

L'enfant sujet des droits de l'homme : réflexions en Droit français et en Droit brésilien

A criança sujeito de Direitos Humanos : reflexões em Direito francês e em Direito brasileiro

Gulherme Assis de Almeida¹

Universidade de São Paulo (USP/Brasil)
almeida.gui64@gmail.com

Bibiana Graeff²

Universidade de São Paulo (USP/Brasil)
bibiana.graeff@usp.br

Dorothee Guérin³

Université de Bretagne Occidentale (UniBrest/France)
dorothee.guerin@univ-Brest.fr

Maxime Péron⁴

Universidade de São Paulo / Université de Bretagne Occidentale
maximeperon@yahoo.fr

¹ Professor Associado no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito Largo São Francisco (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, Largo São Francisco, 95, CEP 01.005-010, São Paulo, SP, Brasil.

² Professora Doutora da Escola de Artes Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, Largo São Francisco, 95, CEP 01.005-010, São Paulo, SP, Brasil.

³ Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles. Directeur Lab-LEX (EA 7480). Université de Bretagne Occidentale. Rue de Kergoat, 12, CS 93837 29238, Brest, France.

⁴ Doutorando em Direito Privado, Lab-LEX (EA 7480) da Université de Bretagne Occidentale, em regime de co-tutela com a Universidade de São Paulo (Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos). Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, Largo São Francisco, 95, CEP 01.005-010, São Paulo, SP, Brasil.

Résumé

Le XXe siècle a vu l'émergence des droits de l'enfant. Sous l'impulsion de la Convention internationale des droits de l'enfant dont on célèbre le trentième anniversaire cette année, les enfants sont désormais universellement sujets de droit et bénéficient des droits de l'homme. La France et le Brésil reconnaissent à leurs enfants une multitude de droits personnels. Si au XXIe siècle, le droit positif permet une meilleure protection des mineurs, il n'en reste pas moins perfectible afin de consacrer une reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit de manière plus aboutie, comme le démontre les réflexions résultant d'une comparaison des droits français et brésilien.

Mots-clés: enfant, sujet de droit, droits de l'homme.

Abstract

The twentieth century saw the emergence of children's rights. Under the impetus of the International Convention on the Rights of the Child, which is celebrating its thirtieth anniversary this year, children are now universally subject to rights and enjoy human rights. France and Brazil recognize to their children a multitude of personal rights. If in the twenty-first century, positive law allows a better protection of minors, it is nonetheless perfectible in order to consecrate a recognition of the child as a subject of law in a more accomplished way, as the reflections resulting from a comparison of French and Brazilian rights.

Keywords: child, subject of law, human rights.

Resumo

No século XX, assiste-se ao surgimento dos direitos da criança. Sob o efeito da Convenção internacional dos direitos da criança, que comemora seu trigésimo aniversário neste ano, as crianças tornam-se sujeitos de direito e se beneficiam dos direitos humanos. A França e o Brasil reconhecem às crianças e aos adolescentes múltiplos direitos pessoais. Se no século XXI, o direito positivo permite uma melhor proteção às crianças e aos adolescentes, ainda há melhorias a serem implementadas, a fim de se atingir um pleno reconhecimento dos mesmos como sujeitos de direito, como demonstram as reflexões da comparação entre os direitos francês e brasileiro.

Palavras-chave: criança, sujeito de direito, direitos humanos.

Introduction

« La plupart des droits de l'enfant sont des applications particulières des Droits de l'homme [...] ou le droit de devenir un homme » (Dekeuwer-Défossez, 2010). De cette

constatation ressort l'existence d'un lien étroit entre les droits de l'enfant (entendus largement, englobant enfants et adolescents) et les droits de l'homme.

Si la notion de droits de l'homme vise les « droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles » (Sudre, 2016), rappelant la définition donnée à la « science des droits de l'homme » par Cassin (1972)⁵, elle n'en reste pas moins caractérisée par une certaine imprécision (Renucci, 2017 ; Jayme, 2009). Pour mieux saisir cette notion déjà ancienne (Helleringer et Garcia, 2014)⁶, il est possible de revenir sur l'histoire des droits de l'homme. Apparue en France dès la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la notion s'est étendue en droits européen et international au lendemain de la seconde guerre mondiale sous l'appellation « droits de l'homme » (Sudre, 2016). Par les mouvements conjoints d'universalisation et de multiplication (Bobbio, 1992), les droits de l'homme sont venus irriguer les droits internes (Hoffman, 2016), dans le but d'assurer la liberté et la dignité de toute personne, en protégeant les individus indépendamment de leur âge. En effet, l'extension des droits de l'homme se justifie tant par l'élargissement de l'objet même de ces droits, que par leur application à des groupes de personnes – au-delà même de l'individu –, et de la « spécification » du sujet de droit marquant le passage d'une protection abstraite de l'homme à une protection concrète de l'être humain dans toutes ses spécificités en termes de genre, de race, mais aussi, et surtout d'âge (Bobbio, 1992). Par suite, les droits de l'homme ont vocation à s'appliquer à tout sujet de droit, et en l'absence de considération de l'âge, aux adultes comme aux enfants mineurs d'âge⁷.

A partir du XX^{ème} siècle, l'enfant est devenu sujet de droits fondamentaux au même titre que l'adulte, même s'il existe une difficulté à doser les droits de l'enfant du fait de l'existence de mouvements antagonistes (Lavallée et Zermatten, 2015). D'une part, un premier mouvement, qualifié de « libérationniste » (Redor-Fichot, 2006) revendique des droits identiques, tant civils que politiques, pour les enfants et les adultes, lequel mouvement se subdivise en trois courants (Lavallée et Zermatten, 2015). Le premier, qualifié de réformiste, reconnaît la nécessité de l'incapacité juridique mais considère que l'on sous-estime la capacité des enfants ou des adolescents d'exercer certains droits (Lavallée et Zermatten, 2015). Le second, considéré comme plus radical, revendique l'égalité complète pour les enfants, rejetant toute discrimination fondée sur l'âge. Le troisième, appelé pragmatiste, prône de reconnaître aux enfants les mêmes droits que ceux accordés aux adultes, à moins que leur incapacité à exercer certains d'entre eux ne soit démontrée (Freeman, 1997 ; Cappelaere et Verhellen, 1992). D'autre part, l'antithèse de ce premier mouvement revendiquant des droits identiques pour les enfants et les adultes soutient une idée protectionniste de l'enfant, l'acquisition de sa liberté devant passer par une incapacité (Stuedler-Zinsner, 2004). L'idée première étant que le premier droit des mineurs est celui d'être protégé (Lavallée et Zermatten, 2015).

