



## Analyse

# L'intérêt supérieur de l'Enfant : son droit à la participation

Etude réalisée par  
Sara Essaid  
&  
Jean-Pierre Coenen

Ligue des Droits de l'Enfant, 2022

## Table des matières

<b>Introduction</b> .....	3
<b>Chapitre 1</b> .....	5
<b>Historique de la convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) au travers du droit à la participation</b> .....	5
1.1 Janusz Korczak, père spirituel des Droits de l'Enfant : « être aimé, être reconnu, être respecté, sont des droits essentiels. » .....	5
1.2. L'évolution du discours sur le « Droit de l'enfant au respect » en quelques dates.....	6
1.3. L'adoption d'une Convention internationale qui donne des Droits aux enfants ne s'est pas faite sans résistances .....	7
1.4. La Convention des Droits de l'Enfant : une relation Enfants-Parents-Etat.....	8
1.4.1. Le remplacement du principe de toute-puissance paternelle par l'autorité parentale .....	8
1.4.2. Les Etats doivent donner les moyens aux parents de tenir leur rôle .....	8
1.5. L'enfant en droit national, le principe de représentativité .....	9
1.5.1. L'enfant : un sujet de droit .....	9
1.5.2. La personnalité juridique.....	9
1.5.3. La capacité de jouissance générale de l'enfant et son incapacité d'exercice générale.....	10
1.6. L'enfant en droit international : le principe de participation .....	11
1.6.1. La « convention des 3P » : le « droit de l'enfant d'être entendu », le droit de l'enfant de participer .....	11
1.6.2. Les « 3P » et leur contenu .....	11
1.7. La vulnérabilité de l'enfant, un concept polysémique .....	12
1.8. Le concept nouveau du droit de l'enfant de participer. ....	13
1.9. Le concept juridique est peu défini dans la CIDE.....	13
<b>Chapitre 2</b> .....	16
<b>Le droit de l'enfant de participer : entre traduction d'un discours et concrétisation d'un dispositif</b> .....	16
2.1. Le caractère contraignant de la CIDE : des normes internationales aux pratiques locales .....	16
2.2. Comment l'Etat doit-il garantir la concrétisation de l'ensemble des Droits de l'Enfant .....	16
2.2.1. En ce qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant .....	17
2.2.2. En ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion .....	17
2.3. La notion « d'enfant », la notion de « personne » .....	18
<b>CHAPITRE 3</b> .....	19
<b>Pour des systèmes institutionnels et décisionnels en quête de l'intérêt supérieur de tout enfant</b> .....	19
3.1. Entre le droit de l'enfant à la participation et son besoin de protection : la quête d'une « balance du pouvoir » .....	19
3.2. La nécessaire ouverture des pouvoirs décisionnels sur des dispositifs complémentaires de compréhension des multiples « conditions enfantines » .....	20
3.3. Pourquoi la réalisation du droit de l'enfant à la participation est importante ? .....	20
<b>Conclusion</b> .....	22
<b>Bibliographie</b> .....	24
<b>Sources internet</b> .....	25

« C'est comme s'il existait deux vies : l'une sérieuse et respectable, l'autre mineure, tolérée avec indulgence » alors que « les enfants représentent un grand pourcentage de l'humanité, de nos concitoyens. (...) » « La hiérarchie des âges n'existe pas plus que les degrés de souffrance, de joie, d'espérance et de désillusion... Lorsque je joue ou que je discute avec un enfant, ce sont deux instants de vie qui s'enchevêtrent, aussi mûrs l'un et l'autre... Si nous délaissions le présent de nos enfants en faveur du lendemain, nos craintes finiront par se concrétiser : le toit s'écroulera car nous aurons négligé les fondations. »

(Janusz Korczak, 1919)



## Introduction

Récemment, nous avons été confrontés à une hausse des plaintes relatives à l'administration de la justice en Fédération Wallonie-Bruxelles. Les procédures judiciaires traitant de violences intra ou extra familiales dont des enfants sont victimes ou en sont témoins ne semblent pas prendre prioritairement en compte l'intérêt supérieur des enfants. Notamment, en ce qui concerne les décisions de garde ou de placement. Il semblerait, d'après les plaintes que nous recevons, que la Justice n'évalue pas prioritairement l'intérêt supérieur de chaque enfant<sup>1</sup>.

En tant que Ligue des Droits de l'Enfant, nous nous préoccupons de l'efficacité des dispositifs administratifs et institutionnels qui ont mission de décider de l'avenir d'enfants, parfois très jeunes. Les décisions prises peuvent avoir des conséquences importantes sur l'avenir des enfants. Il est essentiel qu'avant toute décision au sujet d'une victime mineure, les conséquences des décisions judiciaires sur son avenir à court, moyen et long terme soient évaluées et, régulièrement adaptées, en fonction de son intérêt supérieur.

Les décisions sont souvent prises sans avoir entendu l'enfant ou simplement de manière informative. Cet avis semble rarement pris en compte. Ces décisions sont généralement basées sur le traitement de souffrances vécues par les enfants durant des conflits entre adultes.

Lorsque les décisions ne prennent pas en compte son intérêt supérieur, l'enfant voit sa vie bouleversée. Les personnes sensées les protéger tout en leur assurant un avenir ouvert, trop souvent n'ont pas pris le temps d'entendre son avis et son ressenti. Ces personnes ne prennent pas toujours le temps de l'informer de manière claire et compréhensible sur ce qui va lui advenir. Comment, dans ces situations, peut-il se décharger, se rassurer ?

---

<sup>1</sup> Article 3.1 de la CIDE : *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.*

En 2019, Amnesty international « jeunes » présentait le bilan général sur la situation des droits de l'enfant à travers le monde et notamment en Belgique. Tous les enfants ne bénéficient pas des mêmes chances dans la vie.

Depuis 2017, Save the Children établit annuellement un indice de « *privation de l'enfance* » en se fondant sur l'étude de plus de 170 pays dans le monde. Être privé d'enfance est très clairement une atteinte fondamentale aux Droits de l'enfant. La Belgique apparaît en 10e position. Cependant malgré cette bonne position apparente dans les classements internationaux, notre pays n'est pas exempt d'observations alarmantes. Le comité des Nations Unies insiste sur la nécessité de mettre en place des mesures urgentes au sujet de diverses thématiques, notamment dans l'administration de la justice.

La Belgique est loin d'être isolée sur ce plan. Il semble qu'il s'agisse d'une vieille tradition qui ait la peau dure. Les derniers rapports annuels de l'organisation KidsRights montre que, à travers le monde, les enfants sont témoins de discriminations diverses. Leur intérêt supérieur est négligé et ils sont rarement inclus dans la prise de décisions sur les questions qui les concernent.

L'intérêt de l'enfant est un concept trop souvent « fourre-tout ». Il est porteur de toute une gamme de nuances. Cette nature quelque peu abstraite permet, le plus souvent à chaque adulte et intervenant d'y mettre sa propre subjectivité, que ce soit dans les discours ou dans les pratiques. L'intérêt de l'enfant est trop souvent la vision subjective et/ou l'intérêt subjectif de chaque participant à la situation, à la procédure et à la décision. Le seul à ne pas pouvoir donner son avis est l'enfant lui-même. Qui, mieux que lui, pourrait donner un avis éclairé sur la manière dont il voit son avenir dans la situation qui l'a amené devant la Justice ?

Cette étude n'a pas pour but de fournir des recettes préfabriquées. Elle se veut une invitation à la réflexion à l'aide d'outils que les sciences (du droit, des sciences humaines, en passant par la psychologie sociale) nous offrent depuis des décennies. Il est temps pour nous, adultes de tous bords et de toutes fonctions, de revoir nos relations avec l'enfance. Ceci, dans l'espoir que demain, les relations que nos enfants auront avec leurs propres enfants permettront à ces derniers de pouvoir se faire entendre, en Droit, à tous les niveaux. Que ce soit en famille, à l'école ou en justice.

La Ligue des Droits de l'Enfant a décidé de lancer une réflexion avec des citoyennes et citoyens, des familles, des professionnels de l'enfance et de la Justice pour qui ces droits sont essentiels afin de réfléchir à la manière dont nous pourrions influencer positivement cette dernière afin qu'elle veille à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit la première préoccupation lors de prises de décisions le concernant. Il est important qu'il soit partie prenante de cette décision de par son droit à la participation. Il faut donc lui donner la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, et que cette parole soit prise en compte dans la décision finale.

