc. A/65/219, 2010.

⁷⁸² SCHEININ M., « Access to justice before international human rights bodies: reflections on the practice of the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights », in FRANCONI F. (dir.), *préc.*, p. 267.

⁷⁸³ Par rapport à la Charte africaine qui intègre le droit de pétition individuelle pour tous les enfants à l'article 44. D'ailleurs, selon Jane Fortin, une telle disposition au stade de la rédaction de la CDE était susceptible de décourager certains pays en développement de ratifier la Convention. V. FORTIN J., *préc.*, p. 152.

⁷⁸⁴ Art. 34 CEDH.

⁷⁸⁵ Art. 1 CEDH.

CourEDH ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes⁷⁸⁶. Ainsi, même si l'art. 34 ne subordonne pas le droit d'un particulier de saisir la Cour à des exigences portant sur la capacité juridique, un mineur risque de ne pas pouvoir y arriver à cause de l'impossibilité de correspondre à cette exigence de recevabilité. La Cour, toutefois, a construit des moyens de contournement de cet obstacle de non-épuisement⁷⁸⁷. Donc, même s'il ne jouit pas dans son ordre juridique de la capacité d'exercer ses droits en justice, la logique est qu'en ce qui concerne les mineurs, il est important que leur accès de jure et *de facto* aux organes internationaux des droits de l'Homme ne soit pas nécessairement déterminé par des lois nationales qui, en raison de leur nature restrictive, peuvent être au cœur de la violation des droits de l'Homme⁷⁸⁸.

À première vue, la CourEDH est libérale en ce qui concerne le fait que l'article 34 prévoit explicitement des demandes « *de toute personne, organisation non gouvernementale ou groupe d'individus prétendant être victime d'une violation* ». Pourtant, l'article 34 de la Convention n'autorise pas à se plaindre *in abstracto* de violations de la Convention ni d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits qui y sont reconnus ; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention⁷⁸⁹.

De ce fait, l'histoire de la Cour connaît plusieurs affaires où les requêtes individuelles ont été introduites directement par les enfants. Au début de l'activité de la Cour, leur nombre était infime pour s'accroître au fil des années et atteindre actuellement un niveau important. Une des plus anciennes requêtes a été introduite par un adolescent de 15 ans condamné à un châtimement judiciaire corporel⁷⁹⁰, suivi par d'autres dont les plus représentatives sont la requête d'une adolescente de 17 ans en garde à vue relative aux tortures et à un viol subis⁷⁹¹, la requête du mineur battu par son père dont l'affaire est importante car elle reconnaît le droit d'un mineur incapable d'agir en justice au regard du droit interne de saisir la Cour, sans être représenté par un tuteur ou curateur⁷⁹². Par la suite, les requêtes directes des enfants sont devenues une

⁷⁸⁶ Art. 35 CEDH.

⁷⁸⁷ BERRO-LEFEVRE I., « L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'Homme », in J.-P. Costa, Justice internationale pour les enfants, *préc.*, p. 70.

⁷⁸⁸ FRANCIONI F. (dir.), *préc.*, p. 267.

⁷⁸⁹ CourEDH, Guide pratique sur la recevabilité, 4e éd., Mise à jour au 28 février 2017, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_FRA.pdf ; SAURON J.-L., *Procédures devant les juridictions de l'Union européenne et devant la CEDH*, Gualino Editeur, 2016, § 562.

⁷⁹⁰ CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978.

⁷⁹¹ CourEDH, *Aydin C. Turquie*, 25 septembre 1997.

⁷⁹² CourEDH, *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998.

normalité, surtout par rapport aux allégations découlant de l'article 8 de la CEDH. Il faut quand même préciser que la plupart des requêtes adressées par les mineurs sont accompagnées par celles des adultes⁷⁹³. Cependant, les requêtes solitaires qui témoignent d'un degré avancé de l'autonomie procédurale de l'enfant sont également présentes⁷⁹⁴.

b) L'absence d'approche restrictive et technique par rapport à la représentation de l'enfant

La Cour européenne des droits de l'Homme s'est montrée très tolérante par rapport aux exigences procédurales dans la représentation des enfants devant la Cour. Effectivement, afin de donner « la parole » à l'enfant et pour « *que tous les problèmes graves concernant le respect des droits de l'enfant soient examinés* »⁷⁹⁵, elle supprime toute barrière procédurale qui peut s'entrevoir dans l'article 34 de la Convention. Vu cette règle générale et plus concrètement l'article 45 § 3 du règlement de la Cour, lorsque les victimes sont représentées, « *son ou ses représentants doivent produire une procuration ou un pouvoir écrit* »⁷⁹⁶. Il est essentiel que les représentants démontrent qu'ils ont reçu des instructions spécifiques et explicites de la victime présumée au nom de laquelle ils prétendent agir devant la Cour⁷⁹⁷. Sauf que par rapport aux enfants, la Cour n'exige pas l'accomplissement d'une telle condition qui nécessite une certaine compétence et un certain âge dont généralement l'enfant ne dispose pas. La Cour évite ainsi d'appliquer « *une approche restrictive ou technique dans ce domaine* »⁷⁹⁸. En effet, afin de répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour adopte une approche extensive du *locus standi*.

Ainsi, la Cour connaît une jurisprudence riche où des requêtes introduites par des particuliers au nom des enfants ont ainsi été déclarées recevables alors même qu'aucun type de pouvoir valable n'avait été présenté. Les représentants ont généralement un lien familial avec le mineur,

⁷⁹³ CourEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* ; CourEDH, *M. et M. c. Croatie* ; CourEDH, *M.K. c. Grèce*.

⁷⁹⁴ CourEDH, *Kahn c. Allemagne*, 17 mars 2016.

⁷⁹⁵ CourEDH, *N. TS. et les autres c. Géorgie*, préc., § 54 ; CourEDH, *Scozzari et Giunta, préc.*, § 138 ; CourEDH, *Tonchev c. Bulgarie*, préc., § 31 ; CourEDH, *Hromadka et Hromadkova c. Russie*, 11 décembre 2014, § 118.

⁷⁹⁶ Règlement de la Cour, 1^{er} août 2018, article 45§3.

⁷⁹⁷ CourEDH, *N. TS. Et les autres c. Géorgie*, préc. ; CourEDH, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], préc., § 102.

⁷⁹⁸ CourEDH, *N. TS. Et les autres c. Géorgie*, préc., § 54 ; CommEDH, *SD, DP et AT c. Royaume-Uni*, 20 mai 1996 ; CourEDH, *P., C. et S. c. Royaume-Uni* (déc.), 11 décembre 2001 ; CourEDH, *C. et D. c. Royaume-Uni* (déc.), 31 août 2004 ; CourEDH, *Giusto, Bornacin et V. c. Italie*, préc. ; CourEDH, *Moretti et Benedetti c. Italie*, 27 avril 2010, § 32 ; CourEDH, *Šneerson et Campanella c. Italie*, 12 juillet 2011, § 61 ; CourEDH, *MD et autres c. Malte*, 17 juillet 2012, § 37 ; CourEDH, *AK et L. c. Croatie*, 8 janvier 2013, § 47.

comme ils peuvent être des étrangers,⁷⁹⁹ mais « *leur locus standi aux termes de la Convention dérive d'un lien de facto avec la mineure, intense et stable* »⁸⁰⁰. Ainsi, selon la Cour, « *en principe une personne n'ayant pas, au plan interne, le droit de représenter une autre personne peut tout de même, dans certaines circonstances, agir devant la Cour au nom de cette autre personne* » et ce, en particulier, lorsqu'il y a un conflit d'intérêts entre la personne qui souhaite introduire la requête à Strasbourg et celle qui, formellement, a la garde de l'enfant⁸⁰¹. En principe, il n'y a pas de règle stricte quant à la qualité du représentant de l'enfant, « *en particulier, il faut tenir compte des liens entre l'enfant concerné et ses "représentants", de l'objet et du but de la requête ainsi que de l'existence d'un conflit d'intérêts* »⁸⁰².

Plus concrètement, la Cour a jugé dans les arrêts *Scozzari et Giunta c. Italie*⁸⁰³ et *Moser c. Autriche*⁸⁰⁴ qu'une mère privée de l'autorité parentale a, dans sa qualité de mère biologique, le pouvoir de saisir la Cour au nom de ses enfants afin de protéger leurs propres intérêts, notamment en cas de conflit avec la personne investie par les autorités de la tutelle de ses enfants. Aussi, en partant de l'intérêt supérieur de l'enfant, dans l'affaire *AMM c. Roumanie*, la Cour accepte que l'enfant handicapé soit représenté par sa grand-mère maternelle, alors qu'initialement il était représenté par sa mère atteinte elle aussi par un handicap grave⁸⁰⁵.

Dans une affaire récente *N.Ts. et les autres c. Géorgie*⁸⁰⁶, la requérante se plaignait au nom et pour le compte de ses neveux. Ce fait était déterminé par la profonde vulnérabilité des trois enfants de dix et six ans après le décès de leur mère et leur attitude hostile envers leur père. En effet, les enfants se sont retrouvés privés de tout moyen pratique de déposer eux-mêmes une plainte auprès de la Cour. Ils n'avaient personne à l'exception de leur tante maternelle qui pourrait se plaindre en leur nom. Selon la requérante, la position vulnérable des enfants justifiait l'application d'une approche moins restrictive en ce qui concerne le *locus standi* dans le cas présent. Dans ses commentaires sur la soumission susmentionnée, le Gouvernement a affirmé

⁷⁹⁹ CourEDH, *S.P., D.P. et A.T. c. Royaume-Uni* où une requête avait été introduite par un solicitor au nom d'enfants qu'il avait représentés lors de la procédure interne, dans laquelle il avait été désigné par le tuteur *ad litem*.

⁸⁰⁰ CourEDH, *Giusto, Bornacin et V. c. Italie*, préc.

⁸⁰¹ CourEDH, *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, § 138 ; CourEDH, *Giusto, Bornacin et V. c. Italie*, préc.

⁸⁰² CourEDH, *Giusto, Bornacin et V. c. Italie* ; CourEDH, *S.D., D.P., et T. c. Royaume-Uni*, préc.

⁸⁰³ CourEDH, *Scozzari et Giunta c. Italie*, préc., § 138.

⁸⁰⁴ CourEDH, *Moser c. Autriche*, 21 septembre 2006, § 60.

⁸⁰⁵ CourEDH, *AMM c. Roumanie*, 14 février 2012.

⁸⁰⁶ CourEDH, *N.Ts. et autres c. Géorgie*, préc.

que la tante n'avait pas qualité pour se plaindre au nom de ses neveux. La Cour, en s'appuyant sur sa jurisprudence sur le sujet⁸⁰⁷, donne raison à la requérante.

Aussi bien dans l'affaire susmentionnée, la Cour fait référence à l'affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, pour argumenter la possibilité de représentation des victimes d'infractions alléguées aux articles 2, 3 et 8 de la Convention sans mandat écrit et signé. La particularité de ce cas s'exprime par la consécration d'une possibilité de représentation du requérant par une association. Bien que cette affaire ne concerne pas un mineur, mais bien une personne atteinte d'un handicap mental, ce raisonnement est susceptible de s'appliquer aussi bien par rapport aux enfants, en tant qu'êtres vulnérables⁸⁰⁸.

Hormis la Cour européenne des droits de l'Homme, l'enfant est susceptible d'exercer son autonomie procédurale auprès de la Cour pénale internationale.

2. L'autonomie procédurale de l'enfant devant les autres juridictions internationales

L'enfant peut également exercer son autonomie procédurale auprès de la Cour pénale internationale (CPI). Sans entrer profondément dans la philosophie de la justice pénale internationale mise en place par la CPI et son apport important au discours sur l'enfant protagoniste des crimes internationaux « les plus graves »⁸⁰⁹, il nous paraît essentiel de souligner le respect de la CPI pour les principes généraux de la Convention relative aux droits de l'enfant dans toute question de procédure (a) ainsi que le défi de leur mise en œuvre (b).

a) Les principes généraux de la prise en compte de l'article 12 de la CDE par la CPI

Postérieure à la CDE, la procédure mise en place par la Cour pénale internationale est censée se conformer aux droits de l'enfant, dont principalement son droit à la participation procédurale.

Effectivement, selon le Statut de Rome, l'enfant peut saisir la Cour, mais uniquement dans son statut de victime ou témoin, car selon l'article 26 du Statut de Rome « *la Cour n'a pas*

⁸⁰⁷ CourEDH, *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, §§ 24-28 ; CourEDH, *Micallef c. Malte*, 15 janvier 2008, §§ 44-51.

⁸⁰⁸ CourEDH, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, §103 : « Une attention particulière a été accordée à des facteurs de vulnérabilité, tels que l'âge, le sexe ou le handicap, propres à empêcher certaines victimes de soumettre leur cause à la Cour, compte dûment tenu par ailleurs des liens entre la victime et la personne auteur de la requête ». Voir aussi, CourEDH, *Ilhan c. Turquie*, 23 janvier 2018, § 53 ; CourEDH, *Y.F. c. Turquie*, 22 juillet 2003, § 29 ; CourEDH, *N.Ts. et autres c. Géorgie, préc.*, § 52.

⁸⁰⁹ Statut de Rome, article premier. Les crimes relevant de la Compétence de la Cour selon l'article 5 du Statut de Rome sont : « a) Le crime de génocide ; b) Les crimes contre l'humanité ; c) Les crimes de guerre ; d) Le crime d'agression ». Ce sujet sera étudié dans la deuxième partie de la thèse.

compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime »⁸¹⁰. Donc, même si cela paraît irréel, un infracteur mineur ne pourra pas saisir la Cour pénale internationale pour avoir commis un crime international. La participation procédurale des victimes, y compris des enfants en tant que victimes des crimes sur les mineurs⁸¹¹, est réglementée essentiellement par l'article 68.3 du Statut de Rome qui dispose : « Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve. »⁸¹² Plus concrètement, vu la Règle 89.1 du Règlement de Procédure et de Preuve, « les victimes qui veulent exposer leurs vues et leurs préoccupations adressent une demande écrite au Greffier, qui la communique à la Chambre compétente », en ce qui concerne les enfants, cette demande peut être introduite par une personne au nom de l'enfant⁸¹³. À la facilitation de la participation de l'enfant contribue la Division d'aide aux victimes et aux témoins qui peut désigner, selon la règle 17.3 du Règlement, « un accompagnateur qui aide l'enfant à toutes les phases de la procédure ».

Aussi, le statut de la CPI a été rédigé avec une attention particulière pour la sécurité, la dignité et le respect de la vie privée des victimes mineures. Notamment, à l'article 68, le Statut de Rome, après avoir relevé les principes généraux quant au besoin de protection de la vie privée des victimes et témoins⁸¹⁴, se concentre sur l'exception du principe de la publicité des débats en particulier à l'égard d'un enfant⁸¹⁵. Des mesures spéciales par rapport à l'enfant sont

⁸¹⁰ *Ibid.*, article 26.

⁸¹¹ Voir CHAMBERLAIN BOLAÑOS C., *Children and the International Criminal Court : analysis of the Rome Statute through a children's rights perspective*, E.M. Meijers Institute, Faculty of Law, Leiden University, 2014, McGonigle Leyh, this is the concept of "victim participant". See Brianne McGonigle Leyh, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, (Intersentia 2011), 235.

⁸¹² Statut de Rome, art. 68.3

⁸¹³ Règlement, règle 89.3

⁸¹⁴ Art. 68.1 : « La Cour prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins. Ce faisant, elle tient compte de tous les facteurs pertinents, notamment l'âge, le sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, et l'état de santé, ainsi que la nature du crime, en particulier, mais sans s'y limiter, lorsque celui-ci s'accompagne de violences à caractère sexuel, de violences à caractère sexiste ou de violences contre des enfants. Le Procureur prend ces mesures en particulier au stade de l'enquête et des poursuites. Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. »

⁸¹⁵ *Ibid.*, art. 68.2 : « Par exception au principe de la publicité des débats énoncé à l'article 67, les Chambres de la Cour peuvent, pour protéger les victimes et les témoins ou un accusé, ordonner le huis clos pour une partie quelconque de la procédure ou permettre que les dépositions soient recueillies par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux. Ces mesures sont appliquées en particulier à l'égard d'une victime de violences sexuelles

également prévues à la Règle 88 du Règlement de Procédure et de Preuve, tout en soulignant que « *les atteintes à la vie privée des victimes et des témoins risquant de mettre les intéressés en danger* »⁸¹⁶.

À juste titre, Chamberlain souligne la nécessité d'informer les victimes de la possibilité qu'elles ont de participer à une procédure pénale internationale⁸¹⁷. Mais, selon ses études, le droit à l'information qui est une condition préalable à la réalisation effective du droit des enfants à exprimer leurs points de vue n'est pas adéquatement prévu ni mis en œuvre. Et il paraît que ce n'est pas l'unique difficulté que la Cour rencontre concernant la mise en œuvre de l'autonomie procédurale de l'enfant.

b) Les cas concrets de mise en œuvre de l'article 12 de la CDE dans la jurisprudence de la CPI

La jurisprudence de la CPI est loin d'être homogène en ce qui concerne la possibilité pour les enfants de participer sans le consentement de leurs parents, seuls ou par l'intermédiaire d'un adulte agissant en leur nom. À cause de l'absence d'une vision générale unique sur la participation des victimes, la Cour est très hétéroclite quant au sujet de la représentation de l'enfant. En effet, les premières décisions de la CPI ont rejeté certaines demandes présentées au nom d'enfants ou présentées directement par les enfants eux-mêmes, car elles n'incluaient pas le consentement de leurs parents ou de leur tuteur légal⁸¹⁸. Dans ce sens, l'affaire *Lubanga*⁸¹⁹ est d'une importance cruciale, car autorise les enfants à agir seuls, sans consentement parental ou à être représentés par des adultes agissant en leur nom, sans restriction aucune. Le raisonnement de la Chambre s'est basée, par rapport à cette question, sur l'Observation Générale n°6 du Comité pour les droits de l'enfant « *in which it was recognised that separated or unaccompanied children (defined as children who have been separated from both parents, other relatives or from any previous legal or customary primary caregiver), in some situations "have no access to proper and appropriate identification, registration, age assessment, documentation family tracing, guardianship systems or legal advice". The Committee further*

ou d'un enfant qui est victime ou témoin, à moins que la Cour n'en décide autrement compte tenu de toutes les circonstances, en particulier des vues de la victime ou du témoin. »

⁸¹⁶ Règle 88.4

⁸¹⁷ CHAMBERLAIN BOLAÑOS C., *op. cit.*, p.154.

⁸¹⁸ CPI, *DRC situation*, Decision on the applications for participation filed in connection with the investigation in the Democratic Republic of Congo by Applicants a/0047/06 to a/0052/06, a/163/06 to a/0187/06, a/0221/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06, and a/0241 to a/0250/06' (3 July 2008) ICC-01/04-505, § 31.

⁸¹⁹ CPI, *Lubanga case, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo ICC-01/04-01/06*, 14 mars 2012.

noted that in large-scale crises, where it will be difficult to establish guardianship arrangements on an individual basis, the rights and best interests of separated children should be safeguarded and promoted by States and organisations working on behalf of these children »⁸²⁰.

La Chambre de première instance II dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo* a également décidé que les enfants pouvaient présenter eux-mêmes une demande. De même, elle a accepté qu'une déclaration signée de deux témoins crédibles puisse être utilisée comme preuve de parenté ou de tutelle lorsqu'un adulte agit pour le compte d'un enfant victime. Cependant, elle a conclu que cela devrait être fait au cas par cas en tenant compte de la maturité de l'enfant et de sa capacité à prendre des décisions⁸²¹. Cette décision est en fait conforme à la CDE, dans la mesure où la maturité d'un enfant est non seulement liée à l'âge, mais peut également être tirée de son expérience, de son environnement et de son niveau de soutien.

Néanmoins, dans l'affaire *Bemba*⁸²², la Chambre de première instance III s'est éloignée des deux autres Chambres de première instance et a exigé la preuve de la parenté et de la tutelle entre l'enfant victime et la personne agissant en son nom. Elle a donc demandé à un adulte de soumettre le formulaire de demande de participation au nom de l'enfant victime. Dans les affaires concernant la situation au Kenya, la Chambre de première instance V, s'agissant des enfants victimes, a également exigé que le consentement de son parent ou de son tuteur légal soit fourni, si possible⁸²³.

Ainsi, on assiste à un durcissement des conditions de saisine de la CPI par un enfant. Bien que la Cour se soit montrée flexible sur ce sujet, elle devrait néanmoins adopter une réglementation stable de la participation des victimes mineures, en prenant en compte les droits de l'enfant énoncés dans la CDE. Chamberlaine observe que la norme souple adoptée par les Chambres de première instance I et II autorisant les enfants victimes à participer à une procédure pénale devrait être privilégiée. Cette approche prend en compte le fait que le consentement des parents

⁸²⁰ CPI, *Lubanga case*, «Annex A1 to the Order issuing public redacted annexes to the Decisions on the applications by victims to participate in the proceedings of 15 and 18 December 2008 », 8 May 2009, ICC-01/04-01/06-1861-AnxA1, §§ 59-60.

⁸²¹ CPI, *Katanga and Ngudjolo case*, « Motifs de la décision relative aux 345 demandes de participation de victimes à la procédure », 23 September 2009, ICC-01/04-01/07-1491-Red, § 98.

⁸²² CPI, « Decision defining the status of 54 victims who participated at the pre-trial stage, and inviting the parties' observations on applications for participation by 86 applicants », 22 February 2010, ICC-01/05 01/08-699 § 36.

⁸²³ CPI, *Ruto and Sang case*, « Decision on the protocol concerning the handling of confidential information and contacts of a party with witnesses whom the opposing party intends to call », 24 August 2012, ICC-01/09-01/11-449, Annex 1, § 33.

ou la tutelle légale est parfois impossible dans les situations de conflit armé ou de violation massive des droits de l'homme, dans lesquelles les enfants sont très souvent orphelins ou non accompagnés⁸²⁴.

§2. L'établissement d'un système de communications spécial enfant

Il serait, aussi, essentiel pour le respect des droits de l'enfant que l'accès à la justice soit direct, sans qu'ils aient à être représentés par leur tuteur. Le droit international a évolué dans ce sens avec l'adoption du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, qui établit une procédure de présentation de communications spécial enfant. Ce Protocole offre un recours aux enfants au niveau international lorsque leurs droits sont bafoués. Les enfants peuvent saisir le Comité des droits de l'enfant seul ou par l'intermédiaire de leur représentant **(B)**. Auparavant, cette fonction en partie était exercée par les autres Comités de l'ONU **(A)**.

A. Le statut procédural de l'enfant avant l'adoption du troisième Protocole

Les procédures internationales en matière de requête qui étaient susceptibles de couvrir également les droits de l'enfant avant l'adoption de ce protocole existaient, pourtant la pratique a montré leur inefficacité. Effectivement, les rares requêtes qui ont été introduites au nom d'enfant visaient avant tout à faire valoir les droits des parents plutôt que ceux des enfants requérants⁸²⁵. Néanmoins, la jurisprudence des Comités témoigne d'une prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment en ce qui concerne sa représentation **(1)**, aussi bien que sa participation plus large dans le cadre d'une communication collective **(2)**.

1. Les requêtes relatives à l'enfant devant les Comités de l'ONU

À la différence des autres traités sur les droits de l'Homme, la CDE n'a pas disposé pendant 20 ans d'une procédure de recours individuels distincte. D'autres mécanismes des droits de l'Homme au sein du système de l'ONU ainsi que les organes de contrôle des droits de l'Homme européens s'intéressent de près à la violation des droits des enfants reconnues par la convention. Par contre, le Comité des droits de l'enfant a très tôt reconnu son rôle en traitant des affaires individuelles et urgentes de violations des droits de l'enfant et en veillant à ce que les organismes et les mécanismes compétents en matière de droits de l'Homme soient saisis lorsque

⁸²⁴ CHAMBERLAIN BOLAÑOS C., *op. cit.*, p. 169.

⁸²⁵ CONNORS J., « Les organes de contrôle des Nations Unies et la protection des droits des enfants », *in* Costa J.-P., *Justice internationale pour les enfants*, Conseil de l'Europe, 2009, p. 47.

des violations présumées sont portées à son attention. Les huit autres comités de l'ONU ont, dès l'entrée en vigueur des dispositions prévues à cet effet, la compétence d'examiner des communications provenant de particuliers.

Dans la Convention contre la discrimination raciale⁸²⁶, la Convention contre la torture⁸²⁷ et la Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants⁸²⁸, la possibilité d'un recours devant la commission compétente est déjà incluse dans le traité. Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention sur les droits de la femme⁸²⁹ et la Convention sur les droits des personnes avec handicap⁸³⁰, le droit de recours est inscrit dans un protocole facultatif séparé. Depuis 2008, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose également d'un tel protocole facultatif⁸³¹.

La considération primordiale en vertu de l'article 24 du PIDCP⁸³² est l'obligation de l'État d'assurer une protection spéciale des enfants. La jurisprudence existante élucide plusieurs domaines où les droits des mineurs ont été protégés, y compris l'interdiction du travail des enfants ; le recrutement militaire des mineurs ; la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants ; la pédophilie ; les mutilations génitales féminines ; le mariage d'enfants ; la détention indéfinie dans le contexte des procédures d'asile et d'expulsion ; le regroupement familial ; les mauvais traitements ; la violence domestique ; les droits de garde et de visite, en particulier le droit de l'enfant à maintenir le contact avec les deux parents ; les personnes disparues ; et le droit, notamment, à une nationalité, à des structures d'accueil pour les enfants et à l'éducation. L'importante jurisprudence du Comité des droits de l'Homme a

⁸²⁶ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur : le 4 janvier 1969, conformément aux dispositions de l'article 19.

⁸²⁷ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, conformément aux dispositions de l'article 27 (1).

⁸²⁸ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990.

⁸²⁹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, entrée en vigueur : le 3 septembre 1981, conformément aux dispositions de l'article 27 (1).

⁸³⁰ Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008.

⁸³¹ Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 2009.

⁸³² Art. 24 PIDCP : « 1. *Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.* 2. *Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom.* 3. *Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité* »

interprété et appliqué, *inter alia*, les articles 10, 17, 23 et 24 du PIDCP. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a interprété et appliqué, entre autres, les articles 5, 11 et 16.

Les règles de procédure des comités dotées de procédures de communications ou de pétitions ont des critères de recevabilité assez communs. Le statut de la personne qui soumet la communication est particulièrement pertinent dans le contexte des droits de l'enfant. Alors que dans certains pays, seul le parent ayant la garde a le pouvoir d'agir au nom d'un mineur, le Comité des droits de l'Homme a déclaré qu'un parent qui n'a pas la garde peut présenter une affaire au nom de son enfant mineur. Cette question a été soulevée dans l'affaire *P.S. c. Danemark*, dans laquelle un parent sans droit de garde présentait une affaire en son nom propre et au nom de son fils mineur. Bien que l'affaire ait été déclarée irrecevable pour non-épuisement des recours internes, il est important de noter que le Comité n'a pas estimé que le parent sans droit de garde n'avait pas qualité pour agir, mais qu'il reconnaissait au père le droit légitime de le représenter devant le Comité, les droits de l'Homme de son fils mineur. Toutefois, dans une affaire ultérieure, le Comité a fait marche arrière et a décidé qu'en l'absence d'une procuration de la femme et des enfants, M. Burgess n'avait pas qualité pour les représenter devant le Comité. Il conviendrait donc clarifier les circonstances dans lesquelles les enfants eux-mêmes seraient réputés avoir qualité pour agir devant le Comité des droits de l'Homme et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

2. Les requêtes relatives à l'enfant devant les Comités du Conseil de l'Europe

Sur le plan européen, le Comité des droits sociaux et le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ont eu affaire à des cas relatifs aux enfants.

La particularité des communications dans le cadre de la Charte sociale européenne consiste dans la possibilité de recourir au mécanisme de communication collective en vertu du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives⁸³³. En effet, par rapport à la communication individuelle, celle collective permet une évaluation objective et indépendante de la situation particulière en matière de violations des droits de l'enfant affectant un groupe plus important de mineurs, dont certains ou tous ne sont pas

⁸³³ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives STCE n°158, entré en vigueur le 1er juillet 1998.

identifiés individuellement. Ce mécanisme, entre autres, « améliore la mise en œuvre effective des droits sociaux garantis par la Charte » et « renforce la participation des partenaires sociaux et des organisations non gouvernementales ».

Par exemple, dans l'affaire *L'association pour la protection des enfants APPROACH c. France*⁸³⁴, une ONG défendant l'interdiction complète de tous les châtiments corporels infligés aux enfants, s'est plainte auprès du Comité européen des droits sociaux en faisant valoir que les dispositions du droit interne français contrevenaient à l'article 17 de la Charte sociale européenne révisée. L'organisation souligne qu'il n'existe pas d'interdiction expresse et effective de tous les châtiments corporels infligés aux enfants dans la famille, les écoles et d'autres milieux, et la France n'a pas agi avec la diligence requise pour éliminer ces châtiments dans la pratique. Le Comité a conclu à l'unanimité que la France avait enfreint l'article 17 de la Charte, dans la mesure où le droit français ne prévoyait aucune interdiction expresse et complète de toutes les formes de châtiments corporels infligés aux enfants.

Le mécanisme des communications collectives a permis de relever les problématiques récurrentes auxquelles se confrontent les enfants en Europe. En l'occurrence, un sujet des plus débattus dans les affaires auprès du Comité des droits sociaux concerne les migrations⁸³⁵. *Défense des enfants International Belgique c. Pays-Bas*⁸³⁶ est l'exemple d'une autre communication collective en vertu du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne. En l'espèce, l'ONG allègue que les mineurs étrangers non accompagnés qui se trouvent ou cherchent l'asile illégalement et les mineurs étrangers accompagnés qui résident illégalement se voient refuser le droit au développement complet, à la protection sociale, sanitaire, juridique et économique, à l'assistance sociale et médicale et à la protection contre la pauvreté, en violation de l'article 7 § 10, 11, 13, 16, 17 et 30 de la Charte. En effet, l'organisation relève que même s'ils ont légalement le droit de recevoir de l'aide sociale en Belgique, ils se voient actuellement refuser le droit cette assistance dans la pratique.

En guise de conclusion, on peut soutenir que même si les Comités sus mentionnés ont parfois pris en considération le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant, le point de vue de l'enfant dans leur jurisprudence jusqu'à présent est assez traditionaliste. Lorsqu'une attention

⁸³⁴ Comité européen des droits sociaux, *Association pour la protection des enfants (APPROACH) Ltd c. France*, Réclamation n° 92/2013.

⁸³⁵ Voir https://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/ecsr_collective_complains_fr.asp

⁸³⁶ Comité européen des droits sociaux, *Défense des enfants international (DEI) contre Belgique*, Réclamation n°69/2011.

particulière est accordée aux enfants, dans la plupart des cas, il s'agit d'objets de protection et non d'individus indépendants⁸³⁷. Donc, il était nécessaire d'adopter un instrument qui mettrait en valeur les droits de l'enfant consacrés par la CDE.

B. Un statut procédural contradictoire après l'adoption du troisième Protocole facultatif

À la différence des instruments précités, le troisième protocole facultatif à la CDE est adopté expressément pour les enfants. En effet, le 17 juin 2011, le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU a adopté par consensus et avec le patronage de 39 États une résolution⁸³⁸ demandant à l'Assemblée Générale des Nations Unies de consacrer la compétence du Comité des droits de l'enfant de recevoir et examiner des plaintes individuelles d'enfants pour violation de leurs droits, comme aussi des communications interétatiques et de mener des procédures d'enquête en cas de violations systématiques des droits. Sans aucun doute, le Protocole présente des avancées dans la prise en compte de la participation procédurale de l'enfant, cependant il garde encore des barrières à l'accès de l'enfant à la procédure (1), fait confirmé par la mise en œuvre lente du Protocole (2).

1. Les améliorations dans la prise en compte de l'autonomie procédurale de l'enfant

Le dernier Protocole facultatif à la CDE est novateur à plusieurs niveaux. D'abord, il consacre une nouvelle compétence du Comité des droits de l'enfant de recevoir et examiner des plaintes, comme aussi des communications interétatiques et de mener des procédures d'enquête en cas de violations systématiques des droits. Il est vrai que jusqu'à l'adoption du Protocole, le Comité des droits de l'enfant était l'unique organe de traité qui ne disposait pas de cette compétence. Le droit international met ainsi « *les droits de l'enfant au même rang que les autres droits humains et a reconnu que les enfants aussi ont le droit de faire appel à un mécanisme international, tout comme les adultes* »⁸³⁹.

Deuxièmement, par rapport aux premiers deux Protocoles facultatifs qui ont un caractère plutôt protecteur, celui-ci se distingue par son approche autonomisant quant aux droits de l'enfant.

⁸³⁷ STERN R., *op. cit.*, p. 6.

⁸³⁸ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail à composition non limitée sur un protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*, A/HRC/17/36, 25 mai 2011.

⁸³⁹ Défense des Enfants International (DEI) Belgique section francophone, *Communiqué de presse. Les ONG de défense des droits de l'enfant accueillent avec satisfaction la décision de l'ONU de créer une voie de recours internationale pour les enfants*, 19 décembre 2011, www.dei-belgique.be

Même la Cour Européenne des droits de l'Homme fait référence au préambule du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications dans son ambition d'argumenter la qualité de sujet de droit de l'enfant⁸⁴⁰. En effet, le préambule du Protocole réaffirme : « *le statut de l'enfant en tant que sujet de droit et en tant qu'être humain dont la dignité doit être reconnue et dont les capacités évoluent* ».

Ainsi, ce nouvel instrument, non seulement contribue à la mise en œuvre de manière plus efficace de la CDE, mais renforce le concept d'autonomie procédurale de l'enfant. Il se présente comme un instrument subsidiaire aux mécanismes nationaux et régionaux permettant aux enfants de présenter des plaintes pour violation de leurs droits, jusqu'à représenter pratiquement l'unique solution pour les enfants qui ont « *de grandes difficultés à se prévaloir des recours disponibles en cas de violation de leurs droits* »⁸⁴¹. En vérité, le Protocole dispose des moyens de compléter même la compétence des instances juridictionnelles internationales, comme la CPI, puisqu'il pourrait traiter de la responsabilité des États pour violations des droits de l'Homme, dans le contexte des crimes commis contre des enfants. Ce mécanisme pourrait également compléter la compétence de la CPI lorsque des procédures judiciaires risquent de ne pas être possibles selon les procédures de la juridiction ou lorsque la CPI n'a simplement pas compétence, par exemple quand les crimes sont commis sur le territoire d'un État non parti⁸⁴².

En fait, l'idée principale de ce Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant c'est d'autoriser les enfants à soumettre eux-mêmes leurs communications⁸⁴³. Cela signifie que tout enfant lésé dans ses droits peut introduire un recours individuel auprès du Comité pour les droits de l'enfant. Conformément à ses règles de procédure, la représentation est également autorisée⁸⁴⁴ et, dans les cas où le consentement n'est pas possible, le Comité peut accepter la communication s'il la considère dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁴⁵. De même, le Protocole prévoit que le Comité adopte des règles de procédure relatives à ce recours en prenant aussi en

⁸⁴⁰ CourEDH, *M. et M c. Croatie*, §171.

⁸⁴¹ Préambule, Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, adopté à New York le 19 décembre 2011, entré en vigueur le 7 avril 2016. Voir également GROVER S. C., *Children defending their human rights under the CRC Communications Procedure, On strengthening the Convention of the rights of the child complaints mechanism*, Springer, 2015.

⁸⁴² CHAMBERLAIN BOLAÑOS C., *op.cit.*

⁸⁴³ Art. 5 Protocole.

⁸⁴⁴ Art. 3 Protocole.

⁸⁴⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Règlement intérieur au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*, CRC/C/62/3, 16 avril 2013, règle 13.

considération les droits et l'opinion de l'enfant, en accordant à celle-ci le poids voulu en fonction de l'âge et du degré de maturité de l'enfant⁸⁴⁶. Ainsi, l'adoption de ce protocole renforce, avant tout, la prise en compte de l'opinion de l'enfant qui « *met en exergue le rôle de l'enfant en tant que participant actif à la protection et à la surveillance de ses propres droits* »⁸⁴⁷. Aussi, il intègre les autres principes généraux et droits de la CDE comme la protection de la vie privée des victimes, la possibilité de mesures conservatoires⁸⁴⁸, la protection du principe d'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁴⁹.

En effet, le Protocole établit un mécanisme permettant aux enfants de porter plainte devant le Comité de l'ONU d'une violation présumée des droits, tout en mettant l'accent sur l'importance de l'opinion de l'enfant durant la procédure, pourtant certaines conditions d'admissibilité de la requête peuvent représenter des obstacles.

2. L'imperfection du Protocole dans la consolidation de l'autonomie procédurale de l'enfant

Les conditions de recevabilité de la requête peuvent représenter des obstacles à la présentation des communications par les enfants⁸⁵⁰. Même si la condition de la flexibilité dans le choix des critères de recevabilité, pour que le processus soit effectivement accessible aux enfants, occupait une place importante lors des travaux préparatoires, l'article 7 du protocole est sorti assez complexe⁸⁵¹. À l'instar de la CourEDH, les enfants sont soumis à l'obligation d'épuisement des voies de recours internes. Le Comité envisage, pourtant, dans certaines

⁸⁴⁶ Art. 2 et 3 du Protocole.

⁸⁴⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°5, *préc.*, § 4

⁸⁴⁸ Art. 10 Protocole.

⁸⁴⁹ Art.2 Protocole : « *Dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées par le présent Protocole, le Comité est guidé par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant* », art. 3.2 : « *Le Comité inclut dans son règlement intérieur des garanties visant à empêcher que l'enfant ne soit manipulé par ceux qui agissent en son nom et peut refuser d'examiner une communication s'il considère qu'elle ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant.* »

⁸⁵⁰ SAHEB-GHEZALI L., « Le troisième protocole additionnel de la CDE : plaintes internationales pour violations des droits de l'enfant », *Revue Droit & Santé*, N°73, Droits des patients, pp. 746-748.

⁸⁵¹ Le Comité déclare irrecevable une communication lorsque: a) la communication est anonyme; b) la communication n'est pas présentée par écrit; c) la communication constitue un abus du droit de présenter de telles communications ou est incompatible avec les dispositions de la Convention ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant; d) la même question a déjà été examinée par le Comité ou a été ou est examinée au titre d'une autre procédure internationale d'enquête ou de règlement; e) tous les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés; cette règle ne s'applique pas si la procédure de recours excède des délais raisonnables ou s'il est peu probable qu'elle permette d'obtenir une réparation effective; f) la communication est manifestement mal fondée ou insuffisamment motivée; g) les faits qui font l'objet de la communication sont antérieurs à la date d'entrée en vigueur du présent Protocole à l'égard de l'État partie intéressé, à moins que ces faits ne persistent après cette date; h) la communication n'est pas présentée dans les douze mois suivant l'épuisement des recours internes, sauf dans les cas où l'auteur peut démontrer qu'il n'a pas été possible de présenter la communication dans ce délai.

situations d'éventuelles dispenses de cette condition de recevabilité. Il existe, en outre, un autre élément de la procédure qui interpelle, notamment l'article 3.2 du Protocole qui prévoit la possibilité de refuser une communication si le Comité « *considère qu'elle ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant* ». En effet, la subjectivité de cette considération discrétionnaire⁸⁵² dans le contexte d'un manque de définition claire de l'intérêt supérieur de l'enfant s'avère problématique. Il serait opportun, comme exposé plus haut, que l'enfant participe à la définition de son intérêt supérieur. Ici encore, le Comité s'exprime très vaguement, en invoquant la condition « *de l'âge et du degré de maturité* » de l'enfant dans l'exercice de son droit à l'opinion⁸⁵³. Cela suppose qu'en principe, le Comité peut refuser une communication de la part d'un enfant qu'elle juge immature, en allant ainsi à l'encontre d'un principe qu'il a lui-même énoncé.

Effectivement, l'usage d'un vocable subjectif pose également un problème lors de l'examen « *des communications faisant état de violations des droits économiques, sociaux ou culturels* ». Selon le Comité, dans le processus de prise de décision, il « *évalue le caractère raisonnable des mesures prises par l'État partie conformément à l'art. 4 de la Convention. Ce faisant, il garde à l'esprit que l'État partie peut adopter différentes mesures de politique générale pour mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels consacrés par la Convention.* »⁸⁵⁴

Une autre grande déficience de cet instrument, c'est que le Comité ne prévoit pas l'action d'intérêt collectif qui permettrait à des associations ou à des groupes de représenter la voix des enfants. En effet, une approche plus large permettant les réclamations collectives plutôt que des plaintes limitées aux personnes pouvant prouver qu'elles sont victimes des violations alléguées pourrait rendre ces procédures plus accessibles aux enfants.

Aussi, l'instrument n'exclut pas la possibilité d'émettre des réserves. En effet, la recevabilité et l'examen des communications interétatiques est soumise, conformément à l'article 12 du Protocole et à la différence de la Cour Européenne des droits de l'Homme, à la condition de la déclaration par l'État « *qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie affirme qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre de l'un quelconque des instruments suivants auquel l'État est partie : a) la Convention ; b) le Protocole facultatif à la Convention, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants ; c) le Protocole*

⁸⁵² GROVER S. C., *préc.*, p. 137.

⁸⁵³ Art. 3.2 Protocole ; article 2 Protocole.

⁸⁵⁴ Art. 10.4 Protocole.

facultatif à la Convention, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés. »⁸⁵⁵ Si la plupart des États parties ont déclaré reconnaître la compétence du Comité, des États comme Monaco⁸⁵⁶ ont indiqué ne pas la reconnaître en vertu de l'article 13.7 du Protocole⁸⁵⁷.

Tous ces éléments vont, certainement, à l'encontre de l'autonomie procédurale de l'enfant. La pratique ne fait que renforcer ce constat. À ce jour, malgré des attentes, très peu d'affaires ont été traitées effectivement par le Comité des droits de l'enfant. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Protocole, seulement huit décisions sur le fond ont été rendues par le Comité⁸⁵⁸ et ceux les derniers deux ans. Les allégations soulevées dans la plupart des affaires concernent les mineurs non-accompagnés, dans leur qualité présumée d'enfant, majoritairement proches de l'âge de la majorité. Ce sont généralement les mineurs non-accompagnés (MNA) qui ont soumis directement leurs communications⁸⁵⁹. Donc, nous ne pouvons que constater la faible mise en oeuvre du droit procédural participatif des enfants plus jeunes et un manque de diversité des problématiques soulevées⁸⁶⁰. Toutefois, la jurisprudence du Comité des droits de l'enfant s'avère être précieuse sur des éléments d'interprétation du concept d'autonomie de l'enfant.

⁸⁵⁵ Art. 12.1 du Protocole.

⁸⁵⁶ AG, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 19 décembre 2011, A/RES/66/138.

⁸⁵⁷ Art. 13.7 du Protocole : « Tout État partie peut, au moment où il signe le présent Protocole, le ratifie ou y adhère, déclarer qu'il ne reconnaît pas la compétence du Comité aux fins du présent article à l'égard des droits énoncés dans l'un ou dans la totalité des instruments énumérés au § 1. »

⁸⁵⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, M.T. c. Espagne, CRC/C/82/D/17/2017, 18 septembre 2019 ; R.K. c. Espagne, CRC/C/82/D/27/2017, 18 septembre 2019 ; A.L. c. Espagne, CRC/C/81/D/16/2017, 31 mai 2019 ; J.A.B. c. Espagne, CRC/C/81/D/22/2017, 31 mai 2019 ; D. D. c. Espagne, CRC/C/80/D/4/2016, 31 janvier 2019 ; Y.B. et N.S. c. Belgique, CRC/C/79/D/12/2017, 27 septembre 2018 ; N.B.F. c. Espagne, CRC/C/79/D/11/2017, 27 septembre 2018, I.A.M. c. Danemark, CRC/C/77/D/3/2016, 25 janvier 2018. Aussi, huit affaires ont été radiées du rôle - J. G. c. Suisse, CRC/C/81/D/47/2018, 31 mai 2019 ; M.E.B. c. Espagne, CRC/C/75/D/9/2017, 2 juin 2017 ; R.L. c. Espagne, CRC/C/77/D/18/2017, 25 janvier 2018 ; K.A.B. c. Allemagne, CRC/C/78/D/35/2017, 31 mai 2018 ; M.B. c. Espagne, CRC/C/78/D/39/2017, 31 mai 2018 ; D.N. et al c. Suisse, CRC/C/81/D/61/2018, 31 mai 2019 ; Z.A.R.R. c. Danemark, CRC/C/82/D/43/2018, 27 septembre 2019 ; M.I.M. c. Espagne, CRC/C/82/D/54/2018, 27 septembre 2019. Treize décisions d'irrecevabilité : A.H.A. c. Espagne, CRC/C/69/D/1/2014, 4 juin 2015.- M.A.A. c. Espagne, CRC/C/73/D/2/2015, 23 septembre 2016 ; J.A.B.S. c. Costa Rica, CRC/C/74/D/5/2016, 17 janvier 2017 ; S.C.S. c. France, CRC/C/77/D/10/2017, 25 janvier 2018 ; Z.Y. et J.Y. c. Danemark, CRC/C/78/D/7/2016, 31 mai 2018 ; A.D. c. Espagne, CRC/C/80/D/14/2017, 1 février 2019 ; Y.M. c. Espagne, CRC/C/78/D/8/2016, 31 mai 2018 ; D.K.N. c. Espagne, CRC/C/80/D/15/2017, 1 février 2019 ; S.H. c. Finlande, CRC/C/81/D/6/2016, 15 mai 2019 ; J.S.H.R. c. Espagne, CRC/C/81/D/13/2017, 15 mai 2019 ; A.S. c. Danemark, CRC/C/82/D/36/2017, 26 septembre 2019 ; Z.H. et A.H. c. Danemark, CRC/C/82/D/32/2017, 18 septembre 2019 ; E.P. et F.P. c. Danemark, CRC/C/82/D/33/2017, 25 septembre 2019. V. le site du Comité <http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>

⁸⁵⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/C/69/D/1/2014, 8 juillet 2015, *préc.* ; CRC/C/75/D/9/2017, 20 juin 2017, *préc.* ; CRC/C/77/D/18/2017, 8 mars 2018, *préc.* ; CRC/C/78/D/8/2016, 11 juillet 2018, *préc.* ; CRC/C/78/D/39/2017, 12 juillet 2018, *préc.* ; CRC/C/81/D/61/2018, 28 juin 2019, *préc.* ; CRC/C/81/D/47/2018, 28 juin 2019, *préc.*

⁸⁶⁰ Les objets des affaires ont été : la détermination de l'âge dans le cadre d'une procédure relative à l'octroi d'une protection spéciale à un enfant privé de son milieu familial, la demande d'un droit de visite d'une tante sur sa nièce, une demande d'inscription de la naissance à l'état civil, la soumission de l'auteur, en sa qualité présumée d'enfant migrant non accompagné, à des examens médicaux d'évaluation de l'âge, et à la détention dans un centre pour migrants adultes

Malgré l'absence d'un tel vocable dans les décisions du Comité et le choix de ne pas faire des renvois à la jurisprudence de la CEDH⁸⁶¹, ses éclaircissements sur les droits substantiels de l'enfant sont importants.

Conclusion du Chapitre II

L'autonomie procédurale de l'enfant prévue par le deuxième alinéa de l'article 12 de la CDE se confirme avant tout par les mécanismes adoptés sur le plan international. Tant l'autonomie procédurale minimale, aussi bien que l'autonomie procédurale maximale serait mieux mise en œuvre par les juridictions internationales. En l'occurrence, la CourEDH consacre en 2015 le concept d'autonomie personnelle de l'enfant *via* son droit procédural à l'opinion.

L'adoption du troisième protocole facultatif à la CDE représente, sans doute, une avancée pour la reconnaissance de l'autonomie procédurale de l'enfant. C'est, en effet, un mécanisme international unique d'accès à la justice pour les enfants, même si en pratique il ne semble pas être aussi disponible. Dans le contexte de ces progrès qui renforce le concept d'autonomie procédurale de l'enfant en droit international, il serait opportun, à l'instar du professeur Hauser de « *s'interroger un jour de nouveau sur la notion de minorité* »⁸⁶².

Conclusion du Titre I

Le premier titre de la thèse défend le concept d'autonomie de l'enfant sous le prisme du principe de la participation dans sa dimension substantielle et participative. C'est une argumentation qui est spécifique à l'enfant, car elle se fonde sur des notions et un vocable créé pour la condition de l'enfant. En l'occurrence, le droit à la liberté d'expression (art. 12 de la CDE) en symbiose avec le principe des capacités évolutives de l'enfant (art. 5 de la CDE) et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 de la CDE) bâtissent le premier degré d'acceptation de la notion d'autonomie de l'enfant. Si les conditions de la capacité et de la compétence de l'enfant ne jouent aucun rôle dans l'exercice de ce premier degré d'autonomie de l'enfant, elles deviennent en revanche primordiales lors de l'établissement de l'autonomie de l'enfant en tant que concept développemental.

⁸⁶¹ Les parties à la procédure, en revanche, en font systématiquement référence. Voir par ex. : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Y.B. et N.S. c. Belgique*, CRC/C/79/D/12/2017, 27 septembre 2018, § 3.5.

⁸⁶² HAUSER J., « Les mineurs et l'autonomie procédurale », *RTD Civ.*, 1996, p. 140.

Titre II. Le développement, fondement objectiviste de l'autonomie de l'enfant

À la différence du concept participatif de l'autonomie de l'enfant qui est explicite et volontariste, le concept développemental⁸⁶³ de l'autonomie de l'enfant est le fruit d'un raisonnement logique et déductif, plus objectiviste, qui découle d'une perspective *child-centred*⁸⁶⁴ et se fonde sur l'article 6.2 de la CDE. Cette disposition prévoit que « *les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant* ». En effet, la construction de l'article proclamant le principe de développement de l'enfant est assez laconique et hétérogène. Son premier alinéa sur la reconnaissance par les États du droit inhérent à la vie de l'enfant⁸⁶⁵, la suite sur la survie de l'enfant⁸⁶⁶ et finalement la mention sur son développement représentent, en réalité, trois sujets distincts. C'est, peut-être à cause de sa formulation insaisissable⁸⁶⁷ que l'article 6, un des quatre principes généraux de la CDE, a toujours été, de façon injustifiée par rapport aux autres, méconnu ou sous-estimé. Cependant, c'est grâce au concept « holistique »⁸⁶⁸ de développement qu'on pourra argumenter la deuxième composante de la notion de l'autonomie de l'enfant qui suppose la « préservation intacte » de la future autonomie de l'enfant, tout en mettant l'accent sur son autonomie présente⁸⁶⁹.

Cela dit, notre étude va se concentrer sur le troisième volet de l'article 6. En effet, assurer le développement de l'enfant signifie pour le Comité, « *le développement de l'enfant, y compris physique, mental, spirituel, moral, psychologique et social, de façon compatible avec la dignité humaine, et préparer l'enfant à une vie individuelle dans une société libre* »⁸⁷⁰. Il existe l'opinion selon laquelle le principe de développement de l'enfant est associé au discours paternaliste sur la dépendance et l'incompétence de l'enfant qui se développe actuellement vers une indépendance et une compétence futures⁸⁷¹. Cette approche est clairement erronée, car elle

⁸⁶³ Sur le choix de lexique-sémantique, voir l'introduction.

⁸⁶⁴ Expression qui signifie « *axé sur l'enfant* », rencontré dans les Observations du COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, par exemple OG n°20, *préc.*, CRC/C/GC/20, § 72.

⁸⁶⁵ Article 37 CDE.

⁸⁶⁶ Les articles 19 et 32 à 39 CDE.

⁸⁶⁷ HODGSON D., « The Child's Right to Life, Survival and Development », 2 *International Journal of Children's Rights*, 1994, p. 385.

⁸⁶⁸ UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, édition entièrement révisée, 2002, pp. 100 et 108 ; NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, N.P. Engel Verlag, 2005, p. 2.

⁸⁶⁹ FREEMAN M. D. A., « Taking Children's Rights More Seriously », *International Journal of Law and the Family*, vol. 6, 1992, p. 66.

⁸⁷⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/C/58, § 40 et 41 ; UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, préc.*, p. 100.

⁸⁷¹ CORDERO ARCE M., « Toward an emancipator discourse of children's rights », *International Journal of Children's Rights* 20, 2012, p. 381.

ignore *à priori* l'autonomie participative de l'enfant⁸⁷², un principe général transversal à la mise en œuvre de tous les autres droits⁸⁷³.

Le regard *child-centred*, basé sur le concept des capacités évolutives⁸⁷⁴ de l'enfant, change cette acception. Les promoteurs de la *capability approach*⁸⁷⁵ proposent une nouvelle conceptualisation du « développement » en tant que « liberté »⁸⁷⁶. Selon ce paradigme, l'intérêt de l'enfant réside dans la concentration sur le bien-être présent de l'enfant et non pas seulement sur celui à venir⁸⁷⁷. Le Comité des droits de l'enfant confirme cette opinion en insistant sur le fait que « *le développement des capacités devrait être vu comme un processus constructif et qui favorise l'évolution de l'enfant, et non comme la justification de pratiques autoritaires limitant l'autonomie de l'enfant et ses possibilités d'expression, sous prétexte généralement de l'immatunité relative des enfants et de leur besoin d'apprendre à vivre en société* »⁸⁷⁸. Si on fait une analogie par rapport à la situation des femmes présentée dans la Résolution de la Commission des droits de l'homme sur le droit au développement, on déduira que l'émancipation des enfants et « *leur pleine participation sur un pied d'égalité, dans tous les domaines sociaux, sont d'une importance fondamentale pour le développement* »⁸⁷⁹.

Ainsi, la nouvelle perspective, tout en reconnaissant *l'autonomie présente*, communément appelée *décisionnelle*⁸⁸⁰ ou *réelle*⁸⁸¹ de l'enfant, porte une attention particulière au respect de son *autonomie future*, également dénommée dans la doctrine *autonomie de longue-terme*⁸⁸² ou

⁸⁷² PELEG N., « Reconceptualizing the Child's Right to Development: Children and the Capability Approach », *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, pp. 523–542.

⁸⁷³ STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014, p. 5.

⁸⁷⁴ ROMAIN J., « Du droit de l'enfant au droit de l'élève », in Jaffé P. D., Levy B., Moody Z., Zermatten J. (dir.), *Enfant, Famille, État : Les droits de l'enfant en péril ?*, Actes du 6e Colloque printanier de l'Institut universitaire Kurt Bösch et de l'Institut international des Droits de l'Enfant 22 et 23 mai 2014, p. 32.

⁸⁷⁵ BIGGERI M., BALLETT J., COMIM F. (dir.), *Children and the Capability Approach*, Palgrave Macmillan, 2011; WALKER M., UNTERHALTER E., *Amartya Sen's Capability Approach and Social Justice in Education*, Palgrave Macmillan, 2007 ; DENEULIN S., SHAHANI L., *An Introduction to the Human Development and Capability Approach, Freedom and Agency*, Earthscan, 2009.

⁸⁷⁶ PELEG N., *op. cit.*, p. 529.

⁸⁷⁷ STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *op. cit.*, p. 85; UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux Droits de l'Enfant*, éd. entièrement révisée, 2002, p. 108.

⁸⁷⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7, *préc.*, § 17.

⁸⁷⁹ Commission des droits de l'homme, *Le droit au développement*, Résolution de la Commission des droits de l'homme 1999/79.

⁸⁸⁰ LANSDOWN G., *Les capacités évolutives de l'enfant*, Centre de recherche Innocenti, UNICEF, 2005.

⁸⁸¹ FREEMAN M. D. A., « Children's education; a test case for best interests and autonomy » in Davie R., Galloway D. (dir.), *Listening to children in education*, London, David Fulton, 1996.

⁸⁸² FORTIN J., « Children's rights : are the courts taking them more seriously », *King's College Law Journal*, 2000, vol. 15, p. 259; Voir aussi FORTIN J., *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 19-27.

potentielle⁸⁸³, qui devrait rester intacte. C'est, en effet, la matérialisation de la nature dualiste de l'enfant, autonome-vulnérable⁸⁸⁴, qui dicte une telle position. Un enfant compétent est libre d'agir selon ses désirs, à force de commettre des erreurs ou de nuire aux autres. Cependant, quand l'enfant n'est pas assez mûr pour prendre des décisions ou bien quand ses activités sont susceptibles d'endommager irrémédiablement sa vie entière en tant qu'adulte, Sen propose de se concentrer sur « *la liberté de l'enfant maintenant, mais aussi la liberté dans le futur* »⁸⁸⁵. Freeman distingue deux types d'intérêt supérieur de l'enfant qui se retrouvent ainsi en conflit. Il oppose l'intérêt supérieur de l'enfant de court terme qu'il appelle « *current interests* » et celui de long terme, à savoir « *future-orientated interests* »⁸⁸⁶. Selon lui, « *les intérêts actuels ont tendance à être formulés en relation avec des considérations d'expérience : les intérêts tournés vers l'avenir, au contraire, se concentrent sur des considérations de développement* »⁸⁸⁷.

Le respect de l'autonomie future de l'enfant signifierait, comme l'a bien relevé Eekelaar, d'éviter, dans la prise de décisions concernant les enfants, « *d'imposer des résultats inflexibles à un stade précoce du développement de l'enfant qui limitent indûment la capacité de l'enfant à façonner sa propre identité et le contexte dans lequel il fleurit mieux* »⁸⁸⁸. Dans le même sens, Fortin soutient qu'« *il existe des arguments jurisprudentiels respectables pour soutenir qu'un engagement en faveur du concept de droits de l'enfant n'exclue pas les interventions d'empêcher les enfants de faire des choix dangereux à court terme, protégeant ainsi leur potentiel d'autonomie à long terme* »⁸⁸⁹. Cette règle s'applique, en effet, à tous les protagonistes du processus de décision, à *fortiori* par rapport aux parents, comme par rapport à l'enfant lui-même. Il peut y arriver, en effet, que l'autonomie présente soit violée au profit du respect de l'autonomie future de l'enfant. Cette approche, on verra, sera appliquée tant par rapport à l'éducation de l'enfant (**Chapitre I**), que par rapport au respect de sa vie privée (**Chapitre II**), des droits fondamentaux sans lesquels les enfants seront incapables de développer leur

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ VAN PRAAGH S., « Adolescence, autonomy and Harry Potter: the child as decision-maker », *International Journal of Law in Context*, vol. 1(4), 2005, pp. 335–373.

⁸⁸⁵ STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014, p. 164.

⁸⁸⁶ FREEMAN M. D. A., *Article 3 – The best interests of the child, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 3.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 3 : « *Current interests tend to be formulated in relation to experiential considerations: future-orientated interests, by contrast, focus on developmental considerations.* »

⁸⁸⁸ EEKELAAR, *préc.*, p. 186.

⁸⁸⁹ FORTIN J., « Children's rights : are the courts taking them more seriously », *préc.*, p. 259: « *there are respectable jurisprudential arguments for maintaining that a commitment to the concept of children's rights does not prevent interventions to stop children making dangerous short term choices, thereby protecting their potential for long-term autonomy* ».

individualité, leur indépendance et leur autonomie, ainsi que leur créativité et autres attributs importants pour leur développement personnel.

Chapitre I. L'autonomie de l'enfant en tant que droit à l'éducation

« If to be autonomous is, among other things, to be capable of making rational decisions, then the development of rationality should in some sense be a key aim of education, inseparable from the development of autonomy »⁸⁹⁰.

Le droit international qui exprime le droit à l'éducation⁸⁹¹ n'a été axé sur l'enfant que très récemment⁸⁹². Plus concrètement, le droit fondamental à l'éducation apparaît pour la première fois en 1948, à l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH). N'ayant pas de force juridique contraignante, cette disposition acquiert une valeur particulière dans l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Ces dispositions, ainsi que les suivantes ont contribué à la clarification du cadre juridique du droit à l'éducation, toutefois il a été encadré par renvoi aux préférences parentales⁸⁹³. Enfin, *via* la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, on commence à parler d'un « droit spécifique de l'enfant à l'éducation ».

Historiquement, le droit à l'éducation était décrit en tant que droit d'accès à l'éducation, gratuit et obligatoire pour l'enseignement primaire. Après l'adoption de la CDE, ce droit se transforme. Tout d'abord, il ne se limite plus à l'accès. Même si l'accès à l'éducation est une condition préalable à la pleine réalisation du droit à l'éducation, car sans accès, il n'est pas possible de

⁸⁹⁰ WINCH C., *Education, Autonomy and Critical Thinking*, London, UK: Routledge, 2006, p. 4.

⁸⁹¹ Dans le contexte de l'éducation, une remarque terminologique et d'interprétation s'impose. En anglais, pour désigner la fonction de la famille d'éduquer l'enfant, il existe le terme « *upbringing* », alors que « *education* » est plutôt réservé pour l'instruction scolaire. Sur ce sujet, voir JOVIC S. O., « The Right of a Child Education in Universal and Regional Documents and in Serbian Legislation », *International Survey of Family Law*, 2008, p. 343. En français, il y a la tendance de traduire les deux mots par « *éducation* », ce que pourrait créer des confusions. La version officielle de la CEDH utilise l'expression « *right to education* », tandis que la version française utilise l'expression « *droit à l'instruction* ». C'est assez perturbant, en sachant que le terme d'éducation est plus large que l'instruction, qui représente selon Neirink « *un simple moyen de transmission du savoir* » (Voir NEIRINCK, Thèse, *op. cit.*, p. 226), confirmé par la Cour qui précise que « *l'éducation des enfants est la somme des procédés par lesquels, dans toute société, les adultes tendent d'inculquer aux plus jeunes leurs croyances, coutumes et autres valeurs, tandis que l'enseignement ou l'instruction vise notamment la transmission des connaissances et la formation intellectuelle* » (Voir CourEDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 févr. 1982). On observe également un manque d'harmonisation terminologique dans les lois des pays européens qui utilise également le terme « enseignement ». Par exemple, la Constitution suisse dispose à l'article 19 : « *Le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit est garanti* ». Le législateur roumain a migré d'un terme à l'autre. La Constitution roumaine de 1991 fait le choix de l'expression « *le droit à l'enseignement* » (« *Dreptul la invatatura* » : Articolul 32(1)) pour finalement évoluer en termes plus conformes à la législation internationale dans la Loi nationale de l'éducation nationale nr. 1/2011.

⁸⁹² KILKELLY U., *Religion and Education: A Children's Rights Perspective*, Conference on Religion and Education, Trinity College Dublin, 20 November 2010.

⁸⁹³ LISTER R., « Unpacking children's citizenship », in Invernizzi A., Williams J., *Children and citizenship*, Sage Publications, 2008, p. 12.

garantir le droit à l'éducation, son autre volet qui concerne les « droits dans l'éducation », au moins en Europe, acquiert la même valeur. Il concerne, selon Eva Brems, « *la qualité, l'adaptabilité et l'acceptabilité de l'éducation, ainsi que les procédures à mettre en place dans la prise de décision qui garantissent les aspects ci-dessus* »⁸⁹⁴. Autrement dit, le droit de l'enfant à l'éducation n'est pas seulement une question d'accès à l'éducation, mais concerne également le contenu de l'éducation⁸⁹⁵. Ensuite, la conscience moderne de l'importance d'une « société du savoir » pour l'épanouissement personnel⁸⁹⁶ de la personne dépasse les limites de la prise en compte prioritaire de l'éducation primaire⁸⁹⁷. La croissance de l'importance de l'enseignement secondaire et professionnel, aussi bien que des diverses formes qu'elle peut prendre – classique ou électronique, est d'autant plus valorisante qu'elle met en valeur les différentes manifestations de l'autonomie des adolescents.

La doctrine ne perd pas l'occasion de relever l'intérêt du droit de l'enfant à être éduqué qui s'avère aussi important pour la dignité de l'enfant que le droit à l'expression ou la liberté de religion⁸⁹⁸ ou même « *plus important que le droit d'être laissé seul* »⁸⁹⁹. Selon David Bakhurst, la fin de l'éducation est l'autonomie⁹⁰⁰, en recevant l'éducation, « *l'enfant acquiert une seconde nature, sociale et historique ; il donne à l'enfant des pouvoirs personnels : pensée et raisonnement, intellect et volonté* »⁹⁰¹. Ainsi, l'éducation est conçue principalement comme « *un moyen d'autonomisation*⁹⁰² – *par l'acquisition de connaissances, de compétences et*

⁸⁹⁴ SPILIOPOULOU AKERMARK S., « Images of children in education: a critical reading of DH. and others v. Czech Republic », in Brems E. (dir.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2012, p. 46: « *the concept of "rights in education" concerns the quality, adaptability and acceptability of education as well as the procedures that need to be in place in decision-making that guarantee the above aspects.* »

⁸⁹⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°1, *préc.*, § 3.

⁸⁹⁶ CourEDH, *Pononyari c. Bulgarie*, 21 juin 2011, § 57.

⁸⁹⁷ CourEDH, *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], 19 octobre 2012, § 138 ; CourEDH, *Timishev c. Russie*, 28 novembre 2017, § 64.

⁸⁹⁸ DONNELLY J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Third Edition, Cornell University Press, 2013, p. 41.

⁸⁹⁹ LEVESQUE R. J. R., *Dangerous Adolescents, Model Adolescents, Shaping the Role and Promise of Education*, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 143.

⁹⁰⁰ BAKHURST D., *The formation of reason*, Oxford: Wiley-Blackwell, 2011, p. 124 : « *Autonomy is a power: the power to determine what to think and to do in the light of what there is reason to think and do.* »

⁹⁰¹ RODL S., « Education and Autonomy », *Journal of Philosophy of Education*, vol. 50, No. 1, 2016.

⁹⁰² L'UNICEF voit le droit à l'éducation en tant qu'un droit autonomisant (Voir par exemple, UNICEF, Pourquoi il faut investir dans l'éducation et l'équité, : « l'autonomisation qui va de pair avec l'éducation », p. 1 ; « Des niveaux d'éducation plus élevés sont synonymes d'autonomie et d'engagement citoyen plus vigoureux », p. 5) et distingue ces 3 composantes, à savoir : le droit d'accès à l'éducation (Selon Unicef, A human rights-based approach to education for all, A framework for the realization of children's right to education and rights within education, 2007, p. 4, le droit d'accès à l'éducation c'est « *le droit de chaque enfant à l'éducation sur la base de l'égalité des chances et sans discrimination aucune. Pour atteindre cet objectif, l'éducation doit être disponible, accessible et inclusive pour tous les enfants.* »), le droit à une éducation de qualité (Selon Unicef, *Ibidem*, le droit à une éducation de qualité c'est « *le droit de chaque enfant à une éducation de qualité qui lui permette de réaliser son potentiel, de réaliser des opportunités d'emploi et de développer des compétences de vie. Pour atteindre cet*

d'aptitudes qui soient de qualité »⁹⁰³. Bien que cette dimension philosophique de l'éducation soit susceptible d'être critiquée par les juristes, notre but n'est pas de faire la distinction entre autonomie en tant que concept dans le discours sur les droits de l'enfant et autonomie en tant que but libéral de l'éducation⁹⁰⁴. Notre avis défendu dans ce chapitre, fondé sur une approche juridique, est que le droit à l'éducation assimile les deux formes d'autonomie qui déterminent un changement de l'enfant dans le sens le plus large⁹⁰⁵. C'est-à-dire, les deux concepts d'autonomie et d'éducation sont très connectés, voire indissociables⁹⁰⁶, de sorte que l'absence d'éducation ne permet pas l'acception de l'autonomie de l'enfant dans le sens qu'on lui donne dans cette thèse.

Selon certains auteurs il est vraiment nécessaire de faire ressortir les capacités futures des enfants⁹⁰⁷ (**Section I**). Dans ce sens, l'importance de l'éducation est certes primordiale⁹⁰⁸, mais elle l'est aussi en tant que moyen de mise en œuvre des compétences dans le présent, à l'aide d'une « *pédagogie qui soit davantage collaborative et participative* »⁹⁰⁹ (**Section II**).

objectif, l'éducation doit être centrée sur l'enfant, pertinente et englober un vaste programme d'études, et être dotée de ressources et d'un suivi appropriés. » Voir aussi A/HRC/20/21, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, M. Kishore Singh, Action normative en faveur d'une éducation de qualité) et le droit au respect dans le milieu d'apprentissage : « *le droit de chaque enfant au respect de sa dignité inhérente et à ce que ses droits humains universels soient respectés dans le système éducatif. Pour atteindre cet objectif, l'éducation doit être conforme aux droits de l'homme, y compris le respect égal de chaque enfant, les possibilités de participation significative, la protection contre toutes les formes de violence et le respect de la langue, de la culture et de la religion* ». UNICEF, *A Human Rights-Based Approach to Education for All, A framework for the realization of children's right to education and rights within education*, 2007, p. 4

⁹⁰³ Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, M. Kishore Singh, *Action normative en faveur d'une éducation de qualité*, A/HRC/20/21, 2 mai 2012, § 3.

⁹⁰⁴ JAWONIYI O., « Religious Education, Critical Thinking, Rational Autonomy, and the Child's Right to an Open Future », *Religion & Éducation*, 42:1, 2015, p. 35.

⁹⁰⁵ DAVIE R., GALLOWAY D., *Listening to children in Education*, Routledge, 2012, p. 143.

⁹⁰⁶ CUYPERS S. E., « Critical Thinking, Autonomy and Practical Reason », *Journal of Philosophy of Education* 38, n°1, 2004, p. 79 : « *given the conceptual connection between rationality and autonomy, the educational ideal of critical thinking becomes indistinguishable from that of rational autonomy* ».

⁹⁰⁷ V. par exemple NUSSBAUM M. C., *Creating Capabilities, The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011; SEN A., *Development as freedom*, New York: Anchor Books, 1999.

⁹⁰⁸ LIEBEL M., « From Evolving Capacities to Evolving Capabilities: Contextualizing Children's Rights » in Stoecklin D., Bonvin J-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014, p. 78.

⁹⁰⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 72 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°1, *préc.*, § 2.

Section I. L'éducation, facteur d'autonomie de l'enfant

L'éducation⁹¹⁰ est un terme polysémique. Il « *comprend toutes les activités délibérées et systématiques conçues pour répondre aux besoins d'apprentissage et implique une communication organisée et soutenue destinée à susciter l'apprentissage* »⁹¹¹. La définition générale du droit à l'éducation qui est le « *droit d'une personne de pouvoir bénéficier d'une éducation lui permettant de s'épanouir pleinement et d'être en mesure de jouer un rôle utile dans la société* »⁹¹², relève les deux finalités principales de l'éducation, celle individuelle intrinsèque⁹¹³ (A) et l'autre publique instrumentale⁹¹⁴ (B).

§1. La finalité individuelle de l'éducation

Le droit à l'éducation est un droit complexe, avec des fondements philosophiques variés, qui convergent pourtant vers la définition ultime du but de l'éducation qui est « l'épanouissement de la personne humaine » (A). En droit international, l'épanouissement de la personne de l'enfant ne peut pas se faire sans la participation des parents (B).

A. L'éducation pour une « personne épanouie »

La plupart des textes ne concernent toutefois pas expressément l'enfant en tant que bénéficiaire du droit à l'éducation, ne faisant aucune référence à l'éducation en tant que droit de l'enfant. C'est notamment la disposition concernant le droit des parents de décider du type d'enseignement pour leurs enfants (2) qu'on entrevoit par ricochet un droit de l'enfant (1).

1. Un droit individuel de l'enfant

Il existe pléthore de chartes, conventions et autres instruments internationaux qui reconnaissent le droit fondamental à l'éducation⁹¹⁵, mais aussi des instruments qui visent indirectement la

⁹¹⁰ Le mot « éducation » peut être dérivé d'un des deux mots latins, ou peut-être des deux. Ceux-ci sont *educere*, qui signifie « conduire » ou « former », et *educare* qui signifie « former » ou « nourrir ». Voir WINCH C., GINGELL J., *Philosophy of Education, The Key Concepts*, Second edition, Routledge, 2008, p. 63.

⁹¹¹ UNESCO, 1977. Le terme « éducation » comprend les aspects formel (préscolaire, primaire, secondaire, tertiaire) et non formel, c'est-à-dire en dehors du système éducatif formel - à la fois complémentaire et nécessaire pour un développement socio-économique et la mise en œuvre du droit à l'éducation. Voir KURY H., REDO S., SHEA E. (dir.), *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration, Suggestions for Succeeding Generations* (Vol. 1), Springer, 2016, p. xv.

⁹¹² SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Universités francophones, 2001, 1198 p., spéc. p. 410.

⁹¹³ WINCH C., GINGELL J., *op. cit.*, p. 10.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948, art. 26; Convention européenne des droits de l'Homme 1950, Protocole 1, art. 2 ; Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine

protection de ce même droit. Un vrai débat persiste sur la nature – protectionniste (a) ou autonomiste (b) du droit à l'éducation.

a) L'origine paternaliste du droit de l'enfant à l'éducation

La prise de conscience internationale sur le droit à l'éducation en tant que droit prioritaire par rapport aux autres droits socio-économiques, mais aussi son rôle d'anticipation qu'il peut jouer pour renforcer la réalisation des autres droits ou prévenir des fléaux sociétaux, a eu lieu très tôt. Avant même la proclamation du droit à l'éducation de l'enfant par les instruments internationaux, des références au droit à l'éducation dans le droit international remontent au début du XXe siècle avec l'Organisation International du Travail (OIT). Bien que soucieuse de réglementer le travail de l'enfant, l'OIT reconnaît l'importance de l'éducation pour l'enfant jusqu'à souligner sa prééminence sur le droit de travail⁹¹⁶. Par exemple, dans la Convention sur le salaire minimum en agriculture⁹¹⁷, l'article 1 stipule : « *Les enfants de moins de quatorze ans ne pourront être employés où travailler dans les entreprises agricoles publiques ou privées ou dans leurs dépendances qu'en dehors des heures fixées pour l'enseignement scolaire, et ce travail, s'il a lieu, doit être tel qu'il ne puisse nuire à leur assiduité à l'école.* » Ainsi, l'évolution du droit au travail de l'enfant est directement liée à l'éducation⁹¹⁸. Comme l'explique Katarina Tomasevski, « *la règle selon laquelle l'éducation devrait être gratuite et obligatoire jusqu'à l'âge minimum d'admission à l'emploi a été fixée en 1921 afin de progresser vers l'abolition du travail des enfants. À l'époque, l'âge minimum de la scolarité obligatoire était de 14 ans, la norme actuelle est passée à 18 ans pour les pires formes de travail des enfants* »⁹¹⁹. C'est d'autant plus surprenant que la référence spécifique aux droits éducatifs était absente du texte de la première Déclaration internationale des droits de l'enfant, adopté 3 ans plus tard⁹²⁰. L'explication principale réside dans la nature exclusivement paternaliste de

de l'enseignement 1960 ; Déclaration des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 1963, art. 8 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966, art. 13 et 14 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, article 18.4 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979, art. 10 ; Convention relative aux droits de l'enfant, 1989, art. 28 et 29 ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, 2000, art. 14.

⁹¹⁶ International Labor Office, « Child Labour in Relation to Compulsory Education », 64 *International Labour Review*, 1951, p. 463 : « *Without proper education during childhood it will hardly be possible for the grown man or woman to acquire the fundamental intellectual and moral equipment for a successful career and full participation in the civil and cultural life of the nation.* »

⁹¹⁷ C010-Convention sur le salaire minimum (agriculture) : Convention concernant l'âge d'admission des enfants à l'agriculture (entrée en vigueur le 31 août 1923).

⁹¹⁸ MUEDINI F., *Human Rights and Universal Child Primary Education*, Palgrave Macmillan, 2015, p. 25.

⁹¹⁹ K. TOMASEVSKI, *The State of the Right to Education Worldwide, Free or Fee: 2006 Global Report*, Copenhagen, 2006, p. xxi.

⁹²⁰ LAVALLÉE C., *La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2015, p. 200.

l'instrument, alors que le droit à l'éducation serait, selon certains activistes, un droit autonomisant⁹²¹. On retrouve finalement le droit à l'éducation dans la déclaration de 1959. Le libellé de son principe 7⁹²² a été critiqué pour le rôle alloué à l'enfant qui était celui d'un objet de préoccupation. Freeman l'analyse de cette façon : « *Il n'existe aucune reconnaissance de l'autonomie de l'enfant, aucune compréhension de l'importance des souhaits de l'enfant et aucune appréciation du concept de l'autonomisation.* »⁹²³

Ainsi, à ses débuts, la reconnaissance du droit de l'enfant à l'éducation servirait d'instrument de lutte contre le travail précoce ou forcé⁹²⁴ et par analogie contre le recrutement des enfants soldats, le mariage précoce et autres pratiques préjudiciables⁹²⁵, pour éviter que les enfants ne se retrouvent dans la rue⁹²⁶ et afin de combattre d'autres problèmes sociétaux⁹²⁷. En outre, l'éducation contribue également à « *l'augmentation des droits de l'homme et à la réduction de la pauvreté, ainsi qu'à d'autres améliorations telles que la réduction de la criminalité* »⁹²⁸. De ce point de vue, le droit à l'éducation est un droit protecteur⁹²⁹, mais indispensablement émancipateur par ricochet. Une affaire très intéressante de la CourEDH met en exergue l'importance de l'éducation, qui finalement fait la différence dans la situation des deux sœurs du Burundi qui avaient été envoyées à Paris pour vivre avec des proches alors qu'elles étaient encore des enfants mineurs. En l'espèce, les deux sœurs vivaient dans les mêmes conditions.

⁹²¹ Dans les années '70, Farson inclut dans sa liste de neuf droits dérivés du droit à l'autodétermination le droit de s'instruire qui, selon lui, est favorable à l'abolition de l'endoctrinement, car les enfants choisissent leurs propres « systèmes de croyances ». Voir FARSON R., *Birthrights*, New York: Macmillan, 1974.

⁹²² Principe 7 Déclaration 1959 : « *L'enfant a droit à une éducation qui doit être gratuite et obligatoire au moins aux niveaux élémentaires. Il doit bénéficier d'une éducation qui contribue à sa culture générale et lui permet, dans des conditions d'égalité de chances, de développer ses facultés, son jugement personnel et son sens des responsabilités morales et sociales, et de devenir un membre utile de la société. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation ; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents. L'enfant doit avoir toutes possibilités de se livrer à des jeux et à des activités récréatives, qui doivent être orientés vers les fins visées par l'éducation ; la société et les pouvoirs publics doivent s'efforcer de favoriser la jouissance de ce droit.* »

⁹²³ FREEMAN M. D. A., « Children's education: a test case for best interests and autonomy », in Davie R., Galloway D., *Listening to children in Education*, Routledge, 2012, p. 29.

⁹²⁴ Dans ce sens, voir l'argument de la CourEDH dans l'affaire *C.N. et V. c. France*, 11 octobre 2012, § 91 : « *Au vu de ces critères, la Cour observe que la servitude constitue une qualification spéciale du travail forcé ou obligatoire ou, en d'autres termes, un travail forcé ou obligatoire « aggravé ». En l'occurrence, l'élément fondamental qui distingue la servitude du travail forcé ou obligatoire, au sens de l'article 4 de la Convention, consiste dans le sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n'est pas susceptible d'évoluer. À cet égard, il suffit que ce sentiment repose sur des éléments objectifs suscités ou entretenus par les auteurs des agissements.* »

⁹²⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°18, *préc.*, § 62.

⁹²⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°21, *préc.*, § 54.

⁹²⁷ Sur l'impact économique et social de l'éducation, voir par exemple MUEDINI F., *préc.*

⁹²⁸ MCMAHON W. W., *Education and Development: Measuring the Social Benefits*, Oxford University Press, 1999, p. 6.

⁹²⁹ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « La protection de l'enfant par l'État », in *Les droits de l'enfant*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2010, p. 74 : <https://www.cairn.info/les-droits-de-l-enfant--9782130583042-page-74.htm>

Toutes les deux étaient hébergées dans des « *conditions déplorables d'hygiène et d'insalubrité des lieux* »⁹³⁰ et victimes de divers sévices⁹³¹. Cependant, uniquement l'une des deux sœurs a été scolarisée, alors que l'autre était détenue à la maison, où elle effectuait divers travaux domestiques et se voyait refuser l'éducation publique. Dans sa décision finale sur la qualification des faits en tant que servitude, la Cour a distingué les deux situations. La Cour considère que la situation de la première requérante relevait de l'article 4 § 1 et 2 de la Convention au titre, respectivement, de la servitude et du travail forcé. Quant à la seconde requérante, la Cour a statué qu'elle n'en a été pas la victime. La Cour a rendu ces conclusions par rapport au développement de la personnalité psychologique de chaque sœur, déterminé exclusivement par la condition d'accès à l'instruction. La sœur qui n'a pas été scolarisée « *avait la conviction que sa situation administrative sur le territoire français était dépendante de son hébergement par les époux M. et qu'elle ne pouvait pas s'émanciper de leur tutelle sans risquer de se trouver en situation irrégulière. Ce sentiment était qui est restée chez elle a cru que son statut en France dépendait de sa résidence avec sa famille et qu'elle ne pouvait pas partir sans compromettre son droit de rester dans le pays. Comme elle n'était pas instruite, elle n'avait aucun espoir de travailler en dehors de la maison. Elle n'a eu aucun jour de repos, ni de loisir ni de récréation, et aucune possibilité de développer des contacts en dehors de la maison qu'elle pourrait alors appeler à l'aide.* »⁹³² La sœur qui a eu l'accès à l'éducation, en revanche, « *avait la possibilité d'évoluer dans une autre sphère que celle du domicile des époux M. Elle a pu acquérir les bases de la langue française, comme en témoignent ses bons résultats scolaires. Elle était aussi moins isolée que sa sœur. C'est ainsi qu'elle a pu signaler sa situation à l'infirmière du collège. Enfin, elle disposait de temps pour faire ses devoirs lorsqu'elle rentrait de l'école.* »⁹³³

Cette affaire relève parfaitement l'impact de l'absence ou de la présence de l'éducation sur le développement de l'enfant. On souligne la nature émancipatrice du droit à l'éducation qui offre des conditions de développement tant dans le présent, par la voie de la socialisation, acquisition des connaissances, etc., que pour l'avenir, en termes de projection et réussite en tant qu'adulte⁹³⁴.

⁹³⁰ CourEDH, *C.N. et V. c. France*, préc., § 26.

⁹³¹ *Ibid.*, §32.

⁹³² *Ibid.*, §92

⁹³³ *Ibid.*, §93

⁹³⁴ *Ibid.*, §92 : « *Cette situation a commencé quand elle était mineure et s'est poursuivie quand elle est devenue majeure.* »

Il nous semble que la fonction émancipatrice dudit droit a été progressivement mise en valeur dans les textes internationaux qui suivent.

b) L'émergence d'une nature autonomisante du droit de l'enfant à l'éducation

« *Le plein développement de la personnalité humaine* » constitue, selon Beiter, l'« *objectif éthique général de l'éducation* »⁹³⁵ et couvre, comme l'affaire *C.N. et V. c. France*⁹³⁶ l'a confirmé, toutes les dimensions de l'être humain: physique, intellectuel, spirituel, psychologique et social. Ainsi, plus large que l'instruction, l'éducation couvre des valeurs, sans empiéter sur l'éducation des parents⁹³⁷. Cette philosophie, qui ressemble davantage à un discours politique⁹³⁸, a été adoptée par la plupart de dispositions internationales visant le droit à l'éducation.

Le droit à l'éducation de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁹³⁹ est similaire à celui de l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme⁹⁴⁰. Il stipule que « *l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Cette disposition exige également que l'éducation favorise « *la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations Unies pour le*

⁹³⁵ DIETER BEITER K., *The Protection of the Right to Education by International Law, Including a Systematic Analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, International Studies in Human Rights, Vol. 82, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 92.

⁹³⁶ CourEDH, *C.N. et V. c. France*, 11 octobre 2012.

⁹³⁷ L'importance « capitale » de l'éducation pour la formation des jeunes a été très tôt relevée par l'ONU dans ses déclarations. Dans le terme éducation, l'ONU inclut tant l'éducation donnée par les parents, aussi bien que « tous les moyens d'enseignement et d'information destinés à la jeunesse ». Indifféremment de la forme d'éducation, l'éducation des jeunes devrait avoir parmi ses principaux buts, selon l'ONU, « le développement des toutes leurs facultés, la formation de personnes possédant de hautes qualités morales, profondément attachées aux nobles idéaux de paix, de liberté, de dignité et d'égalité de tous ; au respect et à l'amour vers l'homme et son œuvre créatrice ». Même si ces dispositions rappellent plutôt un discours politique, qui entre temps, a subi des changements idéologiques, on pourrait surtout relever l'idée persistante « d'épanouissement de la personne de l'enfant ». V. ONU, 1390 séance plénière, *Déclaration concernant la promotion parmi les jeunes des idéaux de paix, de respect mutuel et de compréhension entre les peuples*, 7 décembre 1965, Principe 11.

⁹³⁸ MEIJER W. A. J., « The Relation Between the Human Right to Education and Human Rights Education » in Manfred W. A., Pirner L., Lahnemann J., Bielefeldt H., *Human Rights and Religion in Educational Contexts*, Springer, 2016, p. 142.

⁹³⁹ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966.

⁹⁴⁰ Article 26 DUDH : « 1. Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé ; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite. 2. L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix. 3. Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants. »

maintien de la paix »⁹⁴¹. En effet, ce leitmotiv a été adopté par la plupart des instruments internationaux ayant trait au droit à l'éducation.

Par rapport à ces prédécesseurs, la Convention relative aux droits de l'enfant se montre plus préoccupée par le droit à l'éducation de l'enfant. Tout d'abord, d'un point de vue formel, le droit à l'éducation est la disposition la plus étendue dans la convention, étant divisé en deux articles, subdivisés à leur tour méticuleusement en cinq sous-paragraphes⁹⁴². Cette attention portée à la rédaction de l'article témoigne de son importance et une sensibilisation augmentée du législateur par rapport au droit à l'éducation. Ensuite, du point de vue substantiel, une lecture conjointe des trois branches de l'article 28 montre une « *nouvelle dimension des droits de l'éducation existants, en élargissant l'arsenal de dispositions internationales contraignantes sur le droit à l'éducation* »⁹⁴³. L'article 29 dispose sur le « contenu » de l'éducation de l'enfant, en énumérant plusieurs objectifs à atteindre via l'éducation dont le premier rejoint la formulation connue auparavant : « *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* ». L'article prévoit également l'obligation de l'État d'« *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, 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* ». Malgré une évolution dans la prise en compte du droit à l'éducation de l'enfant par la CDE, il existe des critiques par rapport au choix des valeurs inscrites dans l'instrument. Plus concrètement, l'article 29 représenterait, selon Graham Haydon, « *un cas d'adultes ayant un certain degré d'autorité décidant quel type de personnes il souhaiterait que les enfants*

⁹⁴¹ Article 13.1 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : « *Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation. Ils conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils conviennent en outre que l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix.* »

⁹⁴² MEIJER W.A.J., « The Relation Between the Human Right to Education and Human Rights Education » in Pirner M. L., Lahnemann J., Bielefeldt H. (dir.), *Human Rights and Religion in Educational Contexts*, Springer, 2016, p. 144.

⁹⁴³ VERHEYDE M., *Article 28 – The right to education, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 9.

grandissent ». Il est représenté comme le droit de chaque enfant de recevoir le type d'éducation qui le mènera à l'adulte, ayant certaines valeurs plutôt que d'autres⁹⁴⁴.

A part cette objection légitime, d'autres auteurs ont fait remarquer l'absence de moyen efficace pour obliger le gouvernement à s'acquitter de sa responsabilité concernant le droit à l'éducation⁹⁴⁵. En effet, le libellé de l'article 28 suggère la réalisation progressive de ce droit. Une telle imprécision dans la formulation du droit à l'éducation peut conduire à la relativité du droit dans la pratique, voire même à la justification de l'absence d'obligation pour l'État de garantir le droit à l'éducation.

2. Un droit individuel des parents ?

Un élément est commun à quasiment tous les instruments relatifs aux droits de l'homme concernant le droit à l'éducation, c'est l'obligation de respecter la liberté de choix des parents **(a)** qui n'est pas cependant absolue **(b)**.

a) Un droit orienté vers l'intérêt des parents

En effet, l'ensemble de dispositions internationales mentionnées ci-dessus, à part la CDE⁹⁴⁶, n'ont pas de perspective orientée vers l'enfant⁹⁴⁷. C'est en effet assez difficile de raisonner en termes d'un droit individuel de l'enfant, sans invoquer la famille, quand la majorité des dispositions invoquent « *la liberté des parents d'assurer/choisir l'éducation des enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* »⁹⁴⁸. Avant la proclamation

⁹⁴⁴ HAYDON G., « Moral Education and the Child's Right to an Open Future », 1 *International Journal of Children's Rights*, 1993, p. 215.

⁹⁴⁵ TOMASEVSKI K., « Globalising what: Education as a human right or as a traded service? », *Indiana Journal of Global Legal Studies* 12(1), 2005, p. 30.

⁹⁴⁶ Par rapport aux instruments internationaux antérieurs, la CDE ne fait aucune référence au droit des parents de faire instruire un enfant conformément à leurs convictions philosophiques ou religieuses. Dans le rapport de Tomasevski, la rapporteuse (le mandat du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation a été défini dans la résolution 1998/33, en date du 17 avril 1998, de la Commission des droits de l'homme) soutient : « *Aucune disposition des [articles 28 et 29] 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, ...* ». Voir Commission des Droits de l'Homme, Rapport présenté par Mme Katarina Tomaševski, Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, Mission au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Angleterre), 18-22 octobre 1999, E/CN.4/2000/6/Add.2, 9 décembre 1999, § 63 ; SCHABAS W. A., *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 996.

⁹⁴⁷ SPILIOPOULOU AKERMARK S., *préc.*, p. 46.

⁹⁴⁸ Déclaration universelle des droits de l'Homme : « *Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants.* » ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents ... de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.* » ; Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement : « *Les États parties à la présente Convention*

internationale récente d'un droit de l'enfant à l'éducation, celui-ci tombait sous le contrôle de la famille. L'effet juridique de cette réalité sociale est encre aussi bien dans les lois nationales⁹⁴⁹ que dans celles internationales.

La Charte des droits fondamentaux renforce ce constat par l'ajout du respect des convictions « pédagogiques » des parents à celles déjà existantes précédemment : « *Le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.* »⁹⁵⁰ En sachant que le sens du mot « philosophiques »⁹⁵¹ n'est pas précis, plutôt créatif⁹⁵², « *ne se prête pas à une définition exhaustive* »⁹⁵³ et qui peut servir à désigner « *un système pleinement structuré de pensée, tout comme, plutôt vaguement, des idées relatives à des questions plus ou moins futiles* »⁹⁵⁴, on se demande quelle serait alors l'étendue du mot « pédagogique » qui est censé empiéter sur le domaine couvert par le mot « philosophiques ». En l'occurrence, le sujet de la langue d'enseignement, qui logiquement tombe sous la couverture des convictions pédagogiques⁹⁵⁵ des parents, a été objet de réflexion de la CourEDH qui en partant de l'idée que la seconde phrase de l'article 2 du Protocole 1 « *n'impose pas aux États le respect dans le domaine de l'éducation ou de l'enseignement, des préférences linguistiques des parents, mais uniquement celui de leurs convictions religieuses et*

conviennent : b) qu'il importe de respecter la liberté des parents ... 1° de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales ... et 2° de faire assurer l'éducation religieuse et morale des enfants conformément à leurs propres convictions. » ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents ... de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions » ; Convention européenne, Protocole additionnel : « L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

⁹⁴⁹ Exemple de l'Irlande qui dans sa constitution adoptée le 29 décembre 1937 met l'accent sur l'importance de la famille en tant qu'institution naturelles, précédant le droit positif. Article 42.1 : « *The State acknowledges that the primary and natural educator of the child is the Family and guarantees to respect the inalienable right and duty of parents to provide, according to their means, for the religious and moral, intellectual, physical and social education of their children.* »

⁹⁵⁰ Art. 14.3 Charte des droits fondamentaux de l'UE.

⁹⁵¹ Dans l'arrêt *Cambell et Cosans c. Royaume-Uni, préc.*, le recours aux châtiments corporels s'analyse en tant que « convictions philosophiques ».

⁹⁵² Dieter Beiter K., *op. cit.*, p. 169.

⁹⁵³ CourEDH, *Cambell et Cosans c. Royaume-Uni, préc.*, § 36.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ Choix au profit d'une institution privée avec l'enseignement dans une langue étrangère « sollicitée » par le marché, comme l'anglais, l'espagnole, le chinois, etc., car « la première phrase de l'article 2 (P1-2) ne spécifie pas la langue dans laquelle l'enseignement doit être dispensé pour que le droit à l'instruction soit respecté » ; ou bien le choix dans le cas d'une famille multinationale ou l'enfant est bilingue, car l'enfant a « *le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas* », Voir CourEDH, Affaire linguistique, *préc.*, p. 28, § 3.

philosophiques »⁹⁵⁶, finit par l'analyser sous le prisme des « convictions philosophiques » des parents. Ainsi, dans l'affaire *Catane et autres c. la République de Moldova et la Russie*, la Cour estime que « *la fermeture forcée des écoles qui ont porté atteinte au droit des élèves de recevoir un enseignement dans leur langue nationale s'analyse comme une atteinte au droit des parents requérants d'assurer à leurs enfants une éducation et un enseignement conformes à leurs convictions philosophiques* »⁹⁵⁷. Cet arrêt confirme la classique conviction de la Cour que « *le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas* »⁹⁵⁸.

Cette étude d'un cas de figure tend à démontrer que la qualification des droits des parents en tant que convictions philosophiques, pédagogiques ou même religieuses⁹⁵⁹ s'avère être problématique. L'approche flexible adoptée pour l'interprétation de ces concepts, très incertaine et aléatoire, pourra s'opposer à l'intérêt supérieur de l'enfant, même si la Cour a pris les précautions d'encadrer la compréhension du mot « convictions » qui est différente des termes « opinions » et « idées »⁹⁶⁰ et a relevé l'importance de leur compatibilité avec la dignité de la personne et le droit fondamental de l'enfant à l'instruction⁹⁶¹.

La disposition la plus contraignante reste peut-être celle prévue par l'article 2 du Protocole 1 à la CEDH. La première phrase de la disposition relative à l'éducation, qui se distingue déjà par une formulation négative⁹⁶², fait explicitement référence au droit à l'éducation et est effectivement brève. Elle est suivie par la phrase beaucoup plus élaborée concernant le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants conformément à leurs convictions et croyances. En principe, ce n'est pas son libellé, qui réitère en gros les dispositions des autres instruments internationaux, qui dérange, mais l'interprétation de l'article par la CourEDH.

⁹⁵⁶ CourEDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, § 6, Série A, n° 6.

⁹⁵⁷ CourEDH, *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], *préc.*, § 143.

⁹⁵⁸ CourEDH, *Affaire linguistique, préc.*, § 3 ; CourEDH, *Catan et autres c. République de Moldova et Russie, préc.*, § 137.

⁹⁵⁹ Voir CourEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976 ; CourEDH, *Valsamis c. Grèce*, 18 décembre 1996 ; CourEDH, *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], 29 juin 2007 ; CourEDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie, préc.* ; CourEDH, *Lautsi et autres c. Italie* [GC], 18 mars 2011.

⁹⁶⁰ CourEDH, *Campbell et Cosans, préc.*, § 36.

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² Selon JOVIC O. S., « The Right of a Child Education in Universal and Regional Documents and in Serbian Legislation », *International Survey of Family Law*, 2008, p. 339 : « *Cela implique que l'État n'est pas obligé de fournir une éducation à chaque individu, c'est-à-dire que si l'État fournit une éducation, cela ne devrait être refusé à personne. Une définition aussi imprécise du droit à l'éducation peut conduire à la relativité du droit dans la pratique, du danger d'abus du droit à l'éducation pour des raisons politiques à la justification de l'absence d'obligation pour l'État de garantir le droit à l'éducation* ».

Jusqu'à présent, la Cour n'a pas montré l'intérêt pour le développement d'un raisonnement et une interprétation extensive orientée vers un droit fondamental de l'enfant à l'éducation. En revanche, la Cour s'est montrée plus intéressée par les questions et les procédures d'octroi du consentement parental en matière d'éducation⁹⁶³.

b) Les limites au droit parental

Le droit international des droits de l'Homme affirme le choix des parents pour l'éducation de leurs enfants, mais exige des États qu'ils les contraignent lorsque ce choix compromet l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁶⁴. La Cour de Strasbourg a eu l'occasion de souligner que le droit au respect des convictions personnelles des parents n'est pas absolu. Il devrait se subordonner, avant tout, à l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'éducation⁹⁶⁵ (i) et deuxièmement aux possibilités de l'État de répondre aux demandes des parents (ii).

c) L'intérêt supérieur de l'enfant en tant que limite au droit des parents

La CourEDH a été très claire en soutenant que les parents ne peuvent invoquer leurs convictions pour refuser à un enfant le droit à l'instruction⁹⁶⁶. Cette affirmation est logique dans le contexte du droit international qui réclame la nature obligatoire de l'enseignement primaire⁹⁶⁷.

Moins évidente reste l'obligation des parents de ne pas porter atteinte au droit de l'enfant à l'instruction⁹⁶⁸. Cette limite reste dans la plupart des cas théorique, faute de fondement juridique clair pour l'intervention de l'État, déterminée à son tour par la nature abstraite de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Généralement, la tâche de l'État est précisément de contrôler que les parents remplissent correctement leurs devoirs et que, dans l'exercice de leurs droits, ils n'entravent pas la réalisation du droit à l'éducation de l'enfant. Cela dit, si l'éducation dirigée et contrôlée par les parents n'est pas considérée comme suffisante pour atteindre les buts visés,

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ TOMASEVSKI K., *Removing obstacles in the way of the right to education*, Primers No.1, 2001, p. 44.

⁹⁶⁵ CommEDH, *B.N. et S.N. c. Suède*, 30 juin 1993, non publiée ; CommEDH, *Zenon Bernard et autres c. Luxembourg*, 8 septembre 1993, § 57 ; CourEDH, *Graeme c. Royaume-Uni*, 5 février 1990, p. 158.

⁹⁶⁶ CourEDH, *Konrad c. Allemagne*, 11 septembre 2006 ; CommEDH, *B.N. et S.N. c. Suède, préc.* ; CommEDH, *Leuffen c. Allemagne*, 9 juillet 1992, non publiée. Voir Conseil de l'Europe, Guide sur l'article 2 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'Homme, *Droit à l'instruction*, mis à jour au 31 décembre 2018.

⁹⁶⁷ Article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « (...) *L'enseignement élémentaire est obligatoire.* » ; Article 13.2 a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (: « *L'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous* » ; Article 28.1 a) de la CDE : « *Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances : a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous* ». V. aussi UNESCO, Rapport mondial sur l'éducation 2000, *Le droit à l'éducation : vers l'éducation pour tous tout au long de la vie.*

⁹⁶⁸ CourEDH, *Konrad c. Allemagne, préc.* ; CourEDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, préc.*, § 36.

principalement le développement des qualités et des capacités de l'enfant qui permettent la réalisation des objectifs de libre développement de leur propre personnalité, l'État ne sera pas seulement légitimé, mais forcé d'intervenir⁹⁶⁹.

Cependant, même si les choix éducatifs des parents sont susceptibles d'entraver le développement de l'autonomie des enfants, l'État dispose généralement des moyens étroits pour remédier la situation. Par exemple, les constitutions européennes donnent le droit aux parents d'envoyer leurs enfants dans des écoles de leur choix, y compris dans des écoles privées, même si « *les États n'ont pas une obligation positive de subventionner une forme particulière d'enseignement pour respecter les convictions religieuses ou philosophiques des parents* »⁹⁷⁰. Il s'avère que l'enseignement privé⁹⁷¹ ou à domicile⁹⁷² est un moyen indirect d'influencer le contenu du programme scolaire de leur enfant dans l'esprit de leurs propres « convictions religieuses et philosophiques »⁹⁷³ et c'est forcément l'intensité du caractère philosophique et religieux de l'éducation qui devrait être contrôlé par l'État afin de répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁷⁴. Mais, s'il n'y a pas d'intérêts étatiques suffisamment convaincants en jeu, et si les décisions éducatives des parents ne constituent pas un abus ou une négligence, alors l'ingérence de l'État dépasse tout simplement les limites de l'autorité de l'État.

⁹⁶⁹ CAMPOY CERVERA I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Editorial Dykinson, S. L. ; Edición, 2006, p. 1017.

⁹⁷⁰ CommEDH., *W. et K.L.C. contre Suède*, 1^{er} décembre 1985 ; CommEDH, *Jordebo et autres contre Suède*, 2 décembre 1992 ; CommEDH, *X. et Y. contre Royaume-Uni*, 7 décembre 1982.

⁹⁷¹ CourEDH, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni, préc.*, § 27 : « *l'État ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers* ». Sur la relation enseignement privé – intérêt de l'enfant, voir WINCH C., GINGELL J., *Philosophy of Education, The Key Concepts*, Second edition, Routledge, 2008, p. 192.

⁹⁷²Cette compulsion à fréquenter une institution particulière et à se livrer à des activités institutionnelles particulières a été fortement critiquée par les adeptes de la déscolarisation. Le « mouvement » de la déscolarisation s'est concentré autour des travaux de Goodman (1960, 1964), Illich (1970, 1971) et Reimer (1971) et a fleuri à la fin des années 1960 et au début des années 1970. Bien que les membres du « mouvement » aient divergé dans leurs attitudes vis-à-vis de la scolarisation contemporaine, ils étaient unis dans la conviction que le système scolaire actuel devait être supprimé et remplacé par autre chose, dans leur aversion pour notre société actuelle la nature et le recours à l'industrialisation, et dans un optimisme romantique concernant la nature humaine et la possibilité de progrès sociétal. Ils étaient également redevables aux idéaux éducatifs de Rousseau. V. WINCH C., GINGELL J., *Philosophy of Education, The Key Concepts*, Second edition, Routledge, 2008, p. 55.

⁹⁷³ CourEDH, *Kjeldsen BuskMadsen et Pedersen c. Danemark, préc.*, § 54 : « *l'État danois réserve une importante ressource aux parents qui, au nom de leur foi ou de leurs opinions, désirent soustraire leurs enfants à l'éducation sexuelle intégrée: il les laisse libres soit de les confier à des écoles privées astreintes à des obligations moins strictes et, du reste, fortement subventionnées par lui, soit de les instruire ou faire instruire à domicile, sauf à subir les sacrifices et inconvénients indéniables qu'entraîne le recours à l'une de ces solutions de rechange.* » ; CourEDH, *Konrad et autres c. Allemagne, préc.*, § 1 : « *Les parents requérants allèguent que le refus de les autoriser à éduquer leurs enfants chez eux méconnaît leur droit d'assurer à ceux-ci une éducation conforme à leurs convictions religieuses, tel que garanti par l'article 2 du Protocole no 1* ».

⁹⁷⁴ Guide sur l'article 2, Prot. 1, *préc.*, p. 17.

Cette observation est renforcée par l'absence des affaires judiciaires qui auraient pu clarifier la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans l'éducation. Même si le droit à l'éducation est un droit justiciable⁹⁷⁵ et en considérant le volet des relations horizontales qu'il peut générer, il n'existe quasiment pas d'affaires connues de la part des enfants contre leurs parents. Cela dit, les grands contours des prérogatives de l'État dans l'éducation des enfants sont relevés dans les affaires des parents contre l'État et à défaut d'obtenir satisfaction devant les juridictions internes, dans les affaires devant la CourEDH.

d) L'absence d'une obligation positive de l'État de répondre aux vœux particuliers des parents

La deuxième limite possible au deuxième alinéa de l'article 2 du Protocole 1 CEDH a été le sujet d'une riche jurisprudence précédée par une réserve de la Grande-Bretagne, faite le 20 mars 1952. La réserve précise que le principe de direction parentale en matière d'éducation n'est accepté que dans la mesure où il est compatible avec « *l'octroi d'une instruction et d'une formation efficaces et n'entraîne pas de dépenses publiques démesurées* ». Par la suite, cette limitation d'ordre étatique aux droits des parents est devenue un principe général du raisonnement de la CourEDH qui à plusieurs reprises, tout en laissant une marge d'appréciation à l'État, statue que celui-ci n'est pas soumis aux vœux religieux ou philosophiques des parents quant à la fourniture de formes particulières d'éducation à leurs enfants⁹⁷⁶. Cela dit, l'article impose une obligation positive de fournir les ressources éducatives nécessaires, bien que la Cour ait décidé qu'il n'y a aucune obligation de créer ou de financer un type particulier d'établissement d'enseignement. Ainsi, la CourEDH ne pénalise pas l'État qui, disposant d'une marge d'appréciation dans le domaine de l'éducation, refuse l'autorisation de l'instruction à la maison en préférant « *l'intérêt général de la société à prévenir l'émergence de sociétés parallèles fondées sur des convictions philosophiques distinctes et l'importance de*

⁹⁷⁵ Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, M. Kishore Singh, La justiciabilité du droit à l'éducation, A/HRC/23/35, 10 mai 2013, § 13 : « *La protection juridique du droit à l'éducation trouve son fondement dans les législations et les normes nationales, régionales et internationales, et dans les obligations dont les États doivent s'acquitter en vertu de ces lois. Les politiques publiques et les services éducatifs – à la fois publics et privés – font l'objet d'un contrôle et de décisions de la part d'organes judiciaires et quasi judiciaires. Ces décisions visent à ce que le droit à l'éducation, tel qu'il est reconnu à l'échelle internationale dans de nombreux traités et lois, soit respecté, protégé et réalisé. Les principes fondamentaux de ce droit, à savoir l'enseignement primaire gratuit et obligatoire pour tous, la mise en place progressive de l'enseignement secondaire et tertiaire, et l'absence de toute discrimination dans leur mise en œuvre, sont universellement reconnus.* »

⁹⁷⁶ Par exemple dans l'affaire *X, Y et Z c. Allemagne, préc.*, les parents n'ont pas réussi à revendiquer une forme particulière d'enseignement scientifique/mathématique ; et dans *W. et D.M. c. Royaume-Uni*, les parents ont échoué dans leurs demandes de places dans des écoles non mixtes plutôt que dans des écoles polyvalentes ayant une philosophie différente.

l'intégration des minorités dans la société »⁹⁷⁷ aux convictions religieuses et philosophiques des parents.

B. De l'intérêt des parents à l'intérêt de l'enfant

La dichotomie « droit de l'enfant – droit des parents », présente dans le dispositif international du droit à l'éducation, suscite des débats. Selon Ursula Kilkelly, le droit des parents a la tendance de contester la reconnaissance générale de l'éducation comme un droit indépendant de l'enfant⁹⁷⁸. En effet, la question se pose de savoir si, selon la nouvelle approche centrée sur l'enfant, cette disposition ne s'avère pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (1) et quelle serait la solution afin de concilier les deux parties (2).

1. L'émergence du concept de l'intérêt de l'enfant dans l'éducation

La vision moderne du droit de l'enfant à l'éducation revendique la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁷⁹. Ce principe, s'il n'est pas celui qui revient le plus fréquemment dans les lois, commentaires et la jurisprudence⁹⁸⁰, est central du point de vue de l'articulation de l'autonomie de l'enfant via l'éducation. Dans cette optique, selon Ursula Kilkelly, l'intérêt supérieur de l'enfant est favorisé par le respect de l'article 12, à savoir le droit de l'enfant d'être entendu. Plus concrètement, dans le contexte de l'éducation, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être déterminé en fonction des propres opinions de l'enfant. Ainsi, selon le même auteur, l'article 12 devient « *la disposition essentielle de la Convention dans ce contexte* »⁹⁸¹.

L'éducation dans l'intérêt supérieur de l'enfant implique de surcroît le respect et la cohérence avec les autres droits de l'enfant prévus par la CDE. Ceci signifie que les lois, les politiques et les pratiques en matière d'éducation doivent être conformes aux principes généraux de la Convention dans toute la mesure du possible. Ainsi, les principes de non-discrimination et de vie, survie et de développement de l'enfant doivent être également mis en œuvre⁹⁸².

Une première tentative prometteuse d'entamer un lien fort entre ce principe et le droit à l'éducation a été faite par le législateur de la Déclaration de 1959, selon laquelle « *l'intérêt*

⁹⁷⁷ CourEDH, *Konrad et autres c. Allemagne*, préc.

⁹⁷⁸ KILKELLY U., *Religion and Education: A Children's Rights Perspective*, A paper delivered at the TCD/IHRC Conference on Religion and Education, Trinity College, Dublin, 20 November 2010, p. 3.

⁹⁷⁹ KILKELLY U., préc., p. 5.

⁹⁸⁰ Le législateur, le juge et la doctrine ont davantage invoqué les autres principes généraux de la CDE et notamment le principe de non-discriminations en lien avec le droit à l'éducation.

⁹⁸¹ KILKELLY U., préc., p. 8.

⁹⁸² BRIAN HOWE R., COVELL K., *op. cit.*, p. 35.

*supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation ; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents »*⁹⁸³. Depuis, aucun autre instrument international n'a réitéré cette relation. Elle est évoquée, de manière séquencée, dans les rapports de l'ONU, dont celui de la Rapporteuse Tomasevski.

Selon cette nouvelle approche, « *l'éducation dans l'intérêt supérieur de l'enfant signifie l'incorporation du principe de l'intérêt supérieur dans le droit et les politiques de l'éducation et un processus décisionnel dans lequel les autorités prennent pleinement en considération les principes de la Convention, la provision, la protection et les droits de participation de l'enfant et les évaluations d'impact sur l'enfant et les résultats de recherche »*⁹⁸⁴. C'est également dans l'intérêt éducatif supérieur de l'enfant que les parents et l'école travaillent en partenariat⁹⁸⁵.

Cette approche fait partie d'une perception plus large de l'éducation axée sur les droits de l'Homme. Selon Tomasevski, la conséquence immédiate de ce cheminement est « *la reconnaissance des bénéficiaires de toute action en faveur du développement en tant que sujets de droit, et notamment de leur droit de prendre des décisions. Dans le domaine de l'éducation, ceci suppose de veiller à l'équilibre entre les droits et libertés des adultes concernés (essentiellement les parents et les enseignants, ainsi que les principaux intervenants publics) et les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant. »*⁹⁸⁶

2. La mise en œuvre convenable du concept de l'intérêt supérieur de l'enfant

La disposition concernant le droit des parents à la détermination de l'éducation de leur enfant, n'a pas *a priori*, un caractère négatif. La portée positive de cette disposition sera d'autant plus confirmée que l'agissement des parents coïncide avec l'intérêt supérieur de l'enfant **(a)**. Cette logique exige que la fonction des parents dans le domaine de l'éducation de l'enfant se transforme d'une fonction « naturelle » dans une fonction centrée sur l'intérêt de l'enfant, donc - « rationnelle » **(b)**.

⁹⁸³ Principe 7, Déclaration des droits de l'enfant, 1959.

⁹⁸⁴ BRIAN HOWE R., COVELL K., *op. cit.*, p. 45.

⁹⁸⁵ EDWARDS R.(dir.), *Children, Home and School, Regulation, autonomy or connection?* Routledge, 2005.p. 3.

⁹⁸⁶ Commission des Droits de l'Homme, Rapport présenté par Mme Katarina Tomaševski, Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, *Mission au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Angleterre)*, 18-22 octobre 1999, E/CN.4/2000/6/Add.2, 9 décembre 1999, § 23.

a) La portée positive ou négative du droit à l'éducation des parents

A priori, la portée du contrôle parental quant à l'éducation est positive pour l'enfant. Un exemple d'action des parents dans l'intérêt supérieur de l'enfant, dans le cadre de leur droit de faire instruire les enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques a été soulevé dans *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*⁹⁸⁷. Dans l'espèce, il a été jugé que l'emploi de châtiments corporels dans une école fréquentée par les enfants du requérant constituait une violation de l'article 2 du premier Protocole à la CEDH en ce qu'elle entravait les visions disciplinaires des parents, que la Cour a retenues comme « convictions philosophiques »⁹⁸⁸.

Mutatis mutandis, les souhaits des parents que leurs enfants subissent des châtiments corporels dans le contexte scolaire entreraient aussi dans la catégorie des « convictions philosophiques ». Cependant, selon la logique du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, la demande des parents que leurs enfants fassent l'objet de punitions physiques à l'école serait rejetée. Paradoxalement, en cas d'une loi prohibitive des châtiments corporels à l'école, vu l'article 2.2 Protocole 1 CEDH, les parents auraient la légitimité de prétendre à la violation de leur droit à l'instruction des enfants « selon leurs convictions philosophiques »⁹⁸⁹. C'est en effet le cas de figure qui illustre le mieux la portée négative de la composante « droit des parents » dans le cadre du droit à l'instruction de l'enfant. Ainsi, l'axiome selon lequel l'intérêt de l'enfant coïncide nécessairement avec celui des parents a été débattu. C'est notamment dans ce contexte

⁹⁸⁷ CourEDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, préc.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, § 36.

⁹⁸⁹ *R (Williamson) v Secretary of State for Education* [2003] 1 All ER 385. Dans cette affaire, les parents et les enseignants ont affirmé que la loi de 1996 sur l'éducation, qui refusait les parents désireux de faire subir des châtiments corporels aux enfants dans le contexte scolaire, violait leurs droits en vertu de l'article 2 du Protocole et de l'article 9 liberté de pensée, de conscience et de religion. En Cour d'appel, il a été jugé que les demandes des deux requérants devaient être rejetées. Selon la Cour, bien que la croyance aux châtiments corporels soit une croyance reconnaissable par rapport à ces articles, l'interdiction d'une telle punition dans les écoles ne privait pas les parents de ces croyances puisqu'ils pouvaient pratiquer une telle punition à la maison. De plus, les enseignants dans cette affaire ne pouvaient revendiquer aucun droit au-delà de ce que possèdent les parents. La House of Lords a rejeté l'appel, mais a refusé de déclarer la loi de 1996 sur l'éducation incompatible avec la Convention pour d'autres motifs. De l'avis de leurs Seigneuries, bien que les deux articles soient engagés, le parlement avait le droit de faire une exception à ces droits au motif qu'ils entravaient les droits de l'enfant de ne pas être soumis à un traitement inhumain et dégradant. En conséquence, le parlement avait le droit d'avoir une large règle générale sur la prohibition, et l'ingérence dans les droits des parents à la convention était nécessaire dans une société démocratique pour la protection des droits d'autrui. L'interdiction légale poursuivait un but légitime et visait à protéger les enfants de la douleur, de la détresse et des autres effets néfastes que l'infliction de la violence physique pouvait causer. En outre, les moyens choisis par le parlement pour atteindre cet objectif étaient proportionnés et appropriés. Les croyances des parents impliquaient une violence physique sur les enfants dans un cadre institutionnalisé, et bien que le parlement soit tenu de respecter les croyances des parents, il était habilité à décider que la manifestation de ces croyances dans la pratique n'était pas dans l'intérêt des enfants. Voir FOSTER S., *Human Rights and Civil Liberties*, Third Edition, Pearson, 2011, p. 245.

que la portée de la disposition concernant le droit des parents à l'éducation de l'enfant peut être problématique.

b) Un parent « raisonnable », garant d'un meilleur respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

Un parent raisonnable est celui qui se met à la place d'un juge et statue dans l'intérêt de l'enfant, en ignorant ses propres ambitions. Dans le domaine de l'éducation, comme c'est le cas également dans le domaine de la santé⁹⁹⁰, le parent raisonnable reconnaît le rôle de l'État dans l'éducation de l'enfant et respecte ses choix au nom de l'intérêt général, malgré ses convictions personnelles qui divergent⁹⁹¹. Par exemple, la décision d'assurer une scolarité neutre et rationnelle appartient à l'État et les parents devraient s'y conformer, ce qui ne les prive pas de leur droit « *d'éclairer et conseiller leurs enfants, d'exercer envers eux leurs fonctions naturelles d'éducateurs, de les orienter dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses ou philosophiques* »⁹⁹². La Cour ajoute dans une affaire récente que « *la protection de l'éducation parentale prévue à l'article 5 de la Convention relative aux droits de l'enfant n'est pas une fin en soi, mais qu'elle doit toujours servir le bien-être de l'enfant* »⁹⁹³. Ainsi, le parent qui agit dans l'intérêt supérieur de l'enfant est celui qui contribue au développement de son autonomie. À cette fin, le parent devrait rejoindre la logique de l'intérêt général sociétal à intégrer les enfants dans la société et à leur offrir un meilleur avenir⁹⁹⁴.

Un raisonnement complexe, mais intéressant sur ce sujet a été effectué par le Lord Munby, dans l'affaire britannique *Re G*⁹⁹⁵ concernant le choix éducatif de cinq enfants par deux parents séparés, représentants de la communauté hassidique ou chareidi des juifs ultra-orthodoxes. En l'espèce, la mère a demandé une ordonnance lui permettant d'inscrire tous les enfants dans de nouvelles écoles mixtes moins orthodoxes où les possibilités d'enseignement étaient, selon elle,

⁹⁹⁰ Il existe, par exemple, des débats au sujet de la politique de vaccination obligatoire des enfants. Cependant, « *la gravité de l'atteinte encourue – l'atteinte à l'intégrité physique par le biais de la contamination suffit à justifier une ample restriction à l'exercice des droits* » des parents, ainsi qu'éventuellement du droit à l'autodétermination de l'enfant s'il est capable, en imposant une vaccination. Voir FERRIE S.-M., *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine, Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRIS Éd.s, 2018, p. 309.

⁹⁹¹ HERRING J., FOSTER C., « Welfare means relationality, virtue and altruism », *Legal Studies*, vol. 32, n°3, 2012, pp. 480–498.

⁹⁹² CourEDH, *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 54.

⁹⁹³ CourEDH, *A.R. et L.R. c. Suisse*, 19 décembre 2017, § 41.

⁹⁹⁴ Voir CourEDH, *Konrad et autres c. Allemagne*, préc. : « *En l'espèce, la Cour relève que les autorités et tribunaux allemands ont soigneusement motivé leur décision et ont principalement insisté sur le fait que non seulement l'acquisition des connaissances, mais également l'intégration dans la société et les premières expériences que l'on peut faire de celle-ci sont des objectifs cruciaux de l'éducation à l'école primaire.* »

⁹⁹⁵ *Re G* [2012] EWCA Civ 1233.

beaucoup plus importantes. Le père s'est opposé à la demande, souhaitant que les enfants continuent à fréquenter les écoles plus strictement orthodoxes de son choix.

Afin de statuer sur cette affaire, le juge réfléchit sur la notion du « parent raisonnable ». À la question « *quelle est, dans notre société aujourd'hui, la tâche du parent raisonnable ordinaire* », le juge répond en trois temps. Tout d'abord, il relève l'importance de la valeur de l'égalité des chances qui devrait s'appliquer, y compris aux enfants. Deuxièmement, il encourage la perception des aspirations de l'enfant en tant que vertu devant être soutenue. Et troisièmement, il définit l'objectif des actions des parents raisonnables, en l'occurrence de « *conduire l'enfant à l'âge adulte de manière que l'enfant soit le mieux à même de décider quel type de vie il veut mener - quel type de personne il veut être - et de donner effet pratique à leurs aspirations. En bref, l'objectif doit être de maximiser les possibilités de l'enfant dans tous les domaines de la vie à l'âge adulte. Et le corollaire de ceci, où la décision a été dévolue à un " parent judiciaire ", est que le juge doit faire preuve de prudence avant d'approuver un régime qui peut avoir pour effet d'empêcher ou de limiter indûment la capacité de l'enfant à prendre de telles décisions à l'avenir* »⁹⁹⁶.

Un parent raisonnable, pour conclure, accepte la dimension sociale du droit à l'éducation. Car le droit à l'éducation, tout en étant avant tout un droit individuel, peut être compris dans sa fonction sociale de développement des personnes en tant que citoyens à part entière de leur société⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, § 79 - 80: « [w]hat in our society today, looking to the approach of parents generally in 2012, is the task of the ordinary reasonable parent? What is the task of a judge, acting as a 'judicial reasonable parent' and approaching things by reference to the views of reasonable parents on the proper treatment and methods of bringing up children? What are their aims and objectives? ... In the conditions of current society there are, as it seems to me, three answers to this question. First, we must recognize that equality of opportunity is a fundamental value of our society: equality as between different communities, social groupings and creeds, and equality as between men and women, boys and girls. Second, we foster, encourage and facilitate aspiration: both aspiration as a virtue in itself and, to the extent that it is practical and reasonable, the child's own aspirations. Far too many lives in our community are blighted, even today, by lack of aspiration. Third, our objective must be to bring the child to adulthood in such a way that the child is best equipped both to decide what kind of life they want to lead – what kind of person they want to be – and to give effects as far as practicable to their aspirations. Put shortly, our objective must be to maximise the child's opportunities in every sphere of life as they enter adulthood. And the corollary of this, where the decision has been devolved to a 'judicial parent', is that the judge must be cautious about approving a regime which may have the effect of fore closing or unduly limiting the child's ability to make such decisions in future. »

⁹⁹⁷ CULLEN H., « Education Rights or Minority Rights? », 7 *International Journal of Law and the Family*, 1993, p. 144.

§2. La finalité sociale de l'éducation

Bien que le droit à l'éducation soit un des droits fondamentaux et les plus importants du développement de l'enfant, c'est en même temps la condition préalable au développement de toute société démocratique (A). Donc, l'État poursuit à son tour un intérêt dans l'éducation de l'enfant. À l'instar de la famille, l'État ne saurait réglementer le droit à l'éducation de façon « à atteindre à la substance de ce droit »⁹⁹⁸. Ainsi, tout État a la responsabilité de veiller à ce que les enfants soient éduqués à comprendre⁹⁹⁹ et à respecter la loi et à avoir les conditions leur permettant de vivre selon cette loi¹⁰⁰⁰ (B).

A. L'éducation pour une société démocratique

L'éducation est un domaine où le rôle de l'État n'est pas vraiment subsidiaire¹⁰⁰¹, mais plutôt symétrique à celui des parents. La CourEDH s'est prononcée sur le rôle de l'État dans l'éducation de l'enfant, en soutenant que « le droit à l'instruction, garanti par l'article 2 du Protocole no 1, appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus »¹⁰⁰². La Cour est venue ainsi confirmer la célèbre affirmation de la Cour Suprême des États-Unis du milieu du siècle passé qui énonce que « l'enseignement est peut-être la fonction la plus importante des pouvoirs publics fédérés et locaux. Elle est requise pour accomplir les plus élémentaires de nos devoirs civiques. Elle constitue le fondement même d'une bonne citoyenneté. »¹⁰⁰³

A fortiori, l'importance autrefois diminuée de l'État augmente sous le prisme du respect de l'autonomie de l'enfant. L'État se présente désormais en tant que surveillant et garant du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dès lors, l'État acquiert une autorité plus étendue sur la direction du contenu de l'éducation¹⁰⁰⁴ qui est justifiée par deux volets distincts, mais qui se

⁹⁹⁸ CourEDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, 23 juillet 1968, p. 32, § 5, série A no 6.

⁹⁹⁹ MUEDINI F., *Human Rights and Universal Child Primary Education*, Palgrave Macmillan, 2015, p. 15.

¹⁰⁰⁰ WINCH C., GINGELL J., *Philosophy of Education, The Key Concepts*, Second edition, Routledge, 2008, p. 26.

¹⁰⁰¹ NEIRINCK C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1984, p. 226.

¹⁰⁰² CourEDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, préc.*

¹⁰⁰³ Cour suprême des États-Unis, *Brown vs Board of Education of Topeka*, 17 mai 1954.

¹⁰⁰⁴ CourEDH, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino c. Espagne*, 25 mai 2000.

chevauchent : l'un se concentre sur l'intérêt de l'État à éduquer les enfants pour une citoyenneté démocratique libérale (2), et l'autre sur la nécessité d'une réglementation étatique de l'éducation afin de protéger l'autonomie future des enfants¹⁰⁰⁵ (1).

1. L'éducation pour une intégration sociale de l'enfant

L'État devrait être le garant du principe d'égalité dans l'éducation, afin d'offrir à tous les enfants les mêmes opportunités et conditions pour un développement autonome et une intégration sociale réussie (a). Dans ce sens, l'État adopte une politique éducative fondée sur la pensée critique et l'autonomie rationnelle (b).

a) Le principe d'égalité des chances

La compréhension de l'autonomie *via* l'éducation conduit naturellement à mettre l'accent sur le principe d'égalité des chances à l'école. Un système d'éducation de qualité doit fournir à tous les enfants une éducation et une préparation appropriée à la vie en société, d'une manière générale et non pas privilégiée, afin que tous les enfants aient les mêmes chances de réussite et d'accès à l'autonomie¹⁰⁰⁶. À cette fin, l'État doit prendre deux types de mesures cumulatives. D'abord, l'État doit prendre des mesures pour éliminer la discrimination. Selon la jurisprudence constante de la CourEDH, la discrimination consiste « à traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées en la matière considérée dans des situations comparables »¹⁰⁰⁷. L'idée est que l'accès à l'éducation devrait se faire sans distinction aucune, par exemple en fonction de « la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la condition économique ou la naissance »¹⁰⁰⁸. Deuxièmement, l'État doit prendre des mesures d'uniformisation des règles « afin de supprimer les obstacles aux possibilités »¹⁰⁰⁹. Cela signifie que le principe d'égalité des chances n'exige pas une application identique des règles de droit à différentes catégories de personnes. Au contraire, la mesure d'uniformisation doit

¹⁰⁰⁵ MOSCHELLA M., *To Whom Do Children Belong?, Parental Rights, Civic Education and Children's Autonomy*, Cambridge University Press, 2016, p. 7.

¹⁰⁰⁶ HEMELSOET E., « A Right to Education for All: The Meaning of Equal Educational Opportunities », 20 *International Journal of Children's Rights*, 2012, p. 524.

¹⁰⁰⁷ CourEDH, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, § 48 ; CourEDH, *Okpiz c. Allemagne*, 25 octobre 2005, § 33 ; CourEDH, *Oršuš et autres c. Croatie*, 17 juillet 2008, § 149 ; CourEDH, *Sampanis et autres c. Grèce*, 5 juin 2008, § 67.

¹⁰⁰⁸ UNESCO, Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, adoptée par la Conférence générale à sa onzième session, Paris, 14 décembre 1960, article premier.

¹⁰⁰⁹ DIETER BEITER K., *The Protection of the Right to Education by International Law, Including a Systematic Analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, International Studies in Human Rights, Vol. 82, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 87.

veiller à ce que l'application des droits de l'Homme à une catégorie particulière de personnes tienne compte des caractéristiques particulières de cette catégorie¹⁰¹⁰. Dans ce sens, la CourEDH est d'avis que le principe de non-discrimination « *n'interdit pas à un État membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des " inégalités factuelles " entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de cette disposition* »¹⁰¹¹.

Le principe d'égalité des chances est en effet souvent mal compris, car réduit au principe de non-discrimination. Par exemple, le Comité des droits de l'enfant discute des différentes formes de discrimination en tant qu'obstacles à l'égalité des chances, mais il ne définit pas ou ne précise pas le sens réel du principe d'égalité des chances¹⁰¹². Une approche similaire est adoptée par la CourEDH. Sans utiliser formellement et expressément cette notion pour interpréter l'article 2 du protocole additionnel et en se fondant surtout sur le principe de non-discrimination, l'esprit de la jurisprudence strasbourgeoise promeut sans aucun doute l'égalité des chances à l'école¹⁰¹³.

b) L'autonomie rationnelle

Le droit à l'éducation est important pour le développement de l'enfant dans le sens de l'acquisition de l'autonomie rationnelle¹⁰¹⁴. David Archard a évoqué deux sortes de choses qui rendent l'enfant autonome. La première est celle qui justifie l'importance du droit à l'éducation. Selon lui, « *l'enfant doit avoir acquis certaines aptitudes cognitives de base telles que la capacité à réfléchir, à délibérer et à argumenter, ainsi que la capacité d'acquérir des connaissances sur lui-même et sur son monde* »¹⁰¹⁵. La deuxième chose invoque le contenu idéal de l'éducation, car « *l'enfant doit être informé des choix qu'il peut faire dans sa vie ultérieure et avoir les moyens de les réaliser* »¹⁰¹⁶.

À cette fin, l'approche d'apprentissage adoptée par l'État est fondée sur le concept de pensée critique qui vise à éduquer « *un individu naturellement curieux ; impartial ou ouvert d'esprit ; flexible est désireux de devenir bien informé ; qui interprète différents points de vue ; suspend*

¹⁰¹⁰ DIETER BEITER K., *op. cit.*, p. 87.

¹⁰¹¹ CourEDH, L'« affaire linguistique belge », *préc.*, § 10 ; CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], 6 avril 2000, § 44 ; CourEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], 12 avril 2006, § 51 ; CourEDH, *Oršuš et autres c. Croatie, préc.*, § 149 ; CourEDH, *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], 13 novembre 2007, § 175 ; CourEDH, *Sampanis et autres c. Grèce, préc.*, § 68.

¹⁰¹² BRIAN HOWE R., COVELL K., *op. cit.*, p. 46.

¹⁰¹³ LE ROUZIC, L.-M., *op. cit.*, p. 168.

¹⁰¹⁴ WHITE J. P., *The Aims of Education Restated*, London, Routledge, 1982, cité dans Winch C., Gingell J., *op. cit.*, p. 18.

¹⁰¹⁵ ARCHARD D., *op. cit.*, p. 82.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

le jugement ; et considère des perspectives alternatives »¹⁰¹⁷. Cela dit, l'intérêt de l'État est d'éduquer un citoyen indépendant, capable de prendre des décisions et résoudre ses problèmes, donc facilement intégré dans une société démocratique¹⁰¹⁸.

Selon Archard, « l'autonomie rationnelle peut être considérée comme comprenant au moins trois éléments : la rationalité, la maturité et l'indépendance »¹⁰¹⁹. Si les deux derniers éléments peuvent être développés naturellement par l'enfant au cours de sa vie, la rationalité manque originellement et ne peut pas être atteinte sans éducation scolaire. Archard explique que « la rationalité en question est de nature instrumentale et peut être définie, au minimum, comme la formation de croyances généralement fiables sur son environnement, ayant un ensemble de désirs relativement cohérent et par conséquent capable, à la lumière de ces désirs et croyances, de ses préférences entre les différentes pistes d'action possibles. Cela nécessite une certaine compétence cognitive, à savoir la capacité de former des croyances généralement fiables sur le monde. »¹⁰²⁰

Donc, l'autonomie rationnelle prodiguée par une éducation et une pensée critique est la plus susceptible d'élever des citoyens actifs, sans problèmes d'intégration sociale.

2. L'éducation à la citoyenneté

L'État saisit le potentiel du droit à l'éducation pour développer des capacités participatives citoyennes de l'enfant **(b)**. Cela est possible, en grande partie, grâce à la nature instrumentale du droit à l'éducation **(a)**.

¹⁰¹⁷ FACIONE P. A., *Critical Thinking: A Statement of Expert Consensus for Purposes of Educational Assessment and Instruction*, Millbrae: The California Academic Press, 1990, p. 3.

¹⁰¹⁸ Sur la pensée critique voir LAI E. R., *Critical Thinking: A Literature Review Research Report*. London: Parsons Publishing, 2011; WILLINGHAM D. T., « Critical Thinking: Why Is It So Hard to Teach? », *American Educator*, 2007, p. 8; STERNBERG R. J., « Critical Thinking: Its nature, measurement and improvement », Yale University, Department of Education, 1986 ; HALPERN D. F., « Teaching Critical Thinking for Transfer Across Domains: Dispositions, Skills, Structure Training and Metacognitive Monitoring », *American Psychologist* 53, n°4, 1998, p. 450. Sur l'importance de l'autonomie dans la formation citoyenne de l'éducation voir WHITE J., *Education and the Good Life : Beyond the National Curriculum*, London, UK: Kogan Page, 1990 ; BRIGHOUSE H., « Civic Education and Liberal Legitimacy », *Ethics* 108, n°4, 1998, pp. 719–745 ; BRIGHOUSE H., « Channel One, the Anti-commercial Principle, and the Discontinuous Ethos », *Educational Policy* 19, n°3, 2005, pp. 528–549.

¹⁰¹⁹ ARCHARD D., *op. cit.*, p. 93.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

a) La valeur instrumentale du droit à l'éducation

Bien qu'il soit généralement accepté de placer le droit à l'éducation dans la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels¹⁰²¹, il est également étroitement lié aux droits appartenant à d'autres catégories. Ce lien a été considéré soit par le fait que le droit à l'éducation doit être une condition préalable à l'exercice d'autres droits, soit par le fait que le droit à l'éducation, par ses différentes composantes, peut être considéré comme économique, social, civil et politique en même temps.

Le droit à l'éducation permet de disposer de ressources intellectuelles pour des choix autonomes éclairés et des compétences nécessaires pour agir¹⁰²². Donc, le bénéfice du droit à l'éducation est une condition préalable à l'exercice des autres droits de l'Homme. Dans ce sens, le Comité observe : « *L'éducation de qualité permet aux enfants d'exercer leurs droits économiques, sociaux et culturels en outre elle renforce l'aptitude des enfants à exercer leurs droits civils, ce qui leur permet d'influencer les processus décisionnels et d'améliorer la protection des droits de l'homme* »¹⁰²³. Le droit à l'éducation, par son indivisibilité¹⁰²⁴, est considéré comme un outil pour tous les droits de l'Homme. En ce sens, le droit à l'éducation est considéré comme un droit autonomisant (« *empowerment right* »)¹⁰²⁵. Un tel droit confère à « *l'individu un contrôle sur le cours de sa vie et en particulier, un contrôle sur l'État* »¹⁰²⁶.

Le droit à l'éducation ne figure pas expressément dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, cependant les droits mentionnés dans ce Pacte exigent que l'éducation soit

¹⁰²¹ DIETER BEITER K., *op. cit.*, p. 3.

¹⁰²² DONNELLY J., *Universal human rights in theory and practice*, Cornell university Press, 2013, 3e éd., p. 64.

¹⁰²³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°11 sur les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention, CRC/C/GC/11, 12 février 2009, § 57.

¹⁰²⁴ Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels, Journée de débat général, Droit à l'éducation (art. 13 et 14 du Pacte), *Logiques du droit à l'éducation au sein des droits culturels*, Document de base présenté par Patrice MEYER-BISCH, Coordonnateur de l'Institut interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme de l'Université de Fribourg, Suisse, E/C.12/1998/17, 29 septembre 1998, § 4.

¹⁰²⁵ V. sur le droit à l'éducation en tant que « *empowerment right* » : Commission des Droits de l'Homme, Droits Economiques, Sociaux et Culturels, *Rapport annuel présenté par Mme Katarina Tomaševski*, Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, conformément à la résolution 2000/9 de la Commission des droits de l'Homme, E/CN.4/2001/52, 11 janvier 2001, § 11-14 ; Commission des droits de l'Homme, La réalisation des droits économiques, sociaux et culturels la réalisation du droit à l'éducation, y compris l'éducation dans le domaine des droits de l'homme, *Le contenu du droit à l'éducation*, Document de travail présenté par M. Mustapha Mehedi, E/CN.4/Sub.2/1999/10, 8 juillet 1999, § 1-4 ; DIETER BEITER K., *op. cit.*, p. 28 ; VANDENHOLE W., CARTON DE WIART E., DE CLERCK H. M-L., MAHIEU P., « Undocumented Children and the Right to Education : Illusory Right or Empowering Lever », 19 *International Journal of children's rights*, 2011, p. 614 ; COOMANS F., « Clarifying the core elements of the right to education » in Coomans F., Van Hoof F., *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special No. 18, SIM, Utrecht, 1995, p. 9-26.

¹⁰²⁶ DONNELLY J., HOWARD R.-E., « Assessing national human rights performance: a theoretical framework », *Human Rights Quarterly*, vol. 10, 1988, p. 215.

réalisée. C'est la raison pour laquelle le droit à l'instruction a été finalement inclus, non pas dans la Convention même, mais plus tard dans le Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui prônait la fidélité aux droits civils et politiques¹⁰²⁷. Par exemple, les droits à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression dépendent du niveau d'alphabétisation, résultat essentiel d'une éducation de base de qualité. Donc, la disposition de l'article 19 englobe les principaux éléments du concept d'éducation¹⁰²⁸. L'idée du droit d'avoir une opinion, de partager des idées et de les transmettre est un aspect fondamental de l'éducation et l'on suppose donc que le droit à l'éducation est prévu¹⁰²⁹.

De même, dans le contexte du droit à la religion prévu par le PIDCP, on retrouve la mention de l'éducation se rapportant à la promotion de l'éducation religieuse et morale. Le Pacte prévoit à l'article 18.4: « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.* »

Donc, le droit à l'éducation agit comme un multiplicateur de droits qui augmentent la capacité d'une personne à jouir de tous les autres droits¹⁰³⁰. Le déni du droit à l'éducation conduit à des dénégations complexes d'autres droits de l'Homme et à la poursuite de la pauvreté et du sous-développement¹⁰³¹. En fait, le droit à l'éducation est un instrument important pour le développement humain tout court.

b) L'éducation politique implicite

Thomas Humfrey Marshall considérait l'éducation comme un « véritable droit à la citoyenneté », même s'il croyait qu'il ne s'agissait pas du droit de l'enfant d'aller à l'école, mais du droit du citoyen adulte d'être éduqué¹⁰³². En effet, dans la mesure où l'éducation est une préparation à la vie dans l'État, il s'ensuit qu'une éducation adéquate a un élément civique, même si cela

¹⁰²⁷ SCHABAS W. A., *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 63; BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 58–74.

¹⁰²⁸ Article 19.2 PIDCP : « 2. Toute personne 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 de son choix. »

¹⁰²⁹ DONNELLY J., op. cit., p. 45; VERHEYDE M., *Article 28 – The right to education, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 8.

¹⁰³⁰ LUNDY L., « 'Voice' is not enough: conceptualizing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *British Educational Research Journal*, vol. 33, No. 6, December 2007, p. 940.

¹⁰³¹ VERIYAVA F., COOMANS F., « The right to education » in Brand D., Heyns C. (dir.), *Socio-economic rights in South Africa*, Pretoria: PULP, 2005, p. 60.

¹⁰³² MARSHALL T. H., *Citizenship and social class, and other essays*, Cambridge at the university press, 1950, p. 25.

n'est pas explicité dans le programme scolaire¹⁰³³. Certains États européens, en énonçant les objectifs de l'éducation, prévoient des dispositions pour l'organisation et l'administration de l'éducation en vue d'atteindre prioritairement les objectifs sociaux. Selon Levesque, les écoles peuvent promouvoir les valeurs sous-jacentes de la Constitution, telles que la libre expression personnelle et la démocratie participative¹⁰³⁴. Par exemple, le Basic Education Act de la Finlande prévoit : « 1. Le but de l'éducation visé par cette loi est de soutenir la croissance des élèves dans l'humanité et de les intégrer dans la société de manière éthique et responsable. En outre, l'éducation dans le cadre de l'éducation préscolaire, vise à améliorer la capacité d'apprentissage des enfants. 2. L'éducation doit promouvoir la civilisation et l'égalité dans la société et les conditions préalables des élèves pour participer à l'éducation et se développer autrement au cours de leur vie. 3. L'objectif de l'éducation doit également être d'assurer une éducation adéquate dans l'équité dans tout le pays. »¹⁰³⁵

En 2010, le Conseil de l'Europe a adopté une recommandation sur l'éducation à la citoyenneté démocratique et à l'éducation aux droits de l'Homme¹⁰³⁶. La recommandation définit l'éducation pour la citoyenneté démocratique comme incluant « la formation, la sensibilisation, l'information, les pratiques et les activités qui visent, en apportant aux apprenants des connaissances, des compétences et une compréhension, et en développant leurs attitudes et leurs comportements, à leur donner les moyens d'exercer et de défendre leurs droits et leurs responsabilités démocratiques dans la société, d'apprécier la diversité de jouer un rôle actif dans la vie démocratique, afin de promouvoir et de protéger la démocratie et la primauté du droit ». La Recommandation n'a pas de limite d'âge minimum, ce qui signifie qu'elle peut être interprétée pour s'appliquer à tous les enfants de tout âge ; en effet, elle se concentre spécifiquement sur le rôle des États pour soutenir les organisations non gouvernementales et de jeunesse dans leur action pour favoriser une telle éducation¹⁰³⁷. Bien que la recommandation

¹⁰³³ WINCH C., GINGELL J., *Philosophy of Education, The Key Concepts*, Second edition, Routledge, 2008, p. 25.

¹⁰³⁴ LEVESQUE R. J. R., *Dangerous Adolescents, Model Adolescents, Shaping the Role and Promise of Education*, Kluwer Academic Publishers, 2002.

¹⁰³⁵ Basic Education Act Finlande, section 2, Objectives of education: «1. The purpose of education referred to in this Act is to support pupils' growth into humanity and into ethically responsible membership of society and to provide them with knowledge and skills needed in life. Furthermore, the aim of pre-primary education, as part of early childhood education, is to improve children's capacity for learning. 2. Education shall promote civilisation and equality in society and pupils' prerequisites for participating in education and otherwise developing themselves during their lives. 3. The aim of education shall further be to secure adequate equity in education throughout the country. »

¹⁰³⁶ Recommandation CM/Rec(2010)7 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 mai 2010, Charte du Conseil de l'Europe sur l'éducation à la citoyenneté démocratique et l'éducation aux droits de l'homme.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, § 10.

soit axée sur la citoyenneté nationale, elle a clairement des implications pour les enfants en tant que citoyens du monde.

Ainsi, l'éducation à la citoyenneté a pour but de former des personnes actives, qui participent soit à la société civile, soit à des partis politiques, soit à la gouvernance de leur État. Pour ce faire, ils ont besoin de savoir-faire et de savoir comment fonctionne leur système.

B. L'éducation aux droits de l'Homme

Selon Beiter, « *l'éducation doit renforcer le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*¹⁰³⁸ » (1). Les programmes d'éducation aux droits de l'Homme, et notamment aux droits de l'enfant assurent, selon le Comité des droits de l'enfant, l'autonomisation des enfants¹⁰³⁹(2).

1. Le concept de « l'éducation aux droits de l'Homme »

L'enseignement des droits de l'Homme est devenu un concept bien ancré dans la politique des organisations internationales, régionales et nationales¹⁰⁴⁰. La Recommandation de 1974 sur l'éducation pour la compréhension, la coopération et la paix internationales et l'éducation relative aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales a établi les critères et les priorités internationaux pour l'enseignement des droits de l'Homme¹⁰⁴¹. Plus tard, la définition du concept a été proposée par l'Assemblée Générale de l'ONU dans le Plan d'action en vue de la décennie des Nations Unies dans le domaine des droits de l'Homme selon laquelle, l'enseignement aux droits de l'Homme représente « *des activités de formation et d'information visant à faire naître une culture universelle des droits de l'homme en inculquant les connaissances, les qualités et les attitudes de nature à : a) Renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; b) Assurer le plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité ; c) Favoriser la compréhension, la tolérance, l'égalité des sexes et l'amitié entre toutes les nations, les populations autochtones et les groupes raciaux, nationaux, ethniques, religieux et linguistiques ; d) Mettre toute personne en mesure de jouer*

¹⁰³⁸ DIETER BEITER K., *op. cit.*, p. 92.

¹⁰³⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°21, *préc.*, § 40.

¹⁰⁴⁰ Voir HCDH, *L'enseignement des droits de l'homme, Activités pratiques pour les écoles primaires et secondaires*, 2004.