Ces différentes thèses montrent l'importance accordée aux droits de l'enfant pour assurer son épanouissement, pour le préserver, et pour l'amener à l'âge adulte. En effet, l'enfance est une phase essentielle du cycle vital puisqu'elle est déterminante pour l'apprentissage

⁵ Selon l'auteur: « Il s'agit d'une branche particulière des sciences humaines dont l'objet est d'étudier les rapports entre les hommes en fonction de la dignité humaine, en déterminant les droits et les facultés dont l'ensemble est nécessaire à l'épanouissement de la personnalité de chaque être humain ».

⁶ Parmi les historiens des droits de l'homme, tandis que Lynn Hunt reconnaît le XVIII^{ème} siècle en tant que période de cristallisation des affirmations des droits de l'homme, Stefan-Ludwig Hoffmann soutient que ce n'est que dans les années 1990, après la fin de la guerre froide, que les droits de l'homme deviennent un concept irremplaçable des politiques mondialisées.

⁷ Classiquement, en droit français, le mineur fait référence à « l'individu qui n'a pas atteint l'âge de la majorité ». Il peut être préféré au terme « enfant » qui reçoit en droit français un double sens, l'un correspondant à l'âge, l'autre correspondant à la filiation. C'est pourquoi, la doctrine française fait un usage courant du terme « mineur » pour désigner les enfants et les adolescents ; cette terminologie n'est pas chargée en France d'une connotation négative, contrairement au Brésil (cf. *infra*).

(Cassidy, 2012) et la construction de l'individu (Bonfils et Gouttenoire, 2014). Pour atteindre ces objectifs, les États ont posé des règles permettant d'établir une protection des mineurs, avec une reconnaissance plus ou moins marquée des droits de l'enfant. Ainsi, les droits français et brésilien protègent les enfants et adolescents avec une influence considérable du droit international des droits de l'homme (Commaïlle, 2007), la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, dont le trentième anniversaire est célébré en cette année 2019, se positionnant comme un texte de référence ayant conduit à de multiples évolutions législatives dans les droits internes (de Dinechin, 2006). Pourtant, malgré l'objectif commun de protection des enfants et des adolescents, les mécanismes juridiques employés peuvent se distinguer. En ce sens, l'article 227 de la Constitution Brésilienne de 1988 a posé le principe de protection intégrale des enfants et des adolescents, prolongé par le Statut de l'enfant et de l'adolescent au Brésil établi en 1990 et s'appuyant sur les travaux qui ont abouti à la Convention internationale des droits de l'enfant, alors que la France s'est contentée d'ajustements légaux ponctuels pour répondre aux exigences internationales.

Le lien entre les droits de l'homme et les droits de l'enfant apparaît comme poreux et étroit puisque les droits de l'homme peuvent avoir un impact déterminant sur les législations nationales concernant la protection des mineurs (Bobbio, 1992). L'impact des droits de l'homme est considérable car il reconnaît l'enfant comme sujet de droit (Ricoeur, 1995), c'est-à-dire comme une personne considérée comme support d'un droit subjectif (Grzegorzczuk, 1989), titulaire de droit (Rizzardo, 2016) ou débiteur d'une obligation (Maluf, 2018), et jouissant de la personnalité juridique (Mazabraud, 2017).

Dans l'esprit des droits de l'enfant, la simple description des règles juridiques applicables aux enfants s'est effacée au profit des droits qui doivent leur être reconnus par la société (Dekeuwer-Défossez, 2010). Une telle mutation implique la promotion de la philosophie des Droits de l'Homme dans le monde de l'enfance, avec pour optique de penser l'enfant comme un sujet doté de liberté (Dekeuwer-Défossez, 2010).

Pendant longtemps, le droit et la philosophie des droits de l'homme n'avaient pas vocation à s'appliquer aux enfants (Youf, 2002). Un long cheminement a permis de passer de l'enfant, être en puissance, inachevé et « dépourvu de raison », et, toujours selon Aristote, comparable à un animal, à un être sujet de droit ; l'enfant était alors le prolongement de son père, sa possession, aucune place n'était donc accordée aux droits de l'homme en ce qui concerne l'enfant dans la philosophie Aristotélicienne (Youf, 2002). Sans revenir sur toutes les étapes de la philosophie des droits de l'enfant, les approches retenues par Locke et Rousseau permettent d'observer la reconnaissance progressive de l'enfant dans la philosophie des droits de l'homme. Avec Locke, l'enfant est toujours considéré comme un être faible et inachevé, privé de l'usage de liberté car restant sous la tutelle de ses parents jusqu'à l'âge où il devient juridiquement capable de connaître et d'appliquer les lois, mais une conception nouvelle apparaît avec l'émergence de la notion d'autorité parentale dont dispose également la mère ; si avec Locke, l'enfant reste considéré comme inférieur à l'adulte, Rousseau instaurera une nouvelle dynamique en souhaitant reconnaître l'enfant comme un semblable des adultes (Youf, 2002). Cette vision se rapproche de l'esprit actuel des droits de l'enfant.

Si les droits français et brésiliens ont, globalement, pris en compte la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit dans leurs ordres juridiques, la mise en œuvre des droits de l'enfant reste en décalage avec les objectifs souhaités par la philosophie des droits de l'homme. Il ne doit plus seulement être question de leur reconnaître des droits, il faut surtout s'attacher à les rendre effectifs dans les systèmes internes, régionaux et universel.

Aujourd'hui, la reconnaissance de l'enfant comme sujet des droits de l'homme est présente dans de nombreux droits internes démontrant ainsi son caractère transversal (I).