# Chapitre 1

## Historique de la convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) au travers du droit à la participation

### 1.1 Janusz Korczak, père spirituel des Droits de l'Enfant : « être aimé, être reconnu, être respecté, sont des droits essentiels. »

Janusz Korczak, né en 1878 en Pologne, était de profession médecin-pédiatre. Il se définissait comme étant « médecin de formation, pédagogue par chance, écrivain par passion et psychologue par nécessité » (cité dans « conférences Korczak », 1929). Il consacra sa vie à un combat authentique contre la misère humaine (« Les enfants de la rue », Korczak, 1904) et pour « l'élévation » de la condition de l'enfance (« Quand je reviendrai petit », Korczak, 1925).

Il a consacré sa vie à la défense des Droits de tous les enfants, notamment en rédigeant le premier texte réclamant des Droits pour tous les enfants, bien avant que ces derniers soient dignes d'intérêt pour les gouvernements de nos pays.

Ainsi, Korczak, avant même de se prononcer sur le droit de l'enfant aux « prestations » et à la « protection », a soutenu que l'enfant a le droit d'être aimé et respecté, de vivre dans le présent, de se tromper, d'être triste et d'avoir des secrets.

Au moyen de son livre « Le droit de l'enfant au respect », Korczak dénonçait l'invisibilisation de l'enfance et le manque de considération, de reconnaissance, de confiance et d'estime envers les enfants. « *Nous obligeons les enfants à assumer demain les responsabilités de l'humanité, et nous ne leur donnons aucun des droits fondamentaux aujourd'hui [...]. Si l'humanité devait être divisée en adultes et en enfants et la vie en enfance et en âge adulte, on constaterait que l'enfant occupe une très grande partie du monde et de la vie. Mais nous [...] sommes incapables de voir les enfants, comme nous étions incapables de voir les femmes, les paysans, les groupes sociaux et les peuples opprimés* » (Korczak, 2009, p. 20).

Premier défenseur des Droits de l'Enfant, Janusz Korczak a refusé d'abandonner les 200 enfants de son orphelinat lors de leur déportation par les nazis au camp d'extermination de Treblinka. Il y a été assassiné avec ses enfants le 5 août 1942, dans une chambre à gaz.

Dès 1918, bien avant la théorie de l'attachement de John Bowlby<sup>2</sup>, Korczak soutenait que le premier des besoins de l'enfant et donc de l'humain est d'être aimé (Comment aimer un enfant - 1919). De ce fait, tout au long de la vie, des actions et des œuvres de Korczak, il y a un engagement profond pour que l'on considère que l'enfant et l'adulte soient égaux. Korczak précisait que, sur base des moyens limités de l'époque, la parole de l'enfant ne pouvait bien évidemment pas être entendue de la même manière que celle de l'adulte. Il était néanmoins convaincu que les sciences naissantes allaient fournir des outils de plus en plus pertinents et utiles à la compréhension de celle-ci.

---

<sup>2</sup> Dès 1969, Bowlby soutient que l'enfant développe différents niveaux de relations d'attachement ; cette hiérarchie se forge en fonction de la force du sentiment de sécurité que lui transmet chaque relation établie avec les personnes qui s'occupent de lui, sur base de la quantité et de la qualité des soins reçus.

Suite à la déclaration de Genève<sup>3</sup> (1924) et bien avant la Déclaration des droits de l'enfant (20 novembre 1959), Janusz Korczak a pu exprimer sa déception face au ton, selon lui, uniquement « *incitatif et non autoritaire* » de la première déclaration de 1924, qui lui semblait un simple « *appel au bon vouloir, à la bienveillance* » (cité dans Fabienne-Agnès Levine, 2019).

Le plus grand souhait de Korczak était que la société puisse un jour, pas trop lointain, reconnaître les enfants comme des êtres humains, sociaux et pensants. Qu'ils aient tout autant le droit et la liberté d'exprimer leurs opinions, de choisir leurs croyances, de manifester leurs convictions, d'être entendus et encouragés dans cette voie.

## 1.2. L'évolution du discours sur le « Droit de l'enfant au respect » en quelques dates

- 1924 : la Déclaration de Genève formulée par la Société Des Nations (42 pays membres) englobe cinq droits fondamentaux : le droit à la solidarité, le droit d'être nourri, soigné, encouragé, recueilli, le droit d'être protégé contre l'exploitation, le droit au développement sur le plan matériel et spirituel et le droit d'être le premier à être secouru.
- 1959 : la Déclaration des Droits de l'Enfant est rédigée par l'assemblée générale des Nations Unies (50 pays) et affirme que « *l'enfant est reconnu, universellement, comme un être humain qui doit pouvoir se développer physiquement, intellectuellement, socialement, moralement, spirituellement, dans la liberté et la dignité* » (cité dans Fabienne-Agnès Levine, 2019). Cette déclaration (donc, non contraignante pour les Etats) tente de compléter la Déclaration de 1924 avec une série de principes à respecter, comme le droit à l'amour des parents, le droit à l'égalité, le droit au développement, le droit à l'éducation gratuite, à une alimentation, à un logement et à des soins médicaux, à des soins spéciaux quand l'enfant est porteur d'un handicap, etc.
- 1989 : la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE). La CIDE est adoptée par l'Organisation des Nations Unies à l'initiative de la Pologne, en s'inspirant des critiques exprimées par Janusz Korczak face au caractère inachevé et insuffisamment contraignant des deux déclarations précédentes. La CIDE est, au même titre que la Déclaration des Droits de l'Homme (1948), un texte à vocation universelle. En effet, pour la première fois, après environ 60 années de préparation et d'efforts, apparaît un instrument de droit international, connecté à la Déclaration des Droits de l'Homme, mais spécialisé. Les 54 articles qui la composent couvrent plusieurs catégories de droits fondamentaux tels que les droits culturels et sociaux, les droits politiques, les droits civils et les droits économiques.

Parmi les principes généraux que les États signataires doivent intégrer comme lignes directrices de leurs actions, il convient d'insister sur les deux articles qui se fondent sur deux notions très chères à Janusz Korczak. L'intérêt supérieur et l'opinion de l'enfant que, pour sa part, il avait qualifiés de "droit de l'enfant au respect".

Dans la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, il s'agit des articles 3 et 12 :

---

<sup>3</sup> La Déclaration de Genève adoptée par la Société des Nations en 1924 est le premier texte à reconnaître l'existence de droits spécifiques aux enfants. C'est un texte rédigé en 5 articles consistant à énumérer les besoins fondamentaux de l'enfant ainsi que les devoirs qui en découlent pour les adultes.

- **Article 3.1.** : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* »
- **Article 12** :
  1. « *Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ».
  2. « *A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme* ».

L'introduction des articles 3.1 (intérêt supérieur de l'enfant) et 12 (opinion de l'enfant) symbolisent la volonté de changer le courant de pensées dominant, notamment au moyen d'une évolution du statut de l'enfant. Ainsi, les adultes sont invités à prendre conscience de leurs responsabilités, non seulement dans une mise en œuvre des droits de l'enfant, mais surtout dans la reconnaissance de la place de ce dernier dans la société.

Par conséquent, la réalisation même du discours porté par la Convention internationale des Droits de l'Enfant dépend de la place que la société sera prête à accorder à l'enfant en tant qu'acteur de sa propre vie mais également en tant qu'acteur dans l'exercice de ses propres droits. Pour cela, il est essentiel que l'examen par des tiers, de toute décision prise à son égard, le soit sous l'angle de son intérêt supérieur. Et que cette décision soit prise grâce à la participation, à l'évaluation et à l'identification, par l'enfant, de son propre intérêt supérieur.

### 1.3. L'adoption d'une Convention internationale qui donne des Droits aux enfants ne s'est pas faite sans résistances

L'adoption d'un texte qui reconnaît à l'enfant des droits attachés à sa personne ne s'est pas faite sans opposition ni remise en cause. Dans les années '90, le philosophe Alain Finkielkraut et la sociologue Irène Théry s'étaient ouvertement opposés à l'un des principes fondateurs de la CIDE. Selon Finkielkraut et Théry, la reconnaissance à l'enfant de droits subjectifs le placerait sur le « *même pied que l'adulte* » (1992). Ce changement de positions menacerait et impliquerait la dissolution du système solidaire de « protection » de l'enfant ainsi que de son « statut de mineur ». Les Droits défendus par les articles 12 à 15 de la Convention ont été les principaux prétextes à déchaîner cette contestation. En effet, ces articles s'appuient sur des droits subjectifs tels que le droit de pensée, d'opinion, d'association, d'expression, du libre exercice de sa propre conscience.