¹⁰⁴¹ UNESCO, *Recommandation sur l'éducation pour la compréhension, la coopération et la paix internationales et l'éducation relative aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales*, adoptée par la Conférence générale à sa dix-huitième session Paris, 19 novembre 1974.

*un rôle utile dans une société libre ; e) Contribuer aux activités des Nations Unies dans le domaine du maintien de la paix. »*¹⁰⁴²

L'éducation aux droits de l'Homme fait partie du mandat de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme qui dans son préambule stipule que « *chaque individu et chaque organe de la société, en gardant constamment à l'esprit cette Déclaration, s'efforcera par l'enseignement et l'éducation de promouvoir le respect de ces droits et libertés* ». Éduquer les enfants sur leurs droits représente également un objectif de la CDE. En vertu de son article 29, les États ont convenu que l'éducation de l'enfant doit viser le développement du « *respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* »¹⁰⁴³. Cette évolution suppose que les enfants connaissent et comprennent les droits de l'Homme, notamment les droits de l'enfant. En vertu de l'article 42, les États se sont engagés « *à faire largement connaître les principes et les dispositions de la présente Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants* ». Ces dispositions indiquent clairement l'obligation des États de diffuser l'information et d'éduquer les enfants, ainsi que les adultes, sur les droits de l'enfant. À cette fin, ils sont tenus d'utiliser des « *moyens actifs et appropriés* », ce qui implique de mettre pleinement en œuvre l'éducation aux droits de l'enfant dans les écoles, et non simplement de fournir des informations sur des sites Web ou des brochures. Ainsi, en ne le faisant pas, les États manquent à leurs obligations internationales. Le Comité des droits de l'enfant a par conséquent incité à plusieurs reprises les États à prendre des mesures pour intégrer l'éducation aux droits de l'enfant dans les programmes scolaires. Enfin, en vertu de l'article 44, les États ont convenu de faire largement connaître au public leurs rapports sur les droits de l'enfant. Cela signifie que les groupes de défense des enfants et tous les citoyens concernés, y compris les enfants, seront sensibilisés aux droits de l'enfant et aux efforts de leur pays de les mettre en œuvre¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² Voir Assemblée générale ONU, *Questions relatives aux droits de l'Homme : questions relatives aux droits de l'Homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 12 décembre 1996, A/51/506/Add.1, appendice, § 2.

¹⁰⁴³ CDE, article 29b : « *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* ».

¹⁰⁴⁴ BRIAN HOWE R., COVELL K., *op. cit.*, p. 39.

2. L'importance de l'éducation aux droits de l'Homme

L'éducation aux droits de l'Homme a le pouvoir d'améliorer la vie individuelle des enfants, les institutions sociales avec lesquelles ils interagissent et la société dans son ensemble¹⁰⁴⁵. Le bénéfice de l'intégration dans les programmes scolaires d'une éducation aux droits de l'Homme a été relevé par le Comité des droits de l'enfant. Il l'identifie en tant qu'un moyen de lutte contre « *la xénophobie et toute forme d'attitude discriminatoire qui pourrait nuire à l'intégration* »¹⁰⁴⁶ et contre « *les obstacles à la participation de ces enfants afin qu'ils puissent faire entendre leurs voix* »¹⁰⁴⁷. En effet, les enfants munis des informations nécessaires sur les options existantes et leurs conséquences sont mieux placés pour faire entendre leur voix.

L'éducation aux droits de l'Homme serait un des éléments essentiels qui marquerait la différence entre un droit à l'instruction et le droit à l'éducation. L'enseignement des droits de l'Homme est une forme d'enseignement des valeurs. Cette perspective qui met l'accent sur « *la connaissance, la valorisation du développement humain, l'autonomie et les valeurs* », qu'on observe bien dans la DUDH et la CDE¹⁰⁴⁸, est appelée « *perspective humaniste* »¹⁰⁴⁹. Il est en effet important d'intégrer cette dimension dans l'éducation de l'enfant, afin de faire valoir l'importance de la dignité humaine. Les droits donnent aux enfants un sentiment de valeur en tant que personnes individuelles, en dehors de leurs relations avec les parents, les enseignants et les adultes. En apprenant qu'ils ont des droits, les enfants apprennent qu'ils ne sont pas la propriété parentale ou des objets de préoccupation paternaliste. Au contraire, ils apprennent qu'ils sont des personnes avec leur valeur intrinsèque.

Ainsi, ayant ces idées en tête, les enfants sont plus susceptibles d'exercer leur autonomie réelle et de participer à l'école en tant que membres valorisés de leur communauté scolaire¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁵ ZAJDA J., OZDOWSKI S. (dir.), *Globalisation, Human Rights Education and Reforms*, Springer, 2017, p. 62.

¹⁰⁴⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°23, *préc.*, § 63.

¹⁰⁴⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°21, *préc.*, § 42.

¹⁰⁴⁸ ALONI N., « Humanistic education » in Peters M., Besley T., Gibbons A., Žarnic B., Ghiraldelli P. (dir.), *The encyclopaedia of educational philosophy and theory*, 2014.

¹⁰⁴⁹ ZAJDA J., OZDOWSKI S. (dir.), *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁵⁰ BRIAN HOWE R., COVELL K., *op. cit.*, p. 40.

Section II. L'éducation, respectueuse de l'autonomie de l'enfant

Dans la lutte pour la dominance entre l'État et les parents, l'enfant est souvent oublié dans l'exercice de son droit à l'éducation. Ce sont, en effet, les résidus de l'ancienne acception de l'enfant vu comme objet de l'éducation¹⁰⁵¹. Actuellement, sous l'influence de la CDE, les États se trouvent dans la quête de la réforme idéale de l'enseignement où les élèves eux-mêmes auraient « *une énorme contribution potentielle à apporter, non pas en tant qu'objets passifs, mais en tant qu'acteurs actifs du système éducatif* »¹⁰⁵². L'objectif premier de l'éducation, le développement de la personnalité, suppose également le respect des décisions que l'enfant peut prendre concernant son éducation¹⁰⁵³. Lundy insiste sur le fait que le respect des opinions des enfants n'est pas simplement un modèle de bonne pratique pédagogique, mais une obligation juridiquement contraignante prévue par l'article 12 de la CDE¹⁰⁵⁴ (§1). L'État et les parents, par leur action ou leur inaction selon les systèmes politiques, peuvent porter directement atteinte à certains droits de l'enfant, tel le libre choix des valeurs¹⁰⁵⁵. La grande question est de déterminer si ces atteintes sont justifiées ou non par rapport à l'intérêt supérieur de l'enfant (§2).

§1. Le renforcement de l'« autonomie présente » de l'enfant

Nous avons vu les enfants comme des acteurs dans leur vie¹⁰⁵⁶ ce que signifie qu'ils sont aussi des acteurs dans leur processus d'éducation. Le Comité des droits de l'enfant a affirmé à plusieurs reprises que « *l'éducation doit être axée sur l'enfant, adaptée à ses besoins et autonomisante* »¹⁰⁵⁷, indépendamment de l'âge, car « *dans tous les contextes éducatifs, y*

¹⁰⁵¹ Commission des droits de l'Homme, Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, Mme Katarina Tomaševski, soumis conformément à la résolution 1998/33 de la Commission des droits de l'homme, *préc.*

¹⁰⁵² HODGKIN R., « Partnership with pupils », *Children UK*, 1998, p. 11. V. aussi « Consulting Pupils About Teaching », *Teaching and Learning*, Research Briefing, n°5, 2003 ; RUDDUCK J., FLUTTER J., « Pupil Participation and Pupil Perspective: 'carving a new order of experience' », *Cambridge Journal of Education*, 30:1, pp. 75-89.

¹⁰⁵³ Autonomie des écoliers – « *système éducatif consistant à laisser aux écoliers une certaine liberté de choisir les matières enseignées et une participation à l'organisation de la discipline à l'école. Le rôle de l'éducateur est d'aider l'enfant, au cours de son développement, à parvenir progressivement à l'autonomie (self-gouvernement).* » in Lafon R., *Vocabulaire de psychopédagogie et de psychiatrie de l'enfant*, 3e éd., Quadrige Dicos poche, Paris : Presses universitaires de France, 2010, p. 112.

¹⁰⁵⁴ LUNDY L., *préc.*, p. 930.

¹⁰⁵⁵ TORRELLI M., « Introduction », in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 15.

¹⁰⁵⁶ V. Partie I de la présente thèse.

¹⁰⁵⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 72 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°1, *préc.*, § 2.

compris dans les programmes éducatifs destinés à la petite enfance, il convient de promouvoir le rôle actif des enfants dans un environnement d'apprentissage participatif »¹⁰⁵⁸. Ainsi, l'enfant devrait être soutenu dans l'ambition de participer dans la défense de ses propres convictions ou celles du collectif. Ainsi, le droit à l'éducation de l'enfant doit être mis en œuvre en co-rapport avec les opinions de l'enfant sur l'éducation. Dans ce sens, les autorités devraient prévoir des garanties que ces opinions puissent être exprimées **(A)** et les décisions scolaires contestées **(B)**.

A. La prise en compte sérieuse de la participation de l'élève

Alors que la liberté de l'opinion de l'enfant, *lato sensu*, est la règle générale dans le processus éducatif de l'enfant **(1)**, il existe des aspects qui échappent à cette norme **(2)**.

1. L'effacement de l'autoritarisme dans la relation élève – professeur

Conformément à l'article 12 de la CDE, l'enfant capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant. Comme l'éducation est sans aucun doute une de ces questions, plusieurs formes de participation de l'élève ont été mises en place. La plupart du temps, l'élève participe classiquement par la prise de parole en classe **(a)**, mais aussi il a la possibilité d'exposer son opinion via des plateformes de participation plus spécifiques **(b)**.

a) Les formes classiques de participation de l'élève

La forme la plus naturelle de la participation de l'élève à l'école c'est la liberté d'exprimer son opinion. Selon les spécialistes, la « *culture de l'écoute* »¹⁰⁵⁹ devrait être la norme dans une école qui respecte l'autonomie de l'enfant. L'importance du respect de l'opinion de l'enfant dans le processus d'enseignement est également cruciale aux yeux du Comité¹⁰⁶⁰. Le manque de droits participatifs pour les enfants dans la sphère de l'éducation a été souvent critiqué dans les rapports du Comité des droits de l'enfant. Dans ses observations finales sur les rapports

¹⁰⁵⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°1, *préc.*, § 107.

¹⁰⁵⁹ Sur la notion de « *listening culture* », voir DAVIE R., GALLOWAY D., « A way forward? », in Davie R., Galloway D., *Listening to children in Education*, Routledge, 2012, p. 137.

¹⁰⁶⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 105 ; Voir aussi COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, §72 : « *Il convient, afin de développer pleinement le potentiel des adolescents et de les retenir à l'école, de prêter attention à la manière dont le milieu d'apprentissage est conçu et de veiller à ce qu'il exploite la capacité d'apprentissage des adolescents et la motivation que représentent la collaboration avec les pairs et l'autonomisation, et de mettre l'accent sur l'apprentissage par l'expérience, l'exploration et la recherche des limites.* »

périodiques présentés par les gouvernements européens, le Comité des droits de l'enfant s'est déclaré préoccupé par le fait que « *le droit de l'enfant à exprimer son opinion n'avait pas fait l'objet d'une attention suffisante* »¹⁰⁶¹.

L'État est tenu de « *s'efforcer de consulter les adolescents au sujet des obstacles qui les empêchent de poursuivre leur scolarité* »¹⁰⁶². Selon lui, c'est un moyen de lutter contre « *l'autoritarisme, la discrimination, le manque du respect et la violence dans de nombreuses écoles et salles de classe* »¹⁰⁶³. Ainsi, la liberté de l'expression de l'enfant serait un droit au respect de sa personne¹⁰⁶⁴ qui suppose naturellement l'éradication de la hiérarchie de l'opinion¹⁰⁶⁵ et par conséquent l'éradication de la violence psychologique et physique par rapport au message exprimé. Dans ce sens, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de s'exprimer sur l'importance de la liberté d'expression dans le milieu éducatif. Bien que l'affaire concerne des étudiants, le principe s'applique sans doute aux enfants aussi. Dans l'affaire *Irfan Temel et autres contre Turquie*¹⁰⁶⁶, la Cour conclut à la violation par l'État du droit à l'instruction. En l'espèce, des étudiants ont été sanctionnés disciplinairement pour avoir adressé aux instances universitaires des pétitions demandant l'instauration de cours de kurde facultatifs. La Cour explique que les requérants ont été sanctionnés pour les opinions exprimées dans leurs pétitions, alors que « *la liberté d'expression, telle que consacrée au paragraphe 1 de l'article 10, constitue l'un des fondements essentiels de toute société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de cet article, cette liberté vaut non seulement pour les " informations " ou " idées " accueillies*

¹⁰⁶¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 14 : « *Concernant l'application de l'article 12, le Comité est inquiet de voir qu'une attention insuffisante a été accordée au droit de l'enfant d'exprimer son opinion, y compris dans les cas, en Angleterre et au pays de Galles, où les parents ont la possibilité de demander que leurs enfants n'assistent pas aux cours d'éducation sexuelle à l'école. Dans ce cas comme dans d'autres, y compris en cas d'exclusion de l'école, l'enfant n'est pas systématiquement invité à faire connaître son opinion sur la décision prise et cette opinion peut ne pas être dûment prise en considération comme l'exige l'article 12 de la Convention.* »

¹⁰⁶² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, préc., § 71.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « La protection de l'enfant par l'État », dans Dekeuwer-Defossez F., *Les droits de l'enfant*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2010, p. 78 : <https://www.cairn.info/les-droits-de-l-enfant--9782130583042-page-74.htm>

¹⁰⁶⁵ ROMAIN J., « Du droit de l'enfant au droit de l'élève » in Jaffé P. D., Levy B., Moody Z., Zermatten J. (dir.), *Enfant, Famille, État : Les droits de l'enfant en péril ?*, Actes du 6e Colloque printanier de l'Institut universitaire Kurt Bösch et de l'Institut international des Droits de l'Enfant 22 et 23 mai 2014, p. 34 : « *Le droit d'être entendu a forgé la certitude que toutes les opinions se valent en classe. Il n'est aucune parole qui soit hiérarchiquement supérieure à une autre, aucune parole qui fasse autorité, toutes les opinions se valent. Lorsque le professeur parle de l'amour, lorsque Racine parle de l'amour ou lorsque l'élève parle de l'amour, voici trois positions équivalentes en classe. Aucune ne peut prétendre à un poids supérieur.* »

¹⁰⁶⁶ CourEDH, *Irfan Temel et autres c. Turquie*, 3 mars 2009.

avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'est pas de société démocratique »¹⁰⁶⁷.

Cela dit, pour l'expression de son opinion à l'école, l'enfant ne peut pas être sanctionné de façon dégradante ou humiliante ni soumis aux châtimets corporels. La CourEDH conteste ainsi le but pédagogique¹⁰⁶⁸ de la violence. Cette attitude a été adoptée par la majorité des pays du Conseil de l'Europe qui prohibent tout châtimet corporel à l'école¹⁰⁶⁹. Les mesures disciplinaires, « *appliquées d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain* »¹⁰⁷⁰, sont toutefois compatibles avec le droit à l'instruction. Dans l'affaire *Ali c. Royaume-Uni*, la Cour rappelle que les mesures disciplinaires font partie du processus éducatif : « *the right to education does not in principle exclude recourse to disciplinary measures such as suspension or expulsion from an educational institution in order to ensure compliance with its internal rules. The imposition of disciplinary penalties is an integral part of the process whereby a school seeks to achieve the object for which it was established, including the development and moulding of the character and mental powers of its pupils.* »¹⁰⁷¹ Pour déterminer si l'exclusion de l'école résulte d'un refus du droit à l'éducation, des facteurs tels que les garanties procédurales, la durée de l'exclusion, les efforts de réintégration et l'adéquation de l'éducation de remplacement seront pris en compte¹⁰⁷².

b) Les formes spécifiques de participation de l'élève

Il existe des formes spécifiques de participation de l'élève qui concernent exclusivement la vie scolaire. Si les conseils de l'école sont plus courants **(i)**, la recherche en tant que forme spécifique de participation dans l'éducation est plus rare **(ii)**.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, § 44.

¹⁰⁶⁸ Tribunal de police de Bordeaux, 18 mars 1981 a précisé les deux conditions cumulatives pour admettre le droit de correction : d'une part, la violence devrait être légère ; d'autre part, elle devrait avoir un but pédagogique. Cité dans DELANOË D., *Les châtimets corporels de l'enfant, une forme élémentaire de la violence*, Erès, 2017, p. 180.

¹⁰⁶⁹ HERZOG-EVANS M., « Châtimets corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ fam.* 2005, p. 212 ; Recommandation 1666 (2004), *Interdire les châtimets corporels des enfants en Europe*.

¹⁰⁷⁰ Article 28.2 CDE.

¹⁰⁷¹ CourEDH, *Ali c. Royaume-Uni*, 11 janvier 2011, § 54.

¹⁰⁷² *Ibid.*, § 58.

- Les conseils de l'école en tant que plateforme de consultation des élèves

Les conseils des écoles représentent des opportunités structurelles pour les élèves de participer à la vie de l'institution¹⁰⁷³. Généralement, le conseil d'école a pour objet de permettre aux élèves de discuter des questions relatives à leur école, à leur éducation et à toute autre question qui touche à leur intérêt, y compris la discipline¹⁰⁷⁴, et de les présenter à l'administration de l'école¹⁰⁷⁵¹⁰⁷⁶. Il y a lieu de parler d'une prise en considération sérieuse de l'initiative du conseil si l'organe directeur y réagit. Cela signifie, tout d'abord, l'action d'examen de toute question soulevée et par la suite, la présentation d'une réponse adressée au conseil de l'école. Ces règles garantissent de cette manière une forme de représentation des élèves au sein de l'administration de l'école. Dans l'Observation générale n°1, le Comité des droits de l'enfant souligne : « *Il faudrait assurer la participation régulière des enfants aux processus de décision au moyen, notamment, des conseils de classe, des conseils d'élèves et de la présence de représentants des élèves dans les conseils et comités scolaires, où ils peuvent exprimer librement leurs vues sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques scolaires et des codes de conduite. Ce droit devrait être inscrit dans la législation et son application ne devrait pas dépendre du bon vouloir des autorités, des écoles et des directeurs.* »¹⁰⁷⁷

Le Comité invite les États parties à soutenir le développement d'organisations d'élèves indépendantes qui peuvent aider les enfants à exercer avec compétence leur rôle de participation au système éducatif¹⁰⁷⁸.

- La recherche en tant que forme spécifique de participation dans l'éducation

Une forme très spécifique de participation de l'enfant dans l'éducation, qui reste encore très rare, est la participation dans la recherche. Malgré son originalité, le Comité des droits de l'enfant n'oublie pas de mentionner l'importance de la prise en compte de l'opinion de l'enfant dans les projets de recherche relatifs aux enfants¹⁰⁷⁹ en incitant ainsi les États parties d'« écouter

¹⁰⁷³ SMITH A. B., « Children and Young People's Participation Rights in Education », *International Journal of Children's Rights* 15, 2007, p. 150.

¹⁰⁷⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Vingt troisième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/15/Add.188, 9 octobre 2002, § 48 (a).

¹⁰⁷⁵ SHERLOCK A., « Listening to Children in the Field of Education: Experience in Wales », *Child and Family Law Quarterly*, vol. 19, n°2, p. 171.

¹⁰⁷⁶ CRC/C/15/Add. 34, *préc.*, § 32.

¹⁰⁷⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°1, *préc.*, § 111.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, § 112.

¹⁰⁷⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 104.

attentivement les opinions des enfants à chaque fois que celles-ci peuvent améliorer la qualité des solutions »¹⁰⁸⁰.

Cette forme de participation représente l'implication des enfants en tant que co-chercheurs auprès des universitaires qui cherchent à connaître leur point de vue par rapport à des questions liées à l'école ou bien sur des sujets extra-scolaires. Le statut de co-chercheur de l'élève est un engagement de la prise en compte sérieuse de l'opinion de l'enfant qui en fin de compte contribue au développement des questions de recherche et du choix des méthodes, ainsi qu'à l'interprétation des données et la diffusion des résultats¹⁰⁸¹. Donc, la recherche permet d'étudier des notions scientifiques ou pratiques sous « la perspective de l'enfant ou des enfants »¹⁰⁸². L'article 12 doit donc également être lu à la lumière de l'article 13, à savoir le droit de tous les enfants de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations.

2. Un manque implicite de choix de l'enfant dans l'éducation

En règle générale, conformément à l'article 5 de la CDE, les parents devraient avoir un rôle consultatif dans l'exercice du droit de l'enfant à l'éducation. Cependant, ce rôle est discutable : l'enfant a-t-il vraiment le choix en matière d'études ou pas **(a)** et par rapport au type d'école qu'il souhaite fréquenter **(b)**.

a) L'obligation singulière d'exercice du droit à l'éducation

On est d'accord qu'à la différence de l'adulte, l'enfant n'est jamais forcé d'exercer son autonomie.¹⁰⁸³ Cependant, dans le cadre de l'éducation, l'enfant se présente tant comme un « créancier »¹⁰⁸⁴ que comme « débiteur de son droit »¹⁰⁸⁵ avec l'obligation de développer sa capacité d'autonomie¹⁰⁸⁶. En fait, selon Tomasevski, « *l'obligation du gouvernement de rendre l'instruction primaire obligatoire a pour corollaire le devoir de l'enfant de fréquenter l'école*

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, § 27.

¹⁰⁸¹ LUNDY L., MCEVOY L., BYRNE B., « WorkingWith Young Children as Co-Researchers: An Approach Informed by the United Nations Convention on the Rights of the Child », *Early Education &Development*, 22:5, 2011, p. 714-736.

¹⁰⁸² SOMMER D., PRAMLING SAMUELSSON I., HUNDEIDE K., *Child Perspectives and Children's Perspectives in Theory and Practice, International Perspectives on Early Childhood Education and Development*, vol. 2, Springer, 2010.

¹⁰⁸³ LEVINSON M., *The demands of liberal education*, Oxford University Press, 1999, p. 40.

¹⁰⁸⁴ GIL-ROSADO M.-P., *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Paris, Defrénois, Doctorat & Notariat, t. 22, 2006, p. 160.

¹⁰⁸⁵ Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels, Journée de débat général, Droit à l'éducation (art. 13 et 14 du Pacte), *Logiques du droit à l'éducation au sein des droits culturels*, Document de base présenté par Patrice MEYER-BISCH, Coordonnateur de l'Institut interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme de l'Université de Fribourg, Suisse, E/C.12/1998/17, 29 septembre 1998, § 16.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

»¹⁰⁸⁷, car c'est plus un besoin qu'un droit (« Need »¹⁰⁸⁸). À cette fin, le Comité des droits de l'enfant est très affecté par le phénomène d'absentéisme et d'abandon scolaire qui est assez répandu dans certains pays européens et insiste pour que l'État prenne les mesures efficaces afin de lutter contre¹⁰⁸⁹.

C'est-à-dire, par rapport aux autres libertés comme celles d'expression, de religion ou bien d'association, l'enfant ne peut pas poser un droit de veto sur l'exercice de son droit à l'éducation. Il est objectivement contraint de faire des études¹⁰⁹⁰ et ne peut pas s'opposer à ce devoir, car en l'absence d'une telle éducation, le développement de sa personnalité sera entravé. Selon Ignacio Campoy, il est en effet dans son intérêt supérieur d'aller à l'école même si l'enfant ne le désire pas, car « *il existe suffisamment de critères rationnels pour considérer que la volonté " authentique " de l'enfant serait de recevoir cette éducation* »¹⁰⁹¹. C'est, à notre avis, l'originalité singulière de ce droit qui matérialise le plus concrètement un souci pour l'autonomie future de l'enfant au détriment de son autonomie présente. Archard écrit dans ce sens que « *les enfants n'acquerront les droits à l'autodétermination que s'ils en sont privés maintenant* »¹⁰⁹². Nussbaum indique la nécessité de mettre en évidence les capacités futures des enfants, principalement par la fréquentation scolaire obligatoire et la restriction de l'autodétermination des enfants en faveur de leur vie supposée meilleure à l'avenir¹⁰⁹³.

Il se peut que la mention sur les droits des parents dans la plupart des dispositions concernant l'éducation prenne en compte cette observation. Généralement, quand il s'agit des libertés « classiques » des enfants, on applique le principe des capacités évolutives. En effet, c'est l'article 5 de la CDE qui dicte la règle d'implication des parents dans l'exercice d'une telle liberté ou autre de l'enfant. En revanche, le cas du droit à l'éducation est particulier, car il suppose, *à priori*, le devoir des parents d'éduquer leurs enfants, sans l'obligation de se conformer à l'opinion négative de l'enfant par rapport à ce sujet. Cependant, cela n'exclut pas l'obligation des parents de prendre en compte les opinions accessoires de l'enfant concernant

¹⁰⁸⁷ Commission des Droits de l'Homme, Droits Economiques, Sociaux et Culturels, *Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, Mme Katarina Tomaševski, soumis conformément à la résolution 1998/33 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/1999/49, 13 janvier 1999, § 75.

¹⁰⁸⁸ DIETER BEITER K., *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁸⁹ V. par exemple COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales concernant le rapport de la Bulgarie valant troisième à cinquième rapports périodiques, CRC/C/BGR/CO/3-5, 21 novembre 2016, § 48 b).

¹⁰⁹⁰ Minimum l'école primaire.

¹⁰⁹¹ CAMPOY CERVERA I., *op. cit.*, p. 1015.

¹⁰⁹² ARCHARD D., *Children, Rights and childhood*, Routledge, second edition, 2004, p. 81: « *Children will only acquire the rights of self-determination if they are denied them now.* »

¹⁰⁹³ STOECKLIN D., BONVIN J-M. (dir.), *op. cit.*, p. 78.

son éducation. Gil-Rosado articule à juste titre la dyade « droit à la l'éducation » et « la liberté de l'éducation » dans le cadre de la même disposition légale¹⁰⁹⁴. Uniquement la dernière est susceptible d'être influencée par la volonté de l'enfant selon sa capacité et son niveau d'autonomie.

b) Le débat sur le choix de l'institution d'enseignement

En l'occurrence, le choix de l'institution scolaire maternelle ou primaire, en tant que forme d'établissement du contenu éducatif, est un sujet qui échappe à la volonté de l'enfant. En effet, le parent est le décideur principal dans le choix de l'école de son enfant non pas parce qu'il est forcé de suivre à la lettre de la loi, mais surtout à cause de l'immatunité de l'enfant au moment du choix de l'institution d'enseignement. Donc, il est assez normal que les parents choisissent l'institution d'enseignement maternelle ou primaire, ou bien l'enseignement à domicile que doivent suivre leurs enfants en raison de leur immatunité relative et de leur incapacité à faire un choix éclairé ou réfléchi. La CourEDH confirme ce raisonnement dans l'affaire *Konrad c. Allemagne* en soutenant que : « *en raison de leur jeune âge, les enfants requérants étaient incapables de mesurer les conséquences de la décision de leurs parents de leur faire suivre une éducation à domicile* »¹⁰⁹⁵. Dans ce sens, notamment, la limitation du droit de l'enfant à l'éducation et la présence de l'action paternaliste se justifie pleinement. Cela dit, pour reprendre l'avis de Nussbaum, « *l'éducation est un domaine dans lequel la déférence habituelle au choix est assouplie* »¹⁰⁹⁶.

Cet argument est valable uniquement pour les représentants de la « petite enfance »¹⁰⁹⁷ et pose un problème pour les aînés. Normalement, avec la croissance de la maturation, c'est important pour l'enfant de pouvoir influencer la décision sur le choix de l'institution scolaire, voire même décider sur ce sujet indépendamment des parents¹⁰⁹⁸. En cas d'éventuels litiges entre l'enfant et les parents concernant le choix de l'école, le conflit devrait être résolu par un médiateur

¹⁰⁹⁴ GIL-ROSADO M.-P., *préc.*, p. 160.

¹⁰⁹⁵ CourEDH, *Konrad c. Allemagne*, *préc.*

¹⁰⁹⁶ NUSSBAUM M. C., *Creating Capabilities, The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 156.

¹⁰⁹⁷ Le Comité a donc reconnu une catégorie d'enfants dans leur « petite enfance » et a défini cette période comme englobant ceux qui sont « à la naissance et tout au long de la petite enfance »; pendant l'année préscolaire; ainsi que pendant la transition vers l'école » (ONU, 2005, § 1). Compte tenu de la variation de ces derniers événements dans différents contextes culturels, il a suggéré que l'âge de 8 ans soit pris en compte (ONU, 2005, § 4).

¹⁰⁹⁸ ALDERSON P., *Young Children's Rights: Exploring Beliefs, Principles and Practice*, Children in charge, 2000, p. 128.

scolaire qui prendrait sa décision conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant en remplaçant ainsi le consentement nécessaire des parents quand l'enfant s'inscrit à l'école¹⁰⁹⁹. Aussi bien, les enfants devraient statuer en cas de conflit entre les parents par rapport aux choix de l'école. Ces aspects du droit à la participation de l'enfant ne sont pas généralement pris en compte, y compris par le juge. Prenons, à titre d'illustration, l'affaire britannique *Re G* citée ci-dessus, concernant un litige entre la mère et le père relatif au choix de l'école pour leurs cinq enfants âgés de 3 à 11 ans¹¹⁰⁰. Tout en reconnaissant l'importance, de par sa nature, de l'éducation de l'enfant¹¹⁰¹, de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁰² et même en rappelant l'affaire *Gillick*¹¹⁰³, le juge ne cherche à aucun moment l'opinion des enfants sur le choix de l'institution d'enseignement.

B. La contestation des décisions scolaires par l'enfant

L'autonomie procédurale de l'élève est généralement très difficilement acceptée au sein de l'école (1). Cette opposition incompréhensible est également présente dans le raisonnement des juges nationaux ou internationaux (2).

1. L'absence de procédures appropriées

La possibilité de l'élève de contester une décision de l'administration de l'école, ou bien de participer en tant que membre associé aux commissions qui étudient les plaintes des élèves, sont des éléments du droit de l'enfant à l'opinion conformément à l'article 12 de la CDE. Il s'agit, en réalité, de ses droits participatifs procéduraux qui sont en grande partie identiques à la procédure de réclamation générale. Cependant, ce sont des domaines encore difficilement acceptables et réalisables¹¹⁰⁴. Les plaintes d'enfant en matière d'éducation ne sont pas généralement réglementées¹¹⁰⁵, alors qu'une procédure de plainte vise à garantir que toute personne intéressée par l'école sache clairement comment elle peut exprimer ses plaintes et comment ces plaintes seront traitées. Cette situation contribue au renforcement de la

¹⁰⁹⁹ JOVIC O. S., « The Right of a Child Education in Universal and Regional Documents and in Serbian Legislation », *International Survey of Family Law*, 2008, p. 342.

¹¹⁰⁰ *Re G* [2012] EWCA Civ 1233.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, § 17.

¹¹⁰² *Ibid.*, § 25.

¹¹⁰³ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ L'absence de procédures de plainte et d'opportunités pour les élèves de soulever des préoccupations dans un cadre scolaire a été au centre du rapport britannique du Commissaire aux enfants, Clwyd, Clwyd: *Report of the Children's Commissioner for Wales into allegations of child sexual abuse in a school setting*, Welsh Assembly, 2004, *Children Don't Complain...*, Children's Commissioner for Wales, 2005.

présomption d'une action appartenant exclusivement à l'adulte. C'est notamment le cas des exclusions des enfants de l'école qui reste un terrain occupé par les parents. Cela a été critiqué par le Comité des droits de l'enfant qui recommande que les enfants eux-mêmes aient le droit de faire appel contre l'exclusion temporaire ou permanente. Dans ses observations finales, il a constaté qu'un enfant expulsé n'était pas systématiquement invité à donner son opinion et que toute opinion de l'enfant n'était pas prise en compte¹¹⁰⁶.

Il est recommandé qu'une plus grande priorité soit accordée à la mise en œuvre de l'article 12 et qu'il convienne d'envisager de mettre en place de nouveaux mécanismes pour faciliter la participation des enfants aux décisions les concernant. En ce qui concerne plus spécifiquement l'éducation, il a recommandé que les enfants aient le droit de faire appel contre l'exclusion et qu'on leur donne l'occasion d'exprimer leurs opinions sur la gestion de leur école dans les domaines qui les concernent¹¹⁰⁷. Le Comité insiste que « *lorsqu'un enfant est exclu de l'enseignement ou de l'école, cette décision doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire, car elle contrevient au droit de l'enfant à l'éducation* »¹¹⁰⁸. En ce qui concerne l'expulsion de l'école, par exemple, il est suggéré qu'un enfant devrait avoir le droit de faire appel de cette décision¹¹⁰⁹.

La pratique actuelle des écoles, comme l'observent plusieurs auteurs, c'est de répondre à une partie des exigences de l'article 12 de la Convention des Nations Unies¹¹¹⁰. En l'occurrence, l'école de nos jours est concentrée plus sur la dimension collective de la participation de l'élève, en laissant très peu de place à des manifestations individuelles dans la prise de décisions les concernant. Fortin fait observer que les principes de *Gillick* n'ont pas eu beaucoup d'influence dans le domaine de l'éducation, si ce n'est que les tribunaux qui tiennent compte des opinions de l'enfant lorsqu'il y a un litige concernant l'éducation de l'enfant¹¹¹¹. Il apparaît que la jurisprudence de la CourEDH ignore à son tour les droits procéduraux de l'enfant dans

¹¹⁰⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/C/15/Add.188, *préc.*, § 48 (b).

¹¹⁰⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 27 et 32.

¹¹⁰⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 113.

¹¹⁰⁹ V. par ex., COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/38, 1995, § 234; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/121, 2002, § 140 : « *le Comité recommande à l'État partie: a) De veiller à ce que la loi, sur l'ensemble de son territoire, reflète l'article 12 et respecte les droits de l'enfant d'exprimer son opinion, celle-ci devant être dûment prise en considération dans toutes les questions qui concernent son éducation, y compris la discipline à l'école; b) De prendre les mesures appropriées pour réduire le nombre d'exclusions temporaires ou permanentes, de veiller à ce que, sur tout son territoire, les enfants aient le droit d'être entendus avant d'être exclus et de faire recours contre une mesure d'exclusion temporaire ou permanente, et de garantir que les enfants exclus continuent d'avoir accès à une éducation à plein temps.* »

¹¹¹⁰ HARRIS N., « Empowerment and State Education: Rights of Choice and Participation », 68 *Modern Law Review*, 2005, p. 940.

¹¹¹¹ FORTIN J., *op. cit.*, p. 162.

l'éducation, en préférant une approche abstraite et collective sur les questions concernant l'éducation des enfants.

2. Une jurisprudence non-réceptive de procédures appropriées

Effectivement, à part citer l'article 28 de la CDE, la CourEDH n'a pas jugé nécessaire d'examiner les questions relatives aux garanties procédurales inscrites dans le droit à l'éducation et découlant de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant le droit d'être entendu dans le domaine de l'éducation. Elle ne fait non plus référence à la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant ou bien à l'article 3 de la CDE concernant l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'éducation. Cette ignorance de l'autonomie réelle de l'enfant est déterminée par la prééminence que la Cour donne à l'intérêt du groupe (a) ou bien à l'intérêt général (b).

a) La prééminence de l'intérêt du groupe face à l'intérêt individuel de l'enfant

Les premières affaires relatives aux droits de l'enfant *dans l'éducation* traitées par la Cour de Strasbourg concernent les cas de ségrégation en matière d'éducation dans le contexte de la discrimination indirecte de la minorité Rome¹¹¹². Il est remarquable que, tout en reconnaissant l'autonomie procédurale aux enfants victimes qui ont pu saisir la Cour en tant que requérants¹¹¹³, la Cour ignore les autres aspects du droit à la participation des enfants pris en compte dans leur propre individualité. Effectivement, la Cour ne fait pas d'effort pour documenter l'expérience subjective des enfants demandeurs dans une affaire de discrimination indirecte dans le domaine de l'éducation, préférant traiter les enfants en tant que groupe plutôt que comme des individus uniques¹¹¹⁴. Cela dit, la Cour ne distingue pas la variété d'âges des enfants, parmi lesquels il y a des adolescents, en les considérant tous comme un groupe des mineurs roms¹¹¹⁵. Il ne s'agit pas d'une imprudence, c'est un choix de la Cour relevé expressément dans l'arrêt *Oršuš et autres c. Croatie* où elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire

¹¹¹² CourEDH, *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], 13 novembre 2007 ; CourEDH, *Sampanis et autres c. Grèce*, 5 juin 2008 ; CourEDH, *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], 16 mars 2010 ; CourEDH, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, 29 janvier 2013 ; CourEDH, *Lavida et autres c. Grèce*, 30 mai 2013.

¹¹¹³ Dans *Oršuš et autres c. Croatie, préc.* – les requérants sont 15 mineurs qui au moment de la saisine de la Cour avaient entre 15 et 9 ans (§1 et §9) ; Dans *D.H. et autres c. République tchèque, préc.* - 18 requérants entre 9 et 15 ans (§1) ; Dans *Lavida et autres c. Grèce, préc.* - 15 requérants mineurs entre 6 et 13 ans (§1).

¹¹¹⁴ Dans l'affaire *Oršuš et autres c. Croatie, préc.*, la Cour prend en compte la situation personnelle de chaque requérant (§18-§51), en fournissant un compte rendu détaillé des circonstances individuelles de chaque requérant, pourtant ces informations proviennent de dossiers scolaires officiels et non des récits personnalisés de candidats individuels.

¹¹¹⁵ CourEDH, *Oršuš et autres c. Croatie, préc.*, § 155 et § 180.

d'examiner le grief tiré de l'article 2 Protocole 1 pris isolément en ce qui concerne les droits substantiels des enfants en matière d'éducation¹¹¹⁶, car il s'agit principalement d'une question de discrimination : « *en l'espèce, les requérants invoquent l'article 2 du Protocole no 1 pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention pour se plaindre de leur placement dans des classes réservées aux Roms pendant leurs études primaires, dans lequel ils voient une violation de leur droit à l'instruction et de leur droit à ne pas subir de discrimination. Néanmoins, la Grande Chambre considère que l'espèce soulève principalement une question de discrimination.* »¹¹¹⁷, « *bien que l'affaire en cause concerne la situation individuelle de chacun des quatorze requérants, la Cour ne saurait faire abstraction de ce que ceux-ci appartiennent à la minorité rom* »¹¹¹⁸.

En effet, une telle attitude de la Cour, comme souligné par les juges dans leur opinion dissidente commune à l'arrêt *Oršuš et autres c. Croatie* : « *a négligé les critères précédemment élaborés par la Cour elle-même dans le domaine du droit à l'instruction sur le terrain de l'article 2 du Protocole no 1 à la Convention* »¹¹¹⁹, car « *la présente affaire ne concerne donc pas la situation d'une minorité en général, mais une question concrète de pratique en matière d'éducation (dans deux écoles) à l'égard d'une minorité ayant une connaissance insuffisante de la langue dans laquelle l'enseignement est dispensé ainsi que les mesures prises par les autorités nationales pour faire face à cette situation* »¹¹²⁰. Spiliopoulou Akermark Sia reprend l'analyse du juge, en ajoutant qu'une telle approche de la Cour minimise l'autonomie des enfants « *en faveur des conceptualisations d'un déficit intellectuel perçu des enfants, en ce qui concerne la capacité à comprendre leur propre situation et à avoir des opinions significatives* »¹¹²¹.

Dans l'affaire *D.H. et autres contre République Tchèque*, la Cour s'est montrée davantage intéressée par les questions et les procédures d'octroi du consentement parental pour le placement des enfants dans les écoles spéciales que par les droits pédagogiques et substantiels des enfants. Selon Spiliopoulou Akermark Sia, la Cour aurait pu examiner et affirmer les particularités et les circonstances des demandeurs individuels et de leurs familles tout en développant son raisonnement sur les questions de discrimination indirecte, les politiques de

¹¹¹⁶ *Ibid.*, § 186.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, § 143.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, § 147 ; CourEDH, *Lavida et autres c. Grèce*, préc., § 62.

¹¹¹⁹ Opinion en partie dissidente commune aux juges Jungwiert, Vajić, Kovler, Gyulumyan, Jaeger, Myjer, Berro-Lefèvre et Vučinić, § 14.

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ SPILIOPOULOU AKERMARK S., préc.

ségrégation en matière d'éducation et la qualité de l'éducation en tant que telle¹¹²². Cependant, la Cour ne fait pas d'efforts pour documenter l'expérience subjective des enfants demandeurs dans une affaire de discrimination indirecte dans le domaine de l'éducation. Ne serait-ce pour garder une large marge d'appréciation de l'État dans le domaine de l'éducation ?

b) La prééminence de l'intérêt général face à l'intérêt individuel de l'enfant

Sur ce sujet, la Cour s'est prononcée dans l'affaire *Buckley c. Royaume-Uni* : « Pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation laissée à l'État défendeur, il faut garder à l'esprit l'importance d'un tel droit pour la requérante et sa famille. Chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention tel que celui en jeu en l'espèce, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour déterminer si l'État défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire. Selon la jurisprudence constante de la Cour, même si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts de l'individu protégés par l'article 8 (art. 8). »¹¹²³ Par conséquent, en adoptant cette approche consciente d'ignorer les droits procéduraux de l'enfant dans le domaine de l'éducation, la Cour a accepté comme relevant de la marge d'appréciation des États l'argument selon lequel non seulement l'acquisition des connaissances, mais également l'intégration dans la société et les premières expériences que l'on peut faire de celle-ci sont des objectifs cruciaux de l'éducation à l'école primaire.

Cela dit, la prise en compte de l'autonomie réelle de l'enfant est absente aussi bien dans toutes les autres affaires de la Cour. Nulle part dans les jugements relatifs au droit à l'éducation il n'y a une différenciation entre les enfants plus jeunes et les enfants plus âgés ou les adolescents et la manière dont ils ont été intégrés dans le système éducatif en principe et dans les cas concrets. Par exemple, en ce qui concerne la question du consentement ou de la participation à des décisions en matière d'éducation, les enfants plus âgés doivent avoir une meilleure information et une voix importante dans le processus.

¹¹²² *Ibid.*

¹¹²³ CourEDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, préc., § 76.

Si au début, cette restriction était justifiée par un intérêt général déterminé par l'importance du pluralisme pour la démocratie, actuellement la Cour est plus penchée à reconnaître un intérêt général de préservation de l'autonomie potentielle ou future de l'enfant, importante pour la démocratie. Cela dit, l'ignorance par la Cour des droits participatifs procéduraux de l'enfant, donc son autonomie réelle, est actuellement justifiée par le souci d'un meilleur avenir de l'enfant, donc par son autonomie potentielle. Cette idée est clairement relevée dans l'affaire *Konrad et autres c. Allemagne* où la Cour identifie l'intérêt « d'intégration dans la société » de l'enfant comme un intérêt général de la société, ce que lui a permis de rejeter « *comme manifestement mal fondé le grief tiré du refus d'autoriser les parents à éduquer leurs enfants chez eux* »¹¹²⁴.

La Cour reste fidèle à ce raisonnement dans les affaires qui concernent la neutralité de l'éducation, afin de répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant.

§2. La politique d'un « avenir ouvert » pour l'enfant

L'autonomie de l'enfant dans l'éducation implique le choix dans la diversité qui, d'une manière générale, suppose l'exposition à des visions du monde diverses, l'engagement à critiquer sa propre vision du monde et le développement de la pensée critique¹¹²⁵. Refuser des expériences d'apprentissage indispensables au développement de leur autonomie personnelle signifie, d'un point de vue philosophique, « *se voir ainsi refuser leurs droits à l'éducation dans leur forme la plus importante et la plus fondamentale* »¹¹²⁶ et d'un point de vue plus pragmatique, « *la réduction sensible de leurs chances de mener une bonne vie* »¹¹²⁷. La CourEDH est très attachée à une diffusion de connaissances « *de manière objective, critique et pluraliste* » et donc à la promotion d'une autonomie rationnelle de l'enfant. Ainsi, le juge strasbourgeois confirme un certain concept européen d'éducation dont l'objectif est notamment le développement d'une pensée rationnelle.

¹¹²⁴ CourEDH, *Konrad et autres c. Allemagne*, préc., p. 8 ; V. Conseil de l'Europe, Guide sur l'article 2 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'Homme, préc., p. 17.

¹¹²⁵ MOSCHELLA M., *op. cit.*, p. 121.

¹¹²⁶ JOHN M., « Children's Rights in a Free Market Culture » in Stephens S. (dir.), *Children and the Politics of Culture*, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 122 : « *denied the learning experiences which are fundamental to the development of a sense of personal autonomy and in that way are being denied their rights to education in its most significant and fundamental form* ».

¹¹²⁷ MOSCHELLA M., *op. cit.*, p. 121.

Bien qu'au début son argument pour une telle jurisprudence ait pour but la préservation de la « société démocratique » telle que la conçoit la Convention¹¹²⁸ en respectant les convictions religieuses et philosophiques des parents¹¹²⁹, ultérieurement la Cour est susceptible d'invoquer l'argument du respect de l'autonomie personnelle de l'enfant. Ainsi, dans l'affaire *Hasan et Eylem Zengen*, la Cour statue : « que l'enseignement constitue l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but pour lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves ainsi que de leur autonomie personnelle »¹¹³⁰. Dans la doctrine, ce raisonnement a été dénommé « le droit à un avenir ouvert », dont la paternité appartient à Joel Feinberg¹¹³¹. Le philosophe américain soutient que les enfants ont un intérêt fondamental à recevoir une éducation qui n'entrave pas ses options futures. Il soutient : « l'éducation devrait doter l'enfant des connaissances et des compétences qui lui permettront de choisir le type de vie qui correspond le mieux à sa dotation et à sa disposition. Il devrait l'envoyer dans le monde des adultes avec autant d'opportunités ouvertes que possible, maximisant ainsi ses chances de se réaliser. »¹¹³² Comme ce droit peut être lu négativement ou positivement¹¹³³, la Cour a hésité dans le choix définitif de la méthode idéale à le faire respecter. Finalement, elle a trouvé que le principe de neutralité, « d'une manière qui peut sembler paradoxale, constitue l'un des meilleurs moyens de respecter les différences de manière égale ».

Ainsi, lorsque les parents préfèrent mettre leurs enfants à l'abri des conceptions concurrentes, l'école devrait représenter un garant de la diversité, en assurant une neutralité des locaux (A), une neutralité du curriculum (B) et la neutralité des enseignants (C).

A. La neutralité des locaux

L'étude de la jurisprudence de la CourEDH montre que le droit à une instruction pluraliste est d'abord garanti par la neutralité des établissements d'enseignement publics. L'État doit

¹¹²⁸ CourEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, préc., § 52.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ CourEDH, *Affaire Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, préc., § 55.

¹¹³¹ FEINBERG J., « The child's rights to an open future » in Aiken W., LaFollette H., *Whose Child? Parental Rights, Parental authority and State Power*, Totowa, NJ, 1980, pp. 124–53.

¹¹³² *Ibid.*, p. 134: « Education should equip the child with the knowledge and skills that will help him choose whichever sort of life best fits his native endowment and matured disposition. It should send him out into the adult world with as many open opportunities as possible, thus maximizing his chances for self-fulfillment ».

¹¹³³ Interprété négativement, cela peut nécessiter de permettre à l'enfant d'acquérir certaines compétences et de s'assurer que certaines options ne sont pas fermées. Interprétée positivement, cela nécessiterait d'aider l'enfant à développer des compétences clés et à lui fournir les ressources nécessaires pour choisir parmi une gamme raisonnable d'opportunités. Voir MILLUM J., « The foundation of the child's right to an open future », *Journal of Social Philosophy*, 45(4), 2014, pp. 522–538.

répondre à la condition d'impartialité afin d'éviter l'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents et plus encore l'autonomie de l'enfant. Ce devoir de l'État « *de concilier l'affichage obligatoire d'un symbole religieux dans toutes les salles de classe avec l'obligation de l'État de respecter la neutralité confessionnelle dans l'éducation publique afin d'inclure des étudiants de différentes religions ou croyances sur la base d'égalité et non-discrimination* » s'avère difficile, comme relevé par le Rapporteur Heiner Bielefeldt¹¹³⁴. Son observation est confirmée dans l'affaire *Lutsi c. Italie*. En l'espèce, la Grande Chambre de la Cour considère que « *la présence du crucifix qui renvoyait indubitablement au christianisme ne suffisait toutefois pas en soi pour caractériser une démarche d'endoctrinement de la part de l'État* »¹¹³⁵. En effet, la Cour retient ici une marge nationale d'appréciation étendue fondée sur l'argument du gouvernement italien qui plaide pour « *la présence du crucifix dans les salles de classes des écoles publiques, qui est le fruit de l'évolution historique de l'Italie correspond à une tradition qu'il juge important de perpétuer* ».

Cette affaire est précieuse par la complexité des questions soulevées et le raisonnement complexe de la Cour qui tend à concilier le droit à l'instruction de l'enfant avec la marge nationale d'appréciation de l'État. En effet, la Cour s'interroge sur l'impact négatif ou positif de la neutralité, mais elle évite d'adopter un regard *child-centred*. En effet, dans cette affaire la Grande Chambre de la Cour prend en compte les droits des parents, l'intérêt de l'État et de l'Europe, mais beaucoup moins l'intérêt de l'enfant. Si elle avait abordé le cas du point de vue des droits des élèves, elle aurait pu arriver à une conclusion différente en ce qui concerne l'influence de la présence obligatoire de la croix sur les élèves, en particulier sur les plus jeunes¹¹³⁶, comme il l'a fait, par exemple, pour l'exigence de neutralité des enseignants.

B. La neutralité des enseignants

En tant qu'agents majeurs dans la réalisation du droit à l'éducation, « *la nature même de la profession d'enseignant de l'école publique, détenteur de l'autorité scolaire et représentant de*

¹¹³⁴ Conseil des droits de l'Homme, Rapport du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, M. Heiner Bielefeldt, A/HRC/16/53, 15 décembre 2010, § 44.

¹¹³⁵ CourEDH, *Lautsi c. Italie*, préc., §71.

¹¹³⁶ CEBADA ROMERO A., « The European Court Human rights and religion », *The New Zealand Journal of Public and International Law*, Bill of rights anniversary special issue, vol. 11, n° 1, 2013, pp. 75-102.

l'État »¹¹³⁷, le rôle des enseignants¹¹³⁸ dans le développement de l'autonomie de l'enfant est important. Les enseignants ont donc des responsabilités importantes à jouer pour veiller à ce que les droits des enfants soient respectés. À cette fin, ses deux tâches primordiales doivent être : savoir écouter et savoir parler. L'écoute des enfants est un élément fondamental d'un bon enseignement, quel que soit l'âge des élèves¹¹³⁹. Les enseignants doivent permettre aux élèves de parler et ceci peut être réalisé à l'aide d'une « capacité d'écoute et de sensibilité »¹¹⁴⁰. L'enseignant doit connaître les tactiques de la communication verbale et non-verbale pour encourager les élèves à parler. À cette fin, la formation et la perfection « systématique et permanente »¹¹⁴¹ des enseignants sont obligatoires¹¹⁴². Le Comité recommande de bonnes conditions de service pour les enseignants et un développement dédié et cohérent des institutions et des infrastructures dans la réalisation du droit à l'éducation.¹¹⁴³ La CourEDH dans sa jurisprudence se consacre davantage sur la deuxième fonction de l'enseignant, à savoir la transmission des connaissances aux élèves, qui doit se plier aux exigences de la neutralité. Le métier d'enseignant se retrouve ainsi pris par une exigence de rationalisation tant par rapport au message transmis (1), que par son apparence physique (2).

¹¹³⁷ CourEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001, p. 13 ; CourEDH, *Vogt c. Allemagne* [GC], 26 septembre 1995, § 59 : « un État démocratique est en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie ».

¹¹³⁸ Les documents internationaux ne mentionnent presque jamais les enseignants et leurs droits. Dans l'article 13.2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme il est stipulé toutefois que « les conditions matérielles du personnel enseignant doivent être continuellement améliorées ». En outre, la Conférence intergouvernementale spéciale convoquée par l'UNESCO en 1966 a adopté la Recommandation concernant la condition du personnel enseignant. Ce document détaille séparément les libertés et les droits professionnels spécifiques des enseignants, à l'exception de nombreux autres droits liés à la formation professionnelle continue, à l'avancement et à la promotion, à la titularisation, aux procédures disciplinaires et aux examens médicaux. En outre, il énumère les droits des enseignants à des conditions d'enseignement efficaces telles que la taille des classes, les heures de travail, le personnel auxiliaire, les aides-enseignants, les congés payés annuels, les congés et autres.

¹¹³⁹ CHARLTON T., « Listening to pupils in classrooms and schools », in Davie R., Galloway D. (dir.) *Listening to children in education*, London, David Fulton, 1996, p. 49 ; GRIFFITHS T., « Teachers and pupils listening to each other », in Davie R., Galloway D. (dir.), *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁴⁰ OWEN I.R., « Using the sixth sense: the place and relevance of language in counselling », *British Journal of Guidance and Counselling*, 19 (3), 1991, p. 308.

¹¹⁴¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°5, *préc.*, § 53.

¹¹⁴² GERBER P., *From convention to classroom: The long road to human rights education*, Saarbrücken: VDM Publishers, 2008.

¹¹⁴³ Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels, Application du Pacte International relatif aux droits Economiques, Sociaux et Culturels, Observation générale 13 (vingt et unième session, 1999), Le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte), E/C.12/1999/10, 8 décembre 1999, § 25–27. V. aussi, GRACE MBAJIORGU, THINAVHUDZULO MAFUMO, « Striving for quality education: The right to education as a socio-economic right », *Mediterranean Journal of Social Sciences*, vol. 5, n°8, 2014, p. 303.

1. La neutralité des enseignants sur le fond

L'enseignant est responsable du message qu'il transmet aux enfants. Il est contraint de ne pas enseigner sous le prisme de son attachement aux convictions religieuses, politiques¹¹⁴⁴ ou philosophiques. Un tel enseignement implique l'endoctrinement et viole l'autonomie de l'élève. Il est vrai qu'en présentant l'information comme incontestablement vraie et non controversée, l'enseignant endoctrine l'enfant¹¹⁴⁵. Alors qu'« *il est interdit à l'État de poursuivre un objectif d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. C'est la limite à ne pas franchir.* »¹¹⁴⁶ Bien qu'auparavant la Cour ait eu l'occasion de se prononcer sur le devoir de neutralité de l'enseignant, son raisonnement prenait à peine en compte l'intérêt de l'enfant, en se fondant plutôt sur le lien de loyauté entre l'État et ses agents¹¹⁴⁷. Le principe de l'avenir ouvert de l'enfant a rendu plus contraignante l'exigence pour la neutralité de la liberté d'expression des enseignants. En effet, la Cour est sensible à la différence de maturité des élèves, en relevant le besoin d'une protection plus accrue pour les enfants plus jeunes¹¹⁴⁸. Cette position est bien relevée dans les affaires de la Cour relatives à l'exigence de neutralité, moins rigide, des enseignants universitaires. En effet, la Cour avait, à plusieurs reprises, conclu à la liberté de l'expression de l'enseignant académique. Par rapport aux enseignants des établissements scolaires, les enseignants des universités se voient reconnaître une liberté d'expression plus étendue déterminée, tant par le principe de la liberté académique, que par le degré de maturité des étudiants¹¹⁴⁹.

2. La neutralité des enseignants sur la forme

Cette condition sous-tend en premier l'encadrement de la liberté de l'enseignant d'extérioriser par la voie vestimentaire ses convictions religieuses. S'il s'agit d'une limitation de la liberté religieuse de l'enseignant, celle-ci est justifiée par « le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹⁵⁰. Dans l'affaire *Dahlab c. Suisse*¹¹⁵¹, la Cour confirme cette vision. Son jugement

¹¹⁴⁴ CourEDH, *Volkmer contre Allemagne*, 20 mars 2010.

¹¹⁴⁵ WINCH C., GINGELL J., *Philosophy of Education, The Key Concepts*, Second edition, Routledge, 2008., p. 17.

¹¹⁴⁶ CourEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 53.

¹¹⁴⁷ CourEDH, *Vogt c. Allemagne* [GC], *préc.*, sur la restriction des convictions politiques de l'enseignant.

¹¹⁴⁸ LE ROUZIC L.-M., *Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2014, p. 295.

¹¹⁴⁹ CourEDH, *Sorguc c. Turquie*, 23 juin 2009 ; CourEDH, *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009.

¹¹⁵⁰ Conseil des droits de l'Homme, A/HRC/16/53, *préc.*, § 59.

¹¹⁵¹ CourEDH, *Dahlab c. Suisse*, *préc.*

est déterminé, outre l'exigence de la neutralité confessionnelle scolaire, par la prise en compte de la vulnérabilité de l'enfant et l'impact de l'habillement religieux dans le cadre de l'activité d'enseignement sur le développement rationnel des élèves¹¹⁵². Ayant à l'esprit le principe du pluralisme éducatif, la Cour exprime sa conviction que l'extériorisation par un enseignant de ses convictions religieuses est nuisible « *d'une part, par l'atteinte qui pouvait être portée aux sentiments religieux de ses élèves, des autres élèves de l'école et de leurs parents et par l'atteinte au principe de neutralité confessionnelle de l'école* »¹¹⁵³. En l'espèce, la requérante est une enseignante d'une école publique du canton de Genève qui s'était vu interdire, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, le port du foulard islamique. Un élément important sur lequel insiste la Cour dans son jugement est la vulnérabilité des élèves de sa classe, âgés de 4 à 8 ans, qui sont susceptibles d'être influencés par ce signe vestimentaire religieux fort. La Cour commence son argumentation par rappeler le rôle de l'enseignant : « *il ne faut pas oublier que l'enseignant joue un rôle important pour les enfants par le modèle qu'il représente à leurs yeux, surtout lorsqu'il s'agit, comme dans le cas présent, d'enfants en bas âge fréquentant l'école primaire obligatoire. L'expérience démontre en effet que ces derniers ont tendance à s'identifier à leur institutrice, en raison notamment de la quotidienneté de la relation et de la nature hiérarchique de ce rapport.* »¹¹⁵⁴ Elle continue par accentuer les conséquences du comportement de l'enseignant sur la perception des enfants en bas âge : « *les élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé* »¹¹⁵⁵. Plus tard, la Cour confirme sa position rigide quant à l'application stricte de la neutralité religieuse par les enseignants, y compris dans le milieu universitaire¹¹⁵⁶.

C. La neutralité des programmes scolaires

Les programmes scolaires, ou les curriculums, sont également tenus de répondre aux exigences de neutralité. C'est-à-dire, pour que les programmes scolaires soient acceptables, elles doivent être adaptables par rapport à l'horizon large des croyances culturelles, religieuses et philosophiques des élèves et de leurs parents¹¹⁵⁷. Tout en tenant compte des défis que pose

¹¹⁵² Dans une autre affaire concernant la manifestation des convictions religieuses sur le lieu de travail, *Eweida et autres contre Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, la Cour prend une autre position. Pour le cas d'un agent British Airways, qui portait une croix visible autour du cou, les juges ont conclu à la violation de l'article 9.

¹¹⁵³ CourEDH, *Dahlab c. Suisse*, p

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 14.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹¹⁵⁶ Voir CourEDH, *Kurtulmus c. Turquie*, 24 janvier 2006.

¹¹⁵⁷ V. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°1, *préc.*

l'élaboration du programme d'études, il est important de souligner que le programme d'éducation doit nécessairement être conçu en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et non de l'adaptation de l'enfant au programme¹¹⁵⁸. Depuis l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*¹¹⁵⁹, la Cour oblige les États à veiller à ce que les programmes d'enseignement soient diffusés de manière objective, critique et pluraliste afin de respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents. Toutefois, la tendance des parents à décider unilatéralement du curriculum scolaire, en l'occurrence de l'opportunité des cours d'éducation religieuse ou sexuelle, ne respecte pas l'article 12 de la Convention. Toute tentative visant à se rapprocher de la conformité à l'article 12 devrait, bien entendu, tenir compte des droits indépendants des parents et des enfants¹¹⁶⁰. Comme le curriculum s'adresse avant tout aux élèves, son élaboration devrait prendre en compte l'opinion de l'enfant en conformité avec le développement de ses capacités. Ce constat est encore plus valable vers l'adolescence, car « *les programmes de l'enseignement secondaire devraient être conçus pour rendre les adolescents aptes à participer activement, développer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, promouvoir l'engagement civique et préparer les adolescents à mener des vies responsables dans une société libre* »¹¹⁶¹.

La place de l'éducation religieuse et l'éducation sexuelle dans le curriculum scolaire est un sujet récurrent. Selon le concept moderne d'éducation, l'intérêt supérieur de l'enfant exige l'inclusion d'un programme d'éducation sexuelle qui respecte le niveau de développement de l'enfant (1). En revanche, l'éducation religieuse est acceptable uniquement s'il s'agit d'un enseignement sur les religions¹¹⁶² (2).

1. L'éducation sexuelle

Les enfants ont aussi un droit à l'information, y compris sur la santé sexuelle¹¹⁶³. Refuser d'introduire dans le curriculum scolaire de telles questions représenterait une violation de l'article 13 de la CDE¹¹⁶⁴. Le lien entre le droit à l'éducation et d'autres droits, tels que le droit

¹¹⁵⁸ TOMASEVSKI K., *Removing obstacles in the way of the right to education*, Primers No.1, 2001, p. 12.

¹¹⁵⁹ CourEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976.

¹¹⁶⁰ TOMASEVSKI K., *préc.*, p. 12.

¹¹⁶¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 72.

¹¹⁶² LAFOLLETTE H., « Freedom of Religion and Children » in Ekman Ladd R. (dir.), *Children's Rights Re-visited*, Belmont, CA: WadsworthPublishing Co., 1996, pp. 159–169.

¹¹⁶³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation Générale n°22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative* (article 12 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/22, 2 mai 2016.

¹¹⁶⁴ KENNEDY C., COVELL K., « Violating the Rights of the Child through Inadequate Sexual Health Education », *International Journal of Children's Rights* 17, 2009, p. 143.

au développement et en particulier le droit à la santé, est décrit par Lundy comme « *un exemple parfait de l'indivisibilité et de l'interdépendance des obligations en matière de droits de l'Homme* »¹¹⁶⁵. Cet argument est avancé à la lumière du fait que l'éducation offre un aperçu d'une vie saine et une façon de gérer les défis. Pour ces raisons, la réponse de la CourEDH aux demandes des parents de dispenser leurs enfants des cours d'éducation sexuelle prévus par le curriculum a été systématiquement négative. Dans l'affaire *Jimenez Alonso*, la Cour constate « *que le cours d'éducation sexuelle litigieux tendait à procurer aux élèves une information objective et scientifique sur la vie sexuelle de l'être humain, les maladies vénériennes et le sida. Cette brochure essayait de les alerter sur les grossesses non désirées, le risque de grossesse à un âge de plus en plus précoce, les méthodes de contraception et les maladies sexuellement transmissibles. Il s'agit là d'informations de caractère général pouvant être conçues comme d'intérêt général et qui ne constituent point une tentative d'endoctrinement visant à préconiser un comportement sexuel déterminé.* »¹¹⁶⁶ Vu la jurisprudence de la Cour, pour que les cours d'éducation sexuelle soient légitimes, elles doivent être conformes aux principes de pluralisme et d'objectivité. Plus concrètement, elles doivent viser « *the neutral transmission of knowledge regarding procreation, contraception, pregnancy and child birth in accordance with the underlying legal provisions and the ensuing guidelines and the curriculum, which were based on current scientific and educational standards* »¹¹⁶⁷. Dans la décision d'irrecevabilité *A.R. et L.R. c. Suisse*, la Cour trouve davantage de motifs pour justifier le besoin d'une telle éducation, même pour les enfants très jeunes : « *l'un des buts de l'éducation sexuelle est la prévention des violences et de l'exploitation sexuelles. Elle estime que les abus sexuels représentent une menace réelle pour la santé physique et morale des enfants, contre laquelle ceux-ci doivent être protégés à tout âge. Elle considère dès lors que la société a indéniablement un intérêt particulier à ce que les très jeunes enfants reçoivent une éducation sexuelle. Elle relève en outre qu'un autre aspect, intrinsèquement lié à la tâche même de l'éducation publique, à savoir préparer les enfants aux réalités sociales, semble militer en faveur de l'éducation sexuelle des très jeunes enfants qui fréquentent le jardin d'enfants ou l'école primaire. En effet, ces enfants ne vivent pas de manière isolée, mais sont exposés à une multitude d'influences et*

¹¹⁶⁵ LUNDY L., « School children and health : The role of international human rights law », in Harris N., Meredith P. (dir.), *Children, education and health: International perspectives on law and policy*, 2005, p. 4.

¹¹⁶⁶ CourEDH, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino c. Espagne*, préc.

¹¹⁶⁷ CourEDH, *Dojan et autres c. Allemagne (déc.)*, 13 septembre 2011. Trad : « *à la transmission neutre de connaissances sur la procréation, la contraception, la grossesse et l'accouchement à partir des normes scientifiques et éducatives conformément aux dispositions légales et aux directives et programmes en résultant* ». Voir également Conseil de l'Europe, *Guide sur l'article 2 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'Homme, Droit à l'instruction*, mis à jour au 31 décembre 2018, p. 17.

d'informations extérieures – y compris en provenance des médias –, qui peuvent soulever chez eux des questions légitimes et qui rendent nécessaire leur confrontation de manière encadrée avec le sujet en question. »¹¹⁶⁸ Cette affaire est particulière, car elle « ne dénonce pas l'existence de cours d'éducation sexuelle en tant que tels, mais seulement le fait qu'ils soient donnés aux enfants âgés de 4 à 8 ans »¹¹⁶⁹. Pour répondre, la Cour fait pour la première fois appel au principe des capacités évolutives de l'enfant¹¹⁷⁰.

Le Comité des droits de l'enfant a exprimé à plusieurs reprises ses préoccupations sur le droit absolu des parents de retirer leurs enfants des cours d'éducation sexuelle. En revanche, le Comité n'a pas expressément évoqué le droit équivalent des parents de retirer leurs enfants de l'enseignement religieux « et du culte collectif », bien que ceux-ci posent des problèmes de participation similaires¹¹⁷¹.

2. L'éducation religieuse

Dans ce chapitre, la liberté de religion de l'enfant ne sera pas évoquée¹¹⁷². Il est vrai que l'union des deux sujets comme l'éducation et la religion peut surgir des analyses reposant tant sur le droit à la liberté religieuse, aussi bien que sur le droit à l'éducation¹¹⁷³. La CourEDH s'est prononcée sur cette question et a statué dans ces cas de figure en se fondant avant tout sur l'article 2 du Protocole n°1, en tant que *lex specialis*¹¹⁷⁴.

Comme le droit à l'éducation ne fait aucune référence aux droits spirituels de l'enfant, ni dans la CDE ni dans les autres conventions internationales¹¹⁷⁵, on peut conclure que le droit international ne confère aucun droit juridique spécifique à l'éducation religieuse de l'enfant¹¹⁷⁶. Aussi, on observe la construction d'un concept européen d'éducation¹¹⁷⁷ qui suppose « un

¹¹⁶⁸ CourEDH, *A.R. et L.R. c. Suisse*, 19 décembre 2017, § 35.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, § 40.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, § 40-41.

¹¹⁷¹ SHERLOCK A., *préc.*, p. 172.

¹¹⁷² Voir partie II, chapitre 2 de la présente thèse.

¹¹⁷³ SCHABAS W. A., *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 433.

¹¹⁷⁴ CourEDH, *Lautsi et autres c. Italie* [GC], *préc.*, § 77, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 2 et qu'aucune question distincte ne se posait en vertu de l'article 9 ; CourEDH, *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], *préc.*, § 84.

¹¹⁷⁵ Les dispositions internationales concernant le droit des parents d'éduquer l'enfant concernent exclusivement les convictions religieuses et philosophiques des parents.

¹¹⁷⁶ SCHWEITZER F., « Children's right to religion and spirituality: Legal, educational and practical perspectives », *British Journal of Religious Education*, 2005, 27(2), pp. 103–113.

¹¹⁷⁷ Par exemple, V. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), *Toledo Guiding principles on teaching about religions and beliefs in public schools prepared by the ODIHR advisory council of experts on freedom of religion or belief*, 2007; Commission Européenne (2001), *Réaliser un espace européen de*

changement de paradigme de l'éducation monoreligieuse à l'éducation religieuse multiconfessionnelle afin d'aider l'enfant d'acquérir une compréhension critique, rationnelle et cognitive de la religion »¹¹⁷⁸. C'est-à-dire, il y a un passage de ce qu'était historiquement « apprendre de la religion »¹¹⁷⁹ vers le concept moderne d'« apprendre sur la religion »¹¹⁸⁰¹¹⁸¹. Donc, conformément à cette politique, les parents qui insistent sur l'éducation religieuse de l'enfant violent le droit à un avenir ouvert de l'enfant, car cet exclusivisme rend les enfants sans points de vue alternatifs. La Cour de Strasbourg nous apprend que l'État pourrait aussi violer le principe de neutralité. En effet, l'État a l'obligation de veiller à ce que l'éducation religieuse ne se traduise pas par un endoctrinement religieux ou plus concrètement de veiller « à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme intempestif »¹¹⁸². Mais la Cour a jugé des cas où la dispense des cours religieux était nécessaire au nom de l'article 2 du Protocole 1. En l'occurrence, dans l'affaire *Folgero et autres c. Norvège*¹¹⁸³, le refus de dispense totale des élèves des écoles primaires publiques d'un cours de « Christianisme, de religion et de philosophie » a constitué une violation du droit à l'instruction. La Cour a conclu

l'éducation et de la formation tout au long de la vie, Doc.COM (2001) 678 final, Bruxelles: Commission Européenne.

¹¹⁷⁸ JAWONIYI O., *préc.*, p. 35 ; KOLLAR N.R., *Defending Religious Diversity in Public Schools, A Practical Guide for Building Our Democracy and Deepening Our Education*, ABC-CLIO, 2009, p. 143.

¹¹⁷⁹ Selon GRIMMITT M., *Pedagogies of Religious Education*, Great Wakering, Essex, UK: Mc Crimmon Publishing Co Ltd, 2000 : cela ne vise pas seulement à promouvoir le développement moral de l'enfant, mais aussi la nécessité pour l'enfant de s'engager avec les traditions religieuses, à travers l'éducation religieuse, pour remettre en question des aspects tels que l'identité, le but, les valeurs et les engagements.

¹¹⁸⁰ Selon GRIMMITT M., *op. cit.*, cela vise à doter l'enfant d'une compréhension des individus et des communautés religieuses. Il vise à permettre à l'enfant de posséder la connaissance et la compréhension des croyances religieuses, des enseignements, des pratiques et des modes de vie.

¹¹⁸¹ Généralement, sur ce sujet, la doctrine distingue trois approches : l'apprentissage de la religion (« learning religion »), l'apprentissage sur la religion (« learning about religion ») et l'apprentissage par la religion (« learning from religion »). L'apprentissage de la religion est basé sur une situation où l'éducation religieuse dans les écoles se concentre sur une religion spécifique. L'éducation vise à renforcer l'engagement des élèves envers leur propre religion ou à en faire des croyants. Une caractéristique de cette approche est que les représentants religieux contrôlent le programme d'études, le matériel d'apprentissage et les ensembles d'apprentissages. Dans l'approche de l'apprentissage sur la religion, la perspective de l'enseignement est non religieuse. L'approche peut être qualifiée d'approche descriptive fondée sur des études religieuses. En revanche, l'approche de l'apprentissage par la religion repose sur l'idée que l'éducation religieuse devrait viser à soutenir le développement des élèves dans leur recherche des éléments de la religion, qui ont une signification pour leur croissance morale et spirituelle. Cette approche se concentre sur les propres expériences des élèves. Dans les deux premières approches, la principale perspective est la religion, mais dans la dernière approche, la perspective clé est l'élève et ses questions de vie. V. HULL J. M., « The contribution of religious education to religious freedom: A global perspective » in *Religious education in schools: Ideas and experiences from around world*, Oxford: International Association for Religious Freedom, 2001, p. 3-5. iarf.net/wp-content/uploads/2013/02/Religious-Education-in-Schools.pdf; Voir également SJÖBORG A., ZIEBERTZ H-G. (dir.), *Religion, Education and Human Rights, Theoretical and Empirical Perspectives*, Springer, 2017, p. 53; Conseil des droits de l'Homme, A/HRC/16/53, *préc.*, § 47.

¹¹⁸² CourEDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, *préc.*, § 52.

¹¹⁸³ CourEDH, *Folgerø et autres c. Norvège* [GC].

que « l'État défendeur n'a pas suffisamment veillé à ce que les informations et connaissances figurant au programme de ce cours soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste pour satisfaire aux exigences de l'article 2 du Protocole no 1 »¹¹⁸⁴. En effet, l'accent mis sur le christianisme dans le cours d'éducation religieuse qui visait « à donner aux élèves une compréhension approfondie du christianisme et des implications de la vision chrétienne de l'existence ainsi qu'une bonne connaissance des autres religions et philosophies qui existent dans le monde », était de nature à influencer les esprits des enfants¹¹⁸⁵.

Conclusion du Chapitre I

La première et la plus importante conclusion de ce chapitre réside dans le caractère indispensable du droit à l'éducation pour l'enfant afin de pratiquer et d'atteindre l'autonomie personnelle. Le droit à l'éducation est synonyme d'autonomie de l'enfant dans le sens où en l'absence de l'éducation, l'enfant n'est pas capable d'atteindre la qualité de vie maximale, ou bien il n'a pas accès à « un avenir ouvert ». Afin d'atteindre ces objectifs, la logique éducative développe la théorie de l'*autonomie rationnelle* de l'enfant qui suppose le respect de plusieurs critères, dont : l'exposition à des visions du monde diverses, l'engagement à critiquer sa propre vision du monde et le développement de la pensée critique. Par conséquent, ces éléments vont déterminer le contour de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'éducation¹¹⁸⁶. L'éducation est également le domaine où à force de vouloir préserver des chances maximales à un meilleur avenir pour l'enfant, son autonomie réelle n'est pas toujours prise en compte. C'est, en effet, l'essence du concept développemental de l'autonomie de l'enfant.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, §92-§94.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, §102.

¹¹⁸⁶ BRIAN HOWE R., COVELL K., *op. cit.*, p. 43.

Chapitre II. L'autonomie de l'enfant en tant que droit à la vie privée

« *Primarily and principally the new right of privacy is a zone of prima facie autonomy.* »¹¹⁸⁷

Souvent catégorisé en tant que droit participatif¹¹⁸⁸, la complexité du droit à la vie privée le classe dans le concept développemental de l'autonomie de l'enfant. Ce fait est déterminé par plusieurs raisons. D'abord, la vie privée remplit une fonction importante dans le développement de l'autonomie individuelle de l'enfant¹¹⁸⁹. Deuxièmement, l'objet évolutif du droit à la vie privée est si complexe, que le rôle de l'enfant dépasse les limites de la participation. En effet, dans le cadre du droit à la vie privée, l'enfant obtient un véritable droit à l'autodétermination. Bien que ce concept développemental d'autonomie soit généralement positif et favorable à l'enfant, il est susceptible également d'être invoqué pour, au contraire, limiter l'étendue de la prise de décision par l'enfant qui n'est pas suffisamment développé afin de préserver son autonomie potentielle. Aussi, les parents de l'enfant peuvent se présenter en tant qu'auteurs de l'atteinte à la vie privée de l'enfant et par conséquent à l'intégrité de l'autonomie de l'enfant. L'intervention de l'État, dans ce sens, est importante afin de préserver l'autonomie potentielle de l'enfant.

Selon Ferdinand Schoeman, les exigences fondamentales d'une définition satisfaisante de la vie privée sont celles du « caractère distinctif » et de la « cohérence », pour respectivement dégager d'autres concepts proches comme l'autonomie, la liberté, l'intimité, le secret, la solitude, etc. et pour montrer que la vie privée est un concept unitaire qui ne peut être déchiré sans perdre quelque chose d'essentiel¹¹⁹⁰. Il nous semble clair que la vie privée doit être comprise comme autre chose que l'autonomie¹¹⁹¹. Cependant, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas parvenues à déceler unanimement une telle définition, mieux encore – elles rendent les concepts de vie privée et d'autonomie consubstantielles. Ainsi, on apprend que la vie privée est mieux

¹¹⁸⁷ HENKIN L., « Privacy and Autonomy », 74 *Columbia Law Review*, 1974, p. 1425.

¹¹⁸⁸ STOECKLIN D., BONVIN J.-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014, p. 132. V. aussi FRANKLIN B. (dir.), *The New Handbook of Children's Rights, Comparative Policy and Practice*, Routledge, 2002, p. 20.

¹¹⁸⁹ MCKINNEY K. D., « Space, body and mind, Parental perceptions of children's privacy needs », *Journal of family issues*, vol. 19, n°1, 1998, p. 97.

¹¹⁹⁰ SCOGLIO S., *Transforming privacy, A transpersonal philosophy of rights*, Praeger, 1998, p. 21.

¹¹⁹¹ ARCHARD D., *Children, Rights and childhood*, Routledge, Second edition, 2004, p. 168.

assimilée comme comprenant « *la zone dans laquelle les individus devraient jouir de l'autonomie* »¹¹⁹², que le droit à la vie privée a pour but « *de protéger une sphère d'autonomie individuelle* »¹¹⁹³, ou bien que la « vie privée » représente l'expression négative de la valeur positive exprimée par « l'autonomie »¹¹⁹⁴.

Cette confusion peut être, en revanche, favorable pour argumenter l'existence d'une autonomie de l'enfant dans les conditions où le droit international ne l'a pas encore expressément reconnue. Premièrement, la reconnaissance internationale d'un droit à la vie privée se base sur l'existence d'une autonomie de l'enfant (**Section 1**). Deuxièmement, dans sa dynamique de construction de la notion de vie privée, la jurisprudence rattache le concept d'autonomie à la notion de vie privée de l'enfant (**Section 2**).

Section I. La consécration internationale du droit à la vie privée comme manifestation de l'autonomie de l'enfant

La reconnaissance juridique du droit à la vie privée de l'enfant en tant que droit indépendant est fondée sur la liberté individuelle et l'autonomie personnelle¹¹⁹⁵. Effectivement, à l'instar des autres droits qui construisent sa qualité de sujet de droit, l'enfant « *conserve le droit à la vie privée indépendamment de ses capacités cognitives et émotionnelles* »¹¹⁹⁶ et indépendamment du fait s'il l'exige ou pas¹¹⁹⁷ (§2). D'origine prétorienne, le concept de vie privée a été adopté tardivement par le législateur international (§1).

¹¹⁹² SELLERS M., *Autonomy in the law*, Ius Gentium, Comparative Perspectives on Law and Justice, vol. 1, Springer, 2007, p. 3.

¹¹⁹³ COLVIN M. (dir.), *Developing Key Privacy Rights*, Hart Publishing, 2002, p. 124.

¹¹⁹⁴ SELLERS M., *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁹⁵ RENGEL A., *Privacy in the 21st Century*, Studies in Intercultural Human Rights, Vol. 5, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 1.

¹¹⁹⁶ LEVESQUE R. J. R., « Adolescence, Rapid Social Change, and the Law. Introduction », in Levesque R. J. R. (dir.), *Adolescents, Rapid Social Change, and the Law, The Transforming Nature of Protection*, Springer, 2016, p. 16.

¹¹⁹⁷ Le Conseil d'État a été conduit par ces mêmes arguments quand a admis l'effet direct des dispositions de la CDE, notamment l'article 16 qui reconnaît un droit à la vie privée (CE 10 mars 1995, Demirpence, n°141083, Rec. CE, p. 610), de l'article 3 sur l'intérêt supérieur de l'enfant (CE 22 septembre 1997, Mlle Cinar, AJDA 1997, p. 815, RFDA 1998, p. 562, concl. Abraham) et l'article 12 sur le droit de l'enfant d'exprimer son opinion (CE 27 juin 2008, Madame Fatima E., req. n° 291561). Voir LETTERON R., *Libertés publiques*, Éd. 2018.

§1. L'existence du droit à la vie privée de l'enfant dans les instruments internationaux

L'étendue du droit à la vie privée de l'enfant relève essentiellement des textes généraux, qui en font un droit identique à celui reconnu pour les majeurs (A). L'adoption de la CDE et d'un droit à la vie privée spécifique de l'enfant ne semble toutefois pas clarifier le concept de vie privée de l'enfant (B).

A. Le contenu du droit à la vie privée dans les textes internationaux

Le droit à la vie privée a généralement été développé pour les adultes¹¹⁹⁸, malgré la référence implicite d'universalité dans les instruments internationaux des droits de l'Homme (1). Dans ce contexte, l'adoption explicite du droit au respect de la vie privée pour l'enfant est d'autant plus significative (2).

1. Un objet de protection identique avec celui des adultes

Si l'intérêt du Comité des droits de l'enfant pour le droit à la vie privée de l'enfant est en croissance, il s'avère pourtant assez sélectif par rapport au sujet porteur du droit (a) et au domaine d'intervention (b).

a) Le regard ciblé du Comité des droits de l'enfant sur le droit à la vie privée de l'adolescent

En effet, le Comité des droits de l'enfant souligne l'accroissement de l'importance de la vie privée pour les adolescents. Il soutient que leur droit à la vie privée s'étend à « *la confidentialité des consultations médicales, de l'espace accordé aux adolescents dans les institutions et de leurs biens personnels, de la correspondance et d'autres formes de communication, dans la famille ou dans d'autres structures de protection, et de l'exposition de ceux qui sont parties à une procédure pénale*¹¹⁹⁹. Les adolescents peuvent aussi, en vertu du droit au respect de la vie

¹¹⁹⁸ LEVESQUE R. J. R., « Adolescence, Rapid Social Change, and the Law. Introduction », in Levesque R. J. R. (dir.), *préc.*, p. 16; LEVESQUE R. J. R., *Adolescence, privacy and the law: A developmental science perspective*, New York: Oxford University Press, 2016.

¹¹⁹⁹ Voir le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), *Implementation Handbook on the Convention on the Rights of the Child* (2007), p. 203 à 211. Consultable à l'adresse : www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_Part_1_of_3.pdf.

privée, accéder aux dossiers les concernant qui sont détenus par les services d'éducation, de santé, de garde d'enfants et de protection de l'enfance et par le système judiciaire. »¹²⁰⁰

Remarquablement absent en tant que sujet de sa jurisprudence, les dernières années le Comité montre un intérêt pour le respect de la vie privée des enfants dans ses observations générales sur les autres thématiques. Par exemple, même si dans des termes paternalistes, le Comité exprime ses inquiétudes par rapport aux persistance des formes de violations de la vie privée des enfants de rue. À son avis, « *comme ils mènent leurs activités dans des lieux publics, les enfants des rues peuvent n'avoir qu'une intimité limitée. La discrimination fondée sur le fait qu'eux-mêmes, leurs parents ou leur famille vivent dans la rue les expose tout particulièrement à des violations de l'article 16. Le Comité estime que les expulsions forcées constituent une violation de l'article 16 de la Convention, et le Comité des droits de l'Homme les a par le passé reconnues comme une violation de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹²⁰¹. *Les recommandations touchant à la stigmatisation (par. 27) et au traitement respectueux et non discriminatoire de la part de la police (par. 60) donnent des orientations en ce qui concerne la protection de l'honneur et de la réputation.* »¹²⁰² De même, le Comité vise particulièrement la protection de la vie privée des mineurs non-accompagnés, dans le sens où « *Les États parties sont tenus de protéger la confidentialité des informations reçues relatives à un enfant non accompagné ou séparé, ce en vertu de l'obligation qui est la leur de protéger les droits de l'enfant, y compris le droit à la vie privée (art. 16). Cette obligation s'applique à tous les domaines, dont la santé et la protection sociale. Des dispositions doivent être prises pour veiller à ce que les informations recueillies et légitimement mises en commun à une fin ne soient utilisées de façon inappropriée à une autre.* »¹²⁰³ En l'occurrence, le binaire santé-droit à la vie privée de l'enfant est assez répétitif dans les observations du Comité des droits de l'enfant.

¹²⁰⁰ COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 46.

¹²⁰¹ Voir CDH, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'Homme : Kenya, CCPR/CO/83/KEN, 29 avril 2005, § 22 ; CDH, Examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'Homme : Bulgarie, 19 août 2011, CCPR/C/BGR/CO/3, § 24.

¹²⁰² COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°21, *préc.*, § 43.

¹²⁰³ COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, § 29.

b) Le regard ciblé du Comité des droits de l'enfant sur le droit à la vie privée de l'enfant en matière de santé

Le Comité des droits de l'enfant prête une attention préférentielle à la vie privée de l'enfant dans le contexte de la santé¹²⁰⁴. La confidentialité des informations sur l'état de santé de l'enfant demeure une priorité pour le Comité. Afin de promouvoir la santé et le développement des adolescents, les États parties sont aussi encouragés à respecter strictement leur droit à la vie privée et à la confidentialité, notamment en ce qui concerne les avis et les conseils qu'ils reçoivent sur les questions de santé (art. 16). Le personnel de santé est tenu d'assurer la confidentialité des informations médicales se rapportant aux adolescents, conformément aux principes fondamentaux de la Convention. Ces informations ne peuvent être divulguées qu'avec le consentement de l'adolescent ou dans des cas justifiant le non-respect de la confidentialité, y compris pour les adultes. Les adolescents jugés suffisamment mûrs pour recevoir des conseils sans la présence d'un parent ou d'une autre personne ont droit au respect de la confidentialité de ces entretiens et peuvent exiger la confidentialité des services, y compris des traitements qui leur sont administrés¹²⁰⁵. Plus spécifiquement, le Comité attire l'attention des médias sur l'obligation de respecter « *la vie privée des enfants et des adolescents et du caractère confidentiel des informations les concernant* »¹²⁰⁶. Aussi, pour que la vie privée des enfants soit protégée, il recommande la mise en place des systèmes d'information sur la santé « *qui devraient être conçus de manière que les données soient fiables, transparentes et cohérentes* »¹²⁰⁷, que « *les services de santé emploient du personnel dûment formé, qui respecte pleinement le droit des enfants à la protection de leur vie privée* »¹²⁰⁸.

Cette attention spéciale pour le thème de la santé n'est pas, à vrai dire, un hasard. Car l'origine du droit à la vie privée de l'enfant a eu pour sujet la contraception avant de s'étendre ensuite à d'autres domaines concernant l'autonomie de l'enfant.

¹²⁰⁴ Sur la relation vie privée –soin, voir VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 133.

¹²⁰⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°4 sur la santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant, CRC/GC/2003/4, 21 juillet 2003, § 11.

¹²⁰⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°15 sur le droit de l'enfant à la jouissance du meilleur état de santé, CRC/C/GC/15, 17 avril 2013, § 84.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, § 117.

¹²⁰⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°3 sur le VIH/sida et les droits de l'enfant, CRC/GC/2003/3, 17 mars 2003, § 20.

B. Les différents concepts de vie privée

Malgré la présence du droit à la vie privée dans la plupart de traités relatifs aux droits de l'Homme, le sens de la vie privée n'est pas encore totalement clair. Pour comprendre le concept européen de vie privée (2), il serait nécessaire de comprendre avant tout ses origines étrangères (1).

1. L'origine étrangère du concept de vie privée

Le droit à la vie privée a commencé à se développer dans les salles d'audience nord-américaines dans les années soixante et soixante-dix¹²⁰⁹ (a). Alors qu'en Europe, le droit à la vie privée de l'enfant a été consacré par la jurisprudence britannique plus tard, dans la célèbre affaire Gillick (b).

a) « The right to privacy »

Avec un titre simple, « The right to privacy », en 1890 Warren et Brandeis ont exprimé la crainte qu'il y ait un danger potentiel pour les personnes et leurs informations personnelles d'être exposées publiquement par l'abus de photographies et de publications. Ils ont vu des photographies et des journaux comme des outils pouvant potentiellement être utilisés pour envahir la vie privée d'individus¹²¹⁰. C'était en effet une « interprétation créative » du quatrième amendement à la Constitution des États-Unis : « *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures.* »¹²¹¹ Dans leur article, ils utilisent le terme employé par le juge Cooley, à savoir « *le droit plus général de la personne d'être laissée seule* ».

Cette première définition doctrinaire de *privacy* comme « the right to be left alone » s'est avérée insuffisante pour l'adulte, mais aussi problématique pour l'enfant. Dans cette acception classique, le droit à la vie privée de l'enfant créerait l'image d'un membre de la famille séparé plutôt que connecté avec les autres¹²¹². Cette thèse contrevient à tous les autres principes importants des droits de l'enfant, à savoir le principe du respect de la vie familiale, les principes

¹²⁰⁹ LOHMUS K., *Caring Autonomy, European Human Rights Law and the Challenge of Individualism*, Cambridge University Press, 2015, p. 59.

¹²¹⁰ WARREN S., BRANDEIS L., « The right to privacy », 4 *Harvard Law Review*, 1890, p. 205.

¹²¹¹ Traduction : « *Le droit des gens à la sécurité de leur personne, de leur maison, de leurs papiers et de leurs effets, contre les perquisitions et les saisies abusives.* »

¹²¹² SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., « Privacy for children », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, p. 775.

généraux des capacités évolutives, de l'intérêt supérieur de l'enfant, etc. De même, cette acception aurait tendance à briser le concept participatif de l'autonomie et notamment l'autonomie relationnelle de l'enfant. C'est pour cela que la compréhension de la vie privée des enfants en tant que droit individuel relationnel¹²¹³ aide à mieux définir et façonner la relation parent-enfant.

Ultérieurement, la jurisprudence a entraîné une modification substantielle de la portée du droit à la vie privée qui exige non seulement la protection contre l'ingérence de l'État dans ce que l'on entend par sphère privée, mais aussi la protection de la liberté individuelle de choisir le cours de sa vie. Ces évolutions ont été qualifiées par la doctrine en tant que *decisional privacy*. C'est notamment celle-ci qui permet de confondre les deux concepts de vie privée et d'autonomie, car elle a été qualifiée par Benjamin Shmueli et Ayelet Blecher-Prigat de « substantive privacy » ou « autonomy privacy » ou bien « individual autonomy ». Donc, ils distinguent 3 formes de vie privée : la vie privée informationnelle¹²¹⁴, la vie privée physique¹²¹⁵ et la vie privée décisionnelle¹²¹⁶, qu'on peut également retrouver dans le message de la célèbre affaire Gillick.

¹²¹³ À ne pas confondre avec « relational privacy », concept similaire à « family privacy » qui exclut l'intérêt individuel de chaque membre de la famille et suppose « *la vie privée d'une relation ou d'une unité relationnelle, telle que la relation conjugale ou la relation parent-enfant, par rapport à des tiers (individus aussi bien que l'État)* », dans SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., *préc.*, p. 772. Voir Partie II, Chapitre 1 de la présente thèse.

¹²¹⁴ La vie privée informationnelle (« informational privacy ») implique la capacité de l'individu à éviter la divulgation de questions personnelles cachées. Il protège contre la collecte, le stockage, l'utilisation et la divulgation non autorisés d'informations personnelles de manière à gêner ou compromettre la personne concernée, in SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., *préc.*, p. 765, note 23.

¹²¹⁵ La vie privée physique (« physical privacy ») comprend le droit à l'isolement et à la solitude, à la liberté de parole et d'association, et implique le respect de l'intégrité physique, du domicile et de la correspondance, ainsi que le respect de la personne et de l'environnement, in SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., *préc.*, p. 765, note 24.

¹²¹⁶ La vie privée décisionnelle (« decisional privacy ») est également appelée vie privée substantielle ou autonomie vie privée ou autonomie individuelle, in SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., *préc.*, p. 765, note 25.

b) L'origine anglo-saxonne de la « vie privée » de l'enfant

Bien que la Cour américaine ait déjà reconnu le droit des mineurs au respect de la « decisional privacy » et leur droit de garder ces décisions confidentielles¹²¹⁷, en Europe une telle reconnaissance expresse du respect de la vie privée de l'enfant a été plus tardive¹²¹⁸.

L'affaire britannique Gillick de 1985¹²¹⁹ est devenue largement considérée comme « *un engagement en faveur de l'autonomie et du droit à la vie privée de l'enfant* »¹²²⁰. C'est un cas de référence dans l'établissement de la compétence et de l'autonomie de l'enfant en matière de soins, mais qui s'étend également aux autres domaines¹²²¹. En l'espèce, les juges plaident pour le droit des adolescents de prendre des décisions importantes, en l'occurrence par rapport à la contraception, avec le moins d'ingérence possible. En l'espèce, Mme Gillick, la mère de cinq filles âgées de moins de 16 ans, s'est opposée à une nouvelle directive adoptée en 1980 par le Département de la Santé et de la Sécurité sociale sur les services de planification familiale pour les jeunes, qui étaient une version révisée des lignes directrices antérieures sur le même sujet et qui indiquaient ou impliquaient que, du moins dans certains cas, qualifiés d'exceptionnels, un médecin peut légalement prescrire une contraception à une fille de moins de 16 ans sans le consentement de ses parents. Donc, la principale question en litige dans le présent appel était de savoir si un médecin pouvait légalement prescrire une contraception à une fille de moins de 16 ans sans le consentement de ses parents. Les juges Lord Fraser et Lord Scarman ont répondu positivement à cette question, en construisant leur argumentation sur la théorie des capacités évolutives de l'enfant. En bref, l'idée centrale du jugement consiste dans la légitimité de l'intervention des parents et de l'État lorsque les enfants manquent d'autonomie et ne peuvent

¹²¹⁷ Voir Bellotti 11, 443 US at 643 (recognizing minors' right to an abortion); Carey v Population Service; International, 431 US 678,692-93 (1977) (recognizing minors' right to contraception). Voir Bellotti 11,433 US at 644-45 ("[Confidentiality is a] concern [] that require[s] special treatment of a minor's abortion decision."); Carey, 431 US at 693 (noting minors' right to keep their decisions affecting procreation private). Voir aussi Wynn v Carey, 582 F2d 1375, 1389 (7th Cir 1978) ("[I]f the right to privacy means anything, it means that the minor should be free to make her decision without fear that the decision she makes will be exposed to public scrutiny.").

¹²¹⁸ VIALLA F., « Mineur et secret médical – Le secret sur son état de santé demandé par le mineur à l'égard de ses parents : de la reconnaissance d'un droit à sa mise en œuvre concrète. Confidentiality, children and parental authority », *Médecine & Droit*, Volume 2015, Issue 133, July–August 2015, pp. 79-89.

¹²¹⁹ Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] AC 112 confirmé par la suite dans R (Axon) v. Secretary of State for Health and the Family Planning Association [2006] EWHC 37 (Admin), [2006] 2 FLR 206

¹²²⁰ CAVE E., préc., p. 309.

¹²²¹ PILCHER J., « Contrary to Gillick », *The International Journal of Children's Rights* 5, 1997, p. 302, « Ceux-ci incluent le droit de consentir à un traitement médical (pas seulement un traitement pour la contraception), le droit de choisir sa religion, le droit de changer de nom et le droit à la confidentialité des conseils ». E.g. Re Roddy (a child) (identification: restriction on publication) [2003] EWHC 2927 (Fam), [2004] 2 FLR 949; R (Axon) v. Secretary of State for Health and the Family Planning Association [2006] EWCA37 (Admin), [2006] 2 FLR 206; Mabon v. Mabon [2005] EWCA Civ 634, [2005] 2 FLR 1011.

pas prendre de décision eux-mêmes, en revanche les enfants autonomes devraient avoir le droit de prendre leurs propres décisions¹²²².

Les avis sur la nature du droit reconnu aux adolescents dans cette affaire sont partagés. Certains considèrent que c'est une consécration du droit à la vie privée de l'enfant¹²²³, alors que les autres sont d'avis que c'est le concept d'autonomie qui est au centre de l'affaire¹²²⁴. Selon Dworkin, les questions de santé liées aux contraceptifs et l'avortement étant des questions de confidentialité et de souveraineté sur les décisions personnelles¹²²⁵, admettent l'applicabilité des deux notions. C'est ainsi que le concept européen de la vie privée de l'enfant prend naissance.

2. Le concept européen de la « vie privée » de l'enfant

Le droit à la vie privée représente un ensemble de droits et intérêts, dont certains sont liés les uns aux autres et d'autres se chevauchent. De surcroît, son contenu est en permanente évolution sous l'effet des évolutions technologiques et sociales. Ce sont les raisons pour lesquelles il est extrêmement difficile, voire impossible de définir le concept en termes de contenu¹²²⁶. La CourEDH, à son tour, ne juge ni possible ni nécessaire de tenter une définition exhaustive de la notion de « vie privée ». Toutefois, dans sa jurisprudence, elle fournit des indications sur le sens et la portée de cette notion. Dans l'affaire *Niemietz c. Allemagne*, la Cour indique : « *il serait trop restrictif de limiter la notion à un " cercle intérieur " dans lequel l'individu peut vivre sa propre vie à sa guise et en exclure entièrement le monde extérieur non compris dans ce cercle. Le respect de la vie privée doit également comporter, dans une certaine mesure, le droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains.* » Il s'agit, en effet, d'une

¹²²² CAVE E., *préc.*, p. 316.

¹²²³ HENKIN L., *préc.*, p. 778.

¹²²⁴ *Ibid.*

¹²²⁵ DWORKIN R., *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Reprint, 1994, p. 106.

¹²²⁶ HENKIN L., *préc.*, p. 1419 : « *I do not have even an every-day definition of « privacy », or of the « right of privacy ». Some may define privacy as the sum of all « private rights ». Many, however, obviously contemplate a discreet private right of privacy, though they may differ widely as to its character and content. So we find innumerable references to the « right to be let alone » : some contemplate a right to be alone, to be free from unwanted intrusion, to be secreted and secretive ; a right to be unknown (« incognito »), free from unwanted information about oneself in the hands of others, unwanted scrutiny, unwanted « publicity » ; a right to « intimacy » and a right to do intimate things. Some offers another kind of definition, a right to be free from physical, mental, or spiritual violation, a right to the « integrity » of one's « personality » ; SUDRE F., « Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 637.*

acceptation extensive de la notion de vie privée¹²²⁷, qui s'étend désormais, outre le droit classique à l'intimité de la vie privée, aussi bien au droit à la vie privée sociale¹²²⁸.

Il est vrai qu'au tout début de sa jurisprudence, la CourEDH a principalement examiné ce que l'on peut qualifier de préoccupations liées à la vie privée¹²²⁹ dont l'idée centrale était le secret et l'exemption de l'intrusion de l'État. Ultérieurement, l'article 8 a été interprété comme s'appliquant dans un éventail toujours plus large de contextes, la Cour apportant «*de plus en plus de droits et de possibilités dans le cadre de l'article 8* », à savoir l'organisation de la vie familiale et des relations, les mœurs sexuelles et certaines activités commerciales¹²³⁰, pour en fin conclure sur la dimension sociale de la vie privée, à savoir le droit de développer des activités professionnelles¹²³¹, d'acquérir une nationalité¹²³², de préserver sa vie privée sur son lieu de travail¹²³³, mais aussi un droit à l'identité et à l'autodétermination personnelles¹²³⁴. C'est notamment cette évolution dans l'interprétation du droit à la vie privée qui lui a donné la légitimité pour, par la suite, le relier aux principes d'autonomie personnelle et de développement.

¹²²⁷ Une des premières descriptions du droit à la vie privée en tant que conçu par l'article 8 de la CEDH a été faite par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, dans la Résolution 428 (1970), Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, §16 : «*Le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence. Il concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non-divulgence de faits inutiles et embarrassants, la publication sans autorisation de photographies privées, la protection contre l'espionnage et les indiscretions injustifiables ou inadmissibles, la protection contre l'utilisation abusive des communications privées, la protection contre la divulgation d'informations communiquées ou reçues confidentiellement par un particulier. Ne peuvent se prévaloir du droit à la protection de leur vie privée les personnes qui, par leurs propres agissements, ont encouragé les indiscretions dont elles viendraient à se plaindre ultérieurement.* » Discussion par l'Assemblée le 23 janvier 1970 (18e séance) (voir Doc. 2687, rapport de la commission des questions juridiques). Texte adopté par l'Assemblée le 23 janvier 1970 (18e séance).

¹²²⁸ MARGENAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, p. 71 ; SUDRE F., *La convention européenne des droits de l'Homme*, p. 83. L'auteur distingue 4 volets de la définition jurisprudentielle de la vie privée : le droit à la vie privée personnelle, le droit à la vie privée sociale, le « droit au développement personnel » et le droit de vivre dans un environnement sain. SUDRE F., « La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, éd. Bruylant-Némésis, 2005.

¹²²⁹ Les menaces pesant sur l'espace privé, en particulier sur son domicile, et le droit de garder secrètes les informations personnelles. Les exemples les plus courants de ces cas incluent les fouilles du domicile et du lieu de travail des individus, le tapotage de téléphones privés, la photographie de personnes, la collecte et la conservation et l'utilisation ultérieure d'informations personnelles.

¹²³⁰ LOHMUS K., *op. cit.*, p. 48.

¹²³¹ Voir, notamment, CourEDH, *Slivenko c. Lettonie* [GC], 9 octobre 2003, §96 ; CourEDH, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, 27 octobre 2004, §47. Voir, en droit de l'Union européenne : CJUE, *Volketund Markus Schecke GbR*, C-92/09, 9 novembre 2010.

¹²³² CourEDH 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, n° 53124/09, §33.

¹²³³ CourEDH, *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007.

¹²³⁴ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002 ; CourEDH, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], 10 avril 2007.

Bien que les nouveaux droits comme « le droit au développement personnel », « le droit à l'autodétermination », « le droit à l'identité » ou bien « le droit à l'autonomie » peuvent paraître assez ambigus, ils donnent naissance à un ensemble plus concret de nouveaux droits découlant de cette jurisprudence. Entre autres, la Cour a explicitement reconnu le droit au respect de la décision de devenir un parent au sens génétique, le droit d'un couple de concevoir un enfant, le droit de choisir les circonstances pour devenir parent, le droit des parents et des enfants à être ensemble dans un environnement familial, le droit à la protection de son image, le droit de décider de la poursuite de la grossesse, le droit d'obtenir les informations disponibles sur son état de santé, etc¹²³⁵.

La doctrine a essayé, en le systématisant, d'éclairer ce concept générique¹²³⁶ et multidimensionnel¹²³⁷. Et notamment, elle essaie de catégoriser les diverses questions présentes dans le cadre du droit à la vie privée. Certains auteurs systématisent ces intérêts protégés selon les thématiques, les autres préfèrent conceptualiser le contenu des catégories selon différentes approches. Dans le premier cas, par exemple, William Schabas¹²³⁸ distingue les droits qui composent le concept de la vie privée qui concernent l'intégrité physique, psychologique et morale, la santé et les soins médicaux, l'emploi et les activités professionnelles, l'autonomie personnelle et l'identité, la vie et l'activité sexuelle, la mort et l'acte de mourir, les données et l'information, l'honneur et la réputation, la recherche et la saisie, l'environnement. Dans le deuxième cas, il existe l'opinion selon laquelle il y a plusieurs dimensions de la vie privée qui se classifient en vie privée spatiale (ou zonale), relationnelle, décisionnelle, corporelle et informationnelle¹²³⁹. Dans ce contexte plus large, la vie privée « *pourrait être décrite comme une autonomie au sein de la société* »¹²⁴⁰. En effet, la révision du concept de la vie privée nous permet de distinguer deux composantes : celle passive ou défensive, dont l'intérêt individuel est d'éviter la divulgation de questions personnelles, et celle active ou offensive, dont l'intérêt est de prendre certaines décisions importantes. La dernière légitime, plus que la première, le rapprochement jusqu'à la confusion des concepts de vie privée et autonomie, car elle fait valoir que la plupart des droits à la vie privée sont axés sur la liberté de choix et l'autonomie.

¹²³⁵ LOHMUS K., *op. cit.*, p. 49.

¹²³⁶ SOLOVE D. J., *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2008, p. 82.

¹²³⁷ MCKINNEY K. D., « Space, body and mind, Parental perceptions of children's privacy needs », *Journal of family issues*, vol. 19, n°1, 1998, p. 98.

¹²³⁸ SCHABAS W., *op. cit.*, p. 369.

¹²³⁹ KAVEY M., « The public face of privacy: rewriting Lusting-Prean and Beckett v. United-Kingdom », in Brems E. (dir.), *Diversity and european human rights: rewriting judgements of the ECHR*, Cambridge University Press, 2012, p. 311.

¹²⁴⁰ HIRSHLEIFER J., « Privacy: Its Origin, Function and Future », 9 *The Journal of Legal Studies*, 1980, p. 664.

§2. L'interdépendance privacy – autonomie pour l'enfant

Louis Henkin est d'avis que ce n'est vraiment pas un droit à la vie privée, mais un droit à l'autonomie¹²⁴¹. Cette proximité conceptuelle est observée non seulement dans la doctrine, mais aussi dans la jurisprudence¹²⁴². Tant la vie privée que l'autonomie sont des exigences fondamentales dans tout ordre juridique juste parce que les deux sont des attributs fondamentaux de la liberté¹²⁴³ (A) et de la dignité (B).

A. La vie privée comme un choix de l'enfant

Au centre du droit à la vie privée se trouve la capacité de choisir quand (1) et comment interagir avec les autres pour développer un sentiment de soi-même en tant qu'être autonome (2).

1. Le consentement, au cœur du droit à la vie privée dans son sens défensif

Dans son article sur la vie privée de l'enfant, Karen McKinney expose plusieurs visions du sujet qui s'accordent à reconnaître un certain contrôle par l'enfant de la frontière entre soi et les autres¹²⁴⁴. En l'occurrence, elle évoque Simmel qui a perçu la protection de la vie privée dans le développement des enfants comme un processus de régulation des frontières entre soi et la société dans le but de gérer les conflits et le consensus¹²⁴⁵. Le but de donner aux enfants un certain niveau de solitude, selon Wolfe, est de les encourager à être sociaux à travers un équilibre de séparation et d'interaction avec les autres, basé sur le choix de l'enfant¹²⁴⁶. La protection de la vie privée de l'enfant facilite ainsi le développement de l'indépendance et de la responsabilité. Outre le choix de la protection de la vie privée en tant que gestion de l'interaction par le contrôle de l'espace physique, la confidentialité peut également être exercée par le biais de la gestion de l'information, une sorte de vie privée mentale ou émotionnelle. Les conceptions de la vie privée des enfants sont complexes et cette complexité augmente avec

¹²⁴¹ HENKIN L., *préc.*, p. 1425.

¹²⁴² Hormis la Cour EDH, La Cour constitutionnelle sud-africaine a expressément interprété le droit à la vie privée qui s'étend au droit de : « *private intimacy and autonomy which allows us to establish and nurture human relationships without interference from the outside community* ». V. National Coalition for Gay & Lesbian Equality v. Minister of Justice of South Africa & Others, 1998 (12) BCLR 1 (CC) (S. Afr.)

¹²⁴³ SELLERS M., *op. cit.*, p. 2.

¹²⁴⁴ MCKINNEY K. D., *préc.*, p. 76.

¹²⁴⁵ SIMMEL G., « Group expansion and the development of individuality », in Levine D., *Georg Simmel*, Chicago: University of Chicago Press, 1971.

¹²⁴⁶ WOLFE M., « Childhood and privacy », in Altman I., Wohlwill J. F., *Children and the environment*, New York: Plenum, 1978.

l'âge¹²⁴⁷. La vie privée joue ainsi un rôle important dans le développement de l'autonomie individuelle, en tant que mécanisme par lequel les frontières entre l'enfant et les autres sont établies et maintenues. C'est, du moins en partie, grâce à cette capacité de choisir quand et comment interagir avec les autres que l'enfant développe un sentiment de soi-même en tant qu'être autonome. À cet égard, la vie privée est conçue comme impliquant les éléments essentiels du choix, des limites, de la solitude et de l'interaction¹²⁴⁸. Les enfants, même les plus jeunes, ont besoin de gérer leurs interactions, de choisir quand et comment interagir avec les autres, ainsi que de gérer les informations, et de choisir quand divulguer des informations, y compris aux parents¹²⁴⁹.

Une idée qui pourrait peut-être apporter une clarification à la jurisprudence massive en matière de vie privée est que la divulgation des faits concernant la vie privée devrait toujours reposer sur un consentement explicite. Donc, le consentement est un élément dont les juges tiennent toujours compte pour déterminer s'il y a eu violation de la vie privée. Un principe général de la jurisprudence sur la vie privée est que chacun est libre de déterminer l'étendue de sa vie privée. En d'autres termes, chacun est libre de divulguer ou de ne pas divulguer certains aspects de sa vie privée¹²⁵⁰. Dans les affaires concernant le droit à l'image de l'enfant, la Cour rappelle à chaque fois l'importance du consentement¹²⁵¹. Le Comité des droits de l'enfant confirme expressément le besoin du consentement de l'enfant, notamment par rapport à la divulgation de son état sérologique vis-à-vis du VIH. Il soutient que « *les États parties doivent protéger la confidentialité des résultats des tests de dépistage du VIH, conformément à l'obligation qui leur est faite (à l'article 16) de protéger le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, notamment dans le cadre de la protection sanitaire et sociale, et les informations relatives à l'état sérologique de l'enfant vis-à-vis du VIH ne peuvent pas être divulguées à des tiers, y compris aux parents, sans l'autorisation de ce dernier* »¹²⁵². De même, dans le cadre des activités de recherche, les États sont appelés à « *veiller à ce que les renseignements personnels obtenus dans le cadre de ces recherches ne soient en aucune circonstance utilisés à d'autres fins que celles pour lesquelles le consentement a été donné* »¹²⁵³.

¹²⁴⁷ FRANKLIN B. (dir.), *The New Handbook of Children's Rights, Comparative Policy and Practice*, Routledge, 2002, p. 109.

¹²⁴⁸ MCKINNEY K. D., *préc.*, p. 76.

¹²⁴⁹ SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., *préc.*, p. 772.

¹²⁵⁰ COLVIN M. (dir.), *op. cit.*, p. 57.

¹²⁵¹ CourEDH, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, 15 janvier 2009 ; CourEDH, *Bogomolova c. Russie*, 20 juin 2017.

¹²⁵² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°3, *préc.*, § 24.

¹²⁵³ *Ibid.*, § 29.

Cette approche ressemblerait à l'analyse qui s'accorde à « *considérer le consentement comme donnant naissance à un contrat. Il consiste en effet dans l'acceptation, par une personne, de la proposition d'une autre de s'immiscer dans sa vie privée ou de la divulguer, de réaliser ou de publier son image. Mais ce contrat peut être aussitôt exécuté que formé ou donner naissance à des obligations dont l'exécution est successive.* »¹²⁵⁴

Ainsi, si le but du droit à la vie privée était de protéger une sphère d'autonomie individuelle, il devait inclure la capacité de contrôler l'utilisation faite de toute information personnelle¹²⁵⁵.

2. La participation, au cœur du droit à la vie privée dans son sens offensif

Cette vision de la vie privée de l'enfant la rapproche du concept de participation de l'enfant qui est fondée sur le droit d'exprimer son opinion. C'est la raison pour laquelle le droit à la vie privée est souvent vu en tant que droit participatif. En effet, le Comité des droits de l'enfant relève l'importance du dialogue entre les adolescents et les autorités, afin d'améliorer la protection de leur droit. Il considère que « *les États devraient chercher à déterminer, par le dialogue avec les adolescents, les domaines dans lesquels le droit au respect de la vie privée n'est pas respecté, notamment en ce qui concerne les interactions personnelles dans l'environnement numérique et l'utilisation des données par des entreprises commerciales et d'autres entités. Ils devraient aussi prendre toutes les mesures qui s'imposent pour améliorer et garantir le respect de la confidentialité des données et de la vie privée des adolescents, compte tenu du développement de leurs capacités.* »¹²⁵⁶

La dimension offensive du concept de vie privée est définie par la Cour comme « *le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa personnalité* »¹²⁵⁷ ou bien « *comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial* »¹²⁵⁸. Pour associer ces définitions au cas de l'enfant, il serait opportun que la Cour fasse des

¹²⁵⁴ Voir KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit – protection du secret de la vie privée*, 3e éd., Economica/PUAM, 1995.

¹²⁵⁵ CourEDH, *Flinkkilä et autres c. Finlande*, 6 avril 2010, § 75 ; CourEDH, *Saaristo et autres c. Finlande*, 12 octobre 2010, § 61.

¹²⁵⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 46.

¹²⁵⁷ CommEDH, *X c. Islande*, 18 mai 1976.

¹²⁵⁸ CourEDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29.

références aux dispositions conventionnelles relatives à l'autonomie participative de l'enfant, *stricto et lato sensu*.

Comme la participation dans son sens large, l'acception de la vie privée de l'enfant dépasse la prise en compte de son utilité individualiste. En effet, le droit à la vie privée aurait une portée d'ordre générale. Dans ce sens, il est défini en tant qu'« *instrument au service des capacités de développement personnel autonome, qui sont, dans une société donnée et à une époque donnée, nécessaires au fonctionnement démocratique du régime politique en vigueur* »¹²⁵⁹.

De même, une contribution à la reconnaissance de l'autonomie participative de l'enfant en tant que composante du droit au respect de la vie privée de l'enfant serait d'interpréter les articles participatifs de la Convention dans ce sens. Par exemple, l'article 10 de la CEDH¹²⁶⁰ aurait pu être interprété par la Cour en tant que droit de rechercher des informations. Ainsi, dans les affaires concernant l'accès de l'enfant aux informations personnelles, la Cour pourrait fonder sa décision sur l'article 10 de la CEDH. Dernièrement, dans le contexte du développement des droits numériques de l'enfant, cette observation s'avère être pertinente. C'est notamment aussi dans ce contexte informatique, le droit à la vie privée de l'enfant compris en tant que droit au respect de sa dignité devrait davantage préoccuper.

B. La vie privée en tant que respect de la dignité personnelle des enfants

Le droit à la vie privée garantit la protection de l'honneur et de la réputation¹²⁶¹. C'est un volet immanquable de toutes les dispositions légales concernant le droit à la vie privée (2). À défaut de l'autonomie décisionnelle de l'enfant, c'est le principe de dignité qui devrait déterminer l'attitude de l'État et des parents envers sa vie privée (1).

1. L'honneur et la réputation en tant que composantes de la dignité de l'enfant

La violation de l'honneur et de la réputation de l'enfant a été établie par la CourEDH dans les affaires concernant le droit à l'image (b). L'évolution technologique de la société oblige les

¹²⁵⁹ POULLET, Y., ROUVROY, A. « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in Benyekhlef K., Trudel P., *État de droit et Virtualité*, Montréal : Thémis, 2009, p. 160.

¹²⁶⁰ Article 10 CEDH : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. »

¹²⁶¹ Observation générale n° 16 : Article 17 (Droit au respect de la vie privée), Trente-deuxième session (1988), point 11.

États de prendre les mesures nécessaires afin de protéger la dignité de l'enfant dans l'environnement numérique (a).

a) La dignité de l'enfant dans l'environnement numérique

Même les jeunes enfants, dès qu'ils commencent à développer un sentiment de soi, montrent des signes indiquant qu'ils ont un besoin d'intimité¹²⁶² qui se traduit, à défaut de la capacité d'exprimer leur opinion, par un besoin de respect de leur dignité¹²⁶³. Le concept de dignité, qui relie les deux concepts d'autonomie et de vie privée de l'enfant, signifie, selon le Comité des droits de l'enfant « *que chaque enfant est reconnu, respecté et protégé en tant que titulaire de droits et en tant qu'être humain unique et précieux doté d'une personnalité propre, qui a des besoins et des intérêts distincts et qui a le droit au respect de sa vie privée* »¹²⁶⁴.

Le rappel du concept de dignité humaine place, selon Yves Poullet et Antoinette Rouvroy, « *le régime légal de protection de données dans une perspective centrée sur l'Homme et dans l'optique d'un développement technologique au service du développement de la personnalité humaine* »¹²⁶⁵. Récemment, dans sa Stratégie pour les droits de l'enfant (2016-2021), le Conseil de l'Europe met l'accent sur les droits des enfants sur Internet, renforcé par la nouvelle Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur les Lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l'enfant dans l'environnement numérique¹²⁶⁶. Dans son préambule, la recommandation accentue l'importance de la prise en compte de la dignité des enfants dans leur qualité de citoyens

¹²⁶² Sur la vie privée de l'enfant, V. ANSARI Z., BAHRAMI KHOSHKAR M., EBADI M., « Child's Privacy Jurisprudence and International Instruments », *Journal of Politics and Law*, vol. 9, n° 7, 2016, p. 128 ; EEKELAAR J., « De la privacy à l'État-Léviathan. Le cas de l'enfant » in Commaille J., Singly F. (dir.), *La question familiale en Europe* (Logiques sociales), Paris Montréal, L'Harmattan, 1997, pp. 271- 287 ; HAFEN B., « Puberty, Privacy and Protection: the risks of children's rights », *American Bar Association Journal*, 1977, p. 1383 ; HERSH M. L., « Is Coppa a Cop Out - The Child Online Privacy Protection Act as Proof That Parents, Not Government, Should Be Protecting Children's Interests on the Internet », 28 *Fordham Urban Law Journal* 1831, 2001 ; MARWICK A. E., MURGIA DIAZ D., PALFREY J., *Youth, Privacy and Reputation*, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, 2010 ; MCKINNEY K. D., « Space, Body, and Mind : Parental Perceptions of Children's Privacy Needs », 19 *Journal of Family Issues* 75, 1998 ; MCMULLEN J. G., « Privacy, Family Autonomy, and the Maltreated Child », 75 *Marquette Law Review* 569, 1992 ; NEIRINCK C., « Liberté d'expression contre droit à la vie privée de l'enfant : la liberté d'informer ne justifie pas tout ! », *Dr. fam.* 2012, comm. 134 ; READDICK C. A., « Solitary Pursuits : Supporting Children's Privacy Needs », 49 *Young Children* 6064, 1993 ; SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., « Privacy for children », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, pp. 759-95, 2011 ; SORENSEN S., « Protecting Children's Right to Privacy in the Digital Age : Parents as Trustees of Children's Rights », 36 *Children's Legal Rights Journal*, 2016, pp. 156-176.

¹²⁶³ POULLET, Y., ROUVROY, A., *préc.*, p. 187.

¹²⁶⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13, *préc.*, § 3c.

¹²⁶⁵ Voir aussi POULLET, Y., ROUVROY, A., *préc.*, p. 186.

¹²⁶⁶ CM/Rec(2018)7, adoptée par le Comité des Ministres le 4 juillet 2018, lors de la 1321 réunion des Délégués des Ministres.

digitaux : « *Reconnaissant que les enfants peuvent bénéficier d'un soutien et d'un accompagnement dans leur découverte et leur utilisation de l'environnement numérique, qui doit respecter leurs droits et leur dignité ainsi que ceux d'autrui* ».

La CourEDH fait parfois appel au concept de dignité humaine afin de promouvoir certains droits, surtout ceux des « *défavorisés, des personnes vulnérables ou exclues* »¹²⁶⁷. C'est notamment le cas des enfants incapables dans le contexte de leur droit à la vie privée. L'affaire *Reklos c. Grèce*¹²⁶⁸, par exemple, est construite sur des allégations qui découlent du besoin du respect de la dignité d'un nouveau-né. En l'espèce, les requérants affirmaient que « *le critère employé par les juridictions internes pour déterminer si l'image et la personnalité d'un individu pouvaient être protégées contredisait les droits à la " dignité " et à la " protection de la vie privée "* »¹²⁶⁹. Bien que la CourEDH n'ait pas repris cette formulation, elle a conclu effectivement à la violation du droit à la vie privée de l'enfant. La Cour réitère cette approche dans une affaire ultérieure, à savoir *Bogomolova c. Russie*, où la requérante se plaignait que la publication illégale de la photo de son fils dans une brochure demandant l'adoption avait porté atteinte à son honneur, à sa dignité et à sa réputation¹²⁷⁰. Ainsi on observe que lorsqu'il s'agit de respecter l'honneur et la réputation de la personne¹²⁷¹, la CourEDH fait référence à sa dignité.

b) La réputation en tant qu'élément de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH

Selon la jurisprudence de la CourEDH, le droit à la protection de la réputation est un droit qui relève, en tant qu'élément de la vie privée, de l'article 8 de la Convention¹²⁷². Dans la jurisprudence de la Cour, le droit à la réputation est généralement lié à la mise à la disposition du public des informations contenant des données personnelles¹²⁷³. La protection de la réputation suppose, par conséquent, une ingérence dans la liberté d'expression des tiers, qui devrait être nécessaire et proportionnée au but poursuivi¹²⁷⁴. Ainsi, « *lors de l'examen de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique en vue de la " protection de la réputation ou des droits d'autrui "*, la Cour peut être amenée à vérifier si les autorités

¹²⁶⁷ GREWE C., « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue générale du droit*, Études et réflexions 2014, numéro 3, p. 6.

¹²⁶⁸ CourEDH, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, préc.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, §12 et §32.

¹²⁷⁰ CourEDH, *Bogomolova c. Russie*, préc., § 15.

¹²⁷¹ V. par exemple CourEDH, *Katamadze c. Géorgie*, 14 février 2006 ; CourEDH, *Uj c. Hongrie*, 19 juillet 2011 ; CourEDH, *Eker c. Turquie*, 24 octobre 2017.

¹²⁷² CourEDH, *Chauvy et autres c. France*, 29 juin 2004, § 70 ; CourEDH, *Pfeifer c. Autriche*, 15 novembre 2007, § 35 ; CourEDH, *Polanco Torres et MovillaPolanco c. Espagne*, 21 septembre 2010, § 40.

¹²⁷³ CourEDH, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017.

¹²⁷⁴ CourEDH, *Chauvy et autres c. France*, préc., § 70 ; CourEDH, *Pfeifer c. Autriche*, préc., § 35.

*nationales ont ménagé un juste équilibre dans la protection de deux valeurs garanties par la Convention et qui peuvent apparaître en conflit dans certaines affaires : à savoir, d'une part, la liberté d'expression telle que protégée par l'article 10 et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée tel que garanti par les dispositions de l'article 8 »¹²⁷⁵. Cette ingérence a été ainsi motivée, afin de préserver la vie privée de l'enfant, dans les affaires de la CourEDH, notamment dans les arrêts *Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH c. Autriche* et *Krone Verlag GmbH c. Autriche* du 19 juin 2012.*

Depuis l'arrêt *Axel Springer c. Allemagne*, la CourEDH précise que l'atteinte à la réputation personnelle doit, pour être sanctionnée au titre de l'article 8, atteindre un certain niveau de gravité et causer un préjudice réel à la jouissance du droit au respect de la vie privée¹²⁷⁶. Ce raisonnement de la Cour n'est pas toutefois applicable aux enfants. Cela s'explique par la condition de vulnérabilité que revêt l'enfant dans la jurisprudence de la Cour. En effet, un enfant est susceptible de supporter plus douloureusement une atteinte à sa vie privée, indifféremment de sa gravité, à cause de sa fragilité émotionnelle et psychologique. Dans l'affaire *Bogomolova c. Russie*, la Cour constate la violation du droit à la vie privée de la requérante et de son fils, suite à la publication non-autorisée de la photo de l'enfant sur la couverture d'une brochure sociale. Toutefois, la Cour procède à une analyse de la gravité de l'atteinte à la réputation uniquement par rapport à la mère, sans évoquer l'enfant. La Cour estime « *que l'effet de la publication de la photographie sur la réputation de la requérante peut être considéré comme ayant atteint un certain degré de gravité et porté atteinte à la jouissance de la requérante de son droit au respect de sa vie privée. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la publication de la photo relève de la "vie privée" de la requérante et de son fils au sens de l'article 8 de la Convention.* »¹²⁷⁷

Selon la Cour, une atteinte au droit à la réputation peut être constatée même quand il s'agit d'un grand intérêt général. La Cour relève que souvent les médias, dans l'exercice de leur liberté d'expression, font abstraction de leur devoir et responsabilités prévues à l'article 10.2 CEDH afin d'éviter de nuire aux « droits d'autrui ». Il s'agit notamment de « *l'obligation qui leur*

¹²⁷⁵ CourEDH, *Hachette Filipacchi Associés c. France*, 14 juin 2007, § 43 ; CourEDH, *MGN Limited c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2011, § 142.

¹²⁷⁶ CourEDH, *A. c. Norvège, préc.*, § 64.

¹²⁷⁷ CourEDH, *Bogomolova c. Russie, préc.*, §54.

incombe d'habitude de vérifier des déclarations factuelles diffamatoires à l'encontre de particuliers »¹²⁷⁸.

2. La réputation de l'enfant en ligne dans le cadre de sa vie privée

La publication de photographies et d'images contenant des aspects intimes et privés de l'enfant, constitue une grave atteinte à son droit à la réputation, à l'honneur et donc à la vie privée. C'est d'autant plus délicat quand les auteurs de l'atteinte sont les parents de l'enfant **(a)**. Le droit positif prend en compte ses circonstances et propose des moyens de correction **(b)**.

a) Les nouvelles formes de violations du droit à la vie privée de l'enfant

Ces dernières années, la Cour européenne des droits de l'Homme a publié un nombre croissant de décisions concernant le droit à la vie privée de la personne en ligne, en rappelant dans ce contexte « *que les sites Internet sont des outils d'information et de communication qui se distinguent particulièrement de la presse écrite, notamment quant à leur capacité à emmagasiner et à diffuser l'information, et que les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée et ce notamment en raison du rôle important que jouent les moteurs de recherche »¹²⁷⁹.*

Dans sa jurisprudence, la Cour aborde la position vulnérable des mineurs dans un environnement numérique¹²⁸⁰. Dans toutes ces affaires, l'État se présente en tant qu'auteur de la violation du droit à la vie privée de l'enfant. À l'ère des réseaux sociaux, il s'avère, pourtant, que les parents sont souvent au centre de l'atteinte de la vie privée de l'enfant. Généralement, la vie privée de l'enfant en ligne est associée aux risques et la plupart des lois ont un caractère protecteur. Cependant, à part les risques liés à Internet, tels que la calomnie ou le harcèlement, il existe d'autres moyens positifs au développement de l'enfant, tels que l'éducation ou la formation en ligne¹²⁸¹. Ainsi, une forme d'ingérence des parents dans la vie privée de l'enfant s'exprime par un contrôle excessif de son activité sur Internet.

¹²⁷⁸ CourEDH, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], 17 décembre 2004, § 78 ; CourEDH, *Tønshøvs Blad A.S. et Haukom c. Norvège*, 1^{er} mars 2007, § 89.

¹²⁷⁹ CourEDH, *Delfi AS c. Estonie* [GC], 16 juin 2015, § 133 ; CourEDH, *Affaire Comité de Rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine (extraits)*, 5 mai 2011, § 63 ; CourEDH, *Cicad c. Suisse*, 7 juin 2016, § 59.

¹²⁸⁰ CourEDH, *K.U. c. Finlande*, préc.

¹²⁸¹ VAN DER HOF S., VAN DEN BERG B., SCHERMER B. (dir.), *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, Springer, 2014, p. 139.

Aussi, en tant que titulaires de l'autorité parentale, les parents agissent au nom de leurs enfants incompetents, mais ces actions sont susceptibles de porter atteinte au droit à l'honneur et à la réputation de l'enfant. Par conséquent, l'autonomie de l'enfant est mise en danger. En effet, l'obligation principale des parents est notamment de veiller à ce que l'enfant ne soit pas au centre d'une action en ligne qui sera dommageable pour son honneur et sa réputation et deuxièmement ils doivent censurer aussi leurs propres actions afin de ne pas violer le droit à la vie privée des enfants. Selon le Comité des droits de l'enfant, la réglementation du respect de la vie privée de l'enfant sur Internet est soumise au respect de son intérêt supérieur¹²⁸².

Le droit à l'honneur et la réputation en tant qu'élément du droit à la vie privée est souvent lié au droit à l'image¹²⁸³. La CourEDH insiste sur le fait que le principe du consentement doit être au cœur du droit à l'image. Dans l'affaire *Reklos*, la Cour soutient que « *l'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle dégage son originalité et lui permet de se différencier de ses congénères. Le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des composantes essentielles de son épanouissement personnel et présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image. Si pareille maîtrise implique dans la plupart des cas la possibilité pour l'individu de refuser la diffusion de son image, elle comprend en même temps le droit pour lui de s'opposer à la captation, la conservation et la reproduction de celle-ci par autrui. En effet, l'image étant l'une des caractéristiques attachées à la personnalité de chacun, sa protection effective présuppose, le consentement de l'individu dès sa captation et non pas seulement au moment de son éventuelle diffusion au public.* »¹²⁸⁴

Ainsi, selon cette logique, le fait de poster des photos de bébé ou toute autre photo d'enfance est tout à fait légitime quand c'est l'enfant lui-même qui le fait, lorsqu'il développe des capacités suffisantes pour faire un choix et prendre une telle décision. Cela dit, on respecte l'autonomie réelle/participative de l'enfant, car elle n'enfreint pas l'autonomie potentielle. Au contraire, quand l'enfant n'est pas suffisamment mature pour comprendre l'impact d'une telle publication de photos sur les réseaux sociaux, le souci pour son autonomie future doit prévaloir. Les premiers garants du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant devraient naturellement être les parents. C'est d'autant plus surprenant, qu'ils puissent eux-mêmes violer l'autonomie de

¹²⁸² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°17, *préc.*, § 17

¹²⁸³ CourEDH, *Bogomolova c. Russie*, *préc.* ; CourEDH, *Kurier Zeitungsverlag Und Druckerei Gmbh c. Autriche* (n°2), *préc.*

¹²⁸⁴ CourEDH, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, 15 janvier 2009, §40 ; Voir aussi, CourEDH, *Kahn c. Allemagne*, 17 mars 2016, § 63 ; CourEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France [GC]*, 10 novembre 2015, § 86.

l'enfant par diverses actions en ligne sans le consentement valable de leurs enfants. Bien que la Cour n'ait pas encore eu la possibilité de juger une telle situation, des affaires d'ordre national connaissent des cas où les enfants ont déposé plainte contre leurs parents pour avoir porté atteinte à leur vie privée en publiant des photos d'eux sur Facebook¹²⁸⁵. Dans des litiges similaires jugés par des tribunaux nationaux, où dans la plupart de cas le requérant est le deuxième parent de l'enfant, les décisions sont fondées exclusivement sur les prérogatives protectrices de l'autorité parentale et non pas sur le droit au respect de la vie privée de l'enfant. C'était, en l'occurrence, le cas d'une décision de la Cour d'Appel de Paris de retirer la photographie d'un enfant publiée sur les réseaux sociaux par sa mère¹²⁸⁶, ou bien la décision rendue par la Cour d'Appel d'Agen qui condamne la mère pour avoir ouvert un compte Facebook à sa fille de dix ans¹²⁸⁷, ainsi que la décision similaire de la Cour d'Appel d'Aix en Provence de supprimer le compte créé par la mère d'une fille de sept ans pour que cette dernière puisse jouer aux jeux sur Internet¹²⁸⁸.

Selon certains avis, il serait erroné de croire que toute publication sur les enfants porte atteinte à leur droit à la vie privée. Les parents peuvent publier de façon modérée, tout en s'abstenant de créer une image, une personnalité ou une réputation définie pour leurs enfants en ligne. Il est possible de publier des messages prudents, par exemple en annonçant la naissance d'un bébé ou en publiant une photo de famille formelle qui ne donne pas à l'étranger un aperçu de la vie privée de l'enfant¹²⁸⁹.

b) L'émergence du droit à l'oubli de l'enfant

Le droit à l'oubli peut être compris, dans ce contexte, comme un moyen de protéger l'enfant « des traces du passé » qui sont susceptibles d'affecter sa réputation et aussi bien un moyen pour l'enfant d'exprimer son autonomie par le contrôle des informations personnelles à partager sur Internet¹²⁹⁰. La Cour européenne des droits de l'Homme le qualifie de « *droit à* »¹²⁹¹, qui

¹²⁸⁵ Voir le cas médiatisé d'une jeune autrichienne qui a porté plainte contre ses parents pour avoir porté atteinte à sa vie privée en publiant des photos d'elle sur facebook sans son accord ; V. LETTERON R., « Facebook : l'enfant est une personne », 18 septembre 2016 publié sur <http://libertescherries.blogspot.com>

¹²⁸⁶ CA Paris, 18 septembre 2014, RG n° 1219/405, JurisData n° 2014-0215/75.

¹²⁸⁷ CA Agen, 16 mai 2013, RG n° 11/01886, JurisData n° 2013-009716.

¹²⁸⁸ CA Aix-en-Provence, 2 septembre 2014, RG n° 13/19371, JurisData n° 2014-019786.

¹²⁸⁹ SORENSEN S., « Protecting Children's Right to Privacy in the Digital Age: Parents as Trustees of Children's Rights », 36 *Children's Legal Rights Journal*, 2016, p. 173.

¹²⁹⁰ FLORIDI L. (dir.), *Protection of Information and the Right to Privacy – A New Equilibrium?*, Springer, 2014, p. 19.

¹²⁹¹ TERWANGNE C. D., « Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle ? », in Dechenaud D. (dir.), *Le droit à l'oubli numérique, Données nominatives - approche comparée*, Bruxelles : Éd. Larcier, 2015, p. 23-49.

autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu »¹²⁹².

Cette possibilité offerte aux enfants d'exiger l'effacement des données déposées sur les réseaux sociaux fait partie de leur droit à la vie privée : *« Les États devraient s'assurer que les enfants et/ou leurs parents, les personnes qui s'occupent d'eux ou leurs représentants légaux ont le droit de retirer leur consentement au traitement des données à caractère personnel, d'avoir accès à leurs données personnelles et de les faire rectifier ou supprimer, notamment lorsque le traitement des données relatives aux enfants est illégal ou lorsqu'il compromet leur dignité, leur sécurité ou leur vie privée. »¹²⁹³* La CourEDH a eu l'occasion de se prononcer sur le droit à l'oubli numérique uniquement par rapport aux adultes, pourtant dans les critères énumérés par la Cour sur la pertinence d'application d'un tel droit, à savoir *« la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies »* on peut entrevoir une éventuelle application du droit par rapport à l'enfant. De surcroît, la Cour assimile les mesures de garantie d'un tel droit à celles *« dont les États disposent sur le terrain de l'article 10 de la Convention pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression protégée par cet article »*.

En France, la possibilité pour les enfants d'effacer des données personnelles était auparavant prévue dans la loi du 7 octobre 2016 sur la République numérique¹²⁹⁴ qui a fait suite à la décision de la CJUE *Google Inc. C. Agencia Espanola de Proteccion de Datos*¹²⁹⁵. En l'espèce, le requérant demande le droit de faire disparaître ces données personnelles d'Internet qui s'affichaient lorsqu'un internaute introduisait son nom dans le moteur de recherche de Google. Il a demandé au quotidien soit de supprimer ou de modifier les pages en cause pour en faire disparaître ses données personnelles, soit de recourir à certains outils fournis par les moteurs de recherche pour protéger ces données en lien avec une vente aux enchères à la suite d'une saisie.

¹²⁹² CourEDH, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, 28 juin 2018, § 87 ; CourEDH, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* [GC], 27 juin 2017, § 137.

¹²⁹³ Recommandation CM/Rec (2018)7 du Comité des Ministres aux États membres sur les *Lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l'enfant dans l'environnement numérique* (adoptée par le Comité des Ministres le 4 juillet 2018, lors de la 1321^e réunion des Délégués des Ministres), § 34.

¹²⁹⁴ LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, § 63.

¹²⁹⁵ CJUE, Grande chambre, *Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, affaire C-131/12, 13 mai 2014.

La CJUE a estimé que les opérations menées par l'exploitant d'un moteur de recherche devaient être qualifiées de « traitements de données » dont celui-ci était « responsable » conformément à l'article 2b et 2d de la directive 95/46/CE¹²⁹⁶.

Le droit à l'oubli numérique constitue également un des volets principaux du Règlement européen sur la protection des données, entrée en vigueur le 25 mai 2018¹²⁹⁷. L'article 17 du règlement prévoit que toute personne, dont l'enfant, « a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement, dans les meilleurs délais, de données à caractère personnel la concernant et le responsable du traitement a l'obligation d'effacer ces données à caractère personnel dans les meilleurs délais ». Le règlement adopte une approche paternaliste envers l'enfant en prônant une « protection spécifique » en ce qui concerne leurs données à caractère personnel¹²⁹⁸. Cette spécificité est déterminée, selon le règlement, par un manque de maturité, dans les conditions où les enfants « peuvent être moins conscients des risques, des conséquences et des garanties concernées et de leurs droits liés au traitement des données à caractère personnel »¹²⁹⁹. Le même argument est valable pour la justification du droit à l'oubli dont le titulaire n'est plus un mineur « lorsque la personne concernée a donné son consentement à l'époque où elle était enfant et n'était pas pleinement consciente des risques inhérents au traitement, et qu'elle souhaite par la suite supprimer ces données à caractère personnel, en particulier sur l'Internet. La personne concernée devrait pouvoir exercer ce droit nonobstant le fait qu'elle n'est plus un enfant. »¹³⁰⁰ Le règlement ne mentionne pourtant pas la qualité de victime de l'enfant en co-rapport avec les actions de ses parents. Il nous semble, toutefois, que c'est un élément fort dans la justification du droit à l'oubli pour le mineur et une contribution à la construction du concept d'autonomie de l'enfant.

¹²⁹⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *OJ L 281, 23.11.1995, p. 31–50, abrogée par Règlement (UE) 2016/679.*

¹²⁹⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

¹²⁹⁸ *Ibid.*, préambule, point 38 et 58 ; art. 57.1.b)

¹²⁹⁹ *Ibid.*, préambule, point 38.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, préambule, point 65.

Section II. L'aboutissement de l'autonomie de l'enfant par le droit à la vie privée

La jurisprudence du Comité des droits de l'enfant, dans la même mesure que les autres Comités de l'ONU, n'a pas connu d'affaire sur la vie privée de l'enfant¹³⁰¹. Le Comité n'a pas jusqu'à ce jour adopté une observation générale sur l'article 16 de la CDE. Ainsi, l'unique source d'inspiration pour la compréhension du droit à la vie privée de l'enfant reste la jurisprudence de la CourEDH. En effet, la Cour de Strasbourg contribue à l'évolution du concept de la vie privée, y compris par rapport à l'enfant.

Un regard axé sur le droit suppose que les enfants peuvent eux-mêmes revendiquer des droits en vertu de l'article 8 lorsqu'il existe une situation de conflit entre leurs intérêts et ceux de leurs parents. Ou bien, indépendamment des parents, ils peuvent mettre en cause une action de l'État atteignant à son droit à la vie privée. Cependant, on constate que le droit à la vie privée de l'enfant est mal compris par la jurisprudence. Même si la CourEDH est censée clarifier la notion, elle l'alourdit davantage. Son raisonnement n'est pas homogène. Dans les jugements concernant la vie privée de l'enfant, la CourEDH ne cite nulle part l'article 16 de la CDE. C'est d'autant plus impressionnant, qu'elle s'appuie sur une pléthore d'autres instruments internationaux, surtout par rapport à la qualité de victime de l'enfant¹³⁰². Dans les conditions où la CourEDH a fait le lien entre la vie privée et l'autonomie individuelle de l'adulte, elle hésite à faire la même chose pour l'enfant, même si implicitement on ressent cette volonté. Par conséquent, la philosophie primordiale d'étude du droit à la vie privée de l'enfant se passe sous un regard protecteur, l'enfant occupant une place passive (§1). Dernièrement, on ressent une vague de jugements en faveur d'une vie privée sous l'aspect de l'autonomie individuelle, bien que toujours relevée très modestement (§2).

§1. La vulnérabilité de l'enfant, au centre du raisonnement de la Cour sur le droit à la vie privée de l'enfant

La reconnaissance par le juge strasbourgeois du droit au respect de la vie privée de l'enfant se base avant tout sur le concept de vulnérabilité de l'enfant du fait de sa minorité. Ce

¹³⁰¹ DE ZAYAS A., « Litigating the Rights of the Child Through the Individual Complaints Procedures of the Human Rights Committee and the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women » *in* LIEFAARD T., DOEK J. E. (dir.), *préc.*, p. 190. L'auteur qualifie le droit à la vie privée de l'enfant de « Terra incognita ».

¹³⁰² Voir CourEDH, *Kurier Zeitungsverlag Und Druckerei GmbH c. Autriche* (n°2), 19 juin 2012 et CourEDH, *Krone Verlag GmbH c. Autriche*, 19 juin 2012, §24 – §28.

raisonnement découle logiquement de son regard prédominant sur l'enfant en tant qu'« être passif et vulnérable »¹³⁰³, qui le place sous un régime de protection particulière. De ce fait, la protection spécifique du droit à la vie privée de l'enfant a lieu soit sous le prisme des droits connexes (A), soit dans le cadre de la protection des droits des parents (B).

A. La vie privée de l'enfant sous le prisme des droits connexes

La jurisprudence de la CourEDH a eu l'occasion d'évoquer le droit à la vie privée de l'enfant, sans toutefois l'associer à l'article 8 de la Convention (1). Dans d'autres cas, la Cour appréhende le droit à la vie privée de l'enfant comme une limite ou une exception aux droits des parents (2).

1. La vie privée de l'enfant comprise sous l'angle des différents droits de la Convention

Dans certains cas, la Cour omet d'invoquer l'article 8 en tant que fondement de protection du droit au respect de la vie privée de l'enfant. En l'occurrence, la protection de la vie privée des enfants en leur qualité de participants aux procédures civiles ou pénales a été analysée par la Cour via l'article 6 de la Convention (a). Le respect de l'intégrité physique et psychologique de l'enfant en tant que composante de la vie privée de l'enfant est souvent analysé par la Cour de Strasbourg sous le prisme de l'article 3 qui interdit la torture (b).

a) La vie privée de l'enfant dans le cadre du droit à un procès équitable

Le droit de « *tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure* » est expressément reconnu à l'article 40.2 de la CDE. Le Comité des droits de l'enfant prête une attention particulière à la confidentialité et le respect de la vie privée des enfants victimes ou témoins dans le cadre des procédures civiles et pénales¹³⁰⁴. La CourEDH a eu l'occasion de s'appuyer sur cette disposition de la CDE, ainsi que sur d'autres normes internationales¹³⁰⁵, afin de répondre à la « *tendance internationale en faveur de la protection de la vie privée des prévenus mineurs* »¹³⁰⁶.

¹³⁰³ BREMS E., « Above children's heads – the headscarf controversy in European schools from the perspective of children's rights », 14 *International Journal of children's rights*, 2006, p. 131.

¹³⁰⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°16, *préc.*, § 69.

¹³⁰⁵ CourEDH, *T. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, §43 - §47 : « les règles 4, 8 et 17 de l'ensemble de règles minima des Nations unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (règles de Beijing), les articles 3, 37 et 40 de la CDE ».

¹³⁰⁶ *Ibid.*, § 75.