Pourtant, cette reconnaissance n'est pas absolue et reçoit des variations selon les Etats, demeurant contrastée (II).

La reconnaissance transversale de l'enfant comme sujet de droit

Le caractère international de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit (A) a invité les Etats à respecter les droits de l'enfant dans leurs législations nationales (B). De part son caractère international, la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit est donc transfrontière mais aussi transversale car elle s'impose dans les ordres juridiques internes.

(a) Une reconnaissance internationale

La reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit l'est de manière « mesurée » sur un plan régional (1) du fait de l'existence de dispositions avec un effet contraignant relatif, mais plus aboutie sur un plan universel (2), avec l'extension des droits de l'enfant offerts par la Convention internationale des droits de l'enfant.

(a1) La reconnaissance « mesurée » au niveau régional

Au niveau régional, les droits de l'enfant sont irrigués par les sources européennes et interaméricaines, impactant réciproquement les droits français et brésilien.

Sur le plan européen, et par suite pour la France, la protection des enfants est assurée tant au niveau du Conseil de l'Europe que de l'Union européenne. Le Conseil de l'Europe participe à la protection des droits de l'enfant de façon générale et non spécifique par la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 entrée en vigueur le 3 septembre 1953, la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 et révisée le 3 mai 1995, en ce qui concerne le travail des enfants, et la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000.

Concernant l'Union européenne, l'enfant est longtemps resté en retrait, avant l'adoption le 7 décembre 2000 par le Conseil européen de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette Charte, contraignante pour les Etats depuis le Traité de Lisbonne du 1^{er} décembre 2009, est perçue comme une étape déterminante en vue de l'amélioration des droits de l'enfant européen (Stalford et Schurrman, 2011), car elle prohibe toute discrimination fondée sur l'âge (art. 21) et reconnaît à l'enfant certains droits, notamment avec la nécessaire prise en considération, de manière primordiale, de leur intérêt supérieur dans tous les actes relatifs aux enfants (art. 24, 2^o). Une telle disposition démontre la prise en compte particulière par les Etats de l'enfant pour garantir sa reconnaissance comme sujet de droit. Ainsi, le droit européen reconnaît les droits de l'enfant en donnant force et vigueur à la Convention internationale des droits de l'enfant en consacrant les droits et libertés fondamentaux accordés au mineur (Granet-Lambrechts, 2011). S'il s'agit d'une avancée considérable dans l'objectif de protection de l'enfant sur le plan européen, l'amélioration de l'effectivité de ces droits reste nécessaire afin d'étendre la reconnaissance des droits et libertés des enfants et adolescents français et européens.

Parallèlement au droit européen, les droits américains ont organisé un système interaméricain des droits de la personne qui s'articule autour de l'Organisation des Etats américains et des Etats membres, dont le Brésil. Cette organisation vise la promotion de la paix, de la sécurité et de la démocratie, mais également le développement économique, social

et culturel au sein des Amériques (Hennebel et Tigroudia, 2016). Les deux principaux instruments reconnaissant les droits de la personne en Amérique sont la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme du 30 avril 1948 et la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 sans qu'il n'existe d'instruments assurant la protection intégrale spécifique des mineurs. Néanmoins, la protection des droits de l'enfant est complétée par d'autres conventions interaméricaines telles que la Convention interaméricaine relative aux conflits de lois concernant l'adoption de mineurs de 1984, la Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs de 1989, celle relative aux obligations de support de 1989 ainsi que la Convention relative au trafic internationale de mineurs de 1994. Parmi tous ces instruments, le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, adopté le 17 novembre 1988 joue un rôle particulier puisqu'il prévoit des droits spécifiques pour l'enfant mineur. Ainsi, l'article 16 du Protocole de San Salvador énonce que « tout enfant (...) a droit de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur », avec comme obligation principale le droit à l'instruction gratuite et obligatoire. Par ailleurs, une Commission interaméricaine existe au sein de l'Organisation des Etats américains. Elle joue un rôle spécifique à l'égard des enfants. Un rapporteur sur les droits de l'enfant analyse les plaintes qui concernent les enfants ou les adolescents et il visite les pays membres afin de faire des recommandations en vue d'améliorer le respect des droits des mineurs. En cas de violations des droits des enfants sérieuses et urgentes, il peut demander aux Etats de prendre des mesures immédiates en vue d'éviter des torts irréparables. Il peut aussi saisir directement la Cour américaine. De son côté, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a pour mission d'interpréter et d'appliquer la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 64). Les décisions de la Cour revêtent un caractère obligatoire et elles sont sans appel, et d'après l'article 68 de la Convention, l'Etat concerné a l'obligation de réparer les dommages causés. La Cour interaméricaine des Droits de l'homme a permis d'admettre, à travers sa jurisprudence (Cour I.D.H, arrêt Villagran Morales et autres c. Guatemala, Affaire des enfants des rues, 29 nov. 1999, sér. C, n° 63), l'existence d'un corpus juris concernant les droits des enfants et des adolescents, permettant la protection des enfants pauvres et vulnérables en s'appuyant sur l'article 19 de la Convention, prévoyant le droit au mineur d'accéder aux mesures de protection que requiert sa condition.

En conséquence, les mécanismes juridiques régionaux interaméricains et européens permettent d'assurer, dans une certaine mesure, les droits de l'enfant. Si ces mécanismes sont nécessaires pour le développement et la protection des droits de l'enfant, le vrai pilier normatif de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit se retrouve au niveau universel avec la Convention internationale des droits de l'enfant.

(a2) La pleine reconnaissance au niveau universel

Sur le plan international, la Convention internationale des droits de l'enfant est le résultat d'une lente évolution de l'enfant sur la scène internationale.