« *Mais si l'enfant est déjà un homme, comment le soustraire aux pressions que les hommes exercent sur lui ? Le traiter à égalité avec l'adulte, affirmer qu'il est responsable de ses actes, qu'il faut le croire sur parole et prendre ses adhésions pour argent comptant, ce n'est pas le respecter ou le défendre, c'est garantir l'impunité à ceux qui le manipulent (...). Voir en lui une personne achevée et non une personne en devenir, c'est sous l'apparence du libéralisme le plus généreux, lui dénier férocement la légèreté, l'insouciance, l'irresponsabilité qui sont ses prérogatives fondamentales pour l'exposer, alors qu'il est sans défense à tous les conditionnements et à toutes les convoitises* » (Finkielkraut, 1992).

Pour sa part, Irène Théry rejoignait Finkielkraut en considérant que dans la « *tradition de la protection de l'Enfant* », il n'y a que l'éducation et l'instruction qui comptent comme ses droits légitimes : « *Si l'homme est*

*par essence un être libre, il ne le devient véritablement qu'en accomplissant le processus éducatif qui le fait accéder à l'autonomie et à la responsabilité". Or, cette Convention internationale des droits de l'enfant ne se limite pas [...] à enjoindre les États signataires à bien traiter les enfants de leur peuple (santé, éducation, travail etc.), mais elle octroie aux mineurs des prérogatives jusque-là réservées aux adultes : liberté d'opinion, d'expression, de religion, d'association). Supposons, par exemple, qu'un enfant fasse usage de sa liberté d'expression (article 12 de la Convention) pour tenir des propos relevant du délit d'incitation à la haine raciale. Au pénal, il comparaitra devant le juge des enfants qui prendra des mesures « éducatives » à son encontre, mais ce sont ses parents, ou ses représentants légaux, qui seront condamnés, au civil, à réparer le préjudice subi par les victimes... C'est ainsi que l'on en vient à cette absurdité de la création de sujets de droit irresponsables ! » (Cité dans Lebreton, 1996).*

Nous pourrions condenser ces contestations en une idée précise : l'enfant aurait des droits limités qui doivent être encadrés par les adultes en raison du manque de « maturité » qui le caractérise. Le principal et unique privilège qui lui reviendrait « de droit », serait de recevoir une éducation, une instruction et une protection, bien évidemment, choisies et définies par les adultes, qui seraient, en raison de leur « maturité », « responsables » et donc aptes à exercer correctement leur liberté de « conscience ».

Ces points de vue critiques réduisent totalement le champ des Droits de l'Enfant. Ceux-ci ne pourraient plus exprimer leur parole en ce qui les concerne, ou concerne leur avenir, étant par définition « immatures ».

## 1.4. La Convention des Droits de l'Enfant : une relation Enfants-Parents-Etat

La famille est aujourd'hui généralement reconnue comme la structure ayant l'impact premier sur le développement de l'enfant, notamment sur ses premières années de vie. Les parents et les tuteurs sont ainsi, par définition, les premiers responsables de l'éducation de l'enfant.

Par ailleurs, la responsabilité des parents est régie, depuis 1977 et donc bien avant la parution de la CIDE et de sa vocation universelle, par les alinéas 2 et 5 de l'article 1384 du Code civil. La jurisprudence belge précise que « *la présomption de responsabilité qui pèse sur les parents, repose, soit sur une faute dans l'éducation, soit sur une faute dans la surveillance* » (« Fiches pratiques : informations juridiques en droit belge », s. d.), c'est-à-dire d'une faute présumée dans l'exercice de l'autorité parentale.

### 1.4.1. Le remplacement du principe de toute-puissance paternelle par l'autorité parentale

L'autorité parentale est une notion très ancienne, bien que la forme qu'elle revêt à chaque fois se modifie constamment tout au long des transformations historiques et socio-économiques. Parmi les évolutions des siècles derniers, il convient de rappeler : le remplacement de la « toute-puissance paternelle » par l'autorité parentale (« Fiche contenu informatif & explicatif », s. d.), l'égalité entre l'autorité parentale de la mère et du père, l'égalité entre les parents mariés et non mariés, l'autorité parentale conjointe indépendamment du lieu d'hébergement de l'enfant, la reconnaissance de l'autorité parentale aux parents adoptifs et tuteurs, la reconnaissance des familles monoparentales et homoparentales, etc.

### 1.4.2. Les Etats doivent donner les moyens aux parents de tenir leur rôle

Ainsi, les parents et les tuteurs n'exercent plus seulement une « autorité » sur l'enfant mais « *sont responsables du dommage causé par celui-ci, à moins qu'ils ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* » (« *Fiches pratiques : informations juridiques en droit belge* », s. d.).

Cette obligation aurait été, avant tout, créée dans un but précis : permettre l'indemnisation des victimes, étant donné que rarement un enfant aurait la capacité financière d'assumer les conséquences de ses actes. La responsabilité parentale a donc été introduite, dans un premier temps, pour assurer la réparation des dommages causés aux tiers par l'enfant.

Le discours de la CIDE va également dans le sens de la responsabilité parentale. Mais le texte veille à garantir une protection et un soutien aux familles de manière à pouvoir exercer cette responsabilité parentale. Dès lors, le respect de la place de l'enfant est lié à la capacité des Etats d'assurer que tout acteur de la mission éducative œuvre dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La responsabilité directe envers le résultat de ce processus s'impose néanmoins à la famille. Les parents doivent donc pouvoir accéder aux ressources et aux moyens, à la fois matériels et immatériels, nécessaires pour assurer cette responsabilité première. L'Etat doit ainsi veiller à la mise en place d'institutions et d'instances compétentes et adaptées, afin que le « développement » global de l'enfant se déroule dans les meilleures conditions.

## 1.5. L'enfant en droit national, le principe de représentativité

### 1.5.1. L'enfant : un sujet de droit

La CIDE se fonde sur le devoir et le droit de « reconnaissance » de l'enfant comme un sujet de droit. Les Droits fondamentaux ont permis que tous les Humains deviennent des « sujets de droits », les distinguant des « choses », qui sont en revanche des objets de droit. Les esclaves, par exemple, étaient considérés comme des « choses ».

Cette « obligation » de reconnaissance signifie, en d'autres termes, que l'enfant n'est pas doté uniquement de droits objectifs (règles à respecter qui pèsent sur son entourage proche) mais surtout de droits subjectifs censés être « clairs » et « transparents » : des pouvoirs et des privilèges reconnus à toute personne.

Quant à la légitimité ou pas d'un enfant de se voir attribuer un droit, il faut se référer à deux notions fondamentales distinctes : la personnalité juridique et la capacité juridique.

### 1.5.2. La personnalité juridique

La naissance marque le début de l'existence de toute personne et de la reconnaissance de sa personnalité juridique.

Depuis l'abolition de l'esclavage et l'interdiction de la mort civile - personne morte aux yeux de la loi<sup>4</sup> - tout individu, majeur ou mineur, a forcément une personnalité juridique dès sa naissance. Toutefois, la seule naissance n'est pas, dans le droit, une condition suffisante pour que l'enfant acquière la personnalité juridique. Il faut qu'il soit né « vivant et viable » (un bébé qui naît vivant et qui a une conformation qui le prédispose à « rester en vie »).

---

<sup>4</sup> Peine pénale qui pouvait être prononcée jusqu'en 1854.

### 1.5.3. La capacité de jouissance générale de l'enfant et son incapacité d'exercice générale

La capacité juridique correspond à la capacité de jouir de droits (droits réels et personnels) et d'assumer des obligations. La capacité englobe la capacité de jouissance et la capacité d'exercice.

#### → Sa capacité de jouissance générale

La « capacité de jouissance » correspond à la capacité générale, d'un sujet de droit, de jouir, potentiellement de tout droit et de toute obligation. Il existe néanmoins des incapacités de jouissance spéciales, comme le cas de la personne étrangère qui est privée du droit de voter.

#### → Son incapacité d'exercice générale

La « capacité d'exercice » est la possibilité que nous avons d'exercer seuls les droits dont nous nous sommes détenteurs. Cette « capacité d'exercice » renvoie à la distinction entre les personnes capables et les personnes incapables. Les personnes capables jouissent de la « capacité d'exercice générale » de tous leurs droits. Ce sont les personnes majeures ou mineures émancipées. Les personnes incapables ne peuvent pas exercer tous leurs droits. Par exemple, les mineurs non émancipés – donc les enfants, les majeurs sous tutelle ou des personnes avec certains handicaps. Il existe également des cas spéciaux (personnes qui font l'objet d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle, d'un mandat de protection future). C'est en raison de cela que les personnes incapables nécessitent d'être représentées.