Notamment, dans l'article 6.1 de la CEDH, le législateur prévoit la possibilité d'interdire l'accès à la salle d'audience à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès, « *lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent* ». Même si l'approche adoptée par la Cour est plutôt protectrice, avec un intérêt qui n'est pas associé à l'article 8, elle témoigne d'un intérêt particulier porté pour l'affirmation de l'autonomie participative de l'enfant. En l'occurrence, dans l'affaire *T. c. Royaume-Uni*, la Commission estime : « *dans le cas d'un enfant de onze ans, un procès public devant une juridiction pour adultes, avec la publicité dont il s'accompagne, doit être considéré comme une procédure extrêmement intimidante, et conclut qu'eu égard à son âge, le fait d'avoir soumis le requérant à toute la rigueur d'un procès public devant un tribunal pour adultes l'a privé de la possibilité de participer réellement à la procédure visant à décider du bien-fondé des accusations en matière pénale dirigées contre lui, et a donc méconnu l'article 6 § 1* »¹³⁰⁷. En l'espèce, deux garçons de dix ans ont commis une infraction très grave¹³⁰⁸. Leur procès a eu un retentissement considérable auprès des médias nationaux et internationaux. La société s'est réveillée en colère, jusqu'à attendre les inculpés devant le tribunal en foule hostile. Toutefois, la Cour a été clairement convaincue qu'il n'était pas contraire à l'article 6 de faire comparaître un enfant de 11 ans à l'audience et qu'il était essentiel dans les procédures suivies, de prendre en compte « *de l'âge de l'intéressé, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel* »¹³⁰⁹. Ainsi, la publicité du procès, qui est une procédure généralement considérée comme destinée à protéger les droits des adultes jugés, devrait être abrogée par rapport aux mineurs afin de promouvoir leur compréhension et leur participation. C'est ainsi que le juge présente le droit à la vie privée du mineur dans le contexte de l'article 6.1 de la Convention. Il adopte également une vision originale de la vie privée de l'enfant en tant que respect de son intégrité physique.

b) L'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant en tant que violation de son droit à la vie privée

Dans la jurisprudence de la CEDH, l'allégation de la violation de l'article 3 a été souvent accompagnée de l'invocation de l'article 8. Pour la première fois, la Cour européenne des droits

¹³⁰⁷ *Ibid.*, § 84.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, § 7 : « *Le 12 février 1993, lui-même et un autre garçon, « V. » (le requérant dans l'affaire n° 24888/94), tous deux alors âgés de dix ans, firent l'école buissonnière et enlevèrent un enfant de deux ans dans l'enceinte d'un centre commercial, l'emmenèrent quelque trois kilomètres plus loin, le battirent à mort et l'abandonnèrent sur une voie ferrée.* »

¹³⁰⁹ *Ibid.*, § 82.

de l'Homme consacre le droit à l'intégrité physique en tant que partie du droit à la vie privée dans une affaire concernant un mineur¹³¹⁰. C'est à ce moment que la Commission refuse de se prononcer sur la violation alléguée de l'article 3, après avoir constaté une infraction à l'article 8¹³¹¹. Plus tard, dans l'affaire *Raninen c. Finlande*, au contraire la Commission « *eu égard à sa conclusion qu'il y a eu violation de l'article 3, estime qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 8* »¹³¹². Elle n'exclut d'ailleurs pas « *la possibilité de considérer l'article 8 comme octroyant parfois une protection s'agissant de conditions de détention n'atteignant pas la gravité requise par l'article 3* »¹³¹³. De ce fait, on pourrait conclure que l'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant peut, théoriquement et pratiquement, s'analyser tant sous le prisme de l'article 3, quand l'atteinte est qualifiée d'« inhumaine et dégradante »¹³¹⁴, aussi bien que sous l'angle de l'article 8, pour des situations moins graves¹³¹⁵, de même qu'en vertu de l'article 8 combiné avec l'article 3¹³¹⁶. Dans une affaire plus récente *Soderman c. Suède*¹³¹⁷, la Cour explique clairement la possibilité d'application des deux articles par rapport au même fait. Elle soutient qu'« *en ce qui concerne les enfants, qui sont particulièrement vulnérables, les dispositifs créés par l'État pour les protéger contre des actes de violence tombant sous le coup des articles 3 et 8 doivent être efficaces et inclure des mesures raisonnables visant à empêcher les mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance ainsi qu'une prévention efficace mettant les enfants à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne* ». En appliquant ce principe au cas d'espèce relatif à une adolescente de 14 ans qui a fait l'objet d'une tentative de son beau-père de la filmer alors qu'elle était nue, la Cour « *estime, d'une part, que les faits étaient d'autant plus graves que la requérante était mineure, que l'incident s'était produit à son domicile, où elle était censée se sentir en sécurité, et que l'auteur n'était autre que son beau-père, une personne à qui*

¹³¹⁰ CourEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985 ; V. par la suite, CourEDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, CourEDH, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mars 1993, §§ 34 et 36.

¹³¹¹ *Ibid.*, § 34.

¹³¹² CourEDH, *Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, § 61.

¹³¹³ *Ibid.*, § 63. Dans le § 64 : « *En l'espèce, comme indiqué plus haut, le requérant fonde le grief qu'il tire de l'article 8 sur les mêmes faits que ceux pour lesquels il invoque l'article 3, que la Cour a examinés et n'a pas jugés établis dans leurs aspects essentiels. Notamment, il n'a pas été démontré que l'usage des menottes ait physiquement ou mentalement affecté le requérant ou ait visé à l'humilier (paragraphe 58 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour n'estime pas qu'il y ait des éléments suffisants pour lui permettre de constater que le traitement reproché ait entraîné sur l'intégrité physique ou mentale de l'intéressé des effets néfastes de nature à constituer une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée, tel que le garantit l'article 8 de la Convention.* »

¹³¹⁴ CourEDH, *L'affaire grecque*, 15 avril 1970 : « *Le traitement ou la peine inhumaine est le traitement de nature à provoquer intentionnellement de graves souffrances mentales ou physiques qui ne peuvent pas être justifiées.* »

¹³¹⁵ CourEDH, *Wainwright c. Royaume-Uni*, 26 septembre 2006, § 43.

¹³¹⁶ CourEDH, *Soderman c. Suède*, 12 novembre 2013, § 81 ; CourEDH, *Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], 10 mai 2001, § 73 ; CourEDH, *M.P. et autres c. Bulgarie*, 15 novembre 2011, § 108.

¹³¹⁷ CourEDH, *Soderman c. Suède*, préc.

elle devait pouvoir faire confiance. Cet incident a touché la requérante dans des aspects extrêmement intimes de sa vie privée. La Cour observe, d'autre part, que les faits en question n'ont pas comporté de violence, de sévices ou de contact physiques. Tout en prenant note de la conclusion des juridictions internes selon laquelle l'acte du beau-père était assurément répréhensible, la Cour considère qu'il n'a pas atteint le degré de gravité des actes en cause dans la jurisprudence susmentionnée, qui se rapportaient à des viols ou des abus sexuels sur des enfants et qui ont été examinés sous l'angle de l'article 8, mais aussi de l'article 3 de la Convention. »¹³¹⁸

Jusqu'à l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas*¹³¹⁹, l'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant était analysée sous l'angle de l'article 3 de la CDE. Par exemple, dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*¹³²⁰, la Cour a estimé que le système autorisant l'imposition d'une peine corporelle judiciaire pour les délinquants mineurs violait l'article 3. Généralement, l'application des châtiments corporels constitue, selon la jurisprudence de la Cour, une violation de la vie privée de l'enfant. Elle pourrait, toutefois, tomber sous le couvert de l'article 3 quand la peine fait l'objet de la publicité ce que la rend « dégradante ». Donc, l'autonomie du droit à la vie privée de l'enfant au sein de la jurisprudence strasbourgeoise est difficilement défendable. Elle est davantage confondue quand il s'agit des affaires familiales.

2. La vie privée de l'enfant en tant que limite au droit des parents

Le droit au respect de la vie privée de l'enfant est plus souvent reconnu via l'article 8, mais, comme l'observe Kirsty Hugues, le droit de l'enfant ne représente qu'une exception ou limite au droit du parent¹³²¹ **(b)**. La Cour a connu également des affaires où la limite du droit au respect de la vie privée et familiale du parent est limitée au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, même si le fondement de base était la protection de la vie privée de l'enfant **(a)**.

a) Une limite implicite

Dans l'affaire *Dorothy Byrne et Twenty-Twenty Television limited c. Royaume-Uni*¹³²², la Commission a dû faire la balance entre l'intérêt supérieur de l'enfant qui entrerait en conflit avec le droit de la mère au respect de sa vie privée et familiale. La première requérante, qui était la

¹³¹⁸ *Ibid.*, § 86.

¹³¹⁹ CourEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, préc.

¹³²⁰ CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978.

¹³²¹ HUGUES K., « The child's right to privacy and Article 8 European Convention of Human Rights », in Freeman M. D. A., *Law and Childhood Studies: Current Legal Issues*, Vol. 14, Oxford University Press, p. 456.

¹³²² CommEDH, *Dorothy Byrne et Twenty-Twenty Television limited c. Royaume-Uni*, 1998.

mère de la fille (C), sujet d'une ordonnance restrictive quant à l'éducation de son enfant, a fait valoir que la décision des juridictions internes, fondée sur l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (« the paramountcy principle »), constitue une violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale garantie par l'article 8 de la Convention. En l'espèce, les tribunaux se sont opposés à la décision de la mère selon laquelle sa fille devrait participer à une émission télévisée sur son développement et son éducation dans une institution répondant à ses besoins particuliers. La Commission a confirmé la position des juridictions internes, en motivant sa décision sur la base du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant d'être protégé d'un potentiel impact négatif de la publicité sur l'enfant. Effectivement, en sachant que son père était un haut responsable de l'un des principaux partis politiques au Royaume-Uni et que sa relation extra-conjugale avec sa mère a été longtemps à la une des couvertures des magazines tabloïds, l'attention accrue des médias à la personne de la fille suite à cette émission était plus que probable.

Dans cette affaire, la Commission n'a pas défendu le droit de l'enfant garanti par l'article 8. Cependant, elle est très emblématique par plusieurs raisons. Il s'agit d'une rare affaire qui oppose les intérêts du parent à ceux de l'enfant, notamment souligne le besoin de respect de la vie privée de l'enfant par son parent. Deuxièmement, l'approche de la Commission, même si elle est protectionniste, car fondée sur la vulnérabilité de l'enfant, est de garantir l'autonomie future de la fille. L'unique regret que l'on puisse avoir est l'absence du raisonnement de la Commission sur la vie privée individuelle de l'enfant fondée sur l'article 8 de la CEDH, qui aurait pu certainement évoquer le concept d'autonomie individuelle.

L'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que forme d'ingérence dans la vie privée des parents, a également été au cœur de l'affaire *Guillot c. France*¹³²³. En l'espèce, l'officier de l'état civil de Neuilly-sur-Seine devant lequel les époux Guillot ont déclaré l'enfant avait refusé, après consultation du procureur de la République de Nanterre, de recevoir le premier des prénoms, à savoir Fleur de Marie, au motif qu'il ne figurait dans aucun calendrier. Bien que le droit au prénom ne fasse pas explicitement partie du droit à la vie privée selon la jurisprudence de la Cour, dans certains cas comme celui-ci, « *le choix du prénom de l'enfant par ses parents revêt un caractère intime et affectif, et entre donc dans la sphère privée de ces derniers* »¹³²⁴. Ainsi, le refus des instances d'enregistrer ce prénom a été saisi par les époux en tant qu'un manquement au respect de leur vie privée, même si la Cour a statué que l'article 8 ne

¹³²³ CourEDH, *Guillot c. France*, 24 octobre 1996.

¹³²⁴ *Ibid.*, § 22.

s'appliquait pas en l'espèce¹³²⁵. Malgré une ample analyse de l'impact d'un tel prénom dans la vie quotidienne de l'enfant, un renvoi à son droit à la vie privée n'a pas été fait. La Cour s'est fondée sur « *l'intérêt primordial de l'enfant* »¹³²⁶.

b) Une limite explicite

Dans les affaires *B. et P. c. Royaume-Uni*¹³²⁷ et *Moser c. Autriche*¹³²⁸, bien que la Cour adopte la même approche paternaliste pour tenir une procédure en privé, la logique diffère de l'arrêt *T. c. Royaume-Uni*. En effet, dans les deux affaires précitées, d'ordre civil cette fois-ci, la Cour se concentre sur le droit des parents à un procès équitable au titre de l'article 6 et la vie privée de l'enfant est interprétée comme une exception ou une limite à ce droit¹³²⁹. La Cour aurait pu associer cet intérêt à l'article 8 pour analyser la relation entre ce droit et le droit des parents au titre de l'article 6¹³³⁰, mais à l'instar de l'arrêt *T. c. Royaume-Uni*, cette analyse est absente.

Plus concrètement, dans l'affaire *B. et P. c. Royaume-Uni*, « *les requérants alléguaient la violation de leurs droits à la publicité des débats et du prononcé des jugements garantis par l'article 6 § 1 de la Convention et de leur droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10* »¹³³¹. En l'espèce, les deux requérants au cours de la procédure de séparation d'avec leurs épouses respectives ont saisi la *county court* d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance de garde concernant leurs enfants. Dans le cas du premier requérant, la *county court* a examiné sa demande de garde à huis clos en estimant « *que la publicité des débats n'était pas dans l'intérêt de l'enfant* »¹³³². Dans le cas du second requérant, en revanche, même si l'audience a été publique, le juge a décidé que « *l'identité de l'enfant ne devait être divulguée dans aucune publication relative à l'affaire* »¹³³³. Par la suite, le juge a pris la décision de conduire la procédure à huis clos. Dans son jugement sur la non-violation de l'article 6.1, la CEDH estime « *que ces procédures représentent des exemples types d'une situation dans laquelle il peut se justifier d'interdire l'accès de la salle d'audience à la presse et au public, afin de protéger la vie privée de l'enfant concerné et des parties et d'éviter de nuire aux intérêts de la justice* »¹³³⁴. Ainsi, malgré une référence expresse à la notion de vie privée en tant que limite aux droits des

¹³²⁵ Voir l'opinion dissidente commune à MM. les juges Macdonald et de Meyer.

¹³²⁶ CourEDH, *Guillot c. France*, préc., § 25.

¹³²⁷ CourEDH, *B. et P. c. Royaume-Uni*, 24 avril 2001.

¹³²⁸ CourEDH, *Moser c. Autriche*, 21 septembre 2006.

¹³²⁹ HUGUES K., préc., p. 470.

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ CourEDH, *B. et P. c. Royaume-Uni*, préc., § 3.

¹³³² *Ibid.*, § 16.

¹³³³ *Ibid.*, § 21.

¹³³⁴ *Ibid.*, § 38.

parents, un droit indépendant à la vie privé de l'enfant sous l'angle de l'article 8 n'a pas été évoqué.

À la différence de l'arrêt susmentionnée, dans l'affaire *Moser c. Autriche*, outre son parent, l'enfant a aussi la qualité de requérant¹³³⁵. Les deux alléguaient en particulier que le transfert de la garde de la seconde requérante mineure à l'office de la jeunesse violait leur droit au respect de la vie familiale et constituait une discrimination à leur encontre, que l'absence de participation de la première requérante à la procédure de garde violait leur droit à la vie privée. En effet, dans son jugement, la Cour prend le soin de distinguer cette affaire de l'arrêt *B. et P. c. Royaume-Uni*, en attirant surtout l'attention que le dernier « *concernait le différend entre les parents au sujet de la résidence d'un enfant, c'est-à-dire un différend entre des membres de la famille, c'est-à-dire des parties individuelles. La présente affaire concerne le transfert de la garde du fils du premier requérant à un établissement public, à savoir le bureau de la protection de la jeunesse, opposant ainsi un particulier à l'État. La Cour estime que, dans ce domaine, les raisons pour exclure une affaire du contrôle de l'opinion publique doivent être soumises à un examen approfondi.* »¹³³⁶ La Cour ne nie pas, en principe, que la protection des enfants constituait un motif valable pour tenir les procédures en privé. Malgré cela, en concluant à la violation de l'article 6 de la Convention, la Cour n'a pas tenu compte des intérêts de l'enfant en vertu de l'article 8 « *ni de la manière dont ces intérêts devraient peser en faveur ou contre l'affirmation de la mère selon laquelle les procédures auraient dû être tenues en public et que la décision aurait dû être rendue publique* »¹³³⁷. La lecture protectionniste de la vie privée de l'enfant accompagne la Cour, en réalité, dans une bonne partie de sa jurisprudence.

B. La vie privée de l'enfant en tant que forme de protection

Plusieurs arrêts de la Cour témoignent de l'acceptation du droit à la vie privée de l'enfant en tant que moyen de protection (1), y compris contre les formes de violence rendues possibles par les développements technologiques et sociaux les plus récents (2).

1. La protection de l'enfant contre la curiosité du public

Si l'approche paternaliste par rapport à l'enfant est un leitmotiv dans la jurisprudence de la Cour, dans certaines affaires elle est davantage accentuée. Comme c'est le cas par exemple dans

¹³³⁵ CourEDH, *Moser c. Autriche*, préc.

¹³³⁶ CourEDH, *B. et P. c. Royaume-Uni*, préc., § 97.

¹³³⁷ HUGUES K., préc., p. 471.

l'arrêt *Kurier Zeitungsverlag Und Druckerei Gmbh V. Austria* (n°2)¹³³⁸ où la Cour met un accent particulier sur la vulnérabilité de l'enfant et sur l'impératif de le protéger. Tout d'abord, l'enfant protagoniste se présente comme une victime du conflit de garde entre ses parents. Ensuite et comme conséquence à ce fait, l'enfant est devenu victime de l'intérêt des journaux pour la médiatisation du cas.

En l'espèce, lors de la procédure de garde, les tribunaux compétents n'ont pas accepté de transférer la garde de Christian au père, qui avait refusé de se conformer à cette décision et s'est caché avec l'enfant. Les tentatives forcées des fonctionnaires du tribunal pour les faire comparaître en justice ou bien de saisir l'enfant se sont avérées très douloureuses pour lui, car elles étaient accompagnées de résistance et pleurs. Ces scènes ont à trois reprises fait l'objet d'une large couverture médiatique. Le journal de la société requérante faisait état de cette affaire et les articles parus révélaient l'identité de Christian et des informations détaillées sur sa vie de famille et sur le différend relatif à la garde des enfants. Ils étaient accompagnés de photographies de Christian non anonymes, notamment celles qui le montraient dans un état de douleur et de désespoir¹³³⁹.

Dans cette affaire, la Cour a procédé à la mise en balance du droit de la société requérante à la liberté d'expression et du droit du Christian au respect de sa « vie strictement privée »¹³⁴⁰. Bien qu'elle estime que les articles en cause traitaient d'une question d'intérêt public, à savoir la bonne exécution des décisions de garde, cependant étant donné que ni Christian lui-même ni ses parents n'étaient des personnalités publiques la divulgation de son identité était superflue. À cet égard, la Cour relève qu'il était acceptable que la société requérante rende compte de tous les détails pertinents concernant l'affaire Christian, mais pas pour révéler l'identité de Christian en publiant les détails les plus intimes sur lui ni pour publier une photo de lui à partir de laquelle il pourrait être reconnu¹³⁴¹. L'argument de la société requérante qui a fait valoir qu'il était nécessaire de publier la photo de Christian montrant ses souffrances et son désespoir tout en s'accrochant à son frère dans le but d'inciter le public à l'empathie et à attirer son attention n'a fait que renforcer la conviction de la Cour dans le besoin de protection de la dignité et de la vie privée de l'enfant. À cette fin, la Cour européenne relève que « *la particulière vulnérabilité d'un mineur victime d'un conflit concernant sa garde, appelle une protection particulière de*

¹³³⁸ CourEDH, *Kurier Zeitungsverlag Und Druckerei Gmbh c. Autriche* (n°2), 19 juin 2012.

¹³³⁹ *Ibid.*, § 52.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, § 55.

¹³⁴¹ *Ibid.*, § 57.

sa vie privée et s'oppose à la publication de photographies et d'articles pour satisfaire la curiosité des lecteurs »¹³⁴². Elle réitère cette jurisprudence y compris par rapport aux pareilles publications sur Internet.

2. La protection de l'enfant dans un environnement numérique

Dans l'affaire *Krone Verlag GmbH c. Autriche*¹³⁴³, la Cour européenne des droits de l'Homme appréhende la vie privée de l'enfant en tant que forme de protection d'un être vulnérable, situation aggravée par la qualité de victime d'abus sexuel de l'enfant. KroneVerlag et KroneMultimedia étaient les éditeurs de deux journaux nationaux qui avaient publié des articles sur une fillette de 10 ans qui avait été agressée sexuellement par son père et sa belle-mère. Dans leurs articles, les journaux avaient révélé l'identité de la fille. L'un des journaux avait publié ses articles non seulement dans son journal papier, mais aussi en ligne et avait également publié des photographies d'elle. Les tribunaux autrichiens ont décidé d'octroyer une indemnisation à la fille, estimant que son droit en tant que victime d'une infraction pénale de ne pas divulguer son identité au public avait été violé. Les deux éditeurs ont déposé une plainte auprès de la Cour européenne, invoquant l'article 10 de la CEDH.

De même, dans l'affaire *K.U. c. Finlande*¹³⁴⁴, la Cour a formulé une obligation positive pour les États de protéger les enfants en ligne. L'affaire concernait l'affichage, en 1999, d'une publicité à caractère sexuel concernant un enfant de 12 ans, K.U., sur un site de rencontre sur Internet. La publicité mentionnait son âge et son année de naissance et donnait une description détaillée de ses caractéristiques physiques. Il y avait également un lien vers la page Web du demandeur où sa photo et son numéro de téléphone pouvaient être trouvés. L'annonce faisait savoir qu'il cherchait une relation intime avec un garçon de son âge ou plus âgé « *pour lui montrer comment on fait* »¹³⁴⁵. Le garçon a pris connaissance de l'annonce quand il a reçu un courriel d'un homme lui proposant de le rencontrer et de « *voir ensuite ce qu'il voulait* »¹³⁴⁶. Le père de K.U. a demandé à la police d'identifier la personne qui avait posté l'annonce afin d'intenter une action en justice. Le fournisseur d'accès à Internet a toutefois refusé, car il se considérait lié par la confidentialité des télécommunications telle que définie par le droit finlandais. Dans une décision rendue en 2001, le tribunal de district d'Helsinki a également

¹³⁴² *Ibid.*, § 58 et § 59 pour l'affaire n°1593/06, § 56 et 57 pour l'affaire n°27306/07.

¹³⁴³ CourEDH, *Krone Verlag GmbH c. Autriche*, 19 juin 2012.

¹³⁴⁴ CourEDH, *K.U. c. Finlande*, 2 décembre 2008.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, § 7.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, § 8.

refusé à la police, en vertu de la loi sur les enquêtes pénales, d'obliger le fournisseur à divulguer l'identité de la personne qui avait publié l'annonce. Il a constaté qu'il n'existait aucune disposition légale explicite dans un tel cas qui pourrait obliger le fournisseur d'accès à Internet à ne pas respecter le secret professionnel et à divulguer de telles informations. La décision du tribunal de district a été confirmée par la Cour d'Appel. La Cour suprême finlandaise a refusé l'autorisation d'interjeter appel. En 2002, le requérant a formé un recours devant la Cour européenne. Dans son jugement, la Cour a estimé que l'affichage de la publicité sur Internet concernant le requérant avait été un acte criminel, ce qui avait eu pour conséquence qu'un mineur avait été la cible de pédophiles¹³⁴⁷. La Cour a fait remarquer que l'incident avait eu lieu en 1999, c'est-à-dire à une époque où l'on savait très bien qu'Internet, précisément en raison de son caractère anonyme, pouvait être utilisé à des fins criminelles¹³⁴⁸.

Le problème généralisé de l'abus sexuel des enfants était également bien connu au cours de la décennie précédente. On ne peut donc pas prétendre que le gouvernement finlandais n'ait pas eu l'occasion de mettre en place un système de protection des enfants d'être ciblés par les pédophiles *via* Internet. Même si depuis cette décision s'est écoulée encore une décennie, le problème de la protection de la vie privée des enfants sur Internet reste plus que récurrent. Nous pouvons même affirmer qu'on assiste à un affaiblissement du droit à la vie privée de l'enfant face aux progrès technologiques. Une jurisprudence plus abondante de la CourEDH sur ce sujet, comme sur les autres, ne fera que confortée l'idée du respect nécessaire de l'autonomie potentielle/future de l'enfant.

§2. L'autonomie de l'enfant, un fondement à venir dans le raisonnement de la Cour sur le droit à la vie privée de l'enfant

S'il est vrai que la CourEDH ne prend pas toujours en compte le droit individuel à la vie privée de l'enfant (**A**), il existe des prémisses dans la jurisprudence évolutive de la Cour qui permettent d'envisager une telle reconnaissance (**B**).

¹³⁴⁷ *Ibid.*, § 45.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, § 49.

A. La confirmation anglo-saxonne de l'autonomie de l'enfant via l'article 8 de la CEDH

Afin qu'un véritable droit à la vie privée de l'enfant soit reconnu par la CourEDH, son deuxième volet offensif doit être mis en valeur. C'est-à-dire, le juge doit défendre le droit de l'enfant à son propre choix dans le cadre de sa vie privée. La façon idéale d'argumenter le droit de la vie privée de l'enfant serait, ainsi, de l'associer au respect soit de l'article 12 ou 13 de la CDE, ou bien à l'article 10 de la CEDH, comme observé dans la jurisprudence anglo-saxonne (1). Bien que la CourEDH n'ait pas encore explicitement reconnu l'autonomie décisionnelle de l'enfant, il existe des éléments de sa jurisprudence qui la rapproche de celle britannique (2).

1. Le concept *common law* de l'autonomie de l'enfant

On constate que la CourEDH n'a jamais procédé à un raisonnement à la hauteur du juge anglo-saxon en matière d'autonomie de l'enfant. Le juge britannique, en revanche, a illustré en détail l'effet d'un tel exercice juridique. Dans l'affaire *Re Angela Roddy*¹³⁴⁹, qui est l'exemple d'un véritable droit à la vie privée de l'enfant, car ne concerne pas l'interaction entre les droits des enfants et les droits des parents, le juge Munby J tout en donnant une solution *in concreto*, soulève plusieurs questions quant à l'importance des droits de l'enfant et notamment du droit à la vie privée¹³⁵⁰.

En l'espèce, Angela Roddy, une fille de 12 ans est tombée enceinte. Après la naissance de sa fille, avec l'aide de l'église catholique qui l'a payé pour éviter l'avortement, elle et le bébé ont été pris en charge. À la demande des autorités locales, des injonctions ont été accordées afin de la protéger contre une publicité nuisible. L'enfant d'Angela a été entre temps adopté. Au bout de quelques années, vers ses 17 ans, Angela décide de vendre l'histoire de son expérience à un groupe de presse national (ANL). Celui-ci, avec le soutien d'Angela, a modifié les injonctions pour permettre la publication de l'histoire. De la même façon, une demande a été faite pour

¹³⁴⁹ *Re Angela Roddy* (A Child) (Identification: Restriction on Publication), Torbay Borough Council V News Group Newspapers: Fd 2 Dec 2003, [2003] EWHC 2927 (Fam), [2004] 1 FCR 30, [2004] 2 FLR 949, [2004] EMLR 8.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, § 46: « *There is in fact a very important point of principle lurking behind all this. Are children of Angela's sage to be allowed to exercise for themselves the rights they have under the Convention – here the vitally important rights under Articles 8 and 10? Are we to recognise that Angela should in relation to her Convention rights enjoy the same autonomy, the same decision-making power, as she will undoubtedly have when she reaches the age of 18 in just one year's time? Are we to trust Angela to decide for herself whether that which is private (and not merely private – what we are talking about here is something extremely personal and intimate) should remain private or whether it should be shared with the whole world? Are we, in other words, to take children's rights seriously and as our children see them? Or are we to treat children as little more than the largely passive objects of more or less paternalistic parental or judicial decision-making?* »

modifier les injonctions protégeant le père présumé, et l'ANL a donné l'assurance qu'elle ne dévoilerait pas l'identité de l'enfant d'Angela. Ainsi, le tribunal a été tenu de prendre en compte le droit à la vie privée d'Angela prévu par l'article 8 de la CEDH et de le mettre en balance avec le droit à la liberté d'expression du groupe de presse national prévu à l'article 10.

La décision du juge n'est pas surprenante vu les précédents judiciaires concernant les adolescents¹³⁵¹. En effet, il exprime sa ferme conviction que « *Angela est à un âge où elle a suffisamment de compréhension et de maturité pour décider elle-même si ce qui est privé, personnel et intime doit rester privé ou partagé avec le monde entier. La décision est pour Angela : non pas pour ses parents, pour l'autorité locale ou le tribunal.* »¹³⁵² Ainsi, le juge soutient que le droit au respect de la vie privée en vertu de l'article 8 de la CEDH comprend le droit au respect de sa décision de divulguer, ainsi que son droit de ne pas divulguer des informations personnelles et que l'enfant « *a autant droit à la protection de la Convention - et plus particulièrement des articles 8 et 10 - que quiconque. Mais, comme M. Arnot l'a souligné à juste titre, l'autonomie personnelle garantie par l'article 8 (et, j'ajoute, par l'article 10) est nécessairement quelque peu nuancée dans le cas d'un enfant. En effet, selon les circonstances, le pouvoir de décision peut ne pas être exercé par l'enfant, mais par les parents de l'enfant ou même par le tribunal. Je dois revenir sur ce sujet en temps voulu. Pour le moment, je constate seulement qu'il peut y avoir des cas où un enfant souhaite s'adresser aux médias - souhaite, en d'autres termes, se prévaloir de ses droits au titre de l'article 10 et de l'article 8 pour rendre public ce qui serait autrement être privé - tandis que ses parents ou le tribunal peuvent penser que ses intérêts sont mieux servis en faisant valoir son droit, en vertu de l'article 8, de garder ces questions privées.* »¹³⁵³ Cela dit, le juge britannique admet la possibilité d'une violation de l'autonomie réelle de l'enfant au nom de son autonomie potentielle. De l'autre côté, il répond

¹³⁵¹ *Re Z (A Minor) (Identification: Restrictions on Publication)* [1997] Fam 1, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1984] QB 581, *In re W (A Minor) (Wardship: Restrictions on Publication)* [1992] 1 WLR 100; *Re S (A Child)* [2003] EWCA Civ 963; *R (Axon) v. Secretary of State for Health and the Family Planning Association* [2006] EWCA37 (Admin), [2006] 2 FLR 206; *Mabon v. Mabon* [2005] EWCA Civ 634, [2005] 2 FLR 1011.

¹³⁵² *Re Angela Roddy, préc.*, § 56: « *Angela, in my judgment, is of an age, and has sufficient understanding and maturity, to decide for herself whether that which is private, personal and intimate should remain private or whether it should be shared with the whole world.* »

¹³⁵³ *Ibid.*, § 37: « *A child is, of course, as much entitled to the protection of the Convention – and specifically of Articles 8 and 10 – as anyone else. But, as Mr Arnot correctly pointed out, the personal autonomy guaranteed by Article 8 (and, I would add, by Article 10) is necessarily somewhat qualified in the case of a child. For, depending on the circumstances, decision-making power may rest not with the child but with the child's parents or even with the court. I must return to this topic in due course. For the moment I observe only that there may well be cases where a child wishes to go to the media – wishes, in other words, to avail himself of what he asserts are his Article 10 and Article 8 rights to make public that which would otherwise be private – whilst his parents, or the court, may think that his interests are better served by asserting his right under Article 8 to keep such matters private.* »

en deux temps à la question quand les enfants devraient-ils être autorisés à exercer ses droits indépendamment, ou autrement dit quand les enfants sont-ils considérés aptes à exercer le droit à l'autodétermination. Premièrement, il est d'avis que cela dépend de la capacité de l'enfant à apprécier l'autonomie, qui est déterminée *via* le test de compétences Gillick¹³⁵⁴. Deuxièmement, cela dépend de la volonté du juge de réfléchir en tant que « parent judiciaire raisonnable »¹³⁵⁵ et de défendre le droit de l'enfant à ses propres choix¹³⁵⁶. Par ces réponses, selon Jane Fortin, le juge renforce la notion d'autonomie de l'enfant. De surcroît, le respect du test Gillick proposé par le juge « traduit clairement le concept de *common law* de la compétence juridique de l'enfant en termes conventionnels »¹³⁵⁷. La position de la Convention, si elle s'accorde avec l'approche de *common law* sur le droit des parents de prendre des décisions au nom de leurs enfants Gillick incompétents¹³⁵⁸, est toutefois différente quant à la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination de l'enfant en vertu de l'article 8.

2. La divergence des approches conventionnelle et *common law*

Effectivement, l'adoption par la Cour de l'approche *common law* représenterait, sans aucun doute, une reconnaissance explicite de l'autonomie de l'enfant via l'article 8 CEDH. Pour l'instant, la Cour n'est pas prête à renoncer à la balance des droits parents-enfant, même si le mineur s'avère être Gillick compétent et conformément à l'approche de *common law*, aurait pu prendre des décisions indépendamment de l'opinion des parents. La position de la Convention peut, dans certains cas, se rapprocher de celle établie par la *common law*. Un exemple éloquent d'une reconnaissance expresse du droit à la vie privée de l'adolescent se retrouve dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni*¹³⁵⁹. La Cour défend notamment le respect de la vie privée sexuelle des adolescents. En l'espèce, le requérant, un ressortissant britannique de 17 ans, en entretenant une relation homosexuelle dès l'âge de 16 ans était passible d'une condamnation pénale. En effet, la loi sur les délits sexuels de l'époque prévoyait un âge du consentement pour les relations homosexuelles masculines qui était de 21 ans, alors que l'âge du consentement pour les femmes était de seize ans. Même si par la suite cette affaire a été rayée du rôle, car un amendement à la loi sur les délits sexuels a été adopté¹³⁶⁰, la Commission a eu l'occasion de conclure dans un

¹³⁵⁴ *Ibid.*, § 50.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, § 52.

¹³⁵⁶ FORTIN J., *op. cit.*, p. 97.

¹³⁵⁷ *Ibid.*, p. 98.

¹³⁵⁸ CourEDH, *Nielsen c. Danemark*, 28 novembre 1988 ; CourEDH, *Glass c. Royaume-Uni*, 9 mars 2004, § 70.

¹³⁵⁹ CourEDH, *Sutherland c. Royaume-Uni*, 27 mars 2001.

¹³⁶⁰ La loi de 2000 portant amendement à la loi sur les délits sexuels qui prévoit le même âge de consentement pour les deux sexes ; CourEDH, *Sutherland c. Royaume-Uni*, préc., § 15.

rapport « *que le requérant était victime d'une violation de l'article 8 de la Convention combiné avec l'article 14* »¹³⁶¹.

En principe, la Convention est clairement en mesure de fournir aux enfants une protection supplémentaire contre les tentatives de restreindre leur droit à la vie privée. L'un des premiers pas les plus simples à adopter serait d'inclure dans sa jurisprudence sur le droit à la vie privée des enfants, la référence à l'article 16 de la CDE, afin de renforcer la prise en compte individuel de ce droit par rapport à l'enfant. Deuxièmement, la Cour aurait dû mettre un accent plus fort sur l'autonomie participative de l'enfant, en l'occurrence les articles 12 et 13 de la CDE.

La CourEDH affirme que la notion d'autonomie personnelle est un principe important qui sous-tend l'interprétation de l'article 8 et a également une pertinence évidente pour les adolescents, en particulier dans le contexte des traitements médicaux non désirés. En l'occurrence, dans l'affaire *Glass c. Royaume-Uni*, la Cour estime que la décision d'imposer un traitement à David malgré les protestations de sa mère s'analyse en une atteinte au droit du premier au respect de sa vie privée, et plus particulièrement à son droit à l'intégrité physique¹³⁶². En l'espèce, la mère d'un enfant gravement handicapé qui était, *inter alia*, son représentant légal s'est opposé, dans l'intérêt de son enfant, à l'administration de la diamorphine. Les médecins ont outrepassé l'objection de la mère et ce fait a été qualifié par la Cour de violation de l'article 8 de la Convention. De surcroît, l'ignorance du consentement des requérants, en l'occurrence de la mère, pour l'insertion d'un ordre de non-réanimation dans le dossier de l'enfant, même si dépourvue d'analyse par la Cour¹³⁶³, représente une violation flagrante de l'autonomie de l'enfant.

B. La promesse conventionnelle d'une future reconnaissance de l'autonomie de l'enfant *via* l'article 8 de la CEDH

L'évolution de la jurisprudence strasbourgeoise témoigne d'une éventuelle prise en compte de l'autonomie de l'enfant sous le prisme de l'article 8 de la CEDH. Cette interprétation s'inscrit dans la volonté de la Cour d'alléger le concept d'exception d'ordre public par rapport à l'enfant (1) et de renforcer l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (2).

¹³⁶¹ CourEDH, *Sutherland c. Royaume-Uni*, préc., § 14.

¹³⁶² CourEDH, *Glass c. Royaume-Uni*, préc., § 83.

¹³⁶³ *Ibid.*, v. l'opinion séparée de M. le juge CASADEVALL.

1. L'allègement de l'exception d'ordre public

Si le critère de l'ordre public est généralement admis en tant que justification d'une limite de droit prévu par la CEDH, il a toutefois tendance à s'affaiblir dans le contexte de l'accès aux origines de l'enfant né sous X (a), ainsi que par rapport au concept de « débat d'ordre général » (b).

a) L'aménagement du droit absolu de la mère dans les accouchements sous X

Le droit à l'identité est un élément important du droit à l'autonomie et au développement de l'enfant ou de l'adulte, affirmé par le droit international¹³⁶⁴. Le droit de connaître ses origines en fait partie. C'est un « droit nouveau ¹³⁶⁵», reconnu à l'enfant avec l'adoption de la CDE et l'acquisition par l'enfant de la personnalité juridique. Il permet à l'enfant d'accéder à ses origines personnelles, à son histoire et celle de ses prédécesseurs. En effet, l'intégrité psychologique de l'enfant, élément de sa vie privée, comprend le besoin de l'enfant de connaître ses origines biologiques.

La décision *Gaskin c. Royaume-Uni* indique que les revendications des enfants à recevoir toute information disponible sur leurs antécédents familiaux peuvent être étayées par l'article 8¹³⁶⁶. En l'espèce, la Cour européenne a convenu que le conseil municipal de Liverpool avait porté atteinte aux droits du requérant au titre de l'article 8 en lui refusant l'accès au dossier complet des documents relatifs à son enfance.

Cette jurisprudence, particulièrement importante pour les enfants pris en charge par autorités locales, a depuis longtemps fait une exception dans le cas des accouchements sous X. Dans sa décision *Odièvre c. France*¹³⁶⁷, la Cour estime que le droit à l'anonymat de la mère s'analyse comme un élément de sa vie privée et que l'accouchement sous X n'est pas contraire au droit à la vie privée du requérant. Cette décision a été confirmée par l'arrêt *Kearns c. France*¹³⁶⁸, mais qui insiste davantage sur le fait que la mère bénéficie d'un délai de rétractation de deux mois, qui lui offre l'opportunité d'apprécier les conséquences de sa décision.

¹³⁶⁴ BUCHER A., « Intégration sociale et culturelle de la famille », *Recueil des cours N° 283/Collected Courses*, vol. 283, p. 98.

¹³⁶⁵ OHCHR, *Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme : présentés en application de six instruments internationaux de base relatifs aux droits de l'Homme*, CORE/OHCHR/82, 1997, p. 430.

¹³⁶⁶ CourEDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, préc.

¹³⁶⁷ CourEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003.

¹³⁶⁸ CourEDH, *Kearns c. France*, 10 janvier 2008.

Beaucoup de pays européens ont, en effet, refusé l'accouchement sous X au nom du droit d'accès aux origines¹³⁶⁹. En France, en revanche, le Conseil constitutionnel, dans une décision QPC du 16 mai 2012 *Mathieu E.*¹³⁷⁰, constate que le droit d'accès aux origines n'a pas d'existence juridique. L'argument du Conseil constitutionnel s'appuie sur l'objectif de valeur constitutionnelle de l'accouchement sous X. En voulant « éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants »¹³⁷¹, le législateur répond en effet à une préoccupation de santé publique.

L'accès aux origines est toutefois possible à condition que la mère donne son accord. Dans sa décision *Godelli c. Italie* du 18 mars 2013¹³⁷², la Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne le système juridique italien qui ne prévoit aucune possibilité d'accès aux origines, même avec l'accord de la mère. En France, l'institution chargée de recueillir le consentement de la mère est le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), créé par la loi du 22 janvier 2002. Cette autorité indépendante reçoit les demandes d'accès aux origines formulées par les enfants nés sous X. Elle prend alors contact avec la mère biologique, et lui demande si elle souhaite que son identité soit communiquée à l'enfant. Même si l'accès aux origines en France n'est pas encore un droit, on trouve qu'il existe une volonté de trouver juridiquement un équilibre entre le droit des enfants nés « sous X » et celui des femmes contraintes d'accoucher dans de telles conditions.

b) La relativité du « débat d'intérêt général » par rapport à l'enfant

Le droit au respect de la vie privée de toute personne, y compris de l'enfant, est susceptible de céder devant la nécessité du « débat d'intérêt général ». Il s'agit, en effet, de la prééminence du droit à la liberté d'expression des médias dans la balance contre le droit au respect de la vie privée de la personne. Cette atteinte au droit est justifiée par un intérêt d'ordre public, à savoir l'intérêt du public d'être informé sur la vie d'une personne avec notoriété¹³⁷³. Ainsi, dans sa décision *Von Hannover c. Allemagne* (n°2), la Cour européenne a considéré que les photos de la famille princière de Monaco aux sports d'hiver, en compagnie d'un prince âgé et très affaibli,

¹³⁶⁹ LETTERON R., « Droit aux origines et accouchement sous X », 21 décembre 2011, sur <http://libertescherries.blogspot.com>

¹³⁷⁰ CC, Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012.

¹³⁷¹ *Ibid.*, § 6.

¹³⁷² CourEDH, *Godelli c. Italie*, préc.

¹³⁷³ CourEDH, *Minelli c. Suisse*, 14 juin 2005 ; CourEDH, *Von Hannover c. Allemagne* n°2 [GC], 7 février 2012 ; CourEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], 7 février 2012 ; CourEDH, *Lillo-Stenberg et Saether c. Norvège*, 14 janvier 2014 ; CourEDH, *Mosley c. Royaume-Uni*, 10 mai 2011.

constituaient une « *contribution à un débat d'intérêt général* »¹³⁷⁴, dès lors que les lecteurs se posaient des questions sur l'état de santé du prince. Aussi bien, dans l'affaire *Axel Springer*, elle considère que le récit et les photos de l'arrestation d'un acteur célèbre présentent un « *certain intérêt général* », dès lors qu'il s'agit de rendre compte d'une affaire judiciaire déjà rapportée par le bureau du procureur¹³⁷⁵. Avec ceci, la Cour conteste toutefois la prééminence absolue du droit à la liberté d'expression dans sa mise en équilibre avec le droit à la vie privée. Elle a soutenu, dans l'affaire *Von Hannover c. Allemagne*, chose confirmée dans des affaires postérieures¹³⁷⁶, que « *toute personne, même connue du grand public, doit être en mesure de jouir d'une " espérance légitime " de protection et de respect de sa vie privée* »¹³⁷⁷.

L'application du même principe par rapport aux enfants est plus nuancée. Il existe des prémisses de supposer que le même raisonnement puisse être envisagé concernant un enfant-personne publique ou personnage de l'actualité, « *qualités qui, dans certaines circonstances, peuvent justifier, à des fins d'intérêt général, la captation de l'image d'un individu sans son consentement et à son insu* »¹³⁷⁸. Jusqu'à présent, la Cour n'a pas eu affaire à un tel cas, en revanche elle a dû s'exposer sur des situations où les enfants devaient subir la notoriété du lien familial.

La position de la Cour sur la légitimité d'ingérence dans la vie privée de l'enfant du fait de la notoriété de ses parents est très critiquable, car elle ignore le droit individuel de l'enfant au respect de sa vie privée. Dans l'affaire *Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH c. Autriche* (n°2), la Cour soutient : « *given that neither Christian himself nor his parents were public figures or had previously entered the public sphere, it cannot be considered that the disclosure of his identity was essential for understanding the particulars of the case* »¹³⁷⁹. Plus tard, dans l'affaire *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, la Cour ne reprend pas cette formulation, même si « *l'article n'avait pas pour seul objet la vie privée du Prince, mais portait également sur celle de M^{me} Coste et de son fils* »¹³⁸⁰. Il est regrettable que la Cour en adoptant une décision favorable pour les requérants, n'ait pas fait une analyse de l'impact d'une telle publication sur le droit à la vie privée de l'enfant. Toutefois, dans son jugement, elle fait

¹³⁷⁴ CourEDH, *Von Hannover c. Allemagne n°2 [GC], préc.*, § 118.

¹³⁷⁵ CourEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne [GC], préc.*, § 96.

¹³⁷⁶ CourEDH, *Mgn Limitec c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2011 ; CourEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France [GC]*, 10 novembre 2015 ; CourEDH, *Egeland et Hanseid c. Norvège*, 16 avril 2009.

¹³⁷⁷ CourEDH, *Von Hannover c. Allemagne n°2 [GC], préc.*, § 69.

¹³⁷⁸ CourEDH, *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche*, 26 février 2002, § 37.

¹³⁷⁹ CourEDH, *Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH c. Autriche (no. 2), préc.*, § 57.

¹³⁸⁰ CourEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France [GC], préc.*, § 127.

comprendre que la légitimité de la publication d'une telle photo est déterminée par le consentement de la mère de l'enfant, qui est l'unique titulaire de l'autorité parentale¹³⁸¹. De même, la Cour relève l'intérêt individuel de l'enfant dans cette publication, à savoir l'établissement du lien de filiation paternelle.

Un arrêt récent de la Cour, *Kahn c. Allemagne*¹³⁸², qui traite de la vie privée des filles d'un footballeur célèbre, est très important pour la confirmation d'un droit personnel au respect de la vie privée de l'enfant. Il s'agit, en effet, d'une première affaire où les requérants mineurs ont attaqué l'État pour manque d'obligations positives de protéger leur vie privée contre les ingérences des tiers. Cette affaire est importante pour l'argumentation de l'autonomie de l'enfant. Tout d'abord, les requérants mineurs font preuve de leur autonomie participative procédurale, tant sur le plan national que sur le plan international. Deuxièmement, leur droit individuel à la vie privée est reconnu et protégé par les tribunaux nationaux qui disposent une interdiction de publication générale de leurs photos. Troisièmement, la disposition pertinente de la loi fondamentale allemande sur laquelle est fondé le droit des requérants est très éloquent, car elle reconnaît « *le droit de chacun au libre épanouissement de sa personnalité* »¹³⁸³.

2. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant sous sa forme autonomisante

L'application évolutive du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par la Cour EDH reflète une appréhension de l'autonomie de l'enfant dans sa forme développementale. Ce constat se traduit par les réflexions de la Cour sur le développement futur de l'enfant **(a)** et sa meilleure intégration dans la société **(b)**.

a) Le souci du développement futur de l'enfant

Dans l'affaire *Reklos et Davourlis c. Grèce*¹³⁸⁴ la Cour surprend en plusieurs temps. Tout d'abord, non seulement elle reconnaît un véritable droit à la vie privée de l'enfant, dans le sens de son indépendance et de son individualité par rapport aux droits des parents, mais aussi fait implicitement le lien entre la vie privée de l'enfant et son développement personnel, voire son autonomie future.

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² CourEDH, *Kahn c. Allemagne*, préc.

¹³⁸³ Art. 2§1 Loi fondamentale (Grundgesetz) : « *Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale* ».

¹³⁸⁴ CourEDH, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, préc.

En effet, en l'espèce, la Cour constate la violation de l'article 8 de la Convention, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée de l'enfant. Nous ne pouvons pas ignorer que la Cour, dans cette affaire qui concerne exclusivement le droit à la vie privée d'un enfant, fait appel à des principes généraux qu'elle a auparavant appliqués aux adultes. Notamment, elle rappelle que la notion de vie privée « *inclut également le droit à l'identité et le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement de la personnalité ou sous l'aspect de l'autonomie individuelle, notion qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »¹³⁸⁵.

La Cour conteste la conditionnalité de l'existence d'un droit à la vie privée par la capacité de l'enfant. Même si elle se déclare ne pas savoir « *répondre à la question générale, posée par les requérants, de savoir si la reconnaissance d'une atteinte éventuelle au droit à l'image d'un individu présuppose que celui-ci en ait conscience* »¹³⁸⁶, la Cour de Strasbourg établit que le droit à la vie privée de l'enfant n'a pas été suffisamment garanti par les juridictions helléniques à défaut du consentement des parents à la réalisation des photos de leurs enfants et par la suite à leur conservation¹³⁸⁷. Cela dit, le droit à l'image de l'enfant qui n'a pas la capacité d'exprimer son consentement est géré par ses parents qui doivent, comme on l'a vu, agir dans son intérêt supérieur. En effet, le souci de la Cour pour le développement harmonieux de l'enfant et l'intangibilité de son autonomie future s'exprime dans la qualification de l'acte de captation des images de l'enfant par le photographe qui « *risque de faire l'objet d'une exploitation ultérieure, contraire à la volonté de l'intéressé et/ou des parents* »¹³⁸⁸.

Dans une affaire récente, *Bogomolova c. Russie*¹³⁸⁹, la Cour a eu l'occasion de condamner l'effet négatif d'une telle exploitation de l'image de l'enfant. En l'espèce, la requérante allègue que la publication sans autorisation de la photo de son fils sur la page de couverture d'une brochure sociale éditée par les autorités locales porte atteinte à sa vie privée et à la vie privée de son fils. Bien que la Cour soit très laconique dans l'analyse de cette affaire, en l'occurrence par rapport à l'ingérence dans la vie privée de l'enfant, elle reconnaît à l'unanimité la violation par l'État russe du droit à la vie privée et familiale de la requérante et de son fils¹³⁹⁰. Dans son analyse, la Cour prête une attention accrue à l'impact d'une telle publication sur la réputation

¹³⁸⁵ CourEDH, *Reklos et Davourlis c. Grèce, préc.*, § 39.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, § 34.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, § 43.

¹³⁸⁸ CourEDH, *Reklos et Davourlis c. Grèce, préc.*, § 42.

¹³⁸⁹ CourEDH, *Bogomolova c. Russie, préc.*

¹³⁹⁰ *Ibid.*, § 66.

et l'honneur de l'enfant, ainsi que sur la perception générale de la famille par la société. Elle relève que « *la publication d'une photographie qui, du moins par déduction, permet de penser que le fils de la requérante était un orphelin. En conséquence, la publication litigieuse aurait pu donner à ses lecteurs la fausse impression que le fils de la requérante n'avait pas de parents ou que ses parents l'avaient abandonné. Toute impression fautive ou similaire pourrait nuire à la perception qu'a le public du lien familial et des relations entre la requérante et son fils.* »¹³⁹¹

Cette décision confirme le besoin de protection de la dignité de l'enfant et de son autonomie future. Dans ce cas de figure, l'auteur de la violation de l'autonomie de l'enfant est l'État. Le parent agit, ainsi, dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

b) Le souci pour l'intégration future de l'enfant dans la société

Dans les affaires sur la gestation pour autrui (GPA)¹³⁹², la CourEDH ne met pas en cause son interdiction dans les États concernés. En revanche, la Cour sollicite la reconnaissance des enfants nés de la GPA dans le droit du pays qui le conteste. Dans ce sens, le juge strasbourgeois distingue le droit des parents au respect de leur vie familiale et le droit des enfants au respect de leur vie privée. Dans toutes ses affaires, la Cour écarte la violation alléguée du droit des requérants au respect de leur vie familiale et retient une violation du droit des enfants au respect de leur vie privée, qui leur est garanti par l'article 8 de la Convention. Toutefois, la Cour ne s'apprête pas à définir le droit à la vie privée de l'enfant et s'appuie surtout sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui, par rapport aux affaires contre la France, est celui d'avoir un état civil français, élément de leur identité. Dans les décisions du 26 juin 2014 *Mennesson c. France*¹³⁹³ et *Labasse c. France*¹³⁹⁴, et plus tard *Foulon et Bouvet c. France*¹³⁹⁵, la Cour invoque l'article 3 de la CDE qui affirme que l'intérêt supérieur de l'enfant doit guider toutes les décisions le concernant¹³⁹⁶. En revanche, le Conseil d'État dans sa réponse à l'Association des juristes pour l'enfance met l'accent sur le droit à la vie privé individuel de l'enfant, en reliant

¹³⁹¹ *Ibid.*, §57.

¹³⁹² GPA – « *C'est une forme d'assistance médicale à la procréation qui consiste en l'implantation dans l'utérus de la mère porteuse d'un embryon issu d'une fécondation in vitro (FIV) ou d'une insémination. Selon les techniques utilisées, soit les membres du couple sont les parents génétiques de l'enfant, soit le couple d'intention n'a qu'un lien génétique partiel avec l'enfant, soit le couple d'intention n'a aucun lien génétique avec l'enfant.* » V. <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18636-gestation-pour-autrui-queles-sont-les-evolutions-du-droit> (25.09.2019)

¹³⁹³ CourEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014.

¹³⁹⁴ CourEDH, *Labasse c. France*, 26 juin 2014.

¹³⁹⁵ CourEDH, *Foulon et Bouvet c. France*, 21 juillet 2016.

¹³⁹⁶ V. également CourEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015. Sur ce sujet voir LAMBERT-GARREL L., « L'intérêt de l'enfant l'emporte à nouveau sur la prohibition de la GPA devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue droit & santé* n°65, pp. 422-424.

ce discours à la qualité de sujet de droit de l'enfant : « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, (...), conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit* »¹³⁹⁷.

En réalité, dans ces décisions la CourEDH conclue à l'incompatibilité de la loi française interdisant la reconnaissance juridique de la relation parent-enfant entre l'enfant né d'une mère porteuse et les parents français avec les droits de l'enfant à la vie privée, tels que protégés par l'article 8 de la CEDH. Selon le juge, l'insécurité juridique ainsi créée par l'incapacité de la loi à reconnaître de telles relations entre parents et enfants la rend incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant. La France outrepassa, selon la Cour, la marge d'appréciation acceptable et enfreint l'article 8 de la CEDH en empêchant la reconnaissance et l'instauration d'un lien juridique entre l'enfant et le parent biologique, car selon l'article 18 du Code civil « *est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* ». Bien qu'aucune modification de la loi n'ait pas été faite¹³⁹⁸ dans ce sens, la jurisprudence de Strasbourg a conduit à la révision de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la transcription de l'acte de naissance étranger et la reconnaissance de la filiation pour la mère d'intention. À sa demande, d'ailleurs, la CourEDH renforce l'importance de l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une GPA dans son premier avis consultatif¹³⁹⁹ où elle réaffirme que « *le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale »* »¹⁴⁰⁰, qu' « *il est dans l'intérêt de l'enfant qui est dans cette situation que la durée de l'incertitude dans laquelle il se trouve quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention soit aussi brève que possible* »¹⁴⁰¹ et que à cette fin « *selon les*

¹³⁹⁷ CE, *Association des juristes catholiques pour l'enfance et autres*, req. n°365779, 12 décembre 2014 ; LLC 13 décembre 2014.

¹³⁹⁸ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. V. également Conseil d'État, section du rapport et des études, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018.

¹³⁹⁹ CourEDH [GC], Avis Consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, Demande n° P16-2018-001. Compétence de la Cour reconnue par le Protocole additionnel n°16, entré en vigueur le 1^{er} août 2018. Sur ce sujet voir MARGUENAUD J.-P., « Le renforcement de l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA », *RTD Civ.* 2019, p. 286.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, § 46.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, § 49.

circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger »¹⁴⁰². Sous la pression de la CourEDH, la jurisprudence française a évolué vers autoriser finalement la transcription de l'acte de naissance étranger¹⁴⁰³ et la reconnaissance de la mère d'intention d'un enfant né à l'étranger par gestation¹⁴⁰⁴, indifféremment des réalités biologiques.

En guise de conclusion, c'est important de relever l'approche *child-centred* de la CourEDH, spécialement dans ces affaires de la GPA, qui reste fidèle aux principes de la CDE. En l'occurrence, la Cour raisonne en termes des droits de l'enfant, indifféremment de la technique de sa naissance. Car tous les enfants sont égaux devant la loi, tous les enfants ont droit à une famille, tous les enfants ont droit à une identité.

Conclusion du Chapitre II

Le droit à la vie privée de l'enfant peut être défendu indépendamment du droit à l'autonomie, en tant que son dérivé ou bien en tant que son équivalent¹⁴⁰⁵. Ce chapitre témoigne d'un rapprochement clair des deux concepts. Ce fait est déterminé, en grande partie, par une déficience de conceptualisation des deux notions en droit international¹⁴⁰⁶.

Ainsi, on arrive à la conclusion que la protection de la vie privée de l'enfant est rattachée à la notion d'autonomie de l'enfant. Les deux arguments invoqués dans ce chapitre sont, en premier, la reconnaissance internationale d'un droit à la vie privée de l'enfant qui, de par sa nature, exige l'existence d'une autonomie pour l'enfant. Deuxièmement, en tenant compte de la jurisprudence de la CourEDH, qui a développé le droit de respecter la vie privée dans un « *droit réel à l'autonomie personnelle* »¹⁴⁰⁷ de l'adulte, il existe les prémisses d'une telle évolution aussi bien par rapport à l'enfant. Cette logique est tout à fait viable, car les enfants sont eux aussi des titulaires de l'article 8 de la CEDH. Même si pour l'instant le raisonnement de la Cour

¹⁴⁰² *Ibid.*, § 53.

¹⁴⁰³ Cour de cassation, *Gestation pour autrui (GPA) réalisée à l'étranger, transcription d'acte de naissance et adoption simple*, arrêts du 5 juillet 2017.

¹⁴⁰⁴ Cour de cassation, Assemblée plénière, 4 octobre 2019, 10-19.053.

¹⁴⁰⁵ ACHARD D., *op. cit.*, p. 168.

¹⁴⁰⁶ SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., *préc.*, p. 777 ; HUGUES K., *préc.*, p. 456.

¹⁴⁰⁷ MARSHALL J., « Chapter 5. The ECtHR's Development of Respect for Private Life Into a Real Right to Personal Autonomy » in *Personal Freedom through Human Rights Law?*, Brill, Nijhoff, 2008, p. 69.

est fondé plutôt sur une approche paternaliste, cependant en sachant « *l'habitude de la CourEDH d'interpréter les droits de manière progressive et évolutive* »¹⁴⁰⁸, il y a des signes d'un changement futur au profit d'un véritable droit à la vie privée de l'enfant.

Conclusion du Titre II

Ce titre propose une conceptualisation objectiviste de l'autonomie de l'enfant. Nous avons choisi de l'appeler autonomie développementale, afin de la rallier, à l'instar de l'autonomie participative, au principe qui lui sert de vecteur. En partant de ce même raisonnement, nous l'avons conjugué en termes de droit à l'éducation et du droit à la vie privée. En effet, nous sommes arrivés à la conclusion qu'un enfant *épanoui* est celui qui est *capable* de prendre des décisions en se basant sur ses *acquis et connaissances*.

Ce chapitre illustre à la fois l'éloignement et le rapprochement du concept d'autonomie de l'enfant de celui de l'adulte. D'abord, l'autonomie de l'enfant s'identifie par sa différence. Par rapport au concept général, celui-ci est composé de deux sous-formes : l'autonomie *présente* ou *réelle* et l'autonomie *future* ou *potentielle*. Ensuite, l'autonomie de l'enfant est susceptible d'atteindre le niveau de l'autodétermination adulte à condition que sa décision ne perturbe pas l'intégrité de son autonomie potentielle. Cette complexité de la notion la rend toutefois abstraite, car il revient au juge d'apprécier au cas par cas si l'enfant est ou non capable de prendre des décisions indépendamment de l'avis de ses parents.

¹⁴⁰⁸ GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'Homme*, SIREY, 2016.

Conclusion de la PARTIE I

Dans cette première partie de la thèse, nous avons proposé une distinction de deux types d'autonomie de l'enfant : participative et développementale. Les deux formes sont volontairement ou objectivement confortées par les dispositions internationales relatives aux droits de l'enfant. Nous avons également essayé de relever la complexité du concept d'autonomie de l'enfant qui réside notamment dans l'interdépendance de ces droits. Sur le plan pratique, leur mise en oeuvre a certes valorisé la prise en compte du concept d'autonomie de l'enfant, sans pourtant le reconnaître en tant que principe général de droit. L'analyse de la deuxième partie qui montre un bouleversement des ordres juridiques nationaux, mais aussi des dispositions internationales, semble convaincre de la nécessité de sa reconnaissance expresse.

PARTIE II. La nécessaire reconstruction du droit international par l'autonomie de l'enfant

*« Any study of rights needs to examine their relationship to morality and religion – that is, to the conditions that make human society possible ».*¹⁴⁰⁹

Dans la première partie de la thèse, nous avons essayé de relever les contours du concept de l'autonomie de l'enfant en droit international. Il s'agit, en réalité, d'une vision statique et globale de l'autonomie de l'enfant. Nous nous proposons par la suite d'étudier son impact pratique et sa reconfiguration au sein de la famille, par rapport à la culture et dans la société. En effet, l'importance attachée à la participation et au choix dépasse l'analyse juridique, elle devient également une préoccupation centrale de l'analyse culturelle et sociétale¹⁴¹⁰. Donc, on va tenter d'argumenter la nature dynamique et locale de l'autonomie de l'enfant, fondée sur une théorie normative entre droit et morale¹⁴¹¹. Selon cette théorie, le droit représente une traduction instable des idées existant dans la société, basées sur des expériences vécues. *« Il en résulte que les droits des enfants ne sont pas simplement le produit de délibérations fixées dans la législation internationale, mais que nombre des idées qui les sous-tendent existent déjà avant d'être traduites en principes juridiques. Les enfants, leurs parents et leurs communautés continuent à élaborer ces conceptions des droits dans la mesure où ils abordent activement les problèmes auxquels ils sont confrontés dans les contextes dans lesquels ils vivent et dans lesquels ils créent les conditions nécessaires à la mise en place d'un terrain d'action commun »*¹⁴¹². Ces transformations dans la société, dans la famille et dans la communauté auxquelles renvoie Karl Hanson nous obligent donc à questionner le cadre juridique théorique

¹⁴⁰⁹ TURNER B. S., *Vulnerability and human rights*, Essays on Human Rights, 2006, p. 1.

¹⁴¹⁰ HANSON K., NIEUWENHUYS O., « Living rights, social justice, translations » in Hanson K., Nieuwenhuys O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice, Translations*, Cambridge University Press, 2013, p. 21.

¹⁴¹¹ LACROIX A., LALONDE L., LEGAULT G. A., « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », 33 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2002, p. 8.

¹⁴¹² HANSON K., NIEUWENHUYS O., *préc.*, p. 3: « Law always represents an unstable translation of ideas of right and wrong that exist in the real world and are based on lived experiences. From this it follows that children's right are not merely the product of deliberations that are fixed in international legislation but that many of their underlying ideas already exist before they are translated into legal principles. Children, their parents and their communities continue to craft these conceptions of rights as they actively engage with the issues that confront them in the contexts in which they live and in which they establish the conditions for developing common grounds for action ».

sur l'autonomie de l'enfant et à nous interroger sur l'opportunité d'une révision du droit international existant.

Ainsi, notre étude va se construire sur deux axes de raisonnement : l'une qui observe la mise en œuvre du concept conventionnel d'autonomie de l'enfant dans la pratique locale et la deuxième qui examine l'influence du concept domestique d'autonomie de l'enfant sur le droit international¹⁴¹³. En effet, concernant la dernière, « *la doctrine ne s'attarde pas lorsqu'il est question de l'influence exercée par les droits nationaux sur le droit international* »¹⁴¹⁴. Frédérique Coulée, en analysant spécifiquement l'influence française sur le droit international, distingue une conception positive d'une telle influence qui pourrait être attribuée à n'importe quel État et qui « *reviendrait à la considérer comme établie lorsque la France parvient à imposer ses choix, lorsqu'elle emporte la conviction des autres États lors d'une négociation, lorsqu'une institution, un organe, une procédure nationale est exporté en l'état du droit français vers le droit international* »¹⁴¹⁵. Plus concrètement, dans le domaine des droits de l'enfant, l'influence nationale des évolutions du concept d'autonomie de l'enfant doit être appréhendée dans le contexte de la politique de suivi et des rapports auprès du Comité des droits de l'enfant, *via* les juges nationaux auprès des juridictions internationales et les représentants nationaux auprès des organisations internationales qui sont susceptibles de transmettre l'appréhension nationale du concept, *via* la participation des enfants de différents pays dans les travaux de l'ONU, etc. En effet, cette influence des règles internes sur le plan international, « *projection inévitablement déformante, peut inspirer les rédacteurs d'une Convention internationale* »¹⁴¹⁶.

Ainsi, on comprend que le concept d'autonomie de l'enfant est le résultat d'un processus d'« *aller-retour* »¹⁴¹⁷ entre les systèmes national et international. D'abord, il s'agit de

¹⁴¹³ MERRY S.E., *Human rights and gender violence: Translating international Law into local justice*, University of Chicago Press, 2006.

¹⁴¹⁴ COULEE F., « L'influence française sur le droit international », in *Droit international et la diversité des cultures juridiques, International law and diversity of legal cultures, Journée franco-allemande - Contributions en français et en anglais*, Société Française pour le Droit International - S.F.D.I., 2008, pp. 9-10.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴¹⁶ CHEVALIER J.-Y., « L'internationalisation du droit pénal français de l'enfance par la convention internationale sur les droits de l'enfant », in *L'internationalisation du droit : mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 141. Notamment, l'auteur exprime ainsi son idée : « *Toujours est-il que le texte traite de la vie privée, notamment des relations entre parents et enfants. Il s'agit alors de déterminer son apport à notre droit interne et de mesurer l'importance de la déformation, si déformation il y a, des règles et concepts soumis à l'aller-retour de notre système national au système conventionnel ainsi élaboré.* »

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 143.

déterminer l'apport du droit international au droit interne et s'il y a « déformation »¹⁴¹⁸ du concept, de mesurer son influence sur le droit conventionnel.

Dans l'observation générale n° 5 sur les mesures d'application générales de la CDE, le Comité des droits de l'enfant a défini l'application comme « *un processus par lequel les États parties prennent des mesures pour assurer l'exercice de tous les droits consacrés par la Convention à tous les enfants relevant de leur juridiction* ». De surcroît, le Comité accentue la nature des mesures qui n'est pas uniquement législative. Il admet, en faisant référence à l'article 4 de la CDE, « tout autre » mesure qui « est nécessaire »¹⁴¹⁹ et vise « *à promouvoir la pleine jouissance par tous les enfants de tous les droits énoncés dans la Convention, au moyen de la législation, par la mise en place d'organes de coordination et de surveillance, la collecte de données, la sensibilisation et la formation, et la conception et la mise en œuvre des politiques et des programmes requis.* »¹⁴²⁰ Mieux encore, la CDE admet et ne s'oppose pas à l'existence « *des dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer dans la législation d'un État partie ou dans le droit international en vigueur pour cet État* »¹⁴²¹.

Cependant, l'examen des rapports des États parties relève une diversité de visions sur la mise en œuvre de la Convention, en particulier des droits participatifs de l'enfant. Pour certains États, les droits participatifs de l'enfant sont problématiques, les autres États les étendent jusqu'au droit à l'autodétermination de l'enfant. Cette situation est déterminée par l'attitude des adultes et de la société envers les droits de l'enfant (**Chapitre III**). Il est vrai que traditionnellement, l'institution de la famille était perçue comme opposé à la libération de l'enfant. D'abord, à l'extérieur de la famille, il y avait la réticence des gens envers l'émancipation de l'enfant qui mènerait, d'après eux, à la fragilisation de l'autonomie de la famille. Ensuite, et avant tout, à l'intérieur de la famille, il existait la réticence de ses membres pour la reconnaissance de l'enfant en tant qu'un membre de la famille égal aux autres (**Chapitre I**). Actuellement, il est vraiment nécessaire qu'un changement se produise dans les mentalités des gens¹⁴²² afin de parvenir à accepter la personnalité des enfants, y compris leur droit individuel à une appartenance culturelle et religieuse (**Chapitre II**).

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°5, *préc.*, § 1.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, § 9.

¹⁴²¹ Art. 41 CDE.

¹⁴²² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 76. V. aussi ZERMATTEN J., « Les Bons vœux de 2013 ou Faut-il se réjouir de 2013 pour les Droits de l'enfant ? », *IDE*, 2013.

Chapitre I. L'autonomie de l'enfant dans la famille

« L'éducation repose sur deux pieds : l'affectif et le normatif ; il faut des deux un peu ; ni trop, ni trop peu... Marcher sur un pied est difficile et ne nous mène en général pas loin »¹⁴²³

Parler de l'autonomie de l'enfant implique inévitablement d'évoquer sa famille. La Déclaration des droits de l'enfant de 1959 contient dans son texte une disposition unique, jamais réitérée par un autre instrument international. Son principe 6 affirme que *« l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. »*¹⁴²⁴ En effet, pour soutenir l'avis du juge Zermatten, l'enfant a besoin non seulement d'une reconnaissance juridique de ses droits, mais aussi de l'amour. Quand on parle de la famille et des parents, on doit prendre en compte les deux aspects.

En effet, malgré l'existence des autres acteurs potentiellement influents dans la vie de l'enfant, la famille demeure une première référence dans le développement de l'enfant. La reconnaissance de la responsabilité première de la famille envers ses enfants traverse comme un fil rouge la Convention relative aux droits de l'enfant. L'étendue de cette responsabilité n'est pas toutefois claire. La Convention de New York sur les droits de l'enfant pose certainement des défis aux États signataires et les invite à redéfinir la relation enfant-parent, sans pourtant être très explicite sur la nature de ces changements.

Il est clair que c'est dans la famille que l'enfant est censé d'apprendre à gérer son autonomie. Dans ce sens, l'acceptation ou la négation des droits de l'enfant par les parents est déterminante.

¹⁴²³ ZEMATTEN J. in Jaffé Ph. D., Levy B., Moody Z., Zermatten J. (dir.), *Enfant, Famille, État : Les droits de l'enfant en péril ?*, Actes du 6e Colloque printanier de l'Institut universitaire Kurt Bösch et de l'Institut international des Droits de l'Enfant 22 et 23 mai 2014, p. 24.

¹⁴²⁴ Le Préambule de la CDE contient une affirmation semblable : *« 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 »*. De même, V. UNHCR, *Les principes directeurs sur la protection et la prise en charge des enfants réfugiés*, Genève, 1994 (Refugee Children: Guidelines on Protection and Care) qui met l'accent sur le lien affectif dans la famille : *« The most appropriate form of placement must be determined for each unaccompanied child. The age, personality, needs and preference of the child must be considered. For some children, family care will be most desirable. For other children, group care may be more appropriate. The most important criterion is that children are provided care that is age-appropriate, loving and nurturing, by continuous care-givers. »*

Les parents décident souvent que les droits des enfants doivent être exercés, étendus ou limités. Ils doivent trouver un équilibre entre la protection de leurs enfants et le développement de leur sens de l'autonomie. Aujourd'hui, il est impossible de séparer la compréhension de l'autonomie de l'enfant de la responsabilité parentale¹⁴²⁵.

Ce chapitre sera également un terrain de réflexion sur le rôle des autorités dans la protection de l'autonomie de l'enfant en famille. Il sera question d'évoquer le dilemme de l'État qui ne peut intervenir à tout moment dans la vie familiale sans détruire l'autonomie de cette dernière ni se désintéresser de la question, car il s'agit bien d'un problème public.

La famille est un concept dynamique dont les contours sont déterminés par l'évolution sociétale¹⁴²⁶, y compris par son regard sur le statut de l'enfant. Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme oscillent entre une vision traditionaliste et une vision moderne de la famille. La CDE, qui contribue sans aucun doute à la redéfinition du concept (**Section II**), garde l'élément intemporel de la notion, à savoir l'importance de la famille pour le développement harmonieux de l'enfant (**Section I**).

Section I. L'influence de la famille traditionnelle sur la construction de l'autonomie de l'enfant

Lors du jour de discussions générales sur « Le rôle de la famille », le Comité des droits de l'enfant a souligné l'importance de la famille dans la mise en œuvre des droits civils de l'enfant en soutenant que « *depuis toujours l'enfant a été considéré comme un membre de la famille dépendant, invisible et passif. Ce n'est que récemment qu'il est devenu 'visible' et par ailleurs la tendance s'intensifie de l'écouter et de le respecter* »¹⁴²⁷. Le droit international non seulement reconnaît l'importance de la famille pour le développement de l'enfant (§1), mais aussi crée des outils juridiques afin de la conserver dans des conditions qui risquent de mettre en péril son unité (§2).

¹⁴²⁵ WADE A., « Being responsible: Good parents and children's autonomy », in Bridgeman J., *Responsibility, Law and the family*, Routledge, 2011, p. 211.

¹⁴²⁶ Sur la famille, en tant que concept dynamique, voir, par exemple, GOONESEKERE S., « Human Rights as a Foundation for Family Law Reform », *International Journal of Children's Rights* 8, 2000, pp. 83-99. Voir également le rapport du Comité des droits de l'enfant, Journée de débat général sur le rôle de la famille, CRC/C/24, 10 octobre 1994.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, CRC/C/24, § 192.

§1. L'affirmation théorique de l'importance de la famille pour l'épanouissement de l'enfant

Le droit international reconnaît la famille à la fois comme unité de base de la société et comme environnement naturel pour la croissance et le bien-être de l'enfant (A). Pour cela, selon le droit international, l'enfant ne doit pas être séparé de ses parents, sauf dans son intérêt supérieur¹⁴²⁸ et après avoir été entendu¹⁴²⁹ (B).

A. La définition de la famille en droit international

La façon dont le droit international définit la famille est très importante pour l'enfant¹⁴³⁰. Les aspects fondamentaux de la vie de l'enfant dépendront de cette définition, y compris son droit à l'autonomie. La définition de la famille en droit international est flexible et large pour être conforme aux évolutions socio-économiques et culturelles de la société (1). La conception de la vie familiale dans la jurisprudence de la CourEDH est également très dynamique afin de répondre, avant tout, à l'intérêt supérieur de l'enfant (2).

1. L'évolution de l'étendue de la famille en droit international

La famille, en tant qu'une catégorie historique¹⁴³¹, est susceptible de changer selon les tendances du temps, en l'occurrence sous la nouvelle tendance de globalisation. C'est pour cela que c'est extrêmement difficile de lui donner une définition, par rapport à sa forme et ses fonctions, qui serait viable sur long terme. Le rôle de la famille – pour l'enfant, pour la société, pour l'État, - s'avère être un élément intemporel, comme le fait de savoir s'il s'agit d'une famille nucléaire ou bien d'une famille élargie¹⁴³². C'est notamment sur ces critères que les instruments

¹⁴²⁸Art. 9.1 CDE : « Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

¹⁴²⁹*Ibid.*, al. 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 ».

¹⁴³⁰Certains États ont choisi de consacrer l'importance de la famille dans leurs Constitutions. La constitution de l'Irlande, art. 42 (1) reconnaît « la famille en tant qu'éducatrice primaire et naturelle de l'enfant » ; art. 38 Constitution russe – la famille, à côté de la maternité et de l'enfance est placée sous la protection de l'État ; Art. 48.1 Constitution de la République de Moldova : « la famille constitue l'élément naturel et fondamental de la société et a le droit d'être protégée par l'État et la société », etc.

¹⁴³¹SMYCZYNSKI T., « La définition de la famille en droit international public », in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 91.

¹⁴³²*Ibid.*, p. 92.

internationaux, de même que ceux régionaux, se sont appuyés pour définir la famille (a). Après l'adoption de la CDE, la définition de la famille est davantage axée sur l'enfant (b).

a) L'absence de définition uniforme en droit international

Le premier instrument international sur les droits de l'enfant, la Déclaration de Genève de 1924, ne fait aucune référence à la famille. La Déclaration de 1959, même si elle renvoie à la famille, ne consacre pas explicitement son importance. Sa valeur ainsi que sa portée peuvent être implicitement déduites du principe 6 qui dispose que « *la société et les pouvoirs publics ont le devoir de prendre un soin particulier des enfants sans famille* ». Cette même disposition exprime une acception restreinte de la famille, limitée aux parents de l'enfant : « *Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents* »¹⁴³³.

L'importance de la famille est plus explicitement énoncée par la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui déclare que « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* »¹⁴³⁴. Certains auteurs attirent l'attention sur une appréhension très restreinte du concept de famille dans les instruments internationaux de cette époque qui se limite à un couple marié hétérosexuel et son (ses) enfant(s)¹⁴³⁵. Ils expriment également l'avis qu'une telle définition de la famille qui répond premièrement à l'intérêt la société ne suppose pas une application des droits de l'Homme dans le cercle familial¹⁴³⁶.

En vérité, la notion de famille n'a pas le même sens dans les différentes matières juridiques. D'ici découlent les difficultés de définition qui peuvent parfois poser de graves soucis d'interprétation¹⁴³⁷. Par exemple, dans le domaine de l'immigration, l'étendue de la famille est généralement limitée à son noyau – les parents et les enfants. Toutefois, le Comité exécutif du Haut-commissariat des réfugiés ne s'apprête pas à donner une définition stable de la famille et de ses membres, en optant plutôt pour une approche « *pragmatique et flexible, tenant compte des éléments de dépendance, physique, financière et psychologique, du noyau constitué par les parents et les enfants* ». De même, une définition plus précise de la famille se trouve dans les

¹⁴³³ Principe 6, Déclaration des droits de l'enfant de 1959.

¹⁴³⁴ Art. 16§3 de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme.

¹⁴³⁵ CHARLESWORTH H., CHINKIN C., EHRICHL A., *Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester University Press, 2000, p. 232.

¹⁴³⁶ *Ibid.*

¹⁴³⁷ Un exemple représentatif c'est le consensus difficile sur l'étendue du terme famille lors de la Conférence mondiale de Beijing de 1995. Cette difficulté a mis en danger l'aboutissement même du sommet. Finalement, la famille a été définie en tant qu'« *unité fondamentale de la société qui doit en tant que telle être renforcée. Elle est en droit de recevoir une protection et un appui dans tous les domaines. La famille prend diverses formes selon les systèmes culturels, politiques et sociaux* ». Voir A/CONF.177/20/Rev.1, *Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, Beijing, 4-15 septembre 1995, § 29.

Commentaires des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949 : « *In the narrow sense, the family covers persons related by blood and living together as one Household* ». Par la suite, les commentaires interprètent d'une manière extensive la notion de famille, en concluant que « *In short, all those who consider themselves and are considered by each other, to be part of a family, and who wish to live together, are deemed to belong to that family* »¹⁴³⁸.

Pour la première fois, une définition large de la famille a été donnée par le Comité des droits de l'Homme via l'Observation générale n° 17 qui affirme que « *c'est en premier lieu à la famille, interprétée au sens large de manière à comprendre toutes les personnes qui s'y rattachent dans la société de l'État, et tout particulièrement aux parents, qu'il incombe de créer des conditions qui favorisent l'épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant et le fassent jouir des droits prévus par le Pacte* »¹⁴³⁹. Le Comité des droits de l'Homme, dans ses Observations générales 17¹⁴⁴⁰ et 19¹⁴⁴¹, explique que la souplesse de la définition est due à un manque d'appréhension unanime de la notion en droit international, une notion qui « *peut différer à certains égards d'un État à l'autre, et même d'une région à l'autre à l'intérieur d'un même État* »¹⁴⁴². En effet, selon le Comité des droits de l'Homme, l'objet de la protection visée à l'article 23 du Pacte est le groupe de personne considérée par la législation et la pratique de l'État comme une famille¹⁴⁴³. Le droit européen adopte la même logique et renvoie au droit de chaque État membre lorsqu'il s'agit de déterminer au regard de sa législation qui a la qualité de membre de la famille¹⁴⁴⁴. L'importance de la famille est en revanche souvent rappelée par le

¹⁴³⁸ Secretariat of the Inter-Governmental Consultations on Asylum, Refugee and Migration Policies in Europe, North America and Australia, *Report on Family Reunification: Overview of Policies and Practices in IGC Participating Countries*, Geneva, Switzerland, 1997, p. 357.

¹⁴³⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°17, *préc.*, § 6.

¹⁴⁴⁰ Comité des droits de l'Homme, Observation Générale n°17, Article 24 (trente-cinquième session, 1989), *Droits de l'enfant*, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1, 1994.

¹⁴⁴¹ Comité des droits de l'Homme, Observation Générale n°19, Article 23 (trente-neuvième session, 1990), *Protection de la famille*, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1, 1994.

¹⁴⁴² *Ibid.*, § 2.

¹⁴⁴³ *Ibid.* : « *lorsque la législation et la pratique d'un État considèrent un groupe de personnes comme une famille, celle-ci doit y faire l'objet de la protection visée à l'article 23. Par conséquent, les États parties devraient exposer dans leurs rapports l'interprétation ou la définition qui sont données de la notion et de l'étendue de famille dans leur société et leur système juridique. L'existence dans un État d'une pluralité de notions de famille, famille « nucléaire » et famille « élargie », devrait être indiquée, avec l'explication du degré de protection de l'une et de l'autre. Étant donné qu'il existe divers types de famille, les couples non mariés et leurs enfants ou les parents seuls et leurs enfants, par exemple, les États parties devraient également indiquer si et dans quelle mesure la législation et les pratiques nationales reconnaissent et protègent ces types de famille et leurs membres.* »

¹⁴⁴⁴ CJCE, *Diatta c. Land Berlin*, 12 févr.1985, aff. 267/83, Rec., p. 567. En ce qui concerne la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, elle ne définit pas la famille et ne consacre pas non plus son importance comme c'est le cas des autres instruments internationaux des droits de l'Homme. L'article 7 de la Charte assure le respect de la vie privée et familiale, les dispositions étant pourtant assez laconiques : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* ». De même, l'article 33.1 de la

Conseil de l'Europe. En l'occurrence, dans sa dernière Stratégie pour les droits de l'enfant (2016-2021), le Conseil soutient : « *La famille, quelle que soit sa forme, est l'unité de base de la société et le cadre naturel dans lequel grandissent et s'épanouissent les enfants. Les enfants attachent une valeur immense aux relations avec leurs parents et avec leurs frères et sœurs* »¹⁴⁴⁵. À l'instar de cette disposition, la CDE définit la famille par rapport au bien-être de l'enfant.

b) Une redéfinition de la famille centrée sur l'enfant

Le préambule de la CDE, à son tour, reconnaît le rôle particulier de la famille et la nécessité de l'aider et de la protéger. Il déclare qu'une famille est l'environnement qui facilite le mieux le développement de la personnalité d'un enfant : « *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* ». Toutefois, le texte de la Convention indique une difficulté et même impossibilité¹⁴⁴⁶ du législateur international de définir précisément la famille. En fin de compte, un choix au profit d'un terme non-juridique a été fait. La CDE emploie le terme « environnement familial » qui a été ultérieurement interprété par le Comité des droits de l'enfant.

Le Comité des droits de l'enfant ne manque pas à relever chaque fois l'importance de la famille et l'obligation des États de la respecter et de la soutenir¹⁴⁴⁷. Il est d'autant plus attentif quand il s'agit des enfants en bas âge : « *Normalement, les parents du jeune enfant jouent un rôle crucial dans la réalisation de ses droits, de même que les autres membres de la famille, la famille élargie ou la communauté, y compris les tuteurs légaux, suivant les cas. Ce principe est pleinement reconnu dans la Convention (en particulier à l'article 5), ainsi que l'obligation incombant aux États parties d'accorder une aide aux parents, notamment en mettant en place*

Charte se limite à énumérer les formes de protection de la famille : « *La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social* ». Ainsi, on ne retrouvera plus d'autres indications quant à l'étendue de la notion de famille, les principes de fonctionnement d'une famille et sa place dans la hiérarchie des valeurs européennes.

¹⁴⁴⁵ Conseil de l'Europe, Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant (2016-2021), *Les droits fondamentaux de l'enfant*, Sofia, 2016, § 19.

¹⁴⁴⁶ CANTWELL N., HOLZSCHEITER A., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 20: Children Deprived of Their Family Environment*, vol. 20, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 32. Les auteurs indiquent que d'autres versions terminologiques ont été discutées lors des Travaux Préparatoires, comme « famille biologique », « environnement familial naturel » et « environnement familial normal ».

¹⁴⁴⁷ Voir par exemple COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°8, *préc.* § 27 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 19.

des services de qualité chargés de veiller au bien-être des enfants (voir en particulier l'article 18). »¹⁴⁴⁸ Il a ainsi insisté sur une définition très large et souple de la famille, compte tenu de son évolution. Même si au niveau de la procédure, il raisonne de la même façon que le Comité des droits de l'Homme, une définition stricte et définitive de la famille ne représente pas sa préoccupation centrale. Pour lui, indépendamment du schéma familial, la véritable clé de voute reste l'intérêt supérieur de l'enfant. La CDE, dans ses articles 5¹⁴⁴⁹ et 30¹⁴⁵⁰, reconnaît la diversité des structures familiales en soulignant l'importance des membres de la famille élargie, la tribu, la communauté ou le groupe culturel peuvent jouer un rôle important pour élever l'enfant. De ce fait, l'enfant devient le noyau dur, ou le « dernier repère fixe » d'une structure familiale flexible. Le Comité considère que le terme « famille » recouvre là toute une série de structures permettant d'assurer la prise en charge, l'éducation et le développement des jeunes enfants, dont la famille nucléaire, la famille élargie et d'autres systèmes traditionnels ou modernes fondés sur la communauté, pour autant qu'ils soient compatibles avec les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁴⁵¹. Dans ce contexte, le Comité prête une attention particulière au rôle possible des grands-parents dans l'éducation des enfants. C'est un fait qui est très rarement reconnu dans les lois et pratiques nationales. Le Comité encourage les États parties à adopter une approche plus active à cette question en adoptant des mesures appropriées pour soutenir le rôle des grands-parents dans l'éducation des enfants.

Mary Ann Glendon, par exemple, utilise le concept de « nouvelle famille »¹⁴⁵² pour désigner « la variété de types de famille coexistants »¹⁴⁵³. Plus concrètement, elle la décrit comme « *a convenient way of referring to that group of changes that characterizes 20th century Western marriage and family behaviour, such as increasing fluidity, detachability and interchangeability of family relationships; the increasing appearance, or at least visibility, of family behaviour outside formal legal categories; and to changing attitudes and behaviour patterns in authority structure and economic relations within the family. It follows from these changes that the new family is no family in the sense of a single model that can be called typical for modern industrialized societies* »¹⁴⁵⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme a pris en

¹⁴⁴⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7, *préc.*, § 15.

¹⁴⁴⁹ Art. 5 CDE.

¹⁴⁵⁰ Art. 30 CDE.

¹⁴⁵¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7, *préc.*, § 15.

¹⁴⁵² GLENDON M. A., *The new family and the new property*, Toronto: Butterworths, 1981, p. 3.

¹⁴⁵³ *Ibid.*

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

compte ces changements sociétaux et a interprété extensivement la notion de « vie familiale » dans sa jurisprudence, afin d’y intégrer la pluralité des modèles familiaux.

2. L’étendue de la vie familiale selon la jurisprudence de la CourEDH

L’interprétation extensive par la CourEDH de la « vie familiale » s’exprime par la prise en compte de tout lien familial *de facto* (a), ainsi que sous certaines conditions, des liens familiaux potentiels (b).

a) Le lien familial *de facto*

Malgré une définition stricte de la famille dans le texte de la Convention européenne des droits de l’Homme qui énoncent que : « À partir de l’âge nubile, l’homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l’exercice de ce droit »¹⁴⁵⁵, la CourEDH construit une définition évolutive de la « vie familiale » qui se base sur la relation parent-enfant¹⁴⁵⁶. À part le mariage, la Cour identifie une diversité de fondements d’une famille¹⁴⁵⁷. La protection des relations familiales en vertu de l’art. 8 CEDH englobe « tout lien familial de fait »¹⁴⁵⁸. Dans l’arrêt *Marckx c. Belgique*, la CourEDH affirme qu’« en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l’article 8 suppose l’existence d’une famille »¹⁴⁵⁹.

D’autres formes de conjugalité¹⁴⁶⁰ et autres modèles de famille¹⁴⁶¹ sont reconnues au nom du principe de non-discrimination¹⁴⁶², mais aussi au nom de l’intérêt supérieur de l’enfant¹⁴⁶³. En l’occurrence, dans l’affaire *Johanston c. Irlande*¹⁴⁶⁴, c’est bien l’intérêt supérieur de l’enfant qui justifie la reconnaissance d’une famille fondée par un couple adultérin. Bien que la Cour n’emploie pas les mêmes termes pour l’exprimer, elle l’évoque implicitement par la reconnaissance de la violation de l’article 8 de la CEDH, donc la violation du droit à la vie familiale de l’enfant déterminé par « l’absence d’un régime juridique approprié reflétant les

¹⁴⁵⁵ Art. 12 CEDH.

¹⁴⁵⁶ GOUTTENOIRE A., « La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme », *Informations sociales* 2008/5, n°149, pp. 40-51.

¹⁴⁵⁷ Commission européenne des droits de l’Homme, *S. c. Royaume-Uni*, 14 mai 1986 ; CourEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994 ; CourEDH, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994 ; CourEDH, *Znamenskaya c. Russie*, 2 juin 2005, § 26.

¹⁴⁵⁸ CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, §31 ; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, §55.

¹⁴⁵⁹ CourEDH, *Marckx c. Belgique*, préc.

¹⁴⁶⁰ CourEDH, *Johnston c. Irlande*, préc. ; CourEDH, *G.A.B. c. Espagne*, 30 août 1993 ; CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 25 mai 1985, § 62.

¹⁴⁶¹ CourEDH, *Soderback c. Suède*, 28 octobre 1998 (beau-père) ; CourEDH, *Kahn c. France*, 15 mars 2019 (cousin) ; CourEDH, *Scozarri et Guinta c. Italie*, 13 juillet 2000 (grand-parents).

¹⁴⁶² CourEDH, *Cengiz Kiliç c. Turquie*, 6 décembre 2011 ; CourEDH, *Lebbinck c. Pays-Bas*, 28 octobre 1998.

¹⁴⁶³ CourEDH, *Shneider c. Allemagne*, 15 septembre 2011.

¹⁴⁶⁴ CourEDH, *Johnston c. Irlande*, préc.

liens familiaux naturels »¹⁴⁶⁵. Cette observation est confirmée par l'opinion séparée, en partie dissidente et en partie concordante, de M. le juge De Meyer « (...) *l'État n'a aucune obligation positive à l'égard de couples qui vivent maritalement sans être mariés : il lui suffit de s'abstenir d'ingérences illégitimes. (...) De telles obligations peuvent naître pareillement, dans toute la mesure où l'intérêt de ces enfants le requiert, en ce qui concerne les rapports mutuels des auteurs de ces enfants ou des familles de ces auteurs* ». Progressivement, la Cour fait recours explicite au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pour justifier la reconnaissance des liens familiaux *de facto*¹⁴⁶⁶. Elle conclut, par exemple, dans l'affaire *Anayo c. Allemagne* que : « *the Court of Appeal failed to give any consideration to the question whether, in the particular circumstances of the case, contact between the twins and the applicant would be in the children's best interest* »¹⁴⁶⁷.

Dernièrement, nous observons la tendance de la Cour d'élargir l'étendue de la « vie familiale » aux liens de famille « projetés ». Cette interprétation aura du sens, à notre avis, uniquement si elle répond à l'intérêt supérieur de l'enfant.

b) Le lien familial « projeté »

Le droit à la vie familiale au sens de l'art. 8 de la CEDH ne protège pas l'intention de créer une famille¹⁴⁶⁸, pourtant la Cour n'exclue pas la considération des relations « projetées »¹⁴⁶⁹. Par exemple, dans une affaire récente *A. H. c. Russie*¹⁴⁷⁰, la Cour a été saisie par une requête portée par 45 citoyens américains qui entre 2010 et 2012 ont initié une procédure d'adoption des enfants orphelins russes. Leur projet a cependant été renversé par une loi adoptée par la Douma russe qui prévoyait l'interdiction pour les ressortissants américains d'adopter des enfants

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, § 75.

¹⁴⁶⁶ Voir CourEDH, *Anayo c. Allemagne*, 21 décembre 2010, § 65 ; CourEDH, *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, § 73 ; CourEDH, *Sommerfeld c. Allemagne*, 11 octobre 2001, § 66 ; *Görgülü c. Allemagne*, 26 février 2004, § 43.

¹⁴⁶⁷ Voir CourEDH, *Anayo c. Allemagne, préc.*, § 71.

¹⁴⁶⁸ CourEDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002, § 32 ; CourEDH, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, § 41 : « *le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille* » ; CourEDH, *Marckx c. Belgique, préc.*, § 31 ; CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, préc.*, § 62.

¹⁴⁶⁹ CourEDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, § 143 : « *Il n'en résulte pas pour autant, de l'avis de la Cour, que toute vie familiale projetée sorte entièrement du cadre de l'article 8. En ce sens, la Cour a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (Nylund c. Finlande (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), ou à la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94, § 62).* »

¹⁴⁷⁰ CourEDH, *A.H. et autres c. Russie*, 17 janvier 2017.

russes¹⁴⁷¹. Selon la Cour, il s'agit dans ce cas « *d'une interruption abrupte des procédures d'adoption, (...) sans considération pour l'intérêt des enfants*¹⁴⁷², (...) à un stade avancé de celles-ci où un attachement a déjà commencé à se former entre les adultes et l'enfant »¹⁴⁷³. Pour ces raisons, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

Même si l'affaire *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* traitant également d'une adoption internationale est l'exemple d'une vie familiale « projeté » au sens de l'article 8 de la CEDH¹⁴⁷⁴, les opinions dissidentes l'accompagnant le contestent. En effet, les juges mettent en cause l'existence d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la CDE dans les conditions où « *une opposition consciente des enfants à l'adoption rendrait, en effet, improbable qu'elles puissent s'intégrer d'une manière harmonieuse dans la nouvelle famille adoptive* » en l'absence, de surcroît, de « *lien préexistant* » avec leurs parents adoptifs »¹⁴⁷⁵. Plus concrètement, les Juges Thomassen et Jungwiert expriment leur étonnement de constater qu'« *une vie familiale serait créée par un jugement prononçant une adoption, indépendamment de la manière dont celle-ci a été réalisée et des relations entre les intéressés* »¹⁴⁷⁶. Les juges concluent qu'« *il n'y avait aucun lien affectif ou de fait par lequel les enfants se seraient senties proches des requérants et qui aurait donné à la fiction juridique du jugement prononçant l'adoption un contenu pouvant être considéré comme une vie familiale* »¹⁴⁷⁷. Cette affaire a également le mérite de souligner à quel point l'opinion de l'enfant est primordial pour la construction d'une vie familiale.

B. Les contours de la famille, déterminés par l'intérêt supérieur de l'enfant

Protéger les relations familiales, c'est assurer à l'enfant un cadre de vie stable au sein duquel il pourra pleinement s'épanouir en tissant des liens affectifs forts avec chacun de membres de sa famille. Le corps du texte de la CDE concrétise cet objectif en encadrant strictement les cas dans lesquels les pouvoirs publics sont habilités à séparer l'enfant du reste de sa famille¹⁴⁷⁸ (1).

¹⁴⁷¹ *Loi fédérale n°272-FZ sur les mesures relatives aux personnes violant les droits et les libertés fondamentales, ainsi que les droits et libertés des ressortissants de la Fédération de Russie*, adoptée le 21 décembre 2012, entrée en vigueur le 1er janvier 2013 (également appelée *Loi Dima Yakovlev*). Original : закон № 272-ФЗ « О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации ».

¹⁴⁷² CourEDH, *A.H. et autres c. Russie*, préc., § 424.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, § 428.

¹⁴⁷⁴ CourEDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, préc., §143.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, Opinion en partie dissidente de M. le juge LOUCAIDES, p. 48.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, Opinion dissidente de Mme la juge THOMASSEN, à laquelle se rallie M. le juge JUNGWIERT, p. 55.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*

¹⁴⁷⁸ Articles 9-1, 9-3, 10, 18, 20 CDE.

La Convention rappelle également que l'enfant a le droit de connaître ses deux parents et d'être élevé par eux¹⁴⁷⁹. La séparation avec un ou les deux parents, depuis l'entrée en vigueur de la convention, pourrait, à l'aide de la participation directe de l'enfant, être temporaire ou définitive. Ainsi, la reconnaissance du nouveau statut juridique de l'enfant a élargi son droit à une famille (2).

1. Le droit de l'enfant à une famille, conforté par l'intensité de l'attachement affectif

En effet, la famille se distingue des autres groupes sociaux par l'intensité des sentiments et émotions vécus¹⁴⁸⁰. La reconnaissance des liens familiaux dans la jurisprudence de la CourEDH est surtout fondée sur cet attachement affectif (a), qui détermine également les contours de la famille après la séparation des parents (b).

a) La dépendance émotionnelle au sein de la famille

Pour l'enfant, les émotions positives vécues au sein de la famille constituent un support psychologique inégalable et une motivation de vouloir affirmer son individualité et d'explorer le milieu social extérieur. Ce fait explique davantage le caractère relationnel de l'autonomie de l'enfant. Le lien affectif familial est également important pour les autres membres de la famille, en l'occurrence pour les parents. Ce fait a été bien relevé par la CourEDH qui protège également le droit des parents de vivre avec ses enfants au titre de l'article 8¹⁴⁸¹. Elle rappelle de manière systématique dans ses arrêts que « *pour un parent et son enfant être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale et des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention*¹⁴⁸² ».

L'importance de la famille pour le développement de l'enfant est particulièrement évidente dans les affaires de la CourEDH concernant les mineurs étrangers. La Cour n'est toutefois pas très cohérente dans sa vision des relations intrafamiliales. D'une part, elle oblige l'État à assurer une forme de remplacement de la famille pour les mineurs non-accompagnés¹⁴⁸³, d'autre part elle adopte une vision très pragmatique de l'attachement parent-enfant dans le cas des familles étrangères émigrées. En effet, une telle approche est explicable par sa vision formelle de la

¹⁴⁷⁹ Article 7.1 CDE : « *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.* »

¹⁴⁸⁰ BOWEN M., *Family Therapy in Clinical Practice*, New York/London: Jason Aronson, 1978.

¹⁴⁸¹ CourEDH, *Johnsen c. Norvège, préc.*, § 78 ; CourEDH, *K. et T. c. Finlande*, 12 juillet 2001, § 151 ; CourEDH, *Couillard Maugery c. France*, 1 juillet 2005, § 270.

¹⁴⁸² CourEDH, *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, § 59.

¹⁴⁸³ CourEDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011 ; CourEDH, *Khan c. France*, 28 février 2019.

famille et son attachement à l'unité familiale, ainsi qu'une vision réduite de l'intérêt de l'enfant. En l'occurrence, dans l'affaire *Popov c. France*¹⁴⁸⁴, la Cour conclut à la violation par l'État de l'article 3 uniquement par rapport aux enfants. En l'espèce, les requérants, deux ressortissants kazakhs et leurs deux enfants mineurs, alléguaient que les conditions et la durée de leur rétention administrative pendant quinze jours au centre de Rouen-Oissel dans l'attente de leur expulsion vers le Kazakhstan, pays où ils craignaient d'être persécutés, violait l'article 3 de la CEDH. La Cour, toutefois, ne considère pas que les souffrances vécues par les parents en tant que « spectateurs »¹⁴⁸⁵ des mauvais traitements infligés à leurs enfants, associés aux conditions particulières de détention, ont dépassé le seuil minimum de gravité requis par l'article 3. Avec ceci, elle n'ignore pourtant pas le côté émotionnel qu'une telle situation puisse produire aux parents et l'admet éventuellement sous certaines conditions, à savoir « *les circonstances particulières de la relation, la mesure dans laquelle le parent a été témoin des événements en question et la manière dont les autorités ont réagi à des réclamations des requérants* ». ¹⁴⁸⁶ En effet, dans cette affaire comme dans les autres¹⁴⁸⁷, la Cour donne la priorité au facteur de la proximité des parents avec leurs enfants aux sentiments des parents. Elle conclut estime : « *que si la rétention administrative des requérants avec leurs enfants dans un centre collectif a pu créer un sentiment d'impuissance et causer angoisse et frustration, le fait qu'ils n'étaient pas séparés d'eux durant la période de rétention a dû apaiser quelque peu ce sentiment, de sorte que le seuil requis pour la violation de l'article 3 n'est pas atteint. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention à l'égard des parents* ». Le Juge Power-Forde s'oppose à ce raisonnement de la Cour en soutenant dans son opinion partiellement dissidente que « *les parents ne devraient jamais avoir à choisir entre la souffrance psychologique immense de voir leurs enfants emmenés loin d'eux pour que ceux-ci ne soient pas détenus dans des conditions contraires à l'article 3, ou l'autre souffrance psychologique immense de voir leurs enfants subir un traitement inhumain ou dégradant sans pouvoir rien faire* ». Il estime finalement qu'« *en fonction des circonstances pertinentes, tel pourrait être le cas, et que, dans les circonstances particulières de l'espèce, cet élément, combiné aux conditions générales dans lesquelles toute la famille était détenue, a emporté violation des droits des parents en vertu de l'article 3 de la Convention* ».

¹⁴⁸⁴ CourEDH, *Popov c. France*, 19 janvier 2012.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, Opinion en partie dissidente de la juge POWER-FORDE.

¹⁴⁸⁶ CourEDH, *Popov c. France*, préc., § 104.

¹⁴⁸⁷ CourEDH, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010 ; CourEDH, *Kanagaratnam c. Belgique*, 13 décembre 2011.

Cette vision de la Cour s'oppose de surcroît à la nature de l'autonomie relationnelle de l'enfant. Même si la CourEDH adopte une approche plutôt *child-centred*, elle omet en effet que le lien affectif parent-enfant est d'une telle profondeur que le mal-être du parent sera certainement mal vécu par les enfants. John Eekelaar confirme la présence d'une telle dépendance psychologique en citant l'étude de Jacqueline Scott à Cambridge qui aurait révélé que « *le bonheur des gens est étroitement associé à leur perception du bonheur de ceux qui leur sont étroitement associés* »¹⁴⁸⁸. Jonathan Herring, dans le même sens, affirme que la CourEDH peut procéder à une balance des droits concurrents des membres de la famille, en revanche, elle ne peut pas séparer les intérêts d'un parent et d'un enfant, car « *ils sont étroitement liés* ». Il ajoute ainsi: « *To harm a child is to harm the person caring for the child; and to harm the carer is to harm the child* »¹⁴⁸⁹. Partant de ce raisonnement, la décision de la Cour semble ignorer le véritable intérêt supérieur de l'enfant. La logique de la Cour est incohérente dans les conditions où d'une part elle étend la notion de vie familiale à toutes les situations affectives impliquant enfants et parents, mais de l'autre côté évite parfois de mettre en valeur l'émotion qui lie les membres de la famille. Quand il s'agit du divorce des parents, par exemple, la Cour est très soucieuse de garantir le lien affectif avec le parent séparé, consciente de son importance pour le développement du mineur. Elle est souvent prête à le garantir en dépit de son propre intérêt.

b) La consécration de la notion de famille durable

Ainsi, dans l'affaire *Berrehab c. Pays-Bas*¹⁴⁹⁰, la Commission européenne des droits de l'Homme a conclu à la violation par l'État de l'article 8 de la convention, comme suite à l'expulsion d'un parent qui gardait des contacts avec son enfant mineur après le divorce avec sa mère. Dans son argumentation, la Commission rappelle la jurisprudence de l'affaire *Hendricks c. Pays-Bas*¹⁴⁹¹ selon laquelle « *dans une société démocratique, la loi a pour fonction importante de prévoir des garanties pour protéger les enfants, notamment ceux que leur âge rend spécialement vulnérables contre les dangers et souffrances mentales résultant par exemple du divorce de leurs parents* ». Cette philosophie de la Cour a suscité en effet des réflexions juridiques et sociologiques sur la construction des rapports enfant-parent après la séparation

¹⁴⁸⁸ *Happiness is Other People*, Cambridge News, <http://www.cambridge-news.co.uk/Home/Happiness-is-other-people-studyshows.htm>, cité dans EEKELAAR J., « Self-Restraint: Social Norms, Individualism and the Family », 13 *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, p. 82.

¹⁴⁸⁹ HERRING J., *Relational autonomy and Family Law*, Springer, 2014, p. 29.

¹⁴⁹⁰ CourEDH, *Berrehab c. Pays-Bas*, avis de la Commission européenne des droits de l'Homme, formulé dans le rapport de la Commission du 7 octobre 1986.

¹⁴⁹¹ Commission Européenne des Droits de l'Homme, Requête nr. 9427/78, affaire *Hendricks contre Pays-Bas*, rapport établi par la Commission le 8 mars 1982 en application de l'article 31 de la convention, décembre 1981.

parentale. L'objectif des mesures serait de garantir le droit de l'enfant d'avoir deux parents. Les juristes se sont rendus compte qu'un divorce juridique sépare non seulement des partenaires, mais avant tout des parents. Le meilleur moyen de parvenir à garder ces liens est de maintenir le couple parental même si le couple conjugal n'existe plus. Ceci ne peut être réalisé qu'en maintenant l'autorité parentale conjointe. Cela signifie que la garde partagée est censée être un partage actif de l'éducation de l'enfant dont les deux parents sont autant impliqués comme ils l'étaient avant le divorce.

Une opinion similaire a été exprimée au début des années 1980 par le professeur Constance Ahrons, qui a fait valoir que la famille après le divorce, doit être considérée comme étant « à deux noyaux »¹⁴⁹², appartenant à deux ménages plutôt qu'à un seul. Dans ses écrits ultérieurs, Ahrons a caractérisé la famille à deux noyaux comme une forme de société en commandite établie pour un seul but - être coparents aux enfants. Elle a fait valoir que l'accord de partenariat, qui pourrait être renégocié de temps à autre en fonction des circonstances, doit établir des règles pour savoir comment la parentalité devrait être gérée dans les deux ménages et prendre des dispositions pratiques pour la façon de traiter avec le temps de vacances, les maladies, et d'autres questions.

Ces idées ont été ultérieurement affirmées dans les lois. La CDE prévoit que les États parties doivent respecter 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'enfant¹⁴⁹³. Dans presque les mêmes termes, la Charte des droits fondamentaux de l'UE renforce cette disposition, en consacrant dans son article 24.3 que : « *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, l'intérêt de l'enfant fait valoir un nouveau concept de parentalité, viable après la séparation des deux parents¹⁴⁹⁴. Ce qu'on appelle l'idée de la famille durable. Dans cette conceptualisation, le divorce est une « *transition entre l'unité de la famille d'origine et la réorganisation de la famille qui reste une unité, mais une bipolaire* »¹⁴⁹⁵. Cette formule des

¹⁴⁹² AHRON C., *Redefining the Divorced family: a conceptual framework*, 1981.

¹⁴⁹³ Art. 9 CDE.

¹⁴⁹⁴ THÉRY I., « The interest of the child and the regulation of post-divorce family » in Smart C., Sevenhuijsen S., *Child custody and the politics of Gender*, London: Routledge, 1989, p. 82.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*

relations après la séparation des parents implique le refus d'un choix entre les parents en faveur de l'autorité parentale conjointe.

Ainsi, la présomption conventionnelle que l'épanouissement harmonieux de l'enfant trouve son origine dans la famille justifie par conséquent le droit de l'enfant d'avoir des liens avec les deux parents après leur séparation. Il existe pourtant des enfants qui ne veulent pas entretenir des relations avec leur parent non-résident. Généralement, cette position de l'enfant exprimée par son droit à la participation est considérée comme étant dans son intérêt supérieur. Effectivement, le rôle de l'enfant dans la définition des contours de sa famille devient de plus en plus important.

2. L'extension du droit de l'enfant à une famille, conditionnée par la reconnaissance de son autonomie

Écouter les enfants consiste à prendre au sérieux leurs besoins individuels et leurs points de vue, sans idéaliser la relation parent-enfant de manière à ce que l'on suppose que les enfants veulent avoir une relation étroite avec le parent non-résident **(a)**. L'écoute des enfants implique aussi d'être sensible à leurs besoins et les circonstances qui changent, par exemple leur volonté de retrouver les parents biologiques **(b)**.

a) L'autonomie de l'enfant dans le refus de ses parents

La notion d'autonomie de l'enfant qu'on a essayé de conceptualiser suppose que les mineurs devraient avoir qualité pour agir et être parties dans les procédures de droit de la famille qui affectent leurs intérêts¹⁴⁹⁶. La jurisprudence de la CourEDH témoigne d'une prise en compte de plus en plus importante de la volonté de l'enfant de communiquer ou pas avec un de ses parents. Cette situation est analysée à l'occasion des affaires qui opposent des parents séparés *de jure* ou *de facto*. Les affaires de la CourEDH sur la garde des enfants sont d'autant plus importantes qu'elles consacrent expressément l'autonomie personnelle de l'enfant. En l'occurrence, dans l'affaire citée *M. et M. c. Croatie*, le droit de l'enfant d'être entendu dans les procès d'attribution de la garde fait partie de son droit à l'autonomie personnelle¹⁴⁹⁷. En l'espèce, les autorités croates n'ont pas pris en compte le souhait de la fille mineure de vivre chez sa mère et ne l'ont pas entendue dans le cadre de la procédure d'attribution de la garde, laquelle a duré trop

¹⁴⁹⁶ ARNOTT S. R., « Autonomy, Standing, and Children's Rights », 33 *William Mitchell Law Review*, 2007, p. 821.

¹⁴⁹⁷ CourEDH, *M. et M. c. Croatie*, préc., § 171.

longtemps. La Cour déclare à l'unanimité que le droit à la vie privée et familiale de la requérante mineure a été violé, car « *on ne saurait dire que des enfants capables de discernement ont été suffisamment associés au processus décisionnel lorsqu'il ne leur a pas été donné la possibilité d'être entendus et d'exprimer leur opinion* »¹⁴⁹⁸.

Avant cette décision emblématique, la CourEDH a considéré le droit de l'enfant d'être entendu dans un tel procès étant dans son intérêt supérieur. Ainsi, les décisions refusant un droit de garde ou de visite aux pères des enfants ont été prises dans d'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'affaire *Buscemi c. Italie*¹⁴⁹⁹, la Cour soutient la décision des juridictions nationales, majoritairement fondée sur l'opinion de l'enfant¹⁵⁰⁰, de refuser la garde d'une fillette mineure à son père. Ultérieurement, dans l'affaire *Sommerfeld c. Allemagne*¹⁵⁰¹, la Cour n'a pas trouvé de violation au droit à la vie privée et familiale d'un père qui s'est vu refuser par les juridictions allemandes l'accès à sa fille¹⁵⁰². En effet, la Cour considère que la fillette alors âgée de treize ans « *avait clairement exprimé le souhait de ne pas voir son père, de sorte que l'obliger à le voir perturberait gravement son équilibre émotionnel et psychologique* »¹⁵⁰³.

Ainsi, nous voyons que l'étendue de la famille est susceptible de changer grâce à l'autonomie qu'on reconnaît à l'enfant. Elle peut s'avérer pourtant conditionnée quand il s'agit de l'intérêt de l'enfant de connaître ses origines.

b) L'autonomie de l'enfant dans le choix de ses parents

Dans la CEDH, la source du droit à l'information sur les origines génétiques est le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 qui exige que tout le monde soit en mesure d'établir les détails de son identité¹⁵⁰⁴. La CDE, en revanche, adopte un regard plutôt « famille » sur ce droit de l'enfant. Même si la Convention, à l'instar de la CEDH, consacre le droit de l'enfant à la préservation de son identité¹⁵⁰⁵, le fondement de ce droit de l'enfant dans la CDE c'est surtout le droit de connaître ses parents. En effet, l'article 7 de la CDE dispose que « *l'enfant (...), dans la mesure du possible, a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». En l'occurrence, les parents sous-entendus sont ceux biologique ou génétique. Ainsi, pour disposer

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, § 172.

¹⁴⁹⁹ CourEDH, *Buscemi c. Italie*, 16 septembre 1999.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, § 30.

¹⁵⁰¹ CourEDH, *Sommerfeld c. Allemagne*, préc.

¹⁵⁰² *Ibid.*, §55.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, §65.

¹⁵⁰⁴ V. CourEDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 39.

¹⁵⁰⁵ Art. 8 CDE.

de ce droit, l'enfant devrait être soit adopté, soit séparé de sa famille biologique. Les droits absolus d'exprimer son opinion (art. 12) et le droit à la liberté d'expression (art. 13) rendent possible la matérialisation de l'envie de l'enfant de connaître ses origines.

La formulation de l'article parle, pourtant, d'une obligation de moyen de l'État et non pas d'un droit absolu. La même approche a été adoptée par la CourEDH, qui en reconnaissant le droit de l'enfant de connaître ses origines dans l'affaire *Gaskin c. Royaume-Uni*, n'enlève pas la prééminence des autres intérêts légitimes qui pourraient contrebalancer ledit droit¹⁵⁰⁶. Ainsi, la CourEDH reconnaît une véritable marge d'appréciation à l'État.

La Cour rappelle « *en outre que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale, même si la relation entre les parents s'est rompue, et que des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention* »¹⁵⁰⁷. Il est vrai, l'enfant a besoin des parents¹⁵⁰⁸. Le rôle des adultes, en premier temps des parents, reste très important¹⁵⁰⁹, malgré la nouvelle interprétation plus libérale des droits de l'enfant. La Convention ne contient pas de définition du terme « parents » et sa signification est donc légitimement une question d'interprétation sur laquelle les opinions peuvent différer. Au moins sur la base de l'article 8 de la CDE, l'expression devrait être interprétée dans le sens conventionnel des parents biologiques. En effet, La CDE reconnaît le droit fondamental de l'enfant d'établir des liens avec ses parents biologiques et l'article 8.1 renforce cette disposition en énonçant des obligations relatives à la préservation de l'identité de l'enfant et de ses relations familiales¹⁵¹⁰. En effet, l'enfant, involontairement, appartient à une famille. Le milieu dans lequel l'enfant prend naissance est la seule et unique famille biologique de l'enfant, qu'il ne pourra jamais changer et par rapport à laquelle il ne pourra à aucun moment exercer son droit de choix¹⁵¹¹. Donc, les liens familiaux biologiques paraissent avoir une durée plus longue et solide par rapport aux autres liens de remplacement.

¹⁵⁰⁶ CourEDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, préc., § 49 : « *Cependant, on doit aussi considérer que le caractère confidentiel des dossiers officiels revêt de l'importance si l'on souhaite recueillir des informations objectives et dignes de foi ; en outre, il peut être nécessaire pour préserver des tiers* » ; V. CourEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003.

¹⁵⁰⁷ CourEDH, *Johnsen c. Norvège*, préc., § 52 ; CourEDH, *Bronda c. Italie*, 9 juin 1998, § 51.

¹⁵⁰⁸ FREEMAN M. D. A., « *Child-rearing* », in Pousson-Petit J. (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, p. 259.

¹⁵⁰⁹ SMITH A. B., préc., pp. 147–164.

¹⁵¹⁰ BAINHAM A., DAY SCLATER S., RICHARDS M. (dir.), *What Is A Parent? A Socio-Legal Analysis*, Hart Publishing, 1999, p. 37.

¹⁵¹¹ Sur ce sujet, il apparaît la question philosophique, moins juridique, du consentement préalable de l'enfant avant sa naissance. Le cas de l'anthropologue indien qui veut poursuivre juridiquement ses parents pour lui avoir donné naissance sans son consentement a été très médiatisé. Cette position se fonde sur sa conviction « *que les*

Il existe, néanmoins, des dispositions concurrentielles qui mettent en cause la force de l'article 7 de la CDE. Et notamment, la Convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoit, dans son article 30 que « *les autorités compétentes de l'État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père (...). Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État* ». Pourtant, cette même convention renvoie souvent à l'importance de la prise en compte, dans toute procédure, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits fondamentaux¹⁵¹². Plus spécifiquement, comme relevé dans le chapitre sur l'autonomie décisionnelle de l'enfant, ce droit de l'enfant est limité par le droit à l'anonymat accordé aux femmes qui accouchent sous X en France.

Or, il apparaît légitimement l'interrogation si le choix de l'enfant dans les questions relatives à son identité ne devait pas être prioritaire si on parle du respect de sa dignité et de son intérêt supérieur. On se demande à juste titre si a-t-on lui donnée le choix ou va-t-on lui donner le choix lors de diverses formes familiales à venir. Le Professeur Philip Jaffé se pose la même question concernant les nouvelles formes que la famille peut prendre à l'aide, par exemple, de la procréation médicalement assistée ou la gestation pour autrui, jusqu'à se demander si « *parfois, dans certains cas, le prétendu « droit à l'enfant » ne constitue pas un obstacle aux droits de l'enfant* »¹⁵¹³. Dans ce sens, il est important de remarquer le silence de la CourEDH relatif à l'intérêt de l'enfant dans les PMA¹⁵¹⁴, par exemple. En effet, elle a eu l'occasion de s'y prononcer dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*¹⁵¹⁵. En l'espèce, après la séparation d'un

gens devraient s'abstenir de procréer parce que donner naissance à des êtres sensibles sans demander leur consentement est une erreur morale ». Voir <https://reseauinternational.net/un-homme-veut-poursuivre-ses-parents-en-justice-pour-lui-avoir-donne-naissance-sans-son-consentement/> (accès le 16 avril 2019). Sur ce sujet, voir également FREEMAN M. D. A., « Chapter 9: Do children have the right not to be born? » in *The Moral Status of Children: Essays on the Rights of the Child*, Springer, 1997, p. 165.

¹⁵¹² Article 1er. Le Préambule mentionne en outre que « *les États signataires (...) sont convaincus de la nécessité de prévoir des mesures pour garantir que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant* », l'article 4 stipule que « *les adoptions visées par la convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine (...) ont constaté (...) qu'une adoption internationale répond à l'intérêt supérieur de l'enfant* », l'article 24 stipule que « *la reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

¹⁵¹³ JAFFE P. D., « Enfants, Famille, État : un numéro d'équilibriste dans l'intérêt supérieur de l'enfant », in Jaffé P. D., Levy B., Moody Z., Zermatten J. (dir.), *Enfant, Famille, État : Les droits de l'enfant en péril ?*, Actes du 6e Colloque printanier de l'Institut universitaire Kurt Bösch et de l'Institut international des Droits de l'Enfant 22 et 23 mai 2014, p. 13.

¹⁵¹⁴ En France, le projet de loi relatif à la bioéthique, voté par l'AN le 27 septembre 2019, prévoit l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires.

¹⁵¹⁵ CourEDH, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], 10 avril 2007.

couple, le père potentiel s'oppose à l'implantation des embryons par son ex-épouse. Après avoir mis en balance les intérêts individuels des parents potentiels et en mettant l'accent sur l'intérêt d'ordre public, la Cour a déclaré l'absence de violation de l'article 8 de la requérante¹⁵¹⁶. Il nous paraît extrêmement dommage qu'aucune référence n'ait été faite à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant afin de défendre cette position. C'est assurément, selon Aune Anne-Clare, « *la limite à la modernisation du droit de la famille* »¹⁵¹⁷.

§2. La confirmation pratique de l'importance de la famille pour l'épanouissement de l'enfant

En droit international, l'enfant sans famille reste une « question oubliée ¹⁵¹⁸» simplement parce que tout enfant a droit à une famille. Le droit de l'enfant à une famille, avant tout biologique et si cela n'est pas possible, de remplacement, est repris dans la CDE (A). Depuis l'adoption de la Convention, ce principe devient important y compris dans le domaine de l'immigration (B).

A. La révision des formes de remplacement en cas de disparition de la famille

Eric Millard, après avoir fait remarquer que « *tout enfant dispose d'un droit à une famille, qui sera autant que possible sa famille biologique* », estime que « *c'est ainsi que doit être interprétée la notion d'intérêt de l'enfant – qui – implique notamment que tout soit fait pour que l'enfant n'ayant pas de famille soit adopté, afin de lui en fournir une, qui soit objet et cadre de ses droits familiaux* »¹⁵¹⁹. En effet, l'adoption a été conçue en tant qu'une mesure juridique positive. Son but est de protéger l'enfant séparé de ses parents, en l'intégrant dans une autre famille qui lui remplacerait celle biologique (1). Il s'avère cependant que l'adoption est un des plus « drastiques »¹⁵²⁰ outils juridiques, car il suppose la « *rupture légale de tous les liens avec la famille biologique de l'enfant* »¹⁵²¹. C'est la raison pour laquelle la volonté de l'enfant de s'y intégrer devrait être déterminante (2).

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, § 92.

¹⁵¹⁷ AUNE A.-C., *Le phénomène de multiplication des Droits subjectifs en Droit des personnes et de la Famille*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 402.

¹⁵¹⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/C/34, *préc.*, § 196.

¹⁵¹⁹ MILLARD E., *Famille et droit public - Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ 1995, p. 182.

¹⁵²⁰ FENTON-GLYNN C., « The Child's Voice in Adoption Proceedings », 22 *International Journal of Children's Rights*, 2014, p. 135.

¹⁵²¹ *Ibid.*

1. Le placement dans un environnement familial conformément à la législation nationale

Le Comité des droits de l'enfant fait valoir que « *la famille élargie, qui demeure l'une des structures essentielles pour l'éducation des enfants dans de nombreux pays* »¹⁵²² est « *la meilleure solution de remplacement* »¹⁵²³. Si une telle conclusion découle de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle devrait être déterminée également par l'opinion de l'enfant (a). Un tel besoin est plus saisissable lors de la procédure d'adoption (b).

a) L'importance de la participation de l'enfant dans le processus de placement de l'enfant

Dans leur *Commentaire sur l'article 20 de la CDE*¹⁵²⁴, les auteurs relève à plusieurs reprises les nombreuses lacunes concerne « *la sauvegarde effective des droits des enfants vivant en dehors de leur famille* »¹⁵²⁵. Malgré l'intention du législateur d'assurer une protection de remplacement à l'enfant, qui par multiples raisons est resté sans famille¹⁵²⁶, afin de lui « *créer un environnement propice au bien-être et à l'éducation de l'enfant* »¹⁵²⁷, il oublie d'indiquer l'importance de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵²⁸. Cet oubli aurait par conséquent un impact sur la mise en œuvre effective de la dimension participative de l'enfant dans la procédure de remplacement familial¹⁵²⁹. Ces observations sont surtout pertinentes lors d'une procédure d'adoption. Dans le même sens, la CourEDH n'omet pas de rappeler que « *l'importance à privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue dans le cas d'une relation fondée sur l'adoption, car, ainsi qu'elle l'a déjà affirmé dans sa*

¹⁵²² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°9, *préc.*, § 45.

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ CANTWELL N., HOLZSCHEITER A., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 20: Children Deprived of Their Family Environment*, vol. 20, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 64.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, p. 39. Une liste non-exhaustive des raisons a été proposée par les auteurs, à savoir « *le décès des parents, l'abandon par les parents, les parents étant involontairement introuvables, incapacité temporaire ou permanente des parents (emprisonnement, maladie, invalidité), placement volontaire de l'enfant par ses parents (pour des raisons médicales ou générales), la décision de l'enfant de partir ou de ne pas retourner au domicile familial, le déplacement interne involontaire de l'enfant, arrivée dans un pays en tant que mineur non accompagné demandant l'asile ou l'immigration, ou en tant que victime de la traite, une décision administrative ou judiciaire de retirer un enfant de la garde parentale dans son intérêt supérieur* ».

¹⁵²⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, p. 49.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, P. 8.

*jurisprudence, l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille »*¹⁵³⁰.

L'impact potentiel d'une ordonnance d'adoption sur la future vie de l'enfant est très important. Dans un tel environnement familial de substitution, des relations d'attachement et d'affection doivent également s'établir. Il est évidemment nécessaire que l'enfant ait une certaine sympathie pour les personnes qui l'adoptent. Dans le cas contraire, il devrait avoir la possibilité de les refuser. Toutefois, beaucoup de pays pratiquent des limites d'âge pour la prise en compte de l'opinion de l'enfant dans le droit interne réglementant l'adoption. Ces restrictions sont pourtant contraires à la CDE, mais sont en revanche conformes à la Convention européenne révisée en matière d'adoption des enfants¹⁵³¹, aux termes de laquelle l'article 5 b) exige que : « *l'adoption n'est prononcée que si au moins les consentements suivants ont été donnés et n'ont pas été retirés, (...) le consentement de l'enfant considéré par la législation comme ayant un discernement suffisant; un enfant est considéré comme ayant un discernement suffisant lorsqu'il a atteint l'âge prévu par la loi, qui ne doit pas dépasser 14 ans* ». En vérité, ce manque d'harmonie entre les conventions internationales pose un réel problème de mise en œuvre conforme de l'autonomie de l'enfant. En effet, les États européens sont davantage tentés d'adopter le critère objectif d'établissement de la compétence de l'enfant en matière d'adoption. Mieux encore, les approches impressionnent par leur diversité.

b) La diversité d'approches étatiques sur la mise en œuvre de la participation de l'enfant lors de l'adoption

Claire Fenton-Glynn a justement analysé les droits internes des pays européens et a identifié des approches différentes sur la mise en œuvre de l'article 12 dans le processus d'adoption¹⁵³². Elle distingue plusieurs systèmes concernant le consentement des enfants à l'adoption. Le premier, le plus rigide, s'exprime par l'imposition d'une limite d'âge stricte¹⁵³³. En vertu de ces lois, une fois que l'enfant a atteint un certain âge, son consentement est une condition nécessaire à la délivrance de l'ordonnance d'adoption. Dans aucun de ces pays, il n'est possible de déplacer l'âge requis ou de considérer un enfant suffisamment mature pour donner son consentement

¹⁵³⁰ CourEDH, *Fretté c. France*, préc., § 42 ; CourEDH, *Pini et Bertani, et Manera et Atripadi c. Roumanie*, préc., § 156.

¹⁵³¹ Convention européenne révisée en matière d'adoption des enfants, adoptée le 27.11.2008, entrée en vigueur le 01.09.2011.

¹⁵³² FENTON-GLYNN C., préc.

¹⁵³³ *Ibid.*, p. 139. Les adeptes d'un tel système sont la plupart des pays européens, à l'exception des ceux mentionnés ci-dessous.

plus tôt. Un second système de lois sur le consentement établit également des restrictions d'âge, mais permet de les abaisser si l'enfant a une maturité suffisante¹⁵³⁴. Il présente également des inconvénients, dans le sens où les enfants sont présumés incapables et c'est à eux de prouver le contraire. Le troisième système, identifié par l'auteur de l'article, permet de varier vers la hausse de l'âge de consentement requis si ce n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de participer¹⁵³⁵. Le quatrième système évoqué par l'auteur est celui qui ne détermine pas d'âge limite au consentement de l'enfant¹⁵³⁶. Il paraît être le plus respectueux de l'autonomie de l'enfant¹⁵³⁷, mais son efficacité est entravée par l'absence d'une présomption de capacité des enfants. La dernière catégorie des lois européennes n'exige le consentement de l'enfant à aucune étape de la procédure. Même si l'enfant est normalement entendu, son opinion n'est pas juridiquement déterminante¹⁵³⁸. En effet, même si plus flexibles, il existe des lois qui autorisent à ne pas demander l'opinion de l'enfant, ce que va à l'encontre de la CDE. Comme on l'a déjà vu dans le chapitre sur l'autonomie participative de l'enfant, même si la Convention n'exige pas que la décision de l'enfant soit déterminante, il existe l'obligation d'écouter l'enfant et d'agir dans son intérêt supérieur. Cependant, selon la CDE, il n'est pas possible de déterminer l'intérêt de l'enfant sans participation. Un tel comportement est en revanche permis via la Convention européenne révisée en matière d'adoption des enfants qui prévoit la possibilité « *de se dispenser de cette consultation si elle apparaît manifestement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant* »¹⁵³⁹. Nous constatons donc que les deux instruments se contredisent sur certains points, en l'occurrence concernant la mise en œuvre de l'autonomie participative de l'enfant.

L'adoption de l'enfant doit être entièrement *child-centred*. C'est-à-dire, l'intérêt de l'enfant devrait être protégé y compris sur le plan procédural de l'adoption. Car, il nous semble que traditionnellement, l'outil juridique qui vise à offrir une famille à l'enfant, porte un caractère *adult-centred* dans la mesure où c'est le parent qui choisit l'enfant à adopter. Pour remédier à cette lacune, une révision des conventions internationales en la matière s'impose. La modification de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants s'inscrit dans cette

¹⁵³⁴ *Ibid.*, p. 143. L'auteur distingue la Finlande, la Hongrie et les Pays-Bas.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, p. 144. L'auteur étudie l'Islande, le Danemark, la Suède.

¹⁵³⁶ *Ibid.*, p. 145. L'auteur donne l'exemple de la Suisse, la Slovaquie, la République Tchèque, la Turquie et l'Ukraine.

¹⁵³⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 20-21.

¹⁵³⁸ FENTON-GLYNN C., *préc.*, p. 148. L'auteur donne l'exemple de l'Angleterre, l'Irlande, l'Autriche, le Liechtenstein.

¹⁵³⁹ Article 6 de la Convention européenne révisée en matière d'adoption des enfants : « *Si, en vertu de l'article 5, paragraphes 1 et 3, il n'est pas nécessaire de recueillir le consentement de l'enfant, celui-ci est consulté dans la mesure du possible et son avis et ses souhaits sont pris en considération eu égard à son degré de maturité. Il est possible de se dispenser de cette consultation si elle apparaît manifestement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.* »

démarche. L'exigence d'une mise en œuvre convenable de l'article 12 est d'autant plus pertinente qu'il s'agisse d'une adoption à l'international.

2. L'adoption internationale en tant que protection de remplacement exceptionnelle

L'adoption internationale devient rare. Les pays européens dans leur majorité ont établi des critères lourds d'accès à cette forme de remplacement familiale **(a)**. Toutefois, si un enfant a été adopté par des ressortissants européens, c'est dans son intérêt supérieur que l'adoption soit reconnue dans le pays d'origine des adoptants **(b)**.

a) Les conditions d'acceptation par l'État d'une adoption internationale

La filiation adoptive est également pour la Cour européenne des droits de l'Homme un lien de parenté constitutif de la vie familiale : « *Les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention* »¹⁵⁴⁰. Le succès d'une adoption dépend fortement de l'attitude de l'enfant et de sa volonté de s'intégrer dans un nouvel environnement¹⁵⁴¹. La CourEDH soutient en ce sens que « *le droit des requérants à nouer des relations avec les mineures adoptées trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants, nonobstant les aspirations légitimes des requérants de vouloir fonder une famille* »¹⁵⁴², alors que l'intérêt des enfants impose, en effet, « *de tenir compte de leurs opinions dès lors qu'elles ont atteint la maturité nécessaire pour s'exprimer sur ce point* »¹⁵⁴³.

Le texte de la CDE comme celui de la Convention de la Haye stipule que les adoptions internationales ne devraient avoir lieu « *qu'après que les possibilités de placement de l'enfant dans l'État d'origine ont été dûment prises en compte* »¹⁵⁴⁴. Malgré une augmentation constante du nombre de pays impliqués dans l'adoption internationale¹⁵⁴⁵, la préférence accordée aux solutions permettant à l'enfant de rester dans son État d'origine est très présente¹⁵⁴⁶. Ce choix

¹⁵⁴⁰ CourEDH, *Pini et Bertani, et Manera et Atripadi c. Roumanie*, préc. ; CourEDH, *Wagner et J. M. W. L. c. Luxembourg*, 28 juin 2007.

¹⁵⁴¹ FENTON-GLYNN C., préc., p. 138.

¹⁵⁴² CourEDH, *Pini et Bertani, et Manera et Atripadi c. Roumanie*, préc., § 165.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, § 164.

¹⁵⁴⁴ Art. 21 CDE ; art. 4b Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, Entrée en vigueur : 1-V-1995.

¹⁵⁴⁵ En mars 2019, la Convention comptait 101 parties contractantes.

¹⁵⁴⁶ V. par exemple <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/les-conditions-de-l-adoption-internationale/>. En République de Moldova, par exemple, si des rares adoptions internationales sont prononcées, elles concernent essentiellement des enfants que dans des cas exceptionnels présentant de graves pathologies ou lorsqu'aucune solution nationale (adoption ou tutelle) n'a été trouvée. Voir article 33 Les conditions pour l'adoption internationale de la Loi Nr. 99 du 28.05.2010 concernant le régime juridique de l'adoption. En Roumanie, en revanche, l'adoption internationale

est conforme, en effet, à l'intérêt supérieur de l'enfant qui vise également « *la préservation de ses origines ethniques, religieuses et culturelles* »¹⁵⁴⁷. Cette condition est rappelée plus spécifiquement par le juge Dedov dans son opinion en partie concordante dans l'affaire *A.H. et autres c. Russie*. En l'espèce, il exprime sa conviction qu'« *il est nécessaire de limiter l'adoption entre pays en raison du risque de perte de l'environnement ethnique, religieux, culturel et linguistique de l'enfant* »¹⁵⁴⁸. Sur le plan national, beaucoup d'États européens prennent en considération cette exigence. La Cour européenne a également pris en compte cet aspect en statuant sur une affaire concernant la kafala.

b) La reconnaissance par l'État des adoptions internationales

En effet, dans l'affaire *Harroudj c. France*¹⁵⁴⁹, la Cour a surpris par le changement de perspective dans l'interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵⁵⁰. En l'espèce, elle ne qualifie pas le refus des autorités étatiques d'adopter un enfant recueilli au titre de la kafala en tant que violation du droit à la vie familiale. Elle justifie sa décision par le fait « *qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante* »¹⁵⁵¹.

Une telle vision des choses diverge sensiblement de ce comment la Cour a raisonné dans une affaire emblématique sur l'adoption internationale, à savoir *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*¹⁵⁵². La CourEDH fait le choix d'interpréter le droit à une vie familiale, prévu par l'article 8 à la lumière de la CDE¹⁵⁵³. Dans cette affaire, la Cour condamne le refus du Luxembourg d'accorder l'*exequatur* à un jugement d'adoption péruvien, au motif que le droit luxembourgeois limitait le recours à l'adoption aux seuls couples mariés. En l'espèce, la Cour estime que la décision de refus d'*exequatur* « *omet de tenir compte de la réalité sociale de la*

est permise exclusivement si le résidant étranger a la nationalité roumaine (Art. 3, Loi n° 273/2004 relative au régime juridique de l'adoption, révisée par la loi nr. 233 du 05 décembre 2011).

¹⁵⁴⁷ Art. 16b Convention de la Haye précitée.

¹⁵⁴⁸ CourEDH, *A.H. et autres c. Russie*, préc., Opinion en partie concordante du Juge DEDOV, p. 80.

¹⁵⁴⁹ CourEDH, *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012.

¹⁵⁵⁰ V. SIFFREIN-BLANC C., « Le refus de métamorphoser une Kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2012, chron. n°25.

¹⁵⁵¹ CourEDH, *Harroudj c. France*, préc., § 52.

¹⁵⁵² CourEDH, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, préc.

¹⁵⁵³ CourEDH, *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, § 72 ; CourEDH, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, préc., § 120.

situation »¹⁵⁵⁴, à savoir « *le statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* »¹⁵⁵⁵. Selon la Cour, les autorités nationales devaient agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant et leur décision ne devait pas porter préjudice à l'enfant adopté. Cependant, en l'espèce, en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises, les autorités nationales n'ont pas pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant « *déclarée abandonnée et placée dans un orphelinat au Pérou* »¹⁵⁵⁶ d'être intégrée dans la famille adoptive avec laquelle il a réussi préalablement d'entamer des liens d'affection.

Si l'interprétation par le droit international de l'intérêt supérieur de l'enfant séparé involontairement de sa famille est généralement claire, nous nous interrogeons à quel point la valeur de la famille est prise en compte afin d'assurer le bien-être de l'enfant lors d'un éloignement spatial obligé des membres de sa famille.

B. La revalorisation de la famille dans le contexte de l'immigration

À part un conflit intra familial, la séparation enfant-parents peut être déterminée par des motifs humanitaires ou migratoires. Si dans le premier cas, les membres de la famille disposent d'une certaine autonomie pour gérer leurs relations¹⁵⁵⁷, dans le deuxième cas l'implication du droit international est primordiale. Ainsi, le droit international a adopté un cadre juridique qui vise le regroupement familial ou la réunification familiale¹⁵⁵⁸ (1). Une attention particulière est prêtée, indifférent de la cause de séparation familiale, à la personne du mineur non accompagné (MNA) qui bénéficie d'une pléthore de dispositions internationales le protégeant¹⁵⁵⁹ (2).

¹⁵⁵⁴ CourEDH, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg, préc.*, §132.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, § 133.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, § 134.

¹⁵⁵⁷ HERRING J, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁵⁸ La version francophone de « family reunification » dans les instruments internationaux est « regroupement familial » (Ex. règlement Dublin III, art. 13 Convention n°143 OIT etc.), mais aussi « réunification familiale » à l'article 10 de la CDE. À ne pas confondre les termes « réunification familiale » et « regroupement familial » en droit français qui ont des portées juridiques différentes. Selon l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), « *le ressortissant étranger qui s'est vu reconnaître la qualité de réfugié ou qui a obtenu le bénéfice de la protection subsidiaire peut demander à bénéficier de son droit à être rejoint, au titre de la réunification familiale, par certains membres de sa famille* ». Voir <https://www.ofpra.gouv.fr/glossaire?lettre=R>

¹⁵⁵⁹ Convention de Genève, Protocole IV, Articles 24, 26, 50 ; Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, art. 16.3 ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 10, Convention relative aux droits de l'enfant (Préambule et Articles 5, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 18, 20,21, 22 et 25) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, y compris le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer ; la Convention relative à l'esclavage et la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage ; la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ; la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique ; l'Accord de Paris ; les conventions de

1. La mise en œuvre du principe de l'unité familiale

Bien que le droit international soit généralement attaché à l'unité familiale, le droit des étrangers est moins préoccupant pour la protection de la famille (a). Si le regroupement familial est réglementé plus clairement, la réunification familiale valable pour les réfugiés est consacrée, mais plus abstraitement (b).

a) L'absence d'obligation légale explicite

Le droit international est très attaché au principe de l'unité familiale, fondée sur la philosophie selon laquelle la famille est le meilleur environnement pour le développement des enfants¹⁵⁶⁰. Toutefois, la Convention relative au statut des réfugiés et son Protocole additionnel relatif au statut des réfugiés de 1967 qui constituent la base du droit international en matière de protection des réfugiés ne sont pas prolifiques quant à la protection de la famille. La Convention ne contient qu'une seule mention implicite de la famille dans son texte principal¹⁵⁶¹, malgré les recommandations de la conférence de plénipotentiaires des Nations unies sur le statut des réfugiés et apatride visant la protection de l'unité de la famille du réfugié et des mineurs réfugiés¹⁵⁶². De même, dans son Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés¹⁵⁶³, le Haut-Commissariat pour les réfugiés n'emploie aucun des concepts :

l'Organisation internationale du Travail sur la promotion d'un travail décent et les migrations de main-d'œuvre, ainsi que sur le Programme de développement durable à l'horizon 2030 ; le Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement ; le Cadre de Sendai pour la réduction des risques de catastrophe (2015-2030) ; et le Nouveau Programme pour les villes.

¹⁵⁶⁰ PETTY C., « Family Tracing and Reunification - Safeguarding Rights and Implementing the Law », 4 *International Journal of Children's Rights*, 1996, p. 168.

¹⁵⁶¹ Art 12.2 : « Les droits, précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage, seront respectés par tout État contractant, sous réserve, le cas échéant, de l'accomplissement des formalités prévues par la législation dudit État, étant entendu, toutefois, que le droit en cause doit être de ceux qui auraient été reconnus par la législation dudit État si l'intéressé n'était devenu un réfugié. »

¹⁵⁶² Acte final de la conférence de plénipotentiaires des Nations unies sur le statut des réfugiés et apatrides, B. « La conférence, « Considérant que l'unité de famille, cet élément naturel et fondamental de la société, est un droit essentiel du réfugié, et que cette unité est constamment menacée, et « Constatant avec satisfaction que, d'après le commentaire officiel du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes (E/1618, p. 38) les droits de réfugié sont étendus aux membres de sa famille, « Recommande aux gouvernements de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié et en particulier pour : « (1) Assurer le maintien de l'unité de la famille du réfugié, notamment dans le cas où le chef de la famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans un pays ; « (2) Assurer la protection des réfugiés mineurs, notamment des enfants isolés et des jeunes filles, spécialement en ce qui concerne la tutelle et l'adoption. » Cette Conférence a été réunie par l'Assemblée générale des Nations Unies, en conformité avec la résolution 429 (V) du 14 décembre 1950 « pour achever de rédiger et pour signer une Convention relative au statut des réfugiés et aussi un Protocole relatif au statut des apatrides ».

¹⁵⁶³ UNHCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/IP/4/FRE/REV.1, 1979 Réédité, Genève, janvier 1992.

regroupement familial ou bien réunification familiale. En revanche, il dédie une bonne partie des dispositions au principe de l'unité de la famille. C'est dans le cadre de celui-ci que l'agence de l'ONU exprime l'étendue de ce qu'on appelle regroupement ou réunification familiale. Il dispose : « *Lorsque le chef de famille satisfait aux critères énoncés dans la définition, les membres de la famille qui sont à sa charge se voient généralement reconnaître le statut de réfugié, selon le principe de l'unité de la famille.* »¹⁵⁶⁴

Vu l'ignorance du droit international pour la protection de la famille dans le contexte de l'immigration, il apparaît l'opinion que les États n'ont pas d'obligation envers les réfugiés et leurs familles. Jastram et Newland font valoir que bien que la Convention relative aux droits de l'enfant ne prévoient pas l'approbation de la réunification familiale, il existe au moins « *une présomption positive en faveur de l'approbation* »¹⁵⁶⁵. Cette position pourrait être renforcée après l'étude de la jurisprudence de la CourEDH dans le domaine. En effet, en distinguant la prise en compte du principe de l'unité familiale dans le contexte d'un regroupement familial et celui de réunification familiale (la Cour emploie un seul terme, celui de regroupement), elle consacre implicitement l'importance de l'outil juridique dans le cas des réfugiés.

b) La réunification des réfugiés, en tant que seule forme d'unité familiale

Le regroupement familial est un sujet important par rapport aux travailleurs migrants. Ce domaine spécifique de l'immigration est réglementé par chaque État, conformément à leur marge nationale d'appréciation et en conformité avec le droit international¹⁵⁶⁶ et le droit de l'Union Européenne si c'est le cas¹⁵⁶⁷. Généralement, le regroupement des familles des travailleurs migrants ne pose pas de problème, si le demandeur répond positivement à toutes les conditions légalement requises. Donc, il s'en suit que l'État n'a pas d'obligation absolue d'assurer le principe de l'unité familiale du travailleur migrant s'il ne réunit pas les critères nationaux d'octroi d'un tel droit. L'idée principale d'un tel raisonnement consiste dans la liberté de la personne de rejoindre sa famille ailleurs, dans son pays d'origine ou dans un autre État.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 184.

¹⁵⁶⁵ JASTRAM K., NEWLAND K., *Family unity and refugee protection*, Cambridge University Press, 2003.

¹⁵⁶⁶ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 1990, art. 44 ; Convention 143 OIT, art. 13 ; Charte sociale européenne, art. 19 ; Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, art. 12.

¹⁵⁶⁷ La législation de l'UE : Traité d'Amsterdam : Article 63/3 (a) TCE ; La Directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial ; Affaire Chakroun (C- 578/08/ Arrêt de la Cour- 4 mars 2010 : l'article 2 (d) s'oppose à une réglementation nationale qui fait une distinction selon que les liens familiaux sont antérieurs ou postérieurs à l'entrée du regroupant sur le territoire de l'EM d'accueil.