Dès 1902, lors de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, a été adoptée une convention sur la tutelle des mineurs qui énonce que l'intérêt de l'enfant est l'un des critères importants à considérer. En 1919, la Société des Nations met en place un Comité de protection de l'enfant avant d'adopter en 1924 une « *Déclaration des droits de l'enfant* ». Le 11 décembre 1946 est créé un Fonds international de secours à l'enfance : l'UNICEF. Le 10

décembre 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la Déclaration Universelle des droits de l'homme. Seulement deux articles visent directement les enfants. L'article 25 al. 2 affirme l'importance d'assurer une assistance spéciale à la maternité et à l'enfance. De plus, tous les enfants, peu importe qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, ont droits à la même protection sociale. La Déclaration véhicule l'idée selon laquelle la protection de l'enfant est indissociable de celle des mères. Elle ne fait donc aucune mention de la responsabilité des pères ou de leur rôle auprès des enfants. L'article 26 al. 1 énonce que toute personne a le droit à une éducation élémentaire gratuite et obligatoire. Selon l'alinéa 3, il revient aux parents de décider de la nature de l'éducation donnée à leurs enfants. La principale faiblesse de la Déclaration résidait à l'époque dans le fait qu'elle ne constituait pas un instrument contraignant pour les États.

Le 20 novembre 1959, l'Assemblée Générale des Nations Unies adopte à l'unanimité une « Déclaration des droits de l'enfant » dont le Préambule énonce que « l'humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur d'elle-même ». En 1966, deux Pactes, entrés en vigueur en 1976, se sont inscrits dans le prolongement de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, le premier sur les droits civils et politiques, le second sur les droits économiques et sociaux. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacre de nouveaux droits aux enfants, à l'instar de la non-discrimination et du droit à la nationalité (art. 24). Concernant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'article 10 §3 a prévu des dispositions spéciales de protection et d'assistance en faveur des enfants et des adolescents, dans l'objectif de les protéger contre l'exploitation économique et sociale. Pour atteindre cet objectif, l'article énonce que la loi doit sanctionner « le fait de les employer à des travaux de nature à compromettre leur moralité ou leur santé, à mettre leur vie en danger ou à nuire à leur développement normal », en invitant également les Etats membres à fixer des seuils d'âge en dessous desquelles l'emploi salarié de la main d'œuvre enfantine est interdit et sanctionné. Une telle disposition luttant contre le travail des enfants a vocation à préserver leur santé. De manière plus générale, le Pacte prolonge son objectif en incitant les Etats membres à reconnaître le droit aux enfants d'avoir un niveau de vie suffisant, notamment pour se nourrir (art. 11), à reconnaître le droit à la santé (tant physique que mental, voir l'art. 12) et à reconnaître le droit à l'éducation (art. 13).

Le 7 février 1978, le gouvernement polonais, en souvenir des nombreux enfants qui périrent sur son sol pendant la seconde guerre mondiale, a pris l'initiative de proposer un projet de Convention des droits de l'enfant. Les Nations Unies proclamèrent 1979 année internationale de l'enfant. Les obstacles furent nombreux puisque la Convention fut discutée pendant 10 ans et a failli échouer à de nombreuses reprises. Finalement, elle a été adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, elle a été signée le 26 janvier 1990, et est entrée en vigueur après la 20^e ratification le 2 septembre 1990. Se positionnant comme une véritable Charte des droits de l'enfant (Lavallée et Zermatten, 2015), sa portée est considérable car elle ne se contente pas de protéger l'enfant mais lui donne un statut et l'érige en véritable sujet de droit. L'intérêt le plus fort réside dans son caractère contraignant puisque les Etats doivent en assurer la mise en œuvre sur leur territoire (de Dinechin, 2006). Sur ce point, un Comité sur les droits de l'enfant a pour rôle de contrôler l'application de la Convention, de déterminer les progrès accomplis et d'accompagner les Etats parties dans la mise en œuvre des objectifs prévus par la Convention.

Dans son contenu, la Convention de New York est le premier traité de droit international à reconnaître à la fois des droits civils et politiques ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels dans le même instrument (Lavallée et Zermatten, 2015). En outre, elle reconnaît de nouveaux droits jusqu'alors non reconnus par d'autres instruments internationaux pour

les enfants, tel que le droit de l'enfant à préserver son identité ou le droit de l'enfant autochtone de ne pas être privé de sa culture, de professer et pratiquer sa propre religion, ou d'employer sa propre langue (Lavallée et Zermatten, 2015). Concernant les principes généraux, de nombreuses règles sont posées. De manière non exhaustive, peuvent être retenus le droit à la non-discrimination (art. 2), l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3), le droit à la survie et au développement (art. 6), l'importance de respecter les opinions des enfants (art. 12) ou les dispositions relatives à la santé et à l'éducation. Ce large panel de droits consacrés par la Convention de New-York au profit des enfants permet de les reconnaître de fait non plus comme objets de droit mais comme véritables sujets de droit (Poumarède, 2012) et invite les États à améliorer la reconnaissance de ces droits.

(b) Une reconnaissance interne

En sus d'une reconnaissance internationale, la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit s'est diffusée dans les ordres juridiques internes. En ce sens, les exemples français (1) et brésilien (2) témoignent de la place conséquente accordée à l'enfant comme véritable sujet de droit dans leurs ordres juridiques internes. A l'instar des majeurs, les enfants et les adolescents sont titulaires des droits et libertés, mais du fait de leur vulnérabilité ils sont protégés par le mécanisme d'incapacité, réduisant leur champ d'autonomie dans la participation à la vie juridique.

(b1) L'exemple français

En France, alors que pour les majeurs la règle est la capacité, ce principe tombe pour l'enfant, qualifié d'incapable. Pourtant, malgré cette incapacité, le mineur reste un sujet de droit.

L'incapacité est une notion large (Carbonnier, 2004), au caractère exceptionnel, pouvant impacter la capacité de jouissance (Maria, 2006), c'est-à-dire l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation, et la capacité d'exercice (Maria, 2009), c'est-à-dire l'aptitude à faire valoir par soi-même et seul un droit dont on est titulaire. La première incapacité entraîne une inaptitude juridique à devenir titulaire d'un droit, et reste rare (Carbonnier, 2004). La seconde consiste en une inaptitude juridique par l'effet de laquelle une personne ne peut, à peine de nullité, soit exercer elle-même ses droits, soit les exercer seul ou n'affecter que certains actes déterminés. Car il s'agirait d'un refus même de la personnalité, il ne peut y avoir d'incapacité de jouissance générale. A contrario, l'incapacité d'exercice, n'étant pas sans remède, peut être générale. Du fait de la puissance de ses effets, l'incapacité ne doit être utilisée que lorsqu'elle est nécessaire (Hauser, 2000). Le mécanisme de l'incapacité d'exercice est utilisé pour protéger le « mineur », puisqu'il est considéré comme fragile, non autonome et inapte à défendre ses intérêts.