Le « pouvoir de représentation » est défini par le droit comme la capacité de celle ou celui qui en est investi à représenter une personne, sans pour autant devenir titulaire et, ainsi, retirer les droits de la personne représentée.

En termes simples, le représentant va agir au nom et pour le compte de la personne en incapacité générale, soit il va être son représentant et exercer les droits de la personne représentée, dans le seul intérêt de celle-ci.

L'enfant fait donc partie des personnes à incapacité d'exercice générale. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne dispose pas de la possibilité d'avoir des droits et donc de pouvoir en jouir.

En effet, l'enfant est doté d'une capacité de jouissance générale (il peut jouir de tous ses droits) mais n'a simplement pas la capacité d'exercer de manière autonome les droits dont il jouit. Ce sont ses parents ou ses représentants légaux qui les exercent à sa place et pour son bien, en tenant compte de son avis.

S'il ne peut exercer seul ses droits, il est, en revanche propriétaire des droits attachés à sa personnalité juridique et a une capacité de jouissance générale qui lui est reconnue. Il doit donc pouvoir jouir de l'intégralité de ses droits, simplement parce qu'ils lui sont reconnus par la Loi.

Le « principe de représentativité » qu'exercent les parents et les tuteurs légaux demande un rééquilibrage constant. D'une part, l'enfant a besoin d'être soutenu par ses parents dans l'exercice de ses droits et, d'autre part, il a besoin de leur assistance pour identifier ses besoins et pour pouvoir les exprimer. Ce processus doit notamment être soutenu par la mise à disposition, par l'Etat, des ressources nécessaires à son meilleur déroulement.

## 1.6. L'enfant en droit international : le principe de participation

### 1.6.1. La « convention des 3P » : le « droit de l'enfant d'être entendu », le droit de l'enfant de participer

Selon la Convention internationale des Droits de l'Enfant, ne pas reconnaître des droits subjectifs spécifiques à l'enfant, personnalité juridique à part entière, conduirait à une négligence de son humanité. En conséquence de quoi, l'enfant n'existerait pas en droit, ou du moins il ne pourrait bénéficier d'aucune forme de protection ou de prestation dans le respect de sa personne. Le droit de l'enfant « d'être entendu » dépend ainsi de la reconnaissance de son droit « de participer », et vice-versa.

Le respect de la personnalité de l'enfant est au cœur du discours de la CIDE qui est fréquemment qualifiée de « convention des 3P ».

Les deux premiers P font référence aux représentations traditionnelles de l'enfant, sujet de droits, mais également « être en devenir, dépendant matériellement et immatériellement des adultes ». En raison de sa « dépendance », l'enfant doit pouvoir accéder à des prestations spécifiques et sa « vulnérabilité » exige des mesures de protection adaptées. Le troisième P, de participation, représente la nouvelle représentation du statut d'enfant, de la relation adulte-enfant et du besoin de ce dernier d'être entendu, considéré et reconnu comme acteur, à part entière, de sa vie.

### 1.6.2. Les « 3P » et leur contenu

#### → Prestations

Tout enfant est « dépendant » de l'assistance d'autrui. L'enfant a donc droit à des prestations adaptées à sa condition : accès à la santé, à l'éducation, à la sécurité sociale, aux prestations spéciales pour les enfants porteurs d'handicaps, etc.).

#### → Protection

Tout enfant, en raison de sa « vulnérabilité », doit être protégé contre toute forme d'abandon, de négligence, de manipulation, d'exploitation (travail, exploitation sexuelle, conflits armés, etc.), de violence directe ou indirecte, psychologique, mentale, émotionnelle, morale, physique, etc.

#### → Participation

La notion de participation, quant à elle, bouscule les représentations et ajoute une nuance subtilement révolutionnaire à l'orientation des deux premiers P.

Selon la présente interprétation de l'un de ses 4 principes fondateurs - la participation de l'enfant - la CIDE ne remet pas en cause le fait que l'enfant ait besoin d'une protection et d'une assistance (prestations). Au contraire, c'est précisément en raison de ses besoins spécifiques, que la protection et les prestations auxquelles il a droit, doivent être adaptées. La notion de participation de l'enfant interviendrait ainsi en raison de la nécessité de la prise en compte de l'intérêt supérieur de celui-ci, dans la manière d'appliquer les « deux premiers P ».

L'enfant a des idées, des opinions, des capacités, des compétences, des visions, des ambitions et une volonté, propres. Celles-ci doivent être reconnues, stimulées et renforcées par les acteurs et les actrices de la mission

éducative. Il est donc nécessaire de les prendre en ligne de compte au moment où l'adulte et/ou l'institution en question définissent la meilleure façon de l'assister, de l'éduquer, de le protéger et de l'aider à se développer dans les meilleures conditions.

En résumé, tout enfant est une personne qui a, tout du moins par nature, le « droit d'apprendre à participer » à l'évaluation et à la définition de son intérêt supérieur.

## 1.7. La vulnérabilité de l'enfant, un concept polysémique

Le concept de vulnérabilité ne touche pas que les enfants. Il est abondamment étudié dans le domaine des sciences humaines et sociales et intéresse tous les grands organismes internationaux.

La vulnérabilité de l'enfant nous touche parce que c'est le premier groupe de personnes à qui l'on pense lorsqu'on parle de vulnérabilité. Lors de l'élaboration de la CIDE, cette vulnérabilité a été mise en exergue dans tous les débats théoriques. A cause de cette vulnérabilité, certains droits leur ont été refusés quand d'autres leur ont été accordés pour la même raison.

Selon la théorie de la volonté ou du choix, on ne peut bénéficier de droits que si on a la capacité de les exercer. C'est la faculté de raisonner, de faire des choix rationnels, qui procure aux Humains la capacité de se faire respecter mutuellement. Comme les enfants n'ont pas cette faculté, on les exclut du champ des droits. John Stuart Mill<sup>5</sup> dans un livre qui porte bien mal son nom (*La liberté*) affirmait que « cette doctrine est destinée à s'appliquer uniquement aux êtres humains dans la maturité de leurs facultés. Nous ne parlons pas des enfants [...] Ceux qui sont encore dans un état d'être pris en charge par d'autres doivent être protégés contre leurs propres actions aussi bien que contre les dommages externes ».

L'idée n'a pas été enterrée avec l'adoption de la Convention internationale. En 2002, Harry Brighouse, professeur de philosophie politique et auteur, affirmait qu'il serait impropre de reconnaître aux enfants des droits fondamentaux, puisque ceux-ci ne cadrent pas avec le modèle libéral de la personne rationnelle. Il propose de leur accorder une participation consultative s'expliquant par des différences majeures entre enfants et adultes. Les enfants sont incompetents, immatures, dépendant des autres, profondément vulnérables aux décisions des autres, ... La vulnérabilité des enfants sert donc à leur refuser des droits ou à les limiter.

C'est la théorie de l'intérêt qui parvient à contrebalancer celle de la volonté. Pour celle-ci, le choix des droits réside dans les intérêts de l'enfant. Ceux-ci sont définis par rapport à son bien-être. Ce n'est pas parce que les enfants n'ont pas toujours la capacité d'exercer leurs droits mais en tant qu'êtres humains, ils ne manquent pas d'intérêts et ces intérêts fondent les droits dont ils sont devenus titulaires. Pour Jon Tobin, la seule condition préalable de la reconnaissance des droits de la personne est d'avoir le statut d'humain.

Au contraire de la théorie de la volonté, les théories de l'intérêt considèrent que la vulnérabilité de l'enfant n'est pas un obstacle à ce qu'il bénéficie de Droits, mais que c'en est la raison.

Une troisième théorie, celle de la vulnérabilité propose l'universalité de cette condition humaine. Les enfants sont loin d'être les seuls être vulnérables qui doivent être protégés par les Etats : les personnes pauvres, âgées, malades ou handicapées, pour ne citer que ces exemples. La vulnérabilité a un aspect universel, inévitable et durable de la condition humaine. Nous sommes toutes et tous vulnérables à des degrés divers. Nous n'avons

---

<sup>5</sup> John Stuart Mill, né le 20 mai 1806 à Londres et mort le 8 mai 1873 à Avignon, est un philosophe, logicien et économiste britannique.

pas de pouvoir sur la nature, sur les accidents, les incendies et autres inondations. Il s'agit donc pour les Etats de réduire le plus possible les risques de vulnérabilité.