C'est notamment sur ce principe que la CourEDH construit sa jurisprudence en matière d'immigration. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*¹⁵⁶⁸, la Cour a prononcé la non-violation du droit à la vie familiale de trois requérantes qui n'ont pas pu être rejointes par leurs maris à cause du refus d'autorisation par les autorités étatiques qui justifiaient ainsi leur décision : « *les requérantes n'ont pas prouvé l'existence d'obstacles qui les aient empêchées de mener une vie familiale dans leur propre pays, ou dans celui de leur mari, ni de raisons spéciales de ne pas s'attendre à les voir opter pour une telle solution* »¹⁵⁶⁹. Ultérieurement, la Cour a été fidèle à ce raisonnement y compris concernant le regroupement des parents et enfants, y compris pour les demandeurs d'asile. Notamment, dans l'affaire *Gül c. Suisse*¹⁵⁷⁰, la Cour a adopté la doctrine constante de la Commission selon laquelle il n'y a pas de violation du droit à la vie familiale si, en l'occurrence, « *la venue d'Ersin en Suisse constitue le seul moyen pour M. Gül de développer une vie familiale avec son fils* »¹⁵⁷¹. De surcroît, la Cour réitère les mêmes arguments dans l'affaire *Ahmut c. Pays-Bas*¹⁵⁷² en soutenant que « *la résidence séparée des requérants est le résultat de la décision, prise délibérément par Salah Ahmut, de s'établir aux Pays-Bas plutôt que de demeurer au Maroc* »¹⁵⁷³. Donc, selon la Cour l'unité familiale doit être garantie par l'État seulement s'il n'y a pas possibilité de la protéger ailleurs. Ainsi, on peut constater qu'un véritable droit à la réunification familiale est garanti uniquement pour les demandeurs d'asile ayant obtenu le statut de réfugiés.

2. La consécration d'un véritable droit à la réunification familiale

L'interprétation de l'intérêt supérieur du mineur non-accompagné en faveur de son intégration dans la famille oblige l'État de prendre des mesures positives afin de réunir les membres de la famille séparée. Dans une initiative de recherche sur l'autonomie de l'enfant, le sujet des mineurs non-accompagnés est particulièrement important, car il intègre les deux faces de la même médaille : la vulnérabilité de l'enfant et le besoin de protection **(a)**, ainsi que l'autonomie de l'enfant et la nécessité de la valoriser **(b)**. En effet, si on considère l'expérience d'un enfant migrant séparé de sa famille, il serait erroné de préférer une approche à l'autre. Cette position a été adoptée par la CDE, dans un contexte où ses prédécesseurs ont développé une politique plutôt protectionniste. Selon cette vision progressiste, les mineurs non-accompagnés se voient

¹⁵⁶⁸ CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, § 68.

¹⁵⁷⁰ CourEDH, *Gül c. Suisse*, 19 février 1996.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, § 39.

¹⁵⁷² CourEDH, *Ahmut c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, § 70.

respecter les droits prévus aux articles 3, 12-15, 32 de la CDE. De ce point de vue, l'outil juridique international de la réunification familiale devrait prendre en compte les deux volets de l'autonomie de l'enfant.

a) L'absence de la famille en tant que critère de vulnérabilité d'un mineur non-accompagné

Même si les réfugiés en droit international, selon Mark Rohan, « *sont une source de tension entre la souveraineté nationale et les droits de l'Homme* »¹⁵⁷⁴, quand il s'agit des enfants migrants, qu'il soit en famille ou non-accompagné, la condition d'enfant devrait prévaloir à celle d'étranger. La CourEDH réitère à chaque fois qu'une affaire concerne l'accueil d'étrangers mineurs, accompagnés ou non accompagnés, qu'« *il convient de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal* »¹⁵⁷⁵.

Il est vrai que la CourEDH accentue avant tout l'« *extrême vulnérabilité* » et le besoin de protection de l'enfant. La vulnérabilité qui lui est propre est déterminée notamment par sa séparation avec la famille. Le mineur migrant non-accompagné est généralement défini comme un « *enfant âgé de moins de 18 ans, qui a été séparé de ses deux parents et d'autres membres proches de leur famille, et n'est pas pris en charge par un adulte investi de cette responsabilité par la loi ou la coutume* »¹⁵⁷⁶. Dans ses arrêts relatifs aux mineurs migrants non-accompagnés, la Cour affirme que les requérants relevaient de la « *catégorie des personnes les plus vulnérables de la société* », et qu'il appartenait à l'État « *de les protéger et de les prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3* »¹⁵⁷⁷. Dans ce sens, le droit international appréhende les formes de remplacement familial généralement en tant que forme de protection de l'enfant.

Il est important de souligner qu'il apparaît que le seuil de gravité requis par l'article 3 de la CEDH dans les affaires concernant les mineurs non-accompagnés est atteint à cause de la solitude et l'absence de la famille¹⁵⁷⁸. L'importance de la présence d'un membre de la famille

¹⁵⁷⁴ ROHAN M., « Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence », 15 *Chicago Journal of International Law*, 2014, p. 349.

¹⁵⁷⁵ CourEDH, *Rahimi c. Grèce*, préc., § 87 ; CourEDH, *N.T.P. et autres c. France*, 24 mai 2018, § 44 ; *Khan c. France*, préc., § 74.

¹⁵⁷⁶ La Recommandation CM/Rec (2007) 9 du Comité des Ministres aux États membres sur les projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés, adoptée par le Comité des Ministres le 12 juillet 2007, point 28 c).

¹⁵⁷⁷ CourEDH, *Rahimi c. Grèce*, préc., § 87 ; CourEDH, *Khan c. France*, préc., § 74.

¹⁵⁷⁸ « *Les enfants non accompagnés sont particulièrement vulnérables, car ils ont quitté tout ce qui leur était familier, à savoir, leur famille, leur maison, leur école, leurs amis, leur langue et leur culture* », déclare Dana

pour qualifier les faits de l'affaire est évidente dans l'arrêt *Rahimi c. Grèce*. En l'espèce, la Cour européenne a longuement essayé de déterminer si le mineur était ou non accompagné de son cousin pour finalement le considérer en tant que mineur non-accompagné¹⁵⁷⁹ et déclarer la violation de l'article 3, ayant en considération « *tant les conditions de détention auxquelles le requérant a été soumis au sein du centre de Pagani que les omissions des autorités de le prendre en charge, en tant que mineur non accompagné, suite à sa remise en liberté, équivalent à un traitement dégradant* »¹⁵⁸⁰.

De surcroît, l'omission de l'État de respecter l'article 20 de la CDE en vertu duquel il est tenu de garantir à tout enfant « *temporairement ou définitivement privé de son milieu familial* » relevant de sa juridiction « *une protection de remplacement conforme à sa législation nationale* »¹⁵⁸¹ a eu des effets physiques et mentaux graves sur l'enfant, qui ont permis de qualifier ce traitement de « *dégradant* »¹⁵⁸². La Cour soutient en l'espèce que « *le requérant avait dû subir une angoisse et une inquiétude profondes, notamment au moment de sa remise en liberté jusqu'en sa prise en charge par une organisation non gouvernementale à Athènes, laquelle avait indiqué que, lors de son admission au centre d'hébergement pour mineurs, il avait du mal à s'endormir sans lumière, parlait avec difficulté et présentait un fort amaigrissement* ».

b) La recherche de la famille en tant que source de l'autonomie participative du mineur non-accompagné

Le mineur étranger non-accompagné est moins vu en tant qu'un être capable d'exprimer son opinion, d'agir et de décider¹⁵⁸³. Pourtant, en conformité avec les dispositions de la CDE, le mineur non-accompagné devrait avoir la possibilité de mettre en œuvre son autonomie participative afin de retrouver le milieu familial qui contribuerait à la construction de son autonomie développementale. En effet, la CDE lui reconnaît expressément l'autonomie participative procédurale en disposant que « *toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est*

Graber Ladek, coordinatrice du projet sous l'auspice de l'OIM intitulé « Meilleures pratiques pour une approche coordonnée en vue d'aider les mineurs non accompagnés en Europe », voir <https://www.iom.int/fr/news/loim-lance-un-projet-afin-daider-les-mineurs-non-accompagnes-en-europe>

¹⁵⁷⁹ CourEDH, *Rahimi c. Grèce, préc.*, §70 et suiv.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, § 95.

¹⁵⁸¹ CourEDH, *Khan c. France, préc.*, § 75.

¹⁵⁸² *Ibid.*, § 94.

¹⁵⁸³ Dans le cadre d'un projet de participation SpeakOut !, le Conseil Suisse des Activités de Jeunesse (CSAJ) ont élaboré, lors d'une conférence organisée par et avec des MNA, une charte comprenant les revendications et les préoccupations sur la situation des MNA en Suisse, notamment en ce qui concerne leur droit de participation. Voir <https://asile.ch/2014/11/04/une-charte-pour-les-mineurs-non-accompagnes/>

considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille »¹⁵⁸⁴. Il bénéficie, de surcroît, d'une position privilégiée par rapport aux autres membres de sa famille dans la procédure de demande de réunification familiale¹⁵⁸⁵. Indépendamment de l'âge du mineur, mais surtout quand le mineur est très jeune¹⁵⁸⁶, les autorités étatiques devraient l'assister, notamment par la voie de l'information sur ses droits et l'accompagnement dans ses démarches en vue d'une réunification familiale¹⁵⁸⁷ ou en vue d'obtention du statut de réfugié¹⁵⁸⁸ conformément à l'article 22 de la CDE¹⁵⁸⁹. Le Comité des droits de l'enfant renforce ces exigences en soutenant que « Les États parties devraient prendre toutes les mesures appropriées pour promouvoir et faciliter pleinement la participation des enfants, notamment en leur donnant la possibilité d'être entendus dans toute procédure administrative ou judiciaire concernant leur cas ou celui de leur famille, notamment toute décision relative à la prise en charge, à l'hébergement ou au statut migratoire »¹⁵⁹⁰.

Les instruments internationaux et régionaux les plus récents relatifs aux questions de l'immigration¹⁵⁹¹ focalisent leur attention sur l'obligation de la prise en compte de l'intérêt

¹⁵⁸⁴ Art. 10 CDE.

¹⁵⁸⁵ UNHCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la convention de 1951 et du protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, réédité, Genève, décembre 2011, HCR/IP/4/FRE/REV.3, p. 185 : « 66. Les demandes introduites par des requérant-e-s mineur-e-s, qu'elles ou ils soient accompagné-e-s ou non, doivent normalement être traitées en priorité, car les mineur-e-s ont souvent des besoins spécifiques en matière de protection et d'aide. Le traitement prioritaire signifie que les périodes d'attente doivent être réduites à chaque étape de la procédure d'asile, notamment en ce qui concerne le prononcé de la décision sur la demande. Toutefois, avant le début de la procédure, les enfants ont besoin de suffisamment de temps pour se préparer et réfléchir à la manière de rendre compte de ce qu'elles et ils ont vécu. Elles et ils auront besoin de temps pour établir des relations de confiance avec leur tutrice ou leur tuteur et d'autres membres du personnel ainsi que pour se sentir en sécurité. En général, lorsque la demande de l'enfant est directement liée à la demande de membres de famille l'accompagnant, ou lorsque l'enfant demande le statut dérivé, il ne sera pas nécessaire de traiter la demande de l'enfant en priorité à moins que d'autres éléments suggèrent que le traitement prioritaire est opportun. » ; V. HCR, *Normes relatives aux procédures de détermination du statut de réfugié relevant du mandat du HCR*, 20 novembre 2003, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42d66dd84.html>, pages 3.4.5, 4.2.1–4.2.3.

¹⁵⁸⁶ Dans l'affaire *Khan c. France*, préc., la Cour EDH rappelle à plusieurs reprises le jeune âge du mineur étranger isolé, §76 : « La Cour relève le jeune âge du requérant au moment des faits. Il avait 11 ans lorsqu'il est arrivé en France » ; §90 : « Elle rappelle ensuite qu'il s'agissait d'un enfant âgé de douze ans seulement ».

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, § 57.

¹⁵⁸⁸ Jusqu'à l'obtention du statut de réfugié, l'enfant a le statut de demandeur d'asile.

¹⁵⁸⁹ Art. 22 de la CDE : « Les États parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié (...), 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 (...) ».

¹⁵⁹⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°3, préc., § 37.

¹⁵⁹¹ Voir par exemple, la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants du 19 septembre 2016, § 32 : « Nous protégerons les droits et les libertés fondamentales de tous les enfants réfugiés et migrants, quel que soit

supérieur de l'enfant. Alors que, comme nous l'avions montré, la mise en œuvre de l'intérêt supérieur de l'enfant est directement liée à son droit à la participation. Dans la dernière Observation générale conjointe du Comité des droits de l'enfant et du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, les Comités réitèrent : « *En ce qui concerne la relation importante entre le droit d'être entendu et l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant a déjà indiqué que l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les composantes de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie* »¹⁵⁹².

Plus récemment, à l'occasion d'un Forum de la Jeunesse dans le cadre de la conférence sur les migrations à Marrakech, la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les migrations internationales a relevé l'importance d'assurer que « *les politiques en matière de migration respectent systématiquement les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant* »¹⁵⁹³. En effet, le Pacte mondial pour une migration sûre, ordonnée et régulière prévoit plusieurs dispositions qui visent à défendre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵⁹⁴, notamment du mineur non-accompagné¹⁵⁹⁵.

leur statut, en donnant toujours la priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela s'applique en particulier aux enfants non accompagnés et à ceux qui sont séparés de leur famille. Nous les confierons aux autorités nationales de protection de l'enfance et aux autres autorités compétentes. Nous nous conformerons à nos obligations au titre de la Convention relative aux droits de l'enfant. » ; le Plan d'action du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants réfugiés et migrants en Europe (2017-2019) : « *Le Plan d'action prend en compte toutes les considérations qui précèdent, son principe directeur étant celui de « l'intérêt supérieur de l'enfant »* ; Le plus récent Projet de document final de la Conférence, Conférence intergouvernementale chargée d'adopter le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières Marrakech (Maroc), 10 et 11 décembre 2018 Point 10 de l'ordre du jour provisoire, Document final de la Conférence, point 15 h) : « *Le Pacte mondial promeut le respect des obligations juridiques internationales relatives aux droits de l'enfant et voit réaffirmé le principe qui consiste à toujours privilégier l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel doit être une considération primordiale dans toutes les situations concernant des enfants dans le contexte des migrations internationales, notamment des enfants non accompagnés et séparés de leur famille* ».

¹⁵⁹² Observation générale conjointe n°3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n°22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22, 16 novembre 2017, § 37.

¹⁵⁹³ V. <https://news.un.org/fr/story/2018/12/1031241>

¹⁵⁹⁴ Par ex., point 21i du Pacte : « *Faciliter l'accès aux procédures de regroupement familial des migrants, quel que soit leur niveau de compétences, en prenant des mesures favorisant l'exercice du droit à la vie de famille et l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment par l'examen et la révision des critères applicables, comme le niveau de revenu, la connaissance de la langue, la durée du séjour, l'autorisation de travail et l'accès à la sécurité sociale et aux services sociaux* ».

¹⁵⁹⁵ Point 23 f) du Pacte : « *Protéger, à toutes les étapes de leur migration, les enfants non accompagnés ou séparés de leur famille par l'établissement de procédures spéciales permettant de les identifier, de les aiguiller, de les accompagner et d'assurer leur regroupement familial, et donner accès aux services de santé, y compris de santé mentale, à l'éducation, à l'assistance juridique et au droit à ce que leur cause soit entendue dans les procédures administratives et judiciaires, notamment en désignant rapidement un tuteur légal compétent et impartial, moyens*

Après avoir défendu le rôle de la famille pour le développement harmonieux de l'enfant, il serait opportun de décrire la nature des relations intrafamiliales qui correspondrait à notre conceptualisation de l'autonomie de l'enfant.

Section II. Les principes d'une famille moderne fondée sur la prise en compte de l'autonomie de l'enfant

Au début des années '80, Jacques Commaille soulignait le caractère *per se* transformatif de la famille¹⁵⁹⁶. Une étude juridique suppose, en effet, l'analyse de « l'évolution de la notion de famille à partir de l'analyse de la législation et de la jurisprudence »¹⁵⁹⁷. La modernité du sujet réside notamment dans la nouveauté du « catalyseur » des changements de la famille. En l'occurrence, la prise en compte du nouveau statut juridique de l'enfant suppose l'adoption de nouvelles règles dans un cadre qui suscite également une évaluation juridique. Ainsi, la famille devient *child-centred*.

L'année internationale de la Famille, en 1995, a énoncé un bel idéal, celui de « *la famille, la plus petite démocratie* »¹⁵⁹⁸. Aussi, Jean Zermatten qualifie de « *nouvelle dynamique démocratique* » la transformation des relations enfant-parents¹⁵⁹⁹. La démocratisation de la famille¹⁶⁰⁰ repose, avant tout, sur le respect mutuel des membres du groupe familial et le respect de leurs droits réciproques. Pour la première fois, et ceci en conformité avec les droits affirmés par la Convention relative aux droits de l'enfant, la famille va au-delà des devoirs traditionnels de protection et d'éducation des parents, en stipulant que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité* »¹⁶⁰¹. Ainsi, la nouvelle

essentiels de remédier à leurs vulnérabilités et aux discriminations qu'ils subissent, de les protéger contre toutes les formes de violence et de leur donner accès à des solutions viables qui concordent avec leur intérêt supérieur ».

¹⁵⁹⁶ COMMAILLE J., *Familles sans justice ? : Le droit et la justice face aux transformations de la famille*, Bayard Jeunesse, 1982, p. 9.

¹⁵⁹⁷ MICHEL A., « Les aspects sociologiques de la notion de famille dans la législation française », *L'Année sociologique*, 1960, P.U.F., Paris, 1961, pp. 79-107.

¹⁵⁹⁸ DE SINGLY F., « Qu'est-ce qu'un bon parent ? » in CHOAIN C., DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *L'autorité parentale en question*, Presses Universitaires de Septentrion, 2003, p. 22.

¹⁵⁹⁹ Commission fédérale pour l'enfant et la jeunesse CFEJ, Suisse, *A l'écoute de l'enfant, le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et d'être entendu*, 2010, p. 13.

¹⁶⁰⁰ Ce vocabulaire, selon certains auteurs, confond « les notions de politique et de vie privée, les droits et les obligations du citoyen et l'intimité de la famille », voir BECK U., « Democratization of the family », *Childhood*, vol. 4 (2), pp. 151 – 168, p. 151.

¹⁶⁰¹ Art. 12 CDE.

vision d'enfant au sein de la famille suppose que nous repensions les concepts précédemment pris pour acquis, y compris les notions d'autonomie de la famille (§1) et de parentalité (§2).

§1. La redéfinition de l'autonomie de la famille

Selon Robert Dingwall, John Eekelaar et John Murry reste récurrente la nature du dilemme étatique qui « *consiste à concilier le principe selon lequel l'éducation des enfants peut devenir un problème public (nécessitant l'intervention de l'État) sans pour autant détruire l'idéal de la famille* »¹⁶⁰². « L'autonomie de la famille », « l'intimité de la famille », « la vie privée de la famille »¹⁶⁰³ ou bien « la solidarité de la famille »¹⁶⁰⁴ sont des déclinaisons terminologiques du même concept. Il ne s'agit pas, en réalité, d'une notion négative (A). Il ne faut pas la voir, d'emblée, en tant qu'un phénomène qui s'oppose aux droits de l'enfant. Le grand défi est de trouver le moyen qui permettrait à l'État de jouer le double rôle, celui de protéger les droits de l'enfant en tant qu'individus et celui de respecter la vie privée des familles (B).

A. Les principes de l'autonomie de la famille

Le concept d'autonomie de la famille n'est pas simple. D'habitude, il est appréhendé en tant que politique de non-intervention de l'État dans les affaires internes de la famille. En réalité, l'autonomie de la famille peut accepter différents degrés d'immixtion publique dans la sphère privée (1), l'argumentaire étant pour la plupart assez semblable (2).

1. Les formes de la relation État – Famille

Il est vraiment très important de trouver une harmonie dans la relation entre l'État et la famille au sujet de l'éducation de l'enfant. Il apparaît clair qu'il est nécessaire de renoncer à certains principes qui ne prennent pas en compte l'autonomie de l'enfant (b), mais il serait également

¹⁶⁰² EEKELAAR J., DINGWALL R., MURRAY T., *The protection of children: State intervention and Family Life*, Blackwell, Oxford, 1983, p. 215. Original: « *For the liberal, however, the unresolved problem is how childrearing can be made into a matter of public concern and its qualities monitored without destroying the ideal of the family as a counterweight to state power, a domain of voluntary, self-regulating actions* ».

¹⁶⁰³ WOOD COLBY K., « When the Family Does Not Pray Together: Religious Rights within the Family », 5 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1982, p. 70.

¹⁶⁰⁴ SMYCZYNSKI T., *préc.*, p. 91. V. aussi BARLOW A., « Solidarity, Autonomy and Equality: Mixed Messages for the Family », 27 *Child and Family Law Quarterly*, 2015, p. 223.

extrémal de laisser intervenir l'État d'une façon incontrôlée¹⁶⁰⁵. Il existe, en effet, plusieurs modèles d'approche sur le besoin d'intervention de l'État (a).

a) L'évolution de l'intervention de l'État dans la famille

L'intervention de l'État au sein d'une famille, pour assurer la protection de l'enfant, est relativement récente, tout en restant subsidiaire. Elle est le fruit d'une longue évolution liée à la conception de l'autorité parentale et de l'enfant. Selon le doyen Carbonnier¹⁶⁰⁶, la famille représentait un lieu privilégié de « non-droit »¹⁶⁰⁷. Toutefois, pour le Comité des droits de l'enfant, une telle définition pourrait être qualifiée de « préoccupante »¹⁶⁰⁸.

Historiquement, l'Europe a connu divers modèles de relation État-parents-enfant ou bien État-famille, qui selon la période ont eu une présence plus ou moins importante. Dans son ouvrage *Perspectives in child care policy*¹⁶⁰⁹, Lorraine Fox Harding développe et propose une classification en quatre volets des concepts du rôle de l'État dans le développement de l'enfant.

La perspective « Laissez-faire et patriarcat », populaire au XIX^{ème} et fin du XX^{ème} siècle, représente selon Fox Harding la forme la plus accomplie du respect de l'autonomie familiale. Vu cette politique, l'intervention de l'État devrait être minimale, acceptable que dans des circonstances extrêmes. La perspective « Paternalisme étatique et protection de l'enfant » est associée à la croissance de l'intervention de l'État dans le bien-être social. C'est une politique identifiée surtout à la fin du XIX^e et au XX^e siècle, qui légitime une intervention large de l'État dans la famille afin de protéger et prendre soin des enfants. Cette forme d'intervention se

¹⁶⁰⁵ Les approches connues comme « My home is my castle » (Proverbe anglo-saxon, traduit comme « Ma maison est mon château » signifie que vous pouvez faire ce que vous voulez chez vous) et « The home is in fact the most dangerous place in modern society » (GIDDENS A., *Sociology*, Cambridge: Polity Press, 1989, p. 498) représentent en effet des modèles plutôt extrêmes d'intervention de l'État dans la famille.

¹⁶⁰⁶ J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, Arch. philo. dr., t. 8, 1963, p. 55.

¹⁶⁰⁷ L'hypothèse du non-droit, selon Jean Carbonnier, est l'idée d'un espace d'où le droit étatique choisit de se retirer pour que d'autres normes puissent s'y installer pour organiser les rapports entre individus. Il affirme qu'« [e]n libérant certains comportements de la sanction juridique, le législateur a entendu les renvoyer à d'autres systèmes normatifs, mœurs, morale, religion. [...] L'espace de liberté qui a dégagé pourrait bien être occupé par des normes collectives, des pouvoirs moraux, les médias, l'école et l'église ». Voir CARBONNIER J., *Droit civil : la famille*, t. 2, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 24. Aussi, « il y a de longs jours de non-droit, pour quelques instants de droit », dans CARBONNIER J., *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, L. G. D. J., 4e éd., Paris, 1979, p. 28.

¹⁶⁰⁸ V. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Quarante-huitième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales: Géorgie, CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 25; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Quarante-cinquième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Kazakhstan, CRC/C/KAZ/CO/3, 19 juin 2007, § 30, etc. : « Le Comité note avec préoccupation que les attitudes traditionnelles de la société empêchent souvent les enfants d'exercer leurs droits d'exprimer librement leur point de vue au sein de la famille ».

¹⁶⁰⁹ FOX HARDING L., *Perspectives in child care policy*, Routledge, 1997, p. 9.

présente comme autoritaire et la place des parents biologiques se retrouve souvent sous-évaluée. Notamment, les soins des parents peuvent être facilement substitués s'ils sont considérés comme inadéquats. La perspective « Défense moderne de la famille biologique et des droits des parents » est associée à l'expansion des États-providence après la Seconde Guerre mondiale. La distinction primordiale entre celle-ci et « Laissez-faire » réside dans le contexte particulier d'après-guerre qui légitime l'intervention de l'État considérée comme « *idéalement de nature solidaire, contribuant à la défense et à la préservation des familles biologiques* »¹⁶¹⁰. Enfin, la perspective « Droits de l'enfant et libération des enfants », de plus en plus influente, considère l'enfant en tant que sujet, disposant des droits qui ressemblent aux droits de l'adulte.

L'État dispose actuellement des instruments légaux qui lui permettent de s'ingérer dans la famille tout en la respectant afin de protéger les droits de l'enfant. Généralement, les théoriciens relèvent trois principes qui permettent de garder un équilibre : le principe de subsidiarité qui suppose d'intervenir uniquement si les parents ne peuvent ou refuse de remédier la situation ; le principe de complémentarité qui consiste dans un compliment ou une aide à accorder aux parents afin qu'ils exercent leurs responsabilités parentales d'une manière convenable ; le principe de proportionnalité suppose une intervention de l'État par rapport au but à atteindre et en fonction du danger encouru par l'enfant¹⁶¹¹. Dans tous les cas de l'ingérence de l'État dans la famille, il devrait y être une opposition flagrante des parents au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, souvent confondu avec leur propre intérêt. Or, les fusions traditionnelles parents-enfant s'avèrent être contraires aux droits de l'enfant.

b) L'évolution de la fusion enfant-parent

Autrefois, à l'époque paternalisme accru, l'intérêt de la famille résidait dans l'intérêt du père. Ainsi que le faisait alors remarquer Yves Leguy, « *au XIXème siècle, le père, titulaire de la puissance paternelle en même temps que la puissance maritale, a donc la direction presque incontrôlée de la famille et l'intérêt de l'enfant n'est alors pas dissociable des intérêts familiaux* »¹⁶¹².

La consécration des droits de l'enfant met fin à ce modèle des relations familiales, aussi bien comme elle désacralise la fusion mère-enfant existante dans les esprits des gens et dans les

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ FREYSINGER O., « Pour l'amour de l'enfant... », in Jaffé P. D., Levy B., Moody Z., Zermatten J. (dir.), *Enfant, Famille, Etat : Les droits de l'enfant en péril ?*, Actes du 6e Colloque printanier de l'Institut universitaire Kurt Bösch et de l'Institut international des Droits de l'Enfant 22 et 23 mai 2014, p. 9.

¹⁶¹² LEGUY Y., *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, Thèse Rennes, 1973, p. 9.

traditions juridiques de plusieurs pays. En Russie, par exemple, le Code du mariage et de la famille de 1969¹⁶¹³, qui a été par la suite modifié, définissait la protection des intérêts des mères et des enfants comme l'un des principaux objectifs de la politique de l'État. Malgré une séparation des intérêts de l'enfant de la mère dans la lettre de la loi¹⁶¹⁴, la protection des enfants a été traditionnellement comprise comme une partie cohérente de la protection de la maternité¹⁶¹⁵. Dans une telle situation exclusivement protectrice il n'y avait pratiquement pas de place pour l'enfant d'avoir ses propres droits et intérêts¹⁶¹⁶. Personne ne pouvait imaginer que les intérêts de la mère et ceux de ses enfants pourraient être en conflit ou que l'enfant pourrait avoir ses propres droits. Ultérieurement, le Code du mariage et de la famille russe révisée le 4 décembre 1979 a reconnu l'égalité en droits du père et de la mère¹⁶¹⁷ et a affirmé que « *l'exercice des droits des parents ne peut pas contrevenir aux intérêts de l'enfant* »¹⁶¹⁸. Enfin, la nouvelle loi adoptée en 1995¹⁶¹⁹ consacre le droit de l'enfant d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant, ainsi que d'être entendu au cours de toute procédure judiciaire ou administrative¹⁶²⁰.

Même si, en vertu de la nouvelle lecture des droits, les fusions parents-enfants sont contraires à l'autonomie de l'enfant, le lien psychologique existant entre le mineur et sa mère demeure singulier. Ce fait est peut-être déterminé par les circonstances physiologiques de la naissance de l'enfant. Il nous semble que c'est ainsi que la CourEDH a vu ce lien entre la mère et son enfant nouveau-né dans l'affaire *Sayan c. Turquie*¹⁶²¹. En l'espèce, même si en évitant de se prononcer sur la qualification du fœtus en tant que personne au sens de l'article 2 de la convention, elle estime que « *la vie du fœtus en question était intimement liée à celle de Mme*

¹⁶¹³ Toutes les républiques de l'Union soviétique ont adopté cette loi en 1969-1970.

¹⁶¹⁴ Voir article 53 du Code russe du Mariage et de la Famille de 1969 ("Кодекс о браке и семье РСФСР" (утв. ВС РСФСР 30.07.1969) (ред. от 07.03.1995, с изм. от 29.12.1995)).

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, article 1 et article 5.

¹⁶¹⁶ KHAZOVA O., « The UN Convention on the Rights of the Child and Russian Family Law », in FREEMAN M. D. A. (dir.), *Children's Rights: A Comparative Perspective*, Aldershot: Dartmouth, 1996, p. 213.

¹⁶¹⁷ Art. 54.

¹⁶¹⁸ Art. 52 : « Родительские права не могут осуществляться в противоречии с интересами детей ».

¹⁶¹⁹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019), Code de la Famille de la Fédération de la Russie, de 29.12.1995, révisé le 03.08.2018, entré en vigueur le 01.01.2019.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, art. 54 : « Ребенок вправе выражать свое мнение при решении в семье любого вопроса, затрагивающего его интересы, а также быть заслушанным в ходе любого судебного или административного разбирательства. Учет мнения ребенка, достигшего возраста десяти лет, обязателен, за исключением случаев, когда это противоречит его интересам. В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом (статьи 59, 72, 132, 134, 136, 143, 145), органы опеки и попечительства или суд могут принять решение только с согласия ребенка, достигшего возраста десяти лет. »

¹⁶²¹ CourEDH, *Sayan c. Turquie*, 16 octobre 2016. Sur ce sujet voir SAHEB-GHEZALI L., « La CEDH statue sur le droit à la vie de l'enfant à naître », *Revue droit § santé* n°75, pp. 45-47.

*Leyla Karataş et dépendait des soins prodigués à celle-ci. Or cette circonstance a été examinée sous l'angle de l'atteinte au droit à la vie de cette dernière. Partant, la Cour estime que le grief des requérants à cet égard n'appelle pas un examen séparé »*¹⁶²². Dans cette affaire, l'enfant est né mort. Nous nous interrogeons à juste titre comment la Cour aurait raisonné si le nouveau-né était décédé juste après sa naissance.

Malgré cette évolution d'approches, les adeptes d'une autonomie familiale classique sont assez nombreux. Or, le principe de l'autonomie familiale¹⁶²³, en réalité, confère à certains membres du groupe le pouvoir de prendre des décisions pour les autres. Il suppose que, en vertu de la protection de la vie privée, les parents doivent être libres d'élever leurs enfants sans ingérence excessive du gouvernement ou d'autres personnes extérieures, car il y a la présomption que les parents agissent dans le meilleur intérêt de leurs enfants.

2. Les justifications de l'autonomie de la famille

Une politique de non-intervention de l'État serait bénéfique, selon ses adeptes, à tous les membres de la famille **(a)**. Toutefois, le concept de non-intervention de l'État peut perdre son sens dans le contexte où l'inaction de l'État affecte la famille tout autant que l'action de l'État¹⁶²⁴. Cette philosophie est adoptée par la CourEDH qui développe la théorie des obligations positives et négatives de l'État **(b)**.

a) Une justification positive de l'autonomie de la famille par ses adeptes

La valeur positive attribuée à la vie privée familiale par les théories précédentes suppose que tout contact porté par la sphère publique dans le privé sera potentiellement dommageable. Certains adeptes de l'autonomie de la famille soutiennent que celle-ci est avant tout bénéfique pour l'enfant. Selon eux, les parents doivent se sentir « *confortable et confiant quant à leur éducation. Tout ce qui porte atteinte à ce sentiment de confiance aura des répercussions extrêmement graves sur leurs enfants* »¹⁶²⁵. Plus nombreux sont cependant ceux qui construisent leur argumentation de la perspective exclusive des droits des parents. Par exemple, dans un ouvrage célèbre, les auteurs, adeptes d'une intervention minimale de l'État dans la

¹⁶²² *Ibid.*, § 125.

¹⁶²³ Aussi, « family privacy » dans la littérature anglo-saxonne ; le « droit à la vie privée », dans la littérature française.

¹⁶²⁴ OLSEN F. E., « The Myth of State Intervention in the Family », 18 *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1985, p. 835.

¹⁶²⁵ WATSON A. S., « Children, Families, and Courts: Before the Best Interests of the Child and Parham v. J. R. », *Virginia Law Review*, vol. 66, n°3, 1980, p. 665.

famille affirment que « toute interférence dans l'intimité de la famille altère les relations entre les membres de la famille et sape les effets de l'autorité parentale »¹⁶²⁶. Ainsi, selon cette approche, nier l'autonomie de la famille rime avec l'attaque à l'autorité parentale¹⁶²⁷. Mieux encore, dans son œuvre *What's wrong with children's rights*, Martin Guggenheim, très attaché à cette théorie, est d'avis que « le droit d'avoir et d'élever des enfants est au cœur de l'autonomie d'un individu, car il lui permet de choisir le type de vie qui a le plus de sens ». En effet, il met l'accent sur l'importance de la relation parent-enfant pour le développement exclusif de l'autonomie de l'adulte. Pour renforcer ce constat, il cite le professeur David Richards¹⁶²⁸ qui voit l'enfant en tant que moyen ou bien le « test de la vie et des aspirations de chacun »¹⁶²⁹. Une telle position contrevient, selon nous, à l'objectif de la CDE dont les travaux préparatoires témoignent d'une certaine indifférence pour les droits des adultes¹⁶³⁰. L'article 18 de la CDE, par exemple, n'est pas sur les droits et les responsabilités des parents. Ses mots clés sont « élever l'enfant et assurer son développement ». C'est un message qui en revanche a été bien compris par la Cour de Strasbourg.

b) Un manque de justification pour l'autonomie de la famille dans la jurisprudence de la CourEDH

Dans une première affaire de la CourEDH qui met en exergue la responsabilité du parent face à l'autonomie de l'enfant, la Cour déclare que « l'exercice des droits parentaux représente un élément fondamental de la vie familiale ». De surcroît, elle décrit d'une façon plus détaillée la façon dont ils sont mis en œuvre au sein d'une famille européenne. Selon la Cour, « dans les États contractants, la vie familiale englobe un large éventail de droits et obligations parentaux en matière de garde des enfants mineurs. Pour s'occuper d'un enfant et l'éduquer, ses parents ou l'un d'eux doivent d'ordinaire, par la force des choses, décider où il résidera et imposer, ou autoriser des tiers à imposer, diverses restrictions à sa liberté. Il lui faut par exemple, à l'école

¹⁶²⁶ GOLDESTEIN J., FREUD A., SOLNIT A. J., *Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant, La vie de l'enfant* - Collection sous la direction du docteur Michel Soulé, Les Éd.s ESF, 1983, p. 31.

¹⁶²⁷ Certains doctrinaires sont convaincus que reconnaître des droits à l'enfant était préjudiciable non seulement à la famille, mais à la société en général. Par exemple, SCHRAG F., « Children: Their Rights and Needs », in Aiken W., LaFollette H. (dir.), *Whose Child: Children's Rights, Parental Authority, and State Power*, Totowa, NJ: Rowman and Allenheld, 1980, pp. 246-7.

¹⁶²⁸ RICHARDS D. A. J., « The Individual, the Family, and the Constitution: A Jurisprudential Perspective », 55 *New York University Law Review*, 1, 1980, p. 28: « Child rearing plays a special role in the adult individual's development. It is one of the ways in which many people fulfill and express their deepest values about how life is to be lived. To this extent, one's children are the test of one's life and aspirations. »

¹⁶²⁹ GUGGENHEIM M., *What's wrong with children's rights*, Harvard University Press, 2005, p. 32.

¹⁶³⁰ ALSTON P., « Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant », in *Bulletin des droits de l'Homme* 91/2, Les droits de l'enfant, ONU, 1992, p. 13.

ou dans un autre établissement d'enseignement ou de loisirs, se plier à certaines règles qui limitent sa liberté, de mouvement ou autre. De même, il peut lui arriver de devoir être hospitalisé en vue d'un traitement médical. La Convention, en particulier son article 8 (art. 8), reconnaît et protège la vie familiale ainsi comprise, et notamment le droit des parents à user de leur autorité sur leurs enfants, compte tenu de leurs responsabilités corrélatives ». Ce premier regard plutôt paternaliste sur le rapport enfant-parent au sein de la famille subira par la suite des évolutions.

La CourEDH ne connaît pas le concept d'autonomie familiale. Dans la plupart des affaires de droit de la famille qui concernent directement des allégations d'ingérence injustifiée des autorités dans la « vie privée et familiale », la Cour distingue les obligations positives et négatives d'ingérence dans la vie privée et familiale de l'enfant ou du parent. Les dernières consistent dans l'abstention par les autorités étatiques de prendre des mesures ou des décisions arbitraires. Toutefois, la Cour reconnaît que dans ce domaine du droit, les autorités peuvent aussi avoir une obligation positive d'intervenir dans la vie familiale « inhérente à un « respect » effectif de la vie familiale »¹⁶³¹. En effet, il peut y avoir des situations où les responsabilités parentales perdent leurs qualités intrinsèques, à l'exception du côté affectif. Par exemple, en droit des étrangers, l'État aura l'obligation positive d'intervenir dans une famille de demandeurs d'asile afin de l'aider et soutenir ou bien lors de la détention des parents par la police, afin de protéger l'enfant mineur¹⁶³². Aussi, selon la Cour, l'État devrait procéder à une balance des droits du parent et ceux de l'enfant. Sur la base de ces considérations, les autorités peuvent s'immiscer dans la vie privée et familiale du parent et permettre aux droits de l'enfant de prévaloir sur ceux du parent. C'est aussi la dernière catégorie spécifique de l'article 8.2, qui appelle les autorités à intervenir pour protéger « les droits et libertés des tiers ». La Cour explique, dans ce sens « Que l'on aborde la question sous l'angle d'une obligation positive de l'État – adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu en vertu du paragraphe 1 de l'article 8 – ou sous celui d'une obligation négative – une « ingérence d'une autorité publique », à justifier selon le paragraphe 2 – , les principes applicables sont assez voisins »¹⁶³³.

¹⁶³¹ CourEDH, *Keegan c. Irlande*, préc., § 49 ; CourEDH, *Maire c. Portugal*, préc., § 69.

¹⁶³² Voir par exemple CourEDH, *Hadzhieva c. Bulgarie*, 1er février 2018.

¹⁶³³ CourEDH, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, préc., § 123.

Cette distinction d'intérêts au sein de la même famille s'oppose clairement au concept d'autonomie familiale dans son sens traditionnel, mais répond favorablement, sous certaines conditions, aux exigences du respect de l'autonomie de l'enfant.

B. L'autonomie de la famille face à l'autonomie de l'enfant

Après l'adoption de la CDE, la famille acquiert une nouvelle caractéristique. Avant d'être un « lieu privilégié des solidarités »¹⁶³⁴, la famille moderne s'appuie sur la participation de ses membres et sur un processus de négociation : les parents doivent prendre en compte les opinions et les souhaits de l'enfant¹⁶³⁵ (1). Si on adopte la conception de la famille axée sur la personnalité de chacun de ses membres, alors aucun ne devrait se voir imposer un choix qui n'est pas le sien¹⁶³⁶. L'enfant est donc considérée comme plus qu'un membre d'une famille autonome et privée. D'après certains auteurs¹⁶³⁷, la Convention est clairement construite sur le principe des enfants comme des individus indépendants dont les droits peuvent dépasser ceux de la famille dont ils font partie (2).

1. La construction d'un modèle familial autonome

Un nouveau modèle familial suppose de revoir le concept de paternalisme dans la famille (a) et de mettre l'accent sur l'égalité de tous ses membres (b).

a) La révision du paternalisme familial

La famille, d'habitude, se construisait sur le concept de paternalisme ou de protection, c'est-à-dire l'action de défendre quelqu'un, en l'occurrence l'enfant, contre un danger. Mais le terme de protection peut aussi désigner « l'action de favoriser la naissance ou le développement de quelque chose »¹⁶³⁸, par exemple de l'autonomie de l'enfant. Dans cette seconde acception, la protection peut alors viser à préserver, si ce n'est à encourager, promouvoir la capacité de

¹⁶³⁴ SMYCZYNSKI T., *préc.*, p. 91.

¹⁶³⁵ TOMANOVIĆ-MIHAILOVIĆ S., « Young people's participation within the family: Parents' accounts », *The International Journal of Children's Rights* 8, 2000, pp. 151-167.

¹⁶³⁶ BUCHER A., « Intégration sociale et culturelle de la famille », *préc.*

¹⁶³⁷ COHEN C. P., NAIMARK H., « United Nations Convention on the Rights of the Child: Individual rights concepts and their significance for social scientists », *American Psychologist*, 46(1), 1991, pp. 60-65. ; Melton G. B., « Preserving the dignity of children around the world: The U.N. Convention on the Rights of the Child », *Child Abuse & Neglect*, vol. 15, Issue 4, 1991, pp. 343-350.

¹⁶³⁸ PAILLET E., « L'opposition de la personne majeure vulnérable à sa protection », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, 2012, p. 537.

l'enfant à être sujet, singulièrement de droit, et à faire prévaloir le respect de sa volonté. C'est ce qu'on appelle le modèle autonome de protection de l'enfant, le modèle familial idéal qui ferait disparaître le soi-disant conflit entre les droits de protection et les droits à l'autodétermination de l'enfant au sein de la famille¹⁶³⁹.

La Commission européenne des droits de la famille a pris en compte, à juste titre, l'importance du respect de l'autonomie de l'enfant dans la famille et l'a inclus explicitement dans ses principes de droit européen de la famille concernant la responsabilité parentale¹⁶⁴⁰. Selon la Commission, « *l'autonomie de l'enfant est respectée en tenant compte de la capacité et du besoin croissants de l'enfant d'agir de façon indépendante* »¹⁶⁴¹. En effet, la Commission adopte une vision de l'autonomie de l'enfant très proche de celle de la CDE, en mettant l'accent non pas sur l'âge, mais sur les capacités évolutives de l'enfant. De même, elle ne donne pas une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant et ne l'associe pas aux responsabilités parentales, ce que signifierait que son interprétation et son étendue ne sont pas l'adage unique des parents. Cette vision « européenne » et moderne de la vie familiale prône ainsi une égalité en droits de tous ses membres.

b) La mise en œuvre du principe de non-discrimination

Le concept d'égalité a été insuffisamment développé par le droit régional et international des droits de l'Homme afin de lutter efficacement contre la discrimination des enfants. L'absence d'une Observation Générale du Comité des droits de l'enfant sur ce sujet en est la preuve, comme l'omission, *ab initio*, de prévoir dans la CDE le concept d'égalité devant la loi. Cependant, le principe de l'égalité de tous les membres d'une famille est relevé dans le Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme, selon lequel : « *la protection de la famille dans le droit international est indissociable du principe d'égalité, notamment de l'égalité des sexes, et de la protection de chaque membre de la famille contre toutes les formes de discrimination, de violence ou de maltraitance dans le milieu familial* »¹⁶⁴². De même, l'article 2.2 de la CDE consacre le principe de non-discrimination et oblige « *les États parties*

¹⁶³⁹ ROGERS C. M., WRIGHTSMAN L. S., « Attitudes toward Children's rights: nurturance or self-determination? », *Journal of social issues*, vol. 34, n°2, 1978.

¹⁶⁴⁰ BOELE-WOELKI K., MARTINY D., « The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities », *ERA Forum* 8, 2007, p. 128.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, principe 3:4.

¹⁶⁴² Conseil des droits de l'homme, Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Protection de la famille : contribution de la famille à la réalisation du droit à un niveau de vie suffisant pour ses membres, en particulier par son rôle dans l'élimination de la pauvreté et dans la réalisation des objectifs de développement durable*, A/HRC/31/37, 29 janvier 2016, § 23.

à prendre 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 ». Le Comité des droits de l'enfant a souligné que le principe de non-discrimination devait être appliqué non seulement par l'État, mais aussi par les établissements privés et par les individus¹⁶⁴³. C'est une observation particulièrement valable au sein d'une famille. Elle est davantage renforcée par les explications du Comité, qui faute d'une définition de la discrimination¹⁶⁴⁴, soutient que « la discrimination fondée sur toute considération visée à l'article 2 de la Convention, qu'elle soit déclarée ou dissimulée, est un affront à la dignité humaine ¹⁶⁴⁵ ». La différence de traitement ou de distinction en jeu peut couvrir tout type de traitement, y compris le manque d'égalité entre l'enfant et l'adulte dans la famille. Le premier paragraphe ne considère la discrimination que par rapport à la jouissance des droits énoncés dans la Convention, alors que le second paragraphe demande des mesures contre « toutes formes de discrimination » et ne se borne pas aux points envisagés par la Convention.

L'article 2.2 mentionne une forme particulière de discrimination, toute forme de châtement lié aux parents de l'enfant ou au statut de tuteur. Il s'agit d'une dimension spécifique de l'enfant, supplémentaire du principe de non-discrimination qui met l'accent sur le regard spécifique de la société sur le statut de l'enfant.

En réalité, il est très difficile de mettre en œuvre ce principe. Le rôle du Comité est de surveiller les progrès accomplis par les gouvernements dans l'établissement et la mise en œuvre de normes liées aux droits de l'enfant, mais non pas de surveiller le comportement des parents pris individuellement¹⁶⁴⁶. Toutefois, le Comité peut et doit encourager les États parties à promouvoir un exercice responsable et approprié du rôle de parents et à aider les familles à assumer leurs responsabilités à cet égard.

¹⁶⁴³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Douzième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Zimbabwe, 7 juin 1999, CRC/C/15/Add.55, § 12.

¹⁶⁴⁴ Selon le Comité des droits de l'Homme par « discrimination » il faut entendre toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur une quelconque considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre

¹⁶⁴⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°1, préc., § 10.

¹⁶⁴⁶ Art. 44.1 CDE : « Les États parties s'engagent à soumettre au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits ».

2. L'intérêt de l'enfant séparé de l'intérêt des parents

Ce qui est fondamentalement important pour l'autonomie de l'enfant est non seulement de reconnaître que les enfants ne sont pas la propriété de leurs parents, mais que leur identité distincte et indépendante devrait être reconnue par la loi¹⁶⁴⁷. L'implication de cette perception va dans le sens de la reconnaissance d'un intérêt de l'enfant séparé de celui de ses parents et l'affaiblissement du concept d'intérêt de la famille (a). La jurisprudence de la CourEDH est très révélatrice de la séparation des intérêts des membres de la même famille. Ce constat est confirmé par l'approche adoptée par la Cour de Strasbourg afin de résoudre les conflits issus dans le contexte de l'article 8 de la convention (b).

a) La désuétude du concept d'intérêt de la famille

Naguère, l'intérêt de la famille en tant que critère d'appréciation judiciaire était fréquemment appliqué par le juge français¹⁶⁴⁸. La famille était ainsi reconnue en tant que détentrice de son propre intérêt à défendre et à protéger. On observait que les membres de la famille, quant à eux, étaient susceptibles d'y porter atteinte. Les intérêts de la famille et ceux de ses membres étaient donc distincts, parfois opposés. Il y a eu, de surcroît, plusieurs mentions de l'intérêt de la famille dans l'ancien Code civil français¹⁶⁴⁹. Même si *de jure* cette référence a été maintenue dans le nouveau code exclusivement dans l'article 1397¹⁶⁵⁰, *de facto* elle échappe entièrement au juge¹⁶⁵¹.

La CourEDH fait également appel, même si très rarement, au concept d'intérêt de la famille. Dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas*¹⁶⁵², par exemple, la Cour ne distingue pas l'intérêt de l'enfant de celui de son parent. En l'espèce, le requérant de nationalité turque, marié à une néerlandaise avec laquelle il avait deux enfants en bas-âge, a invoqué devant la Cour la violation de sa vie privée et familiale comme suite à l'application par les autorités néerlandaises à son encontre

¹⁶⁴⁷ Recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, selon laquelle « *les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres* ».

¹⁶⁴⁸ Changement de régime matrimonial : irrecevabilité de la tierce opposition des enfants et appréciation de l'intérêt de la famille, Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ.24-11-1993, n° 92-21.712, Recueil Dalloz 1994 p. 342.

¹⁶⁴⁹ Art. 217, 220-1, 1397, 1429, 2139, 2163 CCiv.

¹⁶⁵⁰ Art. 1397 CCiv : « *Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié. À peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire (...)* »

¹⁶⁵¹ HAUSER J., « La disparition de l'intérêt de la famille dans le changement de régime matrimonial ? », *RTD Civ.* 2013, p. 590.

¹⁶⁵² CourEDH, *Üner c. Pays-Bas [GC]*, 18 octobre 2006.

d'une mesure d'interdiction du territoire pour dix ans. Cette décision des autorités était déterminée par le comportement criminel du requérant, en l'occurrence le plus grave – un homicide involontaire et de coups et blessures graves, infraction pour laquelle il a purgé une peine de 5 ans de prison. La Grande Chambre de la CourEDH est partie, dans son raisonnement, du principe de la marge nationale d'appréciation dans les questions de l'immigration¹⁶⁵³. Toutefois, elle n'ignore pas l'étude de l'intérêt des enfants du requérant expulsé, qui selon elle consiste de rejoindre leur père en Turquie, car « *étant donné qu'ils possèdent la nationalité néerlandaise, ils pourraient – s'ils suivaient leur père en Turquie – revenir aux Pays-Bas régulièrement pour rendre visite aux membres de leur famille résidant dans ce pays* »¹⁶⁵⁴. Globalement, selon la Cour, les considérations du maintien de l'ordre public « *l'emportaient sur les intérêts de la famille* »¹⁶⁵⁵. Cette confusion des intérêts des membres de la même famille est comprise par la Cour en tant qu'intérêt familial¹⁶⁵⁶, mais elle s'avère être contraire aux droits de l'enfant. En effet, Eekelaar observe à juste titre qu'une telle solution est déterminée par la conviction de la Cour que « *l'impact sur les enfants n'était pas suffisamment grave pour éliminer les motifs sérieux d'expulsion* »¹⁶⁵⁷. Toutefois, nous rejoignons l'opinion dissidente commune aux juges Costa, Zupančič et Türmen qui constate la méconnaissance par la Cour dans cette affaire de « *l'intérêt et du bien-être des enfants* »¹⁶⁵⁸.

En principe, nous ne rejetons pas la possibilité de l'existence d'une certaine mentalité spécifique à la famille, un paradigme familial ou une conception de vie. Le paradigme concerne avant tout les règles de construction des relations interpersonnelles, les modalités d'action dans différentes situations, etc., mais il est nécessaire que tous les membres de la famille les acceptent. Nous ne savons pas si la Cour avait employé l'expression dans ce même sens, en sachant que généralement elle raisonne en termes de balance des intérêts.

b) L'approche de la balance des intérêts

Selon Andrew Bainham, l'approche de la balance des intérêts de la CourEDH « *permet de reconnaître et de séparer expressément des droits individuels spécifiques (qui révèle) les*

¹⁶⁵³ *Ibid.*, § 54.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, § 64.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*

¹⁶⁵⁷ EEKELAAR J., « The role of the best interests principle in decisions affecting children and decisions about children », *International Journal of Children's Rights*, 23, 2015, p. 17 : « *the impact on the children was not sufficiently severe to overcome the serious grounds for the deportation* ».

¹⁶⁵⁸ CourEDH, *Üner c. Pays-Bas [GC]*, préc., Opinion dissidente commune aux juges Costa, Zupančič et Türmen, § 15.

différentes valeurs »¹⁶⁵⁹. En d'autres termes, en appliquant cette approche, la Cour entend les intérêts des parents et des enfants, considérés comme des droits¹⁶⁶⁰, sur un pied d'égalité. Elle fait appel au terme « juste équilibre »¹⁶⁶¹ ('fair balance') afin d'exprimer le caractère égalitaire de cet exercice. En effet, en vertu de l'approche des balances des droits, il n'est pas acceptable qu'un droit soit primordial par rapport à l'autre. Il est d'autant plus incompréhensible la position de la Cour dans l'affaire *Yousef c. Pays-Bas*¹⁶⁶² qui d'emblée, expressément, privilégie les droits de l'enfant à ceux des parents : « *La Cour réaffirme que lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant* »¹⁶⁶³.

De surcroît, cette incohérence est nourrie par une imprécision terminologique de la Cour qui est susceptible de déterminer un manque de compréhension des qualifications par rapport à l'article 8. Notamment, elle sème une confusion évidente entre « intérêt de l'enfant » et « intérêt supérieur de l'enfant », entre un droit de l'enfant et un principe ou une règle de procédure¹⁶⁶⁴. Dans l'affaire *Johnsen c. Norvège*, par exemple, la Cour attache « *une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent* »¹⁶⁶⁵. Cette affirmation de la Cour, en l'espèce, assimile l'intérêt supérieur de l'enfant à l'intérêt tout court, donc à un droit comme celui des parents (logiquement, car les adultes ne bénéficient pas du principe de l'intérêt supérieur). En revanche, dans un autre arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, la Cour distingue clairement les deux notions : « *Si les autorités nationales doivent s'évertuer à faciliter pareille collaboration, leur obligation de recourir à la coercition en la matière doit être limitée : il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés de ces mêmes personnes, et notamment des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 (art. 8) de la Convention.* »¹⁶⁶⁶ En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant trouve sa pertinence au moment où la Cour examine si une quelconque ingérence dans les droits des membres de la famille est justifiée comme « nécessaire » au sens

¹⁶⁵⁹ BAINHAM A., « Can we protect children and protect their rights? », *Family Law*, 2002, p. 288.

¹⁶⁶⁰ Sur la synonymie du droit et de l'intérêt, voir DUCOULOMBIER P., *Les conflits des droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011, p. 43.

¹⁶⁶¹ CourEDH, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 58.

¹⁶⁶² CourEDH, *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, § 73.

¹⁶⁶⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*, § 6.

¹⁶⁶⁵ CourEDH, *Johnsen c. Norvège*, *préc.*, § 78.

¹⁶⁶⁶ CourEDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, *préc.*, § 151 ; Voir également CourEDH, *Hokkanen c. Finlande*, *préc.*, § 58 ; CourEDH, *Scozzari et Giunta c. Italie [GC]*, *préc.*, § 221 ; CourEDH, *Nuutinen c. Finlande*, 27 juin 2000, § 128.

de l'article 8.2. Et surtout, il faudra garder à l'esprit que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'exclut pas que les droits des parents prennent le dessus. Autrement dit, l'application par la Cour de l'intérêt supérieur de l'enfant ne garantit pas que l'intérêt de l'enfant (son droit) l'emporte¹⁶⁶⁷. Cette approche garantit, en revanche, une prise en compte égalitaire de l'enfant en tant que détenteur des droits et une mise en œuvre correspondante des responsabilités parentales.

§2. La redéfinition des responsabilités parentales

La responsabilité de subvenir aux besoins physiques et émotionnels des enfants et de les protéger contre les préjudices incombe donc en premier lieu aux parents¹⁶⁶⁸¹⁶⁶⁹. Selon Hans Jonas, la responsabilité parentale est la plus exigeante est étendue de toutes, « *l'archétype intemporel de toute responsabilité* »¹⁶⁷⁰ (A). Sans énoncer en détail les droits et les responsabilités des parents, la CDE contribue pourtant au changement de vision du droit international sur la relation parent-enfant. Grâce à l'article 5, les droits parentaux sont limités de manière subtile, mais significative à ceux qu'ils « *soient compatibles avec les capacités évolutives de l'enfant* » et à l'orientation parentale « *des droits des enfants reconnus dans la Convention* » (B). Ainsi, certains auteurs considèrent la source de l'autonomie personnelle de l'enfant dans les relations avec les parents, qui mettent en œuvre les fonctions d'acceptation, de reconnaissance, de protection, de soutien affectif et de respect¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁷ CHOUDHRY S., FENWICK H., « Taking the rights of parents and children seriously: confronting the welfare principle under the Human Rights Act », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n°3, 2005, p. 473.

¹⁶⁶⁸ LANSDOWN G., *Les capacités évolutives de l'enfant*, Centre de recherche Innocenti, UNICEF, 2005.

¹⁶⁶⁹ Compte tenu de sa portée, le Comité d'experts de Québec sur la révision de la Loi sur la protection de la jeunesse recommande la reconnaissance du principe de primauté de la responsabilité parentale comme le deuxième principe en importance, après celui de l'intérêt supérieur de l'enfant. Voir « La protection des enfants au Québec, une responsabilité à mieux partager », *Rapport du comité d'experts sur la révision de la loi sur la protection de la jeunesse*, février 2004, p. 27.

¹⁶⁷⁰ JONAS H., *Le Principe responsabilité, Une éthique pour la civilisation technologique*, coll. : « Champs », France, Flammarion, 1995, p. 250.

¹⁶⁷¹ KARABANOVA O. A., POSKREBYSHEVA N. N., Adolescent Autonomy in Parent-child Relations, *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 86, 2013, p. 621.

A. Une parentalité responsable

Devenir parent suppose naturellement se procurer des responsabilités prévues par la loi **(1)**. Un parent responsable en revanche n'est pas forcément une notion juridique, elle peut en effet souvent dépasser les exigences légales **(2)**.

1. La responsabilité juridique du parent

L'étendue des droits et des obligations des parents est prévue par la loi **(a)**, mais elle découle généralement du rôle qu'on accorde à son statut dans la mission de développement de l'enfant **(b)**.

a) L'étendue des responsabilités parentales

Dans l'Observation générale sur l'article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'Homme déclare que « *la responsabilité d'assurer la protection nécessaire incombe à la famille, à la société et à l'État. Bien que le Pacte ne précise pas la répartition de cette responsabilité, il revient principalement à la famille, généralement censée comprendre toutes les personnes la composant dans la société de l'État partie concerné, et en particulier aux parents, de créer les conditions favorables au développement harmonieux de la personnalité de l'enfant et à l'exercice des droits reconnus dans le Pacte* »¹⁶⁷². Autrement dit, selon le droit international, les enfants sont placés sous l'autorité principale de leurs parents, et la responsabilité de l'État se réduit à intervenir lorsque la famille manque à l'obligation de protéger les droits fondamentaux de l'enfant. La CDE reconnaît la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents de « *donner à l'enfant 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* »¹⁶⁷³. Comme les parents sont censés de connaître mieux les capacités de l'enfant, c'est eux qui doivent déterminer en principe le moment de transfert de leur responsabilité à leurs enfants.

Les parents ne sont pas expressément mentionnés au paragraphe 1 de l'article 3¹⁶⁷⁴, mais « *ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Les parents qui respectent les droits et la compétence de leurs enfants sont de plus en plus obligés d'accepter

¹⁶⁷² CDH, OG n°17, préc., § 6.

¹⁶⁷³ Art. 5 CDE.

¹⁶⁷⁴ Article 3.1 CDE : « *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.* »

l'amenuisement de leur propre autorité et de l'ancienne dépendance de leur enfant¹⁶⁷⁵. De ce fait, à part le devoir de protéger son enfant, la responsabilité parentale implique également la prise en compte du point de vue de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant décrit ainsi la relation enfant-parent au sein de la famille « *Plus les connaissances, l'expérience et la compréhension de l'enfant sont étendues, plus l'orientation et les conseils donnés par le parent, le tuteur légal ou les autres personnes légalement responsables de l'enfant doivent se transformer en rappels et suggestions et ultérieurement en échange sur un pied d'égalité. Cette transformation n'a pas lieu à un moment fixe du développement d'un enfant, mais se fait progressivement à mesure que l'enfant est encouragé à donner ses opinions.* »¹⁶⁷⁶

Il n'y a pas beaucoup de pays qui ont légiféré sur les devoirs précis de la fonction parentale. En revanche, le droit de l'enfant à la participation aux décisions qui le concernent illustre le fait que l'enfant est au centre de l'autorité parentale¹⁶⁷⁷. Il existe des opinions comme quoi les parents ont, vis-à-vis de leurs enfants, une « position de garant quant à la garde ». Ainsi, l'article 272 CC suisse prévoit l'obligation des parents de protéger leurs enfants des dangers qui menaceraient leur vie et leur santé¹⁶⁷⁸. À l'instar de la norme suisse, l'article 371.1 du Code Civil français dispose que les parents doivent protéger l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ».

La loi française du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, par exemple, révisé l'approche traditionnelle des devoirs des parents en intégrant les droits affirmés par la CDE. Désormais, l'autorité parentale qui remplace la « puissance parentale » est « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère 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 de sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité.* »

L'idée générale, défendue par Fortin, comme quoi « *les enfants pourraient en effet avoir certains droits à l'autodétermination fondés sur leur intérêt pour le choix, sans avoir le droit à*

¹⁶⁷⁵ ALDERSON P., « Young Children's Human Rights: a sociological analysis », *International Journal of Children's Rights*, vol. 20 (2), 2012, pp. 177-198.

¹⁶⁷⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°12, *préc.*, § 84.

¹⁶⁷⁷ DAADOUCHE C., *L'autorité parentale*, Éd.s MB Formations, 2004, p. 21.

¹⁶⁷⁸ TRECHSEL S., SCHLAURI R., *Les mutilations génitales féminines en Suisse, Expertise juridique*, UNICEF, 2004, p. 21.

*une autonomie complète*¹⁶⁷⁹», devrait s'appliquer en premier au sein de la famille. Ainsi, le nouveau rôle des parents c'est de balancer et apprécier les capacités de l'enfant au fur et à mesure de son développement afin de lui attribuer un par un des droits à l'autodétermination.

Ainsi, avec l'adoption de la CDE, la famille se voit octroyer le premier rôle non seulement dans la protection de l'enfant, mais aussi bien dans son émancipation. C'est ainsi que l'expression « *créer des conditions qui favorisent l'épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant* » du PIDCP devrait désormais s'interpréter. La famille représenterait ainsi la scène principale de l'exercice des droits participatifs de l'enfant et le rôle des parents est notamment d'aider les enfants à évoluer sur cette scène.

b) Le rôle des parents

En effet, le caractère relationnel de l'autonomie de l'enfant, ainsi que le rôle prioritaire de la famille dans le développement et l'épanouissement de l'enfant ne supposent pas un droit des parents sur les actions ou les choix de l'enfant. Toutefois, l'enfant dépend de ses parents pour l'exercice de ces droits et libertés dans le sens donné par Lansdown qui suppose que les enfants ne sont pas laissés seuls « *à mener les batailles nécessaires pour obtenir le respect de leurs droits* »¹⁶⁸⁰. C'est surtout dans ce sens qu'on va lire le préambule de la CDE qui affirme que « *l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée (...)* ». Pour répondre à cette tâche, les parents sont dotés de certaines responsabilités¹⁶⁸¹, soigneusement énoncées à l'art. 5 et 18 de la CDE.

La CDE conceptualise, en vérité, une famille fondée sur des obligations réciproques. En dépit d'une première impression erronée sur le caractère unilatéral des responsabilités parentales, la convention ne sous-estime pas en effet le rôle des parents¹⁶⁸². Compte tenu du grand nombre des autres instruments internationaux répondant à cette demande, la CDE a été conçue principalement afin d'énoncer les droits de l'enfant.¹⁶⁸³ Toutefois, elle prévoit également des droits des parents. La dénomination des responsabilités des parents est préférable, dû à

¹⁶⁷⁹ FORTIN J., « Accommodating Children's rights in a post human rights act era », *The Modern Law Review*, vol. 69, nr. 3, p. 299.

¹⁶⁸⁰ LANDSDOWN G., *Promoting children's participation in Democratic Decision-Making*, Italy: UNICEF Innocenti Research Centre, 2001.

¹⁶⁸¹ La notion de responsabilité est plus opportune.

¹⁶⁸² HERRING J., « The abuse of parents by children » in Diduck A., Peleg N., Reece H. (dir.), *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy, Essays in Honour of Michael Freeman*, Brill Nijhoff, 2015, p. 469.

¹⁶⁸³ ALSTON P., *préc.*, p. 13.

l'affirmation de ces droits qui est en rapport avec les pouvoirs de l'État et non ceux de l'enfant¹⁶⁸⁴. Il peut paraître étrange d'attribuer des responsabilités par rapport à l'enfant à des personnes privées dans le cadre d'une convention internationale destinée aux États¹⁶⁸⁵. Pourtant, le principe de la responsabilité primaire des parents est important du point de vue de l'État, parce qu'il doit être à la base de toute la législation concernant les droits des parents.

Ainsi, bien que d'une manière plus modeste par rapport à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant¹⁶⁸⁶, la CDE réitère la place et les droits des parents en considérant nécessaire d'éduquer les enfants dans un esprit de respect envers eux¹⁶⁸⁷. Une affirmation semblable, bien que plus explicite, est prévue par exemple à l'article 371 du Code civil français qui dispose que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses pères et mères* ». Même si selon certains auteurs ces dispositions portaient des limites aux droits de l'enfant¹⁶⁸⁸, il nous semble qu'une telle position pourrait être débattue par l'argument du lien affectif particulier caractérisant l'institution de la famille. Encore que, pour mériter le respect de l'enfant, un bon parent devrait être raisonnable, donc responsable.

2. La définition du « parent responsable »

Malgré son apparente nature doctrinale **(a)**, le concept de « parent responsable » a été repris par les organisations internationales sous la dénomination de parentalité positive **(b)**.

a) Une définition doctrinale de la parentalité responsable

À juste titre, la doctrine s'interroge sur la légitimité d'une appréciation de la rationalité comportementale des parents et éventuellement d'une réaction légale de la part de l'enfant. Selon certains auteurs, la CDE offrirait un fondement légal qui permettrait à l'enfant de déclencher une intervention de l'État simplement en demandant à l'État de contrôler le « caractère raisonnable » de la conduite des parents par rapport à la vision de l'enfant de son

¹⁶⁸⁴ LANSDOWN G., *préc.*

¹⁶⁸⁵ Question soulevée lors des travaux préparatoires par le délégué des États-Unis d'Amérique, E/CN.4/1989/48, p. 48.

¹⁶⁸⁶ On peut supposer que le respect pour les parents, ses supérieurs et aînés, prévu dans l'article 31 de la Charte Africaine, peut réduire le contexte de reconnaissance des points de vue de l'enfant.

¹⁶⁸⁷ Art. 29.1.c) CDE : « 1. Les États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à : 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 ». Voir également Observation Générale n°1 sur le but de l'éducation, § 1 de l'article 29 (2001), CRC/GC/2001/1, 17 avril 2001.

¹⁶⁸⁸ DAADOUCHE C., *op. cit.*, p. 22.

intérêt supérieur¹⁶⁸⁹. Car les droits des enfants au sein de la famille sont une variante du thème des droits fondamentaux des enfants en vertu de la Convention¹⁶⁹⁰. Les enfants ont le droit que les parents répondent à leurs besoins fondamentaux - y compris leurs besoins en nourriture, en vêtements, en soins médicaux et en logement. Ils ont le droit d'être éduqués et formés à la citoyenneté indépendante. Ils ont droit à un nom et à une identité familiale et à la préservation des liens familiaux. Ils ont droit à la liberté de pensée. Ils ont le droit de développer une vie religieuse. Ils ont droit à l'intégrité corporelle et doivent être protégés des traitements et de l'exploitation durs. Le gouvernement et la famille participent au devoir de veiller à ce que ces droits et d'autres soient respectés. Mais c'est aux parents plutôt qu'à l'État de jouer un rôle central en donnant aux enfants une autonomie progressive¹⁶⁹¹. La métamorphose de l'enfant, de l'irrationnel au compétent, doit être surveillée par un parent attentif et proche, et non par un juge éloigné¹⁶⁹². Les parents doivent être attentifs à la façon dont leurs enfants se sont comportés dans le passé et être toujours attentifs à ce qu'ils puissent faire pour permettre à leurs enfants de prendre de meilleures décisions¹⁶⁹³.

Freeman se questionne sur ce qu'on entend par « *agir de manière responsable du point de vue parental* ». Il répond ainsi: « *To exercise parental responsibility is to put the interests and welfare of children or future children above one's own needs, desires or well-being. Welfare is, it must be accepted, an indeterminate and value-laden concept and the problems inherent in this cannot be ignored. But there is an irreducible minimum content to a child's well-being, and these must be satisfied by anyone carrying out the role of, or purporting to become, a parent. ... Responsible parents want their children to have good and fulfilling lives. They are*

¹⁶⁸⁹ HAFEN B. C., HAFEN J. O., « Abandoning Children to their Autonomy: The UN Convention on the Rights of the Child » 37, *Harvard International Law Journal*, 1996, p. 463.

¹⁶⁹⁰ Le Comité pour les droits de l'enfant le réitère dans chaque nouvelle observation générale.

¹⁶⁹¹ Nous nous sommes proposé, plus concrètement, d'illustrer très sommairement un comportement qui pourrait être qualifié comme découlant de la parentalité positive. Il se base sur le principe que si l'autonomie participative de l'enfant ne doit jamais être prohibée au sein de la famille, son droit à l'autodétermination devrait être mis en balance avec son intérêt supérieur. En l'occurrence, le choix vestimentaire par l'enfant, selon ses préférences, représenterait une forme d'expression de son autonomie participative. Le refus des parents de suivre la volonté de l'enfant peut être qualifié de violation de son droit à l'opinion, conformément à l'article 12 de la CDE. Cette illustration anodine représente, en réalité, le fondement des cas de figure plus compliqués. On peut, par exemple, faire valoir que lorsqu'un enfant malade refuse l'administration des médicaments, il est toujours dans son intérêt de lui prodiguer le soin contre son gré. Toutefois, sur la base du droit de l'enfant à la participation, on pourrait faire valoir que les opinions des enfants doivent être prises au sérieux et prises en compte. Cela signifie, dans le cas de figure présenté plus haut, d'essayer de trouver des alternatives médicamenteuses et des modes d'administration qui seraient susceptibles d'être acceptés par l'enfant (par exemple : suspension buvable au lieu des comprimés, un gout de médicament autre que celui contesté, etc.)

¹⁶⁹² WOOD COLBY K., *préc.*, p. 81: « *In the choice between the parent and the court as the decision-maker, there is no assurance that a court can decide better, or even less arbitrarily* ».

¹⁶⁹³ LAFOLLETTE H., « Circumscribed autonomy: Children, Care and Custody » in Bartowiack J., Narayan U. (dir.), *Having and Raising Children*, State College, PA: Penn State Press, 1998.

prepared to forget pleasures and make sacrifices to ensure their children are able to flourish »¹⁶⁹⁴. Dans le même sens, Jo Bridgeman décrit un parent responsable comme celui qui « *will respect their child as separate individual, connected to them but separate from them. They will recognize that is required of them in fulfilling their responsibilities will change with the age and circumstances of the child. The responsible parent will understand that in fulfilment of their responsibilities they will need the support of professionals who will bring their professional expertise to the child's care. The responsible parent will also recognize that there are some decisions about a child's future, including serious healthcare decisions with grave consequences for their child, which should be entrusted to an independent body making decisions according to a set of clear, comprehensive and developed principles. Children and their parents are surely entitled to decisions which are made by an independent body, comprehensive and principled; protective of rights, responsibilities and care* ». Plus spécialement, en se référant au droit à la santé de l'enfant, Jo Bridgeman souligne que « *Parents, 'acting in a parentally responsible manner' with respect to children's healthcare will respect their child's individuality, the changing needs of the child, the contribution of others to their child's care and the importance of independent review of decisions with grave consequences for the child's future* »¹⁶⁹⁵.

Ces définitions d'un parent responsable qui s'articulent sur l'idée du respect de l'enfant et de sa future autonomie ont trouvé la concrétisation dans plusieurs instruments internationaux.

b) Une définition légale de la parentalité responsable

La rationalité dans les actions des parents serait assimilée à la notion de « parentalité positive ». Le Comité des droits de l'enfant recommande, d'ailleurs, aux États, la dispense d'une éducation aux droits de l'enfant et à la parentalité positive à tous les parents, qui devrait porter « *sur les droits de l'enfant et, notamment, sur la façon d'écouter les enfants et de prendre en considération leur opinion lors de la prise de décisions, sur l'éducation positive, notamment les méthodes de discipline positives, le règlement non violent des conflits et la parentalité fondée sur l'attachement, et sur le développement de la petite enfance* »¹⁶⁹⁶. Donc, le « développement de l'enfant » représente une notion clé pour apprécier la façon dont les parents

¹⁶⁹⁴ FREEAMAN M., *The Moral Status of Children: Essays on the Rights of the Child*, Springer, 1997, p. 180.

¹⁶⁹⁵ BRIDGEMAN J., « The right to responsible parents? Making decisions about the healthcare of young and dependent children » in Diduck A., Peleg N., Reece H. (dir.), *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy, Essays in Honour of Michael Freeman*, Brill Nijhoff, 2015, p. 466.

¹⁶⁹⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°21, préc., § 48.

exercent leur responsabilité. La CDE emploie également le terme « bien-être de l'enfant »¹⁶⁹⁷ qui selon l'interprétation du Comité, représenterait « *au sens large, la satisfaction de ses besoins matériels, physiques, éducatifs et affectifs, ainsi que de ses besoins d'affection et de sécurité* »¹⁶⁹⁸.

Ce même concept a été développé par le Conseil de l'Europe. Selon lui, la parentalité positive renvoie à un comportement parental qui respecte l'intérêt supérieur de l'enfant et ses droits, comme l'énonce la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui prend aussi en compte les besoins et les ressources des parents. Les parents qui agissent ainsi veillent au bien-être de l'enfant, favorisent son autonomie, le guident et le reconnaissent comme un individu à part entière¹⁶⁹⁹. La parentalité positive n'est pas une parentalité permissive : elle fixe les limites dont l'enfant a besoin, de manière à l'aider à s'épanouir pleinement. La parentalité positive respecte les droits de l'enfant et favorise l'éducation dans un milieu non violent. Vu l'alinéa 2 de l'article 12, la CDE oblige les États de faire entendre les enfants « dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant », sans faire de référence au milieu familial. Cependant, dans ses recommandations et observations adressées aux États, le Comité y prête une attention particulière¹⁷⁰⁰. L'idée centrale de la politique du Comité est de faire comprendre que l'obligation des parents de prodiguer l'orientation appropriée à l'enfant en concordance

¹⁶⁹⁷ Sur le concept de bien-être, voir BÉLANGER M., *Introduction à un droit mondial de la santé*, AUF, 2009, p. 105

¹⁶⁹⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°14, *préc.*, § 71.

¹⁶⁹⁹ Le Conseil de l'Europe a développé le concept de parentalité positive. La Recommandation (2006)19 du Comité des Ministres *relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive* encourage les États à reconnaître l'importance des responsabilités parentales et la nécessité d'apporter aux parents un soutien suffisant pour élever leurs enfants. Elle recommande aux États membres de prendre toutes les mesures législatives, administratives et financières appropriées pour créer les conditions les plus propices à l'exercice de la parentalité positive. Le concept de parentalité positive se fonde sur la série de principes fondamentaux suivants. Les parents devraient apporter à leurs enfants :- une éducation affective – en répondant à leur besoin d'amour, d'affection et de sécurité ; - des structures et des orientations – en leur donnant un sentiment de sécurité, en instaurant des règles de vie et en fixant les limites voulues ; - une reconnaissance – en les écoutant et en les appréciant en tant qu'individus à part entière ; - une autonomisation – permettant de renforcer chez eux le sentiment de compétence et de contrôle personnel ; - une éducation non violente – excluant tout châtiment corporel ou psychologiquement humiliant. Les châtiments corporels constituent en effet une violation du droit de l'enfant au regard de son intégrité physique et de sa dignité humaine.

¹⁷⁰⁰ Les rapports de la France sur la situation nationale des droits des enfants évoquent la même inquiétude de la part du Comité pour les droits de l'enfant. En 1993, par exemple, il demande à l'État « *d'examiner plus avant les moyens d'encourager l'expression de l'opinion des enfants et de faire en sorte que leur avis soit dûment pris en considération dans toute décision qui concerne leur vie, en particulier à l'école et au sein de la communauté locale* » (CRC/C/15/Add.20, 25 avril 1994, point 23). En 2004, il l'invite « *à continuer à promouvoir le respect des opinions de l'enfant au sein de la famille, à l'école, dans les institutions ainsi que dans le cadre des procédures judiciaires administratives, et à faciliter la participation de l'enfant pour toutes questions l'intéressant, conformément à l'article 12 de la Convention, en tant que droit dont l'enfant est informé et non à titre de simple possibilité* » (CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004, point 22). Un autre rapport présenté par la France en 2007, s'il montre une évolution positive de la prise en compte de la parole de l'enfant dans la procédure judiciaire, reste totalement silencieux quant au respect des opinions de l'enfant et à l'exercice de son droit de participation dans la famille, l'école, les institutions éducatives et la cité CRC/C/FRA/4*, (10 septembre 2008, point 182 et suiv).

avec ses capacités évolutives ne doit pas interférer avec le droit de l'enfant à la liberté d'expression¹⁷⁰¹. Une des manières prévues à la convention pour lutter contre l'arbitraire est de ne pas fixer son regard exclusivement sur ce que les enfants ne peuvent pas faire, mais de se tourner vers ce qu'ils sont en mesure de faire, notamment par la prise en compte du concept des capacités évolutives (art. 5).

La chose la plus importante que le gouvernement puisse faire pour assurer les droits des enfants au sein de la famille est d'enseigner aux parents les droits de l'enfant. Une façon dont le gouvernement peut agir pour protéger les droits de l'enfant au sein de la famille consiste à promouvoir un discours qui présente le parent non pas comme « propriétaire », mais comme « conseiller »¹⁷⁰². C'est ainsi qu'il va développer le sentiment de respect pour l'enfant.

B. Une parentalité respectueuse

L'exercice des responsabilités de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, plus brièvement consigné par le terme « parentalité », est une grande responsabilité¹⁷⁰³. Elle doit être respectueuse des obligations légales, mais avant tout, elle devrait être respectueuse de la dignité de l'enfant¹⁷⁰⁴ **(1)**. Parfois, comme c'est le cas par exemple des châtiments corporels, la deuxième condition devrait aller au-delà la première **(2)**.

1. Une parentalité sans violence

La violence envers l'enfant est un terme plus large qu'il peut paraître au premier abord. Il dépasse les formes physiques et intentionnelles d'abus envers l'enfant **(b)** et s'étend aux préjudices non-physiques et non-intentionnels tout aussi graves que les premiers¹⁷⁰⁵ **(a)**.

a) La reconsidération de la violence non-physique

Le Comité des droits de l'enfant, après avoir adopté une Observation générale sur les châtiments corporels, considère nécessaire de rédiger une autre observation générale dédiée exclusivement à l'article 19 de la CDE qui consacre une protection plus large. En effet, le Comité tient à souligner tout particulièrement que le choix du terme « violence » dans l'Observation générale « *ne doit être en aucune manière interprété comme minimisant les effets des préjudices non*

¹⁷⁰¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 42.

¹⁷⁰² MEULDERS-KLEIN M-T., « Droits des enfants et responsabilités parentales : quel juste équilibre ? » in *La personne, La famille et le droit, trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 347.

¹⁷⁰³ BRIDGEMAN J., *op. cit.*, p. 466.

¹⁷⁰⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13, *préc.*, § 2b.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, § 4.

physiques et/ou non intentionnels (comme, par exemple, la négligence et la maltraitance psychologique) et la nécessité de les combattre »¹⁷⁰⁶.

Effectivement, nous tenons à relever dans cette thèse, l'importance de la prise en compte plus accrue de la violence non-physique au sein de la famille. D'habitude cette forme de violence est moins évidente et passe souvent inaperçue. Sauf que, ses effets négatifs sur l'autonomie participative et développementale de l'enfant ne sont pas moins importants que ceux d'une violence physique¹⁷⁰⁷. Le Comité distingue deux types de violence non-physique, à savoir la négligence¹⁷⁰⁸ et la violence mentale¹⁷⁰⁹.

D'une manière générale, la négligence couvre l'incapacité ou le refus des parents de donner à l'enfant la protection à laquelle il a droit, faisant en sorte que le développement de l'enfant peut être compromis. En vérité, ce concept est très complexe et inclut la négligence physique, éducative, psychologique, médicale allant jusqu'à l'abandon de l'enfant. Ainsi, les conséquences d'une négligence parentale, par exemple, le refus de nourrir l'enfant ou bien de le soigner peut conduire au décès de l'enfant, comme l'indifférence émotionnelle envers l'enfant est susceptible de le détruire psychologiquement pour toute sa vie.

La violence mentale de l'enfant, telle que décrite par le Comité, attire dernièrement une attention particulière. Les spécialistes attentionnent sur l'impact de la violence familiale sur le développement psychique de l'enfant. En effet, les parents ignorent souvent le fait que l'exposition de l'enfant en tant que « spectateur » à des violences entre les parents ou autres membres de la famille rend l'enfant vulnérable et malade. Ces retombés sont déterminés par l'attachement affectif particulier de l'enfant pour ses parents et la souffrance que les violences lui procurent.

b) La diversité des formes physiques de violence

L'article 19 de la CDE, selon le Comité, devrait être interprété au sens large. Il estime que c'est « *la disposition essentielle pour les discussions et les stratégies visant à combattre et éliminer toutes les formes de violence dans le contexte plus large de la Convention* ». Ainsi, la violence physique, telle qu'appréhendée par le législateur international, devrait s'étendre au-delà des châtiments corporels et comprendre également l'exploitation sexuelle, les pratiques préjudiciables, la torture et autres peines ou traitements inhumains et dégradants, la violence

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, § 15.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, § 20.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, § 21.

entre enfants, l'autodestruction,¹⁷¹⁰ etc. La liste n'est pas exhaustive, car tout comportement qui viole la dignité de l'enfant en le traitant d'objet pourrait être qualifié de violence physique envers l'enfant.

L'enfant n'est pas un objet appartenant à ses parents¹⁷¹¹. La CourEDH confirme cette position dans l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* où elle soutient que protéger la dignité de l'être humain, c'est d'éviter que l'individu puisse être traité en objet¹⁷¹². La reconnaissance de la dignité de l'enfant, en premier rang, par ses parents, constitue la base sur laquelle se construit tout système de protection des droits de l'enfant. Le préambule de la Convention relative aux droits de l'enfant proclame, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et réaffirmés dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, que « *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* ». Effectivement, la CDE accorde beaucoup d'importance à la protection et promotion de la dignité de l'enfant, notamment à l'article 19 qui incite les États membres à prendre « *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 traitement ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux...* ».

En principe, un parent respectueux de l'enfant est un parent qui aime l'enfant. Seulement un parent aimant comprend l'inutilité et la gravité d'un comportement violent envers l'enfant¹⁷¹³. Ce constat est également valable pour les châtimements corporels¹⁷¹⁴ qui ont pendant longtemps fait partie du processus d'éducation.

¹⁷¹⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13, *préc.*, § 22 – 29.

¹⁷¹¹ Recommandation n 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, selon laquelle « *les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leur droits et leurs besoins propres* ».

¹⁷¹² CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 33 : « *Ainsi, quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtimement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3* ».

¹⁷¹³ SAUNDERS B. J., « Ending corporal punishment in childhood: advancing children's rights to dignity and respectful treatment » in Diduck A., Peleg N., Reece H. (dir.), *Law in Society: Reflections on children, family, culture and philosophy, Essays in Honour of Michael Freeman*, Brill, 2015, p. 252.

¹⁷¹⁴ Le psychologue Leach soutient : « *Today's careful slap can easily become next years' real spanking... smacked children can never remember what they were smacked for. Pain and indignity make them so angry that they go away seething with anger rather than full of repentance. You cannot get his cooperation through blows.* », in LEACH P., *Baby and child from birth to age five*, London:Penguin, 1979, p. 440, cité dans SAUNDERS B. J., *préc.*, p. 252.

2. Une parentalité sans châtiments corporels

Les parents ont eu autrefois un droit très large d'infliger des châtiments corporels à l'enfant aux fins éducatives. Depuis l'adoption de la CDE, ce droit parental n'est plus concevable (a), même si certains États maintiennent encore la prérogative du parent de châtier « raisonnablement » l'enfant (b).

a) Une interdiction sans compromis par la CDE

L'obligation d'abolir les châtiments corporels est une conséquence de l'affirmation du nouveau statut de l'enfant. À l'instar d'un adulte, l'enfant se fait reconnaître le droit au respect de sa dignité humaine et de son intégrité physique. Ainsi, l'interdiction des châtiments corporels est avant tout un acte de reconnaissance de son autonomie et a le potentiel d'influencer la communication au sein de la famille¹⁷¹⁵. Goldstein, Freud et Solnit ont soutenu dans leurs œuvres que même dans les cas de maltraitance des enfants, l'intervention de l'État dans les familles devrait être l'exception plutôt que la règle, en raison de l'incapacité du gouvernement d'ordonner de façon productive les relations interpersonnelles¹⁷¹⁶. Cette approche ne peut avoir aucune justification de nos jours.

Le Comité des droits de l'enfant a déclaré que « *les châtiments corporels sur enfants sont incompatibles avec la Convention* »¹⁷¹⁷ et a recommandé à plusieurs reprises qu'ils soient prohibés par les États¹⁷¹⁸. Il définit très minutieusement les châtiments corporels comme « *tout*

¹⁷¹⁵ BUSSMAN R.-D., « Evaluation of the German prohibition of family violence against children », Spain: *European Society of criminology*, Toledo, 2002, p. 15.

¹⁷¹⁶ Voir GOLDSTEIN J. et al., *Beyond the best interests of the child* (1973); GOLDSTEIN J. et al., *Before the best interest of the child* (1979); GOLDSTEIN J. et al., *In the best interests of the child* (1986). Par exemple, dans Joseph Goldstein et al., *Beyond the best interests of the child* (1973) : « [Law] neither has the sensitivity nor the resources to maintain or supervise the ongoing day-to-day happenings between parent and child-and these are essential to meeting ever-changing demands and needs. Nor does it have the capacity to predict future events and needs, which would justify or make workable over the long run any specific conditions it might impose concerning, for example, education, visitation, health care, or religious upbringing The law, then, ought to and generally does prefer the private ordering of interpersonal relationships over state intrusions on them ». « [La loi] n'a ni la sensibilité ni les ressources nécessaires pour maintenir ou superviser les événements quotidiens qui se produisent entre le parent et l'enfant, ce qui est essentiel pour répondre à des besoins et à des besoins toujours changeants. Elle n'a pas non plus la capacité de prédire les événements et les besoins futurs, ce qui justifierait ou rendrait viable à long terme les conditions spécifiques qu'elle pourrait imposer, par exemple en matière d'éducation, de visites, de soins de santé ou d'éducation religieuse. La loi, donc, devrait et préfère généralement l'ordre privé des relations interpersonnelles sur les intrusions d'État sur eux. » (Traduction de l'anglais)

¹⁷¹⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Journée Générale de discussion sur le rôle de la famille dans la promotion des droits de l'enfant*, CRC/C/34, 1994.

¹⁷¹⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *CRC/C/15/Add 37, Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Canada*, 20 juin 1995, § 14. Le Comité recommande à l'État « *de prendre de nouvelles mesures pour empêcher et combattre efficacement toutes les formes de châtiments corporels et de mauvais traitements à l'encontre d'enfants* ».

châtiment dans lequel la force physique est employée avec l'intention de causer un certain degré de douleur ou de gêne, même légère. Le plus souvent, cela consiste à frapper (« corriger », « gifler », « fesser ») un enfant de la main ou avec un objet : fouet, bâton, ceinture, soulier, cuiller de bois, etc. Mais cela peut aussi consister, par exemple, à lui donner des coups de pied, à le secouer ou à le jeter par terre, à le griffer, à le pincer, à le mordre, à lui tirer les cheveux ou à le frapper sur les oreilles, à l'obliger à rester dans une position inconfortable, à le brûler, à l'ébouillanter, à lui faire ingérer de force telle ou telle chose (par exemple en lui lavant la bouche au savon ou en le forçant à avaler des piments rouges) »¹⁷¹⁹. De surcroît, le Comité qualifie de châtiment d'autres formes non-physiques de comportements « tout aussi cruelles, dégradantes et donc incompatibles avec la Convention »¹⁷²⁰. Cela consiste, par exemple, « à rabaisser l'enfant, à l'humilier, à le dénigrer, à en faire un bouc émissaire, à le menacer, à le terroriser ou à le ridiculiser ». Selon le Comité, l'article 19 de la CDE, n'admet aucune nuance ou justification à de tels comportements des parents¹⁷²¹. Lors de l'examen des rapports, le Comité a noté que dans de nombreux États le Code pénal et/ou le Code civil (ou de la famille) contient des dispositions juridiques fournissant aux parents ou autres personnes ayant la garde d'un enfant une argumentation ou une justification en faveur de l'usage d'un certain degré de violence aux fins de faire respecter la discipline¹⁷²². En guise d'exemple, dans ses Observations finales sur le premier rapport périodique présenté par l'Espagne, le Comité des droits de l'enfant avait remarqué que l'article 154 du Code civil, qui autorise les parents à « corriger raisonnablement et modérément leurs enfants »¹⁷²³, pouvait être interprété comme autorisant des actes contraires à l'article 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁷²⁴. La CourEDH, en revanche, peut paraître plus laxiste vu le regard adopté dans la qualification de ces faits.

¹⁷¹⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°8, *préc.*, § 11.

¹⁷²⁰ *Ibid.*

¹⁷²¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13, *préc.*, § 17 : « toutes les formes de violence contre les enfants, aussi légères soient elles, étaient inacceptables ».

¹⁷²² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n° 4, *préc.*

¹⁷²³ En France, l'Assemblée Nationale emploie le terme « violence éducative ordinaire ». Voir Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale, relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires. Le 2 juillet 2019, le Parlement français a adopté la loi qui met fin à toute forme de violence envers l'enfant, en ajoutant un alinéa à l'article 371-1, qui affirme que « l'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques ».

¹⁷²⁴ De même, la France a été visée par le Comité des droits de l'enfant qui recommandait d'« interdire expressément les châtiments corporels dans tous les contextes, y compris dans la famille, à l'école, dans les structures de garde d'enfants et dans le cadre de la protection de remplacement » (CRC/C/FRA/CO/4 et Corr.1, § 58).

b) Une interdiction nuancée par la CourEDH

Bien que le Conseil de l'Europe continue¹⁷²⁵ « d'œuvrer pour l'élimination effective des châtiments corporels et autres formes cruelles et dégradantes de châtiments infligés aux enfants en tous lieux, y compris au sein de la famille »¹⁷²⁶, il reste encore des États qui acceptent des formes modérées de violence contre l'enfant. Malgré l'interdiction légale des châtiments corporels dans plusieurs pays¹⁷²⁷, un nombre élevé des parents reconnaissent donner de « petites gifles » et des « fessées » à leurs enfants¹⁷²⁸, en justifiant ce comportement par un besoin d'éducation ou un droit de correction qui leur appartient. Le Comité recommande, en effet, à tous les États qui n'ont pas pris les mesures nécessaires « d'interdire à titre prioritaire tout châtiment corporel dans la famille »¹⁷²⁹. Il appuie sa position via l'Observation générale concernant « le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments »¹⁷³⁰.

Ce but a été également poursuivi par la CEDH, mais très particulièrement. La jurisprudence de la CourEDH a très tôt condamné les châtiments corporels sur les enfants¹⁷³¹ en les qualifiant de peines dégradantes et en concluant à la violation de l'article 3 de la Convention¹⁷³². Toutefois, il s'agissait encore de la « violence institutionnalisée ». Il a fallu attendre plus de quinze ans pour enfin assister à la condamnation de la violence parentale. Dans l'affaire *A. contre Royaume-Uni*¹⁷³³, la Cour a jugé que les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, avaient droit à une protection, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de pareilles formes d'atteinte à l'intégrité de la personne¹⁷³⁴. Elle a conclu à la violation de l'article

¹⁷²⁵ V. notamment la Résolution 1952 (2013) sur l'intégrité physique de l'enfant.

¹⁷²⁶ CoE, Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant (2016-2021), § 47.

¹⁷²⁷ Pays européens qui ont interdit les châtiments corporels dans la législation : Allemagne (2000), Autriche (1989), Bulgarie (2000), Chypre (1994), Croatie (1999), Danemark (1997), Espagne (2007), Finlande (1983), Grèce (2006), Hongrie (2004), Islande (2003), Lettonie (1998), Norvège (1987), Pays-Bas (2007), Portugal (2007), Roumanie (2004), Suède (1979) et Ukraine (2001). Pays européens qui se sont engagés à l'interdire prochainement : Estonie, Irlande, Lituanie, Luxembourg, République tchèque, Slovaquie et Slovénie. Source : Conseil de l'Europe <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1237671>

¹⁷²⁸ Pourcentage de parents qui déclarent donner de « petites gifles » à leurs enfants : Suède 14,1%, Autriche 49,9%, Allemagne 42,6% et France 71,5%. Pourcentage des parents qui déclarent « donner une fessée » à leurs enfants : Suède 4,1%, Autriche 16%, Allemagne 16,8 et France 50,5 ; in BUSSMANN K.-D., ERTHAL C., SCHROTH A., « Impacte en Europe de l'interdiction des châtiments corporels », in *Déviance et société* 2012, Médecine et hygiène, vol. 36, n°1, p. 88 s.

¹⁷²⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales Royaume-Uni, CRC/C/GBR/CO/4 20 octobre 2008, § 42.

¹⁷³⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°8, *préc.*

¹⁷³¹ CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, *préc.*

¹⁷³² Art. 3 CEDH : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » (interdiction de la torture).

¹⁷³³ CourEDH, *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, § 22.

3 au motif que la loi anglaise n'assurait pas une protection suffisante aux enfants¹⁷³⁵. Plus récemment, la Cour invoque le même article pour condamner l'État roumain d'avoir manqué à son obligation de protéger un enfant dans une affaire de violence domestique¹⁷³⁶ et par conséquent reconnaît la violence parentale envers l'enfant en tant qu'exception à son retour en cas d'enlèvement international¹⁷³⁷. Ainsi, d'une part, la CourEDH reconnaît qu'il est « *clair que le respect de la dignité des enfants ne peut être garanti si les tribunaux nationaux acceptaient toute forme de justification des actes de mauvais traitements, y compris les châtiments corporels, interdites par l'article 3* »¹⁷³⁸. D'autre part, cependant, en adoptant une vision des châtiments corporels de l'enfant sous le prisme de l'article 3, la Cour est tenue de déterminer si le comportement atteint un niveau minimal de gravité¹⁷³⁹. Donc, selon cette approche, un châtiment corporel est susceptible de ne pas être condamnable par le juge de Strasbourg s'il ne répond pas aux à la règle « *de minimis* ».

La Cour a eu l'occasion de confirmer cette hypothèse, notamment dans l'affaire *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*¹⁷⁴⁰. En l'espèce, il s'agissait d'une menace de châtiments corporels sur deux écoliers. Or, même si les châtiments n'ont pas eu lieu, la Cour a estimé que « *le risque d'agissements prohibés par l'article 3 peut se heurter lui-même à ce texte s'il est suffisamment réel et immédiat. Ainsi, menacer quelqu'un de le torturer pourrait, dans des circonstances données, constituer pour le moins un traitement inhumain* »¹⁷⁴¹. Cette approche correspond en effet à celle de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Malgré cette déclaration, de l'avis de la Cour, les peines en question n'étaient pas suffisamment graves pour être qualifiées de tortures ou de traitements inhumains. La Cour s'exprime ainsi : « *Toutefois, eu égard notamment à la situation existant ainsi en Ecosse, il n'apparaît pas établi que les élèves d'une école où l'on recourt à de telles punitions soient, en raison du simple risque d'en subir une, humiliés ou avilis aux yeux d'autrui au degré voulu ou à un degré quelconque.* »¹⁷⁴² Ce cas est en effet impressionnant, car l'existence des châtiments corporels

¹⁷³⁵ *Ibid.*, § 24.

¹⁷³⁶ CourEDH, *D. M. D. c. Roumanie*, 3 janvier 2018.

¹⁷³⁷ CourEDH, *O. C. I. et autres c. Roumanie*, 21 mai 2019.

¹⁷³⁸ CourEDH, *D. M. D. c. Roumanie, préc.*, § 51 : « *It is thus clear that respect for children's dignity cannot be ensured if the domestic courts were to accept any form of justification of acts of ill-treatment, including corporal punishment, prohibited under Article 3.* »

¹⁷³⁹ CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 65 ; CourEDH, *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, § 52, CourEDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001, § 20 ; CourEDH, *Valašinas c. Lituanie*, 24 juillet 2001, § 120 ; CourEDH, *Labita c. Italie*, 6 avril 2000, § 120.

¹⁷⁴⁰ CourEDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, § 26.

¹⁷⁴² *Ibid.*, § 29.

au sein de la société Ecosse ne semble pas perturber le juge strasbourgeois ni surtout le juge britannique. En guise d'exemple, dans l'affaire *R v Secretary of State for Education and Employment*¹⁷⁴³, les requérants reconnaissent punir physiquement les enfants à la maison¹⁷⁴⁴.

En guise de conclusion à ce sujet, nous tenons à souligner notre avis qui est parfaitement relevé par Jo Bridgeman. En effet, malgré une certaine tolérance pour les châtiments corporels prévue par la loi, le parent devrait être respectueux et responsable et ne pas les admettre. Car, « *élever des enfants, comme les avoir, est une grande responsabilité. Les parents ont des obligations légales envers leurs enfants, mais le parent responsable ira au-delà de ses obligations légales dans le soin de son enfant* »¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴³ *R. (on the application of Williamson) v Secretary of State for Education and Employment*; UKHL 15 [2005] 2 A.C. 246.

¹⁷⁴⁴ FORTIN J., « Accommodating Children's rights in a post human rights act era », *The Modern Law Review*, vol. 69, nr. 3, p. 299.

¹⁷⁴⁵ BRIDGEMAN J., *op. cit.*, p. 466, qui cite LIND C., KEATING H., BRIDGEMAN J., « Introduction: Taking family responsibility or having it imposed: recognizing laws limitations ? » in Lind C., Keating H., Bridgeman J., *Taking Responsibility, Law and the Changing Family*, Ashgate, 2013, p. 13 : « *Raising children, like having them, is a great responsibility. Parents have legal obligations to their children, but the responsible parent will go beyond their legal duties in the care of their child.* »

Conclusion du Chapitre I

Ce chapitre argumente le besoin de concevoir la relation enfant-parent en tant que base du développement de l'autonomie personnelle de l'enfant. Ainsi, la famille se présente comme primordiale pour l'épanouissement de l'enfant. Le droit international va dans le sens du soutien des droits de l'enfant, par la création et l'évaluation des outils juridiques qui visent à remplacer la famille et par la flexibilité concernant l'acceptation de la notion de « famille ». Nous avons, cependant, établi que les outils juridiques de remplacement de la famille comme l'adoption ou le regroupement familial portent encore un caractère généralement protecteur et ne mettent pas suffisamment l'accent sur le besoin d'émancipation de l'enfant ou la protection de ses droits.

A notre avis, l'autonomie de l'enfant en famille représenterait, d'une part, le respect quotidien de son autonomie participatif, c'est-à-dire, la prise en compte des opinions de l'enfant. D'autre part, les parents devraient s'engager à respecter l'autonomie développementale de l'enfant, qui est la considération pour la personne et pour son intégrité physique et psychologique. Même lorsque la décision prise va à l'encontre des souhaits de l'enfant, sa participation peut l'aider à comprendre le processus et expliquer pourquoi cette décision a été prise¹⁷⁴⁶. Il nous semble que dans ce sens, le droit international devrait être plus explicite et disposer d'une manière plus détaillée les responsabilités parentales, en y incluant l'obligation des parents pour le respect de l'autonomie de l'enfant.

Le professeur Freeman soutient que tous les enfants ne vivent pas dans une famille aimante, et pour cela il ne faudrait pas idéaliser la famille et se concentrer trop sur elle¹⁷⁴⁷. Il nous semble, cependant, qu'en pesant entre deux situations : celle des enfants privés d'une famille et celle des enfants qui vivent dans une famille où les intérêts des enfants ne sont pas pleinement¹⁷⁴⁸ pris en compte, la balance devrait être en faveur de la deuxième. L'État, dans cette circonstance, devrait agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant et trouver les moyens de guider les parents et

¹⁷⁴⁶ FENTON-GLYNN C., *préc.*, p. 138.

¹⁷⁴⁷ Michael Freeman met en garde contre le fait de se concentrer trop sur la famille en commentant que « *les enfants souffrent d'une idéalisation idéologique de la famille qui suppose que les parents aiment et nourrissent leurs enfants. L'argument en faveur des droits de l'enfant est fondé sur le fait que de nombreux enfants ne vivent pas dans de telles conditions* ». Original: « *children suffer from ideological idealization of the family that assumes that parents love and nurture their children. The case for children rights is based on the fact that many children do not live in such conditions* », in Freeman M. D. A., *Human rights, an interdisciplinary approach*, Polity Press 2011, p. 152.

¹⁷⁴⁸ Nous sous-entendons des violations légères des droits de l'enfant, à corriger avec l'aide de l'État. Cette question ne se pose pas en cas de violations graves des droits de l'enfant.

leur enseigner les bonnes pratiques. Il existe également des situations où la famille risque de mettre en péril les droits de l'enfant en privilégiant ses valeurs traditionnelles. Dans ce cas, à l'État revient la tâche de veiller à ce que la famille ne tolère pas la violence et les rapports d'inégalités au nom des valeurs culturelles¹⁷⁴⁹.

¹⁷⁴⁹ Conseil des droits de l'Homme, Rapport du Rapporteur spécial sur *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint*, A/HRC/32/32, 4 avril 2016, § 48.

Chapitre II. L'autonomie de l'enfant en environnement religieux ou traditionnel

« La religion est la seule chose où la liberté ait élu domicile. Plus que tout le reste elle dépend de la volonté. »¹⁷⁵⁰

(Lactance, « Epitome devinarum Institutionum »)

Le rapport entre le droit et la tradition est très complexe¹⁷⁵¹. Les valeurs et les pratiques traditionnelles sont, à première vue, un obstacle pour la reconnaissance ou l'adoption des droits « progressifs »¹⁷⁵². Cependant, la préservation de la culture de l'enfant, dans son sens anthropologique et social¹⁷⁵³, est reconnue comme une priorité par la Convention de New York¹⁷⁵⁴. La culture procure à l'enfant identité¹⁷⁵⁵ et continuité¹⁷⁵⁶. Ainsi, en apprenant les valeurs et traditions de leur culture, les enfants apprennent comment s'intégrer au sein de leur famille, de leur communauté et de la société dans son ensemble. Chaque culture possède un

¹⁷⁵⁰ Cité dans LECLERC J., *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Paris Aubier, 1955, t. I, p. 47 et dans le Monde religieux, 25^e vol. : la liberté religieuse en Suisse, Les articles d'exception de la Constitution fédérale, éd. Perret-Gentil, Lausanne, 1955.

¹⁷⁵¹ DOUGLAS G., SEBBA L., *Children's Rights and Traditional Values*, Aldershot, Ashgate, 1998.

¹⁷⁵² *Ibid.*

¹⁷⁵³ La notion de culture peut avoir plusieurs sens. A part son sens anthropologique et social qui désigne « l'ensemble des activités, des croyances et des pratiques communes à une société ou à un groupe social particulier », (M.-A. ROBERT, *Ethos. Introduction à l'anthropologie sociale*, Coll. « Humanisme d'aujourd'hui », Ed. Vie ouvrière, Bruxelles, 1968, p. 19) ; il peut également signifier les beaux-arts, les lettres, la musique, les sciences (Selon Oxford Dictionary, la culture c'est « the training and refinement of mind, tastes and manners ; the intellectual side of civilization »).

¹⁷⁵⁴ Voir le préambule de la CDE, art.5, art.20 CDE, art.29 CDE, art.30 CDE ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°11, § 88 : « L'autonomisation des enfants autochtones et l'exercice effectif de leur droit à leur propre culture, leur propre religion et leur propre langue constituent l'un des fondements essentiels d'un État pluriculturel qui s'acquitte de ses obligations en matière de droits de l'homme », etc.

¹⁷⁵⁵ Selon FRAGNIERE G. « L'identité se rapporte à la manière dont les individus atteignent une certaine connaissance d'eux-mêmes, une sorte de prise de conscience de soi, à l'égard de leur famille, leur groupe social ou ethnique, leur langue, leur culture, leur affiliation religieuse, leur engagement politique, s'exprimant souvent par l'idée d'« appartenance ». Des facteurs psychologiques et sociaux jouent un rôle important dans la construction de cette création qui aide les gens à savoir et dire « qui nous sommes », et « qui nous ne sommes pas » dans « Identité, nationalité et citoyenneté. Les nouveaux paradigmes de la culture politique européenne », dans Forum Europe des Cultures Identités culturelles et citoyenneté européenne. Diversité et unité dans la construction démocratique de l'Europe, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2009, p. 22. Selon CORNU G., l'identité - « ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre ; par ext., ce que permet de la reconnaître et de la distinguer des autres ; l'individualité de chacun, par ext., l'ensemble des caractères qui permettent de l'identifier », *Vocabulaire juridique*, PUF, 2012. OG 14, §55 : « L'identité de l'enfant englobe des éléments comme le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine nationale, la religion et les convictions, l'identité culturelle et la personnalité ».

¹⁷⁵⁶ EEKELAAR J., « Children between Cultures », 18 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2004.

corps unique de savoir, qui se reflète dans les convictions religieuses et sociales, et dans la façon d'interpréter et d'expliquer le monde environnant. La définition de l'enfant, elle-même, serait déterminée par les éléments culturels et sous culturels. Selon le professeur Corsaro, l'enfance est généralement considérée comme une construction sociale ou phénomène social qui « *résulte de l'interaction collective des enfants avec les adultes et les uns avec les autres* »¹⁷⁵⁷. Il soutient que l'enfance peut être considérée comme « *une forme structurelle permanente ou catégorie qui ne disparaît jamais, même si ses membres changent continuellement et sa nature et sa conception varient historiquement* ». ¹⁷⁵⁸ C'est surtout en reconnaissant la légitimité des éléments culturels dans la définition de l'enfant que les organismes internationaux ont exprimé leurs préoccupations par rapport à la mise en œuvre des droits de l'enfant¹⁷⁵⁹. Effectivement, il existerait le risque réel d'un conflit entre la notion d'autonomie et l'identité culturelle de l'enfant, dont les expressions extérieures sont la langue, la religion, les mœurs et les autres traditions de la communauté à laquelle un fort sentiment de loyauté le lie¹⁷⁶⁰.

La définition de la culture a été toujours très risquée¹⁷⁶¹. Il faut dire que sa perception a subi des changements¹⁷⁶². La culture est maintenant comprise comme « *historique plutôt que statique, illimitée plutôt que bornée et intégrée, contestée plutôt que consensuelle; incorporée dans les structures du pouvoir; et enracinée dans les pratiques, les symboles, les habitudes et les modèles de rationalité au sein des catégories culturelles plutôt que toute allégeance aveugle simple aux motifs acceptés; négociée et construite par l'action humaine plutôt que par des forces super structurales inexplicables*. ¹⁷⁶³» Soi-disant, cette acception plus moderne de la culture comprend intrinsèquement des valeurs, des symboles, et un ensemble de

¹⁷⁵⁷ CORSARO W.A., *The Sociology of Childhood*, 2nd ed., Thousand Oaks, CA : Pine Forge Press, 2005, p. 4.

¹⁷⁵⁸ ENGEL M. H., KOLKO PHILLIPS N., DELLACAVA F. A., « Cultural Difference and Adoption Policy in the United States: The Quest for Social Justice for Children », *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, p. 292.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*

¹⁷⁶⁰ Selon le professeur Van Bueren, les concepts de culture et traditions sont larges, composés de valeurs indigènes, mais aussi de celle religieuse, des pratiques coutumières et traditionnelles, aussi que des valeurs institutionnelles. Voir VAN BUEREN G., « Balancing Traditional Values and Cultural Plurality » in Douglas G., Sebba L. (dir.), *Children's Rights and Traditional Values*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 1998, p. 16.

¹⁷⁶¹ SPELLENBERG U., « Pluriculturalisme et droit allemand de la famille » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 680.

¹⁷⁶² Les définitions de la culture étaient traditionnellement données par l'UNESCO, « *la culture, dans son sens le plus large, est considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérise une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances.* » En 1977, l'UNESCO parle d'« *un système de valeur dynamique d'éléments tirés, avec des hypothèses, des conventions, des croyances et des règles permettant aux membres d'un groupe de relier les uns aux autres et au monde, de communiquer et de développer leur potentiel créatif* ».

¹⁷⁶³ KAIME T., « Vernacularising' the Convention on the Rights of the Child: Rights and Culture as Analytic Tools », *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, p. 641.

pratiques qui sont approuvées et reproduites au fil du temps par un groupe donné, en laissant également un espace pour le remaniement, par conséquent, pour la reconnaissance de l'autonomie de l'enfant. Donc, sous le prisme du regard *child-centred*, c'est la culture (et non pas le mineur) qui doit s'accommoder à l'intérêt supérieur de l'enfant.

La religion est le phénomène culturel¹⁷⁶⁴, à notre avis, le plus complexe du point de vue du respect de l'autonomie de l'enfant. D'une part, la liberté de religion de l'enfant (en l'occurrence, son *forum internum*) est une source de la mise en œuvre de l'autonomie de l'enfant, d'autre part certaines pratiques religieuses (*forum externum*) confortées par des valeurs familiales ou communautaires sont susceptibles d'enfreindre son autonomie développementale¹⁷⁶⁵. Par conséquent, nous proposons dans ce chapitre d'esquisser un modèle théorique d'acceptation du droit à la liberté de religion, de pensée et de conscience de l'enfant qui serait respectueux de son autonomie, sans négliger l'importance de la culture pour le développement harmonieux de l'enfant. Le droit international proclame le droit à la liberté religieuse de l'enfant, mais ne parvient pas à délimiter clairement entre la perception individualiste et celle collective du droit¹⁷⁶⁶. Le professeur Scolnicov est d'avis que la protection du droit de l'enfant à la religion réside dans la séparation des deux approches. Notre modèle démontre que leur conciliation s'avère possible et que l'autonomie de l'enfant peut être respectée y compris dans la perception collective dudit droit.

La vision exclusivement individualiste, promotrice de l'autonomie de l'enfant est applicable par rapport à l'enfant depuis que celui-ci prouve une compréhension mature et capable de faire un choix (**Section I**), alors que la vision collective qui accorde plus de respect pour les préoccupations religieuses des parents est viable le temps que l'enfant est encore immature (**Section II**). Nous tenons à démontrer, par la suite, que la conciliation des deux approches serait idéale pour la mise en œuvre du droit de l'enfant à la liberté de religion, compte tenu ses capacités évolutives et l'importance de la famille, tout en conservant la préoccupation pour le respect de son autonomie.

¹⁷⁶⁴ MIEDEMA S., « Religious education contextualized. Culture, tradition, lived religion, life world and identity formation », in *Lived Religion - Conceptual, Empirical and Practical-Theological Approaches, Essays in Honor of Hans-Günter Heimbrock*, Brill, 2008, p. 299.

¹⁷⁶⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits de l'enfant, Recommandation générale/Observation générale conjointe n°31 pour le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n°18 pour le Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 4 novembre 2014, § 27 ; OG n°12, *préc.*, § 135.

¹⁷⁶⁶ SCOLNICOV A., *The Right to Religious Freedom in International Law: Between Group Rights and Individual Rights* (Routledge Research in Human Rights Law), Routledge, 2011, p. 160.

Section I. L'approche individualiste, déterminante de l'identité religieuse choisie de l'enfant

La liberté de religion est un droit subjectif « absolu, naturel et inviolable »¹⁷⁶⁷, consacrée dans de nombreux instruments internationaux¹⁷⁶⁸. C'est une liberté considérée en tant qu'« assise de la démocratie »¹⁷⁶⁹, qui protège « *la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou la protection des droits et libertés d'autrui* »¹⁷⁷⁰. Le droit international proclame le droit à la liberté religieuse de l'enfant (§ 1), après avoir longuement tergiversé entre la reconnaissance d'un droit individuel de l'enfant et la protection du droit des parents sur l'éducation religieuse du mineur¹⁷⁷¹ (§ 2).

§1. Une reconnaissance ambivalente du droit de l'enfant à la religion de son choix

Le droit de l'enfant à la liberté religieuse a été pour la première fois reconnu, d'une manière explicite, par la Convention relative aux droits de l'enfant en 1989 (B). Bien qu'implicitement, cette liberté appartenait à l'enfant bien avant, au travers des autres instruments internationaux et en vertu de son statut d'être humain (A).

A. L'affirmation implicite du droit de l'enfant à la religion

À l'instar des autres droits, les textes internationaux ne prévoient pas d'âge minimum à partir duquel le droit à la liberté de religion peut être exercé¹⁷⁷². « Toute personne » inclue forcément les enfants aussi¹⁷⁷³. James Nickel renforce ce constat en définissant les droits de l'Homme en tant que « *garanties morales fondamentales que les gens de tous les pays et de toutes les*

¹⁷⁶⁷ « *La liberté religieuse en Suisse* », Les articles d'exception de la Constitution fédérale concernant l'érection de couvents et d'évêchés, le problème des Jésuites et l'abatage israélite, éd. Perret-Gentil, Lausanne, 1955, p. 26.

¹⁷⁶⁸ La liberté de pensée, de conscience et de religion est garantie tant par l'article 9 et l'art. 2 du protocole n°1 de la CEDH du 4 novembre 1950, par les articles 18 et 27 du Pacte des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques. D'autres points d'ancrage en droit international des droits de l'Homme, en particulier à l'article 5 et 8 de la Convention-cadre du 1^{er} février 1995 pour la protection des minorités nationales ou dans la Déclaration des Nations Unies du 25 novembre 1981 sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction.

¹⁷⁶⁹ CourEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, §31.

¹⁷⁷⁰ LAVALLÉE C., *La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2015, p. 195.

¹⁷⁷¹ SCOLNICOV A., *The Right to Religious Freedom in International Law*, Routledge, 2011, p. 186.

¹⁷⁷² La CEDH ne mentionne toutefois spécifiquement que trois fois les enfants ou les mineurs: à l'article 5 (1) (d), si l'article 5 (1) dispose que toute personne a droit à la liberté, la détention à des fins éducatives est légale; au paragraphe 1 de l'article 6, il est prévu que la presse et le public peuvent être exclus du procès si les intérêts du mineur l'exigent; et l'article 2 du Premier protocole qui traite du droit à l'éducation - bien que nous le verrons plus loin, il s'agit en réalité des droits des parents et non de leurs enfants.

¹⁷⁷³ LAVALLÉE C., *op. cit.*, p. 196.

cultures auraient tout simplement parce qu'ils sont des gens »¹⁷⁷⁴. Toutefois, sa nature *adulte-centred* (1) et la prééminence du choix familial sur celui de l'enfant (2) ont pendant longtemps été le leitmotiv de sa mise en œuvre.

1. Un droit axé sur l'adulte

Objectivement, le droit à la liberté de religion est plus problématique à attribuer aux enfants que les autres. C'est dû avant tout à la complexité de son objet (b) et à son étendue plurielle (a).

a) L'étendue du droit à la religion

Le droit de la liberté de religion, en tant que droit individuel, a été proclamé pour la première fois en 1948, dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁷⁷⁵. La référence pour l'interprétation de ce droit reste, toutefois, l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui énonce : « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte ou l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement* ». Cette disposition a été extensivement interprétée par le Comité des droits de l'Homme qui « *fait observer que la liberté "d'avoir ou d'adopter" une religion ou une conviction implique nécessairement la liberté de choisir une religion ou une conviction, y compris, notamment, le droit de substituer à sa religion ou sa conviction actuelle une autre religion ou conviction ou d'adopter une position athée, ainsi que le droit de conserver sa religion ou sa conviction* »¹⁷⁷⁶. De même, le Comité fait la distinction entre la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction qui est absolue¹⁷⁷⁷, et la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, susceptible d'être limitée dans des circonstances particulières¹⁷⁷⁸.

À la différence du Pacte qui « ne mentionne pas explicitement un droit à l'objection de conscience »¹⁷⁷⁹, l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la

¹⁷⁷⁴ NICKEL J., *Making sense of Human Rights*, Wiley-Blackwell, 1997.

¹⁷⁷⁵ Article 18 DUDH : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites* »

¹⁷⁷⁶ CDH, *Observation générale n°22 (48) (art. 18)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 septembre 1993, § 5.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, § 3

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*, § 4

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*, § 11.

reconnait « *selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* »¹⁷⁸⁰. Aux termes de cet article de la Charte, « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». Ce libellé a en effet été emprunté à l'article 9 de la CEDH. L'étendue du droit à la religion dans le droit du Conseil de l'Europe a pu être clarifiée par la jurisprudence de la CourEDH. Notamment, la Cour de Strasbourg ne permet aucune restriction aux deux premières dimensions de la liberté, à savoir le for interne et la liberté de changer la religion¹⁷⁸¹. En revanche, la liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique¹⁷⁸². La CourEDH précise que l'article 9 ne protège pas « *n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction* »¹⁷⁸³ et ne garantit pas toujours « *le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse* »¹⁷⁸⁴. L'approche de la Cour ne prend pas explicitement en compte, cependant, la dimension de l'enfant, ce que rend l'interprétation de ce droit problématique.

b) La complexité du droit à la religion

Même si la religion¹⁷⁸⁵ elle-même ne possède pas une justification intrinsèquement rationnelle, la liberté de religion en revanche se justifie rationnellement. C'est pour cela qu'un enfant qui n'est pas totalement mature ne peut pas être traité de la même façon qu'un adulte par rapport à ce droit. Cette spécificité dans l'exercice du droit à la liberté de religion de l'enfant est déterminée par sa complexité.

D'abord, la liberté de pensée, de conscience et de religion se décompose en deux éléments, obéissants à un régime juridique différent : le droit d'avoir une conviction, « for intérieur ¹⁷⁸⁶»

¹⁷⁸⁰ Art. 10.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

¹⁷⁸¹ CourEDH, *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990.

¹⁷⁸² Art. 9.2 CEDH : « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

¹⁷⁸³ CourEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, § 105. Voir également l'opinion dissidente de Mme la Juge Tulkens.

¹⁷⁸⁴ CourEDH, *Aktas c. France*, 30 juin 2009.

¹⁷⁸⁵ La définition de la religion est également très complexe. Voir LAMBERT Y., « La Tour de Babel des définitions de la religion », in *Social Compass*, vol. 38, n°1, 1991, p. 73-85.

¹⁷⁸⁶ GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'Homme*, SIREY, 2016, p. 195.

et le droit de manifester ses convictions, le « for extérieur »¹⁷⁸⁷. L'étendue du droit d'avoir une conviction revêt un triple aspect : la liberté pour toute personne d'avoir ou d'adopter une conviction ou une religion de son choix ; la liberté de ne pas avoir de conviction ou de croyance religieuse ; la liberté de changer de conviction ou de religion sans subir de contrainte ou de préjudice¹⁷⁸⁸. Donc, la liberté religieuse suppose « *tout naturellement la possibilité d'un choix* »¹⁷⁸⁹, qui couvre également le droit de changer de religion sans subir de contraintes ou de préjudices. Selon le professeur Geneviève Koubi : « *il garantit à chaque individu le droit de faire évoluer ses idées, de les modifier, de les transformer, donc le droit de changer de conviction* »¹⁷⁹⁰. C'est notamment cette composante du droit qui a posé un problème dès l'étape de la rédaction de la CDE. En effet, au cours des négociations, paradoxalement, il y a eu un large consensus sur le droit à la liberté religieuse de l'enfant, mais la difficulté la plus importante concernait la liberté de l'enfant de changer de religion. Lors des négociations, certains États islamiques se sont opposés à l'inclusion dans la Convention d'un tel droit, car il était en conflit avec les lois de l'Islam. En guise d'exemple, le représentant du Bangladesh avait motivé que le droit de l'enfant de changer de religion serait en contradiction avec ce qui est devenu l'article 18 de la Convention - le principe selon lequel les parents ont la responsabilité première dans l'éducation de l'enfant¹⁷⁹¹. Alors qu'un tel droit était déjà prévu par le PIDCP qui ne posait pas des limites d'âge, son exclusion de la CDE pouvait être interprétée comme l'élimination d'un droit existant.

Il est vrai que la liberté religieuse est un droit complexe et controversé. Quand il s'agit de la liberté religieuse des enfants, le sujet dépasse la question juridique et devient encore plus difficile de tous les points de vue : sociologique, philosophique, psychologique et éthique¹⁷⁹². Elle implique plusieurs acteurs, l'État, les parents, les communautés religieuses, et son étendue est généralement théorique¹⁷⁹³. Ce droit implique d'avoir au préalable un certain niveau d'intellect développé afin de pouvoir s'en prévaloir. La complexité de ce sujet réside donc dans

¹⁷⁸⁷ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 13e dir., 2016, point 523, p. 753.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, point 525, p. 744.

¹⁷⁸⁹ *Liberté religieuse en Suisse, op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁹⁰ KOUBI G., « La liberté de religion : une liberté de conviction comme une autre » in Morin C.-Y., Otis G., *Les défis des droits fondamentaux*, Bruylant/AUF, 2000, p. 38.

¹⁷⁹¹ Art. 18.4 PIDCP : « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.* »

¹⁷⁹² LANGLAUDE S., « Children and Religion under Article 14 UNCRC: A Critical Analysis », *International Journal of Children's Rights* 16, 2008, pp. 475–504.

¹⁷⁹³ Le Comité s'est prononcé théoriquement sur le sujet, sans suivre les problématiques en pratique.

l'appréciation de l'enfant dans un nouveau statut, celui de « l'enfant-psychologue »¹⁷⁹⁴. En vérité, la perspective de la croyance religieuse de l'enfant se croise inévitablement avec les méthodes d'analyse psychologique, à savoir le cognitivisme développemental qui réunit plusieurs formes d'accès à l'intelligence¹⁷⁹⁵. Ainsi, dans le cas de l'enfant, disposer de l'autonomie participative *lato sensu* est une condition préalable à l'exercice du droit à la religion. Cet aspect n'a pas en réalité été pris en compte par les textes internationaux, qui ne sont jamais proposés de reconnaître à l'enfant « *une liberté religieuse personnelle* »¹⁷⁹⁶.

2. Un droit de nature « familiale »

En connaissant l'impact des croyances religieuses sur la construction de l'identité de la personne, il serait important de nuancer la nature « familiale » de ce droit et de l'accepter jusqu'au moment où l'enfant sera capable de s'autodéfinir religieusement et ainsi accroître son autonomie générale. Donc, même si la liberté de religion accorde en principe aux parents le droit de donner à leurs enfants une éducation morale et religieuse qui est conforme à leurs propres convictions **(a)**, la loi prévoit aussi que l'enfant pourra choisir sa religion et adopter les pratiques religieuses qui lui conviennent lorsqu'il sera en mesure de le faire **(b)**. Dans un tel cas, l'enfant aurait le droit de s'opposer au fait qu'on le force à participer aux pratiques religieuses de ses parents, car il jouit lui aussi de la liberté de religion.

a) Le fondement moral du droit à la religion dans les conventions internationales

Vu la complexité du droit à la liberté de religion, il semble clair que lorsqu'un enfant naît, il ne possède pas la maturité mentale nécessaire pour faire un choix religieux. Il est de surcroît naturel que l'enfant se développe dans le milieu religieux et culturel de ses parents. C'est en effet le regard adopté par le droit international. Donc, par rapport à la religion, les parents sont vus en tant que formateurs des visions et de l'identité de l'enfant. Leur participation dans la construction de la personnalité religieuse de l'enfant est très importante. Ainsi, le droit

¹⁷⁹⁴ HOUDE O., KAYSER D., KASSLYN S., *Vocabulaire de sciences cognitives neuroscience, psychologie, intelligence artificielle, linguistique et philosophie* (Quadrige Dicos poche), Paris: Presses universitaires de France, 2003, p. 151.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 145.

¹⁷⁹⁶ Nous empruntons l'expression employée par le doyen Carbonnier qui s'est ainsi exposé par rapport au droit français qui « *ne s'est jamais inquiété de reconnaître à l'enfant, si proche qu'il fut de la majorité, une liberté religieuse personnelle* ». Voir CARBONNIER J., note sous Trib. Civ. de Briançon 6 janvier 1948, D. 1948, jur., p. 581.

international revêt le droit à la religion d'un caractère relationnel, où la communauté religieuse¹⁷⁹⁷ joue également un rôle important dans l'éducation de l'enfant.

En droit international, la protection de la liberté de religion était vue comme un droit de la famille plutôt qu'un droit de l'enfant¹⁷⁹⁸. Le droit international, apparemment, a ignoré le défi juridique direct entre le droit de l'enfant et celui de ses parents en ce qui concerne le droit de pratiquer la religion. En effet, aux termes du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, l'article 18.4, l'État déclare s'engager à « *respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, pour assurer l'éducation religieuse et de l'éducation morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions* ». Le même libellé est utilisé à l'article 13.3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁷⁹⁹. Même si apparemment un article de la Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction¹⁸⁰⁰ semble consacrer un article à l'enfant¹⁸⁰¹, ses effets sont effacés par un des alinéas précédents qui dispose : « *les parents ou, le cas échéant, les tuteurs légaux de l'enfant ont le droit d'organiser la vie au sein de la famille conformément à leur religion ou leur conviction et en tenant compte de l'éducation morale conformément à laquelle ils estiment que l'enfant doit être élevé* »¹⁸⁰².

Les instruments internationaux, en effet, protègent les convictions parentales en ignorant que scientifiquement la capacité de l'enfant d'être religieux est démontrée.

¹⁷⁹⁷ CourEDH, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], 26 octobre 2000.

¹⁷⁹⁸ Par exemple, la Déclaration sur l'élimination de toute forme d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la convention prévoit le droit des parents d'élever l'enfant selon leurs préceptes religieux ou leurs croyances.

¹⁷⁹⁹ Art. 13.3 PIDESC, 1966 : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions. »

¹⁸⁰⁰ Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 novembre 1981 (résolution 36/55).

¹⁸⁰¹ *Ibid.*, art. 5.3 : « L'enfant doit être protégé contre toute forme de discrimination fondée sur la religion ou la conviction. Il doit être élevé dans un esprit de compréhension, de tolérance, d'amitié entre les peuples, de paix et de fraternité universelle, de respect de la liberté de religion ou de conviction d'autrui et dans la pleine conscience que son énergie et ses talents doivent être consacrés au service de ses semblables. »

¹⁸⁰² *Ibid.*, art. 5.1.

b) Le fondement scientifique du caractère transformatif du droit à la religion

Afin de défendre cette liberté de l'enfant, les doctrinaires ont cherché des arguments juridiques dans la théorie générale du droit. Plus concrètement, les adeptes de la théorie de la volonté utilisent la critique du droit collectif afin de justifier la nécessité d'un droit indépendant de l'enfant. En l'occurrence, un certain nombre d'auteurs tels que Joel Feinberg¹⁸⁰³, John White ou Hugh LaFollette soutiennent que les enfants sont « endoctrinés » par leurs parents quand ils sont élevés dans une tradition religieuse. Ils affirment que les enfants ne sont pas informés sur les autres religions, ce qui empêche les futurs choix et exclut toutes les options¹⁸⁰⁴. D'autre part, la théorie de l'intérêt qui appréhende le droit comme un intérêt qui est jugé digne de la protection morale ou légale est considérée par ses adeptes en mesure de fournir une bonne et plausible base théorique du droit de l'enfant à la liberté religieuse. Selon eux, l'intérêt de l'enfant dans la religion c'est notamment de devenir religieusement autonome, autrement dit « *d'être capable d'engager les revendications et les pratiques religieuses sur une base mature et d'être en mesure de prendre ses propres jugements religieux* »¹⁸⁰⁵. Terence McLaughlin affirme également qu'« *une manière cohérente de caractériser l'intention des parents est qu'ils visent l'autonomie par la foi* »¹⁸⁰⁶.

Les recherches scientifiques sur le développement des croyances morales et religieuses chez un enfant indiquent qu'il arrive généralement à un niveau de jugement autonome et mature entre douze et dix-sept ans¹⁸⁰⁷. Plus concrètement, le travail de Deconchy montre que la période entre 12 et 17 ans se caractérise par une phase d'« intériorisation » impliquant la recherche d'une relation non conformiste avec la divinité et l'émergence de doute préliminaire. Cependant, les études de McDowell, Graebner et Goldman suggèrent que ce n'est qu'environ à 13-14 ans que la plupart des enfants surmontent une phase d'assimilation conforme des phénomènes religieux et sont capables de comprendre son caractère symbolique¹⁸⁰⁸. Donc, selon cette littérature on comprend qu'un passage important sur le plan religieux a lieu entre 12 et 14 ans¹⁸⁰⁹ qui

¹⁸⁰³ FEINBERG J., « The child's rights to an open future » in Aiken W., LaFollette H., *Whose Child? Parental Rights, Parental authority and State Power*, Totowa, NJ, 1980, pp. 124-53.

¹⁸⁰⁴ WHITE J., *The Aims of Education Restated*, London : Routledge & Kegan Paul, 1982 ; LAFOLLETTE H. , « Freedom of Religion and Children » , *Public Affairs Quarterly* 3, 1989, pp. 75 - 87.

¹⁸⁰⁵ BRIGHOUSE H., « How Should Children Be Heard? », *Arizona Law Review* 45, 2003, pp. 691 - 711.

¹⁸⁰⁶ MCLAUGHLIN T.H., « Parental Rights and the Religious Upbringing of Children », *Journal of Philosophy of Education* 18, 1984, pp. 75 - 83.

¹⁸⁰⁷ WOOD COLBY K., *préc.*, p. 53.

¹⁸⁰⁸ VIANELLO R., « Religious Beliefs and Personality Traits in Early Adolescence », *International Journal of Adolescence and Youth* 2:4, 1991, pp. 287-296.

¹⁸⁰⁹ TAMISIER J., BLOCH H., CHEMAMA R., *Grand dictionnaire de la psychologie*, Nouvelle éd., Les grands dictionnaires culturels Larousse, Paris: Larousse, 1999, p. 267 : « *Le cours de développement des structures*

s'exprime par l'abandon d'une assimilation conformiste et l'acceptation ou le refus des croyances. Selon Vianello, dans la conscience de l'enfant se produit une « rupture entre le monde et Dieu », de sorte que les éléments religieux ne sont pas reliés entre eux et restent séparés de l'expérience quotidienne de l'enfant¹⁸¹⁰. C'est à ce moment-là qu'on pourra parler d'un détachement du droit de l'enfant de celui de la famille¹⁸¹¹. La plus grande difficulté reste l'appréciation objective d'un tel passage, et la nature des croyances de l'enfant qui doivent être critiques, personnalisées et obtenues par l'expérience quotidienne.

Ces études justifient, en effet, les deux approches adoptées : celle collective, pour les enfants jusqu'à 12 ans qui assimilent encore passivement et pas très critique les éléments religieux et celle individualiste, pour les adolescents, qui « *du point de vue intellectuel, sont caractérisés par la pensée formelle, le raisonnement hypothético-déductif, la découverte de la notion de loi* »¹⁸¹² et qui considère la religion d'une manière autonome. Toutes les dispositions conventionnelles citées ci-dessus adoptent une vision collective du droit, sans faire de distinction quant à la compétence de l'enfant. Toutefois, les droits d'un parent par rapport à la liberté de religion d'un enfant mature se présentent autrement, complètement différemment¹⁸¹³. La CDE a finalement mis la base d'une reconnaissance officielle de l'approche individualiste du droit à la religion de l'enfant.

B. L'affirmation explicite du droit de l'enfant à la religion

Il est vrai que le droit international ne fixe pas un âge minimum au-dessus duquel un enfant est capable d'adopter une religion de son choix. L'adoption de l'article 14 de la CDE, qui proclame le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion¹⁸¹⁴¹⁸¹⁵, essaie de combler cette lacune.

cognitives est considérée comme achevée autour de 14 ans non seulement dans la théorie opératoire mais dans toutes les théories classiques. La même durée est attribuée au développement intellectuel en psychométrie. »

¹⁸¹⁰ VIANELLO R., *préc.*, p. 288.

¹⁸¹¹ Sur le processus d'individuation et de détachement de l'adolescent voir DORON R., PAROT F. (dir.), *Dictionnaire de psychologie*, Paris: Presses universitaires de France, 2011, p. 13.

¹⁸¹² *Ibid.*

¹⁸¹³ WOOD COLBY K., *préc.*, p. 40.

¹⁸¹⁴ Art. 14 CDE : « 1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion. 2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. »

¹⁸¹⁵ Dans ce chapitre sera employée l'expression « liberté de religion de l'enfant ».

Reconnaître un tel droit à l'enfant c'est reconnaître implicitement son autonomie, car c'est le concept clé qui est associé à l'existence d'un droit. Théoriquement, c'est un droit exerçable d'une façon autonome par le mineur. En pratique, compte tenu son fort caractère relationnel et les capacités évolutives de l'enfant, la mise en œuvre de ce droit se fait sous l'égide éducationnelle de la famille jusqu'à une certaine maturité de l'enfant. Ainsi, la liberté de religion de l'enfant s'avère être un droit spécial et unique, différent tant par rapport au même droit de l'adulte que par rapport aux autres libertés de l'enfant. Les rédacteurs de la Convention ont trouvé que la liberté de pensée, de conscience et de religion de l'enfant est parmi les plus controversées, car ce droit d'autonomisation s'oppose le plus directement au contrôle parental et à la communauté religieuse (1). En revanche, l'interprétation officielle du droit est majoritairement orientée vers son acception individualiste (2).

1. La genèse contradictoire de la disposition conventionnelle

Même en étant conçu comme un droit « indépendant » par l'article 14 de la CDE, la liberté de religion de l'enfant est un droit « différent », tant par rapport au même droit reconnu à l'adulte (a), que par rapport aux autres libertés qui lui soient proclamées via la CDE (b).

a) Un droit différent

L'article 14 se rapporte à l'enfant comme sujet de droits et c'est l'enfant qui exerce le droit à la liberté de religion. C'est un droit difficilement accepté vu le nombre de réservations à la CDE¹⁸¹⁶. Contrairement à l'article 18 du Pacte, aucune précision n'est donnée sur le sens et la

¹⁸¹⁶ Voir par exemple : l'Algérie, « *Les dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 14 seront interprétées par le Gouvernement algérien compte tenu des fondements essentiels du système juridique algérien (...)* », le Bangladesh, le Brunéi Darussalam : « *Le Gouvernement du Brunéi Darussalam émet des réserves touchant les dispositions de ladite Convention susceptibles d'aller à l'encontre de la Constitution du Brunéi Darussalam et des croyances et principes de l'Islam, la religion d'État (...)* » ; les Emirats Arabes Unis : « *L'État des Émirats arabes unis se considérera lié par les dispositions énoncées à l'article 14 que dans la mesure où celles-ci ne contreviennent pas aux principes et aux règles de la charia* » ; la Jordanie : « *Le Royaume hachémite de Jordanie ne se considère pas lié par les dispositions de l'article 14 (...)* » ; la Malaisie, les Maldives : « *Le Gouvernement de la République des Maldives formule en outre une réserve à l'égard du paragraphe 1 de l'article 14 de ladite Convention, car la Constitution et les lois de la République des Maldives stipulent que tous les Maldiviens doivent être musulmans* » ; le Maroc : « *Le Gouvernement du Royaume du Maroc interprète les dispositions du paragraphe 1 de l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant à la lumière de la Constitution du 7 octobre 1996 et des autres règles pertinentes de son Droit interne* » ; l'Oman : « *Le Sultanat d'Oman n'est pas lié par les dispositions de l'article 14 de la Convention consacrant le droit de l'enfant à la liberté de religion jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la maturité* » ; la République Arabe Syrienne : « *La République arabe syrienne formule des réserves à l'égard des dispositions de la Convention qui ne sont pas conformes à la législation arabe syrienne et aux principes de la charia, en particulier celles de l'article 14 consacrant le droit de l'enfant à la liberté de religion [...]* » ; le Saint-Siège : « *[Le Saint-Siège] interprète les articles de la Convention de manière à sauvegarder les droits primordiaux et inaliénables des parents en ce qui concerne en particulier l'éducation (art. 13 et 28), la religion (art. 14), l'association avec autrui (art. 15) et la vie privée (art. 16)* » ; la Somalie : « *La République fédérale de Somalie ne se considère pas liée par les articles 14, 20 et 21 de la*

portée de cette obligation dans la CDE. Aucune mention n'a été faite sur le droit de l'enfant de choisir la religion. Le Gouvernement belge a pourtant déclaré « *interpréter le paragraphe 1er de l'article 14 en ce sens que, conformément aux dispositions pertinentes de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 ainsi que de l'article 9 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950, le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion implique également la liberté de choisir sa religion ou sa conviction* »¹⁸¹⁷. Alors que la plupart des pays islamiques ont mis des réserves à ce droit « *étant donné que de permettre à un enfant de changer de religion va à l'encontre des principes de la charia islamique* »¹⁸¹⁸.

Aussi, le droit de l'enfant à la liberté religieuse se heurte à la difficulté qui consiste à déterminer à quel moment l'enfant est jugé suffisamment apte à faire ses propres choix¹⁸¹⁹. Le gouvernement des Pays-Bas a répondu à cette lacune lors de la signature de la CDE en déclarant « *que l'article 14 de la Convention est conforme aux dispositions de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 et que ledit article doit inclure la liberté de l'enfant d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix dès qu'il a atteint une maturité ou un âge suffisants pour être en mesure de le faire* »¹⁸²⁰.

Donc, l'article 14 est considéré un des plus controversés de la Convention et un des plus concernés par les réserves et les déclarations des États parties. Notamment, le droit de choisir sa religion fait encore l'objet de débats¹⁸²¹. Toutefois, en sachant des *travaux préparatoires* que l'article 14 a été calqué sur l'article 18 du PIDCP qui se rapporte implicitement aux enfants aussi, son ignorance peut être interprétée en tant qu'exclusion d'un droit déjà existant. Mieux encore, l'opinion comme quoi « *les réserves concernant notamment l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant sont incompatibles avec l'objet et le but de ladite*

Convention susmentionnée ni par toute autre disposition de la Convention qui serait contraire aux principes généraux de la charia islamique » ;

¹⁸¹⁷ Voir les Déclarations et les Réserves à la CDE sur https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr#26

¹⁸¹⁸ *Ibid.*, la réserve de la part de l'Iraq : « [Le Gouvernement iraquien] a jugé bon d'accepter [la Convention] ... avec une réserve à l'égard du paragraphe premier de l'article 14, concernant le droit de l'enfant à la liberté de religion, étant donné que de permettre à un enfant de changer de religion va à l'encontre des principes de la charia islamique. »

¹⁸¹⁹ LAVALLÉE C., *op. cit.*, p. 196.

¹⁸²⁰ La déclaration du Gouvernement des Pays-Bas, V. le site de l'ONU cité

¹⁸²¹ Selon les travaux préparatoires, lors du processus de rédaction de la convention, plusieurs États islamiques ont déclaré qu'ils ne reconnaîtraient pas à l'enfant le droit d'adopter une religion de son choix, car ce serait en contradiction avec les lois et les valeurs islamiques.

Convention » a été soutenue par la plupart des gouvernements européens¹⁸²². En sachant que ce droit « *forme la base même et ainsi la base du droit international des droits de l'Homme, raison pour laquelle aucune dérogation aux obligations correspondantes ne peut être faite* », le Comité prie instamment les États parties « *de retirer toute réserve à l'article 14 de la Convention, qui établit le droit de l'enfant à la liberté de religion et reconnaît le droit et le devoir des parents et des représentants légaux de guider l'enfant d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités (voir aussi l'article 5)* »¹⁸²³. À ce jour, uniquement le gouvernement de Maroc a retiré la réserve à l'article 14¹⁸²⁴.

b) Un droit unique

L'article 14 de la CDE se réfère spécifiquement à l'obligation pour les États de respecter les droits et devoirs des parents pour donner une orientation à leur enfant. Au titre de cet article, les parents ont le droit de guider et d'orienter l'enfant non pas conformément à leurs propres convictions, mais conformément aux convictions des enfants¹⁸²⁵. Si non, le droit de l'enfant à la liberté de religion se transformerait « *en obligation pour l'enfant, celle de respecter les convictions personnelles des parents et de les faire siennes* »¹⁸²⁶. Ce droit tel qu'inscrit dans la CDE est singulier dans son genre, car c'est l'unique qui reprend le concept des capacités évolutives de l'enfant défini à l'article 5 de la CDE. L'article dispose : « *Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention* ». Ainsi, les droits parentaux sont mentionnés en ce qui concerne la liberté de religion, ils ne sont pas mentionnés dans les articles concernant les autres droits de l'enfant, tels que les droits d'expression¹⁸²⁷ ou

¹⁸²² La Belgique, l'Allemagne, la République de Bulgarie, la France, la Hongrie, l'Irlande, la Lettonie, la Norvège, la Pologne, le Portugal, la République de Moldova, la République Tchèque, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Suisse.

¹⁸²³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 43.

¹⁸²⁴ Le 19 octobre 2006.

¹⁸²⁵ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant*, 2015, p. 40.

¹⁸²⁶ HABIB B., « La définition de l'enfant en droit international public » in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 80.

¹⁸²⁷ Art. 13 CDE : « 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*

de réunion¹⁸²⁸. Si la raison d'une telle différence est la relative immaturité de l'enfant à faire ses propres décisions et exercer un choix autonome, cette raison devrait s'appliquer à de nombreux autres droits. Cependant, en ce qui concerne la religion, les parents sont considérés comme ayant un droit de façonner l'identité de leur enfant. En cela, il diffère des autres droits de l'enfant. La religion a un aspect relationnel à long terme, distinct de son aspect individualiste. Si la liberté religieuse appartient à un groupe, la famille a un intérêt reconnaissable dans le maintien de la cohésion du groupe, au moins pendant que l'enfant est toujours partie de ce groupe. Ainsi, la liberté de religion de l'enfant aurait un trait distinctif et particulier que les autres droits ne connaissent pas - l'aspect d'identité, c'est-à-dire l'intérêt de promotion de l'identité familiale pour les parents.

Certains États européens, malgré la *capability approach* adoptée dans la CDE, ont prévu dans leur législation une majorité religieuse, c'est-à-dire un âge objectif de l'autonomie religieuse de l'enfant. En Suisse, par exemple, le Code civil reconnaît la majorité religieuse de l'enfant à l'âge de 16 ans¹⁸²⁹. Cependant, cet âge n'est pas impératif dans les conditions où l'enfant démontre une maturité de faire un choix dans ce domaine plus tôt. Le but d'une telle disposition était, avant tout, à définir plus précisément ce droit de l'enfant. Elle dit que l'enfant reste sous l'autorité de ses parents jusqu'à 16 ans en ce qui concerne l'éducation religieuse¹⁸³⁰. Jusqu'à cet âge, il est censé respecter le choix que ses parents feront pour lui. Cependant, si l'enfant est suffisamment mûr et même s'il n'a pas encore 16 ans révolus, ses parents doivent respecter ses convictions et ne sauraient lui imposer un changement de religion ou de confession. Car, la CDE engage la Suisse de respecter le droit à la religion de l'enfant conformément à ses capacités évolutives.