En matière d'incapacité, l'âge a une importance non négligeable (Cazals, 1976) : jusqu'à 18 ans l'incapacité générale est la règle, l'âge de 18 ans marquant le tremplin vers la capacité⁸. Dès lors, il semblerait que le droit français, de façon peut-être critiquable, donne

⁸ La présente réflexion opte pour une étude axée sur les dispositions civilistes. Il est à noter qu'en droit pénal, si la majorité est également atteinte à l'âge de 18 ans, le mineur est en capacité de commettre des infractions pénales, et que sa responsabilité pénale peut être recherchée dès l'âge de 7 ans : Cass. Crim., 13 déc. 1956, Bull. crim. n° 840. Voir : Gavalda-Moulenat, 2016. En droit brésilien, la majorité pénale est également établie à l'âge de 18 ans ; le mineur est en capacité de commettre des infractions, toutefois le seuil établi par le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent est l'âge de 12 ans, puisque seules les mesures socioéducatives prévues pour les actes infractionnels ne s'appliquent qu'aux adolescents (art. 5).

brusquement, sans aucune préparation, à un individu dont la personnalité juridique était jusque-là complètement voilée, la libre disposition de sa personne et de sa fortune. Cependant, ce serait faire erreur de croire que la minorité forme un tout homogène (Cornu, 1961), puisque dans l'enfance des degrés vers la condition de majeur sont observés (Meyzeaud Daraud, 1998). En réalité, il s'agit d'un long cheminement vers la majorité (Cornu, 1961). Bien que l'âge de la majorité soit le seuil fatidique, le droit, et notamment la jurisprudence, comme en témoigne l'arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1970 en matière d'actes courants, a fixé des seuils d'âge intermédiaires qui poussent l'enfant vers un peu plus d'autonomie (Dreifuss-Neitter, 2006). Ainsi, tout au long de la minorité, l'aptitude de l'enfant à participer à la vie juridique s'affirme et ne cesse de croître jusqu'à la majorité. Néanmoins, cette autonomie progressive diffère selon que l'on se positionne en matière personnelle ou en matière patrimoniale (Gouttenoire, 2012c) puisque des sphères d'autonomies existent (Guérin et Péron, 2017a) notamment en matière bancaire (C. mon. fin., art. L. 221-3 et L. 221-24), dans le domaine associatif (L. n° 2011-893 du 28 juill. 2011 et n° 2017-86 du 27 janv. 2017 ; Décr. n° 2017-1057 du 9 mai 2017 relatif à l'information des représentants légaux du mineur participant à la constitution ou à l'administration), pour la protection des données personnelles diffusées en ligne (Art. 63 de la loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique). Parallèlement à l'accroissement de l'autonomie, la protection diminue (Meyzeaud Garaud, 1998) conduisant à un effritement de l'incapacité des mineurs au profit d'une capacité grandissante (Tallet, 1983).

Sous l'impulsion des droits fondamentaux, l'intérêt de l'enfant prévaut, avec pour conséquence une évolution vers l'autonomie du mineur et une baisse de l'incapacité (Lemouland, 1997). Un double mouvement démontre la reconnaissance d'une sphère d'autonomie au mineur. Le premier mouvement consacre un droit général de l'enfant de participer aux décisions qui le concernent. Le second mouvement s'appuie sur l'affirmation de droits spécifiques de l'enfant de prendre les décisions qui le concernent (Bonfils et Gouttenoire, 2014). Le premier mouvement, impulsé par la Convention internationale des droits de l'enfant (art. 12), appuyé par le droit européen à travers la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne notamment avec l'article 24 concernant la possibilité pour les enfants d'exprimer librement leur opinion, s'inscrit désormais dans le droit interne français (Gouttenoire, 1994). Ainsi, le mineur a le droit d'être entendu dans les procédures le concernant au sens de l'article 12 de la Convention de New York et d'après la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20613), dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié au sens de l'article 388-1 du Code civil, notamment concernant l'autorité parentale (art. 373-2-11 du C. civ.), l'assistance éducative (art. 1182, al. 2 du C. proc. Civ.), avec parfois même l'obligation de son consentement comme pour le changement de nom et prénom (art. 61-3 du C. civ.), ou l'adoption (art. 345, al. 3 du C. civ.).

Par conséquent, malgré le principe d'incapacité, le droit français reconnaît aux mineurs de nombreux droits. Cette reconnaissance a été confortée par la ratification par la France, à l'instar du Brésil, de la Convention internationale des droits de l'enfant.

(b2) L'exemple brésilien

Au Brésil, la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit est récente puisqu'elle suit la promulgation de la Constitution de la République Fédérale en 1988 et la ratification de la Convention internationale des droits de l'enfant par le décret n° 99.710 du 21 novembre

1990, étape initiale de la construction de normes théoriques garantissant une meilleure effectivité des droits des enfants et des adolescents (Custódio et Moreira, 2015). A travers son article 277, la Constitution brésilienne fait de l'enfant et l'adolescent une priorité absolue (Fonseca, 2011), ce qui dans l'histoire juridique brésilienne est un fait totalement novateur (Cury, 2018). Plus précisément, c'est un système de protection intégrale qui est créé (Milanezi, 2015), avec l'adoption du Statut de l'enfant et de l'adolescent le 13 juillet 1990 (Lei n° 8069/1990) et à partir de la Convention de New York (Piovesan, 2018).