La théorie de la vulnérabilité a démontré les effets funestes de cet étiquetage sur les enfants, soit pour les priver de droits, soit pour leur en accorder. Pour Jonathan Herring, la vulnérabilité a des conséquences néfastes pour leurs droits. Elle mènerait, entre autres, à des approches paternalistes à leur égard, à l'assouvissement de leur voix et à leur confinement. Il préfère la conception de la vulnérabilité qui ne distingue pas entre la vulnérabilité des enfants et celle des adultes.

## 1.8. Le concept nouveau du droit de l'enfant de participer.

L'être humain n'existe que par « *les attouchements perpétuels de ses semblables* » (« Le Robinson de Tournier », s.d.). Il n'existe que par et pour les autres, par le contact et le regard d'autrui : « *ses actions, ses comportements n'ont de sens que par rapport aux autres* » (« Le Robinson de Tournier », s.d.). L'être humain est un être essentiellement social : « *Sa façon d'être est déterminée par ses relations avec les autres* » (« Le Robinson de Tournier », s.d.). L'être humain est « *un être de discours et de langage* » (« Le Robinson de Tournier », s. d.).

Le « droit de l'enfant d'être entendu », ne peut se concrétiser sans une reconnaissance préalable de son « droit d'apprendre à participer » à la vie en collectivité, en tant qu'être social à part entière.

Cependant, la notion de participation n'apparaît ni dans l'article 12 de la convention ni dans les articles dédiés à son interprétation. Ceci est un **concept général nouveau**, fondé sur la concentration de principes fondamentaux de plusieurs articles.

L'article 12 de la Convention concerne le droit reconnu à l'enfant de s'exprimer tout en étant entendu, s'il le souhaite, dans toute démarche administrative, législative et décision pouvant affecter sa vie. La notion de participation est néanmoins bien plus générale que cela car elle est renforcée par les articles 3 (intérêt supérieur de l'enfant), 5 (relations avec les parents), 9 (séparation des parents), 13 (droit à l'expression), 14 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 15 (liberté d'association et de réunion pacifique), 17 (droit à l'information), 23 (droit des enfants en situation de handicap de participer activement à la vie en société), 30 (droit de l'enfant de pratiquer sa vie culturelle, religieuse et linguistique), 31 (droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique), articles 37 (torture et privation de liberté) et 40 (l'enfant suspecté, accusé ou reconnu coupable a le droit d'être entendu par les instances judiciaires).

Le cœur de la CIDE est animé par la volonté de promouvoir une représentation nouvelle de la place, à la fois individuelle et collective, de l'enfant dans la société. L'enfant est une personne à part entière, un (co)acteur qui doit pouvoir prendre, s'il le souhaite, une part active dans les modalités d'application et de protection de ses droits.

En ce sens, la convention des 3P va plus beaucoup plus loin et s'adresse également aux « enfants » en tant que groupes sociaux à part entière.

De ce fait, la participation, les prestations et la protection représentent, comme tout autre droit fondamental, des principes tant individuels que collectifs, profondément liés, indissociables et interdépendants.

## 1.9. Le concept juridique est peu défini dans la CIDE

C'est l'article 12 qui donne le droit à tout enfant d'être entendu sur toutes les questions le concernant. Ce droit est intimement lié à d'autres droits, notamment le droit à la liberté d'expression, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, le droit à la liberté d'association ainsi que le droit à l'accès à l'information.

Pour rappel, l'article 12 précise que :

*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. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.*

Analysons ce que cela veut dire.

Cette notion de « capacité de discernement » n'est pas définie, ce qui laisse une marge de manœuvre aux adultes pour décider ou non d'entendre un enfant. Par contre, la CIDE n'impose pas de limite d'âge, ce que confirment plusieurs auteurs, dont Parkes qui insiste sur ce point tout au long de son ouvrage<sup>6</sup>. Le Comité des Droits de l'Enfant, dans sa note d'Observation générale n°12 - *Le droit de l'enfant d'être entendu* (20 juillet 2009), est d'avis qu'il doit y avoir une présomption de capacité et que l'enfant doit être tout simplement capable de se forger une opinion.

Ensuite, l'enfant doit pouvoir « *exprimer librement son opinion* ». Autrement dit, que c'est bien sa propre opinion qu'il doit pouvoir exprimer, sans pression venant d'autres personnes. Enfin, on ne peut le forcer à donner son opinion.

« *sur toute question l'intéressant* ». Cela permet de brasser un champ fort large qui dépasse les décisions sur la garde ou les mesures de protection attribuées directement à un enfant, mais également celles qui ont une incidence sur plusieurs enfants ou un groupe d'enfants.

« *les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ». Non seulement, l'enfant doit pouvoir s'exprimer, mais il doit également être écouté et ses opinions doivent être « considérées » par les décideurs. Le poids de son opinion doit intervenir dans le processus de décision. Malheureusement, étant donné que la CIDE ne donne aucune indication sur l'application des critères d'âge et de maturité, les décideurs ont une large marge de manœuvre. Pour le Comité des Droits de l'Enfant, l'évaluation de la maturité d'un enfant « fait référence à l'aptitude de l'enfant à comprendre et évaluer les implications d'une question donnée ».

La seconde partie de l'article 12 est plus floue encore. S'il donne le droit à l'enfant « *d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par (un) intermédiaire* », les modalités de procédures brillent par leur absence. On verra donc les législations nationales s'adapter à l'article 12 de manières bien différentes. Selon le Comité des Droits de l'Enfant, si l'enfant est représenté par un intermédiaire, celui-ci doit transmettre correctement les opinions de l'enfant aux personnes chargées de prendre les décisions. Il ajoute que l'enfant devrait avoir le choix de la façon dont il se fera entendre.

L'observation générale n° 12 du Comité des Droits de l'Enfant a le devoir de prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres (article 4 de la CIDE) pour garantir aux enfants qu'ils auront l'occasion de

---

<sup>6</sup> Aisling.ParKes, Children and International Human Rights Law. The Right of the Child to be Heard, Londres, Routledge, 2013

s'exprimer, que les conditions seront adaptées à leur âge et qu'ils pourront s'exprimer librement. Il doit garantir également que l'enfant pourra choisir de s'exprimer personnellement ou par un représentant indépendant.

L'Etat a un rôle à jouer dans l'émancipation de chaque enfant entendu par la Justice. L'enfant est vulnérable et l'Etat se doit de le protéger de sa dépendance envers les adultes. Le fait qu'il soit mineur doit être pris en compte par l'adoption de mesures qui permettront de faciliter sa participation tout en assurant sa protection.

## Chapitre 2

### Le droit de l'enfant de participer : entre traduction d'un discours et concrétisation d'un dispositif

#### 2.1. Le caractère contraignant de la CIDE : des normes internationales aux pratiques locales

La CIDE est une convention internationale et, comme la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, tout texte international n'est pas porteur d'une même nature juridique. Dans le cadre d'une convention, sa ratification entraîne une obligation juridique pour les Etats signataires d'appliquer la convention dans son intégralité. Ainsi, lorsque des normes internationales sont approuvées, signées et ratifiées par les autorités belges compétentes, celles-ci sont censées incarner une autorité supérieure à celles des normes nationales. Sur l'ensemble du territoire belge, la CIDE a donc force contraignante depuis sa ratification en date du 16 décembre 1991 (et de la ratification ultérieure de 3 protocoles supplémentaires).

Par ailleurs, si, d'un côté, les textes et leurs contenus semblent avancer et progresser, comment se fait-il que leur application, notamment dans les pratiques, est toujours ambivalente et leur concrétisation inéquitable ?

Il existe une tendance contemporaine de plus en plus controversée à vouloir marquer une distinction nette entre les « pratiques », d'une part et, d'autre part, les « idées et les normes ». Les premières seraient issues de terrains « populaires », tandis que les secondes circuleraient, quasi par leur nature propre, à travers des terrains « élevés », représentatifs de « l'expertise » et de la connaissance par excellence.

Selon Merry (2006), dans cette vision de plus en plus « binaire » du monde, la « communauté » est souvent dépeinte comme étant dépourvue de ressources, de mobilité, d'opportunités et d'impact. Le caractère « élevé » d'un terrain d'action est ainsi associé à la capacité des idées et des normes qui en sont issues de se déplacer, de ré-adopter continuellement des valeurs universelles et des cadres moraux, considérés comme étant principalement globaux, produits par les élites, privilégiés et, donc, puissants.