De même, la loi roumaine relative aux droits de l'enfant de 2004¹⁸³¹ prévoit le droit du mineur à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Son deuxième alinéa tient à clarifier ce droit par rapport aux responsabilités des parents. La loi limite le droit des parents d'éduquer l'enfant conformément à ses propres convictions compte tenu son opinion, son âge et son degré de

des droits ou de la réputation d'autrui ; ou b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique. »

¹⁸²⁸ Art. 15 CDE : « 1. Les États parties reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique. 2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui. »

¹⁸²⁹ Art. 303.3 CC Suisse : « L'enfant âgé de 16 ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession. »

¹⁸³⁰ Art. 303.1 CC Suisse.

¹⁸³¹ Art. 25, Loi roumaine relative aux droits de l'enfant 2004.

maturité, sans obliger celui-ci d'adhérer à une certaine religion. Le troisième alinéa proclame la majorité religieuse de l'enfant à 16 ans. Dès l'âge de 14 ans, la religion du mineur ne peut pas être changée sans son accord. Ces exemples montrent, en effet, que l'enfant dispose d'un droit indépendant à la religion bien avant l'âge de la majorité légale et même avant la majorité religieuse.

2. L'interprétation concordante de la disposition conventionnelle

Aucun instrument international ne définit clairement le droit de l'enfant à la liberté de religion, car il n'existe aucune observation générale dédiée exclusivement à ce droit. L'interprétation de l'article 14 par le Comité est depuis longtemps attendue. Bien que le Comité pour les droits de l'enfant soit l'organe compétent pour l'interprétation de la Convention, il hésite à s'exprimer dans une observation générale dédiée à l'interprétation de l'art. 14. Avec ceci, le Comité reconnaît ce droit à tous les enfants, sans discrimination aucune¹⁸³² et oblige l'État de prendre des mesures, y compris des dispositions législatives, pour assurer que les enfants soient librement en mesure de choisir leur propre religion. De surcroît, il propose une sorte de lignes directrices sur ce qui doit être inclus dans la liberté de choix religieux de l'enfant¹⁸³³. Notamment, selon le Comité, les enfants doivent faire partie d'une communauté religieuse de leur propre volonté, ils devraient se familiariser avec d'autres cultures, et ils doivent être libres de ne pas avoir une religion.

Les lignes directrices sur la forme et le contenu des rapports devant être soumis par les États parties prévoient l'obligation de fournir des informations pertinentes sur l'âge minimum légal défini par la législation nationale pour choisir une religion ou suivre un enseignement religieux. Ainsi, l'avis du Comité est que « la liberté de religion inclut la liberté de choisir et de changer de religion. Aucune interprétation de ces libertés pourrait restreindre à la possibilité de tenir une religion spécifique ». Ceci est également applicable aux réserves attachées par les pays islamiques à l'article 14.

Quelques éléments d'interprétations peuvent toutefois être déduits des autres observations du Comité. C'est en 2016, dans l'observation générale concernant l'implémentation des droits des

¹⁸³² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°9, *préc.*, § 34 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°10, *préc.*, § 6 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°6, *préc.*, § 31 iii).

¹⁸³³ UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, Exemple d'extrait des Directives générales du Comité des droits de l'enfant concernant les rapports que les États parties doivent présenter conformément à la Convention, p. 206.

adolescents¹⁸³⁴ qu'il distingue clairement le droit de l'enfant autonome de celui de ces parents. Selon lui, c'est « *c'est l'enfant, et non les parents, qui exerce le droit à la liberté de religion ; le rôle des parents s'amenuise nécessairement à mesure que s'accroît celui de l'enfant, qui exerce de plus en plus activement sa liberté de choix tout au long de l'adolescence* »¹⁸³⁵. De surcroît, le Comité égalise en quelque sorte la portée de l'article 14 à celle de l'article 12 en termes de source d'autonomie de l'enfant. Il s'exprime ainsi : « *Les parents (et les autres personnes concernées) devraient être encouragés à donner « l'orientation et les conseils » en se centrant sur l'enfant, en utilisant le dialogue et l'exemple et en renforçant les capacités des jeunes enfants à exercer leurs droits, dont celui d'exprimer leur opinion sur toute question les intéressant (art. 12) et le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14)* »¹⁸³⁶.

Quelques années auparavant, le Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction¹⁸³⁷, dans un rapport consacré à la liberté de religion de l'enfant¹⁸³⁸, le distingue en tant que détenteur de son propre droit à la religion. Selon lui, « *chaque enfant est détenteur de droits qui lui sont propres indépendamment de son appartenance à une famille ou une communauté. En outre, les intérêts des parents et des enfants ne sont pas nécessairement les mêmes, notamment dans le domaine de la liberté de religion ou de conviction* »¹⁸³⁹.

Pourtant, cette acception du droit à la liberté de religion des organes de l'ONU s'étend uniquement aux enfants capables. Donc, nous pouvons affirmer que le Comité des droits de l'enfant est avant tout adepte de la vision individualiste du droit à la religion de l'enfant. Il insiste pour que la liberté de religion de l'enfant soit « *respectée dans les écoles et les autres institutions, y compris pour ce qui est de choisir d'assister ou non aux cours d'instruction religieuse, et la discrimination fondée sur les croyances religieuses devrait être interdite* ». Mieux encore, il recommande à l'État partie « de veiller à ce que toutes les écoles publiques permettent aux enfants, dans la pratique, de choisir librement de suivre des cours de religion ou

¹⁸³⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, CRC/C/GC/20, *préc.*

¹⁸³⁵ *Ibid.*, § 43.

¹⁸³⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°7, *préc.*, § 17.

¹⁸³⁷ Le mandat de Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction a été créé par la Commission des droits de l'Homme en vertu de sa résolution 1986/20 et renouvelé en 2007 et en 2010 par le Conseil des droits de l'Homme dans ses résolutions 6/37 et 14/11. En 2013, le Conseil a prorogé le mandat de trois ans dans sa résolution 22/20. V. Assemblée Générale des Nations Unies, *Élimination de toutes les formes d'intolérance fondées sur la religion*, Rapport d'activités du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, A/70/286, 5 août 2015, Introduction, p. 4.

¹⁸³⁸ *Ibid.*

¹⁸³⁹ *Ibid.*, § 14, p. 6.

de morale *sans directive parentale* et garantissent que ces cours correspondent aux capacités de développement de l'enfant »¹⁸⁴⁰.

§2. Une mise en œuvre évolutive de l'autonomie religieuse de l'enfant

Idéalement, afin de déterminer l'étendue de la liberté de religion de l'enfant, il nous faudrait opposer ses opinions de croyance à celle de ses parents dans un cadre d'un litige judiciaire. Compte tenu la quasi-inexistence de tels conflits, il nous reste une deuxième voie, plus obscure, mais implicite, lorsque les parties au procès sont les parents de l'enfant. L'intervention de l'État en qualité de « décideur objectif »¹⁸⁴¹ dans ce cas de figure est certainement nécessaire, car « *lorsque le parent et l'enfant sont en désaccord sur des questions religieuses, le droit des parents d'élever l'enfant sans ingérence extérieure est en conflit avec un intérêt sociétal potentiel lié à la liberté de religion de l'enfant* »¹⁸⁴² (A). Mais l'État peut également intervenir pour annuler la décision des parents quant à l'éducation de l'enfant fondée sur leurs convictions religieuses (B).

A. La reconnaissance implicite de l'autonomie religieuse de l'enfant en tant que limite au droit parental

Bien que le parent puisse continuer à faire valoir ses valeurs, il doit le faire de manière à favoriser la rationalité critique dans laquelle il prend ses décisions¹⁸⁴³. A part l'argument du respect de l'autonomie rationnelle de l'enfant traité dans la première partie de cette thèse, la relation école-religion soulève également la question du respect de l'autonomie religieuse de l'enfant. C'est-à-dire, le droit des parents d'assurer l'éducation scolaire de leurs enfants et le droit à la liberté de religion peuvent être limités au nom du respect de la liberté religieuse de l'enfant, choisie ou potentielle. En vérité, nous croyons que la neutralité de l'instruction exigée contribue à la formation d'un raisonnement critique de l'enfant qui lui permettra de faire un choix religieux personnel et non pas imposé (1). Cette même logique devrait s'appliquer par la Cour lorsque l'objet de dispute présenté devant elle concerne les mesures d'assistance

¹⁸⁴⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Trente et unième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales : Pologne, CRC/C/15/Add.194, 30 octobre 2002, § 33.

¹⁸⁴¹ WOOD COLBY K., *préc.*, p. 42.

¹⁸⁴² *Ibid.*, p. 41.

¹⁸⁴³ *Ibid.*, p. 69.

éducatives dans le contexte d'un conflit religieux, en réalité la CourEDH ignore l'étude d'un droit individuel de l'enfant à la liberté de religion (2).

1. Le respect de l'autonomie religieuse de l'enfant en dehors de la famille

Il faut reconnaître que la CourEDH s'est penchée sur la question de la liberté de pensée, de conscience et de religion des enfants principalement du point de vue du droit à l'éducation et du système scolaire public. Mieux encore, généralement elle ne fait pas de référence au droit de l'enfant à la religion (a). Avec ceci, la reconnaissance internationale d'un droit individuel à la religion suppose une séparation claire entre les droits des parents et ceux des enfants (b).

a) L'ignorance du droit à la liberté de religion de l'enfant dans les affaires sur l'éducation publique

Bien que dans la famille la neutralité soit désirable, mais pas redevable ; à l'extérieur, une neutralité religieuse est exigée afin de répondre à un but légitime, y compris la préservation de l'autonomie religieuse de l'enfant. Sous le prisme du droit de l'enfant à l'instruction, la Cour de Strasbourg a maintes fois statué au détriment du droit à la religion des parents. Sans pourtant distinguer explicitement le droit à la religion de l'enfant, lorsqu'un conflit surgit entre l'égalité des chances et le pluralisme religieux, la Cour va préférer le premier. De façon générale, la CourEDH écarte la liberté de religion des parents ou justifie la violation de celle-ci, lorsque son exercice a pour effet de s'opposer aux droits des enfants.

En l'occurrence, dans une décision d'irrecevabilité de la requête, à savoir *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c. Luxembourg*¹⁸⁴⁴, la Cour refuse d'accorder une dispense de fréquenter l'école le samedi pour un enfant dont les parents ont adhéré à l'Église adventiste du 7e jour. Malgré le fait que les requérants ont invoqué l'article 9 de la Convention au nom de leur fils, la Cour semble ignorer cet aspect et juge l'affaire exclusivement sous le prisme du droit à la liberté de religion des parents. Ainsi, « *la Cour estime que le refus prévu par la loi d'octroyer aux requérants une dispense générale de cours le samedi pour leur fils mineur se justifiait dans leur principe pour la protection des droits et libertés d'autrui, et en particulier du droit à l'instruction* »¹⁸⁴⁵.

¹⁸⁴⁴ CourEDH, *Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c. Luxembourg*, 27 avril 1999.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*

Une solution analogue solution a été arrêtée par la CourEDH dans une affaire plus récente *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*¹⁸⁴⁶. En l'espèce, les requérants de nationalité turque et suisse, mais « fervents pratiquants de la religion musulmane », parents de deux filles de neuf et sept ans, refusent de les envoyer aux cours de natation au motif que leur croyance leur interdisait de laisser leurs enfants participer à des cours de natation mixtes. Ils argumentent une telle position sous le prisme de l'autorité parentale qui s'avérait ainsi violée¹⁸⁴⁷. Ainsi, les requérants ont allégué sous l'angle de l'article 9 que l'obligation qui leur a été faite d'envoyer leurs filles aux cours de natation mixtes était contraire à leurs convictions religieuses¹⁸⁴⁸.

Cette affaire, de même que la précédente, est intéressante, car l'article invoqué n'est pas celui habituellement appliqué par la Cour. En effet, à défaut de ratification par la Suisse du Protocole n° 1 contenant l'article 2 sur le droit des parents de voir respecter leur droit « *d'assurer l'éducation et un enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* », l'affaire est jugée sous le prisme du droit à la religion *stricto sensu* des parents. La Cour reconnaît que le refus de dispenser les filles des requérants des cours de natation mixtes dans le cadre de l'école primaire obligatoire et les amendes infligées aux intéressés touchent « la manifestation des convictions religieuses »¹⁸⁴⁹ des parents, mais cette ingérence « *poursuivait des buts légitimes au sens de l'article 9 § 2 de la Convention* »¹⁸⁵⁰, en l'occurrence « *la protection des droits et libertés d'autrui* »¹⁸⁵¹, c'est-à-dire la protection des droits de l'enfant. Selon la Cour, « *la mesure visait tout particulièrement à protéger les élèves étrangers contre tout phénomène d'exclusion sociale* »¹⁸⁵². Ainsi, bien que cette décision relève plusieurs aspects politiques¹⁸⁵³, parmi toutes elles limitent la promotion de l'identité religieuse des parents *via* les enfants en laissant à ceux-ci une liberté de contemplation, d'observation, de formation de vision et finalement de choix religieux.

Dans toutes ces affaires étudiées, le droit à la liberté de religion de l'enfant n'est pas clairement établi. Toutefois, il peut être déduit de l'argument que l'autonomie religieuse de l'enfant est directement liée au caractère neutre de l'instruction.

¹⁸⁴⁶ CourEDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, 10 janvier 2017.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, § 9.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, § 33.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, § 39.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, § 65.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, § 64.

¹⁸⁵² *Ibid.*

¹⁸⁵³ Voir le commentaire sur <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/cas-credh/cas-suisse-expliques/obligation-de-suivre-cours-de-natation>

b) L'importance d'une éducation neutre pour l'autonomie religieuse de l'enfant

L'argument de l'autonomie développementale rationnelle de l'enfant est un fondement valide généralement reconnu¹⁸⁵⁴ en faveur d'une éducation publique neutre de l'enfant. Toutefois, comme on vient de voir, le juge évite de reconnaître particulièrement l'importance de la préservation de l'autonomie religieuse propre de l'enfant. Sauf que la nature même de ce droit suppose une séparation claire entre les droits de religion de l'enfant et de ses parents, même s'il existe une forte probabilité que la croyance soit partagée.

En effet, si l'État renonce à sa politique d'instruction neutre qui offre des solutions d'alternative à une vision unitaire des parents, l'enfant aura un développement sans véritable liberté d'expression religieuse¹⁸⁵⁵. Une éducation qui prend en compte la confession des parents offre aux enfants peu de possibilités de développer leurs capacités d'autonomie dans le domaine religieux. Ainsi, un tel enfant aura beaucoup de mal à revoir ces croyances plus tard dans la vie.¹⁸⁵⁶ En réalité, si une éducation neutre, tant public que privée, serait idéale pour l'autonomie religieuse de l'enfant, elle pourrait cependant être valablement garantie uniquement *via* la première¹⁸⁵⁷. Effectivement, si le système de contrôle réciproque État-parents peut être efficace contre l'embrigadement ou l'endoctrinement idéologique¹⁸⁵⁸, il est moins certain que l'État puisse avoir des fondements légaux pour le faire quand l'éducation intrafamiliale ne nuit pas au développement physique de l'enfant. Hugue LaFolette l'explique ainsi : « *The judge, parents, and the state, however, seem oblivious to the fact, that for the individual child, governmental indoctrination is not nearly as likely as is carefully orchestrated parental indoctrination to make freedom of expression meaningless. If the state teaches one view in the school, the child might still be exposed to variant beliefs by her parents. But if the parents push a unitary view*

¹⁸⁵⁴ Voir partie I de cette thèse.

¹⁸⁵⁵ LAFOLETTE H., « Freedom of Religion and Children », *Public Affairs Quarterly*, vol. 3, N°1, January 1989, p. 85.

¹⁸⁵⁶ AHMED F., « The Autonomy Rationale for Religious Freedom », *Modern Law Review*, vol. 80 (2), 2017, p. 258.

¹⁸⁵⁷ GUTMANN A., « Civic education and social diversity », *Ethics*, 105, 1995, p. 559 : « *Private educational efforts at cultivating individuality or autonomy are of course permissible – as are private efforts to cultivate religious devotion, but liberal governments must try to teach only the skills and virtues of liberal democratic citizenship.* »

¹⁸⁵⁸ KOUASSI K., « L'enfant et l'embrigadement idéologique », in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 147.

and the state supports the parent's decision to stop their children's exposure to alternatives, than the child will doubtless grow up without genuine freedom of expression »¹⁸⁵⁹.

Le respect de l'autonomie religieuse de l'enfant au sein de la famille est ainsi un sujet délicat. Cette question aurait pu toutefois légitimement surgir lorsque les parents de l'enfant sont en conflit ou se séparent. Donc, la question du droit des enfants à la liberté de religion ne se limite pas à la portée des décisions médicales, des affaires liées à l'éducation, mais elle interroge également la garde et le droit de visite des enfants.

2. Le respect de l'autonomie religieuse de l'enfant dans la famille

La contrepartie d'une politique neutre de l'État dans la sphère de l'éducation publique serait le privilège des parents d'avoir un droit quasi absolu d'inculquer aux enfants des valeurs en privé. Toutefois, la manifestation de la liberté de religion des parents devrait être « raisonnable »¹⁸⁶⁰, afin de ne pas nuire à l'autonomie participative et développementale religieuse de l'enfant. Si la disposition de l'article 12 de la CDE s'applique, sans aucune discrimination, lors des conflits intrafamiliaux ayant un caractère religieux (a), le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne sera pas invoqué dans tous les cas afin de limiter les droits des parents profondément croyants (b).

a) La protection *in abstracto* de l'autonomie religieuse de l'enfant à l'aide de son autonomie participative

Dans toute matière liée à l'éducation de l'enfant, à l'intérieur ou à l'extérieur de la famille, il existe l'opinion que le droit religieux du parent sera potentiellement limité dès que l'enfant sera

¹⁸⁵⁹ LAFOLETTE H., *préc.*, p. 85. Traduction : « *Le juge, les parents et l'État semblent toutefois oublier que pour un enfant donné, l'endoctrinement gouvernemental n'est pas aussi probable que l'endoctrinement parental soigneusement orchestré pour priver de sens la liberté d'expression. Si l'État enseigne un point de vue à l'école, l'enfant pourrait toujours être exposé à des croyances différentes de ses parents. Mais si les parents défendent une vision unitaire et que l'État appuie la décision des parents d'arrêter d'exposer leurs enfants à des solutions de remplacement, il sera sans doute regroupé sans véritable liberté d'expression* ».

¹⁸⁶⁰ Ici, on ne sous-entend pas la rationalité de la croyance, mais la raisonnable des retombées d'une telle croyance. Voir LAFOLETTE H., *préc.*, p. 78 : « *The constitution does not protect only expression deemed reasonable by the court, it protects religious expression period; that is, at least expression which does not harm others. If the courts were empowered to determine which religious beliefs were reasonable, then legal protections would likely be accorded only to those whose views meshed with, or were at least vaguely similar to, those of the sitting judges. That would undermine the very purpose of these constitutional guarantees.* » De même, la cour de Montpellier, dans un arrêt du 29 juin 1992 rappelle : « *il n'appartient pas au juge de peser et comparer les mérites ou les dangers, les bienfaits ou les inconvénients respectifs d'une religion dominante par rapport à une secte minoritaire... que le juge doit non procéder par voie d'affirmations générales, mais rechercher si dans le cas d'espèce, les activités des père et mère... présentent des avantages ou des inconvénients pour l'enfant* ». V. HAUSER J. « *L'autorité parentale peut-elle être attribuée à un parent témoin de Jéhovah ?* », *RTD Civ.* 1992, p. 751.

assez mûr pour exprimer des désirs potentiellement contradictoires. Le juge américain Douglas, dans son opinion dissidente concernant l'affaire *Wisconsin v. Jonas Yoder*¹⁸⁶¹, exprime ainsi cette vue : « *Where the child is mature enough to express potentially conflicting desires, it would be an invasion of the child's rights to permit such an imposition without canvassing his views... And, if an Amish child desires to attend high school, and is mature enough to have that desire respected, the State may well be able to override the parents' religiously motivated objections* »¹⁸⁶². C'est-à-dire, lorsqu'un enfant est capable s'oppose à une décision religieuse de ses parents par l'expression de son opinion, l'État devrait interpréter une telle action premièrement en tant que manifestation de l'autonomie religieuse participative de l'enfant, fondée sur l'article 12 de la CDE. Toutefois, ce raisonnement ne signifie pas que l'État choisit l'enfant en tant que décideur dans la situation créée, mais plutôt l'objectif est de savoir si le parent ou l'État devrait prendre cette décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸⁶³. En outre, il est vraiment important de déterminer si l'opposition des enfants aux pratiques religieuses de leurs parents se base sur des convictions religieuses propres ou c'est simplement un refus conditionné par certaines circonstances. Dans le premier cas, d'ailleurs difficilement établi, l'enfant disposerait d'une autonomie décisionnelle religieuse qui légitimerait la limite du droit des parents à l'éducation religieuse de leurs enfants.

Ainsi, le droit à la participation de l'enfant assure, même si pas d'une façon absolue, la protection générale du droit à la liberté de religion de l'enfant. Cette observation devrait, toutefois, être nuancée lorsqu'il s'agit d'une expression d'opinion solidaire avec les actes religieux des parents. En effet, si la pratique de la liberté de la religion suppose la violation d'un de ses droits, « *le fait que les enfants soient d'accord avec leurs parents - s'ils le font effectivement - est juridiquement hors de propos* »¹⁸⁶⁴. Ici, par contre, qu'il s'agisse de l'autonomie religieuse simplement participative ou bien de celle décisionnelle, le résultat sera le même, à savoir la prééminence de l'autonomie religieuse potentielle de l'enfant. Donc, le cas devra être étudié *in concreto* en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁸⁶¹ *Wisconsin v. Jonas Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

¹⁸⁶² Opinion dissidente du juge William O. Douglas *Wisconsin v. Jonas Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

¹⁸⁶³ LAFOLETTE H., *préc.*, p. 76.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 77.

b) Une limite *in concreto* des droits des parents profondément religieux

S'il existe une jurisprudence bien établie qui justifie l'intervention étatique au niveau de l'éducation religieuse donnée par les parents si ces derniers entravent le développement normal physique de l'enfant, il apparaît que l'interprétation du dommage qui justifie cette limite du droit parental est vraiment très étroite. Hugue LaFollette attentionne sur le fait que tous les dommages ne sont pas physiques¹⁸⁶⁵, alors que l'apport de la CourEDH se limite à énoncer le principe de l'appréciation du danger *in concreto*, intellectuel ou émotif de l'enfant¹⁸⁶⁶.

Lorsqu'ils exercent l'autorité parentale, les parents doivent toujours respecter les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant. Le plus grand problème du juge européen saisi d'une question liée à l'éducation religieuse de l'enfant concerne notamment l'interprétation très limitée du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par conséquent, au moins dans la jurisprudence européenne, la liberté religieuse de l'enfant ne se voit presque jamais fondée sur l'autonomie du mineur¹⁸⁶⁷. Plus concrètement, la CourEDH a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de délimiter l'étendue du droit individuel de l'enfant à la liberté de religion¹⁸⁶⁸. Dans la plupart de cas, les affaires concernaient un litige des deux parents sur la garde ou la visite de l'enfant, à cause des convictions religieuses disparates. Dans ces affaires, il paraît que la Cour a été plus préoccupée par la recherche d'une objectivité dans l'appréciation des retombées des deux religions que par l'appréciation de l'étendue de la liberté religieuse de l'enfant. Mieux encore, la Cour a démontré un attachement prioritaire à l'institut de l'autorité parentale au détriment du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'exemple de l'endoctrinement religieux, ou bien du prosélytisme manipulateur¹⁸⁶⁹, voire du prosélytisme abusif¹⁸⁷⁰ tel qu'employé par la CourEDH est un exemple éloquent. En effet, le prosélytisme religieux ou « l'enseignement » religieux fait naturellement part du *forum externum* d'une personne. La CourEDH est convaincue que sans cette composante, l'essence de la liberté de religion, à savoir la possibilité de changement de religion, perdrait tout son

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 81.

¹⁸⁶⁶ GALSTON W.A., *Liberal Purposes: Goods, Virtues and Diversity in the Liberal State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 254.

¹⁸⁶⁷ Voir AHMED F., *préc.*

¹⁸⁶⁸ CourEDH, *Hoffman c. Autriche*, 23 juin 1993 ; CourEDH, *Palau-Martinez c. France*, 16 décembre 2003 ; CourEDH, *Schmidt c. France*, 26 juillet 2007.

¹⁸⁶⁹ CLARKE M. (dir.), *Handbook of Research on Development and Religion*, Edward Elgar Pub, 2013, p. 425; AHMED F., *préc.*

¹⁸⁷⁰ CourEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993.

sens¹⁸⁷¹. Même si ainsi, la Cour exprime son soutien au prosélytisme religieux, elle ne fait pas de nuances quand l'objet du prosélytisme est un mineur. En l'occurrence, dans une des affaires concernant la garde d'un enfant refusée par les instances hongroises sur motif de « prosélytisme brutal » du père à l'égard de son fils qui « *impose ses convictions à son fils au point de compromettre son développement* »¹⁸⁷². La CourEDH a souligné que les parents avaient le droit de faire du prosélytisme auprès de leurs enfants « *même de manière insistante ou dominante* ». Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'est appuyée sur sa jurisprudence précédente concernant l'éducation religieuse des enfants, ainsi que sur l'article 2 du Protocole 1 à la CEDH.

La Cour s'est vite vue critiquée pour un tel raisonnement qui ignorait l'autonomie religieuse des enfants. Selon Ahment, « *les soumettre à un prosélytisme manipulateur, c'est les traiter comme des poupées programmables, appartenant à leurs parents, plutôt que comme des êtres partiellement autonomes* »¹⁸⁷³. En effet, une telle philosophie compromet le fondement du droit à la liberté de religion de l'enfant, à savoir l'autonomie religieuse potentielle de l'enfant, par l'effacement du droit à la liberté du choix de l'enfant. La solution retenue par la jurisprudence strasbourgeoise revient à privilégier les droits parentaux à ceux des enfants. Selon LaFolette, « *c'est injuste* »¹⁸⁷⁴.

Il existe probablement la possibilité que cette ignorance de la Cour soit outrepassée dans le cadre d'une affaire à venir. En effet, dans le cas *Nagkela Fouquet contre France*¹⁸⁷⁵ communiqué à la Cour, mais pas encore jugé, la requérante soulève un grief important quant à la reconnaissance du droit individuel du mineur à la liberté de religion. En invoquant les articles 8 et 9 de la Convention, elle se plaint d'avoir été contrainte de se convertir à la religion de sa famille d'accueil, membre des Témoins de Jéhovah, alors qu'elle était de confession musulmane. Selon les faits, la requérante a été confiée à une famille d'accueil à l'âge de cinq ans. À cette étape, on retrouve également une question soulevée par la Cour auprès des parties, à savoir « *Y-a-t-il eu atteinte à la liberté de religion de la requérante, au sens de l'article 9 § 1 de la convention ? Dans l'affirmative, les autorités internes ont-elles satisfait à leur obligation positive de protéger la requérante d'une conversion religieuse forcée ?* »¹⁸⁷⁶ Cette formulation

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, § 31 : « *sans quoi du reste "la liberté de changer de religion ou de conviction", consacrée par l'article 9 risquerait de demeurer lettre morte.* »

¹⁸⁷² CourEDH, *Vojnity c. Hongrie*, 12 février 2013.

¹⁸⁷³ AHMED F., *préc.*, p. 258 : « *To subject them to manipulative proselytism is to treat them like programmable dolls, owned by their parents, rather than partially autonomous beings.* »

¹⁸⁷⁴ LAFOLETTE H., *préc.*, p. 83.

¹⁸⁷⁵ CourEDH, *Nagkela Fouquet c. France*, introduite le 3 September 2012, requête no 59227/12.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 10.

des questions nous fait croire qu'une réponse plus nuancée sur le droit à la liberté de religion de l'enfant sera donnée prochainement par la CourEDH.

B. La reconnaissance explicite de l'autonomie religieuse de l'enfant dans les litiges contre l'État

Bien qu'elles soient très rares, les affaires où le tribunal est saisi par un mineur sont les plus précieuses pour le contour d'un droit de l'enfant à la liberté de religion. La CourEDH étant très laconique (1), nous trouvons beaucoup plus des détails dans des affaires nationales analogues (2).

1. La reconnaissance « maximale » du droit à la liberté de religion par la CourEDH

La complexité du processus d'établissement du lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine peut expliquer le manque d'une jurisprudence européenne reconnaissant la liberté de religion propre de l'enfant. Le juge strasbourgeois affirme que « *Pour être qualifié de « manifestation » au sens de l'article 9, un acte inspiré, motivé ou influencé par une conviction doit être étroitement lié à la religion ou à cette conviction. Des actes du culte ou de dévotion relevant de la pratique d'une religion ou d'une conviction sous une forme généralement reconnue en constitueraient un exemple. Toutefois, la manifestation d'une religion ou d'une conviction ne se limite pas aux actes de ce type : l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine doit être établie au vu des circonstances de chaque cas d'espèce. En particulier, le requérant n'est aucunement tenu d'établir qu'il a agi conformément à un commandement de la religion en question* »¹⁸⁷⁷. Pratiquement, une telle étude interdisciplinaire est tout à fait envisageable, il manque, en effet, une réelle volonté de s'y investir.

Mieux encore, dans toutes les affaires touchant à l'éducation de l'enfant et à la religion, la problématique peut être soulevée soit sous le prisme du droit à l'éducation de l'enfant, soit sous le prisme du droit à la liberté de religion du mineur, ou bien sous l'angle des deux. La CourEDH montre une préférence nette pour l'étude des espèces sous le prisme de l'article 2 du Protocole 1 de la Convention pour ne pas dire qu'elle évite de traiter explicitement le droit individuel de l'enfant à la religion¹⁸⁷⁸. Cependant, dans certaines affaires relatives aux vêtements religieux à

¹⁸⁷⁷ CourEDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse, préc.*, § 41.

¹⁸⁷⁸ CourEDH, *Köse et 93 autres c. Turquie*, 24 janvier 2006. V. également GONZALEZ G., « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la convention européenne des droits de l'Homme », C.N.R.S. Éditions, *Société, droit et religion*, 2013/1 n° 3, pp. 153-169.

l'école, la Cour reconnaît expressément le droit à la religion de l'élève, sans pourtant entrer dans l'analyse substantielle d'un tel droit. En l'occurrence, dans une suite d'affaire contre la France portant sur des griefs similaires¹⁸⁷⁹, la Cour se fonde sur l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie* (qui ne concerne pas les mineurs) et reconnaît globalement que la limitation de la manifestation de la conviction religieuse de l'enfant « avait pour finalité de préserver les impératifs de la laïcité dans l'espace public scolaire »¹⁸⁸⁰.

Dans l'affaire *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, la Cour distingue clairement le droit à la religion de l'enfant et des parents. Elle soutient : « L'intérêt de cet enseignement ne se limite pas pour les enfants à apprendre à nager et à exercer une activité physique, mais il réside surtout dans le fait de pratiquer cette activité en commun avec tous les autres élèves, en dehors de toute exception tirée de l'origine des enfants ou des convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents »¹⁸⁸¹. Si les efforts de la CourEDH d'analyser en détail le droit à la religion de l'enfant se montrent ainsi très modestes, certains juges nationaux ont été plus généreux dans leurs commentaires.

2. L'interprétation riche du droit à la liberté de religion par un tribunal national

Dans une affaire britannique ayant quasiment le même objet, à savoir *R (Begum) v Headteacher and Governors of Denbigh High School*¹⁸⁸², la Cour d'Appel se distingue par un raisonnement très axé sur le droit à la religion de l'enfant. En effet, à la différence des autres tribunaux, spécialement de la CourEDH, la Cour d'Appel a été d'avis que la requérante âgée de 16 ans a été illégalement exclue de l'école secondaire quand elle a insisté porter le « jilbaab » islamique. Bien que la première instance n'ait pas reconnu de violation ni à son droit à l'éducation ni à son droit à la religion, elle consacre pourtant, à l'instar de la CourEDH, le droit de l'enfant à la religion qui en l'espèce est limité pour « la protection des droits et libertés d'autrui »¹⁸⁸³. La Cour d'Appel, en revanche, déclare que les élèves ont un droit en vertu de l'art. 9 (1) afin de manifester leurs convictions religieuses dans les écoles et a affirmé sa conviction que la liberté de Shabina de manifester ses convictions religieuses en public était limitée et que ce serait pour l'école comme une émanation de l'État à justifier la limitation de sa liberté. De surcroît, la Cour

¹⁸⁷⁹ CourEDH, *Dogru c. France*, 4 décembre 2008 ; CourEDH, *Kervanci c. France*, 4 décembre 2008 ; CourEDH, *Aktas c. France*, 30 juin 2009 ; CourEDH, *Bayrak c. France*, 30 juin 2009 ; CourEDH, *Gamaleddyn c. France*, 30 juin 2009 ; CourEDH, *Ghazal c. France*, 30 juin 2009 ; CourEDH, *Ranjit Singh c. France*, 30 juin 2009 ; CourEDH, *Jasvir Singh c. France*, 30 juin 2009.

¹⁸⁸⁰ CourEDH, *Dogru c. France*, préc., § 69.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, § 98.

¹⁸⁸² [2005] EWCA Civ 199 [2005] 1 WLR 3373.

¹⁸⁸³ *Ibid.*, § 90.

d'Appel exprime sa conviction dans la sincérité des convictions religieuses de l'élève qui croyait que sa religion lui interdisait d'afficher la plus grande partie possible de son corps si elle portait le shalwar kameez accepté par l'école¹⁸⁸⁴. Donc, selon la Cour d'Appel, les convictions religieuses de la fille auraient dû être prises en compte. Après avoir perdu en première instance et gagné devant la Cour d'Appel, la Chambre des lords a finalement conclu que le droit à la religion de la fille n'a pas été violé¹⁸⁸⁵. En effet, la Chambre des Lords invoque l'argument de l'acceptation tacite des règles vestimentaires de l'école par la fille et ses parents durant deux ans avant l'objection, ainsi que la liberté du choix d'une autre école où la fille aurait pu fréquenter en jilbab. L'opinion séparée de la baronne Hale de Richmond s'avère être très précieuse dans le sens où elle distingue entre l'approche collective et individualiste du droit à la religion de l'élève. À son avis, le refus de l'école d'autoriser Shabina à porter un jilbab enfreignait ses droits au titre de l'article 9, mais cette ingérence était légitime. Elle a souligné que la famille de Shabina avait choisi son école pour elle alors qu'elle n'avait que 11 ans et se conformait à l'approche collective du droit. Elle explique ainsi : « *The reality is that the choice of secondary school is usually made by parents or guardians rather than by the child herself. The child is on the brink of, but has not yet reached, adolescence. She may have views but they are unlikely to be decisive. More importantly, she has not yet reached the critical stage in her development where this particular choice may matter to her.* »¹⁸⁸⁶ Dans quelques années, la fille a atteint l'autonomie religieuse et a pu exprimer sa propre position sous le prisme de la vision individualiste du droit à la religion¹⁸⁸⁷. Par conséquent, en refusant à Shabina de porter le jilbab à l'école, son droit à la religion a certainement été enfreint. Cependant, l'article 9 de la CEDH ne confère pas un droit absolu à la liberté de religion. En effet, il peut être violé tant que l'ingérence est proportionnée à son objectif légitime et qu'un juste équilibre est trouvé entre les intérêts concurrents de tous.

¹⁸⁸⁴ IDRIS M. M., « R (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School: A Case Note », 10 *Judicial Review*, 2005, p. 298.

¹⁸⁸⁵ R (SB) v Governors of Denbigh High School [2006] UKHL 15 [2006] 2 WLR 719 [97].

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, § 92.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, § 93 : « *Important physical, cognitive and psychological developments take place during adolescence. Adolescence begins with the onset of puberty; from puberty to adulthood, the 'capacity to acquire and utilise knowledge reaches its peak efficiency'; and the capacity for formal operational thought is the forerunner to developing the capacity to make autonomous moral judgments. Obviously, these developments happen at different times and at different rates for different people. But it is not at all surprising to find adolescents making different moral judgments from those of their parents. It is part of growing up. The fact that they are not yet fully adult may help to justify interference with the choices they have made. It cannot be assumed, as it can with adults, that these choices are the product of a fully developed individual autonomy. But it may still count as an interference. I am therefore inclined to agree with my noble and learned friend, Lord Nicholls of Birkenhead, that there was an interference with Shabina Begum's right to manifest her religion.* »

L'interprétation du refus de pouvoir porter le foulard à l'école par des filles musulmanes connaît plusieurs interprétations. L'une d'entre elles, évoquée par Eva Brems, considère que la liberté de religion des enfants est mieux protégée lorsque l'école interdit aux enseignants et aux élèves de manifester leur appartenance religieuse à travers leurs vêtements ou le port d'autres signes¹⁸⁸⁸. De l'autre côté, le Comité n'a pas hésité à exprimer sa crainte par rapport aux effets pervers d'une telle approche. Le Comité constate qu'en France, l'adoption de la loi interdisant aux filles de porter le voile¹⁸⁸⁹, pourrait aller « *à l'encontre du but recherché en négligeant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de l'enfant à l'éducation, et ne permette pas d'obtenir les résultats escomptés* »¹⁸⁹⁰. En pratique, cette observation est fondamentale, car dans l'affaire *R (Begum)* précitée, la requérante n'a pas fréquenté l'école au moins deux ans.

Après l'étude de la jurisprudence strasbourgeoise, il apparaît clair que la Cour appréhende le droit à la liberté religieuse de l'enfant uniquement du point de vue de l'approche individualiste. En tous cas, elle n'a jamais confondu la religion des parents avec celle de l'enfant. En revanche, la Cour hésite jusqu'à présent à éclaircir la portée spécifique de ce droit de l'enfant.

Section II. L'approche collective, déterminante de l'identité religieuse *initiale* de l'enfant

Bien que la vision individualiste soit l'approche idéale du droit à la liberté religieuse de l'enfant, l'on a argumenté que vu sa complexité particulière, il pourra être exercé effectivement par l'enfant à partir d'un certain âge correspondant au développement de ses capacités évolutives. Jusque-là, il existe deux opinions sur l'étendue de son droit. Selon la vision libérale, le mineur non-autonome serait dénoué de toute religion, alors que les théoriciens adeptes de la vision collective plaident pour un droit qui coïncide avec celui de ses parents. Notre étude rejoint les arguments des derniers.

En réalité, la vision collective de la liberté de religion de l'enfant relève son fondement distinct par rapport au même droit de l'adulte. Cette approche suppose que l'enfant qui n'a pas la capacité de développer des croyances religieuses est présumé être dans la religion de ses

¹⁸⁸⁸ BREMS E., « Droits humains, étrangers et multiculturalisme : pour une approche maximaliste et inclusive des droits fondamentaux », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 82, 2010, p. 244.

¹⁸⁸⁹ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 relative au port de signes et de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles publiques.

¹⁸⁹⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Trente sixième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, *Observations finales : France*, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004, point 25.

parents. Juridiquement, cette situation s'avère être un « paradoxe »¹⁸⁹¹. Si autrefois, cette position était défendue comme étant dans l'intérêt des parents et de l'État, nous sommes actuellement prêts, sous le prisme d'une approche *child-centred*, à défendre ce modèle exclusivement d'un point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 1) et implicitement de l'intérêt de l'État. En effet, si une certaine autonomie est laissée à la famille dans l'éducation religieuse de ses parents, l'État y intervient lorsque la décision des parents menace la santé ou l'intégrité physique et la sécurité des enfants¹⁸⁹² (§ 2).

§1. L'intérêt de l'enfant de grandir dans un environnement religieux

Il est vrai qu'à partir 1989, la relation entre l'enfant, la religion et les valeurs traditionnelles est la plus difficile. Il ne fait aucun doute que les enfants sont les premières cibles de l'enculturation et de socialisation, mais aussi de l'endoctrinement et de la manipulation¹⁸⁹³. Il est également vrai que les enfants représentent la génération qui contribue à la consolidation de l'identité culturelle des parents. Le droit à la religion de l'enfant est souvent interprété comme un droit contre les parents. Toutefois, être élevé dans un environnement religieux peut contribuer au développement de l'autonomie de l'enfant, dans le sens de la conscientisation de son identité, à condition que son autonomie religieuse soit préservée (A). En effet, l'enfant n'est plus censé supporter une pression parentale, en prenant en considération la nature mutable de la religion (B).

A. La naissance de l'identité religieuse de l'enfant

Quand les parents partagent les mêmes croyances religieuses ou bien s'accordent sur le choix d'une seule religion pour l'éducation de l'enfant, celui-ci se développe dans un milieu stable et confiant (1). Le droit international appréhende ce sentiment initialement créé dès la naissance de l'enfant en tant qu'élément de son identité qui devrait être préservé durant son enfance (2).

¹⁸⁹¹ WOOD COLBY K., *préc.*, p. 53.

¹⁸⁹² *Ibid.*, p. 39: « Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves. »

¹⁸⁹³ KOUASSI K., « L'enfant et l'embrigadement idéologique » in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 147.

1. L'intérêt supérieur de l'enfant de grandir dans un environnement culturel et religieux

Le courant doctrinaire individualiste qui protège le droit « isolé » de l'enfant voit l'immixtion des parents en tant qu'un élément négatif. Alors que le droit des parents de déterminer l'éducation religieuse des enfants n'est pas nécessairement en contradiction avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien au contraire, il s'avère qu'empêcher les parents de déterminer une éducation religieuse peut bien limiter le choix futur de l'enfant en lui refusant la possibilité de choisir cette religion à l'avenir **(a)**. De même que, selon Eekelaar, les gens ont impérativement besoin d'un contexte culturel bien défini afin d'être capables de réaliser leur plein potentiel et de réaliser leur bien-être¹⁸⁹⁴ **(b)**.

a) L'importance pour l'enfant de préserver la culture familiale

Le choix de la religion par l'enfant autonome est dans la plupart des cas profondément nourri par les valeurs partagées par ses parents, y compris les valeurs religieuses. Par conséquent, les croyances des deux côtés peuvent être identiques, mais cela ne relève pas toujours d'une pression de la part de la famille. Les enfants ne sont jamais « religieux » d'eux-mêmes, ils sont nourris par la croyance de leurs parents ou proches, soit par d'autres centres religieux. Aussi bien qu'ils peuvent, en grandissant, se détourner de la foi dans laquelle ils ont grandi, ou peuvent choisir de suivre certaines pratiques religieuses, mais pas d'autres.

Donc, selon la vision collective du droit, la liberté de religion de l'enfant devrait être perçue comme un droit constructeur et positif, à la différence de la théorie individualiste qui plaide pour la négation de la religion. Les défenseurs d'une telle approche invoquent l'intérêt supérieur de l'enfant qui est celui d'être élevé comme un être religieux, d'appartenir à une communauté religieuse, et d'interagir avec les parents et la communauté religieuse. Par conséquent, le droit de l'enfant à la liberté religieuse est le droit de chaque enfant de se développer en tant qu'un être croyant autonome et indépendant, mais au sein de la famille, de la communauté religieuse et de la société¹⁸⁹⁵. Cela signifie que l'enfant a un droit à la liberté religieuse dans le but de

¹⁸⁹⁴ EEKELAAR J., *Family law and personal life*, Oxford University Press, 2007, p. 95.

¹⁸⁹⁵ Selon Professeur Langlaude : « l'intérêt de l'enfant est d'être nourri et d'avoir une relation avec les parents et les communautés religieuses. Cela signifie que le droit de l'enfant à la liberté religieuse est le droit de chaque enfant d'être sans entrave dans leur croissance en tant qu'être religieux autonome dans la matrice des parents, communauté religieuse et de la société », in LANGLAUDE S., *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden/Boston: MartinusNijhoffPublishers, 2007. V. aussi, LANGLAUDE S., « Children and religion under article 14 UNCRC: a critical analysis » in Freeman M. D. A., *Children's Rights: Progress and Perspectives*, 2011, Leiden/Boston: MartinusNijhoffPublishers, p. 159.

parvenir à quelque chose de bon, à savoir d'être autorisés à prospérer comme un être religieux. Cela reflète aussi le fait que le droit à la liberté religieuse de l'enfant a une base différente de celle du droit de l'adulte à la liberté religieuse - elle est basée sur une relation avec les parents et la communauté religieuse, plutôt que d'être fondée sur l'autonomie.

b) L'importance pour l'enfant d'avoir une base de valeurs

Il est traditionnellement admis que le respect des religions d'une personne exige qu'elle puisse transmettre ses croyances à son enfant¹⁸⁹⁶. Le professeur Eekelaar fait référence au concept de « sphère privilégiée ¹⁸⁹⁷ » des parents. Juridiquement, cet argument est conforté, comme on vient de le voir, par la majorité des textes internationaux. Nous rappelons l'article 2 du premier protocole de la CEDH qui exige des États qu'ils « *respectent le droit des parents d'assurer une telle éducation et un tel enseignement conformes à leurs propres convictions religieuses et philosophiques* »¹⁸⁹⁸, de même que le Pacte international des droits civils et politiques qui exige des États parties qu'ils respectent « *la liberté des parents d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions* », ¹⁸⁹⁹ etc.

Richards convient qu'un parent peut conférer un « *système de valeurs stable et intelligible (...) comprenant des perspectives métaphysiques et normatives fondamentales sur la vie* » à un jeune enfant qui pourrait être dérouté par une exposition à des systèmes incohérents de valeurs pluralistes¹⁹⁰⁰. Les avantages de l'orientation et du jugement des parents quant à la rapidité souhaitable du développement des choix de croyances d'un enfant et à la stabilité psychologique nécessaire pour former une base permettant d'évaluer et de choisir d'autres croyances sont limités aux enfants plus jeunes. Il semble toutefois que ce soutien et cette autorité psychologiques soient nécessaires à la fois aux enfants plus âgés et aux plus jeunes, même à l'adolescence. En conséquence, soutenir le développement de l'autonomie de l'enfant dans le domaine des croyances religieuses en tant que processus progressif, mieux assisté dans le contexte de la vie privée de la famille et du contrôle parental ultime, constitue l'approche la plus réaliste et la plus souhaitable pour définir l'étendue de la liberté de religion de l'enfant¹⁹⁰¹.

¹⁸⁹⁶ EEKELAAR J., *Family law and personal life*, Oxford University Press, 2007, p. 95.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*

¹⁸⁹⁸ Article 2, Protocole 1 CEDH : « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.* »

¹⁸⁹⁹ Article 18. 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) : « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions* ».

¹⁹⁰⁰ WOOD COLBY K., *préc.*, p. 69.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 70.

Dans ce sens, Garvey suggère que l'enfant a le droit de se voir imposer certaines des préférences de ses parents, notamment « être emmené à l'église le dimanche ... ou être éloigné de l'église le dimanche »¹⁹⁰². Un autre préjudice causé à la famille est l'effet néfaste sur le sentiment d'identité commune de ses membres, car « les valeurs religieuses communes renforcent ce sens de l'identité familiale, ce qui encourage le sens de la distinction individuelle parce que l'on appartient à un petit groupe de personnes en dehors du reste. Ce sens de l'identité permet à la famille de fonctionner comme un tampon entre l'individu et la société tout en développant le sens de l'importance de l'individualité »¹⁹⁰³.

2. L'importance pour l'enfant de préserver la cohérence identitaire

La « nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique » est consignée par la CDE¹⁹⁰⁴ (a). Cette exigence est davantage renforcée lors de l'adoption de l'enfant (b).

a) Une importance de portée générale

Le Comité des droits de l'enfant relève la nature identitaire de la religion de l'enfant qui devrait être stable afin d'assurer un développement harmonieux de l'enfant. Il soutient qu'« en particulier il faut tenir dûment compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique, telle que déterminée dans tout processus d'identification, d'enregistrement et d'établissement d'une pièce d'identité ». Donc, selon le Comité, la cohérence identitaire est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, dans l'affaire britannique *Re G*¹⁹⁰⁵, le juge James Munby n'a pas hésité à relever l'importance de l'élément religieux et culturel pour le développement de l'enfant. Par conséquent, l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose de prendre en compte son environnement culturel et religieux : « *Evaluating a child's best interests involves a welfare appraisal in the widest sense, taking into account, where appropriate, a wide range of ethical, social, moral, religious, cultural, emotional and welfare considerations. Everything that conduces to a child's welfare and happiness or relates to the child's development and present and future life as a human being, including the child's familial, educational and social environment, and the child's social, cultural, ethnic and religious community, is potentially*

¹⁹⁰² *Ibid.*, p. 74

¹⁹⁰³ *Ibid.*, p. 80.

¹⁹⁰⁴ Art. 20.

¹⁹⁰⁵ *Re G (Education: Religious Upbringing)* [2012] EWCA (Civ) 1233, [2013] 1 FLR 677.

relevant and has, where appropriate, to be taken into account. »¹⁹⁰⁶ Toutefois, sous le prisme du même principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, le facteur de la religion sera important, mais non pas primordial. C'est-à-dire, la cohérence religieuse identitaire ne sera pas réalisée au détriment des besoins de l'enfant considérés plus important.

Cette règle générale est appliquée dans les décisions concernant la garde de l'enfant ou toute autre décision le concernant. Même si une importance particulière est accordée au respect de la liberté de religion initiale de l'enfant lors de son placement chez des parents adoptifs, sa cohérence n'est pas assurée.

b) Une importance pour l'adoption

Les implications d'une telle considération en matière d'adoption d'enfants sont décrites plus en détail dans la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale¹⁹⁰⁷. L'article 16b revendique le droit des enfants à la préservation « *de leurs origines ethniques, religieuses et culturelles* ». Le texte de la Convention stipule également que les adoptions internationales ne devraient avoir lieu « *qu'après que les possibilités de placement de l'enfant dans l'État d'origine ont été dûment prises en compte* »¹⁹⁰⁸. La préférence accordée aux solutions permettant à l'enfant de rester dans son État d'origine a également caractérisé la législation nationale dans de nombreux pays d'origine transnationale des enfants. Ses solutions juridiques sont interprétées en faveur de la cohérence religieuse et culturelle de l'enfant.

Toutefois, si un enfant est de préférence placé pour adoption chez des parents de la même religion que l'enfant, cet appariement religieux sera souhaitable est non pas impératif¹⁹⁰⁹. La CDE et la Convention de la Haye n'exigent pas ce fait, mais s'expriment plutôt dans des termes d'obligation de moyen, notamment « *il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité* »¹⁹¹⁰. Selon le Professeur Donald Beschle, il faudrait premièrement distinguer la manière dont la question de la religion se présente dans l'affaire d'adoption. En effet, selon lui, il y aurait deux cas de figure qui déterminent le sort de la décision : « *la présence ou l'absence*

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, § 27.

¹⁹⁰⁷ La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

¹⁹⁰⁸ Article 4b) Convention de la Haye; article 21 de la CDE ; Voir aussi LIND J., JOHANSSON S., « Preservation of the Child's Background in In- and Intercountry Adoption », 17 *International Journal of Children's Rights*, 2009, p. 235.

¹⁹⁰⁹ BESCHLE D. L., « God Bless the Child?: The Use of Religion as a Factor in Child Custody and Adoption Proceedings », 58 *Fordham Law Review*, 1989, p. 404.

¹⁹¹⁰ Art. 20 CDE, art. 16b) Convention de la Haye.

de conviction religieuse comme preuve de l'aptitude de futurs parents adoptifs et l'utilisation de la "correspondance religieuse"¹⁹¹¹, un système qui favorise le placement d'un enfant chez des parents adoptifs de même religion »¹⁹¹². Dans tous les cas, indifféremment de la solution statuée, au profit ou pas de la cohérence religieuse de l'enfant, son intérêt supérieur doit être respecté. Notamment, si les parents adoptifs ne partagent pas la même croyance que celle de l'enfant, ils ne doivent en aucune forme violer l'autonomie religieuse de celui-ci.

De surcroît, l'importance de maintenir la continuité de l'éducation religieuse de l'enfant lors d'une adoption devrait être renforcée via son autonomie participative¹⁹¹³. En effet, selon la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, « *dans le cas d'un enfant qui n'est sous la tutelle ni de ses parents ni de tuteurs légaux, les vœux exprimés par ceux-ci, ou toute autre preuve recueillie sur leurs vœux en matière de religion ou de conviction, seront dûment pris en considération, l'intérêt de l'enfant étant le principe directeur* »¹⁹¹⁴. Donc, il est important de maintenir la continuité de l'éducation religieuse de l'enfant¹⁹¹⁵, pourtant cette disposition ouvre des pistes pour l'interprétation en faveur d'une religion du choix de l'enfant, qui n'est pas obligatoirement celle « familiale ».

B. La mutabilité de l'identité religieuse de l'enfant

La religion fait partie de l'identité de la personne. Bien que certains éléments de l'identité soient inchangeables, la religion, en revanche, est tout à fait mutable¹⁹¹⁶. En ce qui concerne l'enfant, la mutabilité de la religion peut parvenir selon les croyances des parents **(1)** ou bien suites aux souhaits de l'enfant **(2)**.

1. Le pluralisme confessionnel dans la famille

En général, l'identité religieuse de l'enfant transmise par ses parents est incontestée. Tant que les parents sont d'accord sur la religion de l'enfant, aucune question n'est posée de savoir si le

¹⁹¹¹ Terme employé par l'auteur, « religious matching », p. 404.

¹⁹¹² BESCHLE D. L., *préc.*, p. 404.

¹⁹¹³ Art. 16c) de la Convention de la Haye.

¹⁹¹⁴ Art. 5.4 de la Déclaration, Proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 novembre 1981 (résolution 36/55).

¹⁹¹⁵ Rapport relatif aux communications entre juges concernant la protection internationale de l'enfant établi par Philippe Lortie, Premier secrétaire, p. 28.

¹⁹¹⁶ SCOLNICOV A., « The child's right to religious freedom and formation of identity », *International Journal of Children's Rights* 15, 2007, p. 251.

choix de la religion est dans le meilleur intérêt de l'enfant (a). Cette problématique apparaît seulement en cas de désaccord des parents (b).

a) Le renforcement de l'autonomie de l'enfant par le pluralisme confessionnel

Quand les deux parents sont de confession différente, l'enfant est censé d'emprunter des valeurs de l'un et de l'autre, en égale ou différente mesure¹⁹¹⁷. C'est l'expression du principe du pluralisme confessionnel¹⁹¹⁸. Bien qu'il y ait un manque de recherches à ce sujet, il semble que cette situation n'est pas nuisible, mais *a contrario* positive à l'enfant. En effet, selon Eekelaar, le prix payé pour ce nouveau sens de l'identité est inévitablement une certaine diminution dans la transmission de la culture de l'un ou l'autre, ou souvent tous les deux, des parents. Elle peut devenir assimilée à la culture plus large, dominante, ou subir quelque transformation en elle-même aux mains de l'enfant. Cela ne semble pas être au détriment de l'enfant¹⁹¹⁹, bien au contraire – il nous semble que c'est une matérialisation du pluralisme culturel dans la famille, fondement de l'autonomie de l'enfant et son droit du choix. Selon nous, les tribunaux ne sont pas légitimés de choisir une religion pour l'enfant non autonome, car cela entraverait par la suite l'exercice du choix libre du mineur. Ainsi, l'enfant non autonome doit être exposé aux religions de ses parents, mieux encore, jusqu'à l'âge de la majorité religieuse ou de l'autonomie religieuse de l'enfant, il est censé suivre l'évolution du droit de ses parents. C'est-à-dire, dans le cas où un ou les deux parents décident de changer leur religion, l'enfant fera de même. À cette conclusion est arrivé le juge Baker de la Haute Cour de Justice d'Angleterre et des Pays des Galles qui a statué dans l'affaire *Re A and D* sur la liberté de religion de l'enfant. En l'espèce, un enfant nourrisson des parents musulmans a été placé dans la famille de ses grands-parents maternels de religion catholique. La mère revient ensuite au catholicisme et souhaite que l'enfant soit élevé dans cette religion. Le juge Baker a conclu que l'autorité locale avait raison en permettant à l'enfant d'être élevé avec la connaissance des deux religions. Pour un jeune enfant, la « persuasion religieuse » de l'enfant serait « nécessairement » celle de ses parents, « *si leur religion change, ainsi sera pour l'enfant* »¹⁹²⁰.

Lorsque les parents ne tombent pas d'accord sur la religion de l'enfant et que les cas sont portés à l'attention des tribunaux, le juge prendra une décision en fonction de l'intérêt supérieur de

¹⁹¹⁷ LANGLAUDE S., « Parental disputes, Religious upbringing and Welfare in English law and the ECHR », in *Religion and Human Rights: An International Journal*, vol. 9, n°1, 2014, p. 6.

¹⁹¹⁸ COURTIN C., « La religion de l'enfant en cas de séparation des parents », *AJ fam.* 2010, p. 29.

¹⁹¹⁹ EEKELAAR J., « Children between Cultures », 18 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2004, p. 178.

¹⁹²⁰ CARE: *Re A and D* [2010] EWHC 2503 (Fam), point 73.

l'enfant¹⁹²¹. C'est-à-dire, il n'est pas légitimé de juger la priorité d'une religion sur l'autre. Le juge James Munby l'explique ainsi : « *It is not for a judge to weigh one religion against another. The court recognises no religious distinctions and generally speaking passes no judgement on religious beliefs or on the tenets, doctrines or rules of any particular section of society. All are entitled to equal respect, so long as they are 'legally and socially acceptable' (...)* »¹⁹²². Donc, son raisonnement part généralement de la présomption que les différentes croyances des parents sont *a priori* positives pour le développement de l'enfant, jusqu'à la preuve contraire.

b) Le sort du pluralisme confessionnel après le divorce des parents

Le même raisonnement est en principe adopté après la séparation des parents de l'enfant. L'éducation religieuse de l'enfant repose sur le principe de l'autorité parentale conjointe, ce que signifie qu'un parent doit s'abstenir d'accomplir des actes religieux contraires aux croyances du deuxième parent. Par exemple, dans l'affaire britannique *Re S*¹⁹²³, le juge statue que la mère musulmane était libre d'amener ses enfants dans l'enseignement de l'islam, mais elle n'était pas autorisée à faire circoncire son fils, car cela irait à l'encontre des croyances jainiennes du père et pourrait inhiber l'engagement futur du garçon avec cette religion. Cette approche conforte l'idée de la préservation de la relation de l'enfant avec les deux parents et de la préservation de la liberté de choix de l'enfant. On pourrait même affirmer qu'une telle perspective est meilleure pour le développement de l'autonomie religieuse de l'enfant que celle où les parents partagent les mêmes croyances religieuses et n'exposent pas l'enfant à d'autres projections.

Une situation complexe de pluralisme confessionnel a été également étudiée dans l'affaire britannique *Re A and D*¹⁹²⁴. En l'espèce, un père musulman avait deux enfants de mères

¹⁹²¹ LANGLAUDE S., « Parental disputes, Religious upbringing and Welfare in English law and the ECHR », in *Religion and Human Rights: An International Journal*, vol. 9, n°1, 2014.

¹⁹²² *Re G (Education: Religious Upbringing)* [2012] EWCA (Civ) 1233, [2013] 1 FLR 677, § 36. Traduction : « *Ce n'est pas à un juge de peser une religion par rapport à une autre. Le tribunal ne reconnaît aucune distinction religieuse et ne prend généralement pas de jugement sur les convictions religieuses ni sur les principes, doctrines ou règles d'un secteur particulier de la société. Tous ont droit au même respect, tant qu'ils sont 'légalement et socialement acceptables'* ».

¹⁹²³ *Re S (Minors)* (Access: Religious Upbringing) [1992] 2 F.L.R. 313. Sur ce sujet voir MUMFORD S. E., « The Judicial Resolution of Disputes Involving Children and Religion », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n° 1, Jan., 1998, pp. 117-148. V. également LANGLAUDE S., « Children's Best Interests, Religion and Custody: A Complex Relationship », in *Welfare of the child and beliefs of the parents: blood transfusion, religious education and custody*, pp. 179-207, Achilles C. Emilianides eds., Nicosia: University of Nicosia Press, 2010.

¹⁹²⁴ *CARE: Re A and D* [2010] EWHC 2503 (Fam).

différentes qui s'étaient tous deux convertis à l'islam. Avant la naissance du plus jeune enfant, le père avait été déclaré coupable de relations sexuelles illégales avec une fille de 15 ans et condamné à 12 mois de prison et inscrit au registre des délinquants sexuels. Le tribunal n'a ordonné aucun contact direct ou indirect avec l'enfant aîné qui vivait avec sa mère. À peu près au même moment, le plus jeune enfant est né. La mère de cet enfant avait des problèmes de dépendance et des antécédents de relations violentes et, par conséquent, l'enfant a été pris en charge. L'enfant était placé chez les grands-parents maternels et le père devait être en contact quatre fois par an. Les grands-parents n'étaient pas musulmans, mais étaient disposés à élever l'enfant en tant que musulman. Le père s'est opposé au placement pour des motifs religieux, préférant que l'enfant soit adopté ou même adopté par des musulmans. Le père a saisi le tribunal à plusieurs reprises, invoquant diverses violations des droits de l'Homme, notamment le non-respect de la conviction religieuse de l'enfant. La mère du plus jeune enfant était maintenant revenue au catholicisme et demandait instamment que l'enfant soit élevé dans la religion catholique. La grand-mère élevait l'enfant avec des informations sur le catholicisme et l'islam.

Les demandes du père ont été rejetées et l'ordonnance de placement provisoire devait rester en vigueur. En vertu de l'article 33 (6) a) de la Children Act¹⁹²⁵, les autorités locales étaient tenues de veiller à ce qu'un enfant pris en charge soit élevé dans la religion de ses parents et qu'il comprenne pleinement son patrimoine. Si la religion des parents change, l'autorité doit en tenir compte, sous réserve toujours de promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien qu'il n'y ait eu aucune violation des obligations légales ou des droits reconnus par la Convention informant l'enfant de l'islam et du catholicisme, l'autorité devrait faire davantage pour soutenir l'enseignement de la religion et de la culture islamiques de l'enfant¹⁹²⁶.

2. La participation de l'enfant déterminante de la mutabilité religieuse

L'approche collective du droit à la religion d'un enfant non-autonome n'exclut pas le respect de l'article 12 de la CDE (a). En général, cette approche peut trouver sa justification uniquement avec la condition que l'autonomie participative et développementale de l'enfant soit respectée, indifféremment de la nature des pratiques religieuses projetées (b).

¹⁹²⁵ Art. 33.6.a) Children Act 1989 : « *While a care order is in force with respect to a child, the local authority designated by the order shall not - (a) cause the child to be brought up in any religious persuasion other than that in which he would have been brought up if the order had not been made* ».

¹⁹²⁶ CARE: *Re A and D* [2010] EWHC 2503 (Fam).

a) L'exclusion des rituels religieux, même si les parents sont solidaires

Généralement, la pratique jurisprudentielle parle de la tendance d'interdire des pratiques religieuses sur l'enfant lorsqu'il y a une dispute entre les parents par rapport à ce sujet. Cette situation a lieu surtout quand l'enfant est élevé dans une famille pluriculturelle ou bien lorsqu'un des deux parents s'oppose à une telle pratique. L'argument central des tribunaux se réfère notamment à l'intégrité physique de l'enfant et le souci de préserver la liberté de choix de l'enfant lorsqu'il sera plus âgé, donc il s'agit d'un respect incontestable du principe d'autonomie de l'enfant.

Pourtant, ce que nous inquiète vraiment c'est la tournure de logique au profit de l'autorité parentale quand il s'agit de circoncire un enfant quand les deux parents partagent la même religion et sont d'accord de le faire. Les tribunaux, dans ce cas, considèrent l'exercice de la pratique rituelle découlant de leurs responsabilités parentales et par conséquent la déclarent légale. Ainsi, la notion d'autonomie personnelle de l'enfant se trouve minorée, voire totalement occultée dans ces contentieux qui illustrent un attachement à la notion d'autorité parentale. Sans mettre en cause l'importance de l'éducation religieuse prodiguée par les parents, l'exercice des rituels religieux sur l'enfant ne devrait pas faire partie du champ de l'éducation religieuse de l'enfant par ses parents, mais plutôt de l'exercice de la religion *stricto sensu*. Ce que nous conduit à se dire qu'uniquement après avoir fait un choix au profit d'une religion, l'enfant pourra procéder aux rituels qui lui sont dédiés.

À la même conclusion est arrivé le tribunal dans l'affaire britannique *Re J (A Minor)*¹⁹²⁷ concernant un différend entre une mère chrétienne non pratiquante et un père musulman non pratiquant, le père souhaitant que le garçon soit circoncis. Parce que le garçon résidait avec sa mère, il ne serait pas élevé dans un environnement musulman et, comme elle était fermement opposée à la circoncision, le tribunal a promulgué une ordonnance empêchant le père d'organiser ou de permettre au garçon d'être circoncis sans l'accord du tribunal. L'instance a rejeté l'argument du père selon lequel le garçon était musulman et a déclaré qu'il était trop jeune pour appartenir à une religion particulière, ce qui semble encore souligner l'attention de la cour sur l'éducation de l'enfant plutôt que sur la religion.

A notre avis, l'objet des deux cas de figure est le même, et notamment le respect de l'autonomie de l'enfant et son droit de faire un choix au profit d'une religion ou autre quand il sera en mesure

¹⁹²⁷ *Re J (A Minor) (Prohibited Steps Order: Circumcision)* [2000] 1 FLR 571.

de le faire et le raisonnement des tribunaux devrait suivre à cette idée. Pour l'instant, ce n'est pas le cas.

b) L'exclusion des rituels religieux en cas de désaccord des parents

L'objet des disputes des parents peuvent être les pratiques religieuses de l'enfant, surtout quand ils ne partagent pas la même croyance. Nous avons choisi de prendre l'exemple du baptême chrétien. Dans de telles affaires, les opinions des juges sont diverses selon le contexte, mais dans la plupart des cas ignorent le fondement de l'autonomie religieuse de l'enfant. Leur argument central, s'il s'appuie sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, reste très formel. En effet, nous observons un aléa dans l'interprétation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par exemple, dans certains cas, l'instance peut s'appuyer sur le fait que le baptême, à la différence des autres pratiques comme la circoncision masculine, n'a pas de conséquences irrévocables et peut donc être tolérée. D'une telle approche témoigne une décision de la Cour d'Appel de Douai¹⁹²⁸. En l'espèce, la mère reprochait aux services sociaux de ne pas lui avoir permis d'organiser le baptême de sa fille âgée de quatre ans et demi, qui avait été confiée à une assistante maternelle. Les services sociaux expliquaient leur opposition par rapport par le caractère prématuré de ce baptême dans la mesure où la fillette n'en comprendrait pas le sens. Par arrêt rendu le 8 janvier 2013, la Cour d'Appel de Douai rappelle que le choix d'un sacrement pour l'enfant relève des attributs de l'autorité parentale et ne peut être écarté au seul motif que l'enfant n'y mettrait aucun sens, dès lors que la majorité des baptêmes célébrés dans la religion catholique sont pratiqués sur de très jeunes enfants, au sujet desquels nulle question n'est posée quant à leur faculté de discernement. Estimant que le baptême de la fillette ne serait pas contraire à son intérêt, la cour considère qu'il ne peut être refusé à l'appelante de faire baptiser son enfant, à condition d'obtenir au préalable l'accord de son père¹⁹²⁹.

¹⁹²⁸ CA Douai, 8 janvier 2013, n°12/03506.

¹⁹²⁹ *Ibidem*, « Attendu que la demande principale de Betty S. porte sur le baptême de l'enfant, que ce choix d'un sacrement pour son enfant relève des attributs de l'autorité parentale et ne peut être écarté au seul motif que le 'service n'y est pas favorable' et que l'enfant n'y mettrait aucun sens alors même que la plupart des baptêmes célébrés dans la religion catholique touche des nourrissons ou de très jeunes enfants pour lesquels aucune question sur leur faculté de discernement n'est posée à leurs parents. Attendu en conséquence, que le sens donné à un baptême relève de la seule appréciation de celui qui le reçoit ou de celui qui le donne, et qu'il n'est pas démontré à la procédure qu'il serait contraire à l'intérêt de Mendy, dès lors qu'il peut lui être expliqué que sa mère fait seulement la demande de disposer d'une demi-journée à l'effet de l'accompagner lors d'un office religieux ou civil et de réunir sa famille autour d'un goûter, d'un repas ou d'une collation ».

Cette décision soulève deux observations. D'abord, il ne s'agit pas d'un conflit des parents sur le sujet, mais d'un conflit entre un parent et l'État représenté par les services sociaux. On observe, par la suite, que le juge confirme l'attachement étatique à l'autorité parentale. Nous nous questionnons quelle serait l'issue de l'affaire en cas d'un litige avec le même objet entre les deux parents de l'enfant, tout en prenant en considération le principe de l'autorité parentale conjointe¹⁹³⁰ ? En guise d'exemple, dans une affaire lointaine, les juges du fond ont souverainement apprécié, à la vue du désaccord des parents, qu'il convenait de suspendre le baptême d'un enfant de 15 ans dans le cadre du mouvement des Témoins de Jéhovah jusqu'à la majorité de l'intéressé¹⁹³¹. Une confirmation partielle pratique de notre modèle théorique de raisonnement arrive en 2015 *via* un arrêt de la Cour de Cassation sur un litige entre deux détenteurs de l'autorité parentale des enfants de six et sept ans relatif au baptême. En l'espèce, même si la réponse du juge est prévisible par l'invocation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁹³², elle en est moins du point de vue de son appréciation. La Cour de cassation retient la décision de la Cour d'appel qui construit l'interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant, même si non pas exclusivement, sur le refus des enfants d'être baptisés « *car ils ne comprenaient pas le sens de cette démarche* »¹⁹³³. Pourtant, malgré un respect de l'autonomie participative de l'enfant, aucune référence à son autonomie religieuse développementale n'a été faite.

Ainsi, même si le souci de préserver le choix futur de religion par l'enfant n'est pas encore pris en compte, il est entièrement envisageable. Dans les affaires mentionnées, les juges n'ont pas autorisé les parents à procéder à l'organisation du baptême de leurs enfants. L'importance pour un croyant d'être « propre », y compris des rituels moins intrusifs comme le baptême chrétien, se révèle dans les nombreuses demandes d'effacement des noms du livre des Baptêmes¹⁹³⁴. Donc, il existe des prémisses pour que les autres rituels religieux soient perçus sous l'angle de l'autonomie de l'enfant. A notre avis, même dans le contexte d'une vision collective de la liberté de religion de l'enfant, les parents ou le juge, en cas d'un conflit, devraient se soucier de

¹⁹³⁰ COURTIN C., *préc.*, p. 29.

¹⁹³¹ Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n°89-20.878.

¹⁹³² Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du 23 septembre 2015, N° de pourvoi : 14-23724 : « *Le conflit d'autorité parentale relatif au baptême des enfants doit être tranché en fonction du seul intérêt de ces derniers* ». V. HAUSER J., « La religion de l'enfant : le domaine de l'intérêt supérieur ? (Civ. 1^{re}, 23 sept. 2015, n° 14-23.724, publié au Bulletin ; D. 2015. 1952) », *RTD Civ.* 2015 p.861.

¹⁹³³ *Ibid.*

¹⁹³⁴ Dans ce sens, voir l'affaire Cour d'appel de Lyon, 14 octobre 2014, n° 13/04453 ou Civ. 1^{re}, 19 nov. 2014, n° 13-25.156, publié au Bulletin, D. 2014. 2407 ; sur appel de Caen, 10 sept. 2013, D. 2013. 2611, note R. Libchaber. V. HAUSER J., « Le baptême dans la religion catholique, un fait accompli dont la mention serait « définitive » au regard des règles civiles », *RTD Civ.* 2015 p.101. Un cas médiatisé en Roumanie, voir le lien <http://www.ziare.com/stiri/frauda/a-dat-in-judecata-biserica-pentru-ca-a-fost-botezat-290538>

consulter l'avis de l'enfant dans une affaire à caractère religieux qui le concerne ou de chercher à déterminer sa capacité à prendre cette décision pour lui-même. En cas du défaut de l'autonomie religieuse décisionnelle, les parents doivent agir exclusivement dans l'intérêt de protéger l'autonomie religieuse future de l'enfant. Dans ce contexte, Hugue LaFolette s'est exprimé ainsi : « (...) *parents may legitimately instruct their children not because they have a God-given right to mold them, but because instruction is vital to the child's long-term interests* »¹⁹³⁵. Les mêmes considérations expliquent, en effet, la mise en cause de certaines pratiques culturelles¹⁹³⁶.

§2. L'abstraction des pratiques culturelles au nom de l'autonomie de l'enfant

Dans le cadre du droit international de la santé, le professeur Michel Bélanger distingue entre la culture sanitaire positive et les cultures sanitaires négatives. Les dernières sont définies en tant que « *des valeurs, des savoirs et mêmes des normes dont la mise en œuvre peut être contestable sur le plan thérapeutique, et qui peuvent porter atteinte à la dignité de la personne et/ou à des droits fondamentaux (comme le droit à l'intégrité physique ou même le droit à la vie* ». Il en est ainsi, tout spécialement, pour les pratiques traditionnelles préjudiciables¹⁹³⁷ **(A)**, mais aussi, des autres pratiques culturelles qui sont susceptibles d'entraver le développement de l'autonomie de l'enfant **(B)**. La religion, comme la culture, est soumise à la loi dans le domaine du droit de la famille¹⁹³⁸. Le juge Baker l'explique plus clairement dans un article, en affirmant que « *la cour ne peut accepter un processus ou un résultat qui ne respecte pas le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant* »¹⁹³⁹. Donc, ce n'est pas à l'enfant de s'accommoder à la religion de ses parents, bien *a contrario*. C'est la religion (culture) qui est accommodable.

¹⁹³⁵ LAFOLETTE H., « Freedom of Religion and Children », *Public Affairs Quarterly*, vol. 3, n°1, January 1989, p. 83.

¹⁹³⁶ V. CDH, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme – Inde, 4 août 1997, CCPR/C/79/Add.81, §5.

¹⁹³⁷ BÉLANGER M., « Culture sanitaire et droit : amorce d'une problématique au plan international », dans *Éléments de doctrine en droit international de la santé*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 663.

¹⁹³⁸ BAKER J., « Family law and religion, an english perspective », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n°3, 2014, p. 710.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 711.

A. Des actes traditionnels *contra legem*, contestés sous le prisme de l'autonomie de l'enfant

La Convention relative aux droits de l'enfant oblige les États parties de prendre « *toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants* »¹⁹⁴⁰. Ces pratiques¹⁹⁴¹, parmi lesquelles les plus répandues sont les « *violences contre les femmes* »¹⁹⁴², à savoir les mutilations génitales féminines (MGF) **(1)** et le mariage forcé **(2)**, dépassent l'argument de la santé et s'étendent au besoin impératif de protéger l'autonomie de l'enfant. À ce titre, Wood Colby soutenait : « *si l'enfant n'est pas protégé contre les préférences parfois irrationnelles ou indésirables de ses parents, il sera privé de la possibilité de mener une vie normale, ou la vie qu'il veut vivre, ou la vie que l'état juge la plus souhaitable* »¹⁹⁴³.

1. Les mutilations génitales féminines

S'il existe une pratique traditionnelle universellement reconnue en tant que néfaste, « *entraînant pour les femmes et les filles des atteintes à leurs droits, à leur dignité d'être humain et à leur vie* »¹⁹⁴⁴, c'est la mutilation génitale féminine **(a)**. Il n'existe pas toutefois une unanimité quant à la meilleure solution d'ordre nationale à adopter afin d'éradiquer cette pratique **(b)**.

¹⁹⁴⁰ Art. 24.3 CDE.

¹⁹⁴¹ Le Haut-commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme (OHCHR) définit ainsi les : « *Les pratiques traditionnelles reflètent les valeurs et les croyances d'une communauté, souvent partagées par ses membres depuis de nombreuses générations. Chaque groupe social possède des pratiques et des croyances traditionnelles qui lui sont propres. Parmi celles-ci, certaines sont bénéfiques à l'ensemble des membres, tandis que d'autres s'avèrent préjudiciables à certaines franges de la communauté, par exemple à l'encontre des femmes. Ces pratiques traditionnelles préjudiciables englobent notamment : les mutilations génitales, le gavage humain, les mariages d'enfant, les tabous persistants quant aux méthodes de contraception, les tabous sur la nutrition ou les pratiques traditionnelles attachées à la naissance, par exemple la préférence accordée aux petits garçons, le meurtre des petites filles ou les pratiques de dot.* » L'IDE les définit comme étant : « *le fait de suivre une règle d'action sur le plan moral ou social, qui est un héritage du passé et qui crée un préjudice à la santé morale et/ou physique de l'enfant et/ou qui met en danger son développement* » (Institut International des Droits de l'Enfant, « Les enfants victimes de pratiques coutumières préjudiciables »)

¹⁹⁴² Selon la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (2011), le terme « *violence à l'égard des femmes* » doit être compris comme « *une violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes, et désigne tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner pour les femmes, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée* ».

¹⁹⁴³ WOOD COLBY K., *préc.*, p. 77.

¹⁹⁴⁴ CDH, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du pacte, *Observations finales du Comité des droits de l'homme - Inde*, 4 août 1997, CCPR/C/79/Add.81, §5.

a) Une prise de conscience internationale

Selon la définition de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), les mutilations génitales féminines¹⁹⁴⁵ désignent « *toutes les interventions aboutissant à une ablation partielle ou totale des organes génitaux externes de la femme et/ou toute autre lésion des organes génitaux féminins pratiquée à des fins non thérapeutiques* »¹⁹⁴⁶. Il y a aussi une classification connue en quatre types de « mutilations »¹⁹⁴⁷ établis par l'OMS.

La mutilation génitale féminine est reconnue comme une violation des droits de l'Homme dans le monde entier. La première à la reconnaître implicitement en tant que telle est la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, qui prévoit que la pratique non seulement dénie aux femmes leur droit à l'intégrité physique et mentale, mais aussi l'absence de violence, le meilleur état de santé possible et la liberté de la torture, des traitements cruels, inhumains et dégradants. Plus tard, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination l'égard des femmes¹⁹⁴⁸ impose aux États de prendre des mesures pour « *modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes* »¹⁹⁴⁹. Les droits de la femme ont été également protégés par divers instruments internationaux, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁹⁵⁰, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention contre la torture et des instruments régionaux relatifs aux droits de l'Homme, y compris la Convention européenne des droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁹⁴⁵ Le Comité interafricain (IAC) sur les pratiques traditionnelles affectant la santé les femmes et les enfants, fondé en 1984, a décidé en 1990, lors du Congrès III, promouvoir l'expression « mutilation génitale féminine » - « génitales féminines mutilation » - pour décrire les procédés connus précédemment comme l'excision. L'OMS préfère le terme de Mutilations sexuelles féminines. La notion d'excision est également utilisée.

¹⁹⁴⁶ OMS, *Éliminer les mutilations sexuelles féminines*, Déclaration interinstitutions HCDH, OMS, ONUSIDA, PNUD, UNCEA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, 2008, p. 1.

¹⁹⁴⁷ OMS, *Female Genital Mutilation, Integrating the Prevention and the Management of the Health Complications into curricula of nursing and midwifery*, 2001.

¹⁹⁴⁸ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, entrée en vigueur : le 3 septembre 1981, conformément aux dispositions de l'article 27 (1).

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*, art. 5 a).

¹⁹⁵⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Afrique du Sud*, CRC/C/15/Add.122, 22 février 2000, § 33.

Ainsi, le Conseil de l'Europe qualifie les mutilations génitales féminines en tant que « *un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, même si elles sont pratiquées dans de bonnes conditions d'hygiène et par un personnel compétent* »¹⁹⁵¹. La CourEDH a déjà estimé qu'une mutilation génitale féminine constitue un traitement inhumain et dégradant qui engendre des violences physiques et mentales également par la suite¹⁹⁵². À ce titre, le Parlement européen demande aux pays membres de l'Union Européenne de « *considérer toute mutilation génitale féminine comme un délit, qu'il y ait eu ou non consentement de la femme concernée, et sanctionnent celui ou celle qui aide, incite, conseille ou soutient une personne pour effectuer n'importe lequel de ces actes sur le corps d'une femme, d'une jeune fille ou d'une petite fille* »¹⁹⁵³. L'Union Européenne a récemment réaffirmé son engagement à lutter contre la violence à l'égard des femmes sur son territoire et à l'échelle mondiale en décidant¹⁹⁵⁴ de signer la Convention d'Istanbul¹⁹⁵⁵. Vu l'article 38 de cette convention, « *les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infractions pénales, lorsqu'ils sont commis intentionnellement* ». Cela dit, cette pratique n'est pas, au sens du droit international, une infraction qui peut être poursuivie indépendamment de son inscription dans le droit de l'État concerné.

b) Un manque des remèdes nationaux unanimes

En effet, selon la philosophie du droit international¹⁹⁵⁶, il paraît que le meilleur moyen, même si pas le seul¹⁹⁵⁷, de lutter contre les mutilations génitales féminines c'est de les criminaliser, de préférence d'une manière explicite¹⁹⁵⁸. Le droit pénal des États européens prévoit plusieurs

¹⁹⁵¹ AP CoE, Résolution 1247 (2001), *Mutilations sexuelles féminines*, point 7.

¹⁹⁵² CourEDH, *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016, § 51.

¹⁹⁵³ Résolution du Parlement européen sur les mutilations génitales féminines, 2001/2035(INI).

¹⁹⁵⁴ La décision de signature est la première étape du processus d'adhésion de l'UE à la Convention. Après la signature officielle, l'adhésion nécessite l'adoption des décisions relatives à la conclusion de la Convention. Ces décisions nécessiteront l'accord du Parlement européen.

¹⁹⁵⁵ V. <http://www.coe.int/fr/web/istanbul-convention/-/eu-to-join-istanbul-convention>

¹⁹⁵⁶ Voir HCDH, *Rapport sur les droits humains et la pratique des mutilations génitales féminines / excision en Guinée*, avril 2016, p. 4 : « *La communauté internationale a adopté des textes, fait des déclarations, élaboré des politiques et mis en place des plans d'action en vue d'éradiquer la pratique des MGF/E dans le monde.* »

¹⁹⁵⁷ Les instruments internationaux emploient généralement l'expression de « *mesures efficaces* » ou « *nécessaires* » à la lutte contre les pratiques traditionnelles préjudiciables. Voir CDE, art. 24.3 : « *Les Etats parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants.* » ; CEDEF, art. 24 : « *Les Etats parties s'engagent à adopter toutes les mesures nécessaires au niveau national pour assurer le plein exercice des droits reconnus par la présente Convention.* »

¹⁹⁵⁸ Voir par exemple AGNU, *Renforcement des mesures en matière de prévention du crime et de justice pénale visant à combattre la violence à l'égard des femmes*, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 21 décembre 2010, A/RES/65/228, para. 14 c) v) : « *Les États Membres sont instamment invités à examiner, évaluer et actualiser leur droit pénal pour veiller à ce que les pratiques traditionnelles nuisibles, notamment les mutilations génitales féminines, sous toutes leurs formes, soient qualifiées par la loi d'infractions pénales graves* » ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44

modèles d'intervention. Certains États ne distinguent pas de tels actes des infractions graves liées à un dommage corporel¹⁹⁵⁹, d'autres États prévoient dans leurs législations une incrimination spécifique¹⁹⁶⁰. Les pionniers de la criminalisation des MGF sont la Suède et le Royaume-Uni, dont la législation spécifique sur les mutilations génitales féminines remonte respectivement à 1982 et 1985.

Récemment, les mutilations génitales féminines ont été explicitement sanctionnées en Suisse. La loi helvétique comprend depuis 2011 un nouvel article¹⁹⁶¹ condamnant de façon spécifique « *celui qui aura mutilé des organes génitaux féminins, aura compromis gravement et durablement leur fonction naturelle ou leur aura porté toute autre atteinte*¹⁹⁶² ». Toutefois, cette solution qui est censée lutter contre les MGF semble ne pas répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant. D'abord, cette pratique est punissable même si cette dernière a été commise dans un autre pays où elle n'est pas légalement répréhensible. La « compétence universelle » de cette norme a été, pourtant, critiquée par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)¹⁹⁶³. Le Centre mentionne une collision possible avec l'article 7 de la CEDH¹⁹⁶⁴, à savoir la règle « *nulla poena sine lege* ». Les débats sur la légalité de la compétence universelle choisie par le législateur suisse se sont confirmés après un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le

de la convention, Observations finales: Autriche, CRC/C/15/Add.251, 31 mars 2005, §44 : « *Le Comité recommande à l'État partie d'intensifier ses efforts pour prévenir et éliminer cette pratique lançant des campagnes d'éducation adaptées et ciblées au sein des communautés religieuses concernées et en envisageant de rendre passibles de poursuites les personnes qui pratiquent les MGF à l'étranger.* »

¹⁹⁵⁹ La France, l'Allemagne. Bien que pas prévue de manière explicite, à la suite d'une modification entrée en vigueur en 2002, en France, l'excision entre dans le cadre des atteintes volontaires à l'intégrité physique de la personne, violences ayant entraîné une mutilation permanente, délit passible de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende dans le cas général. Lorsque la victime est mineure de 15 ans, cela devient un crime passible de 15 ans de réclusion criminelle, 20 ans si le coupable est un ascendant légitime (Art 222-9 et 222-10 du Code pénal). Une interdiction du territoire d'une durée de cinq ans peut également être prononcée (Art. 222-47 du Code pénal).

¹⁹⁶⁰ En Suède, au Royaume-Uni, en Norvège, en Belgique, en Espagne et en Italie.

¹⁹⁶¹ Art. 124 Code pénal suisse.

¹⁹⁶² Art. 124.3 Lésions corporelles/Mutilation d'organes génitaux féminins Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 30 septembre 2011, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2012) : « *1. Celui qui aura mutilé des organes génitaux féminins, aura compromis gravement et durablement leur fonction naturelle ou leur aura porté toute autre atteinte sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins. 2. Quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé e commet la mutilation à l'étranger est punissable. L'article 7, al. 4 et 5, est applicable.* » La nouvelle norme a été pour la première fois mise en œuvre en juillet 2018. La décision du tribunal cantonal de Neuchâtel a été confirmée par le Tribunal fédéral en février 2019. Voir <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/violence/mutilation-genitale/mutilations-genitales-parlement-adopte-une-legislation-plus-severe?search=1>

¹⁹⁶³ CSDH, Newsletter no.2 du 6 juillet 2011.

¹⁹⁶⁴ Vu l'art. 7 CEDH : « *1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.* »

11 février 2019¹⁹⁶⁵ condamnant à une peine privative de liberté avec sursis une ressortissante somalienne pour avoir fait exciser ses deux filles en 2013 en Somalie. Selon le Tribunal, qui confirmait les jugements des deux instances inférieures¹⁹⁶⁶, « *l'art. 124 CP doit viser la répression la plus large possible des mutilations d'organes génitaux féminins, notamment dans un but de prévention générale. Un tel but ne serait pas atteint en admettant que des personnes puissent échapper à toute poursuite en Suisse par le simple fait d'avoir réalisé les éléments constitutifs de l'infraction à l'étranger. Ces personnes pourraient alors, en toute impunité, se livrer à la mutilation d'organes génitaux féminins dans leur pays avant de gagner la Suisse, en sachant qu'une telle pratique y sera proscrite. Cette situation aboutirait à un résultat contraire à celui que s'est proposé d'atteindre le législateur par l'adoption de l'art. 124 al. 2 CP* ». Donc, le Tribunal fédéral raisonne sur le but de la loi pénale, sans invoquer à aucun moment l'intérêt supérieur de l'enfant et sans réfléchir à l'impact d'une telle décision sur l'état émotionnel de l'enfant déjà souffrant.

De même, le Centre a également souligné que conformément à la nouvelle norme pénale, les réfugiés qui entrent en Suisse avec des filles excisées ne peuvent pas obtenir l'asile pour des raisons d'indignité, et doivent être renvoyés selon l'art. 121, al. 3-6 de la Constitution¹⁹⁶⁷. Ainsi, les filles excisées sont punies deux fois ce que ne saurait pas s'interpréter comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁹⁶⁸. Ainsi, les mesures légales censées protéger l'autonomie développementale de l'enfant, paradoxalement, s'avèrent être contraires à son intérêt supérieur. Les lois ne sont pas, en effet, *child-centred* et nécessitent une réévaluation, comme c'est d'ailleurs le cas d'une autre pratique traditionnelle – le mariage forcé.

¹⁹⁶⁵ Cour de droit pénal, Arrêt du 11 février 2019, 6B_77/2019.

¹⁹⁶⁶ Arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel du 14 décembre 2018 (CPEN.2018.76) ; Décision du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers du 12 juillet 2018 (POL.2018.116).

¹⁹⁶⁷ Conformément à l'article 121 de la Constitution suisse, « *Ils sont privés de leur titre de séjour, indépendamment de leur statut, et de tous leurs droits à séjourner en Suisse: a. s'ils ont été condamnés par un jugement entré en force pour meurtre, viol, ou tout autre délit sexuel grave, pour un acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage, la traite d'êtres humains, le trafic de drogue ou l'effraction; ou b. s'ils ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale. 4 Le législateur précise les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3. Il peut les compléter par d'autres faits constitutifs. 5 Les étrangers qui, en vertu des al. 3 et 4, sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse doivent être expulsés du pays par les autorités compétentes et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans. En cas de récidive, l'interdiction d'entrer sur le territoire sera fixée à 20 ans. Les étrangers qui contreviennent à l'interdiction d'entrer sur le territoire ou qui y entrent illégalement de quelque manière que ce soit sont punissables. Le législateur édicte les dispositions correspondantes.* »

¹⁹⁶⁸ CSDH, Newsletter no.2 du 6 juillet 2011.

2. Le mariage forcé

Le mariage c'est par définition un acte civil qui requiert un consentement strictement personnel et qui n'admet pas la représentation. C'est également une institution qui donne naissance à une nouvelle famille¹⁹⁶⁹ (a). Donc, afin de répondre au principe du consensualisme, le candidat devrait disposer d'une autonomie décisionnelle indubitable afin de ne pas nuire à son autonomie potentielle, y compris à l'intérêt de son éventuel enfant qui peut apparaître suite à cette union (b). Le mariage forcé¹⁹⁷⁰ est une pratique traditionnelle qui vise à violer tous ces principes, majoritairement par rapport aux filles¹⁹⁷¹, compte tenu de leurs particularités biologiques et sociales. Par conséquent, malgré l'enjeu de la criminalisation du mariage forcé, les États parties aux conventions relatives à la protection des droits humains ont l'obligation de mettre fin à ces mariages¹⁹⁷².

a) La méconnaissance de l'autonomie décisionnelle de l'enfant lors d'un mariage forcé

Le processus d'individualisation transforme les contours d'une vie de famille dans une question de choix¹⁹⁷³. La CourEDH confirme cette tendance en prodiguant une riche jurisprudence relative au sujet du mariage et de la vie familiale sous l'angle de l'article 8¹⁹⁷⁴. Cette jurisprudence conforte l'idée que les gens doivent choisir leur propre modèle de vie afin d'être épanouis, même si cela signifie d'affaiblir les relations avec la culture ou la religion. Pour exprimer cette idée, Paul Heelas soutient ainsi: « *people have to turn to their own resources to*

¹⁹⁶⁹ Voir définition du Mariage dans Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2018-2019, p. 676.

¹⁹⁷⁰ À distinguer du mariage arrangé où, même si la participation des familles des parties et des rituels religieux est très présente, les deux mariés consentent à leur union. Voir l'opinion concordante séparée du juge Julia Sebutinde à la décision de première instance *Brima*.

¹⁹⁷¹ Sur le mariage des enfants grâces voir GASTÓN C. M., MISUNAS C., CAPPACCIOLI C., « Child marriage among boys: a global overview of available data », *Vulnerable Children and Youth Studies*, 14:3, 2019, pp. 219-228.

¹⁹⁷² Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur: 3 janvier 1976); Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur: 23 mars 1976); Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés AG 217(III), Doc off AG NU, 3e sess, supp no 13, Doc NU A/810 (1948) 71 (entrée en vigueur: 10 décembre 1948); Convention sur toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur: 3 septembre 1981); Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, 7 septembre 1956, 266 RTNU 3 (entrée en vigueur: 30 avril 1957); Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, 11 juillet 2003; Déclaration islamique universelle des droits de l'homme, 19 septembre 1981; Déclaration du Caire des droits de l'homme en Islam, 5 août 1990; Charte arabe des droits de l'homme de 2004, 22 mai 2004; Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 182; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221.

¹⁹⁷³ LOHMUS K., *Caring autonomy, European Human Rights Law and the Challenge of Individualism*, p. 119.

¹⁹⁷⁴ Voir CourEDH, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit au respect de la vie privée et familiale*, mis à jour au 31 décembre 2018, p. 51.

decide what they value, to organise their priorities and to make sense of their lives. That is to say, the weakening of traditional bonds to cultural values, social positions, religion, marriage and so on, means that people find themselves in the position where they have to select from those packaged options or styles to which the cultural realm has been reduced in order to construct their own ways of life »¹⁹⁷⁵.

En pratique, cependant, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes constate qu'il y a encore des pays qui « *pour respecter la coutume, les convictions religieuses ou les idées traditionnelles de communautés particulières, tolèrent les mariages ou remariages forcés* »¹⁹⁷⁶. Le Comité relève ainsi l'importance de la liberté de choix de la femme pour le mariage : « *Il est capital pour la vie d'une femme et pour sa dignité d'être humain à l'égal des autres que cette femme puisse choisir son époux et se marier de sa propre volonté.* »¹⁹⁷⁷

L'Observation générale 19 du Comité des droits de l'Homme reconnaît également l'importance du consentement libre des filles à conclure un mariage. Même si aucun âge spécifique n'est prévu, le commentaire indique explicitement que les individus devraient se marier à un âge où ils peuvent donner leur libre et plein consentement¹⁹⁷⁸. Donc, les dispositions de la CEDAW, du PIDCP et du PIDESC, ainsi que les commentaires sur l'article 16 de la CEDAW et l'article 23 du PIDCP ne peuvent être interprétées comme englobant le consentement des parents des filles ou des membres de leur famille qui consentent à la place des filles. En fait, le Comité des droits de l'Homme, dans le commentaire général 28, ne reconnaît pas la loi ou la coutume qui permettrait à un tuteur de consentir à un mariage (de la jeune fille) en refusant ainsi à sa fille d'exercer son libre arbitre¹⁹⁷⁹.

¹⁹⁷⁵ HEELAS P., « Introduction: Detraditionalization and Its Rivals » in Heelas P. et al. (dir.), *Detraditionalization: Critical Reflections on Authority and Identity*, Oxford: Blackwell Publishers, 1996, p. 5, cité dans LOHMUS K., préc., p. 121.

¹⁹⁷⁶ Recommandations générales adoptées par le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Treizième session (1994) Recommandation générale n°21 : *Égalité dans le mariage et les rapports familiaux*, point 16.

¹⁹⁷⁷ *Ibidem*

¹⁹⁷⁸ Comité pour les droits de l'Homme, Trente neuvième session (1990), Observation générale n° 19: Article 23 (Protection de la famille), § 4 : « *Le paragraphe 2 de l'article 23 du Pacte réaffirme que le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile. Le paragraphe 3 du même article énonce que nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.* »

¹⁹⁷⁹ Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°28, Article 3 (Égalité des droits entre hommes et femmes), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 mars 2000, § 23 : « *Un second facteur, dans certains États parties, peut tenir au fait que selon la loi ou la coutume, c'est un tuteur, généralement de sexe masculin, qui consent au mariage au lieu de la femme elle-même, ce qui empêche la femme de faire un libre choix.* »

Pour la violation du droit à l'autonomie décisionnelle de l'enfant, le mariage forcé est aujourd'hui criminalisé dans la plupart des pays européens¹⁹⁸⁰. Cette responsabilisation des États est déterminée également par la violation des autres droits fondamentaux de l'enfant, qui entravent substantiellement son développement physique et psychologique. Le seuil plus important du préjudice sur les filles causé par l'obligation d'union conjugale dans le contexte d'un conflit armé ou « *d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre les populations civiles* » peut qualifier cette pratique traditionnelle de crime contre l'humanité¹⁹⁸¹.

b) L'ignorance de l'autonomie potentielle de l'enfant par le mariage forcé

Les mariages précoces ou forcés¹⁹⁸² sont considérés comme des pratiques traditionnelles préjudiciables qui ont un impact négatif premièrement sur les filles en raison des violations des droits de l'Homme qui en résultent¹⁹⁸³ en termes de droit à l'éducation, d'autonomie sexuelle, du droit aux loisirs et au repos, etc. Selon une représentante de l'UNICEF, « *une fille forcée de se marier pendant l'enfance subit les conséquences immédiates et à long terme de ce mariage précoce sur sa vie. Ses chances de terminer sa scolarité s'amenuisent tandis que la probabilité qu'elle soit maltraitée par son mari et souffre de complications pendant la grossesse augmente. Cette pratique a également des conséquences très lourdes sur la société et alimente les cycles intergénérationnels de pauvreté* »¹⁹⁸⁴. Ainsi, la personne qui se voit forcée de se marier devient purement une victime. L'Union Européenne, dans le contexte de sa politique de protection des droits des victimes, inclut les victimes du mariage forcé dans la catégorie des victimes de la traite des êtres humains. Ainsi, dans certaines conditions, le mariage forcé pourrait être qualifié de traite des êtres humains. En effet, conformément la Directive européenne concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection

¹⁹⁸⁰ Les Pays-Bas ont refusé en 2012 faire de même et le gouvernement a plutôt adopté un plan d'action de prévention. Voir HAENEN I., *Force and Marriage: the criminalisation of forced marriage in dutch, english, and international criminal law*, Cambridge, Intersentia, 2014. L'auteur est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de créer une infraction distincte en droit criminel et droit pénal international afin de lutter contre le mariage forcé. Voir BINETTE E., HAENEN I., *Force and Marriage: the Criminalisation of Forced Marriage in Dutch, English, and International Criminal Law*, 2014, in *Revue Québécoise de droit international*, vol. 29-1, 2016. pp. 207-211.

¹⁹⁸¹ Même si aucun statut d'une cour de justice internationale ou d'un tribunal pénal international *ad hoc* n'indique explicitement le mariage forcé comme étant un crime contre l'humanité, un crime de guerre ou un crime de génocide.

¹⁹⁸² L'UNICEF emploie ces termes en tant que synonymes. Voir <https://www.unicef.fr/contenu/espace-medias/mariage-precoce-des-millions-de-filles-sauvees-en-dix-ans>

¹⁹⁸³ MUTYABA R., « Early Marriage: A Violation of Girls' Fundamental Human Rights in Africa », *International Journal of Children's Rights* 19, 2011, p. 343.

¹⁹⁸⁴ Anju Malhotra, Conseillère principale de l'UNICEF pour l'égalité des sexes, voir <https://www.unicef.fr/contenu/espace-medias/mariage-precoce-des-millions-de-filles-sauvees-en-dix-ans>

des victimes¹⁹⁸⁵, le mariage forcé intègre l'expression « exploitation d'activités criminelles »¹⁹⁸⁶ de la notion élargie de « traite des êtres humains »¹⁹⁸⁷. De surcroît, dans de telles circonstances, « *aucun consentement (de l'enfant) quel qu'il soit ne devrait être considéré comme valable* »¹⁹⁸⁸.

La fille est censée souffrir davantage dans le contexte des conflits armés. Même si le terme de « mariage forcé » n'a pas la même portée que celui du temps de paix, faute d'un arrangement juridique et cérémonial de l'union, il tend à l'imiter par la mise en place d'un modèle stéréotypé du rôle de la femme¹⁹⁸⁹. Compte tenu de son absence en tant que crime explicite dans les statuts des juridictions internationales, le mariage forcé peut être qualifié d'« acte inhumain », voire de crime contre l'humanité, selon l'acte constitutif principal. Effectivement, dans un tel contexte où la loi perd tout son sens, le mariage forcé peut devenir « un moyen de lutte »¹⁹⁹⁰ via une série d'actes contre les filles¹⁹⁹¹, à savoir le viol, la torture, l'esclavage ou l'esclavage sexuel¹⁹⁹²¹⁹⁹³. Ainsi, en prenant en considération les conséquences négatives sur le développement général de l'enfant, le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone (TSSL) reconnaît

¹⁹⁸⁵ Directive 2011/36/UE du Parlement Européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, § 11 Préambule : « L'expression « exploitation d'activités criminelles » devrait s'entendre comme l'exploitation d'une personne en vue de commettre, entre autres, du vol à la tire, du vol à l'étalage, du trafic de drogue et d'autres activités analogues passibles de sanctions pénales et qui ont un but lucratif. Cette définition englobe également la traite des êtres humains à des fins de prélèvement d'organes, qui constitue une violation grave de la dignité humaine et de l'intégrité physique, ainsi que d'autres comportements tels que l'adoption illégale ou les mariages forcés, dans la mesure où les éléments constitutifs de la traite des êtres humains sont réunis ».

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, Art. 2, § 1 : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soient punissables les actes intentionnels suivants: Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, y compris l'échange ou le transfert du contrôle exercé sur ces personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre, à des fins d'exploitation. »

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*, § 11 Préambule.

¹⁹⁸⁹ Voir l'opinion concordante du juge Sabaide, § 10, p. 577.

¹⁹⁹⁰ Voir Le Procureur c Germain Katanga, ICC-0 1/04- 1/07, Jugement (7 mars 2014) (Cour pénale internationale, Chambre de première instance 11) en ligne : CPI <<https://www.icc-cpi.int/>> ; Kerr K Paterson, « Mali conflict is latest to employ forced marriage as tool of war », en ligne: Women Muiia Center <<http://www.womensmediacenter.com/>> [Pate rso n] ; Mausi Segun, « Those Terrible Week in their Camp : Boko Haram Violence against Women and G iris in North east Nigeria », New York, Human Rights Watch, 2014 [Segun].

¹⁹⁹¹ Dans la guerre civile au Sierra Leone où des milliers de femmes et de filles ont été enlevées pour devenir la « bush wife » des combattants, et le mariage forcé sous le régime des Khmers Rouges au Cambodge, dans lequel le gouvernement a arrangé des mariages et forcé les habitants à se marier entre eux.

¹⁹⁹² Le Procureur c Charles Taylor, SCSL-03-0 1-T, Jugement (18 mai 2012) (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre première instance II), en ligne : Tribunal spécial pour la Sierra Leone <<http://www.rscsl.org/>> [Le Procureur c Charles Tay l'or].

¹⁹⁹³ BEAUVALLET O. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger-Levrault, 2017, p. 654.

pour la première fois le mariage forcé comme crime contre l'humanité, en l'intégrant dans la sous-catégorie des « autres actes inhumains » prévue à l'article 2g du statut du TSSL¹⁹⁹⁴.

Si les pratiques de mutilations génitales féminines et de mariage forcé sont universellement condamnées, un vrai problème éthico-juridique est soulevé par les pratiques culturelles traditionnellement considérées bénignes.

B. Des actes traditionnels *de lege*, conditionnés sous le prisme de l'autonomie de l'enfant

Le concept d'autonomie de l'enfant incite le droit international de revoir les pratiques corporelles sur l'enfant généralement acceptables. En effet, dernièrement nous constatons un changement de regard sur la circoncision masculine (1) ou bien la tolérance face aux refus des soins de nature religieuse (2) en faveur de la préservation de l'autonomie potentielle de l'enfant.

1. La circoncision masculine

Dans le contexte où la circoncision féminine est conçue comme une pratique traditionnelle moralement et juridiquement inacceptable dans une société civilisée, la circoncision masculine a été depuis toujours caractérisée comme une pratique traditionnelle plutôt bénigne (a), quoique des courants de pensée des défenseurs des droits de l'enfant sont en train de changer le prisme de la réflexion¹⁹⁹⁵ (b).

a) Une pratique culturelle « admise »¹⁹⁹⁶

La circoncision masculine est une pratique traditionnellement admise comme marque d'identité culturelle ou d'importance religieuse¹⁹⁹⁷. Bien que la plupart des juifs et des musulmans confirment leur relation avec le Dieu via la circoncision, pour les adeptes des autres religions cette pratique reste une marque d'identité culturelle. D'ailleurs, dans certaines régions, la

¹⁹⁹⁴ Art. 2 Statut du TSSL : « *Le Tribunal spécial est habilité à poursuivre les personnes accusées d'avoir commis les crimes ci-après dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre les populations civiles : a) Assassinat; b) Extermination; c) Réduction en esclavage; d) Expulsion; e) Emprisonnement; f) Torture; g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée et toute autre forme de violence sexuelle; h) Persécutions pour des raisons politiques, raciales, ethniques ou religieuses; i) Autres actes inhumains.* »

¹⁹⁹⁵ FORTIER V., *La circoncision rituelle, enjeux de droit, enjeux de vérité*, Presses Universitaires de Strasbourg, 20016.

¹⁹⁹⁶ CE, *Un siècle de laïcité – Rapport public 2004*, p. 331.

¹⁹⁹⁷ World Health Organization and Joint United Nations Programme on HIV/AIDS, *Male circumcision, Global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability*, 2007, p. 3.

circoncision masculine était déjà une tradition culturelle avant l'arrivée de l'islam¹⁹⁹⁸. Médicalement, cette pratique est également acceptée en tant qu'une intervention de routine¹⁹⁹⁹, tolérée et bénigne²⁰⁰⁰.

La circoncision masculine n'est pas expressément interdite par les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme. Elle ne l'est, également, dans les législations internes, à part quelques exceptions. Ainsi, selon la Loi sur l'enfance de l'Afrique du Sud²⁰⁰¹, la circoncision masculine est illégale jusqu'à l'âge de 16 ans, *sauf pour des raisons religieuses ou médicales*²⁰⁰². La circoncision masculine n'est non plus autorisée explicitement, dans quelques pays comme l'Allemagne et la Suède²⁰⁰³. Dans les autres pays elle est simplement tolérée en tant qu'une pratique culturelle bénigne²⁰⁰⁴.

En 2013, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe adopte une résolution intitulée « Le droit des enfants à l'intégrité physique »²⁰⁰⁵. Ce qui étonne davantage, après son étude, c'est que l'Assemblée a tenu d'attirer l'attention envers une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique de l'enfant, à savoir la circoncision masculine. Ces pratiques comprennent notamment, à part « *les mutilations génitales féminines, des pratiques comme la*

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 4 : « La circoncision a été pratiquée pour des raisons non religieuses pendant plusieurs milliers d'années en Afrique subsaharienne et dans de nombreux groupes ethniques à travers le monde, y compris les Australasiens autochtones, les Aztèques et les Mayas dans les Amériques, et les habitants des Philippines et de l'est de l'Indonésie et de diverses îles du Pacifique, y compris les Fidji et les îles Polynésiennes. Dans la majorité de ces cultures, la circoncision fait partie intégrante d'un rite de passage à la virilité, bien que, à l'origine, cela ait pu être un test de bravoure et d'endurance. La circoncision est également associée à des facteurs tels que la masculinité, la cohésion sociale avec les garçons du même âge qui se font circoncis en même temps, l'identité de soi et la spiritualité ».

¹⁹⁹⁹ FOX M., THOMSON M., « Older minors and circumcision: questioning the limits of religious actions », *Medical Law International*, 2008, vol. 9, p. 284.

²⁰⁰⁰ FOX M., THOMSON M., « Short Changed? The Law and Ethics of Male Circumcision », *The International Journal of Children's Rights*, 13, 2005, p. 161.

²⁰⁰¹ Children's Act 38, 2005.

²⁰⁰² *Ibid.*, art. 12.8 : « *Circumcision of male children under the age of 16 is prohibited, except when a) circumcision is performed for religious purposes in accordance with the practices of the religion concerned and in the manner prescribed; or b) circumcision is performed for medical reasons on the recommendation of a medical practitioner.* »

²⁰⁰³ En Suède, par exemple, la circoncision est autorisée sous certaines conditions : l'enfant doit être âgé d'au moins deux mois, l'intervention est autorisée seulement si elle est pratiquée par un professionnel de la santé ou un religieux spécialement agréé, le consentement des parents est indispensable, elle ne peut pas être réalisée sans anesthésie prescrite par un médecin ou une infirmière. Les fortes rumeurs concernant la circoncision expliquent en grande partie les raisons de l'adoption des lois en cause.

²⁰⁰⁴ Dernièrement, en Afrique un mouvement de résistance à la circoncision masculine a pris naissance. En effet, il s'agit d'un combat contre une campagne africaine enracinée qui consiste dans le maintien du taux élevé de circoncision masculine. Toutefois, de plus en plus de garçons expriment leur désaccord d'être circoncis. Ce nouveau mouvement aurait donc le but de mettre fin à cette pratique. La campagne s'appelle VMMC (Voluntary medical male circumcision) qui s'efforce à maintenir à 80% le taux de la circoncision. Voir <https://www.vmmcproject.org/about-us/what-is-vmmc/> Un rapport sur cette campagne a été présenté au Comité des droits de l'enfant le 7 mai 2019.

²⁰⁰⁵ Résolution 1952 (2013), § 2.

circoncision de jeunes garçons pour des motifs religieux, les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués, ainsi que les piercings, les tatouages ou les opérations de chirurgie plastique auxquels les enfants sont parfois soumis ou contraints ». Il faut dire que c'est une première pour une organisation internationale, d'exprimer son opposition claire vis-à-vis la circoncision masculine. Ce document « courageux », en principe, ne fait que matérialiser et conforter les rumeurs²⁰⁰⁶ déjà existantes²⁰⁰⁷.

b) Une pratique juridiquement contestée

Les doctrines médicales²⁰⁰⁸ et éthiques sont dernièrement très insistantes sur les conséquences négatives ou les préjudices causés par la circoncision masculine²⁰⁰⁹. Notre regard *child-centred* sur la pratique de la circoncision masculine est en revanche purement juridique. Il se fonde sur le principe d'égalité qui suppose que toutes les interventions sur le corps de l'enfant sont comparables et sur le principe de l'intégrité physique de l'enfant qui exige son accord pour une telle intervention. Cette démarche ne classe pas les mutilations génitales féminines et la circoncision masculine dans la même catégorie, pourtant elle les détermine comme similaire du point de vue de la protection des droits de l'enfant, - notamment le droit à l'intégrité physique

²⁰⁰⁶ Le Défenseur des enfants en Suède a appelé son pays à interdire la circoncision, qu'il estimait contraire aux droits fondamentaux des garçons. « Circoncire un enfant sans justification médicale ni son consentement enfreint d'après nous les droits humains de cet enfant », écrit l'ombudsman des enfants, Fredrik Malmberg, dans une tribune cosignée avec des professionnels de la santé dans le premier quotidien suédois, DagensNyheter. « L'opération est douloureuse, irréversible et peut entraîner des complications dangereuses », a-t-il rappelé.

²⁰⁰⁷ VIALLA F., « Intégrité corporelle des enfants (circoncision) : résolution du Conseil de l'Europe », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2702.

²⁰⁰⁸ Des campagnes importantes ont pris naissance contre la circoncision non-thérapeutique et non consensuelle en insistant de plus en plus pour y mettre fin, en particulier au sein de la communauté médicale. Par exemple, le Royal Dutch Medical Association (KNMG) a pris publiquement la position des droits des enfants en soutenant que : « *les enfants ne doivent pas être soumis à des procédures médicales qui n'ont pas valeur thérapeutique ou préventive* ». (The Royal Dutch Medical Association (KNMG). (2010). Non-therapeutic circumcision of male minors. Retrieved from <http://knmg.artsennet.nl/Publicaties/KNMGpublicatie/Nontherapeutic-circumcision-of-male-minors-2010.htm>) En outre, en 2011, le Médiateur norvégien pour les enfants a réitéré que les garçons ne devraient pas être circoncis pour des raisons non thérapeutiques jusqu'à ce qu'ils soient assez matures pour donner leur consentement éclairé et que les parents devraient ne pas donner le consentement au nom de leur enfant. (Le Médiateur pour les enfants en Norvège, 2011. Consultative Response on Ritual Male Circumcision). Aussi, la Société pédiatrique suédoise avait demandé au Comité national de la santé l'interdiction de la circoncision d'enfants pour raison religieuse ou non médicale, car celle-ci constitue une mutilation (Jean-François Meyer, « Analyse : la circoncision religieuse après le jugement de Cologne », Institut Religioscope, 25 juillet 2012)

²⁰⁰⁹ La possibilité des préjudices psycho-sexuels, ainsi que les effets négatifs possibles sur l'expérience sexuelle future et la jouissance. V. par exemple, SHELDON M., « Male circumcision, religious preferences, and the question of harm », *American Journal of Bioethics*, 3 (2), 2003, p. 61. Il y a dix ans, le juriste Sami. A. Aldeeb Abu-Sahlieh était parmi les premiers à plaider contre la circoncision masculine pour motif religieux, et même pour motif d'hygiène. Pour lui, il n'y a pas de différence entre l'excision et la circoncision, les deux constituant des atteintes illégales à l'intégrité physique de l'enfant. Le professeur est persuadé que la vraie raison du silence de l'ONU et des autres organisations internationales serait de nature politique, la crainte de susciter des réactions dénonçant une forme d'antisémitisme ou d'islamophobie. Voir Sami. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, *Circoncision masculine, Circoncision féminine. Débat religieux, médical, social et juridique*, L'Harmattan, 2012, p. 432.

et le droit de l'enfant de choisir. En effet, vu l'article 12 de la CDE, l'enfant capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute forme d'intervention à son intégrité corporelle, sauf celles interdites expressément à l'article 24 de la CDE²⁰¹⁰. Il s'agit, tous simplement, du respect de son autonomie développementale. En sachant que de telles opérations sont généralement faites sur l'enfant à un âge précoce quand le garçon n'a pas la capacité de comprendre la nature de l'intervention, il serait logique d'attendre qu'il grandisse, afin qu'il puisse prendre consciemment cette décision. À notre sens, celle-ci serait la solution optimale, dans un contexte où ni les valeurs culturelles ni les droits de l'enfant ne seront touchés. Ces arguments sont confirmés, entre autres, par la position de Marie Fox et Michel Thomson qui, en raison de la promotion de l'autonomie de l'enfant, suggère qu'un choix de circoncision libre, persistant et bien informé par une personne compétente de 12 ou 13 ans devrait être respecté²⁰¹¹. Les défenseurs des droits de l'enfant développent, dans ce sens, la notion d'« autonomie génitale ²⁰¹²», et même vont plus loin afin de reconnaître, même si informellement, un droit à l'autonomie génitale de l'enfant qui protégerait les enfants qui ne possèdent pas de capacité décisionnelle à l'égard de ces procédures de subir une coupe génitale non thérapeutique.

La Cour de Strasbourg s'est abstenue de donner une appréciation à cette intervention. Les premières décisions judiciaires viennent des États-Unis²⁰¹³, dernièrement nous avons connu des affaires européennes qui ont été source de polémiques. Une des premières affaires européennes sur la circoncision, qui a fait couler beaucoup d'encre²⁰¹⁴, a été jugée par le Tribunal de grande instance de Cologne en 2012²⁰¹⁵. En l'espèce, des parents musulmans décident de faire circoncire leur fils de quatre ans dans un cabinet médical de Cologne. Deux jours après l'opération, la mère du garçon amène à l'hôpital l'enfant qui souffre d'une hémorragie. Alerté

²⁰¹⁰ Je sous-entends, apart la circoncision masculine, toute forme de piercing (oreille, nez, nombril), tatoo, etc.

²⁰¹¹ FOX M., THOMSON M., « Older minors and circumcision: questioning the limits of religious actions », *Medical Law International*, 2008, vol. 9, p. 297.

²⁰¹² DELAET D. L., « Genital Autonomy, Children's Rights, and Competing Rights Claims in International Human Rights Law », *International Journal of Children's Rights* 20, 2012, p. 554.

²⁰¹³ Voir *Boldt V Boldt*, 555 U. S. 804, 2008.

²⁰¹⁴ MEYER J-F., « Analyse : la circoncision religieuse après le jugement de Cologne », *Institut Religioscope*, 25 juillet 2012 ; GONIN L., « La religion des droits de l'Homme et ses dérives », *LE TEMPS*, 28 septembre 2012 ; FERCOT C., « Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF / *Revue des Droits de l'homme*, 13/20 juillet 2012.

²⁰¹⁵ LG Köln · Urteil vom 7. Mai 2012 · Az. 151 Ns 169/11. Dû probablement à l'influence juridique séculaire du modèle allemand. (GUILLIOD O., « L'évolution du droit médical au cours des dernières décennies » dans *Médecin et droit médical*, Ed. Medecine Hygiene, 2009, p. 63), plusieurs hôpitaux de la Suisse allemande ont volontairement adopté, pour un certain temps, le raisonnement du Tribunal de Cologne, en arrêtant toute opération de circoncision pour raisons religieuses. Voir MEYER J-F., *préc.*

par le centre hospitalier, le Ministère public dépose une plainte contre le médecin. Même si le Tribunal de Cologne acquitte le médecin, il juge néanmoins que cette intervention corporelle ne peut pas se justifier par l'exercice de l'autorité parentale. En bref, le juge a tranché en faveur de l'intégrité corporelle de l'enfant et de son droit à l'autodétermination, en constatant que la pratique de circoncision est contraire au bien-être de l'enfant, qu'elle a durablement et irrémédiablement changé le corps de l'enfant en affectant ainsi sa faculté de décider ultérieurement de son appartenance religieuse.

Nous nous demandons, à juste titre, si le même raisonnement est suivi dans les affaires concernant les refus des soins des enfants nourris par les convictions religieuses des parents.

2. Le refus des soins religieux par les parents

Il n'est pas facile de déterminer l'étendue et les limites du droit à la liberté de religion de l'enfant lorsqu'il est en conflit avec son droit à l'intégrité physique ou *a fortiori* avec son droit à la vie. Le refus des enfants témoins de Jéhovah de subir des transfusions sanguines pose un problème particulier²⁰¹⁶. À la différence de l'adulte pour lequel le droit de refuser un traitement médical pour des motifs religieux est reconnu, l'enfant est généralement protégé d'un tel acte indifféremment s'il est autonome (b) ou non-autonome religieusement (a).

a) L'opposition au droit religieux des parents au nom du respect de l'intégrité corporelle de l'enfant

Traditionnellement, les parents sont ceux qui décident, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, si le mineur non-autonome devrait ou pas recevoir différents types de traitement médical. Généralement, la pratique jurisprudentielle montre que lorsque la santé et la vie de l'enfant sont mises en péril à cause de l'opposition parentale de nature religieuse, l'État se prononce en faveur du droit de l'enfant à la santé et à l'intégrité corporelle. Majoritairement, il s'agit des décisions jurisprudentielles sur les transfusions sanguines à un enfant dans un état critique en dépit des objections de ses parents, témoins de Jéhovah. La même logique est poursuivie dans

²⁰¹⁶ Voir EPAILLY D., Les sectes et le droit familial, L'Harmattan, 2000, p. 40 : « *Seulement, vous ne mangerez point de chair avec son âme, avec son sang* » (Genèse IX : 3,4) ; « *C'est ici une loi perpétuelle pour vos descendants : vous ne mangerez ni graisse, ni sang* » (Lévitique III : 17) ; « *Vous ne mangerez le sang d'aucune chair, car l'âme de toute chair, c'est son sang* » (Lévitique XVII : 13, 14) ; « *Car il a paru bon au Saint-Esprit et à nous de vous imposer...de vous abstenir des viandes sacrifiées aux idoles, du sang...* » (Actes des Apôtres XV : 28, 29).

le cas d'un refus de soins par un mineur croyant non-autonome. La difficulté d'un tel exercice est pourtant démontrée dans certaines affaires qui s'éloignent de ce modèle.

Dans un cas espagnol connu, par exemple, le juge se retrouve bouleversé par un acte de refus de soin vital par un adolescent de treize ans. En effet, c'est une affaire qui a connu des interprétations antagonistes et suscité beaucoup de débats²⁰¹⁷. L'histoire commence par l'autorisation du refus d'une transfusion sanguine par un jeune croyant de témoins de Jéhovah, âgé de 13 ans. À ce stade, la décision étonne par le poids accordé au droit à la liberté de religion de l'enfant. Cependant, après le décès du mineur, les parents se voient imputer des actes criminels, à savoir le fait de ne pas convaincre leur fils de consentir au traitement. Si la Cour d'instruction espagnole se montre plutôt favorable à la décision de la première instance, au motif que les parents ne pouvaient être tenus de conduire un comportement contraire à leur conscience religieuse et à leurs enseignements, la Cour suprême, en revanche, a condamné les parents pour un crime d'homicide et notamment pour omission des devoirs dérivés de l'autorité parentale. Dans l'appel à cette décision, les parents allèguent que, par leur comportement d'omission, ils agissaient dans l'exercice légitime de leur liberté religieuse et de la liberté religieuse de leur fils. La Cour constitutionnelle espagnole devait, en l'occurrence, clarifier dans ces circonstances l'étendue de la liberté religieuse de l'enfant et de ses parents²⁰¹⁸. Elle reconnaît que l'enfant a le droit à la liberté de religion, bien que cela ne signifie pas qu'il ait le droit de refuser un traitement vital. Si jusqu'ici, son raisonnement est assez prévisible, il paraît assez surprenant par la suite. Selon la Cour, même si les parents ne peuvent pas invoquer leurs convictions religieuses pour faire obstacle aux problèmes de santé de leur enfant, ils ont le droit en revanche de ne pas autoriser un traitement vital pour celui-ci en raison de leurs convictions religieuses. Par conséquent, la Cour constitutionnelle reconnaît la violation du droit à la liberté de religion des parents et annule les peines de la chambre criminelle de la Cour suprême.

Par cette décision, en effet, le juge conforte l'approche collective de la liberté de religion de l'enfant. Pourtant, il néglige de distinguer l'intérêt supérieur de l'enfant des intérêts de ses parents. À ce titre, Dwyer observe que lorsque la religion est citée par les parents dans les affaires de soins de santé, cela entraîne souvent l'omission de séparer la personnalité et les

²⁰¹⁷ BARRERO ORTEGA A., « Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo (A propósito de la STC 154/2002, de 18 de julio) »

²⁰¹⁸ STC 154/2002, 18 juillet 2002, recurso de amparo 3468/1997, *Asunto Pedro Alegre y Liva Vallès frente al Tribunal Supremo*.

intérêts distincts des enfants²⁰¹⁹. Le juge se montre pourtant ouvert à embrasser l'approche individualiste de la liberté religieuse de l'enfant à condition d'avoir « *la maturité de jugement nécessaire pour prendre une décision vitale* »²⁰²⁰. Sauf que, dans la pratique, de tels cas sont extrêmement rares, voire inexistants.

b) La vicissitude du consentement « éclairé » de l'enfant déterminée par les profondes convictions religieuses

Afin que le refus des soins déterminé par des croyances religieuses de l'enfant puisse être pris en compte, l'enfant doit disposer non seulement de l'autonomie religieuse, mais également de l'autonomie sanitaire. Dans la plupart de cas, pourtant, la dernière est viciée notamment par les convictions religieuses de l'enfant de façon qu'il ne se donne pas tous les moyens de comprendre les détails du soin et les conséquences de son consentement. C'est souvent la perspective adoptée par le juge dans les affaires relatives aux décisions médicales des enfants profondément croyants. Dans la connue affaire britannique *Re L*, le juge l'explique ainsi : « *Il se peut que, en raison de sa conviction, elle est disposée à dire, et à le dire, je suis disposé à accepter la mort plutôt qu'à avoir une transfusion sanguine, mais il est clair qu'elle n'a pas pu se donner tous les détails qui Il serait juste et approprié de prendre en compte lors de la prise de décision* »²⁰²¹. Avec ceci, cependant, le juge est toujours tenu de procéder à un test de discernement pour le droit à la religion de l'enfant, même si par la suite il en fera abstraction, suivi d'une mise en balance juridique entre celui-ci et le droit à la santé ou à la vie de l'enfant.

Tout en reconnaissant l'autonomie religieuse de l'enfant, les juges décident de l'ignorer au profit du droit à la vie de l'enfant en appuyant leurs arguments non seulement sur la vicissitude de l'autonomie sanitaire, mais également sur le caractère mutable de la religion, à savoir la probabilité que l'enfant change par la suite sa croyance. Ainsi, dans l'affaire *Re E*, le juge s'explique ainsi : « *Je respecte la profession de foi de ce garçon, mais je ne peux pas minimiser*

²⁰¹⁹ DWYER J. G., « The children we abandon: religious exemption to child welfare and education laws as denials of equal protection to children of religious objectors », 74 *North Carolina Law Review*, 1996, p. 1321.

²⁰²⁰ STC 154/2002, 18 juillet 2002, *préc.*

²⁰²¹ *Re L (Medical Treatment: Gillick Competency)*, 1998, 2FLR 810. Original : « *It may be that because of her beliefs he is willing to say, and to me a nit, I am willing to accept death rather than to have a blood transfusion, but it is clear that she has not been able to be given all the details which it would be right and appropriate to have in mind when making a decision* ».

*au moins la possibilité qu'il pourrait, au cours des années ultérieures, subir une diminution de ses convictions. Il n'y a pas de certitude sur des questions de ce genre. »*²⁰²²

Donc, nous arrivons à la conclusion que pratiquement dans tous les cas concernant un refus de soins nourri par les convictions religieuses d'un enfant autonome, la décision de l'enfant ne sera pas prise en compte. Cette situation est déterminée par l'exercice de la balance des droits qui dans la plupart de cas ne sera pas en faveur de la liberté de religion du mineur. On pourrait légitimement alors se poser la question de la nécessité de la prise en compte et l'étude du droit à la liberté de religion de l'enfant dans de tels contextes. Il s'avère pourtant utile quand l'enfant n'a pas de chance objective de survivre à sa maladie et donc le deuxième élément de la balance, à savoir le droit à la vie, n'a aucun sens. Cette vision a été adoptée dans plusieurs affaires canadiennes concernant des mineurs croyants²⁰²³, mais incurablement malades, où les juges en soulignant la maturité exceptionnelle des deux enfants de 15 ans ont conclu qu'ils étaient des « *mature minors* » et qu'en vertu de la loi, ils pouvaient refuser des soins. Donc, dans ces affaires, le droit à la liberté de religion des mineurs a été reconnu et mis en œuvre, car la transfusion du sang qu'ils ont refusé ne leur aurait pas sauvé la vie. Avec ceci, toutefois, le débat sur l'étendue de l'autonomie sanitaire de l'enfant reste récurrent, indifféremment si le mineur est croyant ou pas. Le chapitre suivant dévoilera quelques opinions sur ce sujet.

²⁰²² *Re E (A minor) (Wardship: Medical Treatment)*, 1993, 1 FLR 386. Original : « *I respect this boy's profession of faith but I cannot discount at least the possibility that he may in later years suffer some diminution in his convictions. There is no settled certainty about matters of this kind.* »

²⁰²³ *Regina 2 Hospital Corp v. Walker*, 1994, 150 N.B.R. (2d) 366; 4 R.F.L. (4th) 321; 116 D.L.R. (4th) 477; aussi dans *Re A.Y.*, 1993, 111 Nfld & P.E.I.R. 91.

Conclusion du Chapitre II

Dans ce chapitre, nous avons essayé d'argumenter un modèle d'acceptation du droit de l'enfant à la liberté de religion. Cette nécessité est déterminée, à notre avis, par la complexité de l'objet dudit droit. Nous avons, ainsi, adopté le modèle libéral individualiste de l'exercice de la liberté religieuse par les enfants autonomes et l'approche collective, respectueuse de l'autonomie de l'enfant, pour les mineurs non-autonomes²⁰²⁴. La dernière approche est acceptable uniquement sous la condition du respect de l'autonomie participative et de l'autonomie développementale de l'enfant.

Aucun instrument international de portée générale ne contient cette dichotomie. Ces textes sont orientés prioritairement à protéger les intérêts parentaux dans la construction de la dimension religieuse de l'enfant. En revanche, la CDE, l'instrument à vocation spécifique, même si insiste sur la reconnaissance d'un droit exclusif de l'enfant, reste de portée très théorique. Dans l'ensemble, en ce qui concerne le droit de l'enfant à la liberté religieuse, le droit international s'avère toutefois « insuffisant »²⁰²⁵. Cette conclusion est due, avant tout, à la défaillance et la pauvreté de ses solutions juridiques qui auraient pu contribuer à la compréhension de l'étendue du droit dont le titulaire est l'enfant. Notamment, le droit international n'établit pas des critères de délimitations des enfants capables et incapables d'adopter une religion de leur choix. De même, il ne semble pas y avoir eu de contestation directe d'un enfant contre ses parents en ce qui concerne le droit de pratiquer la religion. En effet, la question de la religion et de la culture surgit uniquement lors d'un conflit entre les parents ou entre parents et l'État ; cela veut dire que lorsque les parents partagent la même religion ou bien ils ont la même vision sur l'éducation

²⁰²⁴ Exemple personnel (cas pratique) : J'ai la chance d'habiter un quartier multiculturel. Lors d'une promenade avec ma fille Louise, près du terrain de jeux, j'ai entendu parler deux filles âgées approximativement de 7 et 9 ans sur le sujet du ramadan (car c'était la période). L'une demande l'autre : « Est-ce que tu fais le ramadan ? » La fille répond sans hésitations : « Je le ferai que le week-end. Papa voudrait bien que je le fasse dans la semaine aussi, mais il a peur que je tombe dans les pommes à l'école ». Ce court dialogue révèle plusieurs conclusions relatives à l'acceptation de l'autonomie religieuse de l'enfant. D'abord, on constate que les enfants sont religieusement non-autonomes, car sont en bas âge et donc conformément à l'approche collective du droit à la religion elles suivent les croyances religieuses de leurs parents. Toutefois, nous nous rendons compte que la fille interrogée n'a pas exprimé son opinion (art. 12 CDE) par rapport à son désir de suivre la pratique de ramadan. Or, c'est la condition de base de la mise en œuvre du droit à la religion de l'enfant dans sa dimension collective. Deuxièmement, on observe un côté positif dans l'appréhension par les parents de ce droit de l'enfant du point de vue d'un droit collectif. Notamment, les parents privilégient l'intérêt de l'enfant à un bon état de santé à la mise en œuvre de certains rituels religieux, comme le jeûne. Toutefois, cet argument est affaibli par les limitations dans le temps. En effet, les parents excluent un tel comportement le week-end.

²⁰²⁵ LANGLAUDE S., « Children and Religion under Article 14 UNCRC: A Critical Analysis », *International Journal of Children's Rights* 16, 2008, pp. 475–504.

religieuse de l'enfant, la question de la circoncision ou d'une autre pratique religieuse corporelle, de même que des rituels, ne parvient pas. Or, du point de vue du respect de l'autonomie de l'enfant, en l'occurrence de son autonomie développementale, ces pratiques religieuses doivent interroger dans tous les cas. Le Comité des droits de l'enfant, tout en évoluant dans son raisonnement sur l'autonomie religieuse de l'adolescent, évite de rédiger une Observation générale qui lui serait dédiée. De surcroît, le sujet de l'éducation religieuse est trop orienté sur les droits des parents, alors qu'il devrait exister en droit international un droit séparé de l'enfant au choix de son éducation en conformité avec ses convictions religieuses. La CourEDH contribue dans une certaine mesure à délimiter les droits respectifs des parents et des enfants. Cependant, le droit de l'enfant à la liberté religieuse, sur le fondement de l'article 9 de la CEDH, n'a jamais été clairement établi.

Chapitre III. L'autonomie de l'enfant face à la société

« (...) it is not children's ability to choose that is debated, but rather the space that society, adults and the law gives children in order to make a choice, and the tolerance for what adults consider to be a mistake. »²⁰²⁶

Pour que l'autonomie soit un concept valable, elle doit être définie avec une attention particulière portée au contexte environnemental et social dans lequel elle est exercée. L'évolution des mœurs et une société plus permissive ont des répercussions sur l'autonomie de l'enfant²⁰²⁷. L'évolution des mentalités sociales, le développement des connaissances scientifiques sont des moteurs, même si pas les seuls, de la libération de l'enfant²⁰²⁸. Elle doit être conjuguée, sans doute, à la volonté de l'État.

Ainsi, la globalisation accrue, de même que la pauvreté et la misère, développe une autre facette controversée de l'autonomie de l'enfant. Il s'agit de l'autonomie décisionnelle de l'enfant qui mène à un possible détournement de ses droits. Selon Hélène Hurpy, qui étudie la notion d'autonomie personnelle de l'adulte, celle-ci « *présenterait, d'abord, le risque de nuire à la personne humaine en poursuivant une fonction contradictoire à la protection de ses droits. L'autonomie personnelle pourrait encore favoriser la revendication d'un comportement dommageable, non seulement pour soi-même, mais également pour autrui* »²⁰²⁹. À la différence de l'adulte, le respect d'une telle autonomie de l'enfant devrait être empêché au nom de l'autonomie potentielle de l'enfant. Il s'agit, en effet, du critère qui rend le concept d'autonomie de l'enfant singulier.

C'est notamment en considérant ce modèle de conceptualisation de l'autonomie de l'enfant qu'on mettra des réserves aux « anciennes » dispositions du droit international (**Section I**). De

²⁰²⁶ PELEG N., « Reconceptualizing the Child's Right to Development: Children and the Capability Approach », *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, pp. 533–534.

²⁰²⁷ BONGRAIN M., *L'enfant et le droit. Une autonomie sous surveillance*, Erès, 2000, p. 7.

²⁰²⁸ DUBOS O., MARGUENAUD J.-P., *Sexe, sexualité et droits européens enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Collection droits européens, Paris: Dir. A. Pédone, 2007. p. 6

²⁰²⁹ HURPY H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, Bruylant, 2015, p. 469.

même, nous allons analyser l'évolution de ce même modèle d'autonomie de l'enfant dans un contexte des meures sociétaux plus libéraux (**Section II**).

Section I. Une acception contradictoire de l'autonomie de l'enfant par le droit international classique

La tension entre les deux concepts d'enfance, être vulnérable et être autonome, peut clairement être observée dans divers domaines régis par le droit international. Il s'agit particulièrement de la réglementation internationale classique relative aux enfants soldats et les enfants travailleurs qui se distinguent par une vision hétéroclite de l'enfant.

Le regard sur ces problématiques a été différent selon la conception adoptée de l'enfance. En appliquant le modèle d'autonomie de l'enfant proposé dans cette thèse, il apparaît que les deux rôles de l'enfant – de travailleur et de soldats, sont hétérogènes. Alors que le statut de l'enfant travailleur peut être juridiquement argumenté (§1), celui de l'enfant-soldat l'est difficilement (§2).

§1. Une surprotection transformée – le cas des enfants travailleurs

Le sujet des enfants travailleurs²⁰³⁰ est devenu un « problème de société »²⁰³¹ depuis longtemps, bien qu'à degré différent selon l'époque.²⁰³² Malgré la pléthore des conventions adoptées par

²⁰³⁰ C'est un phénomène qui demeure considérable, affectant tant les pays les plus pauvres, que ceux développés. Selon l'OIT, en termes de prévalence, 1 enfant sur 25 (4, 1%) est astreint au travail des enfants dans la région Europe et Asie Centrale, V. <http://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang--fr/index.htm>. Voir également MENIER B., *Le travail des enfants dans le monde*, La Découverte, 2011, p. 3 ; BONNET M., *Regards sur les enfants travailleurs. La mise au travail des enfants dans le monde contemporain, analyse et études de cas*, Lausanne, Editions Page 2, 1998 ; BONNET M., HANSON K., LANGE M.-F., SCHLEMMER B., *Enfants travailleurs : Repenser l'enfance*, Cahiers Libres, Lausanne, Éd.s Page 2, 2006, p. 3. La complexité de cette problématique réside aussi dans la diversité de son abordage selon l'acteur et son intérêt. En l'occurrence, l'UNICEF, autrefois porteur de l'idéologie paternaliste, considère que « l'enfant doit être protégé du monde des adultes ». L'UNESCO, à son tour, en donnant priorité à l'éducation, est d'avis que « le travail est incompatible avec la poursuite de la scolarité » in BONNET M., HANSON K., LANGE M.-F., SCHLEMMER B., *préc.*, p. 10. De même, l'OMC, l'OCDE et l'UE subordonnent l'octroi de privilèges commerciaux à l'élimination du travail infantin.

²⁰³¹ SCHLEMMER B. (dir.), *L'enfant exploité – oppression, mise au travail, prolétarianisation*, Paris (FRA) ; Paris : Karthala, ORSTOM, 1996, p. 11.

²⁰³² BONNET M. et al., *op.cit.*, 2006, p. 9.

l'OIT²⁰³³, « la gardienne des droits des travailleurs dans le système des Nations Unies »²⁰³⁴, aujourd'hui on ne saurait pas répondre avec certitude à la question si l'enfant aurait une identité de travailleur en droit international. La position abolitionniste adoptée par l'OIT envers le travail des enfants repose sur la croyance que les enfants sont, par nature, différents des adultes, et considère donc le travail des enfants comme essentiellement opposé à son intérêt²⁰³⁵. Le résultat d'un tel raisonnement c'est de leur dénier ce que les enfants appellent « le droit au travail » (A). D'un autre côté, les associations d'enfants travailleurs appellent à repenser cette vision et à leur reconnaître aussi bien les droits spécifiques liés à leur statut d'enfant, que leurs droits généraux liés à leur statut de travailleur²⁰³⁶ (B). Les deux visions opposées utilisent, cependant, des discours similaires sur les droits de l'Homme pour défendre des positions apparemment contradictoires sur le travail des enfants.

A. L'approche abolitionniste imparfaite

La politique abolitionniste vise à prohiber complètement le travail de l'enfant²⁰³⁷. Cette approche, appelée aussi « idéaliste »²⁰³⁸, représente pourtant le cadre juridique générale du droit international du travail, adoptée par l'OIT²⁰³⁹. Or, cette vision à première vue « radicale », apparaît plus modérée, même si incohérente, après une analyse des textes internationaux. En effet, derrière le discours protectionniste (2), on entrevoit un cadre juridique assez permissif (1). Dans aucun des cas, le respect pour l'autonomie de l'enfant n'est mis en valeur. C'est en réalité, l'effet d'un manque d'appréhension ou d'une acception lacunaire de l'autonomie de l'enfant.

²⁰³³ Parmi les 189 conventions et 5 protocoles adoptés par l'OIT, les suivantes sont relatifs au travail de l'enfant: Convention n°5 sur l'âge minimum (industrie), 1919 ; Convention n°7 sur l'âge minimum (travail maritime), 1920 ; Convention n°10 sur l'âge minimum (agriculture), 1921 ; Convention n°33 sur l'âge minimum (travaux non-industriels), 1932 ; Convention n°58 (révisée) sur l'âge minimum (travail maritime), 1936 ; Convention n°59 (révisée) sur l'âge minimum (industrie), 1937 ; Convention n°60 (révisée) sur l'âge minimum (travaux non-industriels), 1937 ; Convention n°112 sur l'âge minimum (pêcheurs), 1959 ; Convention n°123 sur l'âge minimum (travaux souterrains), 1965 ; Convention n°124 sur l'examen médical des adolescents (travaux souterrains), 1965 ; Convention n°138 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi et au travail, 1973 ; Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999 ; Convention n° 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011.

²⁰³⁴ SEN A., « Travail et droits », *Revue internationale du Travail*, vol. 139, N°2, 2000, p. 129.

²⁰³⁵ HANSON K., VANDAELE A., « Working children and international labour law: A critical analysis », *The International Journal of Children's Rights* 11, 2003, p. 96.

²⁰³⁶ HANSON K., « Repenser les droits des enfants travailleurs » in Bonnet et al., *préc.*, 2006, p. 105 ; LIEBEL M., « Do children have a right to work ? Working children's movements in the struggle for social justice » in Hanson K., Nieuwenhuys O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice, Translations*, Cambridge University Press, 2013, p. 225.

²⁰³⁷ HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 77.

²⁰³⁸ *Ibid.*, p. 87.

²⁰³⁹ BIT, *La fin du travail des enfants : un objectif à notre portée*, BIT, IPEC, Genève, 2006.

1. Le caractère initialement libéral des textes internationaux

La nécessité d'abolir le travail des enfants a été réaffirmée par plusieurs instruments internationaux²⁰⁴⁰. Sauf que, la souplesse des limites d'âge pour l'accès à l'emploi (a), ainsi que la malléabilité des dispositions prohibitives (b) dénotent un caractère libéral du droit international, qui n'est pas souvent conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

a) La souplesse de l'âge minimum d'accès au travail

L'élimination du travail des enfants a toujours été un souci majeur de l'OIT depuis sa création en 1919. Malgré le changement de conjoncture économique et sociale qui a déterminé l'adoption des premières conventions internationales²⁰⁴¹, la philosophie de l'âge minimum qui permet l'accès au travail persiste. Ainsi, l'action principale de l'OIT a été d'élaborer et de promouvoir des conventions ainsi que la mise en place des politiques visant à interdire l'emploi des enfants en dessous d'un certain âge. Cela signifie que le travail des enfants n'est pas interdit en tant que tel.

Dès le départ, la fixation d'un âge minimum a été perçue comme le meilleur moyen pour assurer la protection des enfants travailleurs. Ainsi, l'OIT a cherché à réglementer les circonstances de l'emploi des enfants et a adopté la Convention sur l'âge minimum de 1973²⁰⁴², qui fixe une limite d'âge à partir de laquelle les enfants peuvent travailler légalement. La Convention oblige les États parties à fixer un âge minimum pour les enfants concernant toute forme d'emploi, en exigeant qu'il ne soit pas avant l'âge de fin de la scolarité obligatoire et que les enfants aient au moins 15 ans²⁰⁴³. Toutefois, le législateur permet, lorsque l'économie d'un État et ses

²⁰⁴⁰ La Déclaration universelle des droits de l'Homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, les droits culturels interdisent l'esclavage et la servitude et obligent les nations à fournir des enfants avec la protection dont ils ont besoin. La Déclaration universelle des droits de l'Homme, bien qu'elle ne mentionne pas explicitement le travail des enfants, déclare : « Tout le monde a un droit à l'éducation ». Elle ordonne en outre que l'éducation élémentaire soit libre et obligatoire. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantit à chaque enfant le droit à toutes les mesures de protection nécessaires par son statut de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'État. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit « Les enfants et les jeunes devraient être protégés contre les risques économiques et sociaux ». Le Pacte dispose en outre que " les États devraient également établir des limites au-dessous desquelles l'emploi rémunéré du travail des enfants devrait être interdit et punissable par la loi.

²⁰⁴¹ La première convention de 1919 est adoptée dans un contexte qui se distingue nettement de celui d'aujourd'hui, car « l'interdiction » du travail pour les enfants se fait dans une époque où la scolarité obligatoire n'existait pas et où la « mise au travail est vécue comme une nécessité éducative, plutôt qu'un apport économique ». Progressivement, dû aux conditions du marché, le travail obtient plusieurs nuances, en fluctuant entre les deux extrémités : l'exploitation et la ressource.

²⁰⁴² C138 - Convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973 ; Convention concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1976.

²⁰⁴³ Convention n°138, Article 2.3.

équipements scolaires sont insuffisamment développés, d'autoriser le travail à partir de 14 ans²⁰⁴⁴. Il existe d'autres exceptions. La Convention stipule que les enfants âgés de 13 à 15 ans peuvent effectuer des travaux légers²⁰⁴⁵, sauf qu'elle ne définit pas l'étendue de la notion.