Si le recours à des Statuts en fonction de l'âge au Brésil peut surprendre le juriste français (avec le Statut de la jeunesse et le Statut des personnes âgées), son étude est intéressante puisque la terminologie de ce Statut distingue l'enfant et l'adolescent. Recourir à ces deux termes pour décrire la minorité se justifie par l'histoire brésilienne, où un droit discriminatoire distinguait les populations juvéniles pauvres ou délinquantes des populations enfantines riches (Breda, 2015). Ce droit discriminatoire était fondé notamment sur le Code des mineurs (Loi n° 6.697 du 10 octobre 1979). Cette appellation « mineur » réduisait l'importance de l'enfant comme être humain (Coelho, 1994), justifiant la révocation du terme par l'article 267 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent. Ainsi le système juridique brésilien a effectué un basculement d'un droit centré sur le mineur en situation irrégulière (Fonseca, 2011) à une protection intégrale de l'enfant et de l'adolescent (Elias, 2010a). Surtout, le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent les reconnaît comme sujet de droit (Souza, 2008), et non plus comme objet (Cerqueira, 2010), dont la protection intégrale doit permettre le plein développement de sa personnalité (Elias, 2010b). Pour cela, ils bénéficient de droits propres et spéciaux, afin de garantir leur développement, tout en restant protégés par des mécanismes juridiques et des politiques publiques adaptées. En effet, pour permettre à l'enfant et à l'adolescent d'être de véritables sujets de droit, une assistance morale, juridique et politique est nécessaire, avec l'appui de sa famille (Elias, 2010c).

Contrairement au droit français, le droit brésilien voit la minorité éclatée en fonction de l'âge. Ainsi, le terme « enfant » désigne l'individu jusqu'à l'âge de 12 ans, et le terme « adolescent » désigne l'individu à partir de 12 ans et jusqu'à 18 ans. En sus du Statut de l'enfant et de l'adolescent, le droit brésilien prévoit, depuis 2013, un Statut de la jeunesse⁹, lequel prévoit des dispositions spécifiques pour les droits des jeunes, c'est-à-dire les personnes âgées entre 15 et 29 (art. 1 du Statut). L'article 1^o, §2 du Statut pose un principe selon lequel le Statut de l'enfant et de l'adolescent s'applique aux enfants et adolescents, et par exception, le Statut de la jeunesse s'appliquera à cette catégorie d'âge à la condition de ne pas s'opposer aux dispositions prévues par les dispositions de protection intégrale de l'adolescent.

Le statut de l'enfant et de l'adolescent, statut à valeur constitutionnelle (Machado, 2003), reprend par anticipation les exigences de la Convention internationale sur les droits de l'enfant qui a été approuvée par le Congrès National brésilien le 14 septembre 1990 et ratifiée le 21 novembre 1990, ratification permettant la promulgation de la Convention en droit interne brésilien (Cury, 2010). Ces considérations permettent au Brésil de se positionner comme le référent latino-américain en matière de définition des droits de l'enfant. En ce sens, selon la Commission interaméricaine des droits de l'homme, le Statut brésilien est « l'une des lois les plus avancées au monde en matière de protection de l'enfance » (OEA/Ser.L/V/II.97

⁹ Estatuto da juventude, issu de la « Lei 12.852/2013 » du 5 août 2013. Ce statut énumère 11 droits pour les jeunes : droit à la diversité et à l'égalité, droit au sport et au loisir, droit à la communication et à la liberté d'expression, droit à la culture, droit au territoire et à la mobilité, droit à la sécurité publique et à l'accès à la justice, droit à la citoyenneté, à la participation sociale et politique, et à la représentation de la jeunesse, droit à la professionnalisation, au travail et à un revenu, droit à la santé, droit à l'éducation, droit à la durabilité et à l'environnement.

Doc. 29 rev.1, 29 Septembre 1997, « *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil* », Commission des droits de l'homme, OEA 1997 (Chapitre 5). Par conséquent, d'un point de vue théorique, et même s'il reste principalement concentré sur les droits extrapatrimoniaux, le droit brésilien atteint une certaine perfection dans la protection des mineurs et dans la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit et plus généralement comme sujet des droits de l'homme.

S'inscrivant dans cette finalité protectrice, le Code civil brésilien considère le mineur comme étant incapable juridiquement. Si le mécanisme de l'incapacité se retrouve également en droit français, le droit brésilien se démarque en distinguant l'incapacité du mineur en deux phases (Lotufo, 2016). En effet, jusqu'à 16 ans, d'après l'article 3 du Code civil, le mineur est considéré comme un incapable absolu, signifiant qu'il n'est pas titulaire de la capacité d'exercer ses droits et qu'il doit être représenté par les représentants légaux (Diniz, 2018 ; Pereira, 2018 ; Rizzardo, 2016). Entre 16 et 18 ans, d'après l'article 4 du Code civil, l'incapacité du mineur devient relative, ce qui lui permet d'exercer ses droits à la condition d'être assisté (Peluso, 2018).

Malgré l'existence d'un droit brésilien protecteur avec le recours courant aux statuts en fonction de l'âge, la mise en œuvre des règles protégeant les mineurs reste imparfaite¹⁰ puisque l'effectivité reste contrastée.

La reconnaissance contrastée de l'enfant comme sujet de droit

Alors que les sources érigeant l'enfant comme sujet de droit sont nombreuses, la reconnaissance reste contrastée. Apparaissant inachevée (A), elle peut également être limitée dans son effectivité (B).

(a) Une reconnaissance inachevée

La reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit apparaît contrariée au regard du flou dont est imprégnée la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (1), et par la timide prise en compte des droits patrimoniaux (2).

(a1) Le flou de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

Qualifiée de magique par la doctrine française (Carbonnier, 2004) ou à valeur de droit fondamental constitutionnel au Brésil (Barbosa, 2011), la notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'en reste pas moins difficile à cerner. En effet, aucun consensus ne semble émerger quant à la définition de la notion, car derrière la magie de ces mots, une multitude d'interprétations existe. Pourtant, sous l'effet de la Convention de New York, l'intérêt de l'enfant, désormais qualifié de supérieur, est devenu un standard juridique au succès considérable. En effet, d'après l'article 3 de cette Convention, toute décision relative à l'enfant doit être fondée sur l'intérêt supérieur de ce dernier.