#### 2.2. Comment l'Etat doit-il garantir la concrétisation de l'ensemble des Droits de l'Enfant ?

En droit international, le principe nouveau de participation englobe principalement le « droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale » et le « droit de l'enfant d'exprimer son opinion ».

Le Comité des droits de l'enfant a défini les « sauvegardes procédurales » nécessaires afin que la mise en œuvre de ce principe nouveau soit garanti. (Observation générale no 14 – 2013 - *sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*).

### 2.2.1. En ce qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant

« *La mise en œuvre adéquate du droit de l'enfant à ce que son intérêt primordial soit une considération primordiale* » : exige l'institution et le respect de sauvegardes procédurales adaptées aux enfants. Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant constitue en tant que tel une règle de procédure<sup>7</sup>.

« *Les décisions des autorités et des organismes publics* » : ceux-ci doivent agir dans le respect de l'obligation d'évaluer et d'identifier l'intérêt supérieur de l'enfant (...) les décisions prises dans la vie de tous les jours (par les parents, les tuteurs, les professionnels de l'enfance, etc.) doivent respecter le principe d'intérêt supérieur de l'enfant et y être conformes.

« *La mise en place de dispositifs formels par les États* » : demande des sauvegardes procédurales rigoureuses, destinées à évaluer et à déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant lors de la prise de décisions qui le concernent, y compris des mécanismes d'évaluation des résultats. Les États sont tenus de concevoir des dispositifs transparents et objectifs pour toutes les décisions que prennent les législateurs, les juges ou les autorités administratives, en particulier dans les domaines qui concernent, directement ou indirectement, les enfants.

### 2.2.2. En ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion

« *Communiquer avec les enfants* » : favoriser leur participation afin d'apprécier leur intérêt supérieur est un élément clef de la procédure. Cette communication devrait notamment viser à fournir aux enfants des informations sur le dispositif, les solutions durables envisageables et les services disponibles et à recueillir des informations auprès d'eux et à solliciter leurs vues.

« *L'exposition fidèle des vues de l'enfant par son représentant* » : 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 sont en conflit avec celles de son représentant, il conviendrait d'établir une procédure permettant à l'enfant de s'adresser, si nécessaire, à une autorité pour demander à être représenté par une autre personne (un tuteur ad litem, par exemple).

« *l'intérêt supérieur des enfants en tant que groupes sociaux* » : diffère quelque peu de la procédure applicable à un enfant à titre individuel. Si les intérêts d'un grand nombre d'enfants sont en jeu, les institutions publiques sont tenues, quand elles envisagent d'adopter des mesures ou prennent des décisions d'ordre législatif qui concernent directement ou indirectement ce groupe, de trouver les moyens de recueillir les vues d'un échantillon représentatif d'enfants et de prendre dûment en considération leurs opinions afin de couvrir toutes les catégories d'enfants. Les exemples de la manière dont on peut procéder pour ce faire sont nombreux, notamment : les auditions d'enfants, les parlements d'enfants, les organisations pilotées par des enfants, les syndicats d'enfants et autres organes représentatifs, les débats organisés à l'école, les sites Web de réseaux sociaux, etc.

---

<sup>7</sup> Une règle de procédure : Quand une décision qui aura des incidences sur un enfant en particulier, un groupe défini d'enfants ou les enfants en général doit être prise, le processus décisionnel doit comporter une évaluation de ces incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés. L'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant requièrent des garanties procédurales. En outre, la justification d'une décision doit montrer que le droit en question a été expressément pris en considération. À cet égard, les États parties doivent expliquer comment ce droit a été respecté dans la décision, à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels. (Observation générale no 14 – 2013 - sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale)

### 2.3. La notion « d'enfant », la notion de « personne »

Bien que la CIDE soit porteuse d'un discours innovant, des notions essentielles restent inexplorées sur le plan à la fois théorique et pratique :

« *L'intérêt supérieur de l'enfant* » : au nom de qui et sur base de quoi pouvons-nous définir et identifier l'intérêt supérieur de l'enfant ? Comment gérer les conflits d'intérêt qui peuvent surgir, tout en respectant la dignité et le droit à la participation de l'enfant ? Quels dispositifs concrets faut-il mettre en place pour réussir dans cette tâche ?

« *la capacité de discernement, une maturité et un âge suffisant à...* » : quels critères objectifs existent pour les déterminer ? Après tout, sommes-nous vraiment certains que la progression de l'âge conduit à plus de maturité, de sens des responsabilités et de prise de conscience ? Visons-nous ici le développement d'une maturité et d'un sens des responsabilités propres à l'essence de la vie ou la construction d'une maturité plutôt « fonctionnelle » (liée à une fonction socio-économique) ? Préparer l'enfant à son futur rôle « fonctionnel » n'équivaut-t-il pas à exiger, subtilement, le début de sa participation et de sa responsabilisation face à son futur rôle de garant du système socio-économique ?

« *assurer son développement* » : les systèmes éducatifs ont-ils pour objectif, avant tout, le développement unique de tout enfant ou plutôt un processus de croissance de celui-ci pour la construction du futur citoyen « modèle » ?

« *d'une manière compatible avec les règles et procédures de la législation nationale* » : quelle limite concrète existe-t-il entre la nécessité d'application d'un droit humain et sa compatibilité ou non avec l'ensemble des mesures nationales ?

La participation de l'enfant et sa reconnaissance comme personne à part entière, ne prennent pas la forme de droits réels. Ils ne figurent pas parmi les notions clés des textes internationaux et nationaux.

L'approfondissement de ces notions permettrait de faire apparaître une évolution des normes sociales qui dominent les représentations communes de la relation « enfant-adulte ». Il semble que ce serait précisément ces représentations sociales qui favoriseraient ou entraveraient la légitimité des notions de « reconnaissance » et de « participation » de l'enfant. Et donc, qui empêchent la concrétisation de l'ensemble des droits de l'enfant.

Pour résumer l'état actuel d'application du droit de l'enfant dans notre société, nous devons malheureusement constater que l'enfant mis au monde n'est pas encore considéré comme une personne à part entière, mais qu'il a néanmoins une personnalité sous condition, potentielle, ou en quelque sorte : un « embryon de personnalité » (l'expérience de la réussite, s.d.).

## CHAPITRE 3

### Pour des systèmes institutionnels et décisionnels en quête de l'intérêt supérieur de tout enfant

#### 3.1. Entre le droit de l'enfant à la participation et son besoin de protection : la quête d'une « balance du pouvoir »

La position de nombreux systèmes judiciaires et institutionnels est encore verrouillée par la confusion et l'ambivalence. S'il est clair que la parole de l'enfant risque l'instrumentalisation et donc de se retourner contre son propre intérêt, il est tout aussi vrai que ce n'est pas l'enfant qui doit payer les conséquences « d'actions adultes », de pratiques et d'acteurs, notamment institutionnels et judiciaires, coincés dans des pratiques fermées.

En confisquant la parole de l'enfant, les décisions et les auditions risquent de rendre service aux « adultes ». Non pas parce que l'enfant et sa parole sont « faibles » en soi, mais parce que les visions, les discours et les pratiques actuelles, les considèrent ainsi. Même accompagné par un avocat pro deo, la parole de l'enfant est transformée et donc invisibilisée. Croire qu'un enfant de 6 ans n'est pas apte à expliquer ses ressentis, ses désirs de vivre ou non avec son père, sa mère ou les deux, c'est être fort loin de l'enfance.

La parole, le ressenti, la capacité d'agir et, donc, la dignité d'un être, sont les composantes vivantes qui font de celui-ci une personne à part entière. Ne pas tenir compte de son avis ou ne pas lui permettre de le donner, fait de l'enfant la première « victime » des violences multiples perpétuées par des systèmes, des dispositifs, des discours et des pratiques censés le protéger. En effet, les systèmes judiciaires qui suivent ce mode de fonctionnement argumentent leur position par l'inquiétude de leurs praticiens juridiques, face à l'imprévisibilité et l'irréparabilité d'une parole manipulée. Par conséquent, la voie suivie est celle du « pilotage automatique » et de la prise de « décisions stéréotypées » qui effacent l'existence de l'enfant, pourtant sujet de droits. Par ailleurs, les acteurs institutionnels et judiciaires répondent en mettant en avant la difficulté d'atteinte de l'équilibre entre le respect du droit à la parole de l'enfant et la nécessaire protection dont il doit faire objet (Juston, 2008).