Il est important de mentionner le souci du législateur pour la protection des enfants contre l'abus et l'exploitation. Ainsi, l'accès au travail des enfants qui formellement correspondent aux exigences de la Convention puisqu'ils dépassent l'âge minimum stipulé peut être interdit, s'il peut être démontré que ce type d'emploi serait susceptible de compromettre leur santé, leur sécurité ou leur moralité²⁰⁴⁶. Si tel est le cas, les États peuvent considérer le travail comme un type d'emploi qui ne convient pas aux enfants de tout âge.

Ainsi, les premières conventions montrent que l'emploi des enfants n'est pas considéré comme intrinsèquement problématique. La « souplesse » de la convention est encore accentuée par la malléabilité de ces dispositions et par les multiples dérogations qu'elle autorise²⁰⁴⁷.

b) La malléabilité des dispositions prohibitives

La souplesse des textes de l'OIT s'explique par la nécessité de les rendre plus facilement applicables par les États connaissant une organisation et des niveaux de développement différents. Cette marge d'appréciation de l'État est reflétée dans les dispositions de la Convention sur l'âge minimum, par exemple, qui renvoie à l'interprétation par l'État de la notion de « travail léger » et qui permettrait ainsi un accès au travail de l'enfant à partir de 12 ans, ou bien une marge de manœuvre de l'État en corraport avec le droit à l'éducation de l'enfant.

Cette approche permissive, mais non respectueuse de l'autonomie de l'enfant, aurait dû être modifiée par la CDE. En effet, elle exclut le critère objectif de l'âge, en se penchant plutôt sur la nature du travail accompli par l'enfant. La protection qui est demandée pour l'enfant par l'article 32 CDE n'est pas dirigée seulement contre l'exploitation, mais contre tous les risques pouvant provenir du travail. Vu l'article 32, la CDE interdit l'exploitation économique des enfants et leur participation à des activités qui pourraient être préjudiciables ou porter atteinte

²⁰⁴⁴ *Ibid.*, Article 2.4.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, Article 7.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*, Article 3.1: « L'âge minimum d'admission à tout type d'emploi ou de travail qui, par sa nature ou les conditions dans lesquelles il s'exerce, est susceptible de compromettre la santé, la sécurité ou la moralité des adolescents ne devra pas être inférieur à dix-huit ans. »

²⁰⁴⁷ SCHLEMMER B. (dir.), *op. cit.*, p. 155.

à leur éducation²⁰⁴⁸. Toutefois, elle exige également que les États parties réglementent les âges d'admission et les conditions d'emploi, en renvoyant pour la fixation des mesures concrètes d'application aux « autres instruments internationaux », c'est-à-dire en fin de compte aux normes fixées par l'OIT²⁰⁴⁹. Ces observations sont très importantes dans les conditions de recherche d'un fondement juridique pour l'argumentation du statut de l'enfant travailleur. C'est d'autant plus compliqué, que l'OIT mène un discours projectif plutôt paternaliste.

2. Le caractère finalement protectionniste du discours général de l'OIT

Il est vrai que l'OIT a essayé de réorienter l'approche générale sur le travail de l'enfant (a), cependant sa perspective demeure majoritairement paternaliste, car aucune démarche de révision des dispositions internationales n'a été faite pour les rendre conformes à celle de la CDE (b).

a) Le ton du discours entre idéaliste et réaliste

Pendant longtemps, le ton de discours de l'OIT était très catégorique²⁰⁵⁰. Cette position était largement soutenue pour différentes raisons. Certains sont d'avis que le travail des enfants viole le plus fondamental des principes internationaux des droits de l'Homme, le principe de non-discrimination²⁰⁵¹, car ce fléau touche uniquement les enfants pauvres²⁰⁵². L'idée générale de son combat est que l'enfant doit devenir majeur avant d'entrer dans le monde du travail, auquel il n'a accès qu'au risque de son exploitation. Il s'agit toujours d'éradiquer tout « travail des enfants », selon l'idée que l'emploi est nocif pour le mineur. Depuis 1997, la rhétorique de

²⁰⁴⁸ Aux termes de la législation du travail britannique, par exemple, les personnes âgées de moins de 18 ans, mais ayant dépassé l'âge de la scolarité obligatoire ne sont pas considérées comme des enfants, mais comme des jeunes. En conséquence, le Royaume-Uni se réserve le droit d'appliquer l'article 32 sous réserve des dispositions de ladite législation du travail.

²⁰⁴⁹ SCHLEMMER B. (dir), *préc.*, p. 119.

²⁰⁵⁰ OIT, « Child labour – targeting the intolerable », Global Report on Child Labour, 1996: « *Child labour is simply the single most important source of child exploitation and child abuse in the world today: and there is an emerging consensus that the world community has the duty and the obligation to combat especially those intolerable forms of child labour that still persist in much of industry, agriculture and services and in conditions of bondage and serfdom* ».

²⁰⁵¹ Selon SILK J. J., MAKONNEN M., « *Ending Child Labor: A Role for International Human Rights Law* », Faculty Scholarship Series, 2003, p. 359 : « *Toutes les conventions relatives aux droits de l'Homme exigent que leurs garanties s'appliquent à toutes les personnes, indépendamment de leur race, couleur, langue, sexe, religion, opinion politique, origine nationale ou sociale, propriété, naissance ou autre statut. Le travail des enfants viole cette garantie d'une protection égale pour tous. Dans aucun pays, les enfants travailleurs ne sont les enfants des classes riches et favorisées. Aucun gouvernement ne tolérerait le travail des enfants si les jeunes travailleurs étaient les fils et les filles de la prospérité ou de la puissance politique. Cependant, les lois qui existent dans presque tous les pays du monde pour protéger les enfants contre le travail des enfants ne sont pas appliquées, parce que les enfants qui sont exploités sont les fils et les filles des membres les plus marginaux et les plus vulnérables de la société.* »

²⁰⁵² *Ibid.*

L'Organisation internationale du travail a commencé à se concentrer sur les formes « extrêmes » et « intolérables » du travail des enfants. L'approche a été décrite comme « pragmatique » et visant à « *intervenir là où la situation est vraiment grave et urgente* »²⁰⁵³. L'OIT a proposé l'élaboration d'une nouvelle norme qui traiterait de l'exploitation du travail des enfants plutôt que de l'âge minimum, comme le font les conventions précédentes.

Au cours des dernières décennies, l'attention croissante portée par la société au travail des enfants a alimenté une réponse internationale renouvelée, allant de l'adoption de la Convention 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants²⁰⁵⁴ à la création du Programme international pour l'élimination du travail des enfants (IPEC)²⁰⁵⁵. La Convention sur les pires formes de travail des enfants se concentre sur l'interdiction et l'élimination de quatre catégories principales de travail. Au lieu de fixer un âge minimum auquel un enfant peut travailler, elle se montre plus catégorique et appelle à « *des mesures immédiates et efficaces pour assurer l'interdiction et l'élimination des pires formes de travail des enfants et ce, de toute urgence* »²⁰⁵⁶. Le préambule de la Convention souligne la nécessité d'adopter « *de nouveaux instruments pour l'interdiction et l'élimination des pires formes de travail des enfants, en tant que principale priorité de l'action nationale et internationale* ».

Le recentrage de l'attention internationale sur les « pires formes de travail des enfants » au début des années 2000 était en partie une réflexion des résultats de recherche qui remettaient en question les mérites d'une approche unique du travail des enfants telle qu'illustrée par la législation sur l'âge minimum. L'OIT a même reconnu que les travaux entrepris par les enfants ne sont pas tous négatifs. Cependant, la distinction entre les formes de travail acceptables et inacceptables continue à être décrite en termes simplistes.

²⁰⁵³ Bureau International du Travail, Rapport du Directeur général de l'OIT – 87e session de la Conférence internationale du travail, *Travail décent*, Genève, 1999.

²⁰⁵⁴ C182 - Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999, Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (Entrée en vigueur : 19 nov. 2000), Adoption : Genève, 87ème session CIT (17 juin 1999).

²⁰⁵⁵ IPEC - International Programme on the Elimination of Child labour, créé en 1992 avec « *comme objectif global l'élimination progressive du travail des enfants par le biais du renforcement des capacités des pays à s'attaquer au problème et la promotion d'un mouvement mondial de lutte contre le travail des enfants* ». Voir <https://www.ilo.org/ipec/programme/lang--fr/index.htm>

²⁰⁵⁶ Convention n° 182, art. 1.

b) La déconstruction du terme « travail »

La complexité du sujet est aussi reflétée dans le caractère flou de la notion de « travail de l'enfant » et l'utilisation imprécise du vocabulaire s'y référant²⁰⁵⁷. En effet, une meilleure systématisation des formes de travail des enfants aiderait à nuancer l'approche internationale sur le travail des mineurs. L'OIT a fait un effort de clarifier la portée de cette notion²⁰⁵⁸, sans pourtant classifier et systématiser les formes du travail enfantin. On comprend quand même, des autres sources, y compris avec l'aide des ONG²⁰⁵⁹, que le travail des enfants couvre un large éventail d'activités et de situations qui affectent les filles et les garçons dans des contextes socio-économiques et culturels variés, âgés de la première enfance à dix-huit ans²⁰⁶⁰.

Nous partons de l'idée que le vocabulaire juridique en anglais décrit mieux la réalité des choses dans cette branche, sans être pourtant satisfaisant. En l'occurrence, en anglais deux termes sont utilisés afin de relever le caractère négatif « labor »²⁰⁶¹ et respectivement positif « work » de l'activité de l'enfant²⁰⁶². En français, il n'existe pas de terme officiel qui soulignerait le côté négatif du phénomène. Le Bureau international du travail utilise la notion « travail des enfants à abolir²⁰⁶³ ». Il nous paraît pourtant que le terme « exploitation » de l'enfant serait plus opportun, à côté du terme positif « travail » de l'enfant²⁰⁶⁴. Aussi, on pourrait admettre qu'un adjectif ou qualificatif soit accolé au terme « travail », par exemple « travail acceptable », « travail intolérable », pour qu'une tentative de délimitation et de circonscription soit mise en œuvre.

²⁰⁵⁷ Au milieu des années 1990, la terminologie est devenue si problématique que Ben White a suggéré d'abandonner les termes « child labour » et « child work » en faveur d'un continuum de participation économique des enfants, intolérable à positif ou avantageux. Voir WHITE B., « Globalization and the child labour problem », *Journal of International Development*, vol. 8, n° 6, 1996, p. 839.

²⁰⁵⁸ OIT, *Eradiquer les pires formes de travail des enfants : Guide pour la mise en œuvre de la convention no 182 de l'OIT*, Guide pratique à l'usage des parlementaires no 3, 2002.

²⁰⁵⁹ L'ONG Save the children, par exemple, définit le travail des enfants comme : « ... des activités que les enfants effectuent pour contribuer à la vie économique de leur famille ou à la leur. Cela englobe donc le temps passé à des corvées d'entretien de la maison ainsi que des activités génératrices de revenus, à la maison ou à l'extérieur. Les activités agricoles non-rémunérées que de nombreuses filles et garçons accomplissent dans les fermes familiales, ainsi que les corvées domestiques que font beaucoup d'enfants chez eux sont donc englobés dans cette définition. Le travail peut être à temps plein ou à temps partiel ». Voir SAVE THE CHILDREN, *Save the Children's Position on Children and Work*, Save the Children Report, London, March, 2003.

²⁰⁶⁰ UNICEF, *State of the World's Children, Focus on child labour*, New York, Oxford University Press, 1997.

²⁰⁶¹ MANGHARDT F., *Les enfants pêcheurs au Ghana – Travail traditionnel ou exploitation ?*, L'Harmattan, 2006, p. 22.

²⁰⁶² *Ibid.*

²⁰⁶³ Voir par exemple, BIT, *Intensifier la lutte contre le travail des enfants : Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Rapport du Directeur Général I(B), Conférence internationale du travail, 99e session, Genève, Bureau international du travail, 2010, p. 6.

²⁰⁶⁴ Voir SCHLEMMER B., *op. cit.*, 1996.

Tout au long des années '90, les concepts de l'esclavage des enfants, du travail des enfants et de l'exploitation des enfants ont été utilisés de manière mal définie et déroutante dans les débats internationaux. Ceux qui prônaient l'élimination du travail des enfants utilisaient couramment les termes très chargés « esclavage des enfants », y compris dans des situations qui ne pouvaient pas être décrites comme telles²⁰⁶⁵. Ceux qui prônent le droit des enfants au travail ont utilisé le « travail des enfants » plus bénin, qui a parfois couvert les problèmes rencontrés par les enfants qui travaillent²⁰⁶⁶. En effet, il était nécessaire d'adopter une définition de travail enfantin qui correspondrait aux critères du respect de son autonomie.

B. De l'approche régulatrice vers l'approche autonomiste justifiée

Il est clairement nécessaire d'aborder la question de l'emploi des enfants sous un angle différent que celui paternaliste, à savoir celui qui inclut également la participation des enfants²⁰⁶⁷. Cette vision alternative sous-tend une approche qui ne nie pas l'accès de l'enfant au travail, à condition qu'il ne l'empêche pas de se développer harmonieusement (1). Il est vrai que l'approche régulatrice ou autonomiste serait plus adaptée à la théorie de l'autonomie participative et développementale de l'enfant. Une telle vue pourrait également être attribuée à l'exercice des droits de l'enfant en tant que travailleur (2).

1. L'autonomie développementale, le fondement juridique pour l'accès de l'enfant au « droit au travail »

Dans ce contexte, on propose la distinction des notions de travail par rapport à l'impact du travail sur le développement de l'enfant – travail nocif versus travail positif ou utile²⁰⁶⁸ (a) ou bien des notions qui répondraient aux critères de la volonté de l'enfant, à savoir le travail volontaire versus le travail forcé (b).

a) Distinguer le travail « positif »

L'article 32 de la CDE est devenu un catalyseur pour le débat autour des définitions de travail dangereux et nuisible, conduisant à une plus grande prise de conscience des limites des distinctions simplistes. Deux éléments sont capitaux pour l'approfondissement de la réflexion, la prise en compte du droit à la santé et à l'éducation de l'enfant. Ou, plus brièvement, son

²⁰⁶⁵ MANIER B., *Le travail des enfants dans le monde*, op. cit., p. 3.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*

²⁰⁶⁷ McKECHNIE J., HOBBS S. (dir.), « Working children: reconsidering the debates », *Report of the international working group on child labour* 33, 1998, p. 59.

²⁰⁶⁸ BONNET M., HANSON K., LANGE M.-F., SCHLEMMER B., *préc.*, p. 175.

« développement total »²⁰⁶⁹, tant « *physique que mental, spirituel, moral et social* »²⁰⁷⁰. Donc, *a contrario*, on pourrait admettre et même argumenter la légitime existence des formes de travail qui ne nuiraient pas au développement de l'enfant et qui, avant tout, seraient le résultat d'un choix de l'enfant.

Antérieurement, sans consulter les enfants²⁰⁷¹, des définitions arbitraires ont été proposées quant à ce qui devrait être considéré comme les « pires formes de travail des enfants »²⁰⁷². L'OIT les décrit comme ceux qui « *privent les enfants de leur enfance, de leur potentiel et de leur dignité, et (...) sont nuisibles au développement physique et mental* »²⁰⁷³. À l'opposé, le travail acceptable pour les enfants consiste, selon l'OIT, à « *aider leurs parents à la maison, à aider dans une entreprise familiale ou à gagner de l'argent de poche en dehors des heures de classe et pendant les vacances scolaires* »²⁰⁷⁴. Or, cette approche dichotomique du travail n'est pas conforme à l'exigence développementale imposée par l'autonomie de l'enfant. Il peut s'avérer que des formes de travail enfantin ne figurent clairement dans aucune de ces catégories. Il convient, en effet, d'étudier chaque cas *in concreto*.

Ainsi, la classification des formes de travail effectuée par les textes internationaux n'est guère satisfaisante. Elle reflète en vérité la tendance des organisations internationales d'éliminer les formes de travail enfantin les plus intolérables, sans réglementer le soi-disant « travail ordinaire » de l'enfant. En effet, la convention 138, par exemple, ne prévoit aucune norme de santé et de sécurité au travail pour les enfants, en particulier dans le secteur informel²⁰⁷⁵. De même, parmi les « pires formes de travail » enfantin ne figure pas de façon explicite le travail

²⁰⁶⁹ BONNET M., *préc.*, p. 76.

²⁰⁷⁰ CDE, article 32.1.

²⁰⁷¹ Depuis 2001, le BIT s'est donné pour règle de ne plus lancer de programmes relatifs aux enfants travailleurs sans demander l'avis des enfants concernés.

²⁰⁷² Art. 3, Convention 182 OIT: « *a) toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés; (b) l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant à des fins de prostitution, de production de matériel pornographique ou de spectacles pornographiques; (c) l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant aux fins d'activités illicites, notamment pour la production et le trafic de stupéfiants, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes; (d) les travaux qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant.* »

²⁰⁷³ IPEC, « Qu'est-ce que le travail des enfants ? », p. 16. V. également SECCAUD C., « La conception de l'enfance en droit international. Illustration par les enfants travailleurs », in *Revue Québécoise de droit international*, vol. 24-1, 2011. pp. 131-170.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 16.

²⁰⁷⁵ WHITE B., *préc.*

qui transgresse le droit à l'éducation de l'enfant, alors qu'il s'agit là de « *l'effet le plus nocif de certaines formes de mise au travail pour les enfants, en les privant d'avenir* »²⁰⁷⁶.

b) Exclure le « travail forcé »

La définition de la notion de « travail forcé » est généralement empruntée à la disposition conventionnelle sur les pires formes de travail de l'enfant²⁰⁷⁷. Il est vrai que les cas de travail gravement dangereux, ou d'abus et d'exploitation d'enfants impliquent presque toujours un certain degré de travail forcé²⁰⁷⁸. L'interprétation de cette expression pourrait pourtant être étendue, sous le prisme de l'approche *child-centred*, à toute activité de l'enfant qui ne découle pas de son choix. Par respect de l'autonomie de l'enfant, nous restons attachés au critère du consentement éclairé du mineur dans sa relation avec le travail. Il nous semble, en effet, que le travail de l'enfant peut être légitimé uniquement à condition d'être volontaire. L'enfant devrait avoir la possibilité de choisir librement de travailler ou pas. C'est, en effet, une autre façon d'aborder la question de l'emploi des enfants sous un angle qui inclut également les opinions des enfants²⁰⁷⁹.

Cependant, la qualification du travail en tant que « volontaire » peut s'avérer problématique. En l'occurrence, la décision de travailler peut être prise dans un contexte de contraintes sévères et d'options limitées. Aussi, l'obligation de travailler peut parvenir de la part de la famille²⁰⁸⁰ ou d'autres adultes peuvent mettre une pression sur l'enfant dans sa décision de travailler, avec ou sans aucune implication du mineur²⁰⁸¹. De même, les pressions économiques sont un facteur important pour déterminer l'entrée des enfants dans la population active. Ces cas de figure témoignent du caractère forcé du travail. Donc, la mise en œuvre de l'autonomie participative de l'enfant n'est pas suffisante lors de la détermination de la nature du travail qu'un enfant souhaite accomplir. Il est certes nécessaire de procéder à une étude *in concreto* sous le prisme de l'autonomie développementale de l'enfant.

²⁰⁷⁶ BONNET M., HANSON K., LANGE M.-F., SCHLEMMER B., *Enfants travailleurs : Repenser l'enfance, préc.*, p. 191.

²⁰⁷⁷ Art. 3, Convention n°182.

²⁰⁷⁸ WHITE B., *préc.*, p. 839.

²⁰⁷⁹ HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 86.

²⁰⁸⁰ Des études plus récentes ont également montré que si les parents consentent souvent à ce que leurs enfants travaillent, il est rare que les parents ordonnent à leurs enfants de travailler. Voir BESSEL S., « Influencing international child labour policy: The potential and limits of children-centred research », *Children and Youth Services Review* 33, 2011, p. 565.

²⁰⁸¹ *Ibid.*

Cette dernière considération est également valable pour la qualification des tâches domestiques « légères » qui sont généralement exclues de la catégorie de travail. La difficulté d'une telle situation est déterminée par l'absence de dispositions conventionnelles faisant référence à ce genre de travail de l'enfant. Cependant, une telle activité de l'enfant, même si accomplie dans son propre domicile ne se distingue pas substantiellement du même travail domestique extra-familial moyennant une rémunération²⁰⁸². Ainsi, cette activité de l'enfant qui est également dénommé « invisible »²⁰⁸³, devrait tout d'abord être incluse dans la catégorie du « travail » et par conséquent être soumise à la qualification « volontaire » ou « forcé » selon le contexte. Cette démarche contribuerait à l'éradication de l'esclavage domestique²⁰⁸⁴, une forme de travail forcé parmi les plus répandues²⁰⁸⁵. À cette conclusion est, en effet, arrivé le Comité européen des droits sociaux dans l'affaire *Commission internationale de juristes contre le Portugal*²⁰⁸⁶. En l'espèce, le Portugal s'est fait imputer d'avoir omis de prendre les mesures nécessaires pour lutter contre le travail des enfants de moins de 15 ans y compris dans le cadre familial en violant ainsi l'article 7 de la Charte Sociale Européenne. Le Professeur Marguénaud affirme à par rapport à cette affaire que « *pour pouvoir constater, dans l'hypothèse qui lui était soumise, un manquement à un texte qui ne fait aucune allusion directe au travail strictement familial des enfants, le Comité européen des droits sociaux a dû faire preuve d'une audace interprétative qui permet d'affirmer qu'il a su en une seule décision fixer une orientation progressiste et évolutive aussi ferme que celle qui avait été dégagée après vingt ans de fonctionnement de l'ancienne Cour européenne des droits de l'Homme* »²⁰⁸⁷.

²⁰⁸² CAVAGNOUD R., *L'enfance entre école et travail au Pérou, Enquête sur des adolescents à Lima*, Éd.s Khartala, 2012, p. 18.

²⁰⁸³ MENIER B., *op. cit.*, p. 87.

²⁰⁸⁴ L'obligation des États d'adopter une législation pénale dissuasive qui prévient et réprime les cas d'esclavage domestique a été renforcée par la CEDH. En effet, l'article 4 de la Convention interdit la pratique de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé ou obligatoire. Art. 4 CEDH : « 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. 2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire. 3. N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article : a) tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle ; b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire ; c) tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté ; d) tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales. »

²⁰⁸⁵ Comité Contre l'Esclavage Moderne (CCEM), *Le travail domestique des mineurs en France*.

²⁰⁸⁶ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution ChS (99) 4 relative à la Réclamation collective N° 1/1998 - *Commission internationale de juristes contre le Portugal*, adoptée par le Comité des Ministres le 15 décembre 1999, lors de la 692e réunion des Délégués des Ministres.

²⁰⁸⁷ MARGUENAUD J.-P., « La première décision du Comité européen des droits sociaux : de l'audace, déjà de l'audace à propos du travail familial des enfants (Comité européen des droits sociaux, Commission internationale des juristes c/ Portugal, 9 sept. 1999) », *RTD Civ.* 2000, p. 937.

Ultérieurement, une des premières affaires condamnant le travail forcé des enfants²⁰⁸⁸ a été jugée par la CourEDH en 2005. À l'origine de l'affaire *Siliadin*²⁰⁸⁹ se trouvait une jeune fille togolaise de quinze ans qui durant des années avait été exploitée par un couple de français. Étant logée dans des conditions misérables, sans documents, elle a été contrainte de travailler sans rémunération pour ce couple en gardant leurs enfants et en effectuant des tâches ménagères. La CourEDH interprète ses dispositions à la lumière des conventions contre l'esclavage, de même que la Convention de l'OIT sur le travail forcé²⁰⁹⁰. Les deux conventions font référence à des notions similaires, sans pourtant les définir. L'article 1 de la Convention de 1926, par exemple, s'attarde davantage sur les moyens de la mise en esclavage (capture, acquisition, cession) que sur les conditions de l'esclavage. Le texte reste vague, par exemple, sur la signification exacte de « réduire en esclavage ». Pour Michele Cavallo, « *elle a laissé le soin à l'État partie - censé introduire cette définition dans son droit pénal interne – ou au juge national – tenu de l'appliquer-, la responsabilité d'établir dans le cas d'espèce si la victime se trouve dans tel état ou condition* ²⁰⁹¹ ». Des affaires analogues ont toutefois suivi en France, ce que prouve la persistance de l'esclavage des enfants²⁰⁹². Elles ont donné l'occasion à mieux cerner les notions de travail forcé et d'esclavage relatif à l'enfant pour lequel le préjudice est aggravé et qui se voit reconnaître le droit à la réparation intégrale de son préjudice tant moral qu'économique²⁰⁹³. Une évolution importante dans l'argumentaire du juge est la référence directe à la CDE afin de fonder la décision. En effet, le juge soutient : « *Selon son article 32, les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à son développement physique, mental, spirituel,*

²⁰⁸⁸ CourEDH, *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005. Même si dans cette affaire la CourEDH constate la violation de l'article 4 au titre de la servitude de l'enfant, elle estime au § 120 que « *la requérante a, au minimum, été soumise à un travail forcé au sens de l'article 4 de la Convention alors qu'elle était mineure.* »

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, § 112.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, § 51.

²⁰⁹¹ CAVALLO M., « Formes contemporaines d'esclavage, servitude et travail forcé : le TPIY et la CEDH entre passé et avenir », *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier-décembre 2006.

²⁰⁹² Voir par exemple l'arrêt n°559 du 3 avril 2019 (16-20.490) – Cour de cassation – Chambre sociale. En l'espèce, une fille marocaine de 12 ans a été adoptée (kafala) par un couple de français et a vécu chez eux, sans avoir accès à l'éducation et étant obligée d'accomplir toutes les tâches ménagères durant trois ans. Les époux ont été définitivement condamnés pénalement par la cour d'appel de Versailles.

²⁰⁹³ *Ibid.*, § 10 : « *Il résulte de ces textes que la victime d'une situation de travail forcé ou d'un état de servitude a droit à la réparation intégrale du préjudice tant moral qu'économique qui en découle, en application de l'article 1382 devenu 1240 du code civil, et que ce préjudice est aggravé lorsque la victime est mineure, celle-ci devant être protégée contre toute exploitation économique et le travail auquel elle est astreinte ne devant pas être susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social.* » L'esclavage de l'enfant est sanctionné pénalement par les articles 225-13 et 225-19 du code pénal, ainsi que par l'article 1240 du code civil.

moral ou social. »²⁰⁹⁴ On entrevoit ainsi les prémisses d'une orientation plutôt autonomiste justifiée qui vise à améliorer les conditions de travail des enfants et à les soutenir dans la logique de leurs dynamiques propres.

2. L'autonomie participative, le fondement juridique de la définition des « droits dans le travail »

La reconsidération des droits de l'enfant travailleur suppose l'acceptation d'une approche alternative qui pourrait permettre à l'enfant de prendre des décisions d'emploi bien informées, plutôt que de les considérer comme des victimes passives. Cette approche est instrumentalisée favorablement à l'enfant travailleur par les droits participatifs de l'enfant reconnus dans la CDE. Un acteur ou « sujet social », selon Manfred Liebel, aurait le sens que les enfants « possèdent *la même capacité d'agir en tant qu'adultes* »²⁰⁹⁵. Selon cette approche, le travail et l'éducation ne sont pas nécessairement mutuellement exclusifs et tous les travaux ne sont pas intrinsèquement nocifs pour le développement de l'enfant. Le problème n'est donc pas que les enfants travaillent, mais les conditions dans lesquelles s'exerce ce travail, le degré de son exploitation²⁰⁹⁶. Ainsi, dans leurs déclarations et revendications, les associations d'enfants travailleurs émettent deux revendications distinctes. Elles souhaitent participer aux discussions sur le travail des enfants (a) et elles veulent que leur droit au travail, dans la dignité, soit reconnu (b).

a) La participation extérieure renforcée

La mise en œuvre du droit à l'association de l'enfant constitue un des instruments de base pour la concrétisation de l'approche autonomiste concernant l'accès au travail des mineurs²⁰⁹⁷. Il a été, en effet, très tôt mis en œuvre *via* les mouvements et les organisations d'enfants travailleurs qui ont vu le jour à la fin des années 1970 en Amérique Latine et plus tard au début des années 1990 en Afrique et en Asie. Le mouvement péruvien des enfants MANTHOC²⁰⁹⁸ a été le premier à militer pour une meilleure acceptation et appréciation du travail des enfants et pour l'amélioration de leurs conditions de travail. Une pléthore des autres organisations ayant le

²⁰⁹⁴ *Ibid.*, § 9.

²⁰⁹⁵ LIEBEL M., *A Will of Their Own: Cross-Cultural Perspectives on Working Children*, Zed Books, 2004, p. 274.

²⁰⁹⁶ SCHLEMMER B., *préc.*, p. 24.

²⁰⁹⁷ BOL J., « Using international law to fight child labor: a case study of Guatemala and the inter-american system », 13 *American University International Law Review*, p. 1155.

²⁰⁹⁸ Movimiento de Adolescentes y Niños Trabajadores Hijos de Obreros Cristianos <http://www.manthoc.org.pe/>

même discours ont été créées dans les pays où le débat sur le sujet du travail de l'enfant était le plus aigu. Depuis le milieu des années 1990, les différents mouvements d'enfants de tous les continents travaillent à l'établissement d'un réseau international. Les activistes de ces organisations d'enfants ont généralement entre 12 et 18 ans. Leur but est de former un « mouvement mondial » d'enfants travailleurs. Une première manifestation de réseautage international a été une réunion tenue dans la ville de Kundapur, en Inde du Sud, en 1996. Actuellement, l'échelle de la participation de ces organisations devient d'importance internationale. En effet, il est devenu clair que la participation des enfants travailleurs aux débats sur le travail des enfants peut ouvrir de nouvelles perspectives à la discussion sur la place des enfants dans la législation internationale du travail²⁰⁹⁹.

La revendication de la reconnaissance du droit de l'enfant au travail²¹⁰⁰ ou d'un « *fondement juridique aux activités des enfants qui sont maintenant réalisées dans un vide juridique* »²¹⁰¹, est commune à la plupart d'organisations d'enfants. Ils considèrent travailler dans la dignité comme un droit humain fondamental²¹⁰². Pour soutenir ces grèves, les organisations se réfèrent à la législation internationale en matière de droits de l'Homme, comme la Déclaration universelle des droits de l'Homme et la CDE. La Déclaration de Huampani, adoptée lors du rassemblement des NAT²¹⁰³ du 6 au 15 août 1997 à Lima, au Pérou, soutient ce point de vue en exigeant la reconnaissance du « *droit au travail en tant que droit de l'Homme pour toutes les personnes sans distinction d'âge; ce qui relève de la Déclaration sur les droits de l'homme, avec la spécificité des enfants et des adolescents qui travaillent, assurant un véritable respect pour les droits des travailleurs, individuellement et collectivement dans toutes les activités de travail* ».

Une perspective d'autonomisation implique la reconnaissance non seulement du droit au travail, mais aussi des droits connexes qui rendent en réalité le travail de l'enfant digne, donc conforme à son intérêt supérieur.

²⁰⁹⁹ HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 86.

²¹⁰⁰ Selon Hanson, le droit au travail, *suis generis*, est assez large. Par conséquent, le droit au travail sera considéré comme « *l'ensemble des droits et libertés liés au travail* », terme englobant les sous-catégories suivantes : le droit à l'emploi, le droit à la liberté de travailler, les droits au travail, les droits instrumentaux liés au travail, la non-discrimination et l'égalité de traitement. V. HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 90.

²¹⁰¹ HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 129.

²¹⁰² *Ibid.*, p. 129. Selon Hanson, la dignité dans le travail signifierait pour l'enfant quand « *les activités ne sont plus clandestines, hors la loi et hors de tout réseau de protection* ».

²¹⁰³ NAT - mouvement national des enfants et adolescents travailleurs.

b) La participation intérieure émergente

Hormis la revendication du droit au travail, les enfants prônent des droits dans le travail. Il s'agit en vérité d'une pure mise en œuvre de l'autonomie participative de l'enfant dans sa relation avec l'employeur, à savoir le droit à la négociation, la liberté syndicale ou bien le droit à la protection sociale. L'ambition des enfants manifestant pour de tels droits, c'est de transformer la vision « paternaliste »²¹⁰⁴ ou la « domestication du rapport hétéronome du travail »²¹⁰⁵ pour des conditions classiques de mise en œuvre d'un tel droit. Selon Hanson, « *uniquement en accordant aux enfants tous ses droits liés au travail, ils sont reconnus comme sujets légaux et comme personnes réelles* »²¹⁰⁶.

Tous ses droits se bornent, cependant, à deux limites que les adultes ne rencontrent pas normalement dans leurs relations avec le travail. Il s'agit, en premier, de l'obligation de poursuivre l'éducation scolaire et, encore plus, qu'elle soit prioritaire. Et deuxièmement, que le travail permette à l'enfant un développement futur harmonieux en tant qu'être autonome. Cette différence d'approche entre les travailleurs mineurs et ceux adultes a été dénommée dans la doctrine – « dilemme de la différence »²¹⁰⁷²¹⁰⁸. Elle détermine, de surcroît, la définition du « travail décent » de l'enfant dont le critère primordial représente l'accès à l'instruction. Selon l'OIT, « le *travail décent* a des significations différentes pour diverses catégories de la population. Pour les enfants, le travail décent signifie *ne pas travailler du tout*, ou du moins ne pas effectuer de travaux qui empêchent une scolarisation normale. Pour les adultes qui travaillent, le travail décent signifie principalement avoir *une rémunération suffisante* et *ne pas effectuer des horaires excessifs* »²¹⁰⁹. En effet, le droit à l'éducation est inséparable de la problématique du travail de l'enfant. Les textes conventionnels en sont très fidèles. Toutefois, il nous semble que le message catégorique de ces conventions en faveur de l'élimination du

²¹⁰⁴ SCHLEMMER B., *op. cit.*, p. 13.

²¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 15.

²¹⁰⁶ HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 131.

²¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 116.

²¹⁰⁸ Le fait de choisir par certaines organisations une journée du travail de l'enfant autre que celui existant auparavant pour l'adulte est un signe de la volonté de garder une certaine spécificité du statut du travailleur enfant, alors que les autres, au contraire, tout en souhaitant enlever la différence d'approche entre travailleurs enfants et adultes célèbrent la cette journée habituellement le 1er mai. Par exemple, Bhima Sangha, l'Union indienne des enfants travailleurs, a choisi de célébrer cette journée le 30 avril, avant la Journée internationale du Travail. V. HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 73.

²¹⁰⁹ BESCOND D., CHÂTAIGNIER A., MEHRAN F., « Sept indicateurs pour mesurer le travail décent : une comparaison internationale », *Revue internationale du Travail*, vol. 142, n. 2, 2003, p. 223 : « Pour les chômeurs, le travail décent signifie trouver un travail (rapidement). Pour les personnes les plus âgées, désormais inactives, le travail décent signifie percevoir une pension suffisante associée à l'activité antérieure. Pour les jeunes chômeurs et pour les femmes économiquement actives, il faut en outre considérer leurs situations relatives par rapport à leurs homologues adultes et masculins. »

travail de l'enfant *via* l'éducation, ne répond pas toujours à l'intérêt supérieur de l'enfant. Alors que cet intérêt ne peut pas être respecté qu'en donnant la possibilité à l'enfant de s'exprimer sur la manière dont les droits liés au travail doivent être interprétés et appliqués²¹¹⁰. Il n'y a pourtant aucune révision des conventions OIT au profit de l'article 12 de la CDE.

Ainsi, il apparaît que l'approche de la politique internationale classique sur l'enfant et le travail devient obsolète. Sous le prisme du principe d'autonomie de l'enfant, cette relation obtient un caractère participatif²¹¹¹. Ce constat est beaucoup plus difficilement applicable par rapport à certaines catégories de « travail », en l'occurrence l'activité des enfants en tant que soldats.

§2. Une autonomie contestée – le cas des enfants soldats

Les conflits armés créent une atmosphère qui rend la population civile, tant les enfants que les adultes, naturellement vulnérables. Généralement, on parle des enfants « exploités comme soldats »²¹¹² et rarement on regarde l'enfant en tant que décideur dans l'initiative de combattre. Bien que le mot participation dans ce contexte soit très souvent utilisé, le droit des enfants à la participation reste un sujet juridique complexe, notamment en ce qui concerne les pratiques controversées telles que l'implication des mineurs dans les conflits armés²¹¹³. Néanmoins, ce sont des réalités socio-économiques répandues, persistantes et évolutives²¹¹⁴ pour de nombreux enfants dans le monde entier, d'où l'intérêt de revenir à ce sujet sous l'angle de l'autonomie de l'enfant.

Bien que la participation des enfants aux conflits armés ait été courante tout au long de l'histoire, c'est uniquement récemment que le recrutement et l'utilisation des enfants soldats ont suscité l'attention de la communauté internationale. Il paraît qu'un tel renforcement d'intérêt est déterminé par des vues changées sur l'enfance et la guerre, qui ont conduit à une compréhension commune de l'enfant et du soldat comme des concepts diamétralement opposés. Effectivement, dans l'ensemble, le cadre législatif international régissant l'action en faveur des enfants dans des contextes de conflits armés a été largement influencé par une approche protectionniste/paternaliste des « enfants soldats ». C'est-à-dire, nous avons la tendance de

²¹¹⁰ HANSON K., VANDAELE A., *préc.*, p. 86.

²¹¹¹ LIEBEL M., *A Will of Their Own: Cross-Cultural Perspectives on Working Children, Thoughts on a subject-oriented theory of working children*, Zed Books, 2004, p. 269.

²¹¹² MACHEL G., « Impact des conflits armés sur les enfants », A/51/306 du 26 août 1996, § 1 et 3.

²¹¹³ LAVALLÉE C., *La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2015, p. 300.

²¹¹⁴ La généralisation des attaques terroristes et l'utilisation des « enfants kamikazes ».

croire que le droit international conventionnel en vigueur soutient l'autonomie participative et décisionnelle de l'enfant selon le critère objectif de l'âge, au détriment de l'autonomie potentielle. Donc, l'autonomie développementale de l'enfant se retrouve complètement compromise. Si une telle position aurait pu être assimilée au statut de l'enfant travailleur, pourtant la Convention de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants interdit le recrutement forcé ou obligatoire de mineurs de moins de 18 ans. Mieux encore, l'auteur du premier rapport sur les enfants soldats, Graça Machel, n'hésite pas à relever l'importance de l'interdiction du recrutement de personnes de moins de 18 ans²¹¹⁵. Cet avis est déterminé, avant tout, par les effets psychologiques et physiques terribles que les conflits armés ont sur les enfants. C'est pourquoi les arguments juridiques en faveur d'une décision autonome de travailler de l'enfant ne peuvent pas être valides pour le cas d'un enfant soldat.

Effectivement, s'il existe actuellement une orientation juridique qui vise à mettre en cause les dispositions des textes internationaux en vigueur sous l'emprise de l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est notamment celle de protéger leur autonomie développementale. Cette vision plus récente exige qu'on regarde les enfants non seulement en tant que bénéficiaires les plus vulnérables, mais aussi en tant qu'agent possédant des droits. L'autonomie de l'enfant devrait ainsi s'exprimer non pas dans le sens de l'autodétermination au moment du recrutement dans les forces armées, mais en tant que droits à l'éducation, à la santé, à l'alimentation et à tous les autres aspects qui constituent le fondement d'une norme digne et adéquate de vie, aussi bien que des éléments d'une existence autonome. Effectivement, l'action d'un mineur de participer dans un conflit armé suppose la reconnaissance des deux facettes de la médaille : autant la vulnérabilité de l'enfant, aussi bien que sa qualité d'agent autonome. Le fait de ne pas reconnaître la capacité d'action simultanée et la vulnérabilité potentielle des enfants est particulièrement problématique. D'autant plus, que cette possibilité lui est reconnue par la loi. Donc, l'étude de l'autonomie des enfants soldats englobe à la fois l'impératif de la prise en compte du besoin de protéger les adolescents contre un large éventail de menaces **(A)** et la nécessité de protéger les civils contre les enfants violents et militarisés **(B)**.

²¹¹⁵ GRAÇA M., *Promotion and Protection of the Rights of Children, Impact of armed conflict on children*, A/51/306, 26 August 1996, § 62 d) : « (d) States should ensure the early and successful conclusion of the drafting of the optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on involvement of children in armed conflicts, raising the age of recruitment and participation in the armed forces to 18 years. »

A. L'interdiction non convaincante des enfants soldats par les textes internationaux

Le discours international actuel est orienté dans le sens de la disparition complète du phénomène « enfant soldat »²¹¹⁶. Les textes du droit international humanitaires, pourtant, sont loin de la perfection dans l'ambition de prohiber le recrutement des enfants dans les forces armées **(1)**. Les instruments du droit international des droits de l'Homme qui visent à combler cette lacune²¹¹⁷ soulèvent aussi beaucoup de questions. **(2)** Car, il n'y a aucune règle dans les Conventions de Genève ou le Protocole additionnel I qui disposerait qu'un enfant ne peut jamais devenir un combattant.

1. Une protection restreinte des enfants soldats par le droit international humanitaire

Le niveau de protection le plus élevé pour les enfants est l'interprétation selon laquelle les enfants de moins de 15 ans ne peuvent consentir légalement à se joindre à un groupe armé. D'origine coutumière²¹¹⁸, les règles concernant le recrutement des enfants de moins de 15 ans dans les forces armées et leur participation directe aux hostilités ont pourtant été reprises par le droit international conventionnel. Ces règles sont problématiques tout d'abord parce qu'elles permettent la conceptualisation du statut d'« enfant soldat » et deuxièmement, même si elles s'efforcent d'établir un régime protecteur pour ces enfants, ne donnent pas de définition claire des enfants soldats **(a)**. Des définitions non officielles ont été élaborées afin de combler cette lacune, voire même afin de remplacer l'expression « enfant soldat » avec une autre plus adaptée **(b)**.

a) Une définition officielle étroite des enfants soldats

L'interdiction d'utiliser les enfants dans des hostilités a d'abord été codifiée dans les Protocoles additionnels de 1977 et a été formulée différemment selon que le conflit armé était international ou non international²¹¹⁹. L'article 77.2 du Protocole additionnel I admet en principe le recrutement des enfants soldats entre 15 et 18 ans en disposant ainsi « *Les Parties au conflit prendront toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées. Lorsqu'elles incorporent des personnes de plus de quinze ans, mais*

²¹¹⁶ V. *Enfants-soldats : la loi dit non !*, sur <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/film/f00790-a.htm>

²¹¹⁷ *Ibid.*, p. 51

²¹¹⁸ Règles 136 et 137 CICR.

²¹¹⁹ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977.

de moins de dix-huit ans, les Parties au conflit s'efforceront de donner la priorité aux plus âgées ». Le caractère non catégorique de cette disposition est confirmé par le paragraphe suivant qui régleme l'hypothèse d'un recrutement des enfants de moins de quinze ans²¹²⁰. L'imperfection de cette loi ne s'arrête pas ici. L'article susmentionné se limite à interdire que le recrutement des enfants combattants, tel que défini par le droit international humanitaire, et laisse ainsi les enfants impliqués dans d'autres activités indirectes non protégées. Ce concept étroit a été également employé par la Chambre de première instance du Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) dans l'arrêt *Le procureur c/Akayesu*²¹²¹, qui a qualifié de synonyme l'expression « participation active aux hostilités » employée dans l'article commun 3.1 aux Conventions de Genève et l'expression « participation directe aux hostilités », telle qu'utilisée dans le Protocole additionnel I²¹²². Le Comité préparatoire pour la création d'une Cour Pénale Internationale, en revanche, distingue ces deux expressions et les interprète au sens large. Selon le Comité, « les termes 'using' et 'participate' ont été adoptés pour couvrir tant la participation directe aux combats que la participation active aux activités militaires liées aux combats »²¹²³. Même si la lettre du Protocole additionnel II se présente plus catégorique en disposant que « les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités »²¹²⁴, elle se limite traditionnellement qu'à la « participation directe ». C'est notamment l'étendue de la participation des enfants durant les conflits armés, plus que la controverse de l'âge du recrutement, qu'ont incité différentes organisations à élaborer des définitions de clarification.

²¹²⁰ Art. 77.3 : « Si, dans des cas exceptionnels et malgré les dispositions du paragraphe 2, des enfants qui n'ont pas quinze ans révolus participent directement aux hostilités et tombent au pouvoir d'une Partie adverse, ils continueront à bénéficier de la protection spéciale accordée par le présent article, qu'ils soient ou non prisonniers de guerre. »

²¹²¹ TPIR, *Le procureur c/Akayesu*, Jugement, aff. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998.

²¹²² *Ibid.*, § 629 : « Le paragraphe 10 de l'Acte d'accusation est libellé comme suit : « A toutes les époques visées par le présent Acte d'accusation, les victimes auxquelles se réfère le présent acte d'accusation étaient des personnes qui ne participaient pas activement aux hostilités ». Il s'agit là d'une affirmation de fond pour les chefs fondés sur l'article 4, dans la mesure où les prohibitions édictées par l'article 3 commun visent à assurer la protection « des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités » (article 3 commun, paragraphe 1), les interdictions énoncées par l'article 4 du Protocole additionnel II étant destinées à assurer celle de « toutes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités ». Ces formules sont tellement identiques que la Chambre les considérera comme synonymes. La question de savoir si les victimes visées dans l'Acte d'accusation étaient bel et bien des personnes qui ne participaient pas directement aux hostilités est une question de fait à laquelle il a été répondu par l'affirmative dans les conclusions factuelles relatives aux paragraphes 5 à 11 de l'Acte d'Accusation. »

²¹²³ CICR, *La participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, 2003, p. 3.

²¹²⁴ Protocole II, art. 4.3.c

b) Une définition informelle des enfants soldats plus conforme

La première définition universelle du terme enfant soldat a été adoptée lors du « Symposium sur la prévention du recrutement des enfants dans les forces armées et sur la démobilisation et la réintégration sociale des enfants soldats en Afrique », organisé par le groupe de travail des ONG sur les Droits de l'enfant et de l'UNICEF au Cape Town en 1997. Les Principes de Cape Town définissent un enfant soldat comme : « (...) *toute personne âgée de moins de 18 ans qui fait partie d'une force ou d'un groupe armé régulier ou irrégulier de quelque nature que ce soit à quelque titre que ce soit, y compris, cette liste n'étant pas exhaustive, les cuisiniers, les porteurs, les plantons et ceux qui accompagnent ces groupes, autres que les membres de la famille proprement dits. Cette définition comprend également les filles qui sont enrôlées à des fins sexuelles et pour être mariées de force. Par conséquent, elle ne concerne pas uniquement un enfant qui porte ou qui a porté les armes.* »²¹²⁵

L'UNICEF a entamé une révision des Principes du Cap qui ont conduit à l'adoption de deux nouveaux documents en 2007 : « Les engagements de Paris pour protéger les enfants illégalement recrutés ou utilisés par les forces armées ou groupes armés » et « Les principes et directives sur les enfants associés aux groupes armés ». Les principes de Paris utilisent le terme « enfant associé à une force armée ou un groupe armé » au lieu d'enfant soldat et définit cela comme : « *un enfant associé à une force armée ou à un groupe armé est toute personne âgée de moins de 18 ans qui est ou a été recrutée ou employée par une force ou un groupe armé, quelle que soit la fonction qu'elle y exerce. Il peut s'agir, notamment, mais pas exclusivement, d'enfants, filles ou garçons, utilisés comme combattants, cuisiniers, porteurs, messagers, espions ou à des fins sexuelles. Le terme ne désigne pas seulement un enfant qui participe ou a participé directement à des hostilités.* »²¹²⁶ » Donc, l'usage de l'expression générale d'enfant associé ou bien impliqué dans les conflits armés, telle qu'utilisée par la CDE et son Protocole facultatif, semble plus approprié.

²¹²⁵ UNICEF, *Cap Town Principles and Best practices*, 27-30 avril 1997, Adopted at the symposium on the prevention of recruitment of children into the armed forces and on demobilization and social reintegration of child soldiers in Africa: « *Child soldier in this document is any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messengers and anyone accompanying such groups, other than family members. The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms.* »

²¹²⁶ UNICEF, *Les principes de Paris, principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés*, février 2007 § 2.1.

2. Une avancée limitée de la protection des enfants dans les instruments des droits de l'Homme

Malgré l'approche *child-centred* de la CDE, le législateur international n'a pas réussi à bien distinguer la position de l'enfant dans le cadre d'un conflit armé (a). Son Protocole additionnel qui était censé nuancer cet aspect ne fait qu'inciter les débats sur l'autonomie de l'enfant de prendre part aux hostilités (b).

a) Une vision traditionnelle de la CDE

La CDE ne constitue pas une véritable avancée en termes de protection effective des enfants face au phénomène « enfant soldat ». D'abord, vu l'article 38.1 de la CDE, le législateur international n'a pas été interpellé par les dispositions concernant les enfants soldats prévues dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels et oblige ainsi les États parties « 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 ». Deuxièmement, la Convention n'augmente pas l'âge limite de l'enrôlement dans l'armée²¹²⁷ ni celui de participation directe dans les hostilités²¹²⁸, bien que l'âge minimum de 15 ans ait été largement contesté lors des négociations de la convention et que plusieurs délégations voulaient l'élever à 18 ans²¹²⁹. La réserve formulée par l'Allemagne lors de la signature de la Convention est très éloquent : « *Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne regrette que le paragraphe 2 de l'article 38 de la Convention permette que des enfants de 15 ans prennent part aux hostilités en qualité de soldat, car cette limite d'âge est incompatible avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention). Elle déclare qu'elle n'utilisera pas de la possibilité que lui offre la Convention de fixer cette limite d'âge à 15 ans* ». De surcroît, la Convention fait usage des expressions qui relativisent l'interdiction du recrutement des enfants dans les forces armées, à savoir « *les États parties prennent toutes les mesures possibles* »²¹³⁰, « *les États parties s'abstiennent* »²¹³¹ ou bien « *les États parties s'efforcent* »²¹³².

²¹²⁷ Art. 38.3 CDE.

²¹²⁸ Art. 38.2 CDE.

²¹²⁹ BRETT R., « Child soldiers: law, politics and practice », in *The international Journal of children's rights*, 1996, vol. 4, p. 116.

²¹³⁰ Art. 38.2 CDE.

²¹³¹ Art. 38.3 CDE.

²¹³² *Ibid.*

L'article 38 de la CDE, qui fait référence aux enfants combattants, applique également le critère de la « partie directe dans les hostilités » et offre donc paradoxalement le niveau de protection le plus bas pour les enfants impliqués dans un conflit armé. En fait, compte tenu de la quasi-universalité de la CDE, on pourrait prétendre qu'il s'agit d'une norme (basse) internationalement reconnue qui est reprise dans le Protocole facultatif au CDE, dans lequel, bien que la norme soit portée à l'âge de 18 ans, se réfère toujours à des enfants qui « participent directement aux hostilités ». Cependant, ce faible niveau de CDE peut être surmonté en utilisant l'article 41 de la même convention, qui stipule que rien (et ses protocoles) n'affectera les dispositions qui sont plus propices à la réalisation des droits de l'enfant. En un sens, l'article 41 du Comité des droits de l'enfant reconnaît que des normes plus élevées de protection des enfants peuvent exister au niveau national ou international, ce qui devrait prévaloir sur la CDE. Par conséquent, des niveaux plus élevés de protection figurant dans d'autres dispositions légales dans les sous-sections b) et c) suivantes devraient être appliqués, car ils offrent une plus grande protection aux enfants dans les conflits armés.

b) Une approche contestable du Protocole facultatif à la CDE

Le Protocole facultatif à la CDE, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés²¹³³ est le premier traité à se concentrer uniquement sur le problème des enfants impliqués dans les conflits armés. Il a été développé dans l'optique de remédier aux limites de la CDE et a permis d'élever à 18 ans l'âge minimum de recrutement et de la participation des enfants aux hostilités²¹³⁴. Outre un caractère « de moyen » de cette obligation internationale²¹³⁵, l'article 1 soulève une autre critique. L'obligation reposant sur les États leur impose seulement de veiller à ce que les enfants soldats de moins de 18 ans ne participent pas « directement » aux hostilités. À l'instar du Protocole additionnel I de 1977, l'interdiction ne prohibe pas tous les types de participation. Cela n'est pas satisfaisant, car la participation « indirecte » est tout aussi dangereuse que la participation directe. Avec ceci, pourtant, le Comité des droits de l'enfant, lors de l'examen des rapports des États parties à la CDE, insiste sur la nécessité d'élever à 18

²¹³³ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 25 mai 2000.

²¹³⁴ MAYSTRE M., « Les Enfants Soldats en Droit International : Problématiques Contemporaines au Regard du Droit International Humanitaire et du Droit International Pénal », *Perspectives Internationales*, N° 30, 2010, p. 56.

²¹³⁵ Art. 1 Protocole facultatif CDE : « *Les États Parties prennent toutes les mesures possibles pour veiller à ce que les membres de leurs forces armées qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans ne participent pas directement aux hostilités.* »

ans uniquement l'âge de l'enrôlement volontaire²¹³⁶. En effet, la persistance, dès la genèse du droit international conventionnel, de la dichotomie recrutement « forcé-volontaire »²¹³⁷ suscite beaucoup de questions.

Le cadre juridique de la Cour Pénale Internationale, dans ce sens, interdit sans exception le recrutement d'enfants, volontairement ou obligatoirement dans des groupes armés ou dans les conflits armés internationaux et non internationaux. Pourtant, et on le verra par la suite, cette interprétation semble aller au-delà du niveau de protection prévu à l'article 8 du Statut de Rome, qui prévoit le crime d'enrôlement et donc le recrutement volontaire d'enfants impliquant un certain degré de consentement.

Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, stipule clairement que les enfants de moins de 18 ans ne devraient jamais être recrutés de force dans les forces armées ni ne devraient avoir la possibilité de participer directement aux hostilités. Toutefois, il admet un engagement volontaire dès 16 ans de l'enfant. Il est étonnant de constater que l'intérêt supérieur de l'enfant est interprété différemment selon la volonté de l'enfant, en sachant que des recherches ont montré que le fait de rejoindre les forces armées avant l'âge de 18 ans peut avoir des effets importants sur la santé, les résultats socio-économiques et les droits des jeunes, même avant qu'ils ne soient envoyés à la guerre. Finalement, le qualificatif de « volontaire », comme on vient de le voir, peut être mis en cause vu le caractère de l'enrôlement qui se fonde souvent sur des contraintes familiales et socio-économiques. Le Comité des droits de l'enfant confirme cette crainte, en observant par rapport à la Grande-Bretagne que « *les garanties applicables à l'engagement volontaire sont insuffisantes, en particulier compte tenu du très faible niveau d'instruction de la majorité des recrues de moins de 18 ans et du fait que les documents d'information fournis aux enfants candidats et à leurs parents ou tuteurs ne les informent pas clairement des risques et des*

²¹³⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques du Luxembourg, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante-quatrième session (16 septembre-4 octobre 2013), 29 octobre 2013, CRC/C/LUX/CO/3-4, § 6 : « *Le Comité prend note avec satisfaction des réformes engagées pour relever l'âge minimum d'enrôlement dans les forces armées de l'État partie* ».

²¹³⁷ Le Statut de Rome de la CPI distingue clairement trois conduites : a) l'enrôlement - y compris le recrutement volontaire, b) la conscription - qui comprend le recrutement par la force, et c) l'utilisation des enfants pour participer (soit par la force, soit volontairement). Art. 8bxxvi) : « *Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités* ».

obligations découlant de l'enrôlement »²¹³⁸. Découlant de cette conclusion, le Comité réitère²¹³⁹ sa recommandation à la Grande-Bretagne « *d'envisager de revoir sa position et de porter l'âge minimum de l'engagement dans les forces armées à 18 ans afin de promouvoir la protection des enfants au moyen d'une norme juridique globalement plus exigeante* »²¹⁴⁰.

En effet, la convention confère aux enfants une autonomie décisionnelle relative au service militaire qui n'est pas, à notre avis, nécessaire, voire dangereuse, selon les principes du concept d'autonomie qu'on essaie de construire. En réalité, le recrutement d'enfants pour le service militaire, qu'il soit volontaire ou obligatoire, constitue une violation de leurs droits fondamentaux, notamment le droit à l'intérêt supérieur (art. 3), le droit au développement maximal (art. 6), le niveau de santé le plus élevé possible (art. 24), protection contre la violence (art. 19) et protection dans les conflits armés (art. 38). C'est peut-être un des rares cas où la limitation d'âge pour les actions des enfants trouve tout son sens. À ce titre, le droit international devrait revoir son dispositif afin d'augmenter l'âge d'enrôlement, d'une façon générale et impérative, au moins à 18 ans²¹⁴¹.

²¹³⁸ Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/GBR/CO/5, 12 juillet 2016, point 84d).

²¹³⁹ Avant, le Comité des droits de l'enfant s'est exprimé ainsi : « *Le Comité encourage l'État partie à envisager de revoir sa position et de porter l'âge minimum de l'enrôlement dans ses forces armées à 18 ans afin de promouvoir la protection des enfants au moyen d'une norme juridique globalement plus exigeante. Dans l'intervalle, le Comité recommande que, lors du recrutement de personnes n'ayant pas encore atteint l'âge de 18 ans, la priorité soit accordée aux plus âgées d'entre elles* », voir Comité des droits de l'enfant, Quarante-neuvième session, Examen des rapports présentés par les états parties conformément à l'article 8 du protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, Observations finales : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/OPAC/GBR/CO/1, 17 octobre 2008, § 13. Le Comité a également exprimé sa préoccupation concernant le recrutement dans les forces armées des personnes de moins de 18 ans dans Comité des droits de l'enfant, Vingt troisième session, Examen des rapports présentés par les états parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/15/Add.188, 9 octobre 2002, § 53-54.

²¹⁴⁰ *Ibidem*, point 85a).

²¹⁴¹ L'existence d'un cadre légal international permettant le service militaire dès l'âge de 16 ans détermine la persistance des lois nationales qui acceptent l'enrôlement volontaire des adolescents de 16 ans dans l'armée. Il s'agit, par exemple, de la nr. Loi 1245 du 18.07.2002 de la République de Moldova sur la préparation des citoyens à la défense de la Patrie (Legea cu privire la pregătirea cetățenilor pentru apărarea Patriei) qui énonce à son article 3.2 que « *Les hommes sont inscrits dans les archives militaires à l'âge de 16 ans et exclus des archives militaires à l'âge de limitation dans la réserve ou dans les autres cas prévus par cette loi* ». (« *Bărbații sînt luați în evidența militară la atingerea vîrstei de 16 ani și excluși din evidența militară la atingerea vîrstei-limită de aflare în rezervă sau în alte cazuri prevăzute de prezenta lege* »). De même, la loi ukrainienne sur le devoir militaire et le service militaire (Закон Украины, от 25 марта 1992 года №2232-ХІІ О воинской обязанности и военной службе) établit l'âge minimal d'admission dans le service militaire à 17 ans (art. 10.2 : « 2. К обучению привлекаются призывники, достигшие 17-летнего возраста, годные по состоянию здоровья к военной службе и подлежат призыву на срочную военную службу после окончания учебы ; art. 14.3 : « 3. К призывным участкам ежегодно в январе - марте приписываются допризывники, которым в год приписки исполняется 17 лет. Приписка проводится районными (городскими) военными комиссариатами по месту жительства »). La Grande-Bretagne est l'unique pays de l'Europe occidentale à admettre le recrutement des soldats âgés de 16 ans dans ses forces armées. L'ONG Child Soldiers International, désormais fermée, a longtemps lutté pour la reconnaissance de la norme Straight-18, à savoir la reconnaissance des forces armées composées uniquement

B. Les enfants soldats, protagonistes des crimes internationaux graves²¹⁴²

Le discours international sur les enfants soldats tend à ignorer la dimension active de l'implication des enfants dans les conflits armés et se concentre exclusivement sur leur rôle en tant que victimes. Alors que les enfants utilisés comme soldats sont principalement perçus comme des victimes au regard du droit international, ils peuvent également changer de statut et se transformer en protagonistes des crimes de guerre (1). Pourtant, une telle situation survient uniquement et à cause d'une portée et d'une mise en œuvre lacunaire du droit international (2). En bref, les enfants auteurs des crimes internationaux existent parce que légalement il est encore possible de devenir enfant soldat. Ainsi, lorsqu'un enfant soldat commet un crime en vertu du droit international, cela constitue une violation particulièrement grave des droits de l'enfant.

1. Les enfants soldats en tant qu'auteurs des crimes de guerre

Les enfants peuvent être auteurs de tous types de crimes internationaux²¹⁴³, à savoir les crimes de génocide²¹⁴⁴, les crimes contre l'humanité²¹⁴⁵, les crimes d'agression²¹⁴⁶ ou bien les crimes

d'adultes dans tous les États, y compris le Royaume-Uni. Au fil des ans, la campagne du Royaume-Uni a donné lieu à des recherches approfondies sur les effets de l'enrôlement de mineurs dans des organisations militaires, à une couverture médiatique de premier plan et à une mobilisation des décideurs et des parlementaires pour renforcer le soutien à la réforme. Voir <https://www.child-soldiers.org/>

²¹⁴² Telles que désignaient par les conventions de Genève et le Protocole I. Ex. : Conv. I, art. 50 ; Conv. II, art. 51 ; Conv. III, art. 130 ; Conv. IV, art. 147 ; Protocole I, art. 11.4, 85.3, 85.4.

²¹⁴³ ARZOUManIAN N., PIZZUTELLI F., « Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique », *Revue Internationale de la Croix-Rouge* Décembre, vol. 85, No 852, 2003, p. 828.

²¹⁴⁴ Vu l'article 6 du Statut de Rome, « on entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : a) Meurtre de membres du groupe ; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. »

²¹⁴⁵ Vu l'article 7 du Statut de Rome, « on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : a) Meurtre ; b) Extermination ; c) Réduction en esclavage ; d) Déportation ou transfert forcé de population ; e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; f) Torture ; g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; i) Disparitions forcées de personnes ; j) Crime d'apartheid ; k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale. »

²¹⁴⁶ Vu l'article 8 bis (ajout conformément à la résolution RC/Res.6 du 11 juin 2010) du Statut de Rome, « on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies. 2. Aux fins du paragraphe 1, on entend par « acte d'agression » l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière

de guerre²¹⁴⁷. Nous allons étudier les visages de l'enfant dans le cadre de la dernière catégorie, afin de présenter la dichotomie victime (b) – infracteur (a) dans la notion d'enfant soldat.

a) Une potentielle condamnation des enfants soldats par le TSSL

Selon le principe *aut dedere aut judicare*, l'État se voit obliger, dans l'intérêt commun, soit d'extrader l'auteur présumé d'un crime de guerre se trouvant sur son territoire, soit de le juger²¹⁴⁸. Malgré un tel régime juridique, la pratique a connu une préférence pour la création des juridictions pénales internationales²¹⁴⁹ afin de réprimer ces crimes qui adoptent des approches non homogènes sur la responsabilité pénale des mineurs.

incompatible avec la Charte des Nations Unies. Qu'il y ait ou non déclaration de guerre, les actes suivants sont des actes d'agression au regard de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 14 décembre 1974 : a) L'invasion ou l'attaque par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État ou l'occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque, ou l'annexion par la force de la totalité ou d'une partie du territoire d'un autre État ; b) Le bombardement par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État, ou l'utilisation d'une arme quelconque par un État contre le territoire d'un autre État ; c) Le blocus des ports ou des côtes d'un État par les forces armées d'un autre État ; d) L'attaque par les forces armées d'un État des forces terrestres, maritimes ou aériennes, ou des flottes aériennes et maritimes d'un autre État ; e) L'emploi des forces armées d'un État qui se trouvent dans le territoire d'un autre État avec l'agrément de celui-ci en contravention avec les conditions fixées dans l'accord pertinent, ou la prolongation de la présence de ces forces sur ce territoire après l'échéance de l'accord pertinent ; f) Le fait pour un État de permettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre État, serve à la commission par cet autre État d'un acte d'agression contre un État tiers ; g) L'envoi par un État ou au nom d'un État de bandes, groupes, troupes irrégulières ou mercenaires armés qui exécutent contre un autre État des actes assimilables à ceux de forces armées d'une gravité égale à celle des actes énumérés ci-dessus, ou qui apportent un concours substantiel à de tels actes. »

²¹⁴⁷ Vu l'article 8 du Statut de Rome « on entend par « crimes de guerre » : a) Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève : i) L'homicide intentionnel ; ii) La torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques ; iii) Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ; iv) La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ; v) Le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance ennemie ; vi) Le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement ; vii) La déportation ou le transfert illégal ou la détention illégale ; viii) La prise d'otages ; b) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international (...) ; c) En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après commis à l'encontre de personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou par toute autre cause (...) ; e) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, dans le cadre établi du droit international (...) »

²¹⁴⁸ BEAUVALLET O. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger-Levrault, 2017, p. 289. Voir Conv. I, art. 49.2 ; Conv. II, art. 50.2 ; Conv. III, art. 129.2 ; Conv. IV, art. 146.2 ; Prot. I, art. 85.1.

²¹⁴⁹ Tribunal pénal pour l'ex- Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, la Cour pénale internationale, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ; *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Rés CS 827, Doc off CS NU, 48e année, 3217e séance, Doc NU S/RES/827 (1993) (ci-après le TPIY) ; *Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Rés CS NU 955, 49e année, 3453e séance, Doc NU S/RES/955 (1994) (ci-après le TPIR).

En l'occurrence, après avoir exclu la responsabilité pénale des enfants de moins de 15 ans au moment de la commission de l'infraction, le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Léone (TSSL) reconnaît une responsabilité pénale des adolescents entre 15 et 18, tout en s'appuyant sur l'approche *child-centred*. Selon l'article 7.1 du Statut : « (...) *Si le Tribunal est appelé à juger une personne âgée de 15 à 18 ans au moment où l'infraction alléguée a été commise, cette personne doit être traitée avec dignité et respect, en tenant compte de son jeune âge et de la nécessité de faciliter sa réinsertion et son reclassement pour lui permettre de jouer un rôle constructif dans la société, et conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, en particulier les droits de l'enfant* ». De surcroît, le Tribunal pourra infliger au mineur délinquant des peines et des mesures spéciales, à savoir : « (...) *placement, éducation surveillée, travail d'intérêt général, service de conseils, placement nourricier, programmes d'éducation pénitentiaire, d'enseignement et de formation professionnelle, établissements scolaires agréés et, le cas échéant, tout programme de désarmement, démobilisation et réinsertion, ou programme des organismes de protection des enfants* »²¹⁵⁰. Malgré ces mesures et la référence aux principes des droits de l'enfant, il est généralement reconnu qu'il ne devait pas y avoir une responsabilité pénale internationale pour les enfants de 15 ans et plus²¹⁵¹. Toutefois, la pratique n'a connu aucune condamnation des mineurs. Mieux encore, en vertu de l'article 4c) du Statut du TSSL, le Tribunal a condamné pour le recrutement des enfants soldats comme c'était le cas dans l'affaire *Armed Forces Revolutionary Council*²¹⁵², ce que signifie une appréhension de l'enfant plutôt comme victime et non comme bourreau. Pour finir cette argumentation, il faut souligner que la CPI, qui positionne l'enfant soldat exclusivement en tant que victime, s'est expressément inspirée de la jurisprudence du TSSL²¹⁵³.

b) L'exonération de la responsabilité pénale des enfants soldats par la CPI

Effectivement, la CPI ne poursuit pas les personnes qui étaient âgées de moins de 18 ans au moment où les crimes ont été commis²¹⁵⁴. C'est, d'une certaine manière, la matérialisation de

²¹⁵⁰ Art. 7.2 Statut du Tribunal de Sierra Leone, art. 7.2 Compétence pour juger les mineurs de 15 ans.

²¹⁵¹ BEAUVALLET O. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger-Levrault, 2017, p. 398.

²¹⁵² TSSL, *Le procureur c. Brima et autres*, 20 juin 2007, Judgment, aff. SCSL-04-16-T.

²¹⁵³ Affaire *Lubanga*, §603 : « 603. *La Chambre de première instance a tenu compte de la jurisprudence du TSSL. Même si les décisions d'autres cours et tribunaux internationaux ne font pas partie du droit directement applicable aux termes de l'article 21 du Statut, le libellé de la disposition du Statut du TSSL qui pénalise la conscription, l'enrôlement et l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans* 1768 est identique à celui de l'article 8-e-vii du Statut de Rome, et les deux dispositions poursuivent de toute évidence le même objectif. La jurisprudence du TSSL peut donc aider à l'interprétation des dispositions pertinentes du Statut de Rome. »

²¹⁵⁴ Art. 26 Statut de Rome.

la perception de l'enfant en général et de l'enfant soldat en particulier en tant que victime. Ce constat est conforté par la reconnaissance des enfants soldats en tant qu'objet de crimes dans la qualification des crimes de guerre. Ainsi, selon l'article 8.2.b.xxvi : « *Aux fins du Statut on entend par « crimes de guerre » le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités* ». Dans l'affaire *Lubanga*²¹⁵⁵, la Cour explicite que « *ces interdictions avaient pour objectif premier de protéger les enfants de moins de 15 ans contre les risques liés aux conflits armés et étaient avant tout destinées à assurer leur bien-être physique et psychologique. Cela comprend la protection non seulement contre la violence et les blessures, mortelles ou non, subies au combat, mais aussi contre les traumatismes potentiellement graves qui peuvent accompagner le recrutement (dont la séparation entre l'enfant et sa famille, l'interruption ou la perturbation de sa scolarité ou encore son exposition à une atmosphère de violence et de peur)* »²¹⁵⁶. À cette fin, la CPI met l'accent sur le besoin d'une justice réparatrice, à savoir une réhabilitation physique et psychologique des victimes, y compris des enfants soldats²¹⁵⁷.

L'exonération de la responsabilité pénale de l'enfant soldat pourrait s'expliquer dans beaucoup de cas par des causes objectives, en l'occurrence la défense de l'ordre reçu²¹⁵⁸. En effet, en droit

²¹⁵⁵ Thomas Lubanga Dyilo est un des fondateurs de l'Union des patriotes congolais (UPC), dont il a été Président, et des Forces patriotes pour la libération du Congo (FPLC), dont il a été commandant en chef. Le 14 mars 2012, la Chambre de première instance I de la Cour pénale internationale l'a déclaré coupable, en tant que coauteur, des crimes de guerre de conscription et d'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les FPLC et du fait de les avoir fait participer activement à des hostilités entre septembre 2002 et août 2003. Le 10 juillet 2012, il a été condamné à une peine totale de 14 ans d'emprisonnement. Le 1er décembre 2014, la Chambre d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité et la décision relative à la peine de 14 ans d'emprisonnement. Le 19 décembre 2015, Thomas Lubanga a été transféré à la prison de Makala en RDC pour y purger sa peine.

Le 18 juillet 2019, la Chambre d'appel a confirmé la décision rendue par la Chambre de première instance qui avait jugé que Thomas Lubanga était tenu à la somme de 10 000 000 dollars des États-Unis au titre des réparations dues à 425 victimes admises à bénéficier de réparations et « aux autres victimes qui pourraient être identifiées ». Voir <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=PR1473&ln=fr> Judgment on the appeals against Trial Chamber II's 'Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable',

No: ICC-01/04-01/06 A7 A8, ICC-01/04-01/06-3466-Red, 18 July 2019 | Chambre d'appel | Décision Affaire: Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo Situation: Situation en République démocratique du Congo

²¹⁵⁶ *Affaire Lubanga, préc.*, 2012, § 605.

²¹⁵⁷ Le Fonds au profit des victimes, institué en vertu de l'article 79 du Statut de la Cour Pénale Internationale, a notamment l'objectif d'apporter une assistance aux victimes et à leurs familles dans les pays où la CPI est saisie d'une situation, au moyen d'initiatives de réhabilitation physique et psychologique et d'un soutien matériel. Dans ce sens, voir par exemple son rapport annuel 2017, p. 7: « *In both the DRC and Uganda, the Trust Fund continued to provide psychological, physical and material assistance to victim survivors of sexual and gender-based violence (SGBV), child mothers, former child soldiers (male and female), returnee communities, disabled persons and amputees, disfigured and tortured persons, and other vulnerable children and young people, including orphans.* » sur www.trustfundforvictims.org

²¹⁵⁸ BEAUVALLET O. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger-Levrault, 2017, p. 450.

international pénal, la personne peut être exonérée de la responsabilité pénale pour un crime de guerre commis sous l'ordre de son supérieur²¹⁵⁹. Bien que cette doctrine puisse valablement s'appliquer pour exonérer un enfant soldat de sa responsabilité pénale, il apparaît néanmoins que la cause pour le déresponsabiliser est plutôt d'ordre subjectif. En effet, l'enfant se présente en tant que « *victime du droit international* ». C'est parce que le droit international permet le recrutement des enfants qu'ils deviennent par la suite des infracteurs.

2. La justification de l'exonération de la responsabilité pénale des enfants soldats

L'enfant-soldat n'est pas responsable juridiquement pour les crimes internationaux commis, car le caractère de son acte ne démontre pas la possession de l'autonomie au moment de son recrutement (a), même si dans la pratique elle continue d'être évaluée (b).

a) Le caractère « volontaire » du recrutement *ab initio* rejeté

Il faut reconnaître que le consentement au début du crime a un rôle crucial. En effet, lorsque l'enfant est enrôlé, il n'aura plus la possibilité d'arrêter le crime, c'est-à-dire quitter le groupe armé et poursuivre des études. Il nous semble, toutefois, que dans la mesure où plusieurs forces, y compris les pressions culturelles, sociales, économiques ou politiques, poussent les enfants à se lier volontairement, tout recrutement d'enfants devrait être considéré comme involontaire²¹⁶⁰. Ainsi, le recrutement d'enfants dans des groupes armés devrait être interdit, car sous le voile d'une pseudo-autonomie, on viole les droits des enfants à la santé physique et psychologique, à l'éducation et à la vie familiale²¹⁶¹, qui représentent les vraies conditions pour le développement effectif de l'autonomie de l'enfant. Selon les adeptes de cette théorie, il n'existe en aucun cas des circonstances qui valideraient le consentement d'un enfant d'être recruté dans une force armée. C'est la raison pour laquelle la distinction entre recrutement volontaire et involontaire est jugée inappropriée. La majorité des organismes appelés à intervenir sur la question rejettent l'idée selon laquelle le consentement d'une personne âgée de

²¹⁵⁹ Art. 33 Statut CPI : « 1. *Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que : a) Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ; b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal.* 2. *Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal.* »

²¹⁶⁰ AGNU, *Impact of Armed Conflict on Children: Note by the Secretary-General* (26 August 1996) A/51/306, § 38 « *In addition to being forcibly recruited, youth also present themselves for service. It is misleading, however, to consider this voluntary. While young people may appear to choose military service, the choice is not exercised freely. They may be driven by any of several forces, including cultural, social, economic or political pressures.* ».

²¹⁶¹ CHAMBERLAIN BOLAÑOS C., *op. cit.*, p. 29.

moins de 18 ans pour participer à un conflit armé puisse être considéré comme une forme quelconque de défense en cas de poursuite. Comme l'a noté le juge Odio Benito dans son opinion dissidente, peu importe la façon dont le crime de recrutement est engagé (par la force ou « volontairement »), les enfants souffrent indistinctement d'un préjudice en raison de leur implication dans le groupe ou la force armés. Le législateur européen confirme cette approche, en se référant à la protection des victimes de la traite humaine que nous puissions associer également aux enfants-soldats que « (...) la validité d'un consentement quel qu'il soit à fournir un tel travail ou service devrait faire l'objet d'une appréciation cas par cas. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un enfant, aucun consentement quel qu'il soit ne devrait être considéré comme valable »²¹⁶².

L'âge de l'enfant ne devrait pas non plus déterminer le niveau de sa protection. Si on fait une analogie avec le raisonnement du Comité des droits de l'enfant par rapport aux enfants migrants, les mêmes principes devraient s'appliquer aux enfants-soldats. Les Comités rappellent aux États que la définition de l'enfant en vertu de la Convention relative aux droits de l'enfant assure des droits et une protection jusqu'à l'âge de 18 ans. Les Comités craignent que des niveaux de protection beaucoup moins élevés soient accordés aux enfants de 16 à 18 ans, car ces derniers sont parfois considérés comme des adultes ou ont un statut migratoire ambigu jusqu'à l'âge de 18 ans. Il invite ainsi les États à veiller à l'égalité des niveaux de protection accordés à tous les enfants, y compris ceux qui ont plus de 16 ans, quel que soit leur statut migratoire. En outre, les États devraient prendre des mesures adéquates de suivi, de soutien et de transition en faveur des enfants âgés de 18 ans, en particulier ceux qui quittent un cadre de protection, notamment en leur assurant l'accès à un statut de migrant régulier de longue durée et en leur donnant des chances raisonnables d'achever leurs études et d'intégrer le marché du travail²¹⁶³.

Le rôle des victimes vulnérables de l'enfant dans le contexte des conflits armés est pourtant souvent mis en cause. Selon certains auteurs, au moins théoriquement, l'aspect du consentement comme une défense valide est encore digne d'évaluation compte tenu des dispositions de la CDE.

²¹⁶² Directive 2011/36/UE du Parlement Européen et du Conseil du 5 avril 2011 *concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes* et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, §11 Préambule.

²¹⁶³ Observation générale conjointe n° 3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 21 du Comité des droits de l'enfant sur les droits des enfants dans le cadre des migrations internationales 2ème Projet 7 juin 2017.

b) L'essai d'une défense d'une autonomie décisionnelle valable

Il est vrai que les enfants victimes et les témoins comparaisant devant les tribunaux internationaux devraient non seulement être considérés comme des personnes vulnérables qui ont besoin d'une protection, mais également des détenteurs d'une autonomie participative, substantielle et procédurale. Cette réalité complexe doit être prise en compte tout au long du processus judiciaire, qui ne devrait pas étiqueter les enfants uniquement en tant que personnes « vulnérables »²¹⁶⁴. Le droit international incite en effet l'exclusion de ce qualificatif concernant les enfants-soldats de plus de 15 ans qui sont recrutés volontairement par les forces armées et ne bénéficient pas des régimes juridiques protecteurs. La Chambre de première instance dans l'affaire Lubanga a conclu en effet que les crimes de conscription et d'enrôlement sont de nature continue et ne se terminent donc que lorsque l'enfant atteint l'âge de 15 ans ou quand il quitte le groupe ou la force armés. En dépit du fait que cette exclusion peut être considérée comme extrêmement problématique, la situation juridique actuelle a pour conséquence qu'il serait incorrect de classer automatiquement tous les enfants soldats en tant que victimes dans un ordre juridique en l'absence de violations non spécifiques.

Il est vrai que la ligne de délimitation entre le recrutement volontaire et le recrutement forcé est fluide et incertaine. Les attentes et les sentiments d'autonomisation et de compétence des enfants, avant et pendant la guerre, ont un impact sur leur décision de prendre les armes²¹⁶⁵. Le contexte confirme qu'une politique efficace contre le recrutement des jeunes devra tenir compte des perceptions et des valeurs des enfants²¹⁶⁶.

Aussi, certains doctrinaires sont d'avis que les enfants ne devraient pas être considérés comme des individus « incompetents » qui n'ont pas de volonté et que la participation des enfants aux conflits armés est une stratégie d'adaptation qui sert une fonction psychologique protectrice par rapport à une alternative de frustration, de pauvreté, de désespoir et d'expérience²¹⁶⁷. Cette position est renforcée par la théorie du Drumb²¹⁶⁸ qui invoque l'importance de l'article 5 de la CDE sur les capacités évolutives afin de justifier la validité du consentement de l'enfant qui souhaite être soldat. Il affirme que la plupart des enfants soldats ne sont ni enlevés ni recrutés

²¹⁶⁴ CHAMBERLAIN BOLAÑOS C., *op. cit.*, p. 29.

²¹⁶⁵ COHN I., GOODWIN-GILL G. S., *Child soldiers, The role of children in armed conflicts*, Clarendon Press, p. 30.

²¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 38.

²¹⁶⁷ VEALE A., « The Criminal Responsibility of Former Child Soldiers: Contributions from Psychology » in Arts K., Popovski V. (dir.), *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, The Hague Academic Coalition, 2006, p. 99. Voir aussi MAYSTRE M., *préc.*, pp. 27-28.

²¹⁶⁸ DRUMBL M. A., *Reimagining child soldiers in International Law and Policy*, Oxford University Press, 2012.

de force, et au moment où les enfants exercent une initiative considérable pour se joindre à un groupe armé. L'auteur affirme en fait que « l'imagination juridique internationale » a prédéterminé qu'aucun enfant n'ait la capacité de se porter volontaire pour consentir à servir dans un groupe armé. En fait, l'auteur souligne que, de même que l'article 5 de la CDE reconnaît les « capacités évolutives » des enfants, le terme « enfance » ne devrait pas couvrir tous les combattants mineurs et une appréciation plus raffinée des catégories de développement interstitiel renforcerait la dextérité du droit international en s'adressant aux jeunes adultes²¹⁶⁹. Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance confirme dans une certaine mesure cette position en concluant que « (...) les filles et les garçons de moins de 15 ans ne sont souvent pas à même de donner un consentement véritable et éclairé lorsqu'ils s'enrôlent dans une force ou un groupe armé. C'est dans ce contexte que la Chambre va déterminer si le consentement valide et éclairé d'un enfant de moins de 15 ans constitue pour l'accusé un moyen de défense en pareilles circonstances »²¹⁷⁰. Ainsi, la Chambre a accepté la possibilité que certains enfants de moins de 15 ans puissent donner leur consentement. Même si l'article 8 du Statut de Rome a été interprété en faveur de l'autonomie décisionnelle de l'enfant lors du recrutement, le consentement de l'enfant ne sert pas, en revanche, à justifier la conduite criminelle de l'auteur du recrutement, donc elle ne peut pas servir de défense valide. On peut donc conclure que, bien que le consentement d'un enfant ne soit pas une défense valable, le Statut de Rome semble accepter que les enfants puissent légalement « consentir » à rejoindre un groupe armé ou à participer activement aux hostilités. Ainsi, il devient clair que le droit international se concentre sur la restriction de la participation des enfants aux conflits armés. En conséquence, les enfants soldats ne peuvent être que des victimes du droit international. Ainsi, nous tenons à argumenter la non-acceptabilité morale et juridique du phénomène « enfants soldats » au regard des principes actuels du droit de l'enfant. Si autrefois l'autonomie décisionnelle de l'enfant soldat était envisageable, aujourd'hui elle ne l'est plus. D'autre part, de nouvelles expressions de l'autonomie de l'enfant se bâtissent, déterminées par le changement des mœurs dans la société.

²¹⁶⁹ *Ibid.*

²¹⁷⁰ *Lubanga case*, 'Judgment pursuant to Article 74 of the Statute' (14 March 2012) ICC-01/0401/06-2842, §§ 613-614.

Section II. Une acception contestable de l'autonomie de l'enfant dictée par une nouvelle moralité

Comme l'avait remarqué déjà Herbert Marcuse à la fin des années '60 : « *La société industrielle avancée opère avec un plus grand degré de liberté sexuelle – opère dans le sens où cette liberté devient une valeur marchande et un élément des mœurs sociales* ». En effet, on est en présence de la construction d'un modèle européen du sexe et de la sexualité²¹⁷¹ fondée sur le principe de la liberté individuelle. Cette tendance touche inévitablement les enfants aussi (§1). Bien que cette liberté soit susceptible de contrarier, elle s'avère être moins révolutionnaire que l'autonomie de l'enfant de choisir le moment de sa mort (§2).

§1. L'autonomie sexuelle de l'enfant en permanente évolution

L'autonomie sexuelle ou la liberté sexuelle²¹⁷² est entendue comme « *la faculté garantie par l'ordre juridique d'entretenir des relations intimes consenties* »²¹⁷³. La CDE ne reconnaît pas explicitement une telle autonomie à l'enfant. Mieux encore, son texte, complété du Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants est entré en vigueur le 18 janvier 2002, semble donner une connotation négative au rapprochement enfant-sexualité. Avec ceci, sous l'emprise des droits participatifs et surtout de son droit à la vie privée, l'enfant se voit reconnaître l'autonomie sexuelle (A) qui à force d'évoluer, arrive à perturber les dispositifs juridiques les réglementant (B).

A. La genèse de l'autonomie sexuelle de l'enfant

Selon Daniel Borrillo, « *la légitimité de l'activité sexuelle trouve son fondement dans la capacité de consentir, celle-ci devient désormais la clé du dispositif juridique* »²¹⁷⁴. Ainsi, l'évolution de la morale sociétale a conduit à la décriminalisation de certains comportements sexuels (1). Cette position a été par la suite reprise par la CourEDH (2).

²¹⁷¹ Concept entendu au « sens élargie », selon le modèle développé par Sigmund Freud, « à ne pas confondre avec le concept plus étroit de 'génitalité' ». Voir FREUD S., « Introduction à Sur la psychanalyse des névroses de guerre », 1919, OCF.P, XV, p. 220, cité dans FREUD S., *Sexualité*, PUF, 2018, préface.

²¹⁷² LOPEZ Y., De la inocencia del niño a la sexualidad infantil, *Affectio Societatis* n° 4, junio 1999, p. 1.

²¹⁷³ GIL-ROSADO M-P., *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Paris, Defrénois, Doctorat & Notariat, t. 22, 2006, p. 113.

²¹⁷⁴ BORRILLO D., « La liberté érotique et l'exception sexuelle », in Borrillo D., Danièle Lochak, *La Liberté sexuelle*, Paris, puf, 2005, p. 45 et 52, cité dans MARZANO M., « Chapitre IV. Consentement et sexualité : la place du sujet », in Marzano M. (dir.), *Je consens, donc je suis... Éthique de l'autonomie*, Presses Universitaires de France, 2006, pp. 129-187.

1. L'évolution de la prise en compte de l'autonomie sexuelle de l'enfant par le droit national

Les enfants ont été directement touchés par l'évolution des mœurs sexuelles, car l'âge minimum pour le consentement sexuel a été diminué dans différents pays (a). Une réflexion de la même nature a eu lieu sur le plan international (b).

a) La diminution de l'âge du consentement sexuel

La sexualité infantile²¹⁷⁵ est ce dont parle Freud à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième²¹⁷⁶. Freud a osé dire que l'enfant n'est pas tellement innocent, qu'il a une sexualité dont il a la connaissance et dont les formes d'organisation traversent la culture²¹⁷⁷. À cette époque, ses propos ont été jugés d'immorales. Toutefois, les normes juridiques et sociales concernant la sexualité ont subi des changements considérables depuis les années 1970²¹⁷⁸. Il est apparu que la sexualité n'est plus liée à l'âge adulte et à la reproduction, mais se centre principalement sur le plaisir²¹⁷⁹. Ainsi, la question de la sexualité, auparavant traitée exclusivement en co-rapport avec le mariage et avec pour finalité la procréation²¹⁸⁰, a été revue.

La libéralisation des visions concernant l'autonomie sexuelle des mineurs a pris ses racines dans la famille, pour enfin se voir acceptée dans la société. En droit allemand, par exemple, le « paragraphe acquis » du Code pénal, qui menaçait des sanctions pénales contre les parents qui ont permis à leurs enfants mineurs de s'engager dans une activité sexuelle, a été aboli en 1972 lorsque la réglementation des crimes contre l'autodétermination sexuelle dans le code pénal a été libéralisée. Les attitudes parentales vis-à-vis des activités sexuelles de leurs enfants sont devenues plus ouvertes et permissives et ont conduit à la « cérémonie domestique » de la sexualité juvénile²¹⁸¹.

²¹⁷⁵ Selon ROBERT F., Préface à la *Sexualité, préc.*, PUF, 2018 : « une sexualité infantile, une sexualité trouvant sa source dans tous les lieux du corps dits érogènes et dont le but est tourné vers l'acquisition de plaisir ».

²¹⁷⁶ FREUD S., *Introducción al psicoanálisis*, Alianza Edit, Madrid. 1977, *El Malestar en la Cultura*, Alianza Editorial, 1984, *Sexualidad infantil y Neurosis*, Alianza Editorial, 1984, *Tres Ensayos sobre Teoría Sexual*. Alianza Edit, 1990.

²¹⁷⁷ *Ibid.*

²¹⁷⁸ DUBOS O., MARGUENAUD J., *Sexe, sexualité et droits européens enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Collection droits européens, Paris : dir. A. Pédone, 2007, p. 6.

²¹⁷⁹ FREUD S., *Autoprésentation*, 1924, OCF.P, XVII, p. 85 : « la sexualité est détachée de ses relations par trop étroites aux organes génitaux et elle est posée comme une fonction du corps plus englobants, tendant au plaisir, qui n'entre que secondairement au service de la reproduction ».

²¹⁸⁰ DUBOS O., MARGUENAUD J., *préc.*, p. 5.

²¹⁸¹ SCHEIWE K., « Between autonomy and dependency: minors' rights to decide on matters of sexuality, reproduction, marriage, and parenthood. Problems and the state of debate – an introduction », *International Journal of Law, Policy and the Family* 18, 2004, pp. 262–282.

En France, le législateur a pendant longtemps évité le mot « sex » au profit d'une dénomination plus neutre, à savoir l'« attentat à la pudeur »²¹⁸², qui recouvrait « *attouchements, caresses ou pénétrations sexuelles commis ou tentés avec violence ou sans violence* ». Seulement en 1994, la réforme du Code pénal modifiant cette appellation a introduit le terme plus général d'atteintes sexuelles, qualifiées d'agressions sexuelles lorsqu'elles s'accompagnent de violence, contrainte, menace ou surprise. En Grande-Bretagne, en revanche, les forces politiques se sont pendant longtemps opposées à la libéralisation de la vie sexuelle de l'enfant²¹⁸³ en soutenant ainsi une enfance restreinte et prolongée par rapport à d'autres enfants européens. Notamment, l'exemple des Pays-Bas et de sa politique libérale est très éloquent. Les jeunes néerlandais peuvent avoir des rapports sexuels à l'âge de 12 ans et l'éducation sexuelle commence à l'âge de six ans. Les Pays-Bas ont le taux le plus bas de grossesses chez les adolescentes dans le monde occidental et les taux d'avortement chez les adolescents sont dix fois plus bas qu'en Grande-Bretagne. Les jeunes néerlandais ont également leur première expérience sexuelle plus tard que les jeunes britanniques.²¹⁸⁴ Cette expérience est confirmée par des études dans un certain nombre de pays qui suggèrent que l'éducation sexuelle n'inciterait pas les comportements sexuels précoces ou promiscues, mais peut encourager les jeunes à lancer leur vie sexuelle plus tard, à prendre moins de partenaires et à être plus responsables de la contraception²¹⁸⁵. De telles études suggèrent fortement que les enfants peuvent apprendre à connaître la sexualité sans perdre leur « enfance » et que, à bien des égards, la connaissance sexuelle peut permettre aux enfants de protéger et d'étendre leur « enfance »²¹⁸⁶.

b) La multiplication des droits découlant de l'autonomie sexuelle

En vertu des articles 3, 17 et 24 de la CDE, les États parties doivent assurer aux adolescents l'accès à une information en matière de santé sexuelle et génésique, notamment sur l'importance de la planification familiale et les méthodes de contraception, les risques liés aux

²¹⁸² Ancien code pénal français de 1810, art. 331 : « *Tout attentat à la pudeur commis ou tenté sans violence ni contrainte ni surprise sur la personne d'un mineur de quinze ans sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans et d'une amende de 6 000 F à 60 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.* »

²¹⁸³ PILCHER J., « *Contrary to Gillick: British children and sexual rights since 1985* », *International Journal of Children's Rights*, vol. 5, issue 3, 1997, p. 315.

²¹⁸⁴ Voir les rapports dans *The Guardian*, 19 et 20 novembre 1993.

²¹⁸⁵ KIRBY D., « *Sex and HIV/AIDS education in schools have a modest but important impact on sexual behaviour* », *British Medical Journal* 311, 1995 ; MELLANBY A. R., PHELPS F. A., CURTIS H. A., TRIPP J. H., CRICHTON N. J., « *A sex education programme with medical and educational benefit* », *British Medical Journal* 311, pp. 453-477; MELLANBY A. R., REES J., NEWCOMBE R. G., TRIPP J. H., « *A comparative study of peer-led and adult-led school sex education* », *Health Education Research*, 16(4), 2001, pp. 481-492.

²¹⁸⁶ KITZINGER J., « *Audience understandings of AIDS media messages: a discussion of methods* », *Sociology of Health & Illness*, vol. 12, issue 3, 1990, pp. 319-335.

grossesses précoces, la prévention du VIH/Sida et la prévention ainsi que le traitement des maladies sexuellement transmissibles. En outre, les États parties doivent leur assurer l'accès à ces informations indépendamment du consentement de leurs parents ou tuteurs.

Plusieurs États européens ont pris en compte dans leur droit positif l'autonomie sexuelle, surtout sous le prisme du droit à la santé²¹⁸⁷. En France, par exemple, la loi accorde au mineur l'autonomie dans le dépistage des maladies sexuellement transmissibles²¹⁸⁸ et différents moyens tant pour prévenir que remédier à une grossesse non désirée²¹⁸⁹. Le mineur dispose depuis les années '70²¹⁹⁰ de l'autonomie contraceptive²¹⁹¹, c'est-à-dire d'un libre accès à certains contraceptifs qui sont délivrés sans ordonnance médicale, comme le préservatif ou encore la pilule du lendemain²¹⁹². De surcroît, la gratuité des moyens contraceptifs pour les adolescentes d'au moins 15 ans est par la suite assurée sous condition d'une prescription médicale²¹⁹³. Afin de rassurer les filles dans cette démarche, elles bénéficient de la confidentialité des actes. Mieux encore, l'autonomie contraceptive de l'enfant, plus exactement la gratuité de la contraception, tend à s'élargir aux filles de moins de 15 ans selon l'avant-projet de loi de financement de la Sécurité sociale française pour 2020²¹⁹⁴. Ces mesures ne font que s'aligner aux conclusions du jugement *Gillick* de 1985 sur les services contraceptifs aux moins de 16 ans. Cette affaire est considérée comme un cas marquant dans ses effets potentiels pour favoriser les droits d'autonomie sexuelle des enfants, dont l'autonomie contraceptive qui s'oriente, notamment, vers l'exclusion de la nécessité d'avorter. Dans ce contexte, il apparaît légitimement la question de la qualification juridique de la volonté d'une adolescente qui souhaite devenir parent²¹⁹⁵. Une balance des intérêts supérieurs des deux enfants s'impose :

²¹⁸⁷ En Luxembourg, le Programme national de promotion de la santé affective et sexuelle des jeunes pour protéger et promouvoir la santé sexuelle ; en France, la Stratégie nationale de santé sexuelle, Agenda 2017-2030.

²¹⁸⁸ La loi française du 23 janvier 1990 a également donné la possibilité aux centres de planification familiale d'assurer le dépistage et le traitement des maladies, à titre gratuit et de façon anonyme, aux mineurs qui en font la demande. Loi n° 90-86, du 23 janvier 1990, dite « loi Calmat », portant diverses dispositions relatives à la Sécurité sociale et à la santé.

²¹⁸⁹ GIL-ROSADO M-P., *op. cit.*, p. 105.

²¹⁹⁰ Loi n°74-1026 du 4 décembre 1974, modifiée par la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001.

²¹⁹¹ WILLEKENS H., « Rights and duties of underage parents: a comparative approach », *International Journal of Law, Policy and the Family* 18, 2004, p. 358.

²¹⁹² Art. L 5134-1, I al. 2 du Code de la santé publique introduit par la loi n°2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, JO du 14 décembre 2000, p. 19830.

²¹⁹³ Décret no 2016-865 du 29 juin 2016 relatif à la participation de l'assuré pour les frais liés à la contraception des mineurs d'au moins quinze ans.

²¹⁹⁴ V. <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/la-contraception-gratuite-bientot-etendue-aux-mineures-de-moins-de-15-ans-20191002> (03.10.2019)

²¹⁹⁵ En tant que bénévole de l'ONG Médecins du Monde, j'ai rencontré des adolescentes de 15-16 ans d'origine rom qui demandaient effectivement de l'assistance dans leur projet immédiat de parentalité. L'objectif de l'ONG c'est de les orienter vers les professionnels de la médecine qui pourront les conseiller et les informer sur les risques d'une telle grossesse, mais la décision finale est pourtant prise par le mineur lui-même.

celui de l'adolescente et celui de l'enfant à naître. Selon la conception de l'autonomie développementale de l'enfant, permettre à la jeune fille de projeter une grossesse viendrait à l'encontre de son autonomie potentielle, mais aussi de l'intérêt supérieur de l'enfant à naître. De l'autre côté, interdire d'une façon catégorique l'accomplissement d'une telle aspiration va aller à l'encontre du droit à la vie privée de l'enfant.

Si non, le mineur se voit reconnaître le droit à l'interruption volontaire de grossesse (IVG). En France, la loi du 4 juillet 2001²¹⁹⁶ est venue modifier le dispositif existant en ce sens que l'exigence de l'autorisation de l'un des deux parents n'est plus requise pour une femme mineure qui souhaite recourir à une IVG. Ainsi, si le mineur veut garder le secret vis-à-vis de ses parents, elle peut se faire accompagner par « la personne majeure de son choix ». Le Comité insiste, en effet, que les adolescents « *soient informés des services de santé sexuelle à leur disposition, y compris les services médicaux et psychologiques de prise en charge des grossesses précoces* »²¹⁹⁷.

Si toutefois l'adolescent se retrouve avec une grossesse qu'il décide de garder, l'enfant paradoxalement devient parent. Il est ainsi pris dans une contradiction juridique entre son statut de parent et son statut de mineur. En tant que parent, il est responsable de la protection, de l'éducation et de la représentation de ses enfants. En tant que mineur, il n'a pas les droits requis pour remplir les fonctions parentales. Pourtant, vu la jurisprudence de la CourEDH, limiter ces mineurs dans leurs droits parentaux irait à l'encontre de l'article 8²¹⁹⁸.

2. L'évolution de la prise en compte de l'autonomie sexuelle de l'enfant dans la jurisprudence de la CourEDH

Si le sujet de l'autonomie de l'enfant devait trouver son sens dans la jurisprudence de la CourEDH, c'est notamment sous le prisme du droit à la vie privée qu'on le trouverait **(b)**. Nous parlons d'une véritable évolution, car à sa genèse, cette jurisprudence ne la reconnaissait pas **(b)**.

²¹⁹⁶ Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

²¹⁹⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques du Luxembourg, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante-quatrième session (16 septembre-4 octobre 2013), 29 octobre 2013, CRC/C/LUX/CO/3-4, § 40.

²¹⁹⁸ WILLEKENS H., *préc.*, p. 358.

a) Une sexualité de l'enfant initialement contestée

Généralement, l'enfant est regardé en tant qu'un être « asexué, innocent et pur ». Autrefois, la morale européenne ne concevait pas l'attachement de la sexualité aux enfants. Dans l'arrêt *Handyside c. Royaume Uni*²¹⁹⁹, la CourEDH a estimé que la Grande-Bretagne n'a pas violé l'article 10 de la Convention, à savoir la liberté d'expression, en invoquant comme justification à la limite de cette liberté la protection de la morale publique. En l'espèce, l'objet du conflit était un ouvrage adressé aux écoliers de 12 ans et plus par une maison d'édition londonienne, The Little Red Schoolbook, qui traitait ouvertement des sujets de la sexualité. Notamment, le chapitre sur les élèves comprenait une section de vingt-six pages relatives à « la sexualité » et où figuraient plusieurs sous-sections thématiques. L'action menée contre le Schoolbook avait pour base la loi de 1959 sur les publications obscènes, amendée par celle de 1964 sur le même sujet. De même, dans *Müller et autres c. Suisse*²²⁰⁰, le CourEDH considérait important qu'une exposition comportant des représentations obscènes qui « refléteraient une conception de la sexualité non conforme à la morale dominante dans la société actuelle »²²⁰¹ soit soumise à une restriction d'âge. Il semblerait donc que le CourEDH reconnaisse que la liberté d'expression peut être limitée quand elle était susceptible de toucher le développement des enfants.

Les deux affaires ne font qu'implicitement référence aux enfants, dans leur qualité de « destinataires » de l'objet du droit à la liberté d'expression, pourtant ces réflexions sont d'une grande importance pour la perception du rapport de la morale, de la sexualité et de l'enfant. D'ailleurs, dans l'affaire *Müller*, la Cour ne perd pas l'occasion de constater que « les conceptions de la morale sexuelle ont changé ces dernières années »²²⁰². Sa jurisprudence ultérieure vient renforcer ce constat en montrant une approche de plus en plus libérale sur les questions de la sexualité, jusqu'à un affaiblissement ressenti de la morale en tant que justification d'une limite au droit.

b) Une reconnaissance sous le prisme du droit à la vie privée de l'enfant

L'autonomie sexuelle a été évoquée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. La vie sexuelle, en tant qu'élément de l'autonomie de la personne, est comprise dans

²¹⁹⁹ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976.

²²⁰⁰ CourEDH, *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988.

²²⁰¹ *Ibid.*, § 31.

²²⁰² *Ibid.*, § 37.

le droit au respect de la vie privée, à savoir l'article 8 de la CEDH²²⁰³. Il semble conforme à la jurisprudence européenne selon laquelle « *le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relève du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 par 2d e la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité* »²²⁰⁴.

La Cour relève remarquablement que « *l'évolution du droit et de la pratique dans ce domaine traduit l'avancée des sociétés vers une égalité effective et le respect de l'autonomie sexuelle de tout individu* ». En l'occurrence, dans cette même affaire *MC c. Bulgarie*²²⁰⁵ se référant au viol²²⁰⁶, la Cour est convaincue de la nécessité de pénaliser des violations graves de l'autonomie sexuelle qui sont présentes partout où la personne soumise à l'acte ne l'a pas convenue librement ou n'est autrement pas un participant volontaire²²⁰⁷. Ces conclusions ont été rendues en se référant aux recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe²²⁰⁸ qui évoque directement l'enfant²²⁰⁹ et à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie sur le viol des adolescentes²²¹⁰.

De surcroît, la Cour brise les idées traditionnelles sur l'enfance en analysant le besoin d'une éducation sexuelle de l'enfant. C'est notamment grâce à ce droit que nous pourrions argumenter, en effet, l'autonomie sexuelle de l'enfant dans le cadre de son autonomie développementale.

²²⁰³ CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41 ; CourEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, p. 166 ; Opinion concordante Juge Tulkens, point 1 : « *le droit à l'autonomie comme élément du droit à la vie privée garanti par l'article 8.* »

²²⁰⁴ CourEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, § 84.

²²⁰⁵ CourEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003.

²²⁰⁶ *Ibid.*, § 3 : « *La requérante alléguait la violation de ses droits au titre des articles 3, 8, 13 et 14 de la Convention. En effet, selon elle, le droit et la pratique internes en matière de viol et l'enquête sur le viol dont elle a été victime n'ont pas permis d'assurer le respect de l'obligation positive qui incombait à l'État défendeur de la protéger effectivement, par la loi, contre le viol et les violences sexuelles.* »

²²⁰⁷ *Ibid.*

²²⁰⁸ Recommandation Rec(2002)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des femmes contre la violence : « *– incriminer tout acte de caractère sexuel commis sur une personne non consentante, même si elle ne montre pas de signes de résistance* ».

²²⁰⁹ *Ibid.*, « (...) – *incriminer tout abus d'autorité de la part de l'auteur, et en particulier lorsqu'il s'agit d'un adulte abusant de sa position vis-à-vis d'un enfant.* »

²²¹⁰ TPIY, dans l'affaire *Le procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic* (no IT-96-23, jugement du 22 février 2001), la chambre de première instance a expliqué : « (...) les systèmes juridiques [internes] examinés ont en commun un principe fondamental, à savoir que la pénétration sexuelle constitue un viol dès lors que la victime n'est pas consentante ou ne l'a pas voulu. Certes, dans de nombreux systèmes juridiques, sont pris en compte (...) la force, la menace de son emploi ou la contrainte – mais l'ensemble des dispositions [pertinentes] donne à penser que le véritable dénominateur commun aux divers systèmes pourrait bien être un principe plus large et plus fondamental, qui consisterait à sanctionner les violations de *l'autonomie sexuelle.* »

Dès lors qu'il a atteint l'âge de 15 ans, un mineur peut théoriquement exercer librement sa sexualité, c'est-à-dire du moment qu'il n'y est pas contraint. Cette liberté possède toute autant un versant négatif qui lui permet de ne pas avoir des relations sexuelles. Le mineur est donc censé être libre d'avoir des relations sexuelles avec le partenaire de son choix, qu'il s'agisse de relations hétérosexuelles ou homosexuelles²²¹¹.

La CourEDH se préoccupe depuis longtemps d'une éventuelle discrimination découlant du genre ou de l'âge, y compris en ce qui concerne la vie sexuelle d'une personne. Dans *ADT c. Royaume-Uni*²²¹², la Cour a constaté une violation de l'article 8 où l'activité sexuelle de groupe était criminalisée parce qu'elle impliquait une activité homosexuelle alors que si elle était une activité hétérosexuelle, elle aurait été légale. Il a longtemps été jugé que l'objectif primordial de l'article 8 est de protéger un individu contre l'ingérence arbitraire de l'État et, sans doute, cela est une extension de ce principe. Il est difficile de justifier des différences dans l'approche de la criminalisation.

Plus récemment, la décision de la CourEDH qui fonde la liberté sexuelle sur l'autonomie individuelle enlève davantage les barrières d'une vie privée sexuelle de l'adolescent autonome. Dans l'arrêt *K. A. et A. D. c. Belgique* du 17 février 2005 : « *Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »²²¹³. Avant, c'était l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* qui avait inclus la vie sexuelle dans le droit à la vie privée²²¹⁴.

B. Le dépassement des cadres juridiques existants

Si l'on se réfère à tous les instruments internationaux des droits de l'Homme et en particulier de la CDE, les questions de l'autonomie sexuelle n'ont jamais été abordées de manière explicite. En l'occurrence, les droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres s'avèrent être une émanation d'une « nouvelle moralité » qui devrait être encadrée juridiquement (1). À ce sujet, la Cour de Strasbourg met l'accent sur l'obligation de l'État « *de tenir compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée*

²²¹¹ La CEDH a jugé que l'accomplissement d'actes homosexuels en privé, entre adultes consentants, ne saurait faire l'objet d'une répression pénale même s'il peut heurter ou choquer des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale. V. CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct 1981, § 30.

²²¹² CourEDH, *A.D.T. c. Royaume-Uni*, 30 juillet 2000.

²²¹³ CourEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique, préc.*, § 83.

²²¹⁴ CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni, préc.*, § 41.

selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale »²²¹⁵ (2).

1. Le droit de l'enfant à son orientation sexuelle et à son identité de genre

La vision du sexe change dans la jurisprudence des juges européens, en l'occurrence dans celle de la CourEDH. Sous le prisme de cette position générale qui a évolué au profit de l'autonomie de la personne, nous retrouvons des orientations autonomistes pour les enfants également²²¹⁶. Si le droit à l'orientation sexuelle de l'enfant est appréhendé sous l'angle de son droit à la vie privée (a), le droit à l'identité de genre de l'enfant trouve son fondement central dans le droit à l'intégrité physique (b).

a) Le droit à l'orientation sexuelle en tant que droit à la vie privée de l'enfant

Le droit de l'enfant à une orientation sexuelle n'est pas, à notre avis, une question de choix²²¹⁷. Selon les principes de Yogyakarta²²¹⁸, l'orientation sexuelle peut être définie comme « *faisant référence à la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus* »²²¹⁹. Il n'est pas envisageable, il paraît, de pouvoir gérer rationnellement cette attirance émotionnelle²²²⁰ et qui n'est pas non plus une maladie²²²¹. Cette position est implicitement confirmée par le Comité des droits de l'enfant qui oblige les États de protéger « les enfants homosexuels, transgenres ou

²²¹⁵ CourEDH, *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017, § 67 ; CourEDH, *Kozak c. Pologne*, 2 mars 2010, § 98, *X et autres c. Autriche [GC]*, 19 février 2013, § 139.

²²¹⁶ Les Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, qui met en lumière l'importance d'une approche ancrée dans l'autodétermination des personnes, fait également référence à l'enfant en tant que détenteur d'autonomie participative et développementale.

²²¹⁷ JAFFE D.Ph., « Les droits de l'enfant s'appliquent à tous les enfants ! », in *Le droit de l'enfant et de l'adolescent à son orientation sexuelle et à son identité de genre*, 2013, p. 13. En effet, le professeur Jaffé

²²¹⁸ Principes de Yogyakarta (9.11.2006), Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ; www.yogyakartaprinciples.org ;

²²¹⁹ ZERMATTEN J., « Les droits des enfants lesbiens, gays, bisexuels et transgenres », in *Le droit de l'enfant et de l'adolescent à son orientation sexuelle et à son identité de genre*, 2013, p. 17.

²²²⁰ Il persiste encore l'idée que cette une maladie psychique, ou bien un choix comportemental.

²²²¹ Dans certains pays, l'homosexualité est considérée en tant que maladie mentale. Si l'OMS a jusqu'à 2019 classifié le trouble de l'identité de genre en tant que « trouble mental », actuellement il le qualifie de trouble sexuel. L'homosexualité, en revanche, n'a jamais été classifié par l'OMS dans la Classification internationale des maladies.

transsexuels » contre la violence²²²² et de dépénaliser « *les relations homosexuelles, y compris dans le cas de personnes de moins de 18 ans* »²²²³.

C'est en effet un droit découlant de l'autonomie sexuelle, qui lui, en revanche se soumet aux critères de volonté de l'enfant. En reste, qu'il s'agisse d'une vie amoureuse homosexuelle ou hétérosexuelle, il ne devrait pas y avoir d'approche juridique différente. Ainsi, selon la CourEDH, « *l'existence même de lois interdisant la promotion de l'homosexualité ou des relations sexuelles non traditionnelles auprès des mineurs* » est « *intrinsèquement incompatible avec la Convention* »²²²⁴. Bien qu'en Europe²²²⁵ et sur le plan international²²²⁶ cette politique soit tenue pour acquise, les membres de la communauté LGBT²²²⁷ ne cessent pas de lutter contre les normes sexospécifiques²²²⁸. C'est ainsi que ce droit est généralement vu sous le prisme du principe de non-discrimination²²²⁹ et de l'exclusion de toute forme de violence à l'égard des groupes vulnérables²²³⁰.

²²²² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°13, *préc.*, § 72 g.

²²²³ V. par ex., COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Quarante-quatrième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, *Observations finales : Chili, CRC/C/CHL/CO/3*, 23 avril 2007, § 29.

²²²⁴ CourEDH, *Bayev et autres c. Russie, préc.*, § 61.

²²²⁵ Voir Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. La CourEDH soutient également « *qu'il existe en Europe un consensus manifeste pour reconnaître le droit des individus à se désigner ouvertement comme gays, lesbiens ou membres de toute autre minorité sexuelle et à militer pour leurs propres droits et libertés* », Voir Alekseyev, § 84 ; *Bayev et autres c. Russie, préc.*, § 66. Aussi, selon la CourEDH, « *Concernant les différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation des États était étroite ; en d'autres termes, ces différences doivent être justifiées par des raisons particulièrement solides et convaincantes* », voir *Bayev et autres, préc.*, § 89 et *X et autres c. Autriche, préc.*, § 99.

²²²⁶ Conseil des droits de l'homme, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, A/HRC/RES/17/19, 14 juillet 2011 ; Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HRC/19/41, 17 novembre 2011.

²²²⁷ LGBT (Lesbienne, Gay, Bisexuel et Transgenres de tout âge), terminologie acceptée dans la communauté internationale.

²²²⁸ Les normes sexospécifiques représentent les disparités liées au sexe dans tous les domaines (santé, éducation, etc.). Voir UNICEF, *Recueil Innocenti de Recherches sur l'Adolescence*, Numéro 14, juillet 2019, p. 3 : « *Les normes sexospécifiques sont les règles tacites qui déterminent les comportements acceptables pour les hommes, les femmes et les minorités sexuelles. Elles constituent le ciment de tout système de genres (qu'il soit ou non patriarcal). À l'inverse, l'identité de genre correspond au sentiment qu'une personne a d'être une femme ou un homme, ou d'appartenir à un autre genre* » relative à l'article HEISE L., E GREENE M., OPPER N. et al., « *Gender inequality and restrictive gender norms: framing the challenges to health* », *The Lancet*, vol. 393 (10189), pp. 2440-2454.

²²²⁹ La CourEDH a confirmé que « *l'orientation sexuelle est bien un motif de discrimination couvert par l'article 14 de la Convention* », V. CourEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999. De même la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul), mentionne explicitement l'orientation sexuelle parmi les motifs pour lesquels la discrimination est interdite.

²²³⁰ Conseil des droits de l'Homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HRC/19/41, 17 novembre 2011 ; La Convention de Lanzarote - Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, 25.10.2007.

Afin de lutter contre l'homophobie, en Suisse par exemple, a été acceptée l'initiative parlementaire d'étendre la disposition du Code Pénal sur le racisme ou l'antisémitisme²²³¹ à la discrimination basée sur l'orientation sexuelle²²³². En Russie, au contraire, la politique étatique « invente » une nouvelle contravention, à savoir « *la promotion de relations sexuelles non traditionnelles entre mineurs* ». En effet, plusieurs lois régionales et finalement une loi fédérale, suivie d'un amendement dans le Code contraventionnel administratif russe, ont été adoptées sous le motif de protéger les mineurs contre la « propagande gay ». Le Comité des droits de l'Homme et la CourEDH se sont prononcés sur la violation du droit à la liberté d'expression par le gouvernement russe des membres de la communauté LGBT, mais surtout ont souligné la relation entre l'enfant et l'homosexualité. Dans l'affaire *Bayev et autres c. Russie*, la Cour de Strasbourg souligne la conséquence centrale d'une telle loi, à savoir la violation du droit de l'enfant à l'éducation sexuelle et globalement de son autonomie sexuelle. Bien qu'on puisse regretter l'absence de référence à la CDE (par exemple, « par l'art. 2, le droit de l'enfant de ne pas être discriminé ; le droit à la santé (art. 24)²²³³; la protection contre toutes formes de violence (art. 19), le droit à l'éducation (l'art. 28-29), du droit à l'identité (art. 8) » dans sa décision²²³⁴, la Cour cite toutefois la Recommandation sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre laquelle encourage « *la fourniture d'informations objectives concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre, par exemple dans les programmes scolaires et le matériel pédagogique* »²²³⁵.

Malgré ces observations, la loi russe n'a pas été supprimée. Mieux encore, en 2018, pour la première fois un enfant, plus concrètement un adolescent de 16 ans a été condamné à une amende conformément à cette loi, pour avoir publié sur un réseau social russe des photos « *qui avaient les caractéristiques d'une propagande homosexuelle* »²²³⁶. Toutefois, les décisions

²²³¹ Article 261 bis, Code pénal suisse.

²²³² Voir <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/groupes/homosexuels/lutter-loi-contre-discriminations-basees-lorientation-sexuelle>. Cette initiative parlementaire répond, en effet, à l'observation du Comité des droits de l'enfant qui recommande à la Suisse « *d'amplifier ses efforts tendant à encourager une culture de la tolérance et du respect mutuel et d'adopter une législation complète contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, et d'inscrire ces motifs de discrimination dans l'article 261 bis du Code pénal* ». Voir COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document*, CRC/C/CHE/CO/2-4, 26 février 2015, § 25.

²²³³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°4, *préc.*

²²³⁴ Observation faite par le juge Dedov dans son opinion dissidente à l'affaire *Bayev et autres c. Russie*, *préc.*

²²³⁵ CourEDH, *Bayev et autres c. Russie*, *préc.*, §82.

²²³⁶V. <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/russia-gay-propaganda-laws-teenager-lgbt-minor-prosecuted-maxim-neverov-russian-network-a8487766.html> (12.01.19)

précitées ont eu un impact sur l'amélioration de la situation dans d'autres pays européens comme la Moldavie, l'Ukraine ou la Lituanie.

b) L'identité du genre de l'enfant en tant que droit à son intégrité physique

Le droit à l'identité de genre est différent du droit à l'orientation sexuelle, même s'il y a lien certain entre les deux. L'identité de genre, selon les principes de Yogyakarta, fait référence « à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire. »²²³⁷ Plus clairement, alors que le terme de « sexe » fait référence au statut biologique d'une personne, « le genre » est « une construction sociale qui renvoie aux rôles et responsabilités définis par chaque culture et associés au fait d'être considéré(e) comme une femme ou comme un homme »²²³⁸.

Donc, si d'abord, le droit à l'identité de genre s'inclut dans le droit général à l'identité de l'enfant et plus globalement dans son droit à la vie privée, il peut secondairement en tant que démembrement du droit à la liberté sexuelle de l'enfant²²³⁹. L'État a ainsi l'obligation de protéger ces droits conformément à l'autonomie développementale et participative de l'enfant.

C'est-à-dire, en ce qui concerne les enfants intersexués qui généralement étaient soumis à des interventions chirurgicales invasives et à des traitements hormonaux pour « rentrer » dans les catégories de sexe « traditionnelles », afin de respecter leur autonomie ces interventions doivent être abolies. Cette approche qui se fonde sur la protection de l'intégrité physique de l'enfant a été notamment adoptée dans la Résolution du Conseil de l'Europe sur le droit des enfants à l'intégrité physique de 2013²²⁴⁰. De surcroît, en octobre 2017, l'Assemblée parlementaire a adopté une résolution²²⁴¹ sur les droits des enfants intersexes qui appelle à un report des opérations de « normalisation sexuelle » jusqu'à ce que l'enfant soit en mesure de participer à

²²³⁷ ZERMATTEN J., *préc.*, p. 17.

²²³⁸ UNICEF, *Reccueil Innocenti de Recherches sur l'Adolescence*, Numéro 14, juillet 2019, p. 1.

²²³⁹ Le 25 mai 2019, l'OMS a approuvé une résolution visant à supprimer le « trouble de l'identité de genre » de la CIM-11 et a créé un nouveau chapitre consacré à la santé sexuelle. Voir <https://news.un.org/fr/story/2019/05/1044591> (14.06.2019)

²²⁴⁰ Résolution 1952 (2013), texte adopté par l'Assemblée le 1^{er} octobre 2013.

²²⁴¹ Résolution 2191, Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, 2017. V. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24232&lang=EN>

la décision²²⁴². Indirectement, la jurisprudence de la CourEDH contribue à renforcer le droit à l'identité de genre des enfants, notamment des mineurs transgenres, *via* leur droit à l'intégrité physique. En effet, dans des affaires²²⁴³ comme *Y.Y c. Turquie*²²⁴⁴ et dernièrement *A.P., Nicot et Garçon c. France*²²⁴⁵, la Cour condamne les États pour les conditions d'irréversibilité en matière de transsexualisme, qui suppose en effet une atteinte obligatoire à l'intégrité physique de la personne. Bien que ces affaires ne visent pas directement les mineurs, un tel raisonnement de la Cour contribue au renforcement de l'autonomie développementale potentielle de l'enfant. En effet, l'enfant à son tour, aurait ainsi le droit à son identité de genre sans recourir à des ingérences physiques, notamment à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisant²²⁴⁶.

C'est notamment afin de mettre fin à cette « bipolarisation sexuelle »²²⁴⁷ standardisée dans la société qu'un mouvement qui préfère ne pas préciser le genre prend naissance²²⁴⁸. Cette « théorie de genre » prend forme surtout en Suède dont le dictionnaire de l'Académie suédoise²²⁴⁹ contient désormais, à côté des prénoms masculins et féminins, un autre qui désigne également une personne, mais sans genre²²⁵⁰. Cette philosophie s'applique en priorité aux enfants sous le prisme du principe de non-discrimination et de leur liberté de choix. Une telle approche, malgré les difficultés culturelles de son implantation générale, aurait l'effet de la disparition du phénomène de transsexualisme. En effet, dans le cadre d'une communauté libre et sans préjugés, les personnes intersexuées ou homosexuelles ne seront pas contraintes de recourir aux « interventions » afin de répondre aux exigences sociales.

²²⁴² *Ibid.*, p. 39.

²²⁴³ Une première révolution dans les affaires sur le droit à l'identité de genre est apportée par l'affaire *Goodwin c. Royaume Uni* où la CourEDH oblige les États de prendre les mesures nécessaires pour permettre la mise en conformité du sexe juridique avec le sexe issu de la conversion sexuelle.

²²⁴⁴ CourEDH, *Y.Y c. Turquie*, 10 mars 2015.

²²⁴⁵ CourEDH, *A.P., Nicot et Garçon c. France*, 6 avril 2017.

²²⁴⁶ *Ibid.*, §120.

²²⁴⁷ RODOTA S., « Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme » dans Conseil de l'Europe, *Transsexualisme, Médecine et Droit*, Actes du XXIII^e colloque de droit européen, Université d'Amsterdam, 14-16 avril 1993, p. 17.

²²⁴⁸ La théorie du genre.

²²⁴⁹ V. <https://www.la-croix.com/Actualite/Europe/En-Suede-un-pronom-pas-si-neutre-2015-04-15-1302609> (accès le 15.02.2018).

²²⁵⁰ Le cas de l'enfant suédois Pop est notamment très médiatisé. Les parents de l'enfant ont choisi de l'éduquer comme s'il n'était ni un garçon ni une fille. Voir <https://www.theoriedugenre.fr/?Suede-Pop-l-enfant-qui-n-a-pas-de> (accès le 15.02.2018).

2. La liberté sexuelle de l'enfant en ligne

Une fois avec le développement de l'Internet²²⁵¹ et le libre accès des enfants aux Smartphones²²⁵², les risques (a), mais aussi les facettes de l'autonomie sexuelle de l'enfant se sont multipliées (b).

a) Le difficile accommodement des concepts juridiques

La reconnaissance de l'autonomie de l'enfant, notamment la liberté de l'identité sexuelle de l'enfant, protégée par les articles 8 et 10 de la CEDH, a pour conséquence un bouleversement de la loi internationale sur l'exploitation sexuelle de l'enfant, en l'occurrence sur la pornographie juvénile et la prostitution enfantine. En effet, la ligne de démarcation entre le respect de l'autonomie sexuelle de l'enfant et de sa violation est tellement maigre, qu'elle perturbe la qualification des faits selon les crimes prévus par le droit international.

L'OMS définit l'exploitation sexuelle des enfants de la façon suivante : « *l'exploitation sexuelle d'un enfant implique que celui-ci est victime d'un adulte ou une personne sensiblement plus âgée que lui aux fins de la satisfaction sexuelle de celle-ci. L'infraction peut prendre différentes formes : appels téléphoniques obscènes, outrage à la pudeur, voyeurisme, images pornographiques, rapports ou tentatives de rapports sexuels, viol, inceste ou prostitution des mineurs* ». Selon la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels²²⁵³, l'expression « pornographie enfantine » désigne « *tout matériel représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles* »²²⁵⁴.

Le droit international devrait en effet être revu afin de prendre en compte les droits participatifs de l'enfant proclamés par la CDE. Ainsi, il faudrait remanier la politique active menée par l'ONU, le Conseil de l'Europe ou l'UE²²⁵⁵ pour lutter contre l'exploitation sexuelle des enfants

²²⁵¹ L'accès à l'internet devient de plus en plus large dans les pays de l'Europe, par exemple dans l'Irlande du Nord – 75% des maisons ont accès à internet, voir <http://www.niassembly.gov.uk/globalassets/documents/raise/publications/2016/justice/1016.pdf> (accès 17.02.2018)

²²⁵² *Ibid.*, en 2014, on a signalé que 65 pour cent des enfants âgés de 12 à 15 ans au Royaume-Uni possèdent un smartphone.

²²⁵³ Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, également appelée « la Convention de Lanzarote », entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010.

²²⁵⁴ *Ibid.*, art. 20.2.

²²⁵⁵ Décision-cadre 2004/68 /JAI du 22/12/2013.

et la pédopornographie sous le prisme du droit à l'autonomie sexuelle de l'enfant. Les mesures prises devraient, entre autres, réfléchir sur la question d'âge de l'enfant. Selon le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la violence contre les femmes, l'âge au-dessous duquel on considère que la victime d'un acte sexuel est un mineur devrait être fixé à dix-huit ans pour que les enfants soient protégés contre les abus. Le Rapporteur admet toutefois qu'au vu de l'augmentation de l'activité sexuelle parmi les adolescents dans certains pays, cela pourrait créer certaines difficultés.

En effet, lors de la négociation d'un programme international adopté par la CIPD²²⁵⁶, des débats sur les droits sexuels de l'adolescent ont aussi eu lieu. Pour cette époque, ces discussions qui s'appuyaient sur la CDE ont certainement étendu la portée de ses dispositions. Cette démarche a incité des critiques, surtout parmi des organismes religieux²²⁵⁷ qui soutenaient que « l'argument protectionniste était en contradiction avec ce qui était sans doute des tentatives de donner une plus grande expression à l'autonomie des enfants à travers la reconnaissance des droits sexuels des adolescents »²²⁵⁸. Il est vrai que l'introduction d'une telle thématique dans le processus du Caire 5 peut être considérée comme une étape importante dans l'opérationnalisation de certaines des dispositions potentiellement transformatrices de la Convention. Plus concrètement, le Forum des jeunes lui-même et son appel en faveur d'une plus grande participation des adolescents à leur santé reflètent un engagement en faveur des droits à l'autonomie des enfants. La prémisses du Forum des jeunes et les recommandations qui en découlent semblent être la nécessité de responsabiliser plutôt que de simplement protéger les enfants. Le discours sur les droits sexuels relève ainsi une catégorie distincte, à savoir l'adolescence, qui s'approprie en effet ce groupe des droits intolérable pour les autres enfants. De cette manière, les droits sexuels peuvent être considérés comme une tentative de reconnaître et de donner un sens aux « capacités évolutives » des enfants²²⁵⁹.

²²⁵⁶ Programme d'action adopté par la Conférence internationale sur la population et le développement (CIPD), organisée en septembre 1994 au Caire, conformément aux conclusions du processus de suivi "Le Caire + 5". Points clés de ce Programme d'action : l'amélioration des droits et de la santé en matière de sexualité et de procréation, l'émancipation des femmes et l'intensification du combat contre la pauvreté, facteurs qui auront tendance à infléchir la croissance démographique mondiale. Voir <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9011&lang=fr>

²²⁵⁷ Notamment selon l'organisation catholique Christian Right « *adolescent sexual rights, as a "new" development in the area of children's rights, represent an attempt to undermine parental authority* ». Voir BUSS D. E., « "How the UN stole childhood": the Christian Right and the international rights of the child », in Bridgeman J., Monk D., *Feminist Perspectives on Child Law*, Cavendish Publishing, 2000, p. 278.

²²⁵⁸ *Ibid.*, p. 281.

²²⁵⁹ *Ibidem*

Le droit international a évolué par amener de nombreux pays à modifier la définition de la pornographie juvénile pour inclure les adolescents au-dessus de l'âge du consentement, mais moins de l'âge de la majorité. Dans le même temps, les changements technologiques conduisent à la diversification des actes volontaires de l'enfant et continuent à compliquer les qualifications.

b) La naissance des nouveaux concepts liés à l'autonomie sexuelle de l'enfant

La participation de l'enfant dans l'espace numérique a donné naissance à une pléthore de néologismes d'origine anglo-saxonne qui ne sont pas encore définis en droit international²²⁶⁰. La plupart d'entre eux ont une portée négative pour l'autonomie de l'enfant. Il existe pourtant certains concepts, comme « sexting », qui est assez ambivalent.

En l'occurrence, la notion de « cyberbullying »²²⁶¹ ne s'applique pas spécifiquement à l'activité sexuelle de l'enfant, mais peut être employée dans ce contexte, car signifie « *un préjudice volontaire et répété causé par l'utilisation d'ordinateurs, téléphones cellulaires et autres appareils électroniques. Il peut s'agir de communications directes (telles que chat ou messagerie texte), semi-publiques (telles que l'affichage d'un message harcelant sur une liste de courrier électronique) ou de communications publiques (telles que la création d'un site Web consacré à se moquer de la victime)* »²²⁶². Son analogue spécialisé serait le terme « grooming »²²⁶³, qui selon le glossaire de l'UNICEF, signifierait un « *processus visant à inciter les enfants à adopter un comportement sexuel ou des conversations sexuelles avec ou sans leur connaissance, ou impliquant la communication et la socialisation entre le délinquant et l'enfant afin de le rendre plus vulnérable aux abus sexuels* »²²⁶⁴. Le droit international est en principe orienté à lutter avec ce genre de phénomènes, car ils sont susceptibles de violer l'autonomie participative et développementale de l'enfant.

²²⁶⁰ ITU/UNICEF, *Guidelines for Industry on Child Protection Online*, 2014, p. 3.

²²⁶¹ Traduit en français comme « harcèlement en ligne ». V. Comité des droits de l'enfant, *Recommandations issues de la journée de débat général de 2014 sur les droits de l'enfant et les médias numériques*, A/71/41, § 22. Voir aussi SCHROCK A., BOYD D., *Online Threats to Youth: Solicitation, Harassment, and Problematic Content*, Berkman Center for Internet & Society, Cambridge, p. 21.

²²⁶² *Ibid.*: « *wilful and repeated harm inflicted through the use of computers, cell phones, and other electronic devices. It may involve direct (such as chat or text messaging), semipublic (such as posting a harassing message on an email list) or public communications (such as creating a website devoted to making fun of the victim)* ».

²²⁶³ Terme non-traduit en français, voir Comité des droits de l'enfant, *Recommandations issues de la journée de débat général de 2014 sur les droits de l'enfant et les médias numériques*, A/71/41, § 22.

²²⁶⁴ *Ibid.*, p. 3: « *A process intended to lure children into sexual behaviour or conversations with or without their knowledge, or a process that involves communication and socialization between the offender and the child in order to make him or her more vulnerable to sexual abuse.* »

La définition de « sexting »²²⁶⁵, en revanche, fait l'objet d'un débat. La difficulté pour définir ce terme découle de sa complexité. En effet, vu la diversité de comportements contenus par ce concept et de leurs effets, il s'avère être juridiquement problématique d'y apporter une réponse²²⁶⁶. La notion a été définie par une cour américaine comme « *la pratique consistant à envoyer ou publier des messages texte et des images sexuellement suggestifs, y compris des photographies nues ou semi-nues à l'aide de téléphones cellulaires ou sur Internet* »²²⁶⁷. D'une façon plus simple, on peut dire que le « sexting » est le fait de créer par les enfants, volontairement, des images sexualisées d'eux-mêmes²²⁶⁸. La nature volontaire de cet acte la différencie d'un autre phénomène, à savoir le « sextorsion », lorsque les enfants sont forcés à produire de telles images ou sont invités à commettre des actes sexuels pour se protéger des menaces d'une diffusion plus large des images, par exemple chez des amis d'école ou des membres de la famille²²⁶⁹. En principe, lorsqu'un enfant a atteint l'âge du consentement sexuel ou bien il est reconnu sexuellement autonome, il serait disproportionné de criminaliser l'activité consensuelle d'un adolescent qui choisit de prendre une photo sexuelle de lui-même et de l'envoyer à un autre. Toutefois, en dépendance des nuances du comportement de l'enfant, son acte pourrait enfreindre les lois sur la pornographie juvénile. Potentiellement, un adolescent qui envoie une image sexuelle de lui-même pourrait être considéré comme produisant de la pornographie juvénile. Selon le 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, la prostitution enfantine se définit comme « le fait d'utiliser un enfant aux fins d'activité sexuelle contre rémunération ou toute autre forme d'avantage »²²⁷⁰. Dans ce contexte ambigu, l'État est tenu d'étudier attentivement le cas, afin de déterminer les droits violés de l'enfant. Néanmoins, l'élaboration d'une politique dans ce domaine peut être considérablement compromise par une réticence sociétale pour l'autonomie sexuelle de l'enfant. Quoique, la méfiance de la société n'a pas constitué d'entrave pour le développement local du concept d'autonomie de mourir de l'enfant.

²²⁶⁵ Le Comité des droits de l'enfant le traduit en tant que « *les contenus sexuels générés par les enfants eux-mêmes* »

²²⁶⁶ GILLESPIE A. A., « Adolescents, Sexting and Human Rights », *Human Rights Law Review*, Oxford University press, Vol. 13, n°4, 2013, p. 623.

²²⁶⁷ *Miller v Mitchell*, 598 F.3d 139 (3d Cir. 2010).

²²⁶⁸ ECPAT International, *Stay safe from online sexual exploitation, A guide for young people*, 2014, p. 7.

²²⁶⁹ *Ibidem*

²²⁷⁰ Article 2 b) Protocole.

§2. L'autonomie de mourir de l'enfant en continue interrogation

Des adolescents qui ont le droit de travailler, de consentir aux traitements médicaux, de mener une vie sexuelle, ont-ils aussi le droit de choisir de mourir ? Le choix de la façon dont on décède est généralement justifié par l'autonomie personnelle²²⁷¹. Cette question a été traitée par la CEDH dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*²²⁷². En l'espèce, la Cour ne reconnaît pas un droit explicite au suicide ou à l'euthanasie. En revanche, elle interprète le droit au respect à la vie privée²²⁷³ de façon à y inclure le droit de l'individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin²²⁷⁴, « à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence »²²⁷⁵.

Donc, en reconnaissant à l'enfant l'autonomie décisionnelle, on serait sur le chemin de reconnaître son droit de choisir le moment de sa mort. Compte tenu des notions d'éthique et de dignité qui s'attachent au sujet de la mort, cette forme d'autonomie de l'enfant n'est pas toutefois absolue, comme elle ne l'est pas, entre autres, pour l'adulte²²⁷⁶. Le sujet de la fin de

²²⁷¹ WALKER J., « Assistance au suicide, euthanasies : situation suisse », *L'Esprit du temps*, « Études sur la mort », 2016/2, n° 150, p. 88.

²²⁷² CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002. Voir MARGUENAUD J.-P., « Hymnes à la vie et à l'autonomie personnelle », *RTD Civ.* 2002, p.858.

²²⁷³ *Ibid.*, § 51 : « la Cour estime que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. »

²²⁷⁴ CourEDH, *Urteil Haas c. Suisse*, 20 janvier 2011, § 16 : « En ce qui concerne l'allégation relative à la violation de l'article 8 de la Convention, le Tribunal fédéral s'exprima comme suit : (traduction) « 6.1. (...) Le droit à l'autodétermination, au sens de l'article 8 § 1 [de la Convention] inclut le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, du moins lorsqu'il est en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence (...) 6.2.1. Le droit de décider de sa propre mort, qui n'est ici pas remis en question, doit cependant être distingué d'un droit à l'assistance au suicide de la part de l'État ou d'un tiers. En principe, un tel droit ne peut se déduire ni de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution fédérale [consacrant la liberté individuelle] ni de l'article 8 de la Convention ; l'individu qui désire mourir ne dispose pas d'un droit de se voir accorder une aide au suicide, que ce soit par la mise à disposition des moyens nécessaires ou par le biais d'une aide active lorsqu'il n'est pas en mesure de mettre lui-même fin à ses jours (...). L'État a l'obligation fondamentale de protéger la vie. 6.2.2. Ce qui précède est confirmé par la jurisprudence des organes de Strasbourg : en vertu de l'article 2, il n'existe aucun droit de mourir, que ce soit avec l'assistance d'un tiers ou celle de l'État ; le droit à la vie ne comporte aucune liberté négative correspondante (arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, CEDH 2002-III, p. 203, § 40) (...) L'article 3 n'oblige en principe pas l'État à garantir l'impunité pénale pour l'aide au suicide ou à créer une base légale pour une autre forme d'aide au suicide ; l'État ne doit pas cautionner des actes visant à interrompre la vie (arrêt *Pretty*, précité, §§ 55 et suivants). À propos de l'article 8, la Cour a constaté que – sans vouloir aucunement mettre en cause l'intangibilité de la vie – la qualité de la vie et, dès lors, la question de l'autodétermination de l'individu joue un rôle quant à cette disposition (*Pretty*, précité, § 65). La Cour ne « pouvait », selon ses propres termes, « exclure » que l'empêchement, pour la requérante, de faire le choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituerait une fin de vie indigne et pénible, représenterait une atteinte à son droit au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention (arrêt *Pretty*, précité, § 67 ».

²²⁷⁵ *Ibid.*

²²⁷⁶ CHEYNET DE BEAUPRE A., « Refus de soins : sens et interdits », *Revue Droit & Santé*, n°46, Chroniques pp. 175-187.

vie est juridiquement assez complexe. D'abord, la notion de fin de vie²²⁷⁷ est très abstraite, plusieurs formes s'y intègrent dont la distinction est souvent difficilement palpable comme : l'euthanasie, le suicide médicalement assisté, le refus des soins qui mène à la mort, l'arrêt de traitement, le refus de l'acharnement thérapeutique²²⁷⁸, etc. Ensuite, le traitement de la fin de vie met en cause les droits fondamentaux qui découlent de la dignité de la personne, en particulier le droit à la vie, à l'intégrité de la personne, à la protection de la vie privée et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Finalement, il n'existe pas de consensus au sein des États européens quant au droit d'un individu, en l'occurrence de l'enfant, de choisir quand et de quelle manière il veut mettre fin à ses jours²²⁷⁹.

Dans ce domaine de la bioéthique, plus que dans les autres, la préservation du lien conceptuel entre le droit à l'autonomie personnelle et le respect de la dignité humaine s'impose. Ainsi, le respect de la dignité de l'enfant implique, « *entre autres*²²⁸⁰, *qu'il puisse vivre sa propre vie et faire ses propres choix, également en ce qui concerne la recherche biomédicale et les soins* »²²⁸¹

(A). De l'autre côté, toujours par souci du respect de la dignité de l'enfant, nous nous interrogeons si un tiers est légitimé de décider de la fin de vie de l'enfant sans son consentement

(B).

²²⁷⁷ Selon l'art. L. 1110-5-2 du Code de la santé publique français, la fin de vie est définie comme une « *phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable* ».

²²⁷⁸ Sur la confusion sémantique, V. LEGROS B., *L'Euthanasie et le droit, États des lieux sur un sujet médiatisé*, 2e édition, Les Études Hospitalières, 2006, p. 15 ; VIALLA F., « Dérive sémantique et instrumentalisation de l'Euthanasie », in Leca A. (dir.), *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloque d'Aix-en-Provence, 30 novembre – 1er décembre 2007, Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, Collection du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille, Les Études Hospitalières, 2008, p. 257.

²²⁷⁹ V. CourEDH, *Haas c. Suisse*, 20 janvier 2011, § 55 : « *En Suisse, selon l'article 115 du Code pénal, l'incitation et l'assistance au suicide ne sont punissables que lorsque l'auteur de tels actes les commet en étant poussé par un mobile égoïste. À titre de comparaison, les pays du Benelux, notamment, ont décriminalisé l'acte d'assistance au suicide, mais uniquement dans des circonstances bien précises. Certains d'autres pays admettent seulement des actes d'assistance « passive ». Mais la grande majorité des États membres semblent donner plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin. La CEDH en conclut que la marge d'appréciation des États est considérable dans ce domaine.* » Voir également BEYDON L., PELLUCHON C., BELOUCIF S., BAGHDADI H., BAUMANN A., BAZIN J.-E., BIZOUARN P., CROZIER S., DEVALOIS B., EON B., FIEUX F., FROT C., GISQUETM E., GUIBET LAFAYE C., KENTISH-BARNES N., MUZARD O., NICOLAS-ROBIN A., LOPEZ M.O., ROUSSIN F., PUYBASSET L., « Fin de vie, euthanasie et suicide assisté : une mise au point de la Société française d'anesthésie et de réanimation (Sfar), *Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation* 31, 2012, pp. 694–703.

²²⁸⁰ CourEDH, *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, § 101 : « *concept particulièrement imprécis et sujet à des interprétations aléatoires* ».

²²⁸¹ LIEFAARD T., HENDRIKS A., ZLOTNIK D., « From law to practice: towards a roadmap to strengthen children's rights in the era of biomedicine », Commissioned by the Committee on Bioethics (DH-BIO) of the Council of Europe, Universiteit Leiden, 30 juin 2017, p. 10.

A. L'autonomie de l'enfant en tant que droit de mourir en dignité

L'autonomie de l'enfant de décider de la fin de sa vie est conditionnée par une reconnaissance préalable de l'autonomie sanitaire de l'enfant **(1)** et un maintien de l'accord complémentaire de ses représentants légaux **(2)**.

1. L'autonomie sanitaire de l'enfant, précurseur du droit à la fin de vie

Le droit de décider de sa fin de vie représente, il nous semble, une évolution de l'autonomie sanitaire²²⁸² de l'enfant qui suppose la prise en compte du consentement du patient pour tout acte médical²²⁸³. Si l'accord pour les soins n'est pas généralement problématique, l'ambivalence de la société quant à la possibilité pour les enfants de refuser un traitement est assez prononcée **(a)**. Les États sont d'autant plus réticents que le refus des soins puisse entraîner un préjudice irréparable, voire la mort de l'enfant **(b)**.

a) Le refus des soins en tant que participation dans son traitement médical

Le consentement libre et éclairé représente la manifestation la plus explicite du principe de l'autonomie des patients dans le domaine de la santé²²⁸⁴. Chaque procédure médicale doit compter sur le consentement éclairé du patient²²⁸⁵, d'accepter ou refuser le soin. C'est une condition préalable nécessaire et, en principe, le seul élément²²⁸⁶ qui légitime l'acte médical²²⁸⁷. Dans ce sens, la Convention d'Oviedo établit le principe général du consentement libre et éclairé avant toute intervention dans son article 5 et contient une disposition spécifique aux

²²⁸² Dénommée également dans la doctrine anglo-saxonne « medical majority ». Voir CALLUS T., FEUILLET-LIGER B., IDA R. (dir.), *Adolescents, Autonomy and Medical Treatment, Divergence and Convergence Across the Globe*, Brussels, Belgium : Bruylant, 2012.

²²⁸³ FURKEL F., « Adolescents and Medical Treatment in the Federal Republic of Germany: A Growing Autonomy Despite the Regrettable Silence of the Legislator », in Callus T., Feuillet-Liger B., Ida R. (dir.), *préc.*, p. 78.

²²⁸⁴ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 136 : « la liberté d'accepter ou de refuser un traitement médical spécifique ou de choisir une forme alternative de traitement médical, est vital aux principes d'autodétermination et d'autonomie personnelle ».

²²⁸⁵ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4.IV.1997, art. 5 : « Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. »

²²⁸⁶ La vaccination obligatoire représenterait l'exception à cette règle. En effet, la vaccination est considérée une procédure médicale altruiste « parce que les avantages de la vaccination pour les individus sont souvent compensés par leurs avantages pour la société. La balance autonomie / communautarisme est donc pertinent pour la vaccination. » Voir PYWELL S., « Vaccination and Other Altruistic Medical Treatments: Should Autonomy or Communitarianism Prevail », 4 *Medical Law International*, 2000, p. 223.

²²⁸⁷ RODRIGUEZ-VAZQUEZ V., « The role of advanced directives regarding the patient's consent. View held by the first Spanish Act regulating the patient's autonomy and differences with the common law tradition », *Medical Law International* 13 (4), p. 244.

enfants dans son article 6. Toutefois, cet article prévoit que la décision d'autoriser une intervention revient aux parents lorsque le mineur n'a pas la capacité de consentir. Il est précisé que « *l'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité* ». Par conséquent, même si les enfants n'ont pas un droit au consentement, ils doivent être entendus²²⁸⁸. Refuser de respecter les souhaits de l'enfant dans ces circonstances violerait clairement le droit de l'enfant d'être entendu²²⁸⁹ et son droit à l'intégrité physique et psychologique²²⁹⁰.