Cette notion d'intérêt de l'enfant alimente les droits français et brésilien de l'enfant à travers son appréciation laissée aux juges (Fulchiron, 2016). Malgré son caractère incontournable pour le droit des enfants (Tetard, 2015), la notion soulève les critiques

¹⁰ Comisión De Derechos Humanos, 60º *Período de Sesiones, Tema 13 del programa provisional, los derechos del niño*, rapport présenté par J. M. Petit, *Relator especial del secretario general sobre la venta de niños, La prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*.

(Neirinck, 2014), du fait de son caractère indéterminé et de la crainte d'une remise en cause du système juridique français (Gouttenoire, 2012b) compte tenu de la latitude accordée au pouvoir judiciaire dans l'interprétation de la notion (Rasson, 2016). Ces critiques et craintes conduisent à s'interroger sur la place de cette notion tant en France qu'au Brésil (Monaco, 2005). Présente dans les textes internes ou internationaux relatifs à l'enfant (Hilt, 2004), la notion d'intérêt de l'enfant ne reçoit pas de définition textuelle impliquant une impression d'imprécision (Sandras, 2000), pouvant laisser craindre à un risque manifeste d'insécurité juridique et d'arbitraire (Ancel, 2014). Pour autant, elle constitue un standard juridique interne mais aussi européen et international.

Alors que certains auteurs critiquent l'idée même de définir la notion car cela serait figer une notion évolutive (Tetard, 2015), la notion peut faire l'objet de deux approches (Serval, 1978). D'une part, l'intérêt de l'enfant peut constituer une norme générale et abstraite, applicable à l'ensemble des enfants. D'autre part, l'intérêt de l'enfant peut correspondre à une appréciation concrète d'une situation précise, permettant alors une « oscillation entre le droit et le fait, entre le concret et l'abstrait » (Hamadi, 2007).

Ces deux approches semblent opposées, néanmoins elles se complètent, témoignant de la richesse de la notion. En effet, ce sont les juges du fond qui apprécieront la notion, en se fondant sur leur intime conviction et leur pouvoir d'interprétation (Costa-Lascoux, 1988). Conséquence de l'imprécision textuelle, la doctrine s'est emparée de la notion, en tentant d'en cerner les contours et de s'intéresser à sa définition éventuelle mais toujours avec difficultés (Renchon, 2010). Un consensus existe quant au caractère évolutif de la notion, l'intérêt supérieur de l'enfant étant un outil dont la particularité est de suivre l'évolution de la personne de l'enfant (Edel, 2009). La prise en compte de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas limitée aux droits internes puisque les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme s'appuient également sur la notion (Gouttenoire, 2010), plus précisément dans toutes les affaires où il est question de la relation parents-enfants (V^o par exp. Arrêt CEDH, 12 oct. 2006, Mubilanzila Mayka et Kaniki Mitunga c/ Belgique).

Aujourd'hui, en droits internes, malgré la consécration internationale de la notion, et l'applicabilité directe reconnue de la Convention, son domaine d'application reste surtout rattaché aux droits extrapatrimoniaux, en étant soulevée par les juges lors des litiges liés aux droits personnels des enfants, notamment en matière procédurale avec les débats familiaux consécutifs à un divorce ou séparation des parents, pour l'adoption ou en cas d'intervention de l'Etat pour protéger les enfants contre des abus ou des mauvais traitements (Meunier, 2002). Pourtant, la jurisprudence va plus loin dans l'importance donnée à cette notion puisque la Cour de cassation affirme que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (18 mars 2005, n^o 02-20613). Au final, l'intérêt de l'enfant pourrait être composé de plusieurs intérêts de l'enfant : éducatif, affectif, immédiat ou futur (Carbonnier, 2002), avec pour objectif de favoriser au mieux l'épanouissement du mineur (Bonfils et Gouttenoire, 2014) dans toutes les actions qui le concernent¹¹. Elle devrait aussi avoir sa place dans les litiges liés aux droits patrimoniaux de l'enfant afin de s'inscrire dans le mouvement de protection des droits de l'enfant souhaité par la Convention internationale des droits de l'enfant¹².

¹¹ Le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention s'applique tant lors des procédures législatives, administratives et judiciaires, qu'aux entreprises qui opèrent en tant qu'organismes privés ou publics de protection sociale et fournissent des services destinés directement aux enfants (garde, placement familial, santé et éducation). Voir les observations générale n^o 13 (2013) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États concernant les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant, 17 avril 2013.

¹² Un exemple de la jurisprudence brésilienne peut l'illustrer : une mère avait contracté un avocat pour agir au nom de son fils dans le cadre d'un héritage dont le fils était le seul héritier. Malgré les honoraires établis librement par la voie contractuelle, le