Or, qui protégera l'enfant des tours imprévisibles et donc des aléas de systèmes de prise de décisions qui le privent de sa part de pouvoir ? Quel adulte conscient céderait-il sa dignité et donc sa parcelle de pouvoir au nom de formes aliénantes de protection ? Éventuellement, celles et ceux qui, déjà invisibles ou plutôt invisibilisés, savent, au fond d'eux-mêmes, qu'ils n'ont rien de plus essentiel à « perdre » ou à « gagner ».

Cette insécurité juridique est essentiellement le fruit de pratiques décisionnelles qui traitent encore les problématiques humaines comme des litiges commerciaux. Ainsi, le résultat des procédures institutionnelles et juridiques ressemble encore, à ce jour, à du « prêt-à-porter », alors que chaque situation touchant à la vie et au quotidien de l'enfant et de sa famille, nécessite de solutions « à hauteur d'humain », donc au cas par cas et en prenant le temps de veiller à son intérêt supérieur.

Il serait ainsi fructueux de faire preuve de lucidité et de constater que c'est, avant tout, dans l'état actuel de ces systèmes que l'atteinte d'un tel équilibre est évidemment complexe. Il est, par conséquent, bien évident que les ressources actuellement investies ne sont pas à la hauteur d'une véritable quête de l'intérêt supérieur de tout enfant et, ainsi, d'une véritable recherche de la balance entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'intérêt du pouvoir collectif.

### 3.2. La nécessaire ouverture des pouvoirs décisionnels sur des dispositifs complémentaires de compréhension des multiples « conditions enfantines »

Les approches de la prise de décision ne peuvent se limiter à des « expertises » qui se suffisent à elles-mêmes. D'autant plus que le contenu qu'elles traitent est profondément lié à la qualité et à la valeur incalculable de la vie d'un enfant. Il est nécessaire de réévaluer les visions et les priorités afin de compléter les pratiques actuelles par des outils et des approches complémentaires et interdisciplinaires de compréhension de la situation de tout enfant. Les connaissances, les ressources exploitables et les savoir-faire existent. Malheureusement, étant souvent « invisibilisés », ils restent en coulisses. Leur utilité n'est pas reconnue, surtout lorsqu'ils ne servent pas directement les intérêts systémiques des « plus forts », des « aptes ». Cette nécessité exige de concentrer les efforts actuels et futurs sur la seule force naturelle qui existe : le pouvoir collectif. Ce processus ne peut être entamé que par une véritable démocratisation et ouverture de tous modèles, approches et pratiques touchant à l'enfance. Ce n'est qu'ainsi qu'il serait possible d'évoluer, dans l'humilité, vers des connaissances, des pratiques, des relations et des vies collectivement éveillées. Cet objectif demande de dépasser les lacets des savoirs, des expertises « universalistes » et des privilégiés qui, « aveuglés » et/ou « piégés » par et dans un excès de « rationalisme », se détachent progressivement de l'apprentissage par et pour le vivant.

Les multiples et uniques expériences de la vie ne méritent pas d'être forcées, à s'adapter, à tout prix, à des « moules préfabriqués » de sens, qui piègent des êtres, interdépendants par nature, dans la compétition acharnée et dans un fossé d'incompréhension mutuelle.

Par conséquent, il est nécessaire que les pouvoirs et les organismes décisionnels, les acteurs judiciaires et tous les acteurs qui touchent à l'enfance apprennent à travailler ensemble, à s'ouvrir et à être tous dans une démarche continue de recherche et d'analyse, à la fois d'auto-apprentissage et pédagogique.

Dans le cadre des conflits familiaux, des situations de litige et/ou de violence qui gravitent autour de l'enfant, il est essentiel que les acteurs coordonnent un rôle compréhensif, un rôle d'apaisement, un rôle pédagogique, un rôle préventif et un rôle de diagnostic (Juston, 2006). Le travail en équipe interdisciplinaire par des acteurs collaboratifs et coopératifs est primordial : juges, avocats, travailleurs sociaux, médiateurs sociaux et familiaux, pédopsychiatres, pédopsychologues, et autres acteurs alternatifs pertinents.

### 3.3. Pourquoi la réalisation du droit de l'enfant à la participation est importante

La participation est un droit fondamental. Par ailleurs, elle est surtout un vecteur de concrétisation d'autres droits fondamentaux, car :

1. L'engagement actif des enfants est une source d'information et de compréhension de leur propre vie. Cela permet de renforcer le respect de la démocratie. Leur quotidien et leurs parcours de vie ainsi visibilisés servent à alimenter la législation, les politiques, les allocations budgétaires, les services, les systèmes scolaires, ...
2. Des enfants responsabilisés sont en mesure de devenir des acteurs et des défenseurs efficaces de la réalisation de leurs propres droits et de l'ensemble des droits humains.

3. La participation permet aux enfants d'acquérir des savoir-faire, des savoir-être, des connaissances, des compétences, de la confiance et de la maîtrise de soi. Elle favorise donc un vrai processus de développement des enfants et contribue aux objectifs de l'éducation énoncés à l'article 29, à leur épanouissement global, conformément à l'article 6, et à leur capacité à exercer leurs propres droits, conformément à l'article 5.
4. Elle entraîne une nouvelle et véritable forme de protection. Les enfants maintenus dans le silence et la passivité sont plus susceptibles d'être abusés par les adultes, avec une certaine impunité. Les alimenter en informations, les encourager à exprimer leurs préoccupations et la mise en place des mécanismes de soutien sûrs et accessibles sont des stratégies essentielles pour :
  - encourager la dénonciation des violences et des abus
  - assurer des formes évoluées, cohérentes et efficaces de protection
5. Les enfants qui ont accès à des informations sur la santé et la sexualité sont mieux à même de se protéger contre les grossesses non désirées, les maladies sexuellement transmissibles et les violences sexuelles.
6. Les enfants travailleurs qui forment et rejoignent des associations peuvent être en mesure de mieux se protéger contre l'exploitation et les abus.
7. Les possibilités de participation se sont avérées particulièrement importantes dans les situations de conflit et d'urgence.
8. La participation favorise l'engagement civique et l'exercice d'une citoyenneté active. Grâce à l'opportunité et à l'expérience de la participation directe aux questions qui les concernent, les enfants acquièrent la capacité de contribuer à la création de sociétés pacifiques et démocratiques, respectueuses des droits humains et de l'épanouissement de toute personne.
9. La participation contribue à la création d'une culture universelle du respect dans laquelle la prise de décision se fait, à tout niveau, par la négociation plutôt que par le conflit. Les enfants apprennent et enseignent également que les droits humains sont réciproques et mutuels, et non une voie hiérarchique et privilégiée vers l'individualisme égoïste.
10. La participation collective et inclusive de la communauté aux décisions gouvernementales permet d'améliorer les politiques et les services publics, de demander des comptes aux fonctionnaires, de garantir la justice et de renforcer l'État de droit.
11. La participation est au cœur d'un véritable processus de responsabilisation et de promotion de la bonne gouvernance. C'est un moyen, avant tout, par lequel les gouvernements et autres détenteurs d'obligations peuvent être tenus responsables. La reconnaissance du droit des enfants à être entendus peut contribuer de manière importante à la création de gouvernements plus transparents et ouverts (Toolkit for Monitoring and Evaluating Children's participation - Save the Children's Resource Centre, s. d.).

## Conclusion

La notion de participation comme perspective d'interprétation et de concrétisation de tout droit de l'enfant, dont la poursuite et la défense de son intérêt supérieur, ne se limite pas à ne pas laisser « *les enfants, livrés à eux-mêmes, seuls dans une lutte individuelle pour le respect de leurs droits* » (Landsdown, 2001, pp. 1-2). Il s'agit encore moins de « *concilier une attitude paternaliste modérée avec la reconnaissance d'un certain degré d'autonomie de l'enfant* » (Landsdown, 2001, pp. 1-2). Comme nous venons de le parcourir, les études et les approches psycho-sociales, du bien-être, des sciences de l'éducation, socio-historiques, sociales et humaines se dirigent vers une évidence désormais universelle : le premier besoin de tout enfant c'est d'être, non seulement « entendu », mais, avant tout, « écouté », respecté, vu et reconnu.

De ce fait, le défi n'est pas d'alimenter un débat ou un conflit, purement entre adultes, pour établir s'il est question ou pas « d'entendre » l'enfant, mais d'apprendre, collectivement, à « l'écouter » (Pazé, 2004).