Cette autonomie de l'enfant a été auparavant consacrée dans la célèbre affaire *Gillick*, déjà mentionnée. Cependant, elle ne contient pas, selon la plupart d'auteurs, la liberté de refuser aux soins. En effet, ce constat a abouti à soi-disant « *retraite de Gillick* »²²⁹¹, ce que signifie la société européenne n'est pas encore totalement prête à reconnaître un droit express au refus des soins par l'enfant. Dans une affaire britannique plus récente, *Re R (À Minor) (Wardship: Consent to Treatment)*²²⁹², les juges ont examiné plus en détail les conditions préalables à la reconnaissance de la capacité de l'enfant. En partant de l'opinion du Lord Scarman dans l'affaire *Gillick*, Lord Donaldson a conclu que la capacité à consentir « *exigeait non seulement que l'enfant comprenne la procédure médicale envisagée, mais aussi qu'il comprenne et apprécie pleinement les conséquences du traitement en termes d'effets secondaires possibles et, ce qui est tout aussi important, les conséquences anticipées d'un défaut de traitement* »²²⁹³. Plus brièvement, cela signifie que plus la maladie et le traitement sont complexes et plus les conséquences du refus sont graves, plus la compréhension de l'enfant devra être sophistiquée²²⁹⁴.

Michael Freeman a été très clair par rapport à cette question. Il dit qu'« *un enfant peut dire « oui » à un traitement médical, mais ne peut pas dire « non* »²²⁹⁵. Pourtant, son constat n'a pas

²²⁸⁸ ZERMATTEN J., « La position de l'enfant face au traitement médical : consentement, refus, droit d'être entendu, intérêt supérieur », in *Newsletter CSDH*, n°16, 17 septembre 2014.

²²⁸⁹ Par exemple, l'article L.1111-4 du code de la santé publique français précise que « *le consentement du mineur (...) doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ».

²²⁹⁰ ZILLÉN K., GARLAND J., SLOKENBERGA S., *The Rights of Children in Biomedicine: Challenges posed by scientific advances and uncertainties*, Committee on Bioethics for the Council of Europe, Rapport soumis le 11 janvier 2017, pp. 69-70.

²²⁹¹ « Retreat from Gillick » (anglais); BRIDGE C., « Adolescents and Mental Disorder: Who Consents to Treatment », 3 *Medical Law International*, 1997, p. 55.

²²⁹² *Re R (A Minor) (Wardship: Consent to Medical Treatment)* [1992] Fam 11, [1992] 1 FLR 190, [1991] 4 All ER 177

²²⁹³ *Ibid.*

²²⁹⁴ BRIDGE C., *préc.*, p. 6.

²²⁹⁵ FREEMAN M. D. A., « Re-thinking Gillick », 13 *International Journal of the rights of the child*, 2005, p. 211. Original : « *A child can say "yes" to medical treatment but cannot say "no"* ».

rencontré l'unanimité. La détermination des capacités de l'enfant de prendre une décision éclairée ne doit pas être liée à la nature de l'acte et à l'âge du patient²²⁹⁶. L'âge de l'enfant, normalement, ne devrait pas constituer un empêchement dans la réalisation du droit de refuser un soin, dès lors qu'il ne l'est pas pour l'acte de consentement. Selon Sarah Elliston, « *si le respect de l'autonomie est la valeur centrale qui lui est généralement accordée en droit et en soins de santé, ceux qui sont capables de l'exercer ne devraient pas être privés de la liberté de le faire simplement parce qu'ils n'ont pas atteint l'âge qu'il est fixé pour l'âge adulte* »²²⁹⁷.

En effet, si une telle différenciation entre le consentement et le refus des soins est faite, c'est parce que les exigences par rapport aux compétences de l'enfant dans les deux cas sont différentes. Selon Stephen Gilmore et Jonathan Herring, un consentement aux soins, tant qu'il n'affectera son exercice ultérieur de l'autonomie, est *fortement* autonome. En revanche, un refus de soins qui est susceptible d'entraver l'exercice de son autonomie potentielle est dans tous les cas *faiblement* autonome²²⁹⁸. De même, les auteurs trouvent nécessaire de distinguer la portée d'un refus de soin face au refus du traitement en général. Dans le premier cas, l'enfant peut s'opposer à un soin au profit de l'autre qui mènerait au même résultat. Par contre, il n'aura pas la capacité juridique de refuser tous les soins²²⁹⁹.

Donc, compte tenu des principes de l'autonomie développementale de l'enfant, dans les soins médicaux où le pronostic vital n'est pas engagé, la volonté du mineur compétant, qui exprime librement son consentement ou refus devrait être respectée. Le droit à l'autodétermination est ainsi pris en compte jusqu'à la situation où le refus des soins risque de mettre sa vie en danger, donc de toucher à son autonomie potentielle. Cet argument perd son caractère juridique dès qu'il s'agit de l'imminence de la mort de l'enfant.

²²⁹⁶ Selon LANSOWN G., dans le domaine médical, parmi les éléments principaux d'aptitude décisionnelle de l'enfant doivent figurer : « *La capacité de comprendre et de transmettre les informations pertinentes - l'enfant doit être capable de comprendre les alternatives disponibles, d'exprimer une préférence, d'exposer ses préoccupations et de poser des questions pertinentes ; La capacité de penser et de choisir avec une certaine autonomie - l'enfant doit être capable d'exercer un choix indépendamment de toute contrainte ou manipulation, et de réfléchir clairement aux problèmes ; La capacité d'évaluer les avantages, les risques et les dommages potentiels - l'enfant doit être capable de comprendre les conséquences des différents modes d'action, de leurs effets sur son existence, des risques encourus et des répercussions à court et à long terme. ; La possession d'une échelle de valeurs relativement stable - L'enfant doit avoir une base de valeurs à partir de laquelle il puisse décider* ». Voir LANSDOWN G., *Les capacités évolutives de l'enfant*, Centre de recherche Innocenti, UNICEF, 2005, p. 71.

²²⁹⁷ ELLISTON S., *The best interests of the child in healthcare*, Routledge, 2007, p. 75.

²²⁹⁸ GILMORE S., HERRING J., « No Is the Hardest Word: Consent and Children's Autonomy », 23 *Child and Family Law Quarterly*, 2011, p. 22.

²²⁹⁹ *Ibid.*, p. 11.

b) Le refus des soins en tant que synonyme de la fin de vie de l'enfant

Ainsi, un enfant peut avoir la capacité juridique de consentir à un traitement sans être en mesure de le refuser. Toutefois, la pratique montre que la décision de l'enfant est prise en compte quand ses chances de survie sont nulles. Nous avons partialement évoqué ce sujet dans le contexte religieux, mais l'enfant peut exprimer cette volonté sans être religieusement influencé. Ce dernier cas semble être juridiquement « plus simple », car le nombre des droits concurrents dans la formule de la balance des droits s'amincit. Le droit de l'enfant à la fin de vie, indifféremment de sa forme, peut trouver sa légitimité dans le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, il peut y avoir des situations où la préservation de la vie soit contraire à ce principe²³⁰⁰. Dans l'affaire britannique *Re B*²³⁰¹, le juge Templeman explique que l'arrêt des traitements de l'enfant peut survenir lorsque : « *the life of this child is demonstrably going to be so awful that in effect the child must be condemned to die* »²³⁰². L'intérêt supérieur de l'enfant, y compris dans le domaine médical, peut atteindre l'objectivité maximale à condition d'être établi par l'enfant lui-même. Selon cette logique, un adolescent compétent, en étant le définisseur primordial de son intérêt supérieur, peut demander la mort.

Une des formes légales de la fin de vie de l'enfant déterminée par l'expression de sa volonté, conditionnée à un consentement « libre et éclairé », serait le refus de l'acharnement thérapeutique. En France, par exemple, il n'existe pas un cadre légal particulier et explicite concernant les enfants. Mieux encore, le Conseil d'État a considéré que ni les directives anticipées ni les dispositions qui prévoient la désignation d'une personne de confiance ne sont applicables à l'enfant²³⁰³. Toutefois, le Code de la santé dispose que « *le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* »²³⁰⁴. De même, « *le médecin doit, dans l'examen de la situation propre de son patient, être avant tout guidé par le souci de la plus grande bienfaisance à son égard, et, lorsque le patient est un enfant, faire de l'intérêt supérieur de celui-ci une considération primordiale* »²³⁰⁵. De surcroît, la valeur de la volonté du mineur est, entre autres, confirmée par le juge du Conseil d'État dans l'affaire *Inès*²³⁰⁶. En l'espèce, bien qu'il s'agisse

²³⁰⁰ MACLEAN A. R., « The Human Rights Act 1998 and the Individual's Right to Treatment », 4 *Medical Law International*, 2000, p. 250.

²³⁰¹ *Re B (a minor) (wardship: medical treatment)* [1990] 3 All ER 927, § 929.

²³⁰² *Ibid.*

²³⁰³ CE, 6 déc. 2017, n°403944.

²³⁰⁴ Code de la santé, article L1111-4.

²³⁰⁵ Conseil d'État, *préc.*, point 11.

²³⁰⁶ CE, 5 janvier 2018, n° 416689. Voir Inspection générale des affaires sociales, *Évaluation de l'application de la loi du 2 février 2016 sur la fin de vie*, Rapport, t. 1, p. 82.

d'une adolescente de 14 ans hors conscience, le juge oblige le médecin de « *rechercher, en consultant sa famille et ses proches et en tenant compte de l'âge du patient, si sa volonté a pu trouver à s'exprimer antérieurement* »²³⁰⁷.

Avec ceci pourtant, nous ne pouvons que constater, sur l'exemple du cas français, que la loi sur la fin de vie se rapportant à l'enfant s'avère insuffisante²³⁰⁸. On peut admettre que le juge, devant une situation de consentement éclairé de refus des soins par un enfant capable et sans sorts de guérison, et en se basant sur les principes du droit international pourra disposer l'arrêt des traitements. Nonobstant, la plupart de cas se présentant au juge concerne des patients mineurs hors conscience. Ces affaires présentent à leurs tours des particularités.

En revanche, la forme de fin de vie de l'enfant réglementée d'une façon plus claire en Europe, c'est l'euthanasie²³⁰⁹, « *une action ou une omission mettant intentionnellement fin à la vie d'une personne pour la délivrer de ses souffrances* »²³¹⁰. En sachant que le fondement juridique de l'euthanasie est la demande du patient, on se retrouve devant l'exercice juridique de l'établissement de la compétence de l'enfant, mais également de l'accord des parents.

2. Une autonomie relationnelle confirmée pour la fin de vie de l'enfant

À part les strictes conditions d'ordre médical à prendre en compte pour la mise en œuvre du droit de l'enfant à l'euthanasie, celle-ci s'avère juridiquement **(a)** et éthiquement **(b)** valable uniquement à condition d'être une codécision de l'enfant et de ses représentants légaux.

a) Une reconnaissance européenne inédite de l'euthanasie des mineurs

La reconnaissance à l'enfant du droit à l'euthanasie²³¹¹ est clairement un acte de renforcement de son autonomie participative et développementale²³¹². Ce qu'autre fois paraissait

²³⁰⁷ *Ibid.*, point 9.

²³⁰⁸ Selon le Rapport sur la fin de vie, précité, § 444 : « une étape supplémentaire pourrait être franchie en accordant la possibilité aux mineurs de rédiger des directives anticipées ou désigner une personne de confiance dès 15 ans, dans l'esprit de la disposition du Code civil prévoyant que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

²³⁰⁹ En Europe, la source du droit qui a légitimé par la suite le respect du refus du patient de toute forme d'acharnement thérapeutique est considérée la Recommandation 779 (1976) du Conseil de l'Europe, Droit des malades et des mourants, où le syntagme « droit à mourir dignement » trouve son origine. Voir Conseil de l'Europe, « Le droit face aux dilemmes moraux concernant la vie et la mort », *Actes du 20ème Colloque de droit européen*, Glasgow, 10-12 septembre 1990.

²³¹⁰ Institut Européen de Bioéthique, « Fin de vie, s'entendre sur les mots », Fiche didactique n°12. Voir sur <https://www.ieb-eib.org/fr/>

²³¹¹ Selon le Comité consultatif de bioéthique, « *l'acte pratiqué par un tiers qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci* ». Sur cette pratique en Europe, V. MCLEAN S. A. M., « Euthanasia and Law in Europe », 10 *Medical Law International*, 2009, p. 76.

²³¹² ZILLÉN K., GARLAND J., SLOKENBERGA S., *préc.*, p. 72.

inconcevable, aujourd'hui devient réalité, car on parle de l'euthanasie des mineurs. Dans les années '70, des craintes par rapport à « l'élargissement du champ d'application de l'euthanasie ²³¹³ » étaient largement exprimées. À ce jour, deux pays de l'Europe, les Pays-Bas et la Belgique, sont les créateurs d'un nouveau droit subjectif de l'enfant, celui de demander d'être euthanasié.

La loi néerlandaise est la pionnière de la dépénalisation de l'euthanasie en Europe, y compris pour les mineurs²³¹⁴. Vu l'article 2 de cette loi, dès l'âge de 12 ans, l'enfant peut valablement demander l'euthanasie à condition que les parents « consentent » ou soient « associés » à cette demande. Le même article reconnaît explicitement la validité des demandes anticipées d'euthanasie rédigées par des mineurs d'au moins 16 ans. Le cadre fixé par la loi reste pourtant contraignant. La loi belge adoptée plus tard, en 2014, évolue dans l'appréhension de l'autonomie de l'enfant concernant l'acte de l'euthanasie. La révolution de cette loi réside dans l'établissement d'un critère subjectif d'appréciation de l'autonomie de l'enfant de demander l'euthanasie. Elle ne limite pas ce droit à un certain âge. En effet, tout enfant devient sujet de ce droit tant que la condition « *d'être doté de la capacité de discernement et se trouvant dans une situation médicale sans issue de souffrance physique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui entraîne le décès à brève échéance, et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable* »²³¹⁵ est remplie. La mise en œuvre de ce droit est plus stricte par rapport aux mineurs non-émancipés, car en dehors des conditions générales, elle est soumise à des exigences spéciales. En l'occurrence, afin d'établir la capacité de l'enfant de prendre une telle décision, la loi exige de « *consulter un pédopsychiatre ou un psychologue qui prend connaissance du dossier médical, examine le patient, s'assure de la capacité de discernement du mineur, et l'atteste par écrit* »²³¹⁶. Finalement, comme dans le cas de la loi néerlandaise, une décision d'euthanasie d'un mineur capable ne peut pas être prise sans l'accord préalable de ses représentants légaux²³¹⁷.

²³¹³ TORRELLI M., « Introduction », in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 12 se référant à l'illustre médecin, le professeur Louis Portes, qui enseignait : « *Il est à craindre qu'on élargisse le champ d'application en faisant valoir tantôt l'efficiencia sociale, tantôt la science, tantôt la compassion. De l'euthanasie de l'agonie on passera à celle de l'incurable, de l'euthanasie privée à l'euthanasie collective frappant les grands criminels, les délinquants tenus pour anormaux, et pourquoi pas à l'extrême, l'euthanasie ne frapperait-elle pas telle ou telle collectivité raciale ?* »

²³¹⁴ Loi néerlandaise du 12 avril 2001 relative au contrôle de l'interruption de vie pratiquée sur demande et au contrôle de l'assistance au suicide, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2002.

²³¹⁵ Loi belge relative à l'euthanasie, entrée en vigueur le 20 septembre 2002, article 3§1.

²³¹⁶ *Ibid.*, article 3§2°7.

²³¹⁷ *Ibid.*, article 3§4.

L'euthanasie ne peut pas, en principe, être rejetée pour cause de conservation de l'autonomie potentielle de l'enfant. Cela est dû aux conditions particulières de mise en pratique de la procédure. Toutefois, « *lorsqu'un pays adopte une approche libérale, des mesures appropriées de mise en œuvre d'une telle législation libérale et des mesures de prévention des abus s'imposent.* »²³¹⁸

b) Une acceptation internationale « difficile » de l'euthanasie des mineurs

Le premier à se prononcer sur l'euthanasie des mineurs a été le Comité des droits de l'Homme. Dans un esprit de « profonde préoccupation », il constate que la loi belge de 2002 s'applique également aux mineurs, alors qu'il est « *difficile de concilier une décision réfléchie visant à mettre fin à sa propre vie et les facultés en évolution et en maturation des mineurs. Étant donné le caractère irréversible des actes d'euthanasie et d'aide au suicide, le Comité souligne qu'il considère que les mineurs doivent bénéficier d'une protection particulière* »²³¹⁹.

Cette conclusion a été reprise par le Comité des droits de l'enfant afin d'exprimer clairement sa position réticente face à l'euthanasie des mineurs²³²⁰. Son attitude plutôt inquiète est assez saisissable dans les Observations finales adressées aux Pays-Bas. Dans concrètement cette question, le Comité privilégie la référence à la « protection spéciale » de l'enfant aux « capacités évolutives » de l'enfant²³²¹. Notamment, il exprime sa préoccupation tant par rapport aux pratiques d'euthanasie sur les nouveau-nés, que sur les adolescents jusqu'à 16 ans. Le Comité déploie notamment le contrôle exercé sur de telles demandes, « *d'une part parce qu'il n'intervient qu'a posteriori et d'autre part parce que les médecins ne notifient pas tous les cas* »²³²². Il recommande, ainsi, « *de prendre toutes les mesures nécessaires pour contrôler plus strictement la pratique de l'euthanasie* »²³²³. Le ton du Comité s'est montré plus catégorique avec chaque observation générale ultérieure concernant ce sujet²³²⁴. Dans son

²³¹⁸ CourEDH, *Haas c. Suisse*, préc., § 57.

²³¹⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du pacte, *Observations finales du Comité des droits de l'homme Pays-Bas*, CCPR/CO/72/NET, 27 août 2001, § 5.

²³²⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Trente cinquième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, *Observations finales : Royaume des Pays Bas* (Pays Bas et Aruba), CRC/C/15/Add.227, 26 février 2004, § 34.

²³²¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/C/15/Add.227, préc., § 34 a) ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Cinquantième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, *Observations finales : Pays-Bas*, CRC/C/NLD/CO/3, 27 mars 2009, § 31 a).

²³²² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/C/15/Add.227, préc., § 33.

²³²³ *Ibid.*, § 34 b).

²³²⁴ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/C/NLD/CO/3, préc., § 30 : « *Le Comité note à nouveau avec préoccupation que l'euthanasie ne donne pas lieu à poursuites si elle est pratiquée par un médecin dans le respect des critères expressément énoncés au paragraphe 2 de l'article 293 du Code pénal et selon les procédures prescrites par les textes législatifs et réglementaires.* »

dernier rapport concernant les Pays-Bas, le Comité étend sa préoccupation à tous les enfants, y compris les adolescents entre 16 et 18 ans²³²⁵ et recommande carrément « *d'étudier la possibilité d'abolir la pratique de l'euthanasie sur des patients âgés de moins de 18 ans* »²³²⁶. Cette position, en réalité, met en cause la philosophie du Comité sur l'application de la *capability approach* dans la détermination de l'autonomie de l'enfant.

En ce qui concerne la pratique de l'euthanasie des mineurs en Belgique, le Comité s'est prononcé uniquement dans ses dernières Observations finales. Il expose, d'une façon laconique et prudente, voire même non-concordante avec sa position dans le cas des Pays-Bas, que : « *The Committee reminds the State party of the need to ensure the fullest possible review and control of decisions on euthanasia in relation to children, including by a judge, to guarantee that such decisions are not the subject of undue influence or misapprehension* »²³²⁷.

En effet, nous pouvons constater que très peu d'éclaircissements et de développements officiels et doctrinaux ont été menés sur ce sujet. La CourEDH, malgré des attentes, n'a pas prodigué une jurisprudence éloquente, en accordant à l'État une très large marge d'appréciation sur ce sujet.

B. Une « dignité » par la mort opposée à l'autonomie de l'enfant

Une autre interprétation de la dignité présente cette notion en tant que « contrainte »²³²⁸ à la mise en œuvre de l'autonomie de l'enfant. Car la particularité de cette voie de décès de l'enfant c'est que la décision de mourir n'est pas prise par l'enfant lui-même, ni même par ses représentants légaux. La mort est précédée par une décision du corps médical, appelé communément le refus d'acharnement thérapeutique (1), largement soutenue par l'État (2).

²³²⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observations finales concernant le quatrième rapport périodique des Pays-Bas*, CRC/C/NLD/CO/4, 16 juillet 2015, § 28.

²³²⁶ *Ibid.*, § 29 d).

²³²⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapports périodiques*, CRC/C/BEL/CO/5-6, 28 février 2019, § 18.

²³²⁸ BYLEVELD D., BROWNSWORD R., *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford: Oxford University Press, 2001 cité dans LIEFAARD T., HENDRIKS A., ZLOTNIK D., *préc.*

1. La prééminence du médecin face aux parents dans l'évaluation du respect de la dignité de l'enfant

Le Professeur Dieter Giesen a remarquablement souligné dans son intervention sur la fin de vie que « *le droit humain à la décision personnelle est une valeur inaliénable et (...) ne peut pas être conféré à autrui* »²³²⁹. Le professeur a suggéré ainsi de repenser le rôle du médecin, notamment en ce qui concerne les décisions à prendre relatives à la fin de vie du patient (b), qui dans la plupart des cas se fondent sur des appréciations théoriques très subjectives²³³⁰ (a).

a) Une interprétation « scientifique » de la dignité de l'enfant

Dans ce contexte, le terme dignité revêt un sens particulier, cette fois-ci opposé à la notion d'autonomie. On considère que la dignité de l'enfant est compromise lorsqu'il se trouve dans des conditions « *de troubles ou des déformations graves associés à une souffrance qui ne peut être soulagée et pour qui il n'y a aucun espoir d'amélioration* »²³³¹. Dans ces conditions, le corps médical en ignorant la volonté du patient qui se trouvent dans un état qui ne lui permet pas de l'exprimer, ou bien il s'agit un nouveau-né, prend une décision médicale à l'encontre de l'autonomie du mineur. La CourEDH n'a pas encore eu le courage de « *reconnaître la primauté de l'autonomie de la personne sur la décision d'un tiers en matière de fin de vie* »²³³². Néanmoins, dans l'arrêt Glass de 2004²³³³ elle estimée pour la première fois qu'il y avait eu violation de l'article 8 quand la conduite du personnel médical visant à arrêter la réanimation, mais à administrer de la morphine, est passée outre l'objection de la mère du patient mineur. L'affaire Glass est le meilleur exemple de la manière dont le pouvoir judiciaire a subordonné les droits du patient mineur au « jugement clinique » du médecin²³³⁴.

Ainsi, le refus de l'acharnement thérapeutique est une exception au caractère volontaire de la demande d'euthanasie concerne les enfants « *condamnés à des souffrances jugées intolérables*

²³²⁹ GIESEN D., « Le terme de la vie : le droit et les dilemmes éthiques/moraux » in Conseil de l'Europe, *Le droit face aux dilemmes moraux concernant la vie et la mort*, Actes du 20^e colloque de droit européen, Glasgow, 10-12 septembre 1990, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1992, pp. 104-105.

²³³⁰ *Ibid.*, pp. 90-130.

²³³¹ VERHAGEN E., M.D., J.D., SAUER P. J. J., « The Groningen Protocol - Euthanasia in Severely Ill Newborns », *The New England Journal of Medicine*, 2005, p. 959.

²³³² BYC C., « Euthanasie et dignité, entre compassion et droit » in Leca A. (dir.), *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloque d'Aix-en-Provence, 30 novembre-1^{er} décembre 2007, LEH Editions, 2008, p. 76.

²³³³ CourEDH, *Glass c. Royaume-Uni*, 9 mars 2004.

²³³⁴ MACLEAN A. R., « The Human Rights Act 1998 and the Individual's Right to Treatment », *4 Medical Law International*, 2000, p. 253.

et sans aucune perspective de bénéficier un jour d'une « qualité de vie » suffisante »²³³⁵. Sauf qu'il s'avère être difficile de mesurer scientifiquement la souffrance qui est considérée comme un sentiment subjectif²³³⁶, comme c'est objectivement difficile d'assurer scientifiquement la gravité de la maladie. Il existe également une dissonance d'interprétation médicale et juridique des termes. Dans l'affaire Charles Gard, par exemple, la Cour d'Appel britannique pointe à juste titre que la signification du mot « futile » employé par le corps médical afin d'argumenter l'inutilité des soins est distincte du concept d'inutilité en droit. Selon la Cour d'Appel, alors que « *la médecine recherche une réelle possibilité de guérir ou au moins de pallier la maladie potentiellement mortelle ou la maladie dont souffre le patient, la loi a l'objectif d'apporter un bénéfice au patient même s'il n'a aucun effet sur la maladie ou l'invalidité sous-jacente* »²³³⁷.

Toutefois, la décision du Conseil d'État qui a statué dans l'affaire *Marwa*²³³⁸ en faveur du maintien des traitements de l'enfant confirme la crainte d'une évaluation subjective du pronostic vital. En l'espèce, l'équipe médicale décide d'arrêter le traitement thérapeutique et de débrancher l'appareil respiratoire qui maintient l'enfant en vie. Les médecins fondaient leur décision sur le diagnostic suivant : « *Marwa est consciente, mais atteinte d'un déficit moteur majeur et irréversible* », « *une atteinte neurologique sévère et définitive* ». Autres trois experts ont estimé que Marwa serait « *incapable de faire des gestes de la vie courante et de pouvoir se déplacer, même en fauteuil électrique* », qu'elle resterait « *dépendante d'une suppléance respiratoire* » et « *d'une alimentation artificielle* ». Le Conseil d'État décide de suspendre la décision d'arrêter les traitements. Il estime que, étant donné que le délai n'a pas été suffisamment long pour évaluer de manière certaine les conséquences des lésions neurologiques, la poursuite des traitements ne caractérise pas une obstination déraisonnable. Le Conseil argumente sa décision en se fondant sur les éléments d'amélioration de l'état de conscience de l'enfant et sur l'incertitude quant à l'évolution future de cet état²³³⁹.

²³³⁵ DEBOIS B., ZEEGERS J., « L'euthanasie des nouveau-nés et le protocole de Groningen », dossier de Institut européen de bioéthique, p. 1, voir sur <https://www.ieb-eib.org/fr/document/leuthanasie-des-nouveaux-nés-et-le-protocole-de-groningen-377.html> (23.10.2018)

²³³⁶ ZILLÉN K., GARLAND J., SLOKENBERGA S., *préc.*, p. 70.

²³³⁷ *Yates and Anor v Great Ormond Street Hospital For Children NHS Foundation Trust and Anor* [2017] EWCA Civ 410, § 44: « *In relation to the judge's use of the word "futile" it is argued that there is a distinction between the medical definition of futility and the concept of futility in law, as emphasised by the Supreme Court in Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v James* [2014] AC 591. *Medicine looks for "a real prospect of curing or at least palliating the life-threatening disease or illness from which the patient is suffering", whereas, for the law, this sets the goal too high in cases where treatment "may bring some benefit to the patient even though it has no effect on the underlying disease or disability" (Baroness Hale at paragraph 43)*», cité dans *CourEDH, Charles Gard c. Royaume-Uni, préc.*, § 6.

²³³⁸ CE, 8 mars 2017, n° 408146.

²³³⁹ Inspection générale des affaires sociales, *Évaluation de l'application de la loi du 2 février 2016 sur la fin de vie*, t. 1, avril 2018, p. 82.

Il est d'autant plus incompréhensible, du point de vue du respect de la dignité et de l'autonomie de l'enfant, quand derrière les raisons invoquées par les médecins qui refusent l'acharnement thérapeutique se cachent des motifs d'ordre « économique ».

b) Un détournement de la mission du médecin

Afin de comprendre le rôle du médecin, la qualification de l'acte de soin en général et de l'acte de médical en particulier s'impose. Le Traité de droit médical définissait ainsi l'acte médical : « *l'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui* ²³⁴⁰ ». L'ambivalence de l'acte médical apparaît alors en ce qu'il est ancré à la fois dans la science et la technique, mais encore dans une dimension humaniste qui fait de la personne du patient la fin et la valeur suprême ²³⁴¹. Dès lors, il est d'autant plus compliqué de comprendre les raisons d'un médecin de refuser un soin à l'adulte, mais encore davantage à l'enfant. Hormis les raisons déontologiques qu'on n'étudiera pas et celles scientifiques qu'on vient de voir, les considérations d'ordre économique semblent justifier ce manquement. Il s'agit là d'une limite à la liberté de prescription du médecin dans un souci de régulation des dépenses de santé ²³⁴². Nous assistons, et on va emprunter l'expression au professeur Marguénaud, à « *un mouvement de dévitalisation des droits de l'Homme* » ²³⁴³, qui préfère les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires. Le professeur Beddard s'est interrogé à juste titre : « *questions arise in relation to the cost of medical care. There have been examples where a hospital authority, unable to afford kidney machines for all patients, has put an arbitrary upper age limit on their provision. Will a law which allows a health authority to save the life of one person, but refuse to do so for someone a year older, pass scrutiny under Article 2.* » ²³⁴⁴

D'autre part, il existe l'opinion que la mission du médecin n'est pas forcément de prolonger la vie. Notamment, dans les années '70, quand le principe à l'autodétermination prend contour dans le règlement européen sur le droit des malades et des mourants, un document du Vatican prévoit que : « *le devoir du médecin consiste davantage à s'employer à calmer la souffrance plutôt qu'à prolonger aussi longtemps que possible, par n'importe quel moyen et dans*

²³⁴⁰ SAVATIER R., AUBY J. M., SAVATIER J., PEQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, 1956, Litec, p. 11.

²³⁴¹ VIALLA F., « Protection de l'intégrité corporelle des enfants », *Revue Droit & Santé* n°57, *Droits des patients*, p. 939.

²³⁴² En France, L. 162-2-1 du Code de la sécurité sociale.

²³⁴³ MARGUENAUD J.-P., « La trahison des étrangers sidéens », *RTD civ.* 2008, p. 644.

²³⁴⁴ BEDDARD R., *Human Rights and Europe*, Cambridge: Grotius Publications Limited, 1993, p. 78.

n'importe quelle condition, une vie qui va naturellement vers sa fin »²³⁴⁵. Donc, il paraît que l'expression « *par n'importe quel moyen et dans n'importe quelle condition* » couvrirait les considérations d'ordre financiers aussi. De même, cette même expression donnerait la prééminence aux intérêts étatiques et signifierait le recul des droits fondamentaux devant leurs exigences.

Le détournement de la mission du médecin trouve en effet sa genèse dans le caractère non-absolue du droit à la vie²³⁴⁶. Ce phénomène est en réalité conforté par les contraintes « morales » à l'obligation positive de l'État de protéger la vie de la personne. D'abord, le principe de la justice distributive enlève le devoir étatique de protection de la vie d'un individu s'il se traduit par une réduction de la protection offerte à la vie d'une autre personne²³⁴⁷. Ensuite, le devoir de l'État de protéger la vie de ses membres n'existe que dans la mesure où il dispose des ressources nécessaires²³⁴⁸.

Les affaires de la CourEDH sur l'obstination déraisonnable des patients mineurs en fin de vie, en l'occurrence, illustrent implicitement, mais fidèlement cette réalité.

2. La prééminence de l'État face aux parents dans les questions de la fin de vie de l'enfant

Lors d'un conflit d'interprétation de l'autonomie et de dignité de l'enfant dans la sphère bioéthique entre le corps médical et les représentants légaux de l'enfant, l'État se présente en tant que dernier décideur. C'est surtout significatif dans les affaires concernant l'obstination déraisonnable (a). La prééminence étatique dans la définition de « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans ces questions est également confirmée par la CourEDH (b).

²³⁴⁵ Conseil de l'Europe, « Le droit face aux dilemmes moraux concernant la vie et la mort », *préc.*, p. 26.

²³⁴⁶ WICKS E., « When Is Life Not in Our Own Best Interests: The Best Interests Test as an Unsatisfactory Exception to the Right to Life in the Context of Permanent Vegetative State Cases », 13 *Medical Law International*, 2013, p. 76.

²³⁴⁷ MACLEAN A. R., « The Human Rights Act 1998 and the Individual's Right to Treatment », 4 *Medical Law International*, 2000, p. 254.

²³⁴⁸ *Ibid.* : « 1. material resources such as number of dialysis machines or intensive care beds available; 2. manpower resources such as the number of doctors or nurses; and 3. technical resources such as the scientific, medical or technological limits to our current knowledge and ability. »

a) Un cadre juridique national contradictoire relatif à l'autonomie de l'enfant en fin de vie

L'acceptation du rôle des parents dans les questions de fin de vie des enfants s'avère être contradictoire avec celui généralement appréhendé dans la sphère de la bioéthique. En effet, à défaut des capacités de l'enfant de consentir aux soins, le pouvoir décisionnel doit incomber en premier lieu aux parents de l'enfant qui sont tenu d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant²³⁴⁹. En générale, même si dans ces questions le rôle de la famille²³⁵⁰ n'est pas juridiquement bien défini et reste « *variable selon les pays et en fonction des contextes sociaux et culturels (...), la consultation des membres de la famille comme des proches, compte tenu des liens affectifs et de l'intimité avec le patient, est particulièrement importante* »²³⁵¹.

Cependant, on constate que le rôle des parents dans les cas de fin de vie des enfants s'avère être fortement diminué²³⁵². Malgré le caractère relationnel de l'autonomie de l'enfant, notamment lorsque le traitement concerne une maladie grave ou que la vie de l'enfant est en danger, les lois sur des questions relatives à l'arrêt des traitements des patients subordonnent généralement l'avis des parents à celui du corps médical. Dans la loi française²³⁵³, en l'occurrence, il n'y a aucune référence à l'avis des parents dans les décisions d'arrêt des traitements visant les patients mineurs. Son caractère non-impératif s'entrevoit également dans la disposition du Code de la santé publique qui affirme qu'« *un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement* »²³⁵⁴. De l'autre côté, l'importance « particulière »²³⁵⁵ de l'avis des parents est invariablement rappelée par le Conseil d'État, même si, dans l'hypothèse où le médecin n'est pas parvenu à un accord avec les parents ou les représentants légaux de l'enfant « *il lui appartient, s'il estime que la poursuite du traitement traduirait une obstination déraisonnable, après avoir mis en œuvre la procédure collégiale, de prendre la décision de limitation ou*

²³⁴⁹ Art. 6.2 Convention d'Oviedo : « 2. Lorsque, selon la loi, un mineur n'a pas la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi. »

²³⁵⁰ Voir FEUILLET B., ORFALI K., CALLUS T. (dir.), *Families and End-of-Life Treatment Decisions: An International Perspective*, Brussels: Belgium: Bruylant, 2013.

²³⁵¹ Conseil de l'Europe, *Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie*, mai 2014, p. 2014.

²³⁵² Inspection Générale des Affaires Sociales, *Évaluation de l'application de la loi du 2 février 2016 sur la fin de vie*, t. 1, Rapport établi par Pr. Luc BARRET, Stéphanie FILLION et Louis-Charles VIOSSAT, avril 2018, § 380.

²³⁵³ LOI n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF n°0028 du 3 février 2016.

²³⁵⁴ Code de la santé publique, Article R. 4127-42.

²³⁵⁵ Conseil d'État, 5 janvier 2018, n° 416689.

d'arrêt de traitement »²³⁵⁶. Cette position n'est pas, selon le Conseil d'État, contraire « à l'article 6 § 2 de la convention européenne pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997, qui prévoient que, lorsqu'un mineur n'a pas la capacité de consentir à une intervention, " celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi " ». En Grande-Bretagne, la loi aurait l'apparence d'être plus orientée sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, le fait de désigner par la High Court d'un tuteur censé d'agir et prendre des décisions dans l'intérêt de l'enfant²³⁵⁷ déprécie davantage le rôle des parents. Il semble utopique de concevoir la volonté des parents de garder leur enfant en vie en tant que contraire à son intérêt supérieur. La Cour de Strasbourg ne contribue pas à l'analyse du sujet sous le prisme de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, dans les affaires sur l'arrêt des traitements concernant des patients mineurs, le juge européen ne procède pas à un contrôle au fond des lois existantes dans les États, bien au contraire, il rappelle systématiquement la marge d'appréciation des États en matière de l'aménagement de la décision finale d'arrêt des traitements.

b) L'ignorance de la CourEDH d'interpréter l'autonomie de l'enfant en fin de vie

Dans l'affaire *Djamila Afiri et Mohamed Biddarr c. France*²³⁵⁸, les parents d'une patiente mineure de 14 ans ont notamment contesté la loi française qui autorisait la décision médicale unilatérale d'arrêt de traitement sous l'angle de l'article 2 et 8 de la CEDH. Hélas, la Cour de Strasbourg déclare la requête irrecevable à défaut d'un nouveau problème juridique par rapport à la décision *Lambert c. France* qu'elle n'hésite pas à citer chaque fois qu'une question semblable est invoquée. En sachant que l'affaire *Lambert* concerne un adulte, nous ne pouvons que regretter le refus de la Cour d'adopter une approche *child-centred* dans le cas *Djamila Afiri et Mohamed Biddarri* ou *Gard*. Même si dans la dernière affaire elle rappelle que « *bien que les modalités qui encadrent l'arrêt du traitement soient variables d'un État à l'autre, il existe toutefois un consensus sur le rôle primordial de la volonté du patient dans la prise de décision,*

²³⁵⁶ *Ibid.*, § 9.

²³⁵⁷ CourEDH, *Charles Gard c. Royaume-Uni*, § 17 : « *It is the duty of a children's guardian fairly and competently to conduct proceedings on behalf of the child. The children's guardian must have no interest in the proceedings adverse to that of the child and all steps and decisions the children's guardian takes in the proceedings must be taken for the benefit of the child.* »

²³⁵⁸ CourEDH, *Djamila Afiri et Mohamed Biddarri c. France*, 23 janvier 2018.

quel qu'en soit le mode d'expression »²³⁵⁹, la Cour ne procède pas à l'étude de la volonté du mineur et de l'importance des parents dans la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En l'espèce, les parents d'une adolescente de 14 ans, touchée d'une maladie neurologique sévère, s'opposaient à la décision du corps médical d'arrêter la ventilation mécanique, « *sa poursuite étant considérée comme une obstination déraisonnable* »²³⁶⁰. Devant la Cour de Strasbourg, ils invoquant les articles 2 et 8 de la Convention et « se plaignent du fait que la décision d'arrêt des traitements de leur fille mineure soit *in fine* prise par le médecin alors qu'ils s'y opposent »²³⁶¹. Les requérants invoquent également l'article 6 § 2 de la Convention, car considèrent « *que le droit interne n'institue aucun recours effectif pour des parents qui s'opposent à la décision d'arrêt des traitements de leur enfant mineur. Ils se plaignent notamment de l'absence de caractère suspensif automatique du recours devant les juridictions administratives* ». La CourEDH rejette la requête, en accordant sur ce sujet une marge d'appréciation à l'État, aussi bien « *concernant la possibilité de permettre ou pas l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et à ses modalités de mise en œuvre* »²³⁶², que relative « *à la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle* »²³⁶³.

Dans la décision d'irrecevabilité *Charles Gard c. Grande-Bretagne*²³⁶⁴, constamment citée par la Cour dans l'affaire *Afiri et Biddari*, l'objet de la problématique a été plus complexe. Les parents d'un bébé atteint d'une maladie génétique rare contestaient non seulement la décision des tribunaux internes d'arrêter les soins de maintien de la vie, mais de surcroît leur décision qui s'opposait aux traitements expérimentaux de l'enfant aux États-Unis. En ce qui concerne le premier grief des requérants, la Cour statue que la procédure suivie par l'hôpital a respecté toutes les exigences légales. De même, la Cour ne voit aucune faute de l'État en l'espèce, qui conformément à sa jurisprudence *Hristozov et autres c. Bulgarie*²³⁶⁵, dispose d'un cadre juridique réglementant l'accès aux soins expérimentaux. Donc, selon la Cour, si une ingérence dans la vie familiale des requérants a eu lieu, c'était pour protéger les droits de l'enfant. Donc, selon la Cour, le fait de prolonger la vie de l'enfant serait contraire à son intérêt supérieur à cause du risque « *de subir un « préjudice grave », car il serait en toute vraisemblance exposé*

²³⁵⁹ *Ibid.*, § 28 ; CourEDH, *Charles Gard c. Royaume-Uni, préc.*, § 83.

²³⁶⁰ CourEDH, *Djamila Afiri et Mohamed Biddari c. France, préc.*, § 4.

²³⁶¹ *Ibid.*, § 21.

²³⁶² *Ibid.*, § 29.

²³⁶³ *Ibid.*

²³⁶⁴ CourEDH, *Charles Gard c. Grande Bretagne, préc.*

²³⁶⁵ CourEDH, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, 13 novembre 2012.

à des douleurs, à des souffrances et à une détresse permanentes, sans pouvoir tirer avantage des soins expérimentaux envisagés ». Toutefois, ces décisions contredisent l'opinion du Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe, qui soutient que « *sans droit de consentement de l'enfant, ni accès à un représentant ou à une autorité légale, les enfants ne sont pas en mesure d'invoquer et de protéger leurs droits, encore moins de contester les évaluations biomédicales qui favorisent la possibilité de survie de l'enfant prétendument l'emporter sur les souffrances de l'enfant* »²³⁶⁶. Ainsi, à ce jour, la CourEDH n'est pas prête à analyser substantiellement le droit à l'autonomie de l'enfant en fin de vie et se limite à son aspect procédural.

²³⁶⁶ ZILLÉN K., GARLAND J., SLOKENBERGA S., *préc.*, pp. 69-70.

Conclusion du Chapitre III

Après l'étude du droit conventionnel international, nous arrivons à la conclusion que non seulement il n'est pas conforme au principe d'autonomie de l'enfant, mais de plus il y est contraire. Sur des sujets comme l'enfant travailleur et l'enfant soldat, la philosophie des textes internationaux n'est pas harmonisée. Plus concrètement, la politique internationale admet le phénomène des enfants soldats, même si cette activité est certes opposée au concept d'autonomie développementale de l'enfant. En revanche, elle se positionne catégoriquement abolitionniste du travail de l'enfant, même si le dernier, dans certaines conditions, peut s'avérer conforme à l'autonomie de l'enfant.

De surcroît, le droit international conventionnel rencontre des difficultés à la prise en compte des évolutions dans les mœurs sociétales. Notamment, l'acceptation de la sexualité des mineurs donne naissance à de nouveaux concepts qui ont un impact sur l'interprétation du droit international existant. Dans ce domaine, il faut le souligner, des efforts de raccordement des textes se font, même si lentement, souvent avec l'aide de la CourEDH. De l'autre côté, si l'autonomie de mourir de l'enfant n'est pas éthiquement acceptable, elle l'est du point de vue juridique. L'encadrement légal et médical d'un tel acte devrait être extrêmement rigoureux. Ainsi, l'autonomie de l'enfant, participative et développementale, doit être respectée dans toutes les décisions médicales, y compris celles relatives à la fin de vie. Toutefois, l'euthanasie reconnue au mineur en Belgique ou aux Pays-Bas n'est pas fondée sur un droit à l'autodétermination absolu de l'enfant. Ici le législateur relève encore l'importance du degré de gravité de sa maladie et de la présence et de l'accord des parents ou de ses représentants légaux. Pour le moment, dans ce contexte, c'est le compromis ultime que la société peut admettre par rapport à la fin de vie de l'enfant. L'approche du législateur des pays européens suscités est en effet conforme au modèle théorique de notre concept d'autonomie de l'enfant. C'est-à-dire, la décision de l'enfant est acceptée uniquement s'il n'existe pas de chances de survie. Donc, l'argument de la protection de l'autonomie potentielle au détriment de son autonomie actuelle n'a pas de sens. De même, l'accord obligatoire de ses représentants légaux ne fait que renforcer la nature relationnelle de l'autonomie de l'enfant. D'ailleurs, le rôle des parents dans ce moment difficile de la vie (fin de vie) de l'enfant est particulier. Il réapparaît dans la situation où l'enfant n'est pas dans l'état d'exprimer son opinion sur une décision concernant sa fin de vie. Le respect de son autonomie suppose, dans ce cas-là, au moins le respect de l'opinion de ses parents qui

sont censés d'agir dans l'intérêt de l'enfant. La décision unilatérale d'arrêt de traitement de la part du corpus médical apparaît, à nos yeux, en tant qu'une violation grave de l'autonomie de l'enfant.

Conclusion de la Partie II

Après avoir conceptualisé dans la première partie de la thèse l'autonomie de l'enfant, nous nous sommes proposé dans cette deuxième partie de mesurer sa portée en relation avec la famille, la culture et la société. À première vue, ces trois éléments se présentent en tant que barrières à la mise en œuvre du concept de l'autonomie de l'enfant. Nous avons, *a contrario*, défendu leur importance pour le développement harmonieux de l'enfant et avons adopté une réflexion d'aménagement du droit international face au concept d'autonomie de l'enfant.

La famille, du point de vue sociologique, présente une série de particularités qui sont susceptibles de faciliter ou, au contraire, de freiner l'exercice de l'autonomie de l'enfant. Dans le dernier cas, l'État devrait intervenir, car il a le devoir d'adopter des mesures positives pour garantir la liberté de choix de l'enfant au sein de la famille²³⁶⁷. Ce cas de figure devrait être toutefois une exception. Nous constatons en effet qu'aucun autre milieu social ne pourrait substituer la famille, singularisée avant tout par l'attachement affectif et émotionnel entre ses membres. Le rôle des parents pour la sécurité, la stabilité émotionnelle, l'autonomisation et la protection demeure important dès la petite enfance et jusqu'à l'adolescence²³⁶⁸, avec un respect pour l'autonomie participative et développementale de l'enfant. Aussi, à la différence de tout autre contexte social, la famille dispose d'une qualité unique, celle de pouvoir influencer la plupart des domaines de la vie de l'enfant. Elle peut aller jusqu'à influencer le choix de la philosophie religieuse de l'enfant. À notre avis, ce fait ne transgresse pas le droit de l'enfant à la religion, tel qu'il est reconnu par la CDE, à condition que les parents respectent l'autonomie participative et développementale de l'enfant. Mieux encore, il nous paraît que le développement du sentiment d'appartenance communautaire et culturelle de l'enfant est positif pour son épanouissement personnel. Le droit international n'est pas prolifique sur l'étendue du droit à la religion de l'enfant, en revanche prend des mesures de prohibition des actes culturels ayant trait à l'intégrité corporelle de l'enfant. Implicitement, le droit international reconnaît ainsi l'autonomie développementale de l'enfant.

Nous finissons la thèse par démontrer que la société est en effet un influenceur de l'étendue *de facto* de l'autonomie de l'enfant. En ce qui concerne l'Europe, l'autonomie de l'enfant obtient

²³⁶⁷ LANGLAUDE S., « Children and Religion under Article 14 UNCRC: A Critical Analysis », *International Journal of Children's Rights* 16, 2008, pp. 475–504.

²³⁶⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, OG n°20, *préc.*, § 50.

un caractère local prononcé qui offre un droit très large allant jusqu'à l'autodétermination. Nous arrivons à la conclusion que le droit international devrait mieux se conformer à ce « nouveau » concept d'autonomie de l'enfant, en harmonisant ses textes compte tenu des exigences de l'autonomie participative et développementale de l'enfant.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Sans doute, les enfants sont différents des adultes : il y a des choses qui manquent dans leur vie, mais ils en ont d'autres qui nous manquent à nous. Il n'empêche que cette vie, si différente de celle de l'adulte, est bien réelle. Elle n'a rien d'une chimère. »²³⁶⁹

À l'instar de la vie d'un enfant évoquée dans cette citation par Korczak, l'autonomie de l'enfant même si elle est différente de celle des adultes, « n'a rien d'une chimère ». Via ce travail, nous avons essayé de démontrer que le concept d'autonomie de l'enfant n'est pas une métaphore d'origine internationale. Son influence dans l'ordre juridique interne est tangible et a suscité d'importantes évolutions normatives. La préoccupation pour le respect des droits de l'enfant, l'on a vu, a eu comme conséquence des changements majeurs dans la perception de la vie de famille, de la culture et de la religion, des normes « traditionnelles » de la société.

Effectivement, la confrontation de l'autonomie au statut particulier de l'enfant confère au régime de l'autonomie de l'enfant une originalité singulière. À notre avis, dans les réalités sociétales actuelles, l'autonomie de l'enfant représente l'expression juridique de toute mutation de la perception ancienne/traditionnelle sur l'enfant²³⁷⁰. Il s'agit, en vérité, d'un chemin de progression vers l'autonomie adulte (« *a bottom-up approach* »²³⁷¹). L'enfant, cependant, sera porteur d'autonomie indépendamment de sa position dans ce processus.

Plus pragmatiquement, le particularisme de l'autonomie de l'enfant s'exprime par son caractère intrinsèque développemental/évolutif et relationnel. On a démontré que la notion de droit de participation des enfants, avec ses divers degrés d'implication, à la fois en fonction de l'intérêt supérieur et des capacités évolutives de l'enfant, offre un outil très pratique pour appliquer le principe de l'autonomie aux enfants. L'article 12 de la CDE est un moyen par lequel les enfants ont le droit d'exercer leur autonomie, par la participation, dans un environnement sûr, sans être responsables de la décision finale, jusqu'à atteindre le droit à l'autodétermination. En même temps, l'article 5 de la CDE témoigne de l'importance des parents dans la vie des enfants, tout en redéfinissant le degré de leur influence. Bien qu'il n'ait pas de consécration expresse de l'autonomie de l'enfant, l'article 5 de la CDE semble être, à notre avis, sa matérialisation. Cette

²³⁶⁹ KORCZACK J., *Comment aimer un enfant*, Robert Laffont, 1998, p. 163.

²³⁷⁰ En tant qu'objet de droit.

²³⁷¹ LIEBEL M. (dir.), *Children's rights from below, Cross cultural perspectives*, Palgrave Macmillan, 2012.

thèse se permet d'argumenter la nécessité de le reconnaître, à l'instar des articles 12 et 3 de la CDE, en tant qu'article bâtisseur de l'autonomie de l'enfant.

Ce travail montre que l'autonomie de l'enfant est une notion à plusieurs niveaux. Notre théorie distingue deux niveaux d'autonomie de l'enfant. Le premier est basé sur le concept de participation de l'enfant et pour cela s'appelle autonomie participative. C'est en effet la forme d'autonomie qui est innée à l'enfant. Son incondtionnalité le lie à l'enfant dès sa naissance. Dans le cadre de cette forme d'autonomie, la question d'âge et de compétence n'est pas opportune et actuelle. Grâce à cette théorie, on peut soutenir que tout enfant dispose d'une autonomie, même si elle est *faible*. Cette qualification est en effet empruntée de la théorie juridique médicale sur la nature des décisions autonomes des patients. Selon Stephen Gilmore et Jonathan Herring, une décision est faiblement autonome quand elle « *ne représente qu'un caprice ou une préférence fortuite et n'implique pas nécessairement une analyse minutieuse des conséquences* »²³⁷².

Aussi, l'autonomie participative constitue le fondement du deuxième niveau d'autonomie. Le dernier, qui se base sur une expérience personnelle et sociale de l'enfant, est dénommé autonomie développementale. En réalité, ce niveau d'autonomie est graduel, donc pas absolu, et peut atteindre la hauteur de l'autonomie de l'adulte. C'est la raison pour laquelle cette autonomie est qualifiée de *forte*, car elle exige une compréhension totale des conséquences²³⁷³. La complexité de cette forme d'autonomie consiste dans l'exercice intellectuel de mise en balance de différents intérêts qu'elle requiert. La confrontation la plus délicate reste entre le respect de l'autonomie réelle (décisionnelle) et le respect de l'autonomie potentielle (future) de l'enfant, où la dernière devrait être préférable²³⁷⁴. Plusieurs acteurs sont susceptibles de prendre part dans cette épreuve : les enfants, les parents ou autres adultes.

²³⁷² GILMORE S., HERRING J., « No Is the Hardest Word: Consent and Children's Autonomy », 23(1) *Child and Family Law Quarterly*, 2011, p. 21.

²³⁷³ *Ibid.*

²³⁷⁴ Cette théorie des autonomies réelle et potentielle de l'enfant prend ses origines dans la doctrine de Freeman et Eekelaar, mais aussi dans la juridique médicale de Coggon. Dans son article « Varied and principled understandings of autonomy in English law: Justifiable inconsistency or blinkered moralism? », 15 *Health Care Analysis* 235, 2007, p. 236, COGGON J. distingue trois sens de l'autonomie: 1. Autonomie du désir idéal - Conduit à une action décidée parce qu'elle reflète ce qu'une personne devrait vouloir, mesurée par référence à un standard de valeurs prétendument universel ou objectif. 2. Autonomie de désir optimal - Conduit à une action décidée parce qu'elle reflète le désir général d'une personne à partir de ses propres valeurs, même si cela va à l'encontre de son désir immédiat. 3. Autonomie de désirs actuelle - Conduit à une action décidée parce qu'elle reflète les inclinations immédiates d'une personne, c'est-à-dire ce qu'elle pense vouloir à un moment donné, sans autre réflexion.

Afin de balancer ces deux concepts, la règle d'or serait d'appliquer dans tous les cas relatifs à l'enfant les principes d'intérêt supérieur de l'enfant et le concept des capacités évolutives de l'enfant, des « notions – « méthode »²³⁷⁵, en ce sens qu'elles impliquent des exercices intellectuels de recherche et de détermination par rapport à une cause examinée. Sauf que cette règle reste subjective dans les conditions où le droit international des droits de l'Homme ne fournit pas d'indications claires sur la façon de résoudre de telles tensions. Il nous semble qu'en l'absence de toute orientation quant à la manière dont la compétence et l'intérêt supérieur pourraient et devraient être déterminés, il appartient aux juges de concevoir un test par lequel cette tâche puisse être résolue plus facilement²³⁷⁶.

Plus concrètement, dans les conditions où l'enfant est autonome selon le principe des capacités évolutives, la notion clé pour toute action de l'enfant sera son consentement. Dans le cas contraire, l'autonomie de l'enfant devrait se fonder sur le respect envers l'enfant et pour sa future autonomie. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, *ab initio*, est un dégagement du principe de l'autonomie de l'enfant. Par conséquent, un enfant non-autonome est plutôt conduit par le principe de l'intérêt supérieur, alors qu'un enfant autonome – par le principe d'autonomie.

Une des conclusions essentielles de cette thèse est que l'autonomie de l'enfant en droit international est une notion aussi importante que celle de « protection ». Même si aucun instrument international ne fait usage de la notion « autonomie de l'enfant », le terme se manifeste dans des contextes très variés. En démontrant que la notion d'autonomie de l'enfant est confortée par son usage convaincu dans la doctrine²³⁷⁷ et désormais dans la jurisprudence²³⁷⁸, cette thèse met en lumière l'importance d'adopter le vocable d'autonomie de l'enfant sur le plan international, comme c'est le cas du concept de protection. Cette issue aura un effet éducatif sur les attitudes sociales et contribuera à l'acceptation plus simple du principe. D'autant plus qu'il n'y a pas seulement absence de contradictions entre les concepts de protection et d'autonomie de l'enfant, mais encore une nécessaire complémentarité. L'essence de la protection spéciale de l'enfant réside dans son objectif « *de permettre aux enfants d'être*

²³⁷⁵ VAN GYSEL A.-C, « L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité », in *Actualités de droit familial, le point en 2001*, Liège, Commission Université-Palais Université de Liège, 2001, vol. 49, p. 206.

²³⁷⁶ WILLIAMS G., « The declaratory judgement: old and new law in « medical cases », in *Medical Law International*, 2007, vol. 8, p. 280.

²³⁷⁷ Nous avons vu que l'autonomie de l'enfant peut être vue *in concreto* ou *in abstracto*, qu'elle peut être volontaire, qualifiée, maximale, fonctionnelle, contextuelle, instable, ancienne, nouvelle, etc. De nouveaux concepts liés à l'autonomie de l'enfant surgissent : l'autonomie génitale ; principe de collaboration et responsable parenting ; Eckelaar's dynamic self-determinism, empowerment, agency etc.

²³⁷⁸ CourEDH, *M. M. c. Croatie*, préc.

actifs d'une manière sûre et sécurisée »²³⁷⁹. C'est important ainsi de faire comprendre que l'autonomie, à l'instar de la protection, représente une notion centrale dans le discours sur les droits de l'enfant.

Tout au long de cette thèse, nous avons tenté d'illustrer l'évolution impressionnante dans l'appropriation par le droit international de la notion d'autonomie de l'enfant. Nous avons montré que les ambitions modestes des rédacteurs de la CDE concernant la portée de l'article 12 ont été surpassées à plusieurs niveaux. Légalement, la mise en place d'une procédure de plainte individuelle dédiée à l'enfant est une des plus convaincantes appropriations implicites de la notion. Dans la jurisprudence, la consécration explicite de l'autonomie personnelle de nature participative de l'enfant par la CourEDH est une évidence. Plus globalement, même si la CourEDH a été longtemps accusée d'avoir un regard exclusivement protecteur sur les enfants, ou bien d'avoir un vocable avec une terminologie dépourvue de rigueur²³⁸⁰ qui ne faisait qu'alourdir le sens du concept d'autonomie personnelle, elle s'avère être la première à faire usage et à donner une définition de l'autonomie de l'enfant dans l'affaire *M. M. c. Croatie*²³⁸¹, à reconnaître un véritable droit à la vie privée de l'enfant, ainsi qu'à consacrer l'importance de l'éducation pour l'autonomie de l'enfant²³⁸².

Ces évolutions ont eu comme conséquences des changements d'attitude par rapport au statut de l'enfant. Nous constatons que l'appréhension de l'autonomie de l'enfant dans beaucoup de pays européens dépasse celle légale. Feuillet-Liger, dans son analyse globale des lois des différents pays, soutient : « *in all systems studied, even those that have made no legal provision for autonomy, evolution towards this recognition of the adolescent [as needing to be free] is undeniable* »²³⁸³. En effet, nous observons l'émancipation régionale d'un attachement à l'autonomie développementale et décisionnelle de l'enfant. C'est dans cette logique qu'une révision du droit international s'impose. D'abord, pour clarifier davantage le concept tout en l'utilisant expressément et deuxièmement pour raccorder le droit existant au contenu de ce concept. Notre conclusion, suite à l'étude de plusieurs conventions internationales, est que la

²³⁷⁹ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Note conceptuelle, Journée de Débat Général 2018, « Protéger et soutenir les enfants en tant que défenseurs des droits humains », § 24.

²³⁸⁰ DUCOULOMBIER P., *Les conflits des droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011, p. 78.

²³⁸¹ CourEDH, *M. M c. Croatie*, préc., § 171.

²³⁸² CourEDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, préc., § 55.

²³⁸³ FEUILLET-LIGER B., « Adolescents and Medical Treatment: A Common Reality », in Callus T., Feuillet-Liger B., Ida R. (dir.), *Adolescents, Autonomy and Medical Treatment: Divergence and Convergence across the Globe*, Brussels, Belgium: Bruylant, 2012, p. 327. Voir également ENGLISH A., « Adolescents, Autonomy and Medical Treatment: Divergence and Convergence across the Globe », *13 Medical Law International*, 2013, p. 298.

clé de la compatibilité des conventions avec l'idéologie des droits de l'enfant et donc de la compatibilité des conventions entre elles réside dans l'appropriation de l'approche « *child-centred* ».

Nous concevons les notions de participation et autonomie de l'enfant en tant que concepts positifs. Certains, comme Holt, relève leur potentielle et « paradoxale » fonction négative de marginaliser certains enfants, tels les enfants avec handicap, « *qui ne peuvent pas atteindre cet idéal d'indépendance et d'autonomie* »²³⁸⁴. Il nous semble à juste titre que l'idée d'autonomie participative, inconditionnelle et universelle, viendrait pallier ces reproches. De surcroît, l'autonomie de l'enfant est bénéfique aussi bien individuellement que socialement, dans le sens de l'épanouissement personnel et de l'adhésion aux valeurs démocratiques.

En guise de conclusion, nous tenons à souligner que l'évolution du droit international a montré une prise en compte certaine du concept d'autonomie de l'enfant. Des changements dans le contenu et les procédures du droit international ont eu lieu. Cependant, les approches adoptées sont limitées en ce sens qu'elles visent essentiellement l'autonomie participative procédurale de l'enfant. Toutefois, afin de résoudre des problèmes sociétaux comme le travail des enfants ou bien leur participation dans les conflits armés, le droit international devrait adopter une position plus ferme sur la prise en compte de l'autonomie développementale de l'enfant.

Enfin, cette thèse s'est proposée de transmettre un message adressé avant tout aux adultes. Notre pensée a été laconiquement, mais remarquablement formulée par Michael Freeman. Nous espérons que le contenu de cette recherche a convaincu que protéger à la fois les enfants (« protection ») et leurs droits (« autonomie ») signifie d'accepter et d'assimiler « *leur dignité, leur personnalité et leur humanité* »²³⁸⁵.

²³⁸⁴ ESSER F., BAADER M. S., BETZ T., HUNGERLAND B. (dir.), *Reconceptualising Agency and Childhood, New perspectives in Childhood Studies*, Routledge, 2016, p. 186.

²³⁸⁵ FREEMAN M. D. A., « Thinking about Children's rights sociologically » in Diduck A., Peleg N., Reece H. (dir.), *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy, Essays in Honour of Michael Freeman*, Brill Nijhoff, 2015.

BIBLIOGRAPHIE

&1. – Ouvrages

A. - Ouvrages généraux, traités, dictionnaires, cours et manuels

ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

ALSTON P., GOODMAN R., *International Human Rights, The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, Text and Materials, Oxford University Press, 2013

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008.

ARNAUD A.-J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 1993.

ARNAUD A.-J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2018.

AUST A., *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, 2005.

BEAUVALLET O. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger-Levrault, 2017.

BEIGNIER B., BINET J.-R., *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2015.

BELANGER M., *Eléments de doctrine en droit international de la santé (écrits 1981-2011)*, les Etudes Hospitalières, 2012.

BENTHAM J., *Theory of legislation*, 1840.

BERNHARDT R. (dir.), *Encyclopedia of Public International Law, 8, Human Rights and The Individual in International Law, International Economic Relations*, Published under the Auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Elsevier Science Publishers B.V., 1985.

BIANCHI A., PEAT D., WINDSOR M. (dir.), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, 2015.

BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, L.G.D.J., 2017.

BLOCH H., DEPRET, GALLO A., *Dictionnaire fondamental de la psychologie*, 2e édition, éd., In extenso, Paris: Larousse, 2002.

- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, LGDJ, 1998.
- BOBBIO N., *Teoria general del derecho*, Segunda Edicion, Editorial Temis, 2002.
- BONFILS Ph., GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2014.
- BUCK T., *International Child Law*, Third Edition, Routledge, 2014.
- CABANIS A., CROUZATIER J.-M., IVAN R., SOPPELSA J., *Méthodologie de la recherche en droit international, géopolitique et relations internationales*, Agence Universitaire de la Francophonie, Idea Design & Print, 2010.
- CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2015.
- CARBONNIER J., *Droit civil. Les personnes. Volume 1*, Paris, PUF, coll. Quadriges, 2017.
- CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, 2012.
- CARBONNIER J., *L'hypothèse du non-droit*, Arch. philo. dr., t. 8, 1963.
- CHAGNOLLAUD D., DRAGO G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010.
- CHARLESWORTH H., CHINKIN C., *The boundaries of international law, A feminist analysis*, Manchester University Press Melland Schill Studies, 2000.
- CHARRON C., DUMET N., GUEGUEN N., LIEURY A., RUSINEK S., *Les 500 mots de la psychologie (Psycho sup)*, Paris: Dunod., 2014.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadriges, 10^e édition, 2014.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT.*, Paris, PUF, Quadriges, 11^e édition, 2016.
- CORTEN O., *Méthodologie du droit international public*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- COURBE P., GOUTTENOIRE A., *Droit de la famille*, 7^e dir., Paris, Sirey, 2017.
- DAILLIER P., FORTEAU M., QUOC DINH N., PELLET A., *Droit international public*, 8^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 2009.
- DE SCHUTTER O., *International Human Rights Law, Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, 2010.
- DE SCHUTTER O., TULKENS F., VAN DROOGHENBROECK S., RUFFENACH S., *Code de droit international des droits de l'homme textes en vigueur au 1er octobre 2013*, 4^e édition, Codes en poche, Bruxelles : Bruylant, 2014.

DETRICK S. (dir.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992.

DETRICK S., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1999.

DONNELLY J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Third Edition, Cornell University Press, 2013.

DORON R., ANZIEU F. et al. (dir.), *Dictionnaire de psychologie*, Paris : Presses universitaires de France, 1991.

DORON R., PAROT F. (dir.), *Dictionnaire de psychologie*, Paris: Presses universitaires de France, 2011.

DU PLESSIS P., *The Roman law*, Oxford University Press, 2010.

FOSTER S., *Human Rights and Civil Liberties*, Third Edition, Pearson, 2011.

FRANKLIN B. (dir.), *The New Handbook of Children's Rights, Comparative Policy and Practice*, Routledge, 2002.

GAUTRON J.-C., *Droit européen*, Paris, Dalloz, 11e éd., 2011.

GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, coll. Lexiques, 25e édition, 2017.

HAFNER G., *The emancipation of the individual from the State*, Recueil des cours, Académie de droit international, Tome 358, 2001, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

HOUDE O., KAYSER D., KOENIG O. et al., *Vocabulaire de sciences cognitives neuroscience, psychologie, intelligence artificielle, linguistique et philosophie*, Quadrige Dicos poche, Paris : Presses universitaires de France, 2003.

JAYAWICKRAMA N., *The Judicial Application of Human Rights Law, National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2003.

JAYME E., *Cours général de droit international privé*, Académie de droit international de la Haye, Recueil des cours, tome 251, 1995.

JOSEPH S., MCBETH A., *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar, 2010.

KARPENSCHIF M., NOURISSAT C., *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3e édition, Thémis Droit, Paris: PUF, 2016.

KLABBERS J., *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, 2002.

KOLLAR N.R., *Defending Religious Diversity in Public Schools, A Practical Guide for Building Our Democracy and Deepening Our Education*, ABC-CLIO, 2009.

KROHN ARNEST L., *Children, Young Adults, and the Law: A Dictionary Contemporary Legal Issues*, ABC-CLIO, 1998.

LAFON R., *Vocabulaire de psychopédagogie et de psychiatrie de l'enfant*, 3e éd., Quadrige Dicos poche, Paris : Presses universitaires de France, 2010.

LAWSON E., *Encyclopedia of Human Rights*, Taylor & Francis, 1991.

LE BRETON D., MARCELLI D. (dir.), *Dictionnaire de l'adolescence et de la jeunesse*, Paris, PUF, Quadrige, 2010.

LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Dalloz, 2008.

LELEU Y-H, *Droit des personnes et des familles*, 3^e édition, Larcier, 2016.

LEVINET M., *Droits et libertés fondamentaux*, Presses Universitaires de France, 2010.

LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, 2012.

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2017-2018.

MALAURIE PH., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, L.G.D.J., 2018.

MANAI D., *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne: Stämpfli, 2006.

MAURICE-ARBOUR J., PARENT G., *Droit international public*, 7^{ème} édition, Éditions Yvon Blais, 2017.

INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Migrations de populations et droits de l'Homme*, Cours thématiques de la session d'enseignement de juillet 2007 de l'IIDH, Bruylant.

MURAT P. (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2016.

REID H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994.

RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2015.

RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Paris, LGDJ Lextenso-édition, coll. Manuel, 7^{ème} édition, 2017.

ROLAND H., BOYER L., *Locutions latines du droit français*, Litec, 4e édition, 1998.

RUFFIAT E., *Nouveau dictionnaire de la culture psy.*, suivi des dossiers sur le doudou, l'adolescence, l'homme et le temps (Collection Oedipia), Le Pradet: Éd. du Lau., 2006.

RUSSO C. J., *Encyclopedia of Education Law*, Sage Publications, 2008.

SHEERAN S., RODLEY N., *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Routledge, 2013.

SHELTON D. (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013.

SILLAMY N., BLUMEL B., *Dictionnaire de psychologie*, Nouvelle édition, éd., In extenso, Paris: Larousse, 2010.

SIMPSON J.A., WEINER E. S. C., *The Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, 2nd edition, 1989.

SPRING J., *The universal right to education, Justification, definition and Guidelines*, Lawrence Erlbaum Associates, 2000.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 13e dir., 2016.

SUDRE F., *Et alii, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 8e dir., 2017.

SUDRE F., *Les grands arrêts de la CEDH*, PUF, 2005.

SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., LEVINET M., GOUTTENOIRE A., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, PUF, 2015.

TAMISIER J., BLOCH H., CHEMAMA R. (dir.), *Grand dictionnaire de la psychologie*, Nouvelle édition. éd., Les grands dictionnaires culturels Larousse, Paris: Larousse, 1999.

TUSSEAU G., *Les notions juridiques*, Centre d'étude des systèmes juridiques Rouen, Collection Études juridiques 31, Paris: Economica, 2009.

B. - Ouvrages spéciaux

ABI-SAAB G., *Le développement du droit international, Réflexions d'un demi-siècle*, PUF, 2013.

ADAMS H., *Justice for children, Autonomy Development and the State*, State University of New York Press, 2008.

AFROUKH M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011.

AHEARN L., *Living Language: An Introduction to Linguistic Anthropology*, Wiley-Blackwell, 2011.

AKDENIZ Y., *Internet Child Pornography and the Law, National and International Responses*, Ashgate, 2008.

ALBERTSON FINEMAN M., WORTHINGTON K., *What is Right for Children? The Competing Paradigms of Religion and Human Rights*, ASHGATE, 2009.

AL-DARAWEESH F., SNAUWAERT D. T., *Human Rights Education Beyond Universalism and Relativism, A Relational Hermeneutic for Global Justice*, Palgrave Macmillan, 2015.

ALDERSON P., MONTGOMERY J., *Health Care choices: making decisions with children*, London: Institute for Public Policy Research, 1996.

ALDERSON P., *The Politics of Childhoods Real and Imagined, Volume 2: Practical Application of Critical Realism and Childhood Studies*, Routledge, 2016.

ALDERSON P., *Young children's rights, Exploring beliefs, principles and practice*, Second Edition, Jessica Kingsley Publishers, 2008.

ALSTON P. (dir.), *The best interests of the child: reconciling culture and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

ALSTON P., DE SCHUTTER O. (dir.), *Monitoring fundamental rights in the EU*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2005.

ALSTON P., PARKER S., SEYMOUR J. (dir.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

ALSTON P., TOBIN J., *Laying the Foundations for Children's Rights. An Independent Study of some Key Legal and Institutional Aspects of the Impact of the Convention on the Rights of the Child*, Sienna, UNICEF, 2005.

AMERASINGHE C. F., *Local Remedies in International Law*, Second Edition, Cambridge University Press, 2005.

ANAGNOSTOU D., PSYCHOGIOPOULOU E. (dir.), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

ANDRE J., ZERMATTEN J., *La parole de l'enfant en justice, Parole sacré ? Sacrée parole !* Institut international des Droits de l'Enfant, 2012.

ANG F., BERGHMANS E., CATTRIJSSE L., DELENS-RAVIER I., DELPLACE M., STAELENS V. (dir.), *Participation rights of children*, Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2006.

ANTHONY E.J., KOUPERNIK C., *L'enfant dans la famille, Livre annuel international de psychiatrie infantile et des professions associées*, Masson&Cie, 1970.

ARCHARD D., *Children, Family and the State*, Aldershot, Ashgate, 2003.

ARCHARD D., *Children, Rights and Childhood*, Routledge, Second edition, 2004.

ARCHARD D., DEVEAUX M., MANSON N., WEINSTOCK D. (dir.), *Reading Onora O'Neill*, Routledge, 2013.

ARCHARD D., *Sexual Consent*, Westview, 1998.

ARIÈS P., *Centuries of Childhood*, London, Cape 1962.

ARIÈS P., *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Éditions du Seuil, 1973.

ARISTOTE, « La Politique » ou « Les Politiques », IVe siècle av. J.-C.

ARMSTRONG F., BARTON L., *Disability, Human Rights and education, Cross-cultural perspectives*, Open University Press, 1999.

AROLD N-L., *The Legal Culture of The European Court of Human Rights*, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Volume 29, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

AUNE A., LEBORGNE A., *Le Phénomène de Multiplication des Droits Subjectifs en Droit des Personnes et de la Famille*, 2007.

AYTON K., *An Ordinary School Child, Agency and Authority in Children's Schooling*, Linköping University, Department of Behavioural Sciences and Learning, Linköping University, Faculty of Educational Sciences, 2008.

BAINHAM A., DAY SCLATER S., RICHARDS M. (dir.), *What Is A Parent? A Socio-Legal Analysis*, Hart Publishing, 1999.

BAINHAM A., GILMORE S., *Children, the modern law*, Jordan Publishing Limited, Fourth Edition, 2013.

BAINHAM A., LINDLEY B., RICHARDS M., TRINDER L. (dir.), *Children and their Families: Contact, Rights and Welfare*, Hart Publishing, 2003.

BARRIERE-BROUSSE I., *L'enfant et les conventions internationales*, J.D.I. 4, 1996.

BASU K., KANBUR R. (dir.), *Arguments for a better world, Essays in honor of Amartya Sen*, Volume I: Ethics, Welfare, and Measurement, Oxford University Press, 2009.

- BAUGNIET N., *La Médiation familiale, Mode de règlement des conflits familiaux*, De Boeck, 2008.
- BEAUCHAMP T. L., CHILDRESS J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, 5e édition, New York: Oxford University Press, 2001.
- BEAUMONT P. R., E. McELEAVY P., *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999.
- BECKMAN L., *The Frontiers of Democracy, The Right to Vote and its Limits*, Palgrave Macmillan, 2009.
- BECKMANN-HAMZEI H., *The child in ICC proceedings*, Intersentia, 2015.
- BELANGER M. (dir.), *La mondialisation du droit à la santé*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2011.
- BEN-ARIEH A. (dir.), *Measuring and monitoring children's well-being*, Social Indicators Research Series, Volume 7, SPRINGER-SCIENCE+BUSINESS MEDIA, B.V., 2001.
- BEQIRAJ J., MCNAMARA L., *Children and Access to Justice: National Practices, International Challenges*, Bingham Centre for the Rule of Law, Report October 2016.
- BERGE J-S., *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013.
- BERNAL P., *Internet privacy rights: rights to protect autonomy*, Cambridge University Press, 2014.
- BERNSTEIN TARROW N., *Human Rights and Education*, Pergamon Press, 1987.
- BESSON S., TASIOULAS J., *The philosophy of International law*, Oxford University Press, 2010.
- BETTS J. R., LOVELESS T. (dir.), *Getting Choice Right Ensuring Equity and Efficiency in Education Policy*, Brookings Institution Press, 2005.
- BIGGERI M., BALLETT J., COMIM F. (dir.), *Children and the Capability Approach*, Palgrave Macmillan, 2011.
- BLOCH M. N., KENNEDY D., LIGHTFOOT T., WEYENBERG D.(dir.), *The Child in the World/The World in the Child, Education and the Configuration of a Universal, Modern, and Globalized Childhood*, Palgrave Macmillan, 2006.
- BLOY D. J., *Child Law*, Cavendish Publishing Limited, 1996.
- BOBBIO N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, 1991.

BOIZARD M., *Le droit à l'oubli*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission Recherche Droit et Justice, 2015.

BONGRAIN M., *L'enfant et le droit. Une autonomie sous surveillance*, Eres, 2000.

BOTTONI R., CRISTOFORI R., FERRARI S. (dir.), *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism - A Comparative Overview*, Springer, 2016.

BOULANGER F., *Autorité parentale et intérêt de l'enfant – Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Paris, Édilivre, coll. Coup de cœur, 2008.

BOULANGER F., *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Paris, Economica, 1998.

BOWEN M., *Family therapy in clinical practice*, New York/London: Jason Aronson, 1978.

BREMS E. (dir.), *Diversity and european human rights: rewriting judgements of the ECHR*, Cambridge University Press, 2013.

BREMS E., *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, 2008.

BREMS E., *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague, London, Martinus Nijhoff, 2001.

BRIAN HOWE R., COVELL K., *Education in the Best Interests of the Child, A Children's Rights Perspective on Closing the Achievement Gap*, University of Toronto Press, 2013.

BRIDGEMAN J., KEATING H., LIND C. (dir.), *Responsibility, Law and the Family*, Ashgate, 2008.

BRIDGEMAN J., KEATING H., LIND C., *Regulating Family Responsibilities*, Ashgate, 2011.

BRIDGEMAN J., MONK D., *Feminist Perspectives on Child Law*, Cavendish Publishing, 2000.

BRIDGEMAN J., *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge University Press, 2007.

BRITISH MEDICAL ASSOCIATION (dir.), *Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People*, BMJ Books, 2001.

Brizais R., Chauvigne C., Le Pennec Y., *L'enfant, l'adolescent et les libertés, pour une éducation à la démocratie*, Paris, L'Harmattan, 2000.

BROADBENT L., BROWN A., *Issues in Religious Education*, Routledge, 2002.

- BRUEL A., FAGET J., JACQUES L., JOECKER M., NEIRINCK C., POUSSIN G., *De la parenté à la parentalité*, ERES, 2000.
- BRUNO P., *Existe-t-il une culture adolescente ?*, In Press, 2000.
- BUCHER A., *L'enfant en droit international privé*, Elbing & Lichtenhahn, 2003.
- BUSSMAN R.-D., *Evaluation of the German prohibition of family violence against children*, Spain: European Society of criminology, Toledo, 2002.
- CALLUS A-M., FARRUGIA R., *The disabled child's participation rights*, Routledge, 2016.
- CALLUS T., FEUILLET-LIGER B., IDA R. (dir.), *Adolescents, Autonomy and Medical Treatment*, Brussels, Belgium : Bruylant, 2012.
- CAMPOY CERVERA I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Editorial Dykinson, S.L. edición, 2006.
- CANÇADO TRINDADE A. A., *The Access of Individuals to International Justice*, The Collected Courses of the Academy of European Law, Volume XVIII/1, Oxford University Press, 2011.
- CANTWELL N., HOLZSCHEITER A., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 20 Children Deprived of Their Family Environment*, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2008.
- CENTRE DE DROIT CIVIL ET COMPARE DE QUEBEC, *Convictions philosophiques et religieuses et le droit positif*, Bruylant, 2010.
- CHAPPUIS C., FOEX B., GRAZIANO T. K., *L'harmonisation internationale du droit*, Universités de Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, 2007.
- CHOLBI M., VARELIUS J. (dir.), *New directions in the Ethics of Assisted Suicide and Euthanasia*, International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, Volume 64, Springer, 2015.
- CLAPHAM A., *Human rights in the private sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- CLAPHAM A., *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford University Press, 2006.
- CLARKE M. (dir.), *Handbook of Research on Development and Religion*, Edward Elgar Pub, 2013.
- CLEMENTS L., READ J., *Disabled People and European Human Rights, A review of the implications of the 1998 Human Rights Act for disabled children and adults in the UK*, The Policy Press, 2003.

CLEMENTS L., THOMAS P., *The Human Rights Act a success story?*, Oxford, UK Malden, MA: Blackwell Pub, 2005.

COHEN H., *Equal rights for children*, Rowman & Littlefield Publishers, 1980.

COLE M. (dir.), *Education, Equality and Human Rights, Issues of gender, 'race', sexuality, disability and social class*, Routledge, 2006.

COLLIN P., *Young Citizens and Political Participation in a Digital Society, Addressing the Democratic Disconnect*, Palgrave Macmillan, 2015.

COLVIN M. (dir.), *Developing Key Privacy Rights*, Hart Publishing, 2002.

COMMAILLE J., *Familles sans justice ? : Le droit et la justice face aux transformations de la famille*, Bayard Jeunesse, 1982.

CORRADI G., BREMS E., GOODALE M. (dir.), *Human Rights Encounter Legal Pluralism, Normative and Empirical Approaches*, Hart Publishing, 2017.

COWDEN M., *Children's rights, From philosophy to public policy*, Palgrave Macmillan, 2016.

CRETNEY S., *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford University Press, 2003.

CULLEN H., *The Role of International Law in the Elimination of Child Labor, The Procedural Aspects of International Law*, Monograph Series Volume 28, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

CVEJIĆ JANČIĆ O. (dir.), *The Rights of the Child in a Changing World 25 Years after The UN Convention on the Rights of the Child*, Springer, 2016.

DAADOUCH C., *L'autorité parentale*, Editions MB Formations, 2004.

DAVIDSON J., GOTTSCHALK P. (dir.), *Internet Child Abuse, Current Research and Policy*, Routledge, 2011.

DAVIE R., GALLOWAY D., *Listening to children in Education*, Routledge, 2012.

DAVIS S. M., *Children's rights under the law*, Oxford University Press, 2011.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., CHOAIN C., *L'autorité parentale en question*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, coll. Droit des personnes et de la famille, 2003.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Les droits de l'enfant*, Paris, que sais-je ?, PUF, 9e éd, 2010.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ 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, La Documentation française, Collection des rapports officiels, Septembre 1999.

- DENEULIN S., SHAHANI L., *An Introduction to the Human Development and Capability Approach, Freedom and Agency*, Earthscan, 2009.
- DENNISTON G. C., HODGES F. M., FAYRE MILOS M., *Genital Autonomy, Protecting Personal Choice*, Springer, 2010.
- DESAI M., *A Rights-Based Preventative Approach for Psychosocial Well-Being in Childhood*, Springer, 2010.
- DIETER BEITER K., *The Protection of the Right to Education by International Law, Including a Systematic Analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, International Studies in Human Rights, Volume 82, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- DIMITRIADIS G., KAMBERELIS G., *Theory for education*, Routledge, 2006.
- DODDINGTON C., HILTON M., *Child-Centred Education, Reviving the Creative Tradition*, Sage Publications, 2007.
- DOLTO F., *Quand les parents se séparent*, Paris, Seuil, 1988.
- DOLTO F., *La cause des enfants*, Paris, Pocket, 2007.
- DOLTO F., RUFFO A., *Entretiens, L'enfant, le juge et la psychanalyste*, Gallimard, 1999.
- DONNELLY J., *The concept of Human Rights*, London, Croom, Helm, 1985.
- DOUGLAS G., BARTON C., *Law and Parenthood*, Northwestern University Press, 1995.
- DOUGLAS G., SEBBA L., *Children's Rights and Traditional Values*, Aldershot, Ashgate, 1998.
- DOWNIE R.S., FYFFE C., TANNEHILL A., *Health promotion: Model and values*, Oxford University Press, 1990.
- DRUMBL M. A., *Reimagining child soldiers in International Law and Policy*, Oxford University Press, 2012.
- DUBOS O., MARGUENAUD J. (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Collection droits européens, Paris: Dir. A. Pédone, 2007.
- DUCOULOMBIER P., *Les conflits des droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011.
- DUFFY-MEUNIER A., SCOFFONI G., JOWELL, J., *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni, recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, Collection Fondation Varenne, Paris, 2007.

DUJARDIN V., *La personne mineure, La prise en charge sanitaire*, Les Études Hospitalières, 2005.

DWORKIN G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988.

EDWARDS R.(dir.), *Children, Home and School, Regulation, autonomy or connection?*, Routledge, 2005.

EEKELAAR J., *Family law and personal life*, Oxford University Press, 2007.

EEKELAAR J., DINGWALL R., *The reform of child care law, A practical guide to the children Act 1989*, Routledge, 1990.

EEKELAAR J., MACLEAN M., *Family Justice: The Work of Family Judges in Uncertain Times*, Oxford: Hart Publishing, 2013.

EEKELAAR J., SARCEVIC P., *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

EICHLER M., *Families in Canada today: Recent changes and their policy consequences*, Toronto, 1983.

ELLISTON S., *The best interests of the child in healthcare*, Routledge, 2007.

ENGLE MERRY S., *Human Rights and Gender Violence, Translating International Law into local justice*, The University of Chicago Press, 2006.

ERIKSSON M., BRUNO L., NÄSMAN E., *Domestic Violence, Family Law and School, Children's Right to Participation, Protection and Provision*, Palgrave Macmillan, 2010.

ESSER F., BAADER M. S., BETZ T., HUNGERLAND B. (dir.), *Reconceptualising Agency and Childhood, New perspectives in Childhood Studies*, Routledge, 2016.

FARSON R., *Birthrights*. New York: Macmillan, 1974.

FERRET LLORET J., SANZ CABALLERO S. (dir.), *Proteccion de personas y grupos vulnerables, Especial referencia al derecho internacional y europeo*, 2008.

FERRIE S-M., *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine, Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRIS Éditions, 2018.

FEUILLET-LIGER B., RYUICHI I. (dir.), *Adolescent et acte médical, regards croisés*, Bruylant, 2011.

FINEMAN M.A., *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York, The New Press, 2004.

- FLAUSS J.-F. (dir.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- FLOGAITIS S., ZWART T., FRASER J. (dir.), *The European Court of Human Rights and its Discontents, Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar, 2013.
- FLORIDI L. (dir.), *Protection of Information and the Right to Privacy – A New Equilibrium?*, Springer, 2014.
- FOLEY P., LEVERETT S., *Connecting with children, Developing Working Relationships*, Bristol University Press, 2008.
- FØLLESDAL A., PETERS B., ULFSTEIN G. (dir.), *Constituting Europe, The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013.
- FORTIER V. (dir.), *La circoncision rituelle, enjeux de droit, enjeux de vérité*, Presses universitaires de Strasbourg, 2016.
- FORTIER V., VIALLA F. (dir.), *La religion dans les établissements de santé*, Les études Hospitalières, 2013.
- FORTIN J., *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2009.
- FOSTER C., *Choosing Life, Choosing Death, The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law*, Hart Publishing, 2009.
- FOTTRELL D. (dir.), *Revisiting Children's Rights, 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, 2000.
- FRANCIONI F. (dir.), *Access to Justice as a Human Right*, Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, 2007.
- FRANCOZ-TERMINAL F., *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Stampfli Editions, Intersentia, 2008.
- FRANKLIN B., *The Rights of Children*, Oxford, Blackwell, 1986.
- FREEMAN M. D. A., *The rights and wrongs of children*, London: Pinter, 1983.
- FREEMAN M. D. A., *The State, the law and the family*, London: Tavistock, 1984.
- FREEMAN M. D. A., *Children, their Families and the Law, Working with the Children Act*, Macmillan, 1992.
- FREEMAN M. D. A., VEERMAN P. (dir.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992.

FREEMAN M. D. A., *The moral status of children, Essays on the rights of the child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

FREEMAN M. D. A., *Human Rights. An interdisciplinary approach*, Polity, 2002.

FREEMAN M. D. A., (dir.) *Children's Rights*, Volume 1-II, Ashgate Dartmouth, Aldershot, 2004.

FREEMAN M. D. A. (dir.), *Children's health and children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

FREEMAN M. D. A., *Article 3 – The best interests of the child, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

FREEMAN M. D. A. (dir.), *Children's rights: Progress and Perspectives, Essays from the International Journal of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

FREEMAN M. D. A., *Law and childhood studies, Current Legal Issues* (Book 14), Oxford University Press, 2012.

FRUMER P., ERGEC R., *La renonciation aux droits et libertés la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Collection de droit international 47, Bruxelles : éd. Bruylant, éd. de l'Université de Bruxelles, 2001.

GAL T., FAEDI DURAMY B. (dir.), *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation, From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies*, Oxford University Press, 2015.

GAUMONT-PRAT H., *Bioéthique et Droit, L'assistance médicale à la procréation*, Les Études Hospitalières, 2011.

GAUTHIER C., GAUTIER M., GOUTTENOIRE A., *Mineurs et droits européens*, Centre de recherches et documentation européenne et internationale, Collection Droits européens, Paris: Dir. Pédone, 2012.

GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'Homme*, SIREY, 2016.

GERSCH I. S., GERSCH A., *Resolving disagreement in special educational needs, A practical need to conciliation and mediation*, Routledge, 2003.

GIL-ROSADO M-P., *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Paris, Defrénois, Doctorat & Notariat, Tome 22, 2006.

GIRARD C., HENNETTE-VAUCHEZ S., *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF, 2005.

GOLDESTEIN J., FREUD A., SOLNIT A. J., *Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant, La vie de l'enfant* - Collection sous la direction du docteur Michel Soulé, Les Éditions ESF, 1983.

GOLDSTEIN J., FREUD A., SOLNIT A. J., *Dans l'intérêt de l'enfant ? vers un nouveau statut de l'enfance*, 2^e édition, La vie de l'enfant - Collection sous la direction du docteur Michel Soulé, Les Éditions ESF, 1980.

GOLDSTEIN J., FREUD A., SOLNIT A. J., (dir.), *Before the best interest of the child*, The Free Press, 1979.

GOLDSTEIN J., FREUD A., SOLNIT A. J., (dir.), *Beyond the best interests of the child*, The Free Press, 1973.

GOLDSTEIN J., FREUD A., SOLNIT A. J., (dir.), *In the best interests of the child*, The Free Press, 1986.

GORNY V., *Priorité aux enfants, un nouveau pouvoir*, Les guides société Hachette, 1991.

GRIER STEPHENSON D., Jr., *The right to vote: rights and liberties under the law*, ABC CLIO, 2004.

GRIFFIN J., *On human rights*, Oxford university press, Oxford, 2009.

GROVER S. C., *Children Defending their Human Rights Under the CRC Communications Procedure, On Strengthening the Convention on the Rights of the Child Complaints Mechanism*, Springer, 2015.

GROVER S. C., *Child Refugee Asylum as a Basic Human Right, Selected Case Law on State Resistance*, Springer, 2018.

GUGGENHEIM M., *What's wrong with children's rights*, Harvard University Press, 2005.

HAECK Y., BREMS E. (dir.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Ius Gentium, Comparative Perspectives on Law and Justice, Volume 30, Springer, 2014.

HAGGER L., *The child as vulnerable patient. Protection and empowerment*, Ashgate, 2009.

HANSON K., NIEUWENHUYS O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice, Translations*, Cambridge University Press, 2013.

HARRIS N., *Education, Law and Diversity*, Hart Publishing, 2007.

HARRIS-SHORT S., *Aboriginal Child Welfare, Self-Government and the Rights of Indigenous Children, Protecting the Vulnerable Under International Law*, Ashgate, 2012.

HARTLEY R. E., *Alternative Dispute Resolution in Civil Justice Systems*, LFB Scholarly Publishing LLC, 2002.

HARTUNG C., *Conditional Citizens, Rethinking Children and Young People's Participation, Perspectives on Children and Young People*, Volume 5, Springer, 2017.

HAYEZ J.-Y., DE BECKER E., *La parole de l'enfant en souffrance, Accueillir, évaluer et accompagner*, Dunod, 2010.

HELLSTEN S. K., HOLLI A. M., DASKALOVA K., *Women's Citizenship and Political Rights*, Palgrave Macmillan, 2005.

HERRING J., *Relational autonomy and Family Law*, Springer, 2014.

HIJMANS H., *The European Union as Guardian of Internet Privacy, The Story of Art 16 TFEU*, Springer, 2016.

HOBBS T., *Léviathan, ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*, 1651.

HODKIN R., NEWELL P., *UNICEF Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* 2nd ed. New York, UNICEF 2002.

HOLT J., *Escape from childhood*, Holt Associates, 1996.

HOULGATE L. D., *The child and the State, A normative theory of juvenile rights*, The Johns Hopkins University Press, 1980.

HURPY H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, Bruylant, 2015.

HUSSON-ROCHCONGAR C., *Droit international des droits de l'Homme et valeurs, Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, 2012.

INVERNIZZI A., WILLIAMS J. (dir.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, ASHGATE, 2011.

INVERNIZZI A., WILLIAMS J., *Children and citizenship*, Sage Publications, 2008.

JAMES A., JAMES A. L. (dir.), *European Childhoods, Cultures, Politics and Childhoods in Europe*, Palgrave Macmillan, 2008.

JAMES A., PROUT A. (dir.), *Constructing and Reconstructing Childhood*, London: Falmer Press, 1997.

JAMES A., JENKS C., PROUT A., *Theorizing Childhood*, Polity Press, 1998.

JAMIN C., VAN CAENEGEM W. (dir.), *The Internationalisation of Legal Education*, Springer, 2016.

JENKS C., *Childhood*, 2e édition, Routledge, 2005.

JIVRAJ S., *The Religion of Law, Race, Citizenship and Children's Belonging*, Palgrave Macmillan, 2013.

JOHN M., *Children in Charge 9, Children's Rights and Power, Charging Up for a New Century*, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2003.

JOHNSON D. J., DEBRENNA LAFA AGBÉNYIGA, HITCHCOCK R. K. (dir.), *Vulnerable Children, Global Challenges in Education, Health, Well-Being, and Child Rights*, Springer, 2013.

JONES K. (dir.), *L'école en Europe, Politiques néolibérales et résistances collectives*, a Dispute, coll. « L'enjeu scolaire », 2011.

JONES L., HOLMES R., POWELL J. (dir.), *Early childhood studies, A multiprofessional perspective*, Open University Press, 2005.

JONES P., *Rights, Issues in Political Theory*, Macmillan, 1994.

JONES D. A., GASTMANS G., MacKELLAR C. (dir.), *Euthanasia and assisted suicide: lessons from Belgium*, Cambridge University Press, 2017.

JOUAN M., LAUGIER S., *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, Presses Universitaires de France, 2009.

JUSS S., HARVEY C., *Contemporary issues in refugee law*, Cheltenham, U.K. Northampton, MA: Edward Elgar, 2013.

KANT E., *Critique de la raison pratique*, 1788.

KARAVOKYRIS G., *L'autonomie de la personne en droit public français*, Bruylant, 2013.

KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit – protection du secret de la vie privée*, 3^e édition, Economica/PUAM, 1995.

KEHILY M. J. (dir.), *An introduction to childhood studies*, Second edition, Open University Press, 2008.

KILKELLY U., *Children's rights in Ireland. Law, policy and practice*, Haywards Heath: Tottel, 2008.

KILKELLY U., *The child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot, Ashgate, 1999.

KILLKELY U., DONNELLY M., *The child's right to be heard in the Healthcare Settings: Perspectives of children, parents and health professionals*, The National Children's Strategy Research Series, 2006.

KING M., PIPER C., *How the law thinks about Children*, Gower, 1990.

KOOCHER G. P., KEITHSPIEGEL G. P., *Children, Ethics, & the Law, Professional Issues and Cases*, University of Nebraska Press, 1990.

KORCZACK J., *Le droit de l'enfant au respect*, Editions Robert Laffont, 1979.

KRAUSE H. D., *Child law*, Dartmouth, 1992.

KURY H., REDO S., SHEA E. (dir.), *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration, Suggestions for Succeeding Generations* (Volume 1), Springer, 2016.

LAGOT D., *Le droit international et la guerre. Évolution et problèmes actuels*, l'Harmattan, 2011.

LAHIRE B. (dir.), *Enfances de classe, de l'inégalité parmi les enfants*, Seuil, 2019.

LAMARCHE L., BOSSET P., *Des enfants et des droits*, Les presses de l'Université Laval, 1997.

LANDAU B., *Children's rights in the practice of family law*, Carswell, 1986.

LANE F. S., *American Privacy, The 400-Year History of Our Most Contested Right*, Beacon press, 2009.

LANSDOWN G., *Can you hear me? The right of young children to participate in decisions affecting them*, Working Papers 36, Bernard van Leer Foundation, The Hague, The Netherlands, 2005.

LANSDOWN G., *Promoting children's participation in democratic decision-making*, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, 2001.

LANSDOWN G., *Taking Part: Children's Participation in Decision Making*, London, Institute for Public Policy Research, 1995.

LAVALLÉE C., *La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2015.

LAWRENCE A., *Principles of Child Protection: Management and Practice*, Open University Press, 2004.

Le Monde religieux, 25^e volume : la liberté religieuse en Suisse, Les articles d'exception de la Constitution fédérale, Editions Perret-Gentil, Lausanne, 1955.

LE ROUZIC L., SZYMCZAK D., *Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, l'Harmattan, 2015.

LEACH P., *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Third edition, Oxford University Press, 2011.

- LECLERC J., *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, t. I, Paris Aubier, 1955.
- LEE N., *Childhood and Human Value Development. Separation and Separability*, Maidenhead, Open University Press, 2005.
- LEE N., *Childhood and society, Growing up in an age of uncertainty*, Open University Press, 2001.
- LEGROS B., *Euthanasie, arrêt de traitement, soins palliatifs et sédation l'encadrement par le droit de la prise en charge médicale de la fin de vie*, Collection Tout savoir sur, Bordeaux: Les Études hospitalières, 2011.
- LEGROS B., *L'Euthanasie et le droit, États des lieux sur un sujet médiatisé*, 2^e édition, Les Études Hospitalières, 2006.
- LEIGH I., MASTERMAN R., *Making Rights Real the Human Rights Act in its First Decade*, Hart Publishing, 2008.
- LESOURD S., PETITOT F., *Protéger l'enfant en danger : une pratique des conflits*, Paris, érès, Les recherches du Grape, 1994.
- LEVESQUE R. J. R. (dir.), *Adolescents, Rapid Social Change, and the Law, The Transforming Nature of Protection*, Springer, 2016.
- LEVESQUE R. J. R., *Adolescents, Media, and the Law, What Developmental Science Reveals and Free Speech Requires*, Oxford University Press, 2007.
- LEVESQUE R. J. R., *Adolescents, Sex, and the Law, Preparing adolescents for responsible citizenship*, Amer Psychological Assn; 1 edition, 2000.
- LEVESQUE R. J. R., *Dangerous Adolescents, Model Adolescents, Shaping the Role and Promise of Education*, Kluwer Academic Publishers, 2002.
- LEVINSON M., *The demands of liberal education*, Oxford University Press, 1999.
- LIEBEL M. (dir.), *Children's rights from below, Cross cultural perspectives*, Palgrave Macmillan, 2012.
- LIEBEL M., *A Will of Their Own: Cross-Cultural Perspectives on Working Children*, Zed Books, 2004.
- LIEFAARD T., DOEK J. E. (dir.), *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer, 2015.
- LIETEN G. K., *Children, Structure, and Agency, Realities across the Developing World*, Routledge, 2008.

LINDBLOM A-K., *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge University Press, 2005.

LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, 1690.

LOCKTON D. J. (dir.), *Children & The Law*, A Series of Conference Papers presented at de Montfort University, Leicester, October 1993, De Montfort University Law Monographs

LOHMUS K., *Caring Autonomy, European Human Rights Law and the Challenge of Individualism*, Cambridge University Press, 2015.

LÜCKER-BABEL M.-F., *Adoption internationale : Comprendre les nouvelles normes. Principes et mécanismes de la Convention de La Haye du 29 mai 1993*, Genève, 1996.

MABANGA G. M., *Le témoin assisté devant la Cour Pénale Internationale, Contribution à l'évolution du droit international pénal*, Institut universitaire Varennes, LGDJ, 2017.

MACCORMICK N., WEINBERGER O., *An institutional theory of law, New Approaches to legal positivism*, Kluwer, 1992.

McEWAN I., *The children act*, Johnatan Cape London, 2014.

MACLEAN A., *Autonomy, Informed Consent and Medical Law, A Relational Challenge*, Cambridge University Press, 2009.

MANSON N. C., O'NEILL O., *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge University Press, 2007.

MAROT T., GUILHEN B., *Lecture-écriture, enseigner différemment des enseignants dans l'expérimentation du modèle systémique et développemental (Apprendre autrement)*, Turquant: Mens sana, 2011.

MARSHALL J. D., FOUCAULT M., *Personal Autonomy and Education*, Springer-Science+Business Media, B.V., 1996.

MARSHALL J., *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, International Studies in Human Rights, Volume 98, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

MARTHA N., AMARTYA S. (dir.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, 1993.

MARWICK A. E., MURGIA DIAZ D., PALFREY J., *Youth, Privacy and Reputation*, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, 2010.

MATTEL FERRARO M., CASEY E., McGRATH M., *Investigating Child Exploitation and Pornography: The Internet, The Law and Forensic Science*, Elsevier Academic Press, 2005.

MAURY L., *Le développement de l'enfant*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2008.

- MAYALL B., *Children's Childhoods: Observed and experienced*, Routledge, 1994.
- McLEAN S. A. M., *Autonomy, consent and the law*, Routledge, 2009.
- MEYER-BISCH P. (dir.), *L'enfant témoin et sujet, Les droits culturels de l'enfant*, Genève Schulthess, 2012.
- MILL J.-S., *Considérations sur le gouvernement représentatif*, 1861.
- MILLARD E., *Famille et droit public - Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, 1995.
- MILNE B., *Rights of the Child, 25 Years After the Adoption of the UN Convention*, Springer, 2015.
- MONGIN O., *Mal d'enfance*, Esprit, 1991.
- MONIER J., SALAS D., MALLET A., *Les droits de l'enfant*, Paris: La Documentation française, 1991.
- MOODY Z., *Les droits de l'enfant, Genève, institutionnalisation et diffusion (1924-1989)*, Éditions Alphil-Presses universitaires suisses, 2016.
- MOSCHELLA M., *To Whom Do Children Belong?, Parental Rights, Civic Education and Children's Autonomy*, Cambridge University Press, 2016.
- MOWER G., Jr., *The Convention on the Rights of the Child: international law support for children*, Studies in Human Rights, Number 17, Greenwood Press, 1997.
- MUEDINI F., *Human Rights and Universal Child Primary Education*, Palgrave Macmillan, 2015.
- MUIR WATT H., *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, Droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé, 1993-1995*.
- NAKANISHI Y. (dir.), *Contemporary Issues in Human Rights Law, Europe and Asia*, Springer Open, 2017.
- NEDELSKY J., *Law's relations: a relational theory of self, autonomy and law*, Oxford University Press, 2011.
- NEIRINCK C., BRUGGEMAN M. (dir.), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014.
- NEIRINCK C., GROSS M., *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, La documentation française, 2014.

- NEIRINCK C., *La famille que je veux, quand je veux ? : Évolution du droit de la famille*, Paris, Erès, 2003.
- NEIRINCK C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1984.
- NEIRINCK C., *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies*, Paris, Delmas, coll. Ce qu'il vous faut savoir, 1992.
- NOWAK M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, N.P. Engel Verlag, 2005.
- NUSSBAUM M. C, GLOVER J. (dir.), *Women, Culture, and Development, A Study of Human Capabilities*, Clarendon Press Oxford, 1995.
- NUSSBAUM M. C., *Creating Capabilities, The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- NUSSBAUM M. C., *Libertad de consciencia : el ataque a la igualdad de respeto*, 2010.
- NUSSBAUM M. C., *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- O'NEILL O., *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge University Press, 2004.
- O'NEILL O., RUDDICK W., *Having children, Philosophical and Legal Reflections on Parenthood*, Oxford University Press, 1979.
- ORFORD A. (dir.), *International law and its others*, Cambridge University Press, 2006.
- OSWELL D., *The Agency of Children, From Family to Global Human Rights*, Cambridge University Press, 2013.
- OUEDRAOGO R. W. R., *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruylant, 2014.
- PALMER E., *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2007.
- PARKINSON P. CASHMORE J., *The Voice of a Child in Family Law Disputes*, Oxford University Press, 2008.
- PELIN RADUCU I., *Dialogue déferent des juges et protection des droits de l'Homme*, Larcier, 2014.
- PERCY-SMITH B., THOMAS N., *A Handbook of Children and Young People's Participation, Perspectives from Theory and Practice*, Routledge, 2010.

- PERRIN J.-F., *Le droit de choisir. Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, Schulthess, 2013.
- PHUONG C., *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge University Press, 2005.
- PILON M., MARTIN J.-Y., CARRY A. (dir.), *Le droit à l'éducation, quelle universalité ?*, Éditions des archives contemporaines, 2010.
- PIRNER M. L., LAHNEMANN J., BIELEFELDT H. (dir.), *Human Rights and Religion in Educational Contexts*, Springer, 2016.
- PUFALL P. B., UNSWORTH R. P., *Rethinking Childhood*, Rutgers University Press, 2004.
- QVORTRUP J., *Studies in Modern Childhood, Society, Agency, Culture*, Palgrave Macmillan, 2005.
- RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté (naissance et évolution d'un concept)*, PUF, 1980.
- RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence : le droit français est-il conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant ?*, Paris, Litec, 3e éd, 1995.
- RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Paris, Lexisnexis Litec, coll. Pratique professionnelle, 2006.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986.
- RENGEL A., *Privacy in the 21st Century*, Studies in Intercultural Human Rights, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- RICHARDSON J., *Law and the Philosophy of Privacy*, Routledge, 2016.
- RINGELHEIM J., *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, 2011.
- RISHMAWI M., *Article 4 - The Nature of States Parties' Obligations, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- ROBERT P., *La Finlande, un modèle éducatif pour la France ? Les secrets de la réussite*, Collection dirigée par Philippe Meireu, ESF Editeur, 2010.
- ROBERTS M., *Mediation in Family Disputes Principles of Practice*, Third Edition, ASHGATE, 2008.
- RODMAN H., TROST J., *The adolescent dilemma: international perspectives on the family planning rights of minors*, New York: Praeger, 1986.
- RODRIGUEZ J. R., *L'influence internationale du droit français*, Connaissances et Savoirs, 2008.

- ROESSLER B., MOKROSINSKA D. (dir.), *Social dimensions of privacy, interdisciplinary perspectives*, Cambridge University Press, 2015.
- ROMANUCCI-ROSS L., TANCREDI L. (dir.), *When Law and Medicine Meet: A Cultural View*, International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, Volume 24, Springer, 2007.
- ROSEN D. M., *Child Soldiers in the Western Imagination, From Patriots to Victims*, Rutgers University Press, 2015.
- ROSEN M., *Dignity, its history and meaning*, Harvard University Press, 2012.
- ROSENCZVEIG J.-P., *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Éditions Jeunesse et droit, 2005.
- ROUCHY S., AUBRY C., BERNARD D., CIABRINI J., LEGRAND S., *Le regard de l'enfant étude clinique*, La Vie de l'enfant, Paris : ESF éd., 1995.
- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Livre 1, Chapitre 6, 1762.
- RUBELLIN-DEVICHI J., FRANCK R., *L'enfant et les conventions internationales*, Lyon, PUL, 1996.
- RUSITORU M-V., *Le droit à l'éducation et les politiques éducatives*, Union Européenne et Roumanie, L'Harmattan, 2017.
- RUWEN OGIEN, *La vie, la mort, l'Etat, le débat bioéthique*, Grasset & Fasquelle, 2009.
- RUXTON S., *What about us? Children's Rights in the European Union. Next steps*, Brussels, The European Children's Network, 2005.
- SABATELLO M., *Children's bioethics: the international biopolitical discourse on harmful traditional practices and the right of the child to cultural identity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- SAISON J., DECOU-PAOLINI R., *Les dix ans de la loi Leonetti : doit-on légiférer sur la fin de vie ?*, LEH Editions, 2015.
- SALAS D., *Victimes de guerre en quête de justice, Faire entendre leur voix et les pérenniser dans l'Histoire*, L'Harmattan, 2004.
- SAMBUC BLOISE J., *La situation juridique des tziganes en Suisse, Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'Homme*, Schulthesse, Genève, 2007.
- SANDIFOLO KAMCHEDZERA G., *Article 5: the child's right to appropriate direction and guidance*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

SANTORO E., *Autonomy, Freedom and Rights, A Critique of Liberal Subjectivity*, Springer-Science+Business Media, B.V., 2003.

SAUNDERS B. J., GODDARD C., *Physical Punishment in Childhood, The Rights of the Child*, Wiley-Blackwell, 2010.

SAVIRIMUTHU J., *Online Child Safety, Law, Technology and Governance*, Palgrave Macmillan, 2012.

SCHABAS W. A., *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015.

SCHOTT-THIEFFRY I., *Les droits de l'enfant*, Paris, dir. De Vecchi, coll. Le Droit au quotidien, 2001.

SCHUZ R., *The Hague child abduction convention; A critical analysis*, Hart Publishing, 2013.

SCOGLIO S., *Transforming privacy, A transpersonal philosophy of rights*, Praeger, 1998.

SCOLNICOV A., *The Right to Religious Freedom in International Law: Between Group Rights and Individual Rights (Routledge Research in Human Rights Law)*, Routledge, 2011.

SEIBERT-FOHR A., VILLIGER M. E. (dir.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Volume 2, Ashgate, 2014.

SELLERS M., *Autonomy in the law*, Ius Gentium, Comparative Perspectives on Law and Justice, Volume 1, Springer, 2007.

SEN A., *Development as freedom*, OUP Oxford; Édition: New Ed, 2001.

SEN A., *Rationality and Freedom*, Harvard University Press, 2004.

SETTEM O. J., *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings, With Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency*, Springer, 2016.

SHERWIN S., *Politics of women's health: exploring Agency and Autonomy*, Temple University Press, U.S., 1998.

SHULMAN J., *The Constitutional Parent, Rights, Responsibilities, and the Enfranchisement of the Child*, Yale University Press, 2014.

SIECKMANN J-R., *The Logic of Autonomy, Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Hart Publishing, 2012.

SINGER A., *Föräldraskap i rättslig belysning*, Uppsala : Iustus, 2000.

- SJÖBORG A., ZIEBERTZ H-G. (dir.), *Religion, Education and Human Rights, Theoretical and Empirical Perspectives*, Springer, 2017.
- SKURBATY Z. A. (dir.), *Beyond a One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, The Raoul Wallenberg Institute, Human Rights Library, Volume 19, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- SMET S., BREMS E., *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights, Conflict or Harmony?*, Oxford University Press, 2017.
- SMITH R., *A universal child*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010.
- SOMMER D., PRAMLING SAMUELSSON I., HUNDEIDE K., *Child Perspectives and Children's Perspectives in Theory and Practice*, International Perspectives on Early Childhood Education and Development, Volume 2, Springer, 2010.
- SOREL J.-M., POPESCU C.-L. (dir.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruylant, 2010.
- SPECTOR H., *Autonomy and rights: the moral foundations of liberalism*, Oxford: Clarendon Press, 1992.
- SPENCER J. R., LAMB M. E. (dir.), *Children and cross-examination, Time to change the rules?*, Hart Publishing, 2012.
- SPRING J., *Globalization and Educational Rights, An Intercivilizational Analysis*, Routledge, 2001.
- STALFORD H., *Children and the European Union. Rights, welfare and accountability*, 2012.
- STEINL L., *Child Soldiers as Agents of War and Peace, A Restorative Transitional Justice Approach to Accountability for Crimes Under International Law*, Springer, 2017.
- STOECKLIN D., BONVIN J-M. (dir.), *Children's Rights and the Capability Approach, Challenges and Prospects*, Springer, 2014.
- SUDRE F., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2005.
- SUTHERLAND E. E. (dir.), *The future of child and family law*, International predictions, Cambridge University Press, 2015.
- TAILLON L., *Droits et devoirs des parents en matière d'éducation*, Université de Moncton, 1942.
- TAYLOR P. M., *Freedom of Religion, UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005.

THOMAS N. (dir.), *Children, politics and Communication, Participation at the margins*, The Policy Press, 2009.

THOMAS N., *Children, Family and the State, Decision-Making and Child Participation*, Palgrave Macmillan, 2000.

THORGEIRSDÓTTIR H., *Article 13 - The Right to Freedom of Expression, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

TISDALL E. K. M., DAVIS J. M., PROUT A., HILL M., *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for what?*, The Policy Press, 2006.

TISDALL E. K. M., GADDA A. M., MANDEL BUTLER U. (dir.), *Children and Young People's Participation and Its Transformative Potential, Learning from across Countries*, Palgrave Macmillan, 2014.

TOBIN J., *The rights to health in international law*, Oxford University Press, 2012.

TODRES J., WOJCIK M. E., C.R., REVAZ C. R., *The U.N. Convention on the rights of the child. An analysis of Treaty provisions and implications of U.S. Ratification*, Transnational Publishers, 2006.

TOMASEVSKI K., *Children in adult prisons. An international perspective*, London : Pinter, 1985.

TORRELLI M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979.

TURNER B. S., *Vulnerability and human rights*, Essays on Human Rights, 2006.

VAN BUEREN G., *Child's rights in Europe: Convergence and Divergence in Judicial Protection*, 2007.

VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer, 1995.

VAN DE MEENE I., VAN ROOIJ B., *Access to Justice and Legal Empowerment, Making the Poor Central in Legal Development Co-operation*, Leiden University Press, 2008.

VAN DER HOF S., VAN DEN BERG B., SCHERMER B. (dir.), *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, Springer, 2014.

VAN NIJNATTEN C., *Children's Agency, Children's Welfare, A dialogical approach to child development, policy and practice*, The Policy Press, 2010.

VAN ZANTEN A., *Les politiques d'éducation*, PUF, 2005.

VERHELLEN E., *Convention on the rights of the child. Background, motivation, strategies, main themes*, 3e édition, Leuven/Apeldoorn, Garant, 2000.

VERHEYDE M., *Article 28 – The right to education, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

VUCKOVIC SAHOVIC N., DOEK J. E., ZERMATTEN J., *The Rights of the Child in International Law, Rights of the Child in a Nutshell and in Context: all about Children's Rights*, Stampfli Verlag AG Bern, 2012.

WALINE M., *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 2007.

WALKER M., UNTERHALTER E., *Amartya Sen's Capability Approach and Social Justice in Education*, Palgrave Macmillan, 2007.

WALTER B., *Le droit de l'enfant à être éduqué*, L'Harmattan, 2001.

WARMING H. (dir.), *Participation, Citizenship and Trust in Children's Lives*, Palgrave Macmillan, 2013.

WEISSTUB D. N., DIAZ PINTOS G. (dir.), *Autonomy and Human Rights in Health Care, An International Perspective*, International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, Volume 36, Springer, 2008.

WEISSTUB D. N., THOMASMA D. C., GAUTHIER S., TOMOSSY G. F., *Aging: Decisions at the end of life*, Springer-Science+ Business Media, B.V., International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, Volume 12, 2001.

WESTRA L., *Child Law, Children's Rights and Collective Obligations*, Springer, 2014.

WESTWOOD J., LARKINS C., MAXON D., PERRY Y., THOMAS N., *Participation, Citizenship and Intergenerational Relations in Children and Young People's Lives: Children and Adults in Conversation*, Palgrave Macmillan, 2014.

WHITE M. D., *The Decline of the Individual, Reconciling Autonomy with Community*, Palgrave Macmillan, 2017.

WIESEMANN C., *Moral Equality, Bioethics, and the Child*, International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, Volume 67, Springer, 2016.

WIKLEY N., *Child Support. Law and Policy*, Oxford: Hart, 2006.

WILLIAMS J., *The United Nations convention on the rights of the child in Wales*, Cardiff: University of Cardiff Press, 2013.

WILSON J., *Children and the law*, Toronto: Butterworths, 1986.

WINCH C., GINGELL J., *Philosophy of Education, The Key Concepts*, Second edition, Routledge, 2008.

WRIGHT J., *Tort Law and Human Rights*, Hart Publishing, 2001.

WRINGE C., *Moral Education, Beyond the Teaching of Right and Wrong*, Springer, 2006.

WYNESS M. G., *Contesting childhood*, Psychology Press, 2000.

YOUF D., *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, Questions d'éthique, 1ère éd., 2002.

YOUF D., *Une justice toujours spécialisée pour les mineurs ?*, La documentation française, 2015.

ZAJDA J., OZDOWSKI S. (dir.), *Globalisation, Human Rights Education and Reforms*, Springer, 2017.

ZANIM., *La Convention internationale des droits de l'enfant, portée et limites*, Paris: Publisud, 1996.

ZEEGERS K., *International Criminal Tribunals and Human Rights Law, Adherence and Contextualization*, Asser Press, Springer, 2016.

ZENTAI L., REYES NUNEZ J. (dir.), *Maps for the Future Children, Education and Internet*, Springer, 2012.

ZERMATTEN J., *La Convention des droits de l'enfant vingt ans plus tard, Essai d'un bilan*, IDE, 2009.

ZWOZDIAK-MAYERS P., *Childhood and Youth Studies*, Learning Matters, 2007.

C. - Thèses et mémoires

BLONDEL M., *La personne vulnérable en droit international*, Droit, Université de Bordeaux, 2015.

CLERC F., *Les principes de la liberté religieuse en droit public suisse*, Thèse de doctorat, Universités de Genève et Neuchâtel, Paris, Editions A. Pedone, 1937.

DEVAUD C., *L'information en droit médical*, Etude de droit suisse, Université de Lausanne, 2008.

DUCHESNE J., *The child's right to be heard in South Africa and the United States of America: analysis of the Hague Abduction Convention*, University of Leiden, 2015.

FERMAUD L., *La Protection de l'enfant en droit public*, Université Montpellier I, 2011

GUILLOD O., *Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme ?*, Thèse Neuchâtel, 1986.

KJØRHOLT A. T., *Childhood as a social and symbolic space: discourses on children as social participants in society*, Thèse de doctorat, Department of Education / Norwegian Centre for Child Research Faculty of Social Sciences and Technology Management Norwegian University of Science and Technology, NTNU Trondheim, 2004.

KOFFEMAN N. R., *The right to personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights*, Université de Leiden, 2010.

LAGARDE E., *Le principe d'autonomie personnelle. Étude sur la disposition corporelle en droit européen*, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012.

LALIBERTE J., *La liberté de religion et les intérêts de l'enfant au Canada*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de LL.M. en droit option recherche, Université de Montréal, 2004.

LE GOUES M., *Le consentement du patient en droit de la santé*, Université d'Avignon, 2015.

LEGUY Y., *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, Thèse Rennes, 1973.

PACIJ. J., *La inescindibilidad del derecho con el contexto social*, Universidad de Castialla - La Mancha, 2016.

PICARD A., *L'autonomie sanitaire du mineur*, Mémoire soutenu pour l'obtention du Master 2 Droit privé général, promotion 2011-2012, Université de Franche-Comté.

PRASONG O., *La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme*, Université de Bordeaux, 2016.

QUENNESSON C., *Mineur et secret*, Université de Bordeaux, 2017.

SCOLLO M., *Le droit au développement personnel au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Montpellier, 2012.

SHEEHAN R., RHOADES H., STANLEY N. (dir.), *Vulnerable children and the law, International evidence for improving child welfare, child protection and children's rights*, Jessica Kingsley Publishers, 2012.

STERN R., *The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?*, UPPSALA Universitet, 2006.

SVEIN ARILD VIS, *Factors that determine children's participation in child welfare decision making, From consultation to collaboration*, Faculty of Health Sciences, The Arctic University of Norway, 2014.

VIS S.A., *Factors that determine children's participation in child welfare decision-making*, University of Tromsø – The arctic University of Norway, 2014.

D. - Mélanges

ALLAND D., CHETAÏL V., DE FROUVILLE O., VINUALES J. E. (DIR.), *Unité et diversité du droit international, Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, Lieden Boston, 2014.

BOISSON DE CHAZOURNES L., KOHEN M. (dir.), *International Law and the Quest for its Implementation, Le droit international et la quête de sa mise en œuvre, Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, BRILL, 2010.

DIDUCK A., PELEG N., REECE H. (dir.), *Law in society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy, Essays in Honour of Michael Freeman*, Brill Nijhoff, 2015.

FREESTONE D. A. C. (dir.), *Children and the law: Essays in Honour of Professor H.K. Bevan*, University of Hull Press, 1990.

Droit des personnes et de la famille : Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : liber-amicorum, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Maison des sciences de l'homme de Strasbourg, 1994.

Famille et Droit, Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernard Schnyder, à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1995.

Les droits individuels et le juge en Europe mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

Les dynamiques du droit européen en début de siècle études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Paris : Éditions Pédone, 2004.

Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck, Paris, LexisNexis, 2015.

SIEGEL H. (dir.), *Reason and Education, Essays in Honor of Israel Scheffler*, Springer Science+Business Media, 1997.

WICKER G., *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis Dalloz, 2012.

E. - Colloques, journées d'études, séminaires et rapports publics

ASSOCIATION DE PRADO DO BORDEAUX, *Actes du Colloque national Autour du centenaire de la loi du 24 juillet 1889 relative à la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés*, Bordeaux, 22 et 23 septembre 1989, École nationale de la Magistrature, in Archives Aquitaines de Recherche sociale, N° spécial 1989-1990.

BARNICH L., NUYTS A., PFEIFF S., WAUTELET P. (dir.), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Actes du XIVE colloque de l'association « Famille§Droit » organisé par Alain-Charles Van Gysel et Arnaud Nuyts, Bruxelles, Bruylant, 20 mai 2016.

BELL F., « *Legal Aid NSW Project Proposal: Facilitating the Participation of Children in Family Law Processes* », Centre for children and young children, Southern Cross University, 2015.

BOUDOT M., VEILLON D., *l'Enfant*, Université d'Été 2016, Université de Poitiers, LGDJ, 2017.

COOMANS F., *Identifying the Key Elements of the Right to Education: À Focus on Its Core Content*, UNESCO Chair in Human Rights and Peace, Centre for Human Rights, University of Maastricht, <https://www.crin.org/en/docs/Coomans-CoreContent-Right%20to%20EducationCRC.pdf>

GADBIN D., KERNALEGUEN F., COMMISSION POUR L'ETUDE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen journées nationales d'études de la CEDECE, Commission pour l'Étude des Communautés Européennes, Rennes, 22 et 23 mai 2003*, Bruxelles: Bruylant, 2004.

INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, *Droit à l'éducation : solution à tous les problèmes ou problème sans solution ?*, 11^e Séminaire de l'IDE 18 au 22 octobre 2005.

INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, IUKB, *Les droits de l'enfant : et les filles ?*

INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, *Pratiques préjudiciables et les droits humains*, 15^e Séminaire de l'IDE 10 au 13 octobre 2010.

JAFFE P. D., LEVY B., MOODY Z., ZERMATTEN J. (dir.), *Enfant, Famille, État : Les droits de l'enfant en péril ?*, Actes du 6^e Colloque printanier de l'Institut universitaire Kurt Bösch et de l'Institut international des Droits de l'Enfant 22 et 23 mai 2014.

JAFFE P. D., LEVY B., MOODY Z., ZERMATTEN J. (dir.), *Le droit de l'enfant et de l'adolescent à son orientation sexuelle et à son identité de genre*, Actes du 5e Colloque printanier de l'Institut universitaire Kurt Bösch et de l'Institut international des Droits de l'Enfant, 2, 3 et 4 mai 2013.

JAFFE P., HITZ N., ZERMATTEN J., LANGENEGGER ROUX N., LAKATOS O., NANCHEN C., RIVA GAPANY P., MOODY Z., *Les droits de l'enfant en situation de migration en Suisse : Protection, Prestations, Participation*, Actes du 8e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droit de l'enfant (CDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des Droits de l'Enfant (IDE), 4-5 mai 2017.

LECA A. (dir.), *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloque d'Aix-en-Provence, 30 novembre – 1^{er} décembre 2007, Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, Collection du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille, Les Études Hospitalières, 2008.

LEMOULAND J-J., *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 27 juin 2003, 4^e journée internationale, Lexis Nexis Litec.

RUBELLIN-DEVICHI J., FRANCK R., & ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT DE LA FAMILLE, *L'enfant et les conventions internationales [actes du colloque]*, Lyon: Presses universitaires de Lyon, 1996.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (S.F.D.I.), *Droit international et diversité des cultures juridiques - International law and diversity of legal cultures*, Journée franco-allemande, Pedone, 2008.

SPRONK-VAN DER MEER S. I., *The right to health of the child, An analytical exploration of the international normative framework*, Intersentia, 2014.

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit de la santé aspects nouveaux*, Journées suisses, Tome LIX, Bruylant, 2009.

§2. – Articles

A. Contributions dans les ouvrages collectifs, mélanges, colloques et séminaires

ABEBE T., « Interdependent rights and agency : the role of children in collective livelihood strategies in rural Ethiopia » in Hanson K., Nieuwenhuys O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice, Translations*, Cambridge University Press, 2013, p. 74.

ALSTON P., DE SCHUTTER O., « Introduction: Addressing the Challenges Confronting the EU Fundamental Rights Agency » in Alston P., de Schutter O. (dir.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, pp. 1-25.

ALSTON P., « Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant », dans *Bulletin des droits de l'Homme 91/2, Les droits de l'enfant*, ONU, p. 13

ARCHARD D., « Philosophical perspectives on childhood » in Fionda J. (dir.), *Legal Concepts of Childhood*, Hart, 2001.

ARNAUD A.-J., « Philosophie des droits de l'homme et droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, ouvrage collectif, actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994, organisées par le laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1996, pp. 3-25.

AUNE A.-C., « La consécration d'un droit à l'épanouissement sexuel ? » in *L'identité sexuelle, Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Dalloz, 2008, p. 201.

BAINHAM A., « Growing up in Britain: Adolescence in the Post-Gillick Era » in Eekelaar J., Sarcevic P., *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 501-519.

BALA N., CRUICKSHANK D., « Children and the Charter of Rights », in Landau, *Children's rights in the practice of family law*, p. 57.

BENNETT WOODHOUSE B., *A delicate balance: the role of government in protecting children's rights within the family*, keynote address international conference on children's rights, Ministry of education, Tokyo, Japan, November 1999.

BERNARD C., « Les droits de l'enfant entre la protection et l'autonomie », in Lamarche L., Bosset P. (dir.), *Des enfants et des droits*, Les Éditions des Presses de l'Université Laval, 1997, p. 29.

BIBBINGS L.S., « Human Rights and the Criminalisation of Tradition: The Practices Formerly Known as «Female Circumcision » », in Alldridge P., Brants C. (dir.), *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law: A Comparative Study*, Hart Publishing, 2001, p.139 – 159.

BIGGERI M., KARKARA R., « Transforming Children's Rights into Real Freedom: A Dialogue Between Children's Rights and the Capability Approach from a Life Cycle Perspective », in Biggeri M., Ballet J., Comim F. (dir.), *Children and the Capability Approach, Chalanges and Prospectus*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 19.

BIOY X., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'assistance médicale à la procréation. Jusqu'où ne pas aller trop loin ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 429.

BOIZARD M., « La tentation de nouveaux droits fondamentaux face à Internet : vers une souveraineté individuelle ? Illustration à travers le droit à l'oubli numérique », in BLANDIN-OBERNESSER A. (dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruxelles: Bruylant, p.31-55.

BREMS E., « The Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights. Accommodating Diversity within Europe » in Forsythe D. P., McMahon P. C. (dir.), *Human Rights and Diversity. Area Studies Revisited*, Lincoln, Neb., University of Nebraska Press, 2003, pp. 81-110.

BREMS E., « Inclusive universality and the child-caretaker dynamic » in Hanson K., Nieuwenhuys O. (dir.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development, Living rights, social justice*, Translations, Cambridge University Press, 2013., p. 213.

BRUIJNÜCKERS, (de) M., « La réfection du droit de la famille néerlandaise par la jurisprudence en application de la Convention européenne des droits de l'homme », dans l'ouvrage collectif intitulé *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, pp. 147-156.

BUCHER A., « La révision de la Convention de la Haye sur la protection des mineurs », dans *Famille et Droit, Mélanges Bernard Schnyder*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1995.

BUCHER A., « Intégration sociale et culturelle de la famille », Recueil des cours N° 283/Collected Courses Vol. 283, p. 98.

BYC C., « Euthanasie et dignité, entre compassion et droit » in Leca A. (dir.), *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloque d'Aix-en-Provence, 30 novembre-1er décembre 2007, LEH Editions, 2008, p. 76.

CANTWELL N., « The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child » in Detrick S. (dir.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 19-31.

COHEN C. P., « Drafting the United Nations Convention on the Rights of the Child », pp. 323-353 (344) in Eugen Verhellen (ed.) *Understanding Children's Rights: Collected Papers Presented at the First International Interdisciplinary Course on Children's Rights*, Gent, University of Gent, Children's Rights Centre, 1996.

COMMAILLE J., « Les politiques publiques à destination de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, Actes du colloque organisé par le Centre d'Études et de Recherches sur les Contentieux, décembre 2004, p. 13.

CORSARO W., « Collective Action and Agency in Young Children's Peer Culture », in Qvortrup J. (dir.), *Studies in Modern Childhood: Society, Agency, Culture*, Palgrave Macmillan, Basingstoke/New York, 2005, pp. 231–247.

CORTINA A., « Los valores de unaciudadanía activa », in Toro B., Tallone A. (dir.), *Educacion, valores y ciudadania*, Metas Educativas 2021, p. 99.

COUSSIRAT-COUSTERE V., « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, ouvrage collectif, LGDJ, 1996, pp. 45-74.

DE SCHUTTER O., TULKENS F., « Rights in conflict: the European Court of Human Rights as a pragmatic institution », in Brems E. (dir.), *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, 690 p., pp. 169-216.

DECAUX E., « Dignité et universalité » in Helmans S. M. (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs, les limites irréductibles*, Bruylant, 1999, p. 22.

DOMINGO MORATALLA A., « Adolescencia y menor maduro », in De Los Reyes M., Sanchez Jacob M., *Bioetica y pediatria*, Madrid, Ergon, 2010, p. 53.

DREIFUSS-NETTER F., « L'accouchement sous X », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Liber amicorum*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, les Publications de la Maison des sciences de l'homme de Strasbourg, 1994, p. 99.

DREIFUSS-NETTER F., « L'accouchement sous X et le droit de connaître ses origines », in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, PUN, coll. Droit politique, société, 1999, p. 57.

DREIFUSS-NETTER F., « Droit à l'enfant et droit de l'enfant », in Larralde, J., Centre de recherches sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit Caen, *La libre disposition de son corps actes du colloque de Caen, les 16 et 17 octobre 2008*, Droit et justice 88, Bruxelles: Némésis Bruylant, 2009.

DUCOULOUMBIER P., « Conflicts between fundamental rights and the European court of Human rights: an overview », in Brems E. (dir.), *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, 690 p., pp. 217 – 247.

ECKERMANN T., HEINZEL F., « Children as social actors and addressees? Reflections on the constitution of actors and(student) subjects in elementary school peer Cultures » in ESSER F., BAADER M. S., BETZ T., HUNGERLAND B. (dir.), *Reconceptualising Agency and Childhood, New perspectives in Childhood Studies*, Routledge, 2016, p. 257.

EEKELAAR J., « De la privacy à l'État-Léviathan. Le cas de l'enfant » in Commaille J., Singly F. (dir.), *La question familiale en Europe* (Logiques sociales), Paris Montréal, L'Harmattan, 1997, pp. 271- 287.

EEKELAAR J., « The emergence of children's rights » in Krause H. D. (dir.), *Child law: Parent, child and state*, Aldershot: Dartmouth.

EEKELAAR J., « Are Parents Morally Obligated to Care their Children? », in Eekelaar J., Sarcevic P., *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 51-64.

EIDE W. B., « Article 24. The Right to Health », in Alen A., Vande Lanotte J., Verhellen E., Ang F., Berghmans E., Verheyde M. (dir.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

ENGBRETSON K., « Learning About and Learning from Religion. The Pedagogical Theory of Michael Grimmitt », in De Souza M., Durka G., Engebretson K., Jackson R., McGrady A. (dir.), *International Handbook of the Religious, Moral and Spiritual Dimensions in Education. International Handbooks of Religion and Education*, vol 1. Springer, Dordrecht, 2009.

ETCHEVERRY ESTRAZULAS N., FERNANDEZ ARROYO D. P., « Enforcement and Effectiveness of the Law - La mise en oeuvre et l'effectivité du droit », General Contributions of the Montevideo Thematic Congress, Springer, 2018.

FEINBERG J., « The child's rights to an open future » in Aiken W., LaFollette H., *Whose Child? Parental Rights, Parental authority and State Power*, Totowa, NJ, 1980, pp. 124-53.

FERGUSON L., « The Jurisprudence of Making Decisions Affecting Children: An Argument to Prefer Duty to Children's Rights and Welfare, Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy » - *Essays in Honour of Michael Freeman*, Brill, 2015.

FIERENS J., MATHIEU G., « Les droits de la personnalité des personnes mineurs ou vulnérables » in Renchon J.-L. (dir.), *Les droits de la personnalité*, Actes du Xe Colloque de l'Association « Famille et Droit », Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, « Famille&Droit », 2009, 346p., pp. 253-279.

FORTIER V., DUGNE J., LELIEUR J., VIALLA F., « La circoncision rituelle au regard du droit français » in Fortier V., *La circoncision rituelle, enjeux de droit, enjeux de vérité*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2016.

FORTIN J., « Children's rights and the impact of two international conventions: the UNCRC and the ECHR », in *Delight and Dole, The Children Act 10 years on, Family law*, 2002, p. 17.

FRANCK R., « Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui ? », in Fulchiron H., Centre de droit de la famille Lyon, *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité [actes des trois journées du séminaire, 2007-2008* (Thèmes et commentaires actes), Paris : Dalloz, 2009, pp. 111-121.

FRANKLIN B., « The case for children's rights: a progress report » in Franklin B. (dir.), *The Handbook of Children's Rights*, London, Routledge, 1995, pp. 3-22.

FREEMAN M. D. A., « Introduction » in Freeman M. D. A. (dir.), *Children's Rights Volume I*, Ashgate Dartmouth, Aldershot, 2004, p. xi-xlii (xi-xii).

FREEMAN M. D. A., « The limits of children's rights », in Freeman M., Veerman P., *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

FREEMAN M. D. A., « The right to responsible parents », in Bridgeman J., Keating H., Lind C., *Responsibility, Law and The Family*, Ashgate, 2008, p. 23.

FREEMAN M. D. A., « Child-rearing », in Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, *Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1999.

FREEMAN M. D. A., « Taking children's rights more seriously » in Alston P., Parker S., Seymour J. (dir.), *Children, Rights and the Law*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 65.

FREEMAN M. D. A., « The limits of children's rights », in Freeman M., Veerman P., *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

FREEMAN M. D. A., « The value and values of children's rights », in Invernizzi A., Williams J. (dir.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, ASHGATE, 2011, p. 31.

FREEMAN M. D. A., « Children's education, a test case for best interests and autonomy » in Davie R., Galloway D. (dir.) *Listening to children in education*, London, David Fulton, 1996, p. 37.

FREESTONE D., « The United Nations Convention on the rights of the child », in Freestone D. (dir.), *Essays in Honour of Professor Bevan H. K. Children and the law*, 1990, p. 289.

GAUDEMET-TALLON H., « La famille face au droit communautaire », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, ouvrage collectif*, LGDJ, 1996, pp. 85-116.

GIESEN D., « Le terme de la vie : le droit et les dilemmes éthiques/moraux » in Conseil de l'Europe, *Le droit face aux dilemmes moraux concernant la vie et la mort*, Actes du 20e colloque de droit européen, Glasgow, 10-12 septembre 1990, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1992, pp. 90-130.

GOONESEKERE S., « Introduction », in *Protecting the World's Children, Impact of the Convention on the Rights of the Children in Diverse Legal Systems*, UNICEF 2007, Cambridge University Press, p. 1.

HABIB B., « La définition de l'enfant en droit international public » in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de

droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p. 84.

HEINTZE H-J., « On the legal understanding of autonomy », in Suski M., *Autonomy: Applications and Implications*, 1998, p. 7.

HERRING J., « Relational autonomy and family law » in Wallbank J., Choudhry S., Herring J. (dir.), *Rights, Gender and family law*, Routledge, 2010.

HUTCHBY I., MORAN-ELLIS J., « Situating children's social competence », in Hutchby I., Moran-Ellis J. (dir.) *Children and Social Competence: Arenas of Action*, London: Falmer Press, 1998, p. 21.

ISOLA A., « Les principes d'organisation familiale posés par la « législation « issue du Conseil de l'Europe », dans *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, ouvrage collectif, LGDJ, 1996, pp. 31-44.

JAMES A., « Responsibility, Children and childhood » in Bridgeman J., Keating H., Lind C. (dir.), *Responsibility, Law and the Family*, Ashgate, 2008, p. 146.

JAMES A., « Agency » in Qvortrup J., Corsaro W. A., Honig M. S. (dir.), *The palgrave handbook of childhood studies*, London: Palgrave, 2009, p. 34.

KOHLI R., « Understanding silences and secrets when working with unaccompanied asylum-seeking children » in Thomas N. (dir.), *Children, politics and communication: Participation at the margins*, London: Policy Press, 2009, pp. 107–122.

KORSGAARD C. M., « Commentary on Gerald Cohen, "equality of what? on welfare, goods, and capabilities" and Amartya Sen, "capability and well-being" » in Nussbaum M., Sen A., *The Quality of Life*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 54-61.

KOVAS P., « Les langues et le droit international » in *Droit international et la diversité des cultures juridiques, International law and diversity of legal cultures, Journée franco-allemande - Contributions en français et en anglais*, Société Française pour le Droit International - S.F.D.I., 2008, p. 123.

KOUBI G., « La liberté de religion : une liberté de conviction comme une autre » in Morin C.-Y., Otis G., *Les défis des droits fondamentaux*, Bruylant/AUF, 2000, pp. 37-48.

LAFOLLETTE H., « Circumscribed autonomy: Children, Care and Custody » in Bartowiack J., Narayan U. (dir.), *Having and Raising Children*, State College, PA : Penn State Press, 1998.

LAVALLÉE C., « Le droit de l'enfant à l'autonomie : réalité ou fumisterie ? Partenariat « Familles en mouvance et relations intergénérationnelles », Montréal, le 2 décembre 2010.

LETOUZEY E., « L'enfant délinquant », in Neirinck C., Bruggeman M., Beaussonie G., Lamy B., *La Convention internationale des droits de l'enfant (CDE), une convention particulière*, Thèmes & commentaires Études, Paris: Dalloz, 2014, p. 237.

LEVINET M., « La Cour européenne des droits de l'Homme aux prises avec la pénalisation du sadomasochisme. Réflexions critiques sur les dérives de l'autonomie personnelle », in Institut de criminologie, *L'identité sexuelle contumace et défaut criminel* (Essais de philosophie pénale et de criminologie volume 7), Paris: Dalloz [Institut de criminologie de Paris], 2008, pp. 187-200.

LEVINET M., « Le droit au respect de l'image » in Sudre F., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2002, pp. 107-160.

LINDLEY R., « Teenagers and other children » in Scarre G. (dir.) *Children, Parents and Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

LOCKYER A., « Education for citizenship: children as citizens and political literacy » in Invernizzi A., Williams J., *Children and citizenship*, Sage Publications, 2008, p. 20.

LOWY C., « Autonomy and the appropriate projects of children: a comment on Freeman », in *Children, Rights and the law*, 1992, p. 74.

MARCHANT R. AND KIRBY P., « The participation of young children: communication, consultation and involvement » in Neale B. (dir.), *Young Children's Citizenship: Ideas into Practice*, York, Joseph Rowntree Foundation, 2004.

MARTIN PEREZ A., « La participation infantil como forma de protección y garantía de los derechos de la infancia » in Ferrer Lloret J., Sanz Caballero S. (dir.) *Protección de personas y grupos vulnerables especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 84.

MEIJER W.A.J., « The Relation Between the Human Right to Education and Human Rights Education » in Pirner M. L., Lahnemann J., Bielefeldt H. (dir.), *Human Rights and Religion in Educational Contexts*, Springer, 2016, p. 144.

MEULDERS-KLEIN M-T., « Droits des enfants et responsabilités parentales : quel juste équilibre ? » in *La personne, La famille et le droit, trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 347.

MINOW M., « Rights for the next generation: a feminist approach to children's rights », in Krause H. D., *Child law*, 1992, p. 59.

MISTRETTA P., « Actes médicaux et droits de l'enfant : réflexion sur l'autonomie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 105.

NEIRINCK C., « Le droit pour l'enfant de connaître ses origines », in Seriaux A., *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, Aix-

Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. du laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 50.

NEIRINCK C., « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Mélanges Christian Bolze, Ethiques, droit et dignité de la personne*, Paris, Economica, 1999, 427 p., pp. 39-50.

O'NEILL T., « Young carpet weavers on the rights threshold: protection or practical self-determination ? » in *Reconceptualizing Children's Rights in International Development*, p. 95.

O'NEILL O., « Children's Rights and Children's Lives in Alston », P., Parker, S., Seymour, J. (dir.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon, 1992, p. 40.

OLSEN F., « Children's Rights: Some Feminist Approaches to the United Nations Convention on the Rights of the Child » in Alston P., Parker S., Seymour J. (dir.) *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 192-220.

PALERMO G. B., « Domestic Violence, Autonomy v. Control », in Weisstub, *Autonomy and Human Rights in Health care*, p. 123.

PORTE J.-M., « 20. La « compétence » du nouveau-né », Serge Lebovici éd., *Nouveau traité de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, 4 vol., Presses Universitaires de France, 2004, pp. 281-295.

POULLET Y., ROUVROY A., « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in BENYEKHFLEF K., TRUDEL P., *État de droit et Virtualité*, Montréal: Thémis, 2009.

POUMARÈDE J., « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », in *Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections*, Actes du colloque organisé par la Cour de cassation le 10 juin 2011, *Les Petites Affiches* 2012, n°50.

PROUT A., JAMES A., « A new paradigm for the sociology of childhood? Provenance, promise and problems » in Prout A., James A. (dir.), *Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*, Routledge, 2e éd., 1997.

PROUT A., JAMES A., « A new paradigm for the sociology of childhood? Provenance, promise and problems » in James A., Prout A. (dir.), *Constructing and Reconstructing Childhood*, London: Falmer Press, 1997.

PUPAVAC V., « The International Children's Rights Regime » in Chandler D. (dir.), *Rethinking Human Rights: Critical Approaches to International Politics*, Basingstoke; New York, Palgrave Macmillan, 2002, pp. 57-75.

RASSON-ROLAND A., « Une approche comparative des droits de l'enfant, Quelques variations sur les Jeux d'enfants », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'Homme, Liber Amicorum Michel Melchior*, Anthemis, 2010, pp. 1015-1029.

RENCHON J.-L., « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit de la personne et de la famille », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 269.

RENCHON, J., REUSENS F., WILLEMS G., « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales » in Renchon, J., *Famille et droit Belgique, Les droits de la personnalité actes du Xe Colloque de l'Association « Famille & Droits »*, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007 (Collection Famille & droit), Bruxelles : Bruylant, 2009.

RIOS RODRIGUEZ, « Les langues du droit international : risque ou avantage ? » in *Droit international et la diversité des cultures juridiques, International law and diversity of legal cultures, Journée franco-allemande - Contributions en français et en anglais*, Société Française pour le Droit International - S.F.D.I., 2008, p. 209.

ROBSON E., BELL S. AND KLOCKER N., « Conceptualising agency in the lives and actions of rural young people » in Panelli R., Punch S., Ronson E., *Global perspectives on rural children and youth, young rural lives*, London : Routledge, 2007, p. 135.

ROCHE, J., « Children, citizenship and human rights », in Invernizzi A., Milne B. (dir.), *Children's Citizenship: An Emergent Discourse On The Rights Of The Child?*, Special Volume of the *Journal of Social Sciences* 9, 2005, pp. 43–55.

ROMAN D., « Autodétermination personnelle et choix de vie et de mort dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in Levinet M., Institut de droit européen des droits de l'homme Montpellier, *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme actes du colloque des 6 et 7 novembre 2009* (Droit et justice 93), Bruxelles: Nemesis Bruylant, 2010.

SANCLON T., « A theory of freedom of expression » in Dworkin R., *The philosophy of law*, 1977, p. 162.

SCHRAG F., « Children: Their Rights and Needs » in Aiken W., LaFollette H. (dir.), *Whose Child: Children's Rights, Parental Authority, and State Power*, Totowa, NJ: Rowman and Allenheld, 1980, pp. 246-7.