L'attitude paternaliste n'y a, par nature, pas sa place et ne peut être considérée comme une démarche de protection bienveillante et fructueuse. L'enfant ne mérite pas uniquement de recevoir des soins et une protection purement « fonctionnelles » mais, d'être incité, tout au long d'un vrai processus de développement, à former sa capacité d'agir. Ce processus exige la reconnaissance, la valorisation et la consolidation progressives de son potentiel, ainsi que du développement de son intelligence.

Un système de protection ne peut être considéré comme tel s'il ne permet pas la participation et l'évolution de l'enfant. En effet, si la protection est indissociable au bien-être de l'enfant, cela exige son implication par l'apprentissage et la coopération tout au long de son cheminement.

Jocelyne Dahan, médiatrice familiale française, suggère qu' « *il ne faut jamais laisser un enfant en capacité de choisir ; si sa parole fait loi, est-il encore à sa place d'enfant ?* » ( cité dans Juston, 2011). Or, la participation ne signifie pas que la parole de l'enfant ferait loi, puisque la loi n'est jamais faite par un individu et les décisions ne sont jamais tranchées par un seul acteur. Pourtant, le respect de sa parole et de son droit d'être écouté doit lui permettre d'apprendre à exprimer ce qu'il vit intérieurement, de développer une réflexivité en action afin d'apprendre à comprendre les événements qu'il vit, et leur impact sur lui-même et sur autrui.

Par ailleurs, une partie importante de la littérature convient que le degré et la capacité de participation à une prise de décision ne dépendent pas tellement d'un âge biologique mais, avant tout, du stade auquel les adultes commencent à impliquer l'enfant dans la participation aux situations de vie, en l'aidant à les réinterpréter correctement et en étant eux-mêmes ouverts à l'échange (Dell'Antonio, 2001, pp. 41-42).

La participation qui doit être entendue comme une attitude de partage d'opinions et de décisions, est pour les enfants, au même titre que les adultes, un droit fondamental de citoyenneté, et le fondement de l'exercice d'un réel pouvoir démocratique et collectif. Ce droit ne commence pas dans les salles d'audience, de « résolution des litiges » ou de vote. La participation prend vie, avant toute chose, dans les familles, les écoles, les classes, les groupes de pairs, la communauté et toute institution créatrice d'opportunités pour éduquer et s'éduquer soi-même à la concertation et à la prise de décision collective. Cette démarche est le premier contact qu'un enfant devrait entretenir avec ses droits, en respectant et en apprenant à se fier à des décisions collectives transparentes. Ce n'est pas par la faiblesse d'âme d'un pouvoir contraignant et « museleur », mais au moyen de la réciprocité, de la coopération et du respect intergénérationnels, que les enfants, comme les adultes, pourront à la fois apprendre et enseigner, tout au long de leur vie, la limite de la liberté et du droit d'agir de chacune et de chacun : la liberté et le droit d'autrui.

De ce fait, l'autonomie, la maturité et la responsabilité de ses actes ne sont pas des dimensions qui apparaissent par enchantement chez un « sujet isolé », à un « âge adulte ». Elles ne sont donc pas déterminées par l'âge, par

un savoir fonctionnel, universel et privilégié, par un diplôme, un bon emploi, un statut, une stabilité purement matérielle et donc une soi-disant « indépendance » sociale et financière. La conscientisation se construit par l'opportunité présentée à tout « enfant », simplement mis au monde, d'alimenter progressivement et collectivement ses « capacités d'agir », de privilégier la pensée et l'esprit critique plutôt que l'assujettissement, de se reconnaître comme acteur plutôt que spectateur, de faire progresser et de reproduire, tout au long de sa vie, ce modèle autour de lui.

Un enfant écouté sera un jour un adulte sensibilisé à l'écoute, à la reconnaissance, au respect et à la valorisation, de « l'unicité » et de la reconnaissance, dues à chacun.

Tant les dispositifs et les pouvoirs décisionnels que les pratiques devraient se centrer sur l'enfant même. Ce dernier n'est pas à intégrer comme un « outil » d'une lutte acharnée, entre adultes, pour la vérité, mais comme un sujet de droit et un être (ré)actif. Le développement d'approches adaptées, de consultation et de participation de l'enfance à la vie collective, devrait permettre à l'enfant d'extérioriser des sentiments, des émotions, des volontés et des visions profondes.

# Bibliographie

- Bertrand-Mirkovic, A., & Terré, F. (2015). *La notion de personne: Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Bhabha, J., 2004. The "mere fortuity" of birth? Are children citizens?. *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 15(2), 91-117.
- Bhabha, J., 2009. Arendt's Children: Do Today's Migrant Children have a right to have rights. *Hum. RTs. Q.*, 31, 410.
- BriGHouse H., «What Rights (if any) do Children Have ? », dans David arcHarD et Colin M .macleoD (dir ), *The Moral and Political Status of Children*, Oxford, Oxford University Press, 2002, .p.31.
- Dell'Antonio, A., *La partecipazione del minore alla sua tutela* (Milano: Giuffrè, 2001).
- HerrinG J., « Vulnerability, Children, and the Law », dans Michael Freeman (dir ), *Law and Childhood studies*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p.243, à la page 246.
- CARBONNIER, *Droit civil, 1/ Les personnes*, P. U. F., Paris, 21ème éd., 2000, p. 11.
- Juston, M. (2008). Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins? *Journal du droit des jeunes*, (8), 42-46.
- Juston, M. (2011). Le juge aux affaires familiales face au syndrome d'aliénation parentale: comment le repérer et le gérer. *Journal du droit des jeunes*, (7), 19-27.
- Mancheno, T., 2016. Hannah Arendt on the "stateless"-condition. *HannahArendt. net*, 8(1).
- McKenna, G. (1984). Bannisterless Politics: Hannah Arendt and Her Children. *History of Political Thought*, 5(2), 333-360.
- MERRY, S. E. (2006). *Transnational Human Rights and Local Activism : Mapping the Middle*. *American Anthropologist*, 108(1), 38–51.
- Pazé, P., *L'ascolto del minore*, 27.01.2004 ([www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it), 27.01.2004)
- Piaget, J. (1936). *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*. Neuchâtel, Paris : Delachaux & Niestlé. [Translation: *The origins of intelligence in children*. Harmondsworth: Penguin, 1977]
- Stuart mill J., *La liberté*, Paris, Guillaumin et Cie, 1877, p124
- ToBin J., « Justifying Children's Rights », (2013) 21 *Int'l J Child Rts*
- Topolski, A. R. (2011). The Right To Be Children: An Arendtian Exploration of Our Responsibility To Grow Up. *Childhood & Philosophy*, 7(14), 171-190.
- Viala, A. (2011). Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 67(2), 95.

# Sources internet

. <https://discr.be/wp-content/uploads/FICHE-CONTENU-INFORMATIF-N°2-DROITS-ET-OBLIGATIONS-PARENTS-ET-ENFANTS-DANS-FAMILLE-JUILLET-2015.pdf>

Cardona Llorens, J. (2017). Présentation de l'Observation générale no 14 : forces et limites, les points de consensus et de dissension apparus dans son élaboration. Dans : Conseil de l'Europe éd., L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique (pp. 9-18). Strasbourg: Conseil de l'Europe. <https://doi.org/10.3917/europ.coll.2017.01.0009>.

[De la distinction entre la capacité, le pouvoir et la représentation – A. Bamdé & J. Bourdoiseau \(aurelienbamde.com\)](#)

Évaluer la création d'un environnement participatif et respectueux des enfants (Livret 2). (2014). [https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/me\\_toolkit\\_booklet\\_2\\_french.pdf/](https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/me_toolkit_booklet_2_french.pdf/)

[La Convention internationale des droits de l'enfant](#)

Le Robinson de Tournier. (s. d.). APSES – Association des professeurs de Sciences Économique & Sociales. [http://www.apses.org/IMG/pdf/Litt\\_rature\\_et\\_sociologie\\_Le\\_Robinson\\_de\\_Tournier\\_corrige.pdf](http://www.apses.org/IMG/pdf/Litt_rature_et_sociologie_Le_Robinson_de_Tournier_corrige.pdf).

[LOI - WET \(fgov.be\)](#)

[FICHE-CONTENU-INFORMATIF-N°2-DROITS-ET-OBLIGATIONS-PARENTS-ET-ENFANTS-DANS-FAMILLE-JUILLET-2015.pdf \(discr.be\)](#)

[Fiches pratiques: informations juridiques en droit belge](#)

Toolkit for Monitoring and Evaluating Children's participation - Save the Children's Resource Centre. (s. d.). Save the Children's Resource Centre. <https://resourcecentre.savethechildren.net/collection/toolkit-monitoring-and-evaluating-childrens-participation/>