SICILIANOS L.-A., « La liberté de diffusion des convictions religieuses », in Flauss J., *La protection internationale de la liberté religieuse*, Publications de l'institut international des droits de l'homme 3, Bruxelles: Bruylant, 2002.

SMITH L., « Children, Parents and the European Human Rights Convention » in Eekelaar J., Sarcevic P., *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 447-463.

SMYCZYNSKI T., « La définition de la famille en droit international public », in Torrelli M., *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international, La Haye, 1979, p.

STALFORD H. ET DRYWOOD E., «Using the CRC to inform EU law and Policy-making », in *Human Rights of children. From vision to implementation*, 2011, p. 199.

SUDRE F., « Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 687.

TAXIL B., «Méthodes d'intégration du droit international en droits internes » dans 3ème congrès de l'AHJUCAF (Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français), *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, 21-23 juin 2010, Cour suprême du Canada, Ottawa (<http://www.ahjucaf.org>), 193 p, p. 104-113.

TEAMEY K., HINTON R., « Reflections on Participation and Its Link with Transformative Processes », in Tisdall E. K. M., Gadda A. M., Mandel Butler U. (dir.), *Children and Young People's Participation and Its Transformative Potential, Learning from across Countries*, Palgrave Macmillan, 2014, p. 22.

TERWANGNE, C. D., « Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle ? », in Dechenaud D. (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives - approche comparée*, Bruxelles: Éditions Larcier, 2015. p.23-49.

THEIS J., « Children as active citizens. An agenda for children's civil rights and civic engagement » in Percy-Smith B., Thomas N., *A Handbook of Children and Young People's Participation, Perspectives from Theory and Practice*, Routledge, 2010, p. 345.

THERY I., « Nouveaux droits, portion magique » in *Quels droits pour l'enfant*, Esprit, mars 1992.

TOBIN J., « Courts and the construction of childhood: A new way of thinking », in Freeman M. D. A., *Law and childhood studies*, Current Legal Issues (Book 14), Oxford University Press, 2012, p. 67.

VAN BUEREN G., « Acknowledging children as international citizens: a child-sensitive communication mechanism for the convention on the rights of the child », in *Human rights of children, From vision to implementation*, 2001, p. 120.

VAN BUEREN G., « Balancing Traditional Values and Cultural Plurality » in Douglas G., Sebba L. (dir.), *Children's Rights and Traditional Values*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 1998, pp. 15-31.

VEILLON D., « Quelques jalons d'une histoire de la parentalité », in Boudot M., Veillon D., *l'Enfant*, Université d'Été 2016, Université de Poitiers, LGDJ, 2017, p. 39.

VERSCHRAEGEN B., « The Right to Private Life and Family Life, the Right to Marry and to Found a Family, and the Prohibition of Discrimination » in Boele-Woelki K., Fuchs A. (dir.), *Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2003, pp. 194-211.

VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 133.

VIALLA F., « Le refus de soins », in Fortier V., Violla F. (dir.), *La religion dans les établissements de santé*, Les Études Hospitalières, 2013, p. 319.

VIGNEAU D., « L'autonomie du mineur en matière de santé », in Lemouland J.-J. (dir.), *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux*, Paris, Litec, coll. Juris Classeur, 2004, p. 41.

WACHSMANN P., « Le droit au secret de la vie privée », in Sudre F., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2005, p. 119.

WADE A., « Being responsible: Good parents and children's autonomy », in Bridgeman J., *Responsibility, Law and the family*, Routledge, 2011, p. 211.

WALD M. S., « Children's rights: a framework for analysis » in LANDAU B., *Children's rights in the practice of family law*, 1986, p. 3.

WAYNE VAUGHT, « Autonomy and the rights of minors » in Weisstub, *Autonomy and Human Rights in Health care*, p. 111.

WIBERG M., « Ambiguities in and clarifications of the concept of autonomy », in Alldridge P., Brants C. (dir.), *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law: A Comparative Study*, Hart Publishing, 2001, p. 182.

WOLF J., « The Concept of the Best Interest in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child » in Freeman M. D. A., Veerman P. (dir.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht; London, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 125-135.

ZE'EV W. FALK, « Rights and Autonomy – or the best interests of the child? » in Douglas G., Sebba L., *Children's Rights and Traditional Values*, Aldershot, Ashgate, 1998, p. 112.

ZERMATTEN J., STOECKLIN D., « Le droit des enfants de participer. Nome juridique et réalité pratique : contribution à un nouveau contrat social », Sion, 2009.

B. Articles de revue

ADDIS A., « The Role of Human Dignity in a World of Plural Values and Ethical Commitments », *31 Netherlands Quarterly of Human Rights* 403, 2013.

AHRONS C. R., « Redefining the Divorced family: a conceptual framework », *Social Work*, v.25, n°6, 1980, pp. 437-41.

AHMED F., « The Autonomy Rationale for Religious Freedom », *Modern Law Review*, vol. 80 (2), 2017, pp. 238-262.

ALDERSON P., GOODWIN M., « Contradictions within concepts of children's competence », *International Journal of Children's Rights* 1, 1993, pp. 303-313.

ALDERSON P., « Young children's human rights: sociological analysis », *International Journal of Children's Rights*, 20 (2), 2012, pp. 177-198.

ALDERSON P., « School students' views on school councils and daily life at school », *Children and Society*, 14, 2000, pp. 121–134.

ALSTON P., « Children's Rights in International Law », *Cultural Survival Quarterly* 10.4, 1986, pp. 59-61.

AN-NA'IM A. A., « Cultural Transformation and Normative Consensus on the Best Interest of the Child », *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, 1994, pp. 62-81.

ANSARI Z., BAHRAMI KHOSHKAR M., EBADI M., « Child's Privacy Jurisprudence and International Instruments », *Journal of Politics and Law*, vol. 9, n° 7, 2016, p. 128.

ARCHARD D., « Children, adults, best interests and rights », *Medical Law International*, Vol. 13, N°1, 2013, pp. 55-74.

ARCHARD D., « Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views », *International Journal of Children's Rights* 17 (2009), pp. 1–2.

ARCHARD D., SKIVENES M., « Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views », *International Journal of Children's Rights*, 17, 2009, pp. 1–21.

ARNOTT S. R., « Autonomy, Standing, and Children's Rights », *William Mitchell Law Review*, Volume 33, Issue 3, 2007.

ARNSTEIN S., « A ladder of citizen participation », *Journal of American Planning*, Vol. 35, No. 4, 1969, pp. 216-224.

ARTS K., « Twenty-five years of the United Nations convention on the rights of the child: achievements and challenges », *Netherlands International Law Review*, Vol. LXI, 3, 2014, p. 273.

ATKINS K., « Autonomy and the subjective character of experience », *Journal of Applied Philosophy*, 17(1), 2000, p. 74.

BAILEY M., « Limits on Autonomy », *International Survey of Family Law*, 2010, p. 95.

BAKER C. E., « Autonomy and Free Speech », *27 Constitutional Commentary*, 2011, p. 251.

BARLOW A., « Solidarity, Autonomy and Equality: Mixed Messages for the Family », *27 Child and Family Law Quarterly*, 2015, p. 223.

BARSHACK L., « The Holy Family and the Law », *18 International Journal of Law, Policy and the Family*, 2004, p. 214.

BASSER L. A., JONES M., « Fostering inclusive societal values through law », *International Journal of children's rights*, 10: 371-402, 2002.

BECK U., « Democratization of the family », *Childhood: A Global Journal of Child Research*, v. 4, n. 2, pp.151-68, 1997.

BELL M., « Promoting children's rights through the use of relationship », *Child and Family Social Work* 1, 7(1), 2002.

BERG O., KÜCHLER C., « Circoncision et responsabilité du médecin », *Médecine et Droit*, 2013, pp. 12-15.

BERTHELSEN D., BROWNLEE J., « Respecting children's agency for learning and rights to participation in child care programs », *International Journal of Early Childhood* 37, 2005, p. 49

BESCHLE D. L., « God Bless the Child?: The Use of Religion as a Factor in Child Custody and Adoption Proceedings », *58 Fordham Law Review*, 1989, pp. 383-426.

BESSELL S., « Influencing international child labour policy: The potential and limits of children-centred research », *Children and Youth Services Review* 33, 2011, 564–568.

BETTIO N., « Le « droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *Revue du Droit Public*, 01/03/2010, n°2, pp. 473-504.

BEYDON L., PELLUCHON C., BELOUCIF S., BAGHDADI H., BAUMANN A., BAZIN J.-E., BIZOUARN P., CROZIER S., DEVALOIS B., EON B., FIEUX F., FROT C., GISQUETM E., GUIBET LAFAYE C., KENTISH-BARNES N., MUZARD O., NICOLAS-ROBIN A., LOPEZ M.O., ROUSSIN F., PUYBASSET L., « Fin de vie, euthanasie et suicide assisté : une

mise au point de la Société française d'anesthésie et de réanimation (Sfar), *Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation* 31, 2012, pp. 694–703.

BHUKUTH A., « Le travail des enfants : limites de la définition », *Mondes en développement* 2009/2 (n° 146), p. 27-32.

BIOTTI-MACHE F., « L'euthanasie : Quelques Mots de Vocabulaire et d'Histoire, L'Esprit du temps », *Études sur la mort*, 2016/2 n° 150, pp.17 - 33.

BOIS-REYMOND (DU) M., BÜCHNER P., KRÜGER H-H., “Modern family as every day negotiation: continuities and discontinuities in parent-child relationship », *Childhood*, 1(2), 1993, pp. 87-99.

BOL J., « Using international law to fight child labor: a case study of Guatemala and the inter-american system », *13 American University International Law Review*, p. 1155.

BONNET M., « Que penser du travail des enfants ? », *Études* 2001/4 (Tome 394), p. 455-464.

BONNET M., SCHLEMMER B., « Aperçus sur le travail des enfants », *Mondes en développement* 2009/2 (n° 146), p. 11-25.

BOSISIO R., « Children's right to be heard: What children think », *International Journal of Children's Rights* 20, 2012, pp. 141-154.

BOTBOL BAUM M., « Chapitre 1. Pour Sortir de La Réification de la Vulnérabilité, Penser la Vulnérabilité du Sujet comme Capacité » ESKA, *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2016/3 Vol. 27, pp. 13-34.

BOURDAIRE-MIGNOT C., GRÜNDLER T., « Arrêt des soins d'un mineur : intérêt supérieur de l'enfant versus bienfaisance à l'égard des parents ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 avril 2018, consulté le 10 novembre 2018.

BOURDAIRE-MIGNOT C., GRÜNDLER T., « Le médecin, les parents et le juge. Trois regards sur l'obstination déraisonnable », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 26 mai 2017, consulté le 10 novembre 2018.

BRAZIER M., BRIDGE C., « Coercion or Caring: Analysing Adolescent Autonomy », *16 Legal Studies*, 1996, p. 84.

BREMS E., « Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse », *Human Rights Quarterly* 19.1, 1997, pp.136-164.

BRIBOSIA E., RORIVE I., « Le voile à l'École : une Europe divisée », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 01/10/2004, n°60, pp. 951-983.

BRICE-DELAJOUX C., « La laïcité et l'accueil de la petite enfance dans les structures de droit privé (à propos de l'arrêt rendu en appel dans l'affaire de la crèche Baby Loup) », *Revue du droit public*, n°6, Novembre-Décembre 2012, p. 1585.

BRIDGE G., « An independent person in Action under the Children Act 1989 Complaints Procedure », *Children & Society*, Vol. 15 (2001), pp. 219-230.

BRIDGE C., « Adolescents and Mental Disorder: Who Consents to Treatment », *3 Medical Law International*, 1997.

BRIDGEMAN J., « Old Enough to Know Best », *13 Legal Studies*, 1993, p. 69.

BRIDGEMAN J., « The Provision of Healthcare to Young and Dependent Children: The Principles, Concepts, And Utility Of The Children Act 1989 », *Medical Law Review*, Vol. 25, No. 3, pp. 363–396.

BRUNETTI-PONS C., « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *Revue Lamy Droit Civil*, 2011, p. 4405.

BUIRETTE P., « Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfant », *Revue belge de droit international*, 1991/2, pp. 54-73.

CAMPBELL M., « Conscientious objection, health care and article 9 of the European Convention on Human Rights », *Medical Law International*, Vol. 11, N°4, 2011, pp. 284-304.

CAMPBELL T., « The Rights of the Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult », *International Journal of Law and the Family*, 6, 1992, pp. 1–23.

CARTA G., « Co-construire l'autopoïèse organisationnelle : Le Laboratoire Développementale comme modèle et comme moyen de l'intervention capacitante », *Activités*, 14(2), 2017, pp. 1-26.

CASHMORE J., « Promoting the participation of children and young people in care », *Child Abuse & Neglect* 26(8), 2002, pp. 837- 872.

CAVALLO M., « Formes contemporaines d'esclavage, servitude et travail forcé : le TPIY et la CEDH entre passé et avenir », *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier-décembre 2006.

CAVE E., « Adolescent Consent and Confidentiality in the UK », *European Journal of Health Law* 16, 2009, pp. 309-331.

CHABERT C., « Carmen Lavallée. L'enfant et ses familles et les institutions de l'adoption - Regards sur le droit français et le droit québécois », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 58, N°3, 2006, pp. 1010 - 1012.

CHEYNET DE BEAUPRE A., « Refus de soins : sens et interdits », *Revue Droit & Santé*, N°46, Chroniques pp. 175-187.

CHIARINY-DAUDET A.-C., « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *Les Petites Affiches*, 28/11/2007, n°238, pp. 6-17.

CHIU E. M., « The Culture Differential in Parental Autonomy », 41 *U.C. Davis Law Review*, 2008, p. 1773.

CHIU V., « Le secret des origines en droit constitutionnel des États de l'Europe occidentale : vers l'émergence d'un droit de connaître ses origines ? », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 66, N°1, 2014, pp. 67-97.

CHOUDHRY S., FENWICK H., « Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act », *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 25, Issue 3, 1 October 2005, pp. 453–492.

CIMAR L., « Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie », *Médecine et droit*, n°115, 2012, p. 100.

CLERGERIE J. L., « L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant », *Revue de droit public*, mars-avril 1990.

COGGON J., « Varied and Principled Understandings of Autonomy in English Law: Justifiable Inconsistency or Blinkered Moralism? », *Health Care Analysis*, 15, 2007, pp. 235–255.

COGGON J., MIOLA J., « Autonomy, Liberty, and Medical Decision-Making », 70 *Cambridge Law Journal*, 2011, p. 523.

COLBY W. K., WONG, « A Typology of Youth Participation and Empowerment for Child and Adolescent Health Promotion », 2011.

COLBY W. K., « When the Family Does Not Pray Together: Religious Rights within the Family », 5 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1982, p. 37.

COOMANS F., « Exploring the Normative Content of the Right to Education as a Human Right: Recent Approaches », in 50 *Persona y Derecho* [Pamplona, Spain], 2004, pp. 61-100.

CORDERO ARCE M., « Toward an emancipator discourse of children's rights », *International Journal of Children's Rights* 20, 2012, pp. 365–421.

COSTA J.-P., « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme : de l'influence des différentes traditions nationales », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2004, p. 37

COSTA J.-P., « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 01/01/2004, n°57, pp. 101-110.

CREBASSA M., « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et le juge des enfants », *AJ fam.* 2009, p. 328.

CRUFT R., « Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory? », *Law and Philosophy* 23, 2004, pp. 347-397.

CURRY-SUMNER I., « Party Autonomy and Responsibility », *International Survey of Family Law* 253, 2008.

D'ALTON A., « La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'Homme, approche de philosophie du droit », *Revue de la Recherche Juridique*, 2009, p. 1747.

DAIGLE D. C., « Due Process Rights of Parents and Children in International Child Abduction, An Examination of the Hague Convention and its Exceptions », *Vanderbilt Journal on Transnational Law*, 26, 1993, pp. 865- 894.

DAIUTE C., « The rights of children, the rights of nations: Developmental theory and the politics of children's rights », *Journal of Social Issues* 64(4), 2008, pp. 701–723.

DALAET D. L., « Genital Autonomy, Children's Rights, and Competing Rights Claims in International Human Rights Law », 20 *International Journal of Children's Rights* 554, 2012.

DE SCHUTTER O., « L'aide au suicide devant la Cour Européenne des droits de l'Homme (A propos de l'arrêt Pretty contre le Royaume-Uni du 29 avril 2002) », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2003, p. 71.

DE SCHUTTER O., « La vie privée, entre droit de la personnalité et liberté », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999, p. 827.

DECAUX E., « Les droits fondamentaux en droit internationale », *AJDA*, 20/07/1998, n°7, pp. 66-74.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., POULIQUEN E. (dir.), « L'autonomie du mineur », *Lamy droit des personnes et de la famille*, 2013, n°472.

DELAET D. L., « Genital Autonomy, Children's Rights, and Competing Rights Claims in International Human Rights Law », *International Journal of Children's Rights* 20, 2012, pp. 554–58.

DENBOW J., « Abortion: When Choice and Autonomy Conflict », 20 *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice* 216, 2005.

DENECHERE Y., DROUX J., « Enfants et relations internationales : chantiers de recherche », *Relations internationales*, n°161/2015, p. 3.

DeWITT GREGORY J., « Whose Child Is It, Anyway: The Demise of Family Autonomy and Parental Authority », *Family Law Quarterly*, Vol. 33, No. 3, 1999, pp. 833-841.

DICKENS B. M., « The Modern Function and limits of parental rights », *97 Law Quarterly Review*, 1981, p. 462.

DISTEFANO G., « Observations éparées sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *Annuaire français de droit international*, LIII, CNRS Éditions, 2007, p. 106.

DONNELLY M., KILKELLY U., « Child-friendly health-care: delivering on the right to be heard », *The Medical Law Review*, 19 (1), 2011, pp. 27-54.

DORSCHIEDT J. H. H. M., VERHAGEN E., SAUER P. J. J., HUBBEN J. H., « Parental involvement in end-of-life decisions in neonatology: legal considerations with regard to dutch medical practice », *Medical Law International*, Vol. 11, 2011, pp. 1-22.

DOUGLAS G., « The retreat from Gillick », *Modern Law Review*, Vol. 55, No. 4, Jul., 1992, pp. 569-576.

DOWNIE A., « Re C (HIV Test): The Limits of Parental Autonomy », *12 Child and Family Law Quarterly* 197, 2000.

DOYLE O., « Family autonomy and the children's best interests: Ireland, Bentham and the Natural Law », *1 International Journal of the Jurisprudence of the Family* 55, 2010.

DRAKE C., « Informed consent? A child's right to autonomy », *Journal of Child Health Care*, 5(3), 101-104.

DREYER E., « Les mutations du concept juridique de dignité », *Revue de la Recherche Juridique*, 2005, p. 19.

DROZ G. A-L., « La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye du 5 octobre 1969 », *Journal du droit international*, n°3, 1973, p. 609.

DUERR BERRICK J., DICKENS J., PÖSÖ T., SKIVENES M., « International Perspectives on Child-responsive Courts », *International journal of children's rights* 26, 2018, pp. 251-277.

DUMORTIER T., « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 10 novembre 2018.

DUPUIS M., BEDDIAR N., DUCROCQ-PAUWELS K., MALLEVAEY B., DEKEUWER DEFOSSEZ F., DUHAMEL J-C., BOTTIAU A., DESNOYER C., POMART C., LE DOUJET-THOMAS F., NIEMIEC A., AUTEM D., VASSEUR-LAMBRY F., « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n°10 (1ère partie) », *Les Petites Affiches*, n°154, 4 août 2014, p. 6.

DURAND E., « L'autonomie de l'enfant. Construire un passé positif », *Le sociographe*, hors-série n°6, 2013.

DURAND-PRINBORGNE C., « Le port de signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée..., une jurisprudence contestée », *Revue Française de Droit Administratif*, janv.-fév. 1997, pp. 151-172.

DURRANT J. E., « The abolition of corporal punishment in Canada: Parents' versus Children's rights », *International Journal of Children's rights* 2, 1994, pp. 129-136.

DURUPTY M., « La convention de New York du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum et l'enregistrement du mariage », *RTD*, 1968, p. 45.

DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs* 2001/1 (n° 96), p. 123-141.

DUVAL-ARNOULD D., « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *D.*, 25/11/1999, n°42, pp. 471-475.

EATON D., « The voice of the child (or is it ?) », *Family Law*, Feb 2015, p. 107.

EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, p. 186.

EDELMAN B., « Sources de l'appropriation du corps : common law et civil law », *Le corps et la loi*, *PUAM*, 2010, p. 27.

EDWIGE R-A., « Le Droit Du Patient Mineur, Association jeunesse et droit », *Journal du droit des jeunes*, 2012/3 N° 313, pp. 19-24.

EEKELAAR J., « Are parents morally obliged to care for their children? », *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 11, Issue 3, 1 October 1991, pp. 340-353.

EEKELAAR J., « Beyond the Welfare Principle », 14 *Child and Family Law Quarterly* 237, 2002.

EEKELAAR J., « Children between Cultures », 18 *International Journal of Law, Policy and the Family* 178, 2004.

EEKELAAR J., « Children in divorce: some further data », *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 2, Issue 1, 1 March 1982, pp. 63-85.

EEKELAAR J., « Family Law: the communitarian message », *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 21, Issue 1, 1 January 2001, pp. 181-192.

EEKELAAR J., « Parents and Children - Rights, Responsibilities and Needs: An English Perspective », 2 *New York Law School Journal of Human Rights* 81, 1984.

EEKELAAR J., « Personal Rights and Human Rights », 2 *Human Rights Law Review* 181, 2002.

EEKELAAR J., « Self-Restraint: Social Norms, Individualism and the Family », 13 *Theoretical Inquiries in Law* 75, 2012.

EEKELAAR J., « Taking juvenile justice seriously », *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 6, Issue 3, 1 December 1986, pp. 439–443.

EEKELAAR J., « The emergence of children's rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 6, Issue 2, 1 July 1986, pp. 161–182.

EEKELAAR J., « The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination », 8 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1994, p. 42.

EEKELAAR J., « The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children », 23 *International Journal of Children's Rights* 3, 2015.

EEKELAAR J., « The importance of thinking that children have rights », *International Journal of Law and the Family*, 1992, Vol. 6, N.1, p. 221-235.

ENGEL M. H., KOLKO PHILLIPS N., DELLACAVA F. A., « Cultural Difference and Adoption Policy in the United States: The Quest for Social Justice for Children », *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, pp. 291–308.

ENGLISH A., « Adolescents, Autonomy and Medical Treatment: Divergence and Convergence across the Globe », 13 *Medical Law International*, 2013.

ERIKSSON M., NÄSMAN E., « Participation In Family Law Proceedings For Children Whose Father Is Violent To Their Mother », *Childhood*, Vol 15, Issue 2, 2008.

FABRE-MAGNAN M., LEVINT M., MARGUENAUD J.-P., TULKENS F., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, p. 3.

FARRAH A., « The Autonomy Rationale for Religious Freedom », *Modern Law Review* 80(2), pp. 238-262, March 2017.

FEDERLE K., « Rights Flow Downhill », 2 *International Journal of Children's Rights*, 1994, pp. 343-368.

FELDMAN D., « Human dignity as a legal value: part 2 », *Public Law* 61, p. 686.

FENWICK D., « The modern abortion jurisprudence under article 8 of the European Convention on Human Rights », *Medical Law International*, Vol. 12, N°3-4, 2013, pp. 249-276.

FERMAUD L., « L'intérêt de l'enfant, critère d'intervention des personnes publiques en matière de protection des mineurs » *Revue du Droit de la sécurité sociale*, N°6, 2011, p. 1136.

FILIPPI M-S., « Suppression du compte Facebook ouvert au nom du mineur », *JCP G*, 2014, 1091.

FINEGAN T., « A matter of consistency: Dignity and personhood in human rights biolaw », *Medical Law International*, Vol. 14, N°1-2, 2014, pp. 80-99.

FORTIN J., « Children's rights flattering to deceive », *Child and Family Law Quarterly*, 26(1), 2014, pp. 51-63.

FORTIN J., « Accommodating Children's rights in a post human rights act era », *The Modern Law Review*, volume 69, nr. 3, 2006, p. 299.

FOVARGUE S., OST S., « Does the theoretical framework change the legal end result for mature minors refusing medical treatment or creating self-generating pornography? », *Medical Law International*, Vol. 13, N°1, 2013, pp. 6-31.

FOX M., THOMSON M., « Older minors and circumcision: questioning the limits of religious actions », *Medical Law International*, 2008, Vol. 9, pp. 283-310.

FOX M., THOMSON M., « Short Changed? The Law and Ethics of Male Circumcision », *International Journal of Children's Rights*, 13, 2005, pp. 161-181.

FREEMAN M. D. A., « Taking Children's Rights More Seriously », *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 6, 1992, pp. 52-71.

FREEMAN M. D. A., « The Future of Children's Rights », *Children & Society* vol. 14, 2000, pp. 277-293.

FREEMAN M. D. A., « The sociology of childhood and children's rights », *International Journal of Children's Rights* 6, 1998, pp. 433-444.

FREEMAN M. D. A., « Children's Health and Children's rights: An introduction », *International Journal of Children's Rights* 13, pp. 1-15, 2005.

FREEMAN M. D. A., « Re-thinking Gillick », 13 *International Journal of the rights of the child*, 2005, pp. 211-17.

FREEMAN M. D. A., « The Philosophical Foundations of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 16 (2), 1994, pp. 491-514.

FREEMAN M. D. A., « Whither Children: Protection, Participation, Autonomy », 22 *Manitoba Law Journal* 307, 1994.

FULCHIRON H., « L'autorité parentale rénovée », *Deffrénois*, 2002, art. 37580, spéc. p. 974 et s.

FULCHIRON H., « Les paternités forcées : projet parental *versus* géniteur payeur », *Dr. fam.*, 2017, Repère. 1.

FULCHIRON H., « Existe-t-il un modèle familial européen », *Defrénois*, 2005, art. 38239, p. 1461.

FULCHIRON H., « GPA : une nouvelle lecture a minima des arrêts Labassée et Mennesson », *Dr. Fam.* 2016, n°5, p. 52.

FULCHIRON H., GOUTTENOIRE A., « Autorité parentale », *Rép. dr. civ. Dalloz*, 2015.

GANNAGE, P., « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *RCDIP*, 3/1992, juillet-septembre, pp. 425-454.

GASTÓN C. M., MISUNAS C., CAPPÀ C., « Child marriage among boys: a global overview of available data », *Vulnerable Children and Youth Studies*, 14:3, 2019, pp. 219-228.

GEARY P., « Children's Rights: A Guide to Strategic Litigation », London: Child Rights Information Network (CRIN), 2009.

GEOFF G., « The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, Volume 24, Number 3, August 2002, pp. 736-780.

GIBSON BN MSCN C. H., « A concept analysis of empowerment », *Journal of Advanced Nursing*, vol. 16 (3), 1991, pp. 354-361.

GILLESPIE A. A., « Adolescents, Sexting and Human Rights », *Human Rights Law Review*, Oxford University press, Volume 13, N°4, 2013, p. 623.

GILMORE S., HERRING J., « No Is the Hardest Word: Consent and Children's Autonomy », *23(1) Child and Family Law Quarterly*, 2011, pp. 3-25.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS M., « Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos, The implications of considering the child subject to rights », *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2da época, Año 14, N° 18, 2018, pp. 117 – 137.

GONIN L., « La religion des droits de l'homme et ses dérives », *Le Temps*, 28 septembre 2012.

GONZALEZ G., « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue Française de Droit Administratif*, 01/09/2010, n°5, pp. 1003-1010.

GONZALEZ G., « Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la convention européenne des droits de l'Homme », C.N.R.S. Éditions, *Société, droit et religion*, 2013/1 Numéro 3, pp. 153-169.

GOONESEKERE S., « Human Rights as a Foundation for Family Law Reform », *International Journal of Children's Rights* 8, 2000, pp. 83-99.

GOUTTENOIRE A., « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.* 2003, p. 368.

GOUTTENOIRE A., « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.* 2002, chron. n°24.

GOUTTENOIRE A., « La loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance : à la recherche de nouveaux équilibres », *D.* 2007. Chron. 1090.

GOUTTENOIRE A., « La prescription de Prozac à une adolescente doit être autorisée par ses deux parents », *Lexbase Hebdo édition privée* n°573 du 5 juin 2014, n° N2502BU9.

GOUTTENOIRE A., « La responsabilité du parent qui ne respecte pas les droits de l'autre », *Lexbase Hebdo*, dir. Privée, n°495 du 26 juillet 2012, n°N3143BTL.

GOUTTENOIRE A., « Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être libre et éclairé », *Lexbase* N4397BEL, 2008, n°297.

GOUTTENOIRE A., « Le domaine de l'article 3-1 de la CDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Les Petites Affiches* 2010, n°2010, p. 24.

GOUTTENOIRE A., « Le statut juridique de l'enfant », *Lamy droit civil* 2011, suppl. n°87, p.36.

GOUTTENOIRE A., « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ fam.*, 2010, 12.

GOUTTENOIRE A., « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. fam.* 2006, étude n°29.

GOUTTENOIRE A., « Mineur », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 2017.

GOUTTENOIRE A., « Le droit de l'enfant d'être protégé contre les mauvais traitements », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2003, p. 1355.

GOUTTENOIRE A., « Les droits de l'enfant », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 66, N°2, 2014. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014), pp.565-580.

GOUTTENOIRE A., GRIS C., MARTINEZ M., MAUMONT B., MURAT P., « La Convention internationale des droits de l'enfant 20 ans après, commentaire article par article », *Dr. fam.* 2009, comm. n°25.

GOUTTENOIRE A., « La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *Informations sociales* 2008/5, n°149, pp. 40-51.

GRAHAM A., FITZGERALD R. M., « Progressing children's participation: exploring the potential of a dialogical turn », *Childhood*, vol. 17, no. 3, 2010, pp. 343-359.

GRARD L., « La condition internationale de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », Hors-série décembre 2012 – Atelier Schuman 2012. Les 20 ans de l'Union européenne, 1992-2012, *Revue québécoise de droit international*, 1 juillet 2013.

GRIFFITH R., « What is Gillick competence? », *Hum Vaccin Immunother*, 12 (1), 2016, pp. 244-247.

GRÜNDLER T., « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X* ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 01 juin 2013, consulté le 10 novembre 2018.

GURNHAM D., « Special 20th anniversary issue of Medical Law International: 'Best interests in an age of human rights' », *Medical Law International*, Vol. 13, 2013, N°1, pp. 3-5.

GUTMANN A., « Civic education and social diversity », *Ethics*, 105, 1995, pp. 557-579.

HAFEN B. C., HAFEN J. O., « Abandoning Children to their Autonomy: The UN Convention on the Rights of the Child » 37, *Harvard International Law Journal*, 1996, pp. 449-492.

HAFEN B., « Puberty, Privacy and Protection: the risks of children's rights », *American Bar Association Journal*, 1977, p. 1383.

HAGGER L. E., « The Human Rights Act 1998 and medical treatment: time for re-examination », *Archives of Disease in Childhood*, 89, 2004, pp; 460–463.

HALLIDAY S., « Comparative reflections upon the Assisted Dying Bill 2013: A plea for a more European approach », *Medical Law International*, Vol. 13, N°2-3, 2013, pp. 135-167.

HALPÉRIN J-L., « Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes ? », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, N° 48, Dossier : vie privée, juin 2015, pp. 59-68.

HAMMARBERG T., « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie pour les adultes », *JDJ* n°303, mars 2011, p. 10.

HAMMARBERG T., « The UN Convention on the Rights of the Child – and How to Make it Work », 12 *Human Rights Quarterly*, 1990, p. 97.

HANSON K., « International legal procedures and children's conceptual autonomy », *Childhood*, Vol. 22(4), 2015, pp. 427–431.

HANSON K., « Violence against Children: The Debate on Corporal Punishment before the European Commission and European Court of Human Rights (1978-1998) », *Child Right Education International*, 2000.

HANSON K., VANDAELE A., « Working children and international labour law: A critical analysis », *International Journal of Children's Rights* 11, 2003, pp. 73-146.

HARALAMBIE A. M., « Humility and Child Autonomy in Child Welfare and Custody Representation of Children », 28 *Hamline Journal of Public Law and Policy* 177, 2006.

HARRIS J., « Consent and end of life decisions », 29 *Journal of Medical Ethics* 10, 2009.

HARRISON K., RAINEY B., « Suppressing human rights? A right-based approach to the use of pharmacotherapy with sex offenders », *Legal Studies*, Vol. 29, N°1, 2009, p. 54.

HARRIS-SHORT S., « International Human Rights Law: Imperialist, Inept and Ineffective? Cultural Relativism and the UN Convention on the Rights of the Child », *Human Rights Quarterly* 25, 2003, pp. 130-181.

HART R., LANSDOWN G., « Changing world opens door to children », *CRIN Newsletter*, Nr. 16/October 2002.

HAUSER J., « Les enfants et petits-enfants des hommes publics sont-ils aussi publics ? », *RTD civ.* 2014. p. 334

HAUSER J., « Euthanasie : le droit au néant et l'Europe », *RTD civ.* 2002, p. 482.

HAUSER J., « La disparition de l'intérêt de la famille dans le changement de régime matrimonial ? », *RTD Civ.* 2013, p. 590.

HAUSER J., « Les mineurs et l'autonomie procédurale », *RTD Civ.*, 1996, p.140.

HAUSER J., « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC*, 2011, p. 88.

HAUSER J., « Accouchement anonyme : informer l'enfant, peut-être mais pas trop ! », *RTD civ.* 2013, p. 104.

HAUSER J., « Autorité parentale et représentation de l'enfant en justice », *RTD civ.*, 1992, p. 749.

HAUSER J., « L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image », *D.* 2010, p. 214.

HAUSER J., « L'enfant sous X... n'a-t-il ni père, ni grands-parents : l'enfant ectoplasme d'adoption ? » *Civ. 1re*, 8 juillet 2009, pourvoi n°08-20.153, publié au Bulletin, *RTD civ.* 2009, p. 708.

HAUSER J., « La finalité de l'autorité parentale », *RTD civ.* 2007, p. 327.

HAUSER J., « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.*, 1997, p. 98.

HAUSER J., « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle changer d'avis », *RTD civ.* 2010, p. 540.

HAUSER J., « Les géniteurs anonymes : des donneurs de gamètes et des parturientes inconnues », *RTD civ.* 2012, p. 520.

HAUSER J., « Rôle de l'enfant mineur dans les procédures », *RTD civ.*, 1993, p. 341.

HAUSER J., « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel », *D.* 1996, chron., p. 182.

HEERS M., « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *Revue Française de Droit Administratif*, 1998, p. 1232.

HENKIN L., « Privacy and Autonomy », *74 Columbia Law Review* 1410, 1974.

HENNETTE-VAUCHEZ S., « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154.

HERMANN D. H. J., « Autonomy, Self Determination, the Right of Involuntarily Committed Persons to Refuse Treatment, and the Use of Substituted Judgment in Medication Decisions Involving Incompetent Persons », *International Journal of Law and Psychiatry*, Volume 13, Issue 4, 1990, pp. 361-385.

HERRING J., « Forging a relational approach: best interests or human rights? », *Medical Law International*, Vol. 13, N°1, 2013, pp. 32-54.

HERSH M. L., « Is Coppa a Cop Out - The Child Online Privacy Protection Act as Proof That Parents, Not Government, Should Be Protecting Children's Interests on the Internet », *28 Fordham Urban Law Journal* 1831, 2001.

HERVIEU N., « Restriction temporaire du régime des visites entre un enfant et un parent transsexuel », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 novembre 2017, consulté le 10 novembre 2018.

HILT P., « Les enfants artistes de moins de seize ans : un emploi sous haute surveillance », *AJ fam.* 2006, p. 136.

HIMONGA C., COOKE A., « A Child's Autonomy with Special Reference to Reproductive Medical Decision-Making in South African Law: Mere Illusion or Real Autonomy », *15 International Journal of Children's Rights* 323, 2007.

Histoire comparée du statut juridique de l'enfant. Travaux du Congrès de la Société Jean Bodin (Strasbourg, 22-27 mai 1972), *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 25., N°3, Juillet-septembre 1973. pp. 699-700.

HUGON P., « La scolarisation et l'éducation : facteurs de croissance ou catalyseurs du développement ? », *Mondes en développement* 2005/4 (no 132), p. 13-28.

HUNGERLAND B., LIEBEL M., LIESECKE A., WIHSTUTZ A., « Paths To Participatory Autonomy, The meanings of work for children in Germany », *Childhood*, Vol. 14, Issue 2, 2007.

HUNT A., « Foucault expulsion of law - toward a retrieval », *Law and Social Inquiry-Journal of the American Bar Foundation* 17(1), 1992, pp. 1–38.

HUYGHEBAERT P., « Les enfants dans les conflits armés : une analyse à l'aune des notions de vulnérabilité, de pauvreté et de “capabilités” », *Mondes en développement* 2009/2 (n° 146), p. 59-72.

INVERNIZZI A., MILNE B., « Are children entitled to contribute to international policy making? A critical view of children’s participation in the international campaign for the elimination of child labour », *International Journal of Children’s Rights* 10, 2002, pp. 403–431.

JAMES A.L., « Competition or Integration? The next step in childhood studies? », *Childhood* 17(4), 2010, pp. 485–499.

JAMES W., « Child, Specific Commands, General Rules and Degrees of Autonomy », 8 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 245, 1995.

JANICAUD D., « Du droit de mourir, un regard philosophique sur une question controversée », *Droits*, 1991, p. 67.

JANS M., « Children as citizens, towards a contemporary notion of child participation », *Childhood: A Global Journal of Child Research*, v. 11, pp. 27-44, 2004.

JAWONIYI O., « Religious Education, Critical Thinking, Rational Autonomy, and the Child's Right to an Open Future », *Religion & Education*, 42:1, 2015, pp. 34-53.

JOVIC S. O., « The Right of a Child Education in Universal and Regional Documents and in Serbian Legislation », *International Survey of Family Law*, 2008, p. 335.

JUSTON M., « Les Enfants Peuvent-Ils Faire La Loi Ou Dire Leurs Besoins ? », Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*, 2008/8 N° 278, pp. 42-46.

KAIME T., « Vernacularising’ the Convention on the Rights of the Child: Rights and Culture as Analytic Tools », *International Journal of Children’s Rights* 18, 2010, pp. 637–653.

KALTENBORN K-F., « Individualization, Family transitions and children’s agency », *Childhood*, Vol 8, Issue 4, 2001.

KALVERBOER M., BELTMAN D., VAN OS C., ZIJLSTRA E., « The Best Interests of the Child in Cases of Migration Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures », *International journal of children’s rights* 25, 2017, pp. 114-139.

KENNEDY C., COVELL K., « Violating the Rights of the Child through Inadequate Sexual Health Education », *International Journal of Children's Rights* 17, 2009, 143–154.

KHAN A., « Children and young people's participation », *CRIN Newsletter* Nr 16/October 2002, (editorial).

KHAN P., « L'interprétation des contrats internationaux », *Journal du Droit International*, Vol. 108, 1981, p. 5.

KILKELLY U., « The Best of Both Worlds for Children's Rights: Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of The UN Convention on the Rights of the Child » 23(2) *Human Rights Quarterly*, 2001, pp. 308-326.

KILLKELLY U., LUNDY L., « Children's Rights in Action: Using the UN Convention on the Rights of the Child as an Auditing Tool », 18 *Child and Family Law Quarterly* 331, 2006.

KIMMEL-ALCOVER A., « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs ; chronique d'un déclin annoncé », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 01/03/2005, n°2, pp. 265-277.

KING M., « The Child, Childhood and Children's Rights within Sociology », 15 *King's Law Journal* 273, 2004.

KITZINGER J., « Audience understandings of AIDS media messages: a discussion of methods », *Sociology of Health & Illness*, Vol. 12, issue 3, 1990, pp. 319-335.

KOUVENEN P., « Re-negotiating Personal Integrity in Finnish Child Welfare », *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, pp. 111–125.

KOVACEK STANIC G., « Family Autonomy in Contemporary Parent-Child Relations », 1 *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 147, 2010.

KOVACEK-STANIC G., « Autonomy of the Child in Contemporary Family Law », 44 *Zbornik Radova* 141, 2010.

KRAPPMANN L., « The weight of the child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child) », *International Journal of Children's Rights* 18, 2010.

KURKI V. A. J., « Rights, Harming and Wronging: A Restatement of the Interest Theory », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 38, No. 3, 2018, pp. 430–450.

LAFOLETTE H., « Freedom of Religion and Children », *Public Affairs Quarterly*, Vol. 3, N°1, January 1989.

LAMBERT-GARREL L., « L'intérêt de l'enfant l'emporte à nouveau sur la prohibition de la GPA devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue Droit & Santé*, N°65, Bioéthique et Biotechnologie, pp. 422 à 424.

LANGLAUDE S., « Children and Religion under Article 14 UNCRC: A Critical Analysis », *International Journal of Children's Rights* 16, 2008, pp. 475–504.

LANGLAUDE S., « Parental disputes, Religious upbringing and Welfare in English law and the ECHR », in *Religion and Human Rights: An International Journal*, vol. 9, n°1, 2014, pp. 1-30.

LAPIDOTH R., « Autonomy: potential and limitations », 1 *International Journal on Minority and Group Rights* 1993, pp. 269-290.

LARRALDE J-M., « Famille et Convention européenne des droits de l'Homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°11, 2013, pp. 21-29.

LARKINS C., THOMAS N., CARTER B., FARRELLY N., JUDD D., LLOYD J., « Support for children's protagonism », *International Journal of Children's Rights*, 23(2), 2015, pp. 332-364.

LASOK D., « La condition juridique des enfants en droit anglais », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 18 N°3, Juillet-septembre 1966. pp. 615-641.

LAVALLÉE C., « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48 N°3, Juillet-septembre 1996, pp. 605-630.

LAVAUD-LEGENDRE B., « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction », *RDDS*, 2010, p. 520.

LÉGARÉ A., SUKSI M., « Rethinking the Forms of Autonomy at the Dawn of the 21st Century », *International Journal on Minority and Group Rights* 15, 2008, 143–155.

LEGROS B., « Les enjeux de « tout encadrement » juridique de l'euthanasie ou de suicide assisté à la lumière des expériences européennes », *RGDM*, 2007, p. 74.

LEIFAARD T., « Child-friendly justice: protection and participation of children in the justice system », *Temple Law Review*, 88 (4), 2016, pp. 905–927.

LELEU Y.-H., GENICOT G., « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas. Variations sur le thème de l'autodétermination », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2004, p. 6.

LENGRAND C., PLANCHARD A., « Vers un renforcement en France du statut juridique de l'enfant issu d'une GPA effectuée à l'étranger ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits- Libertés, mis en ligne le 02 février 2015, consulté le 10 novembre 2018.

LEVINET M., « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n°87, 2011, p. 481.

LEVINET M., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, p. 7.

LEVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la CEDH », *Droits*, 2009, p. 3.

LIEBEL M., « Working Children as Social Subjects, The contribution of working children's organizations to social transformations », *Childhood*, Vol 10(3), 2003, pp. 265–285.

LIEBEL M., « Paternalism, Participation and Children's Protagonism Children », *Youth and Environments*, vol. 17, no. 2, 2007, pp. 56–73.

LIND J., JOHANSSON S., « Preservation of the Child's Background in In- and Intercountry Adoption », *17 International Journal of Children's Rights* 235, 2009.

LOISEAU G., « Exposé introductif : l'autonomie du droit à l'image », *l'Image menacée*, PUF, Paris, 2002, p. 11.

LÜCKER-BABEL M-F., « The right of the child to express views and be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child », *International Journal of Children's Rights* 3, 1995, pp. 391-404.

LUKER-BABEL M-F., « Les réserves à la CDE et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international », *8 European Journal of International Law*, 1997, pp. 664-688.

LUNDY L., « 'Voice' is not enough: conceptualizing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *British Educational Research Journal*, Vol. 33, No. 6, December 2007, pp. 927–942.

LUNDY L., KILKELLY U., BYRNE B., « Incorporation of the United Nations Convention on the rights of the child in law: a comparative review », *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, pp. 442–463.

MACCORMICK N., « Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right », *Archiv fur Recht-und Sozialphilosophie*, LXII, pp. 305–316, 1976.

MACLEAN A. R., « The Human Rights Act 1998 and the Individual's Right to Treatment », *4 Medical Law International*, 2000.

MAGNUSSEN A.-M., SKIVENES, M., « The Child's Opinion and Position in Care Order Proceedings: An Analysis of Judicial Discretion in the County Boards », *International Journal of Children's Rights*, 23 (4), 2015, pp. 705–723.

MALAURIE Ph., « La Cour européenne des droits de l'Homme et le droit de connaître ses origines. L'affaire *Odièvre* », *JCP* 2003. I. 120.

MALAURIE Ph., « Euthanasie et droits de l'Homme : quelle liberté pour le malade ? », *Defrénois*, 2002, p. 1131.

MALLEVAEY B., « La parole de l'enfant en justice », *Recherches familiales* 2012/I, n°9, p. 224.

MARGOLIN C. R., « Salvation v. Liberation: the movement for children's rights in a historical context », *Social Problems*, Volume 25, Issue 4, 1 April 1978, pp. 441–452.

MARGUENAUD J.-P., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, p. 12.

MARGUENAUD J.-P., « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325.

MARGUENAUD J.-P., RAYNARD J., « Hymnes à la vie et à l'autonomie personnelle », *RTD civ.* 2007, p. 858.

MARGUENAUD J.-P., « La première décision du Comité européen des droits sociaux : de l'audace, déjà de l'audace à propos du travail familial des enfants (Comité européen des droits sociaux, Commission internationale des juristes c/ Portugal, 9 sept. 1999) », *RTD Civ.* 2000 p.937.

MATTHIEU B., « De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie », *RGDM*, 2003, p. 98.

MAYALL B., « The sociology of childhood in relation to children's rights », *International Journal of Children's Rights* Vol 8, 2000, pp. 243-259.

MCCALL SMITH A., « Beyond Autonomy », 14 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 23, 1997.

MCCORMICK N., « Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 62, pp. 305-316.

McHALE J. V., « Health care choices, faith and belief in the light of the human rights act 1998: new hope or missed opportunity? », *Medical Law International*, Vol. 9, 2008, pp. 331-355.

McKECHNIE J., HOBBS S. (dir.), « Working children: reconsidering the debates », *Report of the international working group on child labour* 33, 1998, p. 59.

MCMULLEN J. G., « Privacy, Family Autonomy, and the Maltreated Child », 75 *Marquette Law Review* 569, 1992.

MCQUIGG R. J. A., « The European Convention on Human Rights Act 2003 - Ten Years on », 3 *International Human Rights Law Review* 61, 2014.

MELTON G. B., « Beyond balancing: Toward an integrated approach to children's rights », 64 *Journal of social issues*, 2008, p. 904.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « Egalité et non-discrimination en droit de la famille – le rôle des juges », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 01/10/2003, n°56, pp. 1185-1202.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD civ.*, oct.-déc. 1988, n°4, pp.645-672.

MEYER-FABRE N., « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit.*, 83, 1994, pp. 259-295.

MILIOS G., « The Immigrants' and Refugees' Right to 'Family Life': How Relevant are the Principles Applied by the European Court of Human Rights? », *International journal on minority and group rights* 25, 2018, pp. 401-430.

MELLANBY A. R., REES J., NEWCOMBE R. G., TRIPP J. H., « A comparative study of peer-led and adult-led school sex education », *Health Education Research*, 16(4), 2001, pp. 481-492.

MILLER G. P., « Circumcision: Cultural-Legal Analysis », 9 *Virginia Journal of Social Policy & the Law* 497, 2002.

MIRKOVIC A., « L'élargissement de l'assistance médicale à la procréation (AMP) », *Médecine et Droit*, 2018, pp. 1-4.

MONÉGER F., « La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 1990, p. 27.

MONÉGER F., « Regard critique sur la réforme de l'adoption », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 1997, p. 1.

MONEGER F., « La gestation pour autrui », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 62, N°2, 2010, pp. 233-244.

MONSEES A., « The Sometimes-Person: Legal Autonomy and the Child », 6 *Ohio Northern University Law Review* 570, 1979.

MONTERO E., « Le droit à l'autonomie dans le débat sur la législation de l'euthanasie volontaire : un argument en trompe-l'œil ? », *Revue générale de droit médicale*, n°3, p. 69.

Montesquieu Law Review, Numéro spécial : « Privacy », Numéro 2, Juillet 2015, Université de Bordeaux.

Montesquieu Law Review, Special issue: « Privacy », Issue No.2, July 2015, Université de Bordeaux.

- MOOSA-MITHA M., « A Difference-Centred Alternative to Theorization of Children's Citizenship Rights », *Citizenship Studies*, vol. 9, issue 4, 2005, p. 375.
- MORGADES-GIL S., « La protection internationale des femmes pour des raisons liées au genre en droit international », *Revue Général de Droit International Public*, Vol. 117, N°1, 2013, p. 38.
- MORROW V., « Conceptualizing social capital in relation to the well-being of children and young people: A critical review », *Sociological Review*, 47 (4), 1999.
- MORSS J. R., « The several social constructions of James, Jenks and Prout: A contribution to the sociological theorization of childhood », *International Journal of Children's Rights* 10, 2002, pp. 39-54.
- MUMFORD S. E., « The Judicial Resolution of Disputes Involving Children and Religion », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n° 1, Jan., 1998, pp. 117-148.
- MURAT P., « L'accouchement sous X n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2003, n°5, comm. 58.
- MURAT P., « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *Les Petites Affiches* 2010, n°100, p. 17.
- MURAT P., « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *Dr. fam.* 2006, étude n°31.
- MURPHEY E. B., SILBER E., COELHO G. V., HAMBURG D. A., GREENBERG I., « Development of autonomy and parent-child interaction in late adolescence », *American Journal of Orthopsychiatry*, 33(4), 1963, pp. 643-652.
- MURPHY J., « Circumscribing the Autonomy of Gillick Competent Children », 43 *Northern Ireland Legal Quarterly* 60, 1992.
- MUTYABA R., « Early Marriage: A Violation of Girls' Fundamental Human Rights in Africa », *International Journal of Children's Rights* 19, 2011, pp. 339-355.
- NEDELSKY J., « Meditations on Embodied Autonomy », 2 *Graven Images* 159, 1995.
- NEDELSKY J., « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities », 1 *Yale Journal of Law & Feminism* 7, 1989.
- NEIRINCK C. « Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant », *Dr. fam.* 2012, comm. 120.
- NEIRINCK C., « Signalement : maltraitance ? », *Empan* 2006/2, n°62, p. 28.

NEIRINCK C., « Absence de discernement d'un mineur, procédure d'assistance éducative et choix de son avocat », *Dr. fam.* n°2, février 2012, comm. 30.

NEIRINCK C., « Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français », *Dr. fam.* 2014, Rep. 5.

NEIRINCK C., « Enfance », *Rép. dr. civ. Dalloz*, 2017.

NEIRINCK C., « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, p. 3922.

NEIRINCK C., « L'enfant, être vulnérable », *Revue de Droit Sanitaire et Social* 2007, p. 5.

NEIRINCK C., « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *Revue de Droit Sanitaire et Social* 2002, p. 189.

NEIRINCK C., « Liberté d'expression contre droit à la vie privée de l'enfant : la liberté d'informer ne justifie pas tout ! », *Dr. fam.* 2012, comm. 134.

NEIRINCK C., « Une fausse avancée », *JDJ* 2004/2, n°232, p. 13.

NEIRINCK C., « L'adoption et les couples homosexuels devant la CEDH », *Droit de la protection sociale*, n°1, janvier-février 2011, p. 142.

NEIRINCK C., « Les droits des parents d'enfant en âge scolaire », *Dr. Fam.*, n°12, 2011, dossier 18.

NEIRINCK C., MARTIN P-M., « *Un traité maltraité* », *JCP*, 1993, I, 3677.

OCHAÏTA E., ANGELES ESPINOSA M., « Children's participation in family and school life: A psychological and development approach », *International Journal of Children's Rights* 5, 1997, pp. 279–297.

OLSEN F. E., « The Myth of State Intervention in the Family », *18 Michigan Journal of Law Reform* 835, 1985.

OPROMOLLA A., « Children's rights under articles 3 and 8 of the European Convention: recent case law », *European Law Review Human Rights Survey*, 2001, pp. 42-57.

PALMER E., « Courts, resources and the HRA: reading section 17 of the Children Act 1989 compatibly with Article 8 ECHR », *European Human Rights Law Review*, 3, 2003, pp. 308-324.

PARE M., « L'accès des enfants à la justice et leur droit de participation devant les tribunaux : quelques réflexions », *Revue générale de droit*, 44 (1), 2014, pp. 81–124.

PARIENTE A., « Le refus de soins : réflexions sur un droit en construction », *Revue du Droit Public*, 2003, p. 1421.

- PAUTI A., « L'affaire du crucifix dans les écoles italiennes », *AJDA*, n°14, 2004, pp. 746-750.
- PEDROT P., « La santé de l'enfant et la loi de 6 août 2004 relative à la bioéthique », *Revue générale de droit médical*, n°17, 2005.
- PELEG N., « Reconceptualizing the Child's Right to Development: Children and the Capability Approach », *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, pp. 523–542.
- PICHARD M., « L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode(s) », *Les Petites Affiches* 2010, n°200, p. 7.
- PICOT M., « L'avocat de l'enfant », *Dr. fam.* 2006, n°7, étude 37.
- PICOT M., « La participation de l'enfant victime au procès pénal », *AJ fam.* 2003, p. 373.
- PILCHER J., Contrary to Gillick: British children and sexual rights since 1985, *International Journal of Children's Rights*, vol. 5, issue 3, 1997, pp. 219-317.
- PINTO R., « La liberté d'information et d'opinion et le droit international », *Journal du droit international*, n°108, 1981, p. 467.
- PONJAVIC Z., VLASKOVIC V., « Space for the Child's Best Interests Inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction », *16 Rev. Eur. L.*, 2014, pp. 45-51.
- PÖSÖ T., PEKKARINEN E., HELAVIRTA S., LAAKSO R., « Voluntary' and 'involuntary' child welfare: challenging the distinction », *Journal of Social Work* 2016.
- PRELOT P-H., « La Protection du Droit à la Liberté Religieuse de L'enfant dans L'enseignement Public Et Dans L'enseignement Privé », *C.N.R.S. Éditions / « Société, droit et religion »*, 2013/1 Numéro 3, pages 115 à 123.
- PUBERT L., « La liberté religieuse de l'enfant dans les textes internationaux, Premières pistes de réflexion », *C.N.R.S. Éditions / « Société, droit et religion »*, 2013/1 Numéro 3 | pages 125 à 152.
- PUECH L., « Le droit de l'enfant à vivre en famille est-il un droit ? L'article 9 de la CDE et la question de l'hébergement de familles à la rue... », *Association jeunesse et droit, Journal du droit des jeunes*, 2014/8 N° 338-339, pp. 33-34.
- PUPPINCK G., « L'arrêt Costa-Pavan c/Italie et la convergence des droits de l'Homme et des biotechnologies », *Revue général de droit médical*, n°49, décembre 2013.
- PURDY L., « Why children shouldn't have children's rights », *International Journal of Children's Rights*, 1(3), 1994, pp. 223-241

PYWELL S., « Vaccination and Other Altruistic Medical Treatments: Should Autonomy or Communitarianism Prevail », 4 *Medical Law International*, 2000, p. 223.

RENCHON J-L., « L'“homoparentalité” en droit belge », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 64, N°1, 2012, pp. 35-56.

Réseau d'information des droits de l'enfant (CRIN), « Mesurer la maturité : Comprendre le « développement des capacités » des enfants », *La Revue N°23*, 2009.

REYNAERT D., BOUVERNE-DE BIE M., VANDEVELDE S., « Between 'believers' and 'opponents': Critical discussions on children's rights », *International Journal of Children's Rights*, 20(1), 2012, pp. 155–168.

REYNAERT D., BOUVERNE-DE-BIE M., VANDEVELDE S., « A Review of Children's Rights Literature since the Adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *Childhood*, 16(4), 2009, 518–534.

REYNOLDS P., « Refractions of Children's Rights in Development Practice, A view from anthropology – Introduction », *Childhood* 13(3), 2006, pp. 291-302.

RICHARDS D. A. J., « Rights and Autonomy », *Ethics*, 92, 1981, p. 7.

RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Revue International de Droit Comparé*, 1991, p. 539.

ROBYN MARTIN, « Implementing public health policy and practice within a legal framework: constraints of culture, faith and belief », *Medical Law International*, Vol. 9, 2008, pp. 311-330.

ROCHE J., « Children, Citizenship and Human Rights », *Journal of Social Sciences*, Special Is (9), pp. 43–55, 2005.

ROCHE J., « Children: Rights, Participation and Citizenship » *Childhood*, vol. 6(4) pp. 475-493, 1999.

ROCHE-DAHAN J., « Réflexion sur la licéité de la circoncision », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65, N°1, 2013, pp. 75-103.

RODRIGUEZ-VAZQUEZ V., « The role of advanced directives regarding the patient's consent. View held by the first Spanish Act regulating the patient's autonomy and differences with the common law tradition », *Medical Law International* 13 (4), p. 244.

ROGERS C. M., « Attitudes toward children's rights: nurturance or self-determination? », *Journal of social issues*, volume 34, number 2, 1974.

ROGERS C. M., WRIGHTSMAN L. S., « Attitudes toward Children's rights: nurturance or self-determination? », *Journal of social issues*, volume 34, number 2, 1978.

RONDEAU-RIVIER M-C., « La convention des Nations-Unis sur les droits de l'enfant devant la cour de cassation : un traité mis hors-jeux », *D.*, 1993, 203.

RONEN Y., « Redefining the Child's Right to Identity », 18 *International Journal of Law, Policy and the Family* 147, 2004.

RONGE J-L., « Les observations du Comité des droits de l'enfant sur le respect des droits de l'enfant par la France », *Journal du droit des jeunes* 2009/7, N° 287, p. 35-50.

RONGE J-L., « La Médiation Et L'interprétation Qui Est Faite Du Recueil De La Parole De L'enfant, Association jeunesse et droit », *Journal du droit des jeunes*, 2008/8 N° 278, pp. 36 - 41.

ROSS H., « Children's rights and theories of rights », *International Journal of Children's Rights* 21, 2013, pp. 679–704.

ROSS L.F., « Health care decision making by children: is it in their best interest? », *Hastings Center Report* 27(6), 1997, pp. 41–5.

ROSS-LEVESQUE É., « La compréhension syntaxique des enfants de maternelle ayant un trouble développemental du langage : Phrases simples et complexes », *Canadian Journal of Speech-Language Pathology and Audiology*, 43(1), 2019, pp. 1-20.

RUIZ-CASARESA M., COLLINSB T. M., TISDALL E. K.M., GROVERD S., « Children's rights to participation and protection in international development and humanitarian interventions: nurturing a dialogue », *The International Journal of Human Rights*, Vol. 21, No. 1, 2017, pp. 1–13.

SACERDOTI G., « The European Charter of Fundamental Rights: From a Nation-State Europe to a Citizens' Europe », 8 *Columbia Journal of European Law* 37, 2002, pp. 37-52.

SAHEB-GHEZALI L., « La CEDH statue sur le droit à la vie de l'enfant à naître », *Revue Droit § Santé*, N°75, Chroniques pp. 45-47.

SAHEB-GHEZALI L., « Le troisième protocole additionnel de la CDE : plaintes internationales pour violations des droits de l'enfant », *Revue Droit § Santé*, N°73, Droits des patients, pp. 746 à 748.

SAITO M., « Amartya Sen's Capability Approach to Education: A Critical Exploration », *Journal of Philosophy of Education*, Vol. 37, No. 1, 2003.

SANDERS R., MACE S., « Agency Policy and the Participation of Children and Young People in the Child Protection Process », *Child Abuse Review*, Vol. 15, pp. 89-109, 2006.

SCARRE G., « Children and paternalism », *Philosophy*, Volume 55, Issue 211, 1980, pp. 117-124.

- SCHABAS W. A., « Reservations to the Convention on the Rights of the Child », *Human Rights Quarterly* 18.2, 1996, pp. 472-491.
- SCHAMPS G., « The Minor Child's Degree of Autonomy and the Measures Taken to Protect Him or Her within the Health Care Sector in Belgium », 30 *Medicine and Law* 345, 2011.
- SCHEIWE K., « Between autonomy and dependency: minors' rights to decide on matters of sexuality, reproduction, marriage, and parenthood. Problems and the state of debate – an introduction », *International Journal of Law, Policy and the Family* 18, 2004, pp. 262–282.
- SCHIMMEL N., « Freedom and Autonomy of Street Children », 14 *International Journal of Children's Rights* 211, 2006.
- SCOLNICOV A., « The child's right to religious freedom and formation of identity, *International Journal of Children's Rights* 15, 2007, pp. 251–267.
- SCOTT E. S., « Parental Autonomy and Children's Welfare », 11 *William & Mary Bill of Rights Journal* 1071, 2003.
- SECCAUD C., « La conception de l'enfance en droit international. Illustration par les enfants travailleurs », *Revue québécoise de droit international*, 24-1, 2011, pp. 131-170.
- SHERLOCK A., « Listening to Children in the Field of Education: Experience in Wales », *Child and Family Law Quarterly*, vol. 19, n°2, pp. 161-182.
- SHIELD J. P. H., BAUM J. D., « Children's Consent to Treatment », *British Medical Journal* 7 May 1994, vol. 308, pp. 1182-1183.
- SHIER H., « Pathways to Participation: Openings, Opportunities and Obligations », *Children and Society* 2001 (10), pp. 107-117.
- SHMUELI B., BLECHER-PRIGAT A., « Privacy for children », *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 42, pp. 759-95, 2011.
- SILIN J., « Speaking up for silence », *Australian Journal of Early Childhood*, 24(4), 1999, pp. 41–45.
- SMITH A. B., « Interpreting and supporting participation rights: Contributions from socio-cultural theory », *International Journal of Children's Rights*, vol. 10, No 1, 2002 pp. 73-88.
- SMITH A. B., TAILOR N., TAPP P., « Rethinking Children's Involvement in Decision-Making after Parental Separation », *Childhood*, 10(2), 2003, pp. 201-216.
- SNOW R., COVELL K., « Adoption and the Best Interests of the Child: The Dilemma of Cultural Interpretations », 14 *International Journal of Children's Rights* 109, 2006.

SORENSEN S., « Protecting Children's Right to Privacy in the Digital Age: Parents as Trustees of Children's Rights », 36 *Children's Legal Rights Journal*, 2016, pp. 156-176.

SQUILLANTE M., « La responsabilité parentale à l'égard de l'enfant », *Revue générale de droit médical*, n°17, 2005.

STALFORD H., « The Citizenship status of children in the European Union », *International Journal of Children's Rights* 8, 2000, pp. 101-131.

STEINER P., « La genèse de la liberté de conscience dans le Droit constitutionnel suisse », *Conscience et Liberté*, n°4, 1972, p. 75.

TAYLOR N., FITZGERALD R. M., TAMAR M., BAJPAI A., GRAHAM A., « International models of child participation in family law proceedings following parental separation/divorce », *International Journal of Children's Rights*, vol. 20, no. 4, 2012, pp. 645-673.

TERRE-FORNACCIARI D., « L'autonomie de la volonté », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 257.

THÉRY I., *The interest of the child and the regulation of the post-divorce family*, 14 *International Journal of Social Science Studies* 341, 1986.

THOMAS L. K., « Child Custody, Community and Autonomy: The Ties that Bind », 6 *Southern California review of law and women's studies* 645, 1997.

THORNE B., « Re-Visioning Women and social change: Where are the children », *Gender and Society*, Vol. 1, No. 1, 1987, pp. 85-109.

TISDALL E. E., DAVIS J. M., GALLAGHER M., « Reflecting on children and young people's participation in the UK », *International Journal of Children's Rights* 16(3), 2008, p. 343.

TOBIN J., « Justifying children's rights », *International Journal of children's rights* 21, 2013, pp. 395-441.

TOMANOVIĆ-MIHAILOVIĆ S., « Young people's participation within the family: Parents' accounts », *International Journal of Children's Rights* 8, pp. 151-167, 2000.

TOMANOVIC S., « Negotiating Children's Participation and Autonomy within Families », 11 *International Journal of Children's Rights* 51, 2003.

TRILLA J., NOVELLA A., « Educación y participación social de la infancia », *La Revista Iberoamericana de Educaciones*, Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), Numero 26, mai-aout 2001.

TROPER M., « Pour une définition stipulative du droit », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 10, 1989, pp. 101-104.

TULKENS F., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, p. 20.

TURNER BLOOM C., « The Regulation of Sexual Autonomy », 1 *Exeter Student Law Review* 52, 2015.

VAN PRAAGH S., « Adolescence, autonomy and Harry Potter: the child as decision-maker », *International Journal of Law in Context*, vol. 1(4), 2005, pp. 335–373.

VAN ZUYLEN J., « Jean-François Perrin, Le droit de choisir. Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 73, no. 2, 2014, pp. 223-225.

VANDENBROECK M., BOUVERNE-DE BIE M., « Children's Agency and Educational Norms, A tensed negotiation », *Childhood: A Global Journal of Child Research*, v13, n1, 2006, pp. 127-143.

VARADAN S., « The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child », *International Journal of Children's Rights* 27, 2019, pp. 306-338.

VEERMAN P., LEVINE H., « Implementing children's rights on a local level: Narrowing the gap between Geneva and the grassroots », *International Journal of Children's Rights*, Volume 8, Number 4, 2000, pp. 373-384.

VIALLA F., « Le droit de consentir au traitement ne peut être confondu avec le droit de choisir le traitement. The right to consent to treatment cannot be confused with the right to choose treatment », *La Presse Médicale*, Volume 47, Issue 4, Part 1, April 2018, pp. 368-371.

VIALLA F., « Mineur et secret médical – Le secret sur son état de santé demandé par le mineur à l'égard de ses parents : de la reconnaissance d'un droit à sa mise en œuvre concrète. Confidentiality, children and parental authority », *Médecine & Droit*, Volume 2015, Issue 133, July–August 2015, pp. 79-89.

VIALLA F., « Protection de l'intégrité corporelle de l'enfant », *Revue Droit & Santé*, N°57, Droits des patients, pp. 939 à 941.

VIOLA S., « Autonomia progresiva de ninos, ninas y adolescentes en el Código Civil : una deuda pendiente », *Cuestion de derechos, Revista electrónica* N°3, 2012, pp. 82-99.

VIS S.A., FOSSUM S., « Representation of children's views in court hearings about custody and parental visitation – A comparison between what children wanted and what the courts ruled », *Children and Youth Services Review*, 2013(35), pp. 2101–2109.

VORYS Y. V., « The Outer Limits of Parental Autonomy: Withholding Medical Treatment from Children », 42 *Ohio State Law Journal*, 1981, p. 813.

WACKER J., « Assistance au Suicide, Euthanasies : Situation Suisse, L'Esprit du temps », *Études sur la mort*, 2016/2 n° 150, pp. 79-92.

WALL (DE) H., « Religious freedom of children in german law », *C.N.R.S. Éditions* / « Société, droit et religion », 2013/1 Numéro 3 | pages 185 à 193.

WATSON, « Children, Families and Courts », 68 *Virginia Law Review* 653, 1980, p. 665.

WESTERN P., « The empty idea of equality », *Harvard Law Review*, vol. 95, NR. 3, january 1982, p. 548.

WHEELER P., « Eliminating FGM: The Role of the Law », *International Journal of Children's Rights* 11, 2004, pp. 257-271.

WHITE B., « Globalization and the child labour problem », *Journal of International Development*, Vol. 8, No. 6, 1996, p. 839.

WICKS E., « When is life not in our own best interests? The best interests test as an unsatisfactory exception to the right to life in the context of permanent vegetative state cases », *Medical Law International*, Vol. 13, N°1, 2013, pp. 75-97.

WILLEKENS H., « Rights and duties of underage parents: a comparative approach », *International Journal of Law, Policy and the Family* 18, 2004, pp. 355–370.

WINICK B. J., « On Autonomy: Legal and Psychological Perspectives », 37 *Villanova Law Review*, 1992, p. 1705.

WONG N., « A Typology of Youth Participation and Empowerment for Child and Adolescent Health Promotion », 2011.

WONG N. T., ZIMMERMAN M. A., PARKER E. A., « A typology of youth participation and empowerment for child and adolescent health promotion », *American Journal of Community Psychology*, vol. 46, no. 1-2, 2010, pp. 100-114.

WYNESS M., « Children, childhood and political participation: Case studies of young people's councils », *International Journal of Children's Rights*, vol. 9 2001, pp. 193-212.

WYNESS M., HARRISON L., BUCHANAN I., « Childhood, politics and ambiguity: Towards an agenda for children's political inclusion », *Sociology*, 38(1), 2004, pp. 81–99.

YOUNG R., « Autonomy and Paternalism », *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, 1981, p. 32.

ZAWADZKI L., PERU N., DESMIDT T., HOMMET C., CAMUS V., « Institutionnalisation et autonomie décisionnelle : Intérêt du concept de crise et du modèle systémique », *Les cahiers de l'année gérontologique* 3(1), 2011.

Zermatten J., « Les Bons vœux de 2013 ou Faut-il se réjouir de 2013 pour les Droits de l'enfant ? », *IDE*, 2013.

ZERMATTEN J., « La convention des droits de l'enfant vingt ans plus tard ; essai d'un bilan », *IDE*, 2010, p. 12.

§3. – Rapports, Résolutions, Recommandations, Manuels

A. – Organisations internationales

Assemblée Générale des Nations Unies, *Élimination de toutes les formes d'intolérance fondées sur la religion*, Rapport d'activités du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, A/70/286, 5 août 2015.

A World Fit for Children, UN General Assembly Res., A/RES/S-27/2, 10 May 2002.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant*, 2015.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice*, 2016.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2010.

BOULDING E., « Deux milliards d'enfants à la recherche de leurs droits », *Le Courrier de l'UNESCO*, janvier 1979, p. 5.

CANTWELL N., *The Best Interests of the Child in Intercountry Adoption*, Innocenti Insight, Florence: UNICEF Office of Research, 2014.

CDH, Observation Générale n°17, Article 24 (trente-cinquième session, 1989), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1, 1994.

CDH, Observation générale n°22 (48) (art. 18), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 septembre 1993.

CDH, Observation générale n°24, *Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 1994.

CDH, Observation générale n°28, Article 3 (Égalité des droits entre hommes et femmes), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 mars 2000.

CDH, Trente neuvième session (1990), Observation générale n° 19 : Article 23 (Protection de la famille).

Comité des droits de l'Homme, Observation Générale n°17, *Droits de l'enfant*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 07/24/89, par. 4.

Commission Européenne pour l'efficacité de la justice (Cepej), Améliorer la Médiation dans les États Membres du Conseil de l'Europe, Normes et Mesures Concrètes.

Commission des Droits de l'Homme, Droits Economiques, Sociaux et Culturels, *Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, Mme Katarina Tomaševski, soumis conformément à la résolution 1998/33 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/1999/49, 13 janvier 1999.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation No R (98)1 sur la médiation familiale.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation Rec (2002) 10 sur la médiation en matière civile.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation No R (99) 19 sur la médiation en matière pénale.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation Rec (2001)9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées.

Comité européen des droits sociaux, *Commission internationale des juristes c. Portugal*, 9 septembre 1999.

Comité européen des droits sociaux, *Association pour la protection des enfants (APPROACH) Ltd c. France*, Réclamation n° 92/2013.

Comité européen des droits sociaux, *Défense des enfants international (DEI) contre Belgique*, Réclamation n°69/2011.

Commission des droits de l'homme, Rapport présenté par Juan Miguel Petit, *Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants*, Mission en France, 25-29 novembre 2002, E/CN.4/2004/9/Add.1, 14 octobre 2003.

Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), *Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des Recommandations existantes concernant la médiation familiale en matière civile de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice*, 2007.

Conclusions IX et IX-2 du Comité d'experts indépendants de la Charte sociale européenne, Strasbourg, 1985 et 1986.

Conférence de la Haye de droit international privé, *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*.

Conseil des droits de l'homme, *Changements climatiques et pauvreté*, A/HRC/41/39, 17 juillet 2019.

Conseil des droits de l'homme, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, A/HRC/RES/17/19, 14 juillet 2011.

Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HRC/19/41, 17 novembre 2011.

Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Facteurs qui empêchent la participation à la vie politique dans des conditions d'égalité et mesures permettant de surmonter ces obstacles*, A/HRC/27/29, 30 juin 2014.

Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, M. Kishore Singh, *La justiciabilité du droit à l'éducation*, A/HRC/23/35, point 3 de l'ordre du jour Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, 10 mai 2013.

Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint*, A/HRC/32/32, avril 2016.

DETRICK S., *Accès à la justice pour tous les enfants du monde*, UNICEF, 2015.

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Division des droits des enfants et Service de la jeunesse du Conseil de l'Europe, *Outil d'évaluation de la participation des enfants*,

European Union Agency for Fundamental Rights, *Child-friendly justice, Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States*, 2017.

FRA, *Child-friendly justice – Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States*, 2015.

GRAÇA M., *Promotion and Protection of the Rights of Children, Impact of armed conflict on children*, A/51/306, 26 August 1996.

GROWING with children's rights, A Conference on the implementation of the Council of Europe Strategy for the Rights of the Child 2012-2015, Final Report, Dubrovnik, Croatia, 27-28 March 2014.

HART R. A., *Children's participation. From tokenism to citizenship*, Innocenti essays No. 4, Florence, UNICEF, 1992.

HODGKIN R., NEWELL P. (dir.), Manuel pour l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 1998.

ITU/UNICEF, *Guidelines for Industry on Child Protection Online*, 2014.

KILKELLY U., *Summary Report on the consultation of Children and Young People Concerning the Draft Council of Europe Guidelines on Child-Friendly Justice* (Strasbourg, Council of Europe, 2010).

LANSDOWN G., *Les capacités évolutives de l'enfant*, Centre de recherche Innocenti, UNICEF, 2005.

Les « lignes directrices » pour le suivi de l'Année internationale de la jeunesse, adoptée par l'Assemblée générale en 1985.

LIEFAARD T., HENDRIKS A., ZLOTNIK D., « From law to practice: towards a roadmap to strengthen children's rights in the era of biomedicine », Commissioned by the Committee on Bioethics (DH-BIO) of the Council of Europe, Universiteit Leiden, 30 juin 2017.

Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010, lors de la 1098^e réunion des Délégués des Ministres.

Lignes directrices en matière de justice pour les enfants victimes et témoins d'actes criminels adoptées par le Conseil économique et social des Nations-Unies dans sa résolution 2005/20 du 22 juillet 2005.

ONU, Centre pour les droits de l'Homme, Bulletin des droits de l'Homme, 91/2, *Les droits de l'enfant*, 1992.

Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Accès des enfants à la justice*, A/HRC/25/35, 16 décembre 2013.

Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, Conseil des droits de l'homme, *Changements climatiques et pauvreté*, A/HRC/41/39, 17 juillet 2019.

Recommandation CM/Rec (2006)12 du Comité des Ministres aux États membres sur la responsabilisation et l'autonomisation des enfants dans le nouvel environnement de l'information et de la communication, adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 2006.

Recommandation CM/Rec (2006)12 du Comité des Ministres aux États membres sur la responsabilisation et l'autonomisation des enfants dans le nouvel environnement de l'information et de la communication, adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 2006.

Recommandation CM/Rec (2009)5 du Comité des Ministres aux États membres visant à protéger les enfants contre les contenus et comportements préjudiciables et à promouvoir leur participation active au nouvel environnement de l'information et de la communication, adoptée le 8 juillet 2009.

Recommandation CM/Rec (2009)5 du Comité des Ministres aux États membres visant à protéger les enfants contre les contenus et comportements préjudiciables et à promouvoir leur participation active au nouvel environnement de l'information et de la communication, adoptée le 8 juillet 2009.

Recommandation CM/Rec (2018)7 du Comité des Ministres aux États membres sur les Lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l'enfant dans l'environnement numérique, adoptée par le Comité des Ministres le 4 juillet 2018, lors de la 1321e réunion des Délégués des Ministres.

Recommandation CM/Rec(2010)2 du Comité des Ministres aux États membres relative à la désinstitutionnalisation des enfants handicapés et leur vie au sein de la collectivité. Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 3 février 2010.

Recommandation du Conseil de l'Europe sur la participation des enfants et des jeunes de moins de 18 ans (CM/Rec(2012)2) du 28 mars 2012.

Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

Règlement (CE) n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, OJ L 338, 23.12.2003.

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel

et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

Report of the Office of the High Commissioner for Human Rights, *Interdependence between democracy and human rights*, E/CN.4/2004/54.

Résolution 2037 (XX) *Déclaration concernant la promotion parmi les jeunes des idéaux de paix, de respect mutuel et de compréhension entre les peuples*, 1390^e séance plénière, 7 décembre 1965.

Résolution 2633 (XXV) *La jeunesse, son éducation dans le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ses problèmes et ses besoins, et sa participation au développement national*, 1901^e séance plénière, 11 novembre 1970.

Résolution 3140 (XXVIII) *Action concertée aux niveaux national et international en vue de répondre aux besoins et aspirations de la jeunesse et de promouvoir sa participation au développement national et international*, 2201^e séance plénière, 14 décembre 1973.

Résolution 3141 (XXVIII) *La jeunesse, son éducation et ses responsabilités dans le monde actuel*, 2201^e séance plénière, 14 décembre 1973.

Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme, *Promotion de la jouissance effective des droits culturels pour tous et respect de la diversité culturelle*, A/HRC/RES/23/10, 20 juin 2013.

Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies 3022 (XXVII) *Courants de communication avec la jeunesse et les organisations internationales des jeunes*, 2114^{ème} séance plénière, 18 décembre.

Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant (2012-2015), Rapport sur la mise en œuvre, 2016.

Stratégie du Conseil de l'Europe pour les droits de l'enfant (2016-2021), Les droits fondamentaux de l'enfant, Sofia, 2016.

Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023, « Droits de l'Homme : une réalité pour tous ».

Towards an EU Strategy on the rights on the child, EU COM, 2006.

TRECHSEL S., SCHLAURI R., *Les mutilations génitales féminines en Suisse*, Expertise juridique, UNICEF, 2004.

UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *CEDAW General Recommendation No 21: Equality in Marriage and Family Relations*, UN Doc A/49/38, 1994.

UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human rights: a compilation of international instruments*, 2002, ST/HR/1/Rev.6 (Vol.I/Part1)

UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human rights: a compilation of international instruments*, 2002, ST/HR/1/Rev.6 (Vol.I/Part2)

UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, *Realizing the right to development: essays in commemoration of 25 years of the United Nations Declaration on the Right to Development*, 2013, ST/HR/PUB/12/4.

UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, ST/HR/PUB/07/1, *Legislative history of the Convention on the Rights of the Child*, 2007.

UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, *The core international human rights treaties*, 2014, ST/HR/3/Rev.1.

UN. Office of the High Commissioner for Human Rights, *The right to human rights education: a compilation of provisions of international and regional instruments dealing with human rights education*, 1999, ST/HR/PUB/DECADE/1999/2.

UNDP World Development Report 2000 *Human Rights and Human Development*, New York, Oxford, UNICEF, Oxford University Press 2000.

UNESCO World Culture Report 2000 *Cultural Diversity, Conflict and Pluralism* UNESCO 2000.

UNFPA State of the World Population Report 2003 *Investing in the adolescent's health and rights* UNFPA, 2003.

UNICEF Summary Report, *Study on the Impact of the Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Innocenti Publications, 2004.

UNICEF Working Paper Series Program Division, *The Participation Rights of Adolescents: A Strategic Approach*, New York, August 2001.

UNICEF, *A Human Rights-Based Approach to Education for All, A framework for the realization of children's right to education and rights within education*, 2007.

UNICEF, *Changing a Harmful Social Convention: Female Genital Mutilation/ Cutting* Innocenti Digest 12, 2005.

UNICEF, *Female Genital Mutilation/Cutting: A Statistical Exploration*, November 2005.

UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux Droits de l'Enfant*, Edition entièrement révisée, 2002.

UNICEF, *Reccueil Innocenti de Recherches sur l'Adolescence*, Numéro 14, juillet 2019.

UNICEF, *The State of the World's Children 2003, Child participation*, UNICEF, 2003.

VAN BUEREN G., *Les droits des enfants en Europe : convergence et divergence dans la protection judiciaire*, Conseil de l'Europe, 2008.

ZERMATTEN J., *Des droits spécifiques pour les enfants, dont le droit de l'enfant d'être entendu et de participer (art. 12)*, A/HRC/WG.7/1/CRP.8, Conseil des droits de l'homme Groupe de travail sur un protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, Première session, Genève, 14–18 décembre 2009.

B. – ONG

AEDE, Collectif. « Conclusion », *En avant pour les droits de l'enfant !* sous la direction de AEDE Collectif. ERES, 2015, pp. 657-661.

ALFAGEME E., CANTOS R., MARTINEZ M., *De la participation al protagonismo infantil, propuestas para la accion*, Platgorma de Organizaciones de Infancia, 2003.

BOELE-WOELKI K., FERRAND F., GONZALES BEILFUSS C., JÄNTERÄ-JAREBORG M., LOWE N., MARTINY D., PINTENS W., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen - Oxford, 2007.

CANTWELL N., « Monitoring the Convention through the Idea of the "3Ps" », in *Politics of Childhood and Children at Risk. Provision - Protection - Participation*, EUROSOCIAL Report 45/1993, Vienna, pp. 121-127.

Childwatch International Research Network to the Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion September 2006, « *Understanding and contextualizing children's real participation* ».

CRIN, *Access to justice for children: a comparative analysis of 197 countries*.

Defence for children International, *Le droit de l'enfant à la participation et le système de justice juvénile, Mise en œuvre théorique et pratique*, 2016.

Défenseur des droits, Rapport Droits de l'enfant, *Au miroir de la Convention internationale des droits de l'enfant*, 2017.

ECPAT International, *Stay safe from online sexual exploitation, A guide for young people*, 2014.

Institut européen de bioéthique, *L'euthanasie des nouveaux-nés et le protocole de Groningen*.

Institut International des Droits de l'Enfant, *The Best Interests of the Child, Literal Analysis, Function and Implementation*, Working Report, 2010.

International Law Commission, Preliminary Conclusions on Reservations to Normative Multilateral Treaties Including Human Rights Treaties (Preliminary Conclusions). I.L.C. Report 1997.

ITU/UNICEF, *Guidelines for Industry on Child Protection Online*, 2014.

Le défenseur des droits, République française, « *L'enfant et sa parole en justice* », Rapport consacré aux droits de l'enfant, 2013.

Publication de l'Institut International des Droits de l'Homme, *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruylant.

QVORTRUP J., *Childhood as a Social Phenomenon: An Introduction to a Series of National Reports*, 2nd edn, Eurosocial Report 36/1991, Vienna: European Centre for Social Welfare Policy and Research.

Rapport du COFRADE sur l'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant en France, 2012.

Terre des Hommes, *La loi sur les étrangers et la loi sur l'asile révisée à la lumière de la CEDE*, 2006.

TRESEDER P., « Empowering children and young people: promoting involvement in decision-making », London: Save the Children, 1997.

UNICEF, *Children's Rights Glossary*, Innocenti Publications, 2000.

UNICEF and Youth Policy Labs, *Age Matters! Age-related barriers to service access and the realisation of rights for children, adolescents and youth*, 2017.

UNICEF, *Guide de participation des enfants aux travaux du Parlement*, Guide à l'usage des parlementaires, n°18, 2011.

Vade-mecum, *La participation des enfants aux décisions publiques, Pourquoi et comment impliquer les enfants ?*, 2014.

SHANNON G., *Ninth Report of the Special Rapporteur on Child Protection*, A Report Submitted to the Oireachtas, Professor Dr Geoffrey Shannon, 2016.

§4 – Jurisprudence

A. Cour européenne des droits de l'Homme

A c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, 25599/94.

A., Byrne and Twenty-Twenty Television Limited v. The United Kingdom, 23 octobre 1997, 32712/96 32919/96.

A.H. et autres c. Russie, 17 janvier 2017, 6033/13 8927/13 10549/13 12275/13 23890/13 26309/13 27161/13 29197/13 32224/13 32331/13 32351/13 32368/13 37173/13 38490/13 42340/13 42403/13.

A.M.M. c. Roumanie, 14 février 2012, 2151/10.

A.P., Nicot et Garçon c. France, 6 avril 2017, 79885/12, 52471/13, 52596/13.

A.R. et L.R. c. Suisse, 19 décembre 2017, 22338/15.

Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni [Plén.], 25 mai 1985, 9214/80, 9473/81, 9474/81.

Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (fond) [Plén.], 23 juillet 1968, 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63, 2126/64.

Affaire Comité de Rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine (extraits), 5 mai 2011, 33014/05.

Ahmut c. Pays-Bas, 28 novembre 1996, 21702/93.

Aktas c. France, 30 juin 2009, 43563/08.

Ali c. Royaume-Uni, 11 janvier 2011, 40385/06.

Anayo c. Allemagne, 21 décembre 2010, 20578/07.

Axel Springer AG c. Allemagne [GC], 7 février 2012, 39954/08.

Aydin C. Turquie [GC], 25 septembre 1997, 23178/94.

B. et P. c. Royaume-Uni, 24 avril 2001, 36337/97, 35974/97.

B.N. et S.N. c. Suède, 30 juin 1993, 17678/91.

Bayev et autres c. Russie, 20 juin 2017, 67667/09, 44092/12, 56717/12.

Bogomolova c. Russie, 20 juin 2017, 13812/09.

Bronda c. Italie, 9 juin 1998, 22430/93.

Buckley c. Royaume-Uni, 25 septembre 1996, 20348/92.

Buscemi c. Italie, 16 septembre 1999, 20348/92.

Byrne v. the United Kingdom, 16 avril 1998, 37107/97.

C.N. et V. c. France, 11 octobre 2012, 67724/09.

Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25 févr. 1982, 7511/76, 7743/76.

Catan et autres c. République de Moldova et Russie [GC], 19 octobre 2012, 43370/04, 18454/06, 8252/05.

Cengiz Kılıç c. Turquie, 6 décembre 2011, 16192/06.

Charles Gard et autres c. Royaume-Uni, 27 juin 2017, 39793/17.

Chauvy et autres c. France, 29 juin 2004, 64915/01.

Cicad c. Suisse, 7 juin 2016, 17676/09.

Copland c. Royaume-Uni, 3 avril 2007, 62617/00.

Costello-Roberts c. Royaume-Uni, 25 mars 1993, 13134/87.

Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France [GC], 10 novembre 2015, 40454/07.

Couillard Maugery c. France, 1 juillet 2004, 64796/01.

D.H. et autres c. République tchèque [GC], 13 novembre 2007, 64796/01.

Dahlab c. Suisse, 15 février 2001, 64796/01.

Darby c. Suède, 23 octobre 1990, 11581/85.

Delfi AS c. Estonie [GC], 16 juin 2015, 64569/09.

Djamila Afiri et Mohamed Biddarri c. France, 23 janvier 2018, 1828/18.

Dojan et autres c. Allemagne (déc.), 13 septembre 2011, 319/08, 2455/08, 7908/10, 8152/10, 8155/10.

Dudgeon c. Royaume-Uni [Plén.], 22 octobre 1981, 7525/76.

Egeland et Hanseid c. Norvège, 16 avril 2009, 34438/04.

Eker c. Turquie, 24 octobre 2017, 24016/05.

Elsholz c. Allemagne [GC], 13 juillet 2000, 25735/94.

Evans c. Royaume-Uni [GC], 10 avril 2007, 6339/05.

Flinkkilä et autres c. Finlande, 6 avril 2010, 25576/04.

Folgerø et autres c. Norvège [GC], 29 juin 2007, 15472/02.

Foulon et Bouvet c. France, 21 juillet 2016, 9063/14, 10410/14.

Fretté c. France, 26 février 2002, 36515/97.

G.A.B. c. Espagne [Plén.], 30 août 1993, 36515/97.

Gaskin c. Royaume-Uni [Plén.], 7 juillet 1989, 10454/83.

Glass c. Royaume-Uni, 9 mars 2004, 61827/00.

Godelli c. Italie, 25 septembre 2012, 33783/09.

Görgülü c. Allemagne, 26 février 2004, 74969/01.

Graeme c. Royaume-Uni, 5 février 1990, 13887/88.

Guillot c. France, 24 octobre 1996, 22500/93.

Gül c. Suisse, 19 février 1996, 23218/94.

Hachette Filipacchi Associés c. France, 14 juin 2007, 71111/01.

Harroudj c. France, 4 octobre 2012, 43631/09.

Hassan et Tchaouch c. Bulgarie [GC], 26 octobre 2000, 30985/96.

Hendriks c. Pays-Bas, 5 mars 2002, 44829/98.

Hokkanen v. Finland, 23 septembre 1994, 19823/92.

Horváth et Kiss c. Hongrie, 29 janvier 2013, 11146/11.

Hristozov et autres c. Bulgarie, 13 novembre 2012, 47039/11 358/12.

Irfan Temel et autres c. Turquie, 3 mars 2009, 36458/02.

Irlande c. Royaume-Uni [Plén.], 18 janvier 1978, 5310/71.

Jimenez Alonso et Jimenez Merino c. Espagne, 25 mai 2000, 51188/99.

Johansen c. Norvège, 7 août 1996, 17383/90.

Johnston et autres c. Irlande [Plén.], 18 décembre 1986, 9697/82.

K.U. c. Finlande, 2 décembre 2008, 2872/02.

Kacper Nowakowski c. Pologne, 10 janvier 2017, 32407/13.

Kahn c. Allemagne, 17 mars 2016, 16313/10.

Kanagaratnam c. Belgique, 13 décembre 2011, 15297/09.

Katamadze c. Géorgie, 14 février 2006, 69857/01.

Kearns c. France, 10 janvier 2008, 35991/04.

Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, 16969/90.

Keenan c. Royaume-Uni, 3 avril 2001, 27229/95.

Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, 5095/71, 5920/72, 5926/72.

Konrad c. Allemagne, 11 septembre 2006, 35504/03.

Konstantin Markin v. Russie, 7 octobre 2010, 30078/06.

Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, 13102/02.

Krone Verlag Gmbh c. Autriche, 19 juin 2012, 27306/07.

Kroon et autres c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, 18535/91.

Kurier Zeitungsverlag Und Druckerei Gmbh c. Autriche (n°2), 19 juin 2012, 1593/06.

Kurtulmus c. Turquie, 24 janvier 2006, 65500/01.

Labassée c. France, 26 juin 2014, 65941/11.

Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, 19 février 1997, 21627/93, 21826/93, 21974/93.

Lautsi et autres c. Italie [GC], 18 mars 2011, 30814/06.

Lavida et autres c. Grèce, 30 mai 2013, 7973/10.

Lebbinck c. Pays-Bas, 1er juin 2004, n° 45582/99.

Leuffen c. Allemagne, 9 juillet 1992, 19844/92.

Leyla Sahin c. Turquie [GC], 10 novembre 2005, 44774/98.

Lillo-Stenberg et Saether c. Norvège, 14 janvier 2014, 13258/09.

Lombardi Vallauri c. Italie, 20 octobre 2009, 39128/05.

M. et M. contre Croatie, 9 septembre 2015, 10161/13.

M.C. c. Bulgarie, 4 décembre 2003, 39272/98.

M.K. c. Grèce, 1er février 2018, 51312/16.

M.L. et W.W. c. Allemagne, 28 juin 2018, 60798/10, 65599/10.

M.P. et autres c. Bulgarie, 15 novembre 2011, 22457/08.

Maire c. Portugal, 26 juin 2003, 48206/99.

Marckx c. Belgique [Plén.], 13 juin 1979, 6833/74.

Martins Casimiro et Cerveira Ferreira c. Luxembourg, 27 avril 1999, 44888/98.

Maumousseau et Washington c. France, 6 décembre 2007, 39388/05.

Menesson c. France, 26 juin 2014, 65192/11.

MGN Limited c. Royaume-Uni, 18 janvier 2011, 39401/04.

Minelli c. Suisse, 14 juin 2005, 14991/02.

Moser c. Autriche, 21 septembre 2006, 12643/02.

Mosley c. Royaume-Uni, 10 mai 2011, 48009/08.

Muller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, 10737/84.

Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique, 19 janvier 2010, 41442/07.

N.Ts. et autres c. Géorgie, 2 février 2016, 71776/12.

Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC], 6 juillet 2010, 41615/07.

Nielsen c. Danemark, 28 novembre 1988, 10929/84.

Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, 13710/88.

Nuutinen c. Finlande, 27 juin 2000, 32842/96.

Odièvre c. France [GC], 13 février 2003, 42326/98.

Okpisz c. Allemagne, 25 octobre 2005, 59140/00.

Oršuš et autres c. Croatie [GC], 17 juillet 2008, 15766/03.

Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse, 10 janvier 2017, 29086/12.

Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, 19392/92.

Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova, 14 février 2006, 28793/02.

Pedersen et Baadsgaard c. Danemark [GC], 17 décembre 2004, 49017/99.

Pfeifer c. Autriche, 15 novembre 2007, 12556/03.

Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie, 22 juin 2004, 78028/01, 78030/01.

Polanco Torres et Movilla Polanco c. Espagne, 21 septembre 2010, 34147/06.

Ponomaryovi c. Bulgarie, 21 juin 2011, 5335/05.

Pop Blaga c. Roumanie, 27 novembre 2012, 37379/02.

Popov c. France, 19 janvier 2012, 39472/07, 39474/07.

Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002, 2346/02.

Raninen c. Finlande, 16 décembre 1997, 20972/92.

Reklos et Davourlis c. Grèce, 15 janvier 2009, 1234/05.

S. c. Royaume-Uni [Plén.], 14 mai 1986, 11716/85.

Saaristo et autres c. Finlande, 12 octobre 2010, 184/06.

Sahin c. Allemagne [GC], 8 juillet 2003, 30943/96.

Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, 33290/96.

Sampanis et autres c. Grèce, 5 juin 2008, 32526/05.

Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande [GC], 27 juin 2017, 931/13.

Sayan c. Turquie, 16 octobre 2016, 81277/12.

Scozzari et Giunta c. Italie [GC], 13 juillet 2000, 39221/98, 41963/98.

Siliadin c. France, 26 juillet 2005, 73316/01.

Slivenko c. Lettonie, 9 octobre 2003, n°48321/99.

Soderman c. Suède, 12 novembre 2013, 5786/08.

Sommerfeld c. Allemagne, 11 octobre 2001, 31871/96.

Sorguc c. Turquie, 23 juin 2009, 17089/03.

Sow c. Belgique, 19 janvier 2016, 27081/13.

Stagno c. Belgique, 7 juillet 2009.

Sutherland c. Royaume-Uni [GC], 27 mars 2001, 25186/94.

T. c. Royaume-Uni [GC], 16 décembre 1999, 24724/94.

Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, 22496/93.

Thlimmenos c. Grèce [GC], 6 avril 2000, 34369/97.

Timishev c. Russie, 28 novembre 2017, 47598/08.

Tønsbergs Blad A.S. et Haukom c. Norvège, 1er mars 2007, 510/04.

Uj c. Hongrie, 19 juillet 2011, 510/04.

Valašinas c. Lituanie, 24 juillet 2001, 44558/98.

Valsamis c. Grèce, 18 décembre 1996, 21787/93.

Vogt c. Allemagne [GC], 26 septembre 1995, 17851/91.

Volkmer contre Allemagne, 20 mars 2010, 54188/07.

Wagner et J. M. W. L. c. Luxembourg, 28 juin 2007, 76240/01.

Wainwright c. Royaume-Uni, 26 septembre 2006, 12350/04.

Willis c. Royaume-Uni, 11 juin 2002, 36042/97.

X et autres c. Autriche [GC], 19 février 2013, 19010/07.

X. et Y. C. Pays-Bas, 26 mars 1985, 8978/80.

Y.Y c. Turquie, 10 mars 2015, 14793/08.

Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, 7601/76; 7806/77.

Yousef c. Pays-Bas, 5 novembre 2002, 33711/96.

Z et autres c. Royaume-Uni [GC], 10 mai 2001, 29392/95.

Zenon Bernard et autres c. Luxembourg, 8 septembre 1993, 17187/90.

Znamenskaya c. Russie, 2 juin 2005, 77785/01.

B. Jurisprudence des juridictions régionales et internationales

CJUE, Grande chambre, 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, affaire C-131/12.

Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013. Affaire C-131/12. *Google Spain SL, Google Inc.c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.* [réf.21/09/2016]. v.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=660316>.

Cour Internationale de Justice, dans l'avis consultatif du 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, « est sujet de droit international l'entité qui a la capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et a la capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale » ; CIJ Recueil 1949, p. 179.

Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC 17/2002 August 28, 2002, *Juridicial Condition and Rights of the Child*, IACourtHR, Ser.A: Judgments and Opinions, No. 17.

Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion Oc-21/14 Of August 19, 2014, Requested by the Argentine Republic, the Federative Republic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Oriental Republic of Uruguay, *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*.

CPI, *Lubanga case, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo ICC-01/04-01/06*, 14 mars 2012.

CPI, *Katanga and Ngudjolo case*, « Motifs de la décision relative aux 345 demandes de participation de victimes à la procédure », 23 September 2009, ICC-01/04-01/07-1491-Red.

CPI, « Decision defining the status of 54 victims who participated at the pre-trial stage, and inviting the parties' observations on applications for participation by 86 applicants », 22 February 2010, ICC-01/05 01/08-699.

CPI, *Ruto and Sang case*, « Decision on the protocol concerning the handling of confidential information and contacts of a party with witnesses whom the opposing party intends to call », 24 August 2012, ICC-01/09-01/11-449.

C. Comité international des droits de l'enfant

1. Observations Générales

OG n°1 *sur les buts de l'éducation*, CRC/GC/2001/1, 17 avril 2001 ;

OG n°2 *sur le rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'Homme dans la protection et la promotion des droits de l'enfant*, CRC/GC/2002/2, 15 novembre 2002;

OG n°3 *sur le VIH/sida et les droits de l'enfant*, CRC/GC/2003/3, 17 mars 2003 ;

OG n°4 *sur la santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant*, CRC/GC/2003/4, 21 juillet 2003 ;

OG n°5 *sur les Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant* (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003 ;

OG n°6 *sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005 ;

OG n°7 *sur la Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 septembre 2006 ;

OG n°8 *sur le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments*, CRC/C/GC/8, 21 août 2006 ;

OG n°9 *sur les droits des enfants handicapés*, CRC/C/GC/9, 27 février 2007 ;

OG n°10 *sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs*, CRC/C/GC/10, 25 avril 2007 ;

OG n°11 *sur les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention*, CRC/C/GC/11, 12 février 2009 ;

OG n°12 *sur le droit de l'enfant d'être entendu*, CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009 ;

OG n°13 *sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toute forme de violence*, CRC/C/GC/13, 18 avril 2011 ;

OG n°14 *sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*, CRC/C/GC/14, 29 mai 2013 ;

OG n°15 *sur le droit de l'enfant à la jouissance du meilleur état de santé*, CRC/C/GC/15 17 avril 2013 ;

OG n°16 *sur les obligations de l'État concernant l'impact du secteur de l'entreprise sur les droits de l'enfant*, CRC/C/GC/16, 17 avril 2013 ;

OG n°17 *sur le droit de l'enfant au repos, aux loisirs, au jeu, aux activités récréatives, à la vie culturelle et artistique*, CRC/C/GC/17, 17 avril 2013 ;

OG n°18 *sur les pratiques préjudiciables*, CRC/C/GC/18, 4 novembre 2014 ;

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits de l'enfant, Recommandation générale/Observation générale conjointe n°31 pour le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n°18 pour le Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 4 novembre 2014.

OG n°19 *sur l'élaboration des budgets publics aux fins de la réalisation des droits de l'enfant* (art. 4), CRC/C/GC/19, 20 juillet 2016 ;

OG n°20 *sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence*, CRC/C/GC/20, 6 décembre 2016 ;

OG n°21 *sur les enfants en situation de rue*, CRC/C/GC/21, 21 juin 2017 ;

OG conjointe n°3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22, 16 novembre 2017 ;

OG conjointe n°4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017 ;

General comment No. 24 *on children's rights in the child justice system*, CRC/C/GC/24, 18 septembre 2019 (actuellement disponible uniquement en anglais).

2. Observations finales et Recommandations

Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Ouzbékistan, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante-troisième session (27 mai-14 juin 2013), CRC/C/UZB/CO/3-4, 10 juillet 2013.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales sur les troisièmes et quatrièmes rapports périodiques de l'Autriche, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre-5 octobre 2012), CRC/C/AUT/3-4, p. 28.

Comité des droits de l'enfant, Examen des Rapports présentés par les États Parties en application de l'article 44 de la Convention, *Observations finales : France*, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de la Croatie, soumis en un seul document CRC/C/HRV/CO/3-4, 13 octobre 2014.

Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, Observations finales : Géorgie, CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales sur les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques de l'Albanie soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre-5 octobre 2012), CRC/C/ALB/CO/2-4, 7 décembre 2012.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Guinée, adoptées par le Comité à sa soixante-deuxième session, CRC/C/GIN/CO/2, 13 juin 2013.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales sur les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques du Guyana soumis en un seul document, adoptées par le Comité des droits de l'enfant à sa soixante-deuxième session, CRC/C/GUY/CO/2-4, 18 juin 2013.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/GBR/CO/5, 12 juillet 2016.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales sur le rapport initial de Nioué, adoptées par le Comité à sa soixante-deuxième session (14 janvier-1er février 2013), CRC/C/NIU/CO/1, 29 janvier 2013.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre - 5 octobre 2012), CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012.

Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du pacte, *Observations finales du Comité des droits de l'homme Pays-Bas*, CCPR/CO/72/NET, 27 août 2001.

Comité des droits de l'enfant, Trente cinquième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, *Observations finales : Royaume des Pays Bas* (Pays Bas et Aruba), CRC/C/15/Add.227, 26 février 2004.

Comité des droits de l'enfant, Cinquantième session, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la convention, *Observations finales : Pays-Bas*, CRC/C/NLD/CO/3, 27 mars 2009.

Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le quatrième rapport périodique des Pays-Bas*, CRC/C/NLD/CO/4, 16 juillet 2015.

Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document*, CRC/C/CHE/CO/2-4, 26 février 2015

Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapports périodiques*, CRC/C/BEL/CO/5-6, 28 février 2019.

Comité des droits de l'enfant, *Méthodes de travail relatives à la participation des enfants au processus de soumission de rapports au Comité des droits de l'enfant*, CRC/C/66/2, 16 octobre 2014.

Comité des droits de l'enfant, *Journée de débat général sur le droit de l'enfant d'être entendu*, 11-29 septembre 2006.

Comité des droits de l'enfant, *Journée Générale de discussion sur le rôle de la famille dans la promotion des droits de l'enfant*, CRC/C/34, 1994.

Comité des droits de l'enfant, *Recommandations issues de la journée de débat général de 2014 sur les droits de l'enfant et les médias numériques*, A/71/41, 2014.

Comité des droits de l'enfant, *Règlement intérieur au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*, CRC/C/62/3, 16 avril 2013

3. Jurisprudence

A.H.A. c. Espagne, CRC/C/69/D/1/2014, 4 juin 2015.

M.A.A. c. Espagne, CRC/C/73/D/2/2015, 23 septembre 2016.

J.A.B.S. c. Costa Rica, CRC/C/74/D/5/2016, 17 janvier 2017.

M.E.B. c. Espagne, CRC/C/75/D/9/2017, 2 juin 2017.

I.A.M. c. Danemark, CRC/C/77/D/3/2016, 25 janvier 2018.

S.C.S. c. France, CRC/C/77/D/10/2017, 25 janvier 2018.

R.L. c. Espagne, CRC/C/77/D/18/2017, 25 janvier 2018.

Z.Y. et J.Y. c. Danemark, CRC/C/78/D/7/2016, 31 mai 2018.

Y.M. c. Espagne, CRC/C/78/D/8/2016, 31 mai 2018.

K.A.B. c. Allemagne, CRC/C/78/D/35/2017, 31 mai 2018.

M.B. c. Espagne, CRC/C/78/D/39/2017, 31 mai 2018.

Y.B. et N.S. c. Belgique, CRC/C/79/D/12/2017, 27 septembre 2018.

N.B.F. c. Espagne, CRC/C/79/D/11/2017, 27 septembre 2018.

D. D. c. Espagne, CRC/C/80/D/4/2016, 31 janvier 2019.

A.D. c. Espagne, CRC/C/80/D/14/2017, 1 février 2019.

D.K.N. c. Espagne, CRC/C/80/D/15/2017, 1 février 2019.

S.H. c. Finlande, CRC/C/81/D/6/2016, 15 mai 2019.

J.S.H.R. c. Espagne, CRC/C/81/D/13/2017, 15 mai 2019.

A.L. c. Espagne, CRC/C/81/D/16/2017, 31 mai 2019.

J.A.B. c. Espagne, CRC/C/81/D/22/2017, 31 mai 2019.

J. G. c. Suisse, CRC/C/81/D/47/2018, 31 mai 2019.

D.N. et al c. Suisse, CRC/C/81/D/61/2018, 31 mai 2019.

M.T. c. Espagne, CRC/C/82/D/17/2017, 18 septembre 2019.

R.K. c. Espagne, CRC/C/82/D/27/2017, 18 septembre 2019.

Z.H. et A.H. c. Danemark, CRC/C/82/D/32/2017, 18 septembre 2019.

E.P et F.P. c. Danemark, CRC/C/82/D/33/2017, 25 septembre 2019.

A.S. c. Danemark, CRC/C/82/D/36/2017, 26 septembre 2019.

Z.A.R.R. c. Danemark, CRC/C/82/D/43/2018, 27 septembre 2019.

D. Jurisprudence nationale

Boldt V Boldt, 555 U. S. 804, 2008.

CARE: Re A and D [2010] EWHC 2503 (Fam).

Cour supreme de la Norvège, Décision HR-2011-00182-A, 26 janvier 2011.

Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] 1 AC 112.

Mabon v. Mabon [2005] EWCA Civ 634, [2005] 2 FLR 1011.

Miller v Mitchell, 598 F.3d 139 (3d Cir. 2010).

R (Axon) v. Secretary of State for Health and the Family Planning Association [2006] EWCA37 (Admin), [2006] 2 FLR 206.

Re E (A minor) (Wardship: Medical Treatment), 1993, 1 FLR 386.

R. (on the application of Williamson) v Secretary of State for Education and Employment; UKHL 15 [2005] 2 A.C. 246.

Re B (a minor) (wardship: medical treatment) [1990] 3 All ER 927.

Re G (Education: Religious Upbringing) [2012] EWCA (Civ) 1233, [2013] 1 FLR 677.

Re J (A Minor) (Prohibited Steps Order: Circumcision) [2000] 1 FLR 571.

Re R (A Minor) (Wardship: Consent to Medical Treatment) [1992] Fam 11, [1992] 1 FLR 190, [1991] 4 All ER 177.

Re S (A Child) [2003] EWCA Civ 963.

Re S (Minors) (Access: Religious Upbringing) [1992] 2 F.L.R. 313.

R (SB) v Governors of Denbigh High School [2006] UKHL 15 [2006] 2 WLR 719 [97].

Re W (A Minor) (Wardship: Restrictions on Publication) [1992] 1 WLR 100.

Re Z (A Minor) (Identification: Restrictions on Publication) [1997] Fam 1.

STC 154/2002, 18 juillet 2002, recurso de amparo 3468/1997, *Asunto Pedro Alegre y Liva Vallès frente al Tribunal Supremo*.

Wisconsin v. Jonas Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

Yates and Anor v Great Ormond Street Hospital for Children NHS Foundation Trust and Anor [2017] EWCA Civ 410.

§5 – Sources électroniques

Encyclopaedia Britannica, <http://www.britannica.com>

The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring 2019 Edition, <https://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/#Aut>

Conseil de l'Europe http://www.coe.int/t/dg3/children/participation/childrenCouncil_fr.asp

JOHNSON R., CURETON A., « Kant's Moral Philosophy », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2019 Edition, <https://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/#Aut>

Stratégie pour les droits de l'enfant du Conseil de l'Europe (2016-2021), Les droits fondamentaux, adoptée à Sofia, avril 2016. Voir <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a920c>

Le site du Conseil de l'Europe sur cette thématique http://www.coe.int/t/dg3/children/participation/childrenCouncil_fr.asp

<https://fra.europa.eu/fr/event/2016/reunion-du-comite-du-conseil-de-leurope-pour-les-droits-de-lenfant>

<http://www.education.gouv.fr/cid3998/faire-appel-au-mediateur.html>

CRIN, <https://www.crin.org/en/library/publications/civil-rights-freedom-expression-and-childrens-rights>

LANSDOWN G., *A framework for monitoring and evaluating children's participation, A preparatory draft for piloting*, July 2011, sur www.crin.org

<https://www.dpms.eu/rgpd/regles-rgpd-concernant-consentement-mineurs/>

<http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>

<https://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2019/03/18/rethinking-the-rights-of-children-for-the-internet-age/>

<https://www.unicef.fr/article/16-enfants-dont-greta-thunberg-deposent-une-plainte-historique-aupres-du-comite-des-droits>

<https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/cas-credh/cas-suisses-expliques/credh-regroupement-familial?search=1>

Liberté, Libertés chéries, Veille juridique sur les droits de l'homme et les libertés publiques
<http://libertescheries.blogspot.com>

<https://www.vie-publique.fr/eclairage/18636-gestation-pour-autrui-queelles-sont-les-evolutions-du-droit>

<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=9011&lang=fr>

<https://news.un.org/fr/story/2019/05/1044591>

INDEX THÉMATIQUE

Les nombres ci-dessous renvoient aux numéros des pages

Accès aux origines : 269-270.

Accouchement sous X : 269-270.

Adolescent : 32, 37, 55, 72, 75, 93, 95, 110, 112, 178, 217, 226, 233, 266, 357, 363, 403, 407, 423, 436, 444, 456, 468, 475.

Adoption : 296, 304, 306-310, 379.

Audition : 63, 119, 123-128, 132, 135, 144.

Autonomie de l'enfant :

- **Autonomie décisionnelle :** 39, 70, 245, 265, 300, 369, 394, 396, 409, 433, 440.
- **Autonomie développementale :** 20, 38, 338, 345, 367, 384, 393, 406, 417, 426, 446, 453, 463, 477, 484.
- **Autonomie génitale :** 401, 483.
- **Autonomie participative :** 35, 38, 46, 62, 70, 114, 117, 146, 174, 245, 256, 268, 304, 312, 338, 354, 368, 384, 406, 417, 424, 457, 465, 479, 482.
- **Autonomie personnelle :** 24, 30, 41, 43, 46, 51, 99, 119, 131, 140, 144, 172, 220, 240, 268, 276, 297, 329, 345, 385, 409, 449, 460, 484.
- **Autonomie potentielle :** 47, 220, 231, 396, 409, 463, 477, 482.
- **Autonomie rationnelle :** 198, 200, 220, 230, 364.
- **Autonomie réelle :** 47, 206, 217, 219, 230, 266, 482.
- **Autonomie relationnelle :** 34, 81, 237, 295, 464.
- **Autonomie religieuse :** 361-387, 404, 407.
- **Autonomie sanitaire :** 405, 461.
- **Autonomie sexuelle :** 442, 457, 458.

Autorité parentale : 47, 78, 150, 296, 317, 321, 331, 337, 370, 385.

Baptême : 386-387.

Capability approach : 49, 50, 107, 174.

Capacités évolutives : 20, 31, 35, 69, 77, 79, 85, 96, 109, 155, 172, 228, 238, 324, 329, 337, 349, 358, 440, 456, 467, 481.

CEDH :

- **Balance des droits :** 56, 141, 267, 295, 322, 405, 464.

Charte européenne des droits fondamentaux : 63.

Charte sociale européenne : 165-166.

Child-centred : 78, 155, 276, 393, 400, 430, 474, 485.

Child-friendly : 138.

Circoncision : 398, 402-405.

Comité des droits de l'enfant : 42, 69, 233, 243, 255, 281.

Comité des droits de l'homme : 101, 164, 234, 330, 351, 395, 452.

Convention de la Haye : 129-130, 152, 305, 380.

Développement : 20, 33, 38, 50, 173-175.

Dignité : 24, 55, 178, 188, 206, 245, 469.

Dynamic Self-Determination : 21, 36, 40, 125.

Eekelaar J. : 21, 25, 34, 47, 295, 316, 327, 378.

Enfant soldat : 427, 430.

Euthanasie : 460, 466-468.

Famille :

- **Autonomie familiale :** 320, 323.
- **Vie familiale :** 18, 240, 274, 284, 290.

Fin de vie : 464-472.

Freeman M. : 7, 19, 21, 24, 40, 74, 94, 111, 132, 175, 182, 334, 345, 462, 485.

Gillick : 33, 39, 51, 238, 267, 445, 462.

GPA : 274-276.

Homosexualité : 449-452.

Internet : 105, 249, 263, 458.

Mariage forcé : 389, 396-400.

MNA : 171, 234, 293, 310.

Mutilations génitales féminines : 167, 393, 395-396, 404.

Parent :

- **Parent raisonnable** : 195-198.
- **Parent responsable** : 330, 333, 344.

Paternalisme : 29, 40, 48-49, 125, 317, 323.

PMA : 300.

Pratiques traditionnelles préjudiciables : 389, 391.

Principes généraux :

- **Non-discrimination** : 31, 87, 192, 199, 222, 324, 454.
- **Participation** : 35, 37, 48, 60-65, 121, 279, 297.
- **Intérêt supérieur** : 19, 36, 55, 120-130, 349, 368.
- **Vie, survie, développement** : 38, 173, 192.

Privacy : 40, 231, 236, 242.

Regroupement familial : 307, 345.

Réunification familiale : 307-312.

Témoins de Jéhovah : 368, 387, 402.

Transsexualisme : 450-454.

Travail des enfants : 49, 99, 164, 181, 413, 410-425.

Vulnérabilité : 73, 159, 311, 410, 426, 440, 451.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS	9
SOMMAIRE	13
INTRODUCTION.....	15
§1. L'objet de l'étude	17
A. Les notions de l'étude.....	17
1. La déconstruction de la notion d'enfance.....	18
a) L'enfant, une construction historique.....	18
b) L'enfant, une construction juridique	19
c) L'enfant, une construction psycho-sociologique.....	22
2. Les théories sur les droits de l'enfant	23
a) La conceptualisation des droits de l'enfant	23
b) La justification des droits de l'enfant	25
B. La construction de l'objet de l'étude	28
1. Les origines de la notion juridique d'« autonomie de l'enfant ».....	29
a) Les origines philosophiques libérales du concept d'autonomie de l'enfant.....	29
b) Les premiers contours juridiques de l'autonomie de l'enfant	32
2. L'affirmation juridique de « l'autonomie de l'enfant ».....	34
a) L'autonomie de l'enfant, comme un droit à la participation	35
b) L'autonomie de l'enfant, comme un concept développemental.....	38
§2. La problématique de la recherche	40
A. L'intérêt du sujet.....	41
1. Les obstacles pour une reconnaissance juridique claire	41

a) L'autonomie de l'enfant, une notion non-définie.....	41
b) L'autonomie de l'enfant, une notion non-conceptualisée	43
2. Les approches diverses adoptées	46
a) L'influence féministe sur la construction de l'autonomie de l'enfant.....	46
b) L'influence pluridisciplinaire reconstructrice	49
B. Le champ de l'étude	50
1. La délimitation du sujet	50
2. Le développement de la recherche	54
a) Les choix méthodologiques	54
b) Le plan de recherche adopté	56
PARTIE I. La conceptualisation de l'autonomie de l'enfant en droit international	59
Titre I. La participation, fondement volontariste de l'autonomie de l'enfant	61
Chapitre I. Vers une autonomie participative substantielle.....	63
Section I. L'interprétation renouvelée de l'approche restrictive de la participation	67
§1. Une notion de « participation de l'enfant » en évolution.....	68
A. Le dilemme résolu « Protection-Participation »	68
1. L'opposition des notions en faveur de l'autonomie de l'enfant	69
2. Le rapprochement des notions en faveur de l'autonomie de l'enfant.....	70
B. Le caractère relationnel de la participation.....	76
1. Les capacités évolutives de l'enfant, un principe peu connu	76
a) Un compromis <i>via</i> l'article 5 de la CDE	77
b) Le principe de l'autonomie progressive de l'enfant	80
2. Le renforcement du caractère relationnel de la participation	81
a) L'argumentation d'une autonomie relationnelle <i>via</i> l'article 5 de la CDE	81
b) La confirmation d'une autonomie relationnelle à l'article 12 de la CDE	82
§2. Une mise en œuvre émancipatrice de la participation de l'enfant	83
A. Des conditions d'exercice « allégées » de la participation.....	84

1. Une approche de la participation sans critère d'« âge »	84
2. Un champ d'intérêt participatif sans limites.....	89
B. Un suivi nécessaire de la mise en œuvre du droit à la participation.....	90
Section II. L'interprétation éprouvée de l'approche extensive de la participation	93
§1. Une participation sociale reconnue	93
A. L'interprétation large de l'article 12.1 de la CDE	95
1. L'interprétation « des questions intéressant l'enfant » par le Comité des droits de l'enfant	95
2. Les concepts empruntés afin de qualifier la participation sociale de l'enfant.....	97
a) Agency.....	97
b) Empowerment et Protagonisme.....	99
B. L'intégration des libertés et droits civils de l'enfant dans le concept de participation	101
1. Les droits participatifs classiques	102
a) La liberté d'expression de l'enfant	102
b) La liberté de réunion de l'enfant	103
2. Les droits participatifs reconsidérés	105
a) Le nouveau droit à l'information de l'enfant	105
b) Les droits oubliés « Time-autonomy »	107
§2. Une participation politique de l'enfant en construction.....	109
A. L'activité politique nationale de l'enfant.....	109
1. L'extension de la participation politique de l'enfant.....	110
2. Une majorité électorale en baisse pour l'enfant	111
B. La participation internationale de l'enfant.....	113
1. La participation de l'enfant au mécanisme de suivi et de la mise en œuvre de la CDE.....	113
2. La participation de l'enfant en tant que défenseur de ses droits internationaux.....	114
Conclusion du Chapitre I.....	116
Chapitre II. Vers une autonomie participative procédurale	117

Section I. L’audition, la participation procédurale minimale de l’enfant	119
§1. Le renforcement du droit d’être entendu en tant que moyen de déterminer l’intérêt supérieur de l’enfant.....	120
A. La redéfinition du principe de « l’intérêt supérieur de l’enfant ».....	120
1. L’unicité du principe de l’intérêt supérieur de l’enfant	121
2. L’interdépendance des principes prévus à l’article 3 et 12 de la CDE.....	123
B. L’évolution de la prise en compte du principe de « l’intérêt supérieur de l’enfant ».....	126
1. La prise en compte du principe dans les documents postérieurs à la CDE	126
2. La prise en compte du principe dans les documents antérieurs à la CDE.....	129
§2. La reconnaissance jurisprudentielle du droit d’être entendu en tant que partie de l’autonomie personnelle de l’enfant	131
A. La compatibilité « encadrée » avec les règles de procédure de la législation nationale....	131
1. La représentation de l’enfant devant une juridiction	132
a) Une représentation qui s’oppose à l’intérêt de l’enfant.....	133
b) Une représentation nécessaire dans l’intérêt de l’enfant	134
2. La perception de la voix de l’enfant dans les procès.....	135
a) Une voix sans limites.....	135
b) Une voix sans obligation	137
B. La contribution « inédite » à la consécration expresse de l’autonomie personnelle de l’enfant	140
1. Un raisonnement évolutif habituel de la Cour – l’exemple du principe de l’intérêt supérieur de l’enfant.....	140
a) Une application initiale en tant que principe protecteur.....	141
b) Une application procédurale évolutive du principe, déterminée par le droit à l’opinion de l’enfant.....	142
2. La participation procédurale à la base de la reconnaissance jurisprudentielle de l’autonomie de l’enfant.....	144
a) L’approche évolutive de la Cour sur la nécessité d’audition de l’enfant	144

b) La première définition juridique de l'autonomie personnelle de l'enfant	145
Section II. L'action personnelle, la participation procédurale maximale de l'enfant	147
§1. La facilitation internationale de l'accès pour l'enfant aux instances de juridictions	147
A. L'encadrement de l'accès à la justice de l'enfant en droit national.....	148
1. Les procédures judiciaires et administratives classiques.....	149
2. Les mécanismes alternatifs de règlement des conflits.....	152
a) Le bénéfice des mécanismes alternatifs de règlement des conflits pour l'enfant.....	152
b) La disponibilité de l'action personnelle de l'enfant dans le cadre de la médiation....	153
B. L'encadrement de l'accès à la justice de l'enfant en droit international	155
1. Le statut procédural de l'enfant devant la Cour Européenne des droits de l'Homme.....	155
a) La requête individuelle ouverte à l'enfant	155
b) L'absence d'approche restrictive et technique par rapport à la représentation de l'enfant	157
2. L'autonomie procédurale de l'enfant devant les autres juridictions internationales	159
a) Les principes généraux de la prise en compte de l'article 12 de la CDE par la CPI..	159
b) Les cas concrets de mise en œuvre de l'article 12 de la CDE dans la jurisprudence de la	161
CPI.....	
§2. L'établissement d'un système de communications spécial enfant	163
A. Le statut procédural de l'enfant avant l'adoption du troisième Protocole.....	163
1. Les requêtes relatives à l'enfant devant les Comités de l'ONU	163
2. Les requêtes relatives à l'enfant devant les Comités du Conseil de l'Europe.....	165
B. Un statut procédural contradictoire après l'adoption du troisième Protocole facultatif....	167
1. Les améliorations dans la prise en compte de l'autonomie procédurale de l'enfant.....	167
2. L'imperfection du Protocole dans la consolidation de l'autonomie procédurale de l'enfant	169
Conclusion du Chapitre II	172
Conclusion du Titre I.....	172
Titre II. Le développement, fondement objectiviste de l'autonomie de l'enfant	173

Chapitre I. L'autonomie de l'enfant en tant que droit à l'éducation	177
Section I. L'éducation, facteur d'autonomie de l'enfant.....	180
§1. La finalité individuelle de l'éducation	180
A. L'éducation pour une « personne épanouie »	180
1. Un droit individuel de l'enfant	180
a) L'origine paternaliste du droit de l'enfant à l'éducation	181
b) L'émergence d'une nature autonomisante du droit de l'enfant à l'éducation	184
2. Un droit individuel des parents ?	186
a) Un droit orienté vers l'intérêt des parents	186
b) Les limites au droit parental	189
c) L'intérêt supérieur de l'enfant en tant que limite au droit des parents	189
d) L'absence d'une obligation positive de l'État de répondre aux vœux particuliers des parents	191
B. De l'intérêt des parents à l'intérêt de l'enfant	192
1. L'émergence du concept de l'intérêt de l'enfant dans l'éducation.....	192
2. La mise en œuvre convenable du concept de l'intérêt supérieur de l'enfant	193
a) La portée positive ou négative du droit à l'éducation des parents.....	194
b) Un parent « raisonnable », garant d'un meilleur respect de l'intérêt supérieur de l'enfant	195
§2. La finalité sociale de l'éducation	197
A. L'éducation pour une société démocratique	197
1. L'éducation pour une intégration sociale de l'enfant	198
a) Le principe d'égalité des chances	198
b) L'autonomie rationnelle	199
2. L'éducation à la citoyenneté.....	200
a) La valeur instrumentale du droit à l'éducation.....	201
b) L'éducation politique implicite	202
B. L'éducation aux droits de l'Homme	204

1. Le concept de « l'éducation aux droits de l'Homme ».....	204
2. L'importance de l'éducation aux droits de l'Homme.....	206
Section II. L'éducation, respectueuse de l'autonomie de l'enfant	207
§1. Le renforcement de l'« autonomie présente » de l'enfant.....	207
A. La prise en compte sérieuse de la participation de l'élève	208
1. L'effacement de l'autoritarisme dans la relation élève – professeur.....	208
a) Les formes classiques de participation de l'élève	208
b) Les formes spécifiques de participation de l'élève.....	210
- Les conseils de l'école en tant que plateforme de consultation des élèves	211
- La recherche en tant que forme spécifique de participation dans l'éducation.....	211
2. Un manque implicite de choix de l'enfant dans l'éducation	212
a) L'obligation singulière d'exercice du droit à l'éducation	212
b) Le débat sur le choix de l'institution d'enseignement.....	214
B. La contestation des décisions scolaires par l'enfant.....	215
1. L'absence de procédures appropriées.....	215
2. Une jurisprudence non-réceptive de procédures appropriées.....	217
a) La prééminence de l'intérêt du groupe face à l'intérêt individuel de l'enfant	217
b) La prééminence de l'intérêt général face à l'intérêt individuel de l'enfant.....	219
§2. La politique d'un « avenir ouvert » pour l'enfant	220
A. La neutralité des locaux.....	221
B. La neutralité des enseignants	222
1. La neutralité des enseignants sur le fond.....	224
2. La neutralité des enseignants sur la forme.....	224
C. La neutralité des programmes scolaires.....	225
1. L'éducation sexuelle.....	226
2. L'éducation religieuse	228
Conclusion du Chapitre I.....	230

Chapitre II. L'autonomie de l'enfant en tant que droit à la vie privée	231
Section I. La consécration internationale du droit à la vie privée comme manifestation de l'autonomie de l'enfant	232
§1. L'existence du droit à la vie privée de l'enfant dans les instruments internationaux	233
A. Le contenu du droit à la vie privée dans les textes internationaux	233
1. Un objet de protection identique avec celui des adultes.....	233
a) Le regard ciblé du Comité des droits de l'enfant sur le droit à la vie privée de l'adolescent	233
b) Le regard ciblé du Comité des droits de l'enfant sur le droit à la vie privée de l'enfant en matière de santé	235
B. Les différents concepts de vie privée	236
1. L'origine étrangère du concept de vie privée	236
a) « The right to privacy »	236
b) L'origine anglo-saxonne de la « vie privée » de l'enfant.....	238
2. Le concept européen de la « vie privée » de l'enfant	239
§2. L'interdépendance privacy – autonomie pour l'enfant	242
A. La vie privée comme un choix de l'enfant	242
1. Le consentement, au cœur du droit à la vie privée dans son sens défensif	242
2. La participation, au cœur du droit à la vie privée dans son sens offensif.....	244
B. La vie privée en tant que respect de la dignité personnelle des enfants	245
1. L'honneur et la réputation en tant que composantes de la dignité de l'enfant	245
a) La dignité de l'enfant dans l'environnement numérique.....	246
b) La réputation en tant qu'élément de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH	247
2. La réputation de l'enfant en ligne dans le cadre de sa vie privée	249
a) Les nouvelles formes de violations du droit à la vie privée de l'enfant.....	249
b) L'émergence du droit à l'oubli de l'enfant.....	251
Section II. L'aboutissement de l'autonomie de l'enfant par le droit à la vie privée	254

§1. La vulnérabilité de l'enfant, au centre du raisonnement de la Cour sur le droit à la vie privée de l'enfant.....	254
A. La vie privée de l'enfant sous le prisme des droits connexes.....	255
1. La vie privée de l'enfant comprise sous l'angle des différents droits de la Convention...	255
a) La vie privée de l'enfant dans le cadre du droit à un procès équitable	255
b) L'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant en tant que violation de son droit à la vie privée.....	256
2. La vie privée de l'enfant en tant que limite au droit des parents.....	258
a) Une limite implicite.....	258
b) Une limite explicite	260
B. La vie privée de l'enfant en tant que forme de protection.....	261
1. La protection de l'enfant contre la curiosité du public.....	261
2. La protection de l'enfant dans un environnement numérique	263
§2. L'autonomie de l'enfant, un fondement à venir dans le raisonnement de la Cour sur le droit à la vie privée de l'enfant	264
A. La confirmation anglo-saxonne de l'autonomie de l'enfant via l'article 8 de la CEDH...	265
1. Le concept <i>common law</i> de l'autonomie de l'enfant.....	265
2. La divergence des approches conventionnelle et <i>common law</i>	267
B. La promesse conventionnelle d'une future reconnaissance de l'autonomie de l'enfant <i>via</i> l'article 8 de la CEDH.....	268
1. L'allègement de l'exception d'ordre public	269
a) L'aménagement du droit absolu de la mère dans les accouchements sous X	269
b) La relativité du « débat d'intérêt général » par rapport à l'enfant.....	270
2. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant sous sa forme autonomisante.....	272
a) Le souci du développement futur de l'enfant	272
b) Le souci pour l'intégration future de l'enfant dans la société	274
Conclusion du Chapitre II.....	276
Conclusion du Titre II.....	277

Conclusion de la PARTIE I.....	278
PARTIE II. La nécessaire reconstruction du droit international par l'autonomie de l'enfant	279
Chapitre I. L'autonomie de l'enfant dans la famille.....	283
Section I. L'influence de la famille traditionnelle sur la construction de l'autonomie de l'enfant	284
§1. L'affirmation théorique de l'importance de la famille pour l'épanouissement de l'enfant	285
A. La définition de la famille en droit international	285
1. L'évolution de l'étendue de la famille en droit international	285
a) L'absence de définition uniforme en droit international	286
b) Une redéfinition de la famille centrée sur l'enfant.....	288
2. L'étendue de la vie familiale selon la jurisprudence de la CourEDH	290
a) Le lien familial <i>de facto</i>	290
b) Le lien familial « projeté »	291
B. Les contours de la famille, déterminés par l'intérêt supérieur de l'enfant	292
1. Le droit de l'enfant à une famille, conforté par l'intensité de l'attachement affectif.....	293
a) La dépendance émotionnelle au sein de la famille	293
b) La consécration de la notion de famille durable.....	295
2. L'extension du droit de l'enfant à une famille, conditionnée par la reconnaissance de son	297
autonomie	297
a) L'autonomie de l'enfant dans le refus de ses parents.....	297
b) L'autonomie de l'enfant dans le choix de ses parents	298
§2. La confirmation pratique de l'importance de la famille pour l'épanouissement de l'enfant	301
A. La révision des formes de remplacement en cas de disparition de la famille	301
1. Le placement dans un environnement familial conformément à la législation nationale .	302
a) L'importance de la participation de l'enfant dans le processus de placement de l'enfant	

b) La diversité d’approches étatiques sur la mise en œuvre de la participation de l’enfant lors de l’adoption.....	303
2. L’adoption internationale en tant que protection de remplacement exceptionnelle	305
a) Les conditions d’acceptation par l’État d’une adoption internationale	305
b) La reconnaissance par l’État des adoptions internationales	306
B. La revalorisation de la famille dans le contexte de l’immigration	307
1. La mise en œuvre du principe de l’unité familiale	308
a) L’absence d’obligation légale explicite.....	308
b) La réunification des réfugiés, en tant que seule forme d’unité familiale	309
2. La consécration d’un véritable droit à la réunification familiale.....	310
a) L’absence de la famille en tant que critère de vulnérabilité d’un mineur non-accompagné	311
b) La recherche de la famille en tant que source de l’autonomie participative du mineur non-accompagné	312
Section II. Les principes d’une famille moderne fondée sur la prise en compte de l’autonomie de l’enfant.....	315
§1. La redéfinition de l’autonomie de la famille	316
A. Les principes de l’autonomie de la famille.....	316
1. Les formes de la relation État – Famille.....	316
a) L’évolution de l’intervention de l’État dans la famille	317
b) L’évolution de la fusion enfant-parent	318
2. Les justifications de l’autonomie de la famille.....	320
a) Une justification positive de l’autonomie de la famille par ses adeptes.....	320
b) Un manque de justification pour l’autonomie de la famille dans la jurisprudence de la CourEDH.....	321
B. L’autonomie de la famille face à l’autonomie de l’enfant.....	323
1. La construction d’un modèle familial autonome.....	323
a) La révision du paternalisme familial	323

b) La mise en œuvre du principe de non-discrimination	324
2. L'intérêt de l'enfant séparé de l'intérêt des parents	326
a) La désuétude du concept d'intérêt de la famille	326
b) L'approche de la balance des intérêts	327
§2. La redéfinition des responsabilités parentales	329
A. Une parentalité responsable	330
1. La responsabilité juridique du parent	330
a) L'étendue des responsabilités parentales	330
b) Le rôle des parents	332
2. La définition du « parent responsable »	333
a) Une définition doctrinale de la parentalité responsable	333
b) Une définition légale de la parentalité responsable	335
B. Une parentalité respectueuse	337
1. Une parentalité sans violence	337
a) La reconsidération de la violence non-physique	337
b) La diversité des formes physiques de violence	338
2. Une parentalité sans châtiments corporels	340
a) Une interdiction sans compromis par la CDE	340
b) Une interdiction nuancée par la CourEDH	342
Conclusion du Chapitre I	345
Chapitre II. L'autonomie de l'enfant en environnement religieux ou traditionnel	347
Section I. L'approche individualiste, déterminante de l'identité religieuse <i>choisie</i> de l'enfant	350
§1. Une reconnaissance ambivalente du droit de l'enfant à la religion de son choix	350
A. L'affirmation implicite du droit de l'enfant à la religion	350
1. Un droit axé sur l'adulte	351
a) L'étendue du droit à la religion	351

b) La complexité du droit à la religion	352
2. Un droit de nature « familiale ».....	354
a) Le fondement moral du droit à la religion dans les conventions internationales	354
b) Le fondement scientifique du caractère transformatif du droit à la religion	356
B. L'affirmation explicite du droit de l'enfant à la religion.....	357
1. La genèse contradictoire de la disposition conventionnelle	358
a) Un droit différent	358
b) Un droit unique.....	360
2. L'interprétation concordante de la disposition conventionnelle.....	362
§2. Une mise en œuvre évolutive de l'autonomie religieuse de l'enfant	364
A. La reconnaissance implicite de l'autonomie religieuse de l'enfant en tant que limite au droit parental	364
1. Le respect de l'autonomie religieuse de l'enfant en dehors de la famille	365
a) L'ignorance du droit à la liberté de religion de l'enfant dans les affaires sur l'éducation publique.....	365
b) L'importance d'une éducation neutre pour l'autonomie religieuse de l'enfant	367
2. Le respect de l'autonomie religieuse de l'enfant dans la famille	368
a) La protection <i>in abstracto</i> de l'autonomie religieuse de l'enfant à l'aide de son autonomie participative	368
b) Une limite <i>in concreto</i> des droits des parents profondément religieux	370
B. La reconnaissance explicite de l'autonomie religieuse de l'enfant dans les litiges contre l'État.....	372
1. La reconnaissance « maximale » du droit à la liberté de religion par la CourEDH	372
2. L'interprétation riche du droit à la liberté de religion par un tribunal national.....	373
Section II. L'approche collective, déterminante de l'identité religieuse <i>initiale</i> de l'enfant .	375
§1. L'intérêt de l'enfant de grandir dans un environnement religieux.....	376
A. La naissance de l'identité religieuse de l'enfant.....	376
1. L'intérêt supérieur de l'enfant de grandir dans un environnement culturel et religieux ...	377

a) L'importance pour l'enfant de préserver la culture familiale.....	377
b) L'importance pour l'enfant d'avoir une base de valeurs.....	378
2. L'importance pour l'enfant de préserver la cohérence identitaire.....	379
a) Une importance de portée générale.....	379
b) Une importance pour l'adoption.....	380
B. La mutabilité de l'identité religieuse de l'enfant.....	381
1. Le pluralisme confessionnel dans la famille.....	381
a) Le renforcement de l'autonomie de l'enfant par le pluralisme confessionnel.....	382
b) Le sort du pluralisme confessionnel après le divorce des parents.....	383
2. La participation de l'enfant déterminante de la mutabilité religieuse.....	384
a) L'exclusion des rituels religieux, même si les parents sont solidaires.....	385
b) L'exclusion des rituels religieux en cas de désaccord des parents.....	386
§2. L'abstraction des pratiques culturelles au nom de l'autonomie de l'enfant.....	388
A. Des actes traditionnels <i>contra legem</i> , contestés sous le prisme de l'autonomie de l'enfant	389
1. Les mutilations génitales féminines.....	389
a) Une prise de conscience internationale.....	390
b) Un manque des remèdes nationaux unanimes.....	391
2. Le mariage forcé.....	394
a) La méconnaissance de l'autonomie décisionnelle de l'enfant lors d'un mariage forcé	394
b) L'ignorance de l'autonomie potentielle de l'enfant par le mariage forcé.....	396
B. Des actes traditionnels <i>de lege</i> , conditionnés sous le prisme de l'autonomie de l'enfant.	398
1. La circoncision masculine.....	398
a) Une pratique culturelle « admise ».....	398
b) Une pratique juridiquement contestée.....	400
2. Le refus des soins religieux par les parents.....	402

a) L'opposition au droit religieux des parents au nom du respect de l'intégrité corporelle de l'enfant.....	402
b) La vicissitude du consentement « éclairé » de l'enfant déterminée par les profondes convictions religieuses	404
Conclusion du Chapitre II.....	406
Chapitre III. L'autonomie de l'enfant face à la société	409
Section I. Une acception contradictoire de l'autonomie de l'enfant par le droit international classique	410
§1. Une surprotection transformée – le cas des enfants travailleurs	410
A. L'approche abolitionniste imparfaite.....	411
1. Le caractère initialement libéral des textes internationaux	412
a) La souplesse de l'âge minimum d'accès au travail	412
b) La malléabilité des dispositions prohibitives	413
2. Le caractère finalement protectionniste du discours général de l'OIT	414
a) Le ton du discours entre idéaliste et réaliste.....	414
b) La déconstruction du terme « travail »	416
B. De l'approche régulatrice vers l'approche autonomiste justifiée	417
1. L'autonomie développementale, le fondement juridique pour l'accès de l'enfant au « droit au travail »	417
a) Distinguer le travail « positif »	417
b) Exclure le « travail forcé »	419
2. L'autonomie participative, le fondement juridique de la définition des « droits dans le travail ».....	422
a) La participation extérieure renforcée.....	422
b) La participation intérieure émergente.....	424
§2. Une autonomie contestée – le cas des enfants soldats.....	425
A. L'interdiction non convaincante des enfants soldats par les textes internationaux	427
1. Une protection restreinte des enfants soldats par le droit international humanitaire.....	427

a) Une définition officielle étroite des enfants soldats	427
b) Une définition informelle des enfants soldats plus conforme	429
2. Une avancée limitée de la protection des enfants dans les instruments des droits de l'Homme	430
a) Une vision traditionnelle de la CDE.....	430
b) Une approche contestable du Protocole facultatif à la CDE	431
B. Les enfants soldats, protagonistes des crimes internationaux graves	434
1. Les enfants soldats en tant qu'auteurs des crimes de guerre	434
a) Une potentielle condamnation des enfants soldats par le TSSL.....	435
b) L'exonération de la responsabilité pénale des enfants soldats par la CPI.....	436
2. La justification de l'exonération de la responsabilité pénale des enfants soldats	438
a) Le caractère « volontaire » du recrutement <i>ab initio</i> rejeté.....	438
b) L'essai d'une défense d'une autonomie décisionnelle valable.....	440
Section II. Une acception contestable de l'autonomie de l'enfant dictée par une nouvelle moralité.....	442
§1. L'autonomie sexuelle de l'enfant en permanente évolution	442
A. La genèse de l'autonomie sexuelle de l'enfant.....	442
1. L'évolution de la prise en compte de l'autonomie sexuelle de l'enfant par le droit national	443
a) La diminution de l'âge du consentement sexuel	443
b) La multiplication des droits découlant de l'autonomie sexuelle	444
2. L'évolution de la prise en compte de l'autonomie sexuelle de l'enfant dans la jurisprudence de la CourEDH	446
a) Une sexualité de l'enfant initialement contestée	447
b) Une reconnaissance sous le prisme du droit à la vie privée de l'enfant	447
B. Le dépassement des cadres juridiques existants	449
1. Le droit de l'enfant à son orientation sexuelle et à son identité de genre.....	450
a) Le droit à l'orientation sexuelle en tant que droit à la vie privée de l'enfant.....	450

b) L'identité du genre de l'enfant en tant que droit à son intégrité physique	453
2. La liberté sexuelle de l'enfant en ligne.....	455
a) Le difficile accommodement des concepts juridiques.....	455
b) La naissance des nouveaux concepts liés à l'autonomie sexuelle de l'enfant.....	457
§2. L'autonomie de mourir de l'enfant en continue interrogation	459
A. L'autonomie de l'enfant en tant que droit de mourir en dignité.....	461
1. L'autonomie sanitaire de l'enfant, précurseur du droit à la fin de vie.....	461
a) Le refus des soins en tant que participation dans son traitement médical	461
b) Le refus des soins en tant que synonyme de la fin de vie de l'enfant	464
2. Une autonomie relationnelle confirmée pour la fin de vie de l'enfant	465
a) Une reconnaissance européenne inédite de l'euthanasie des mineurs.....	465
b) Une acceptation internationale « difficile » de l'euthanasie des mineurs	467
B. Une « dignité » par la mort opposée à l'autonomie de l'enfant	468
1. La prééminence du médecin face aux parents dans l'évaluation du respect de la dignité de l'enfant	469
a) Une interprétation « scientifique » de la dignité de l'enfant	469
b) Un détournement de la mission du médecin.....	471
2. La prééminence de l'État face aux parents dans les questions de la fin de vie de l'enfant.....	472
a) Un cadre juridique national contradictoire relatif à l'autonomie de l'enfant en fin de vie	473
b) L'ignorance de la CourEDH d'interpréter l'autonomie de l'enfant en fin de vie	474
Conclusion du Chapitre III	477
Conclusion de la Partie II	479
CONCLUSION GÉNÉRALE	481
BIBLIOGRAPHIE	487
INDEX THÉMATIQUE	587
TABLE DES MATIÈRES	591

Titre : L'autonomie de l'enfant en droit international

Résumé : Le concept d'« autonomie de l'enfant » n'est pas pleinement approprié par l'ordre juridique international. Ce fait est dû à la nature vulnérable traditionnellement octroyée à l'enfant et à la confusion conceptuelle avec l'autonomie personnelle valable pour l'adulte. Cependant, la Convention des droits de l'enfant de 1989 est le premier instrument international qui permet de contredire ces préjugés. Nous nous proposons, dans cette thèse, de relever la manière dont la CDE se saisit de cet objet dont le vocable est inconnu aussi bien des travaux préparatoires que de la pratique du Comité des droits de l'enfant. Par conséquent, sa construction conventionnelle objectiviste et volontariste fait progressivement émerger la notion d'« autonomie de l'enfant » dans l'ordre juridique européen. Cette évolution, certes encore insuffisante, nous invite à réfléchir, d'une manière plus générale, sur les transformations subies et à subir par le droit international lorsqu'il entend s'emparer du concept « autonomie de l'enfant ».

Mots clés : Autonomie, enfant, participation, intérêt supérieur, capacités évolutives, Convention relative aux Droits de l'Enfant, Comité des droits de l'enfant

Title: The autonomy of the child in international law

Abstract: The concept of "child autonomy" is not fully seized by the international legal order. This is due to the vulnerable nature traditionally granted to the child and the conceptual confusion with the personal autonomy applicable for the adult. However, the 1989 Convention on the Rights of the Child is the first international instrument to counter such prejudices. We propose, in this thesis, to observe the way in which the CRC considers this unnamed object both in the preparatory work and in the practice of the Committee on the Rights of the Child. Consequently, its conventional construction, both objectivist and voluntarist, gradually brings the notion of "child autonomy" into the European legal order. This evolution, although still insufficient involves a more general reflection on the transformations undergone and to undergo by international law when it intends to deal with the concept "autonomy of the child".

Key words: Autonomy, child, participation, best interests, evolving capacities, UN Convention on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child