(a2) La timide prise en compte des droits patrimoniaux

La timide prise en compte des droits patrimoniaux s'observe dans le contenu même des dispositifs consacrés aux droits de l'enfant, mais aussi dans l'application de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, plus particulièrement par la jurisprudence française. Les juges du fond français semblent oublier les droits patrimoniaux, aucune jurisprudence relatant une application de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant à cette sphère du droit. La timide application de la notion aux droits patrimoniaux s'explique compte tenu de l'approche des droits fondamentaux, qui eux-mêmes se concentrent surtout à la sphère extrapatrimoniale (à l'exception du droit de propriété protégé par l'art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789). Dès lors, il semble légitime de se questionner sur l'oubli partiel des droits patrimoniaux, notamment quant à la consommation par le mineur de son argent. En tant que sujet de droit, il est titulaire d'un patrimoine, alors pourquoi ne pas étendre les droits fondamentaux, et plus particulièrement de la notion d'intérêt de l'enfant à la sphère patrimoniale ? Bien sûr, ériger une règle de primauté de la notion en matière patrimoniale peut paraître paradoxale en réduisant le rôle accordé à l'autorité parentale au profit de l'exercice des droits par l'enfant lui-même. Par contre, une prise en compte de la notion, par une appréciation souveraine des juges du fond, n'est-ce pas là respecter la finalité de l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Parallèlement à l'application de cette notion, l'oubli des droits patrimoniaux se constate dans l'étude des droits dont sont titulaires les mineurs. En droit français, le principe d'incapacité enlève, a priori, aux enfants et adolescents toute possibilité d'agir en matière patrimoniale. Même si en pratique une certaine forme d'autonomie patrimoniale sera possible pour les mineurs (Guérin et Péron, 2017b), l'esprit du droit français reste cantonné à la consécration des seuls droits extrapatrimoniaux. Cet esprit est retrouvé dans la Convention internationale des droits de l'enfant qui, malgré la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit, ignore ses droits patrimoniaux (Plazy, 1998). En reprenant la Convention dans son droit, l'esprit du droit brésilien reste centré essentiellement sur les droits personnels du mineur. En effet, le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent se concentre sur les droits extrapatrimoniaux comme par exemple le droit à la vie et à la santé (art. 7 à 14), à la liberté, au respect et à la dignité (art. 15 à 18) ou le droit à l'éducation (art. 53 et s.) (droits retrouvés dans le Code civil français). Cependant, il est fait référence au « meilleur intérêt » de l'enfant, notamment dans la jurisprudence. Si la juridiction supérieure brésilienne s'appuie sur la notion en matière extrapatrimoniale notamment concernant le pouvoir familial¹³, il faut plutôt se tourner vers les juridictions inférieures¹⁴ pour la prise en compte de son intérêt en matière patrimoniale¹⁵. A l'instar du droit brésilien, le droit français n'accorde qu'une place très limitée à la protection des droits patrimoniaux, le Code civil délaissant la protection du patrimoine aux représentants du mineur.

Reconnaître des droits extrapatrimoniaux aux enfants et adolescents est une avancée considérable. Cependant, cette avancée pourrait se prolonger par un renforcement de la protection des droits patrimoniaux. En effet, les enfants et adolescents vivent aujourd'hui

Tribunal Supérieur de Justice a estimé que cet acte n'exigeait pas d'autorisation judiciaire préalable car il s'agissait simplement d'un acte d'administration. La Cour a estimé qu'en espèce, l'intérêt supérieur de l'enfant n'avait pas été violé. STJ, Terceira Turma, REsp 1694350 ES 2015/0029667-9, 16 oct. 2018, Rel. Min. Nancy Andrichi.

¹³ STJ, REsp 1.674.207-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, 17/04/2018, Dje 24/04/2018.

¹⁴ Pour une rare analyse du STJ : STJ REsp 1694350 ES 2015/0029667-9, 16 oct. 2018.

¹⁵ Trib. Justiça do Rio Grande do Sul TJRS - Agravo de Instrumento : AI 70067138834 RS - 24 de fev. de 2016.

dans une société consumériste qui les cible dès le plus jeune âge pour consommer, directement ou par l'intermédiaire des représentants légaux. Par suite, les mineurs, titulaires d'un patrimoine, agissent aussi en tant que consommateurs (Miragem, 2013). Cette situation peut permettre d'envisager de les qualifier d'hypervulnérables (REsp 586.316 MG, j.17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin) et invite à s'interroger sur l'amélioration de la protection des droits patrimoniaux des enfants et adolescents et des réponses du droit pour les individus vulnérables (Marques et Miragem, 2014).

(b) Une reconnaissance limitée

La faiblesse de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit se prolonge dans les limites de l'application jurisprudentielle (1) et politique (2) des droits consacrés.

(b1) L'application jurisprudentielle

En n'ayant pas repris à travers un texte particulier les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant, l'effectivité de la CIDE en France apparaît comme imparfaite. Cette idée d'imperfection semble confortée à l'étude de la jurisprudence française (Pichard, 2010).

En effet, par l'arrêt Lejeune de 1993 (Civ. 1^{re}, 10 mars 1993) traitant d'un litige lié à l'exercice du droit de visite et d'hébergement, la Cour de cassation a refusé l'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant. Cette position de la Haute juridiction française était, à juste titre, critiquée. Par plusieurs arrêts, notamment celui rendu le 14 juin 2005 par la première Chambre civile (Civ. 1^{re} civ., n° 04-16.942), la Haute juridiction a opéré un revirement en proclamant l'application directe des articles 3-1, prévoyant la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions le concernant, et 12-2, garantissant à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question le concernant, de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant (Courbe, 2006). Ce changement de position de la Cour de cassation française mérite les éloges car la Convention devrait bénéficier d'une présomption d'applicabilité directe.

En outre, une telle reconnaissance est justifiée par le fait que la Convention de New York proclame des droits qui sont d'ores et déjà reconnus en droit positif. Certains de ces droits, comme le droit au nom, existaient déjà avant la Convention, d'autres ont été introduits depuis sous l'influence explicite de la Convention, à l'instar du droit pour l'enfant d'être entendu au cours d'une procédure judiciaire. De fait, l'évolution de la jurisprudence française quant à l'application de la Convention ne constitue pas un réel bouleversement (Courbe, 2006). Pourtant, il convient de relever que la Cour de cassation française ne reconnaît l'applicabilité directe que de certaines dispositions : les articles 3-1 relatif à l'intérêt supérieur et 12 (Civ 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20613). Plus précisément, il y a une application intensive de l'article 3-1 et une application exceptionnelle des autres dispositions par les juges (Gouttenoire, 2012a), ce qui peut rendre la protection des mineurs imparfaite. Néanmoins, l'inquiétude devrait disparaître puisque la Convention internationale des droits de l'enfant fait partie intégrante du corpus de normes appliquées par les juridictions françaises et européennes.

La question de l'effectivité des droits de l'enfant et de l'adolescent se retrouve également en droit brésilien (Souza, 2008). Certes, ce problème d'effectivité ne découle pas en soi d'une difficulté quant à la reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant, le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent s'y inspirant, mais pourtant il se

ressent à de nombreux égards : l'importance du travail des enfants, la difficulté d'accès à l'éducation et aux soins, les nombreuses violences subies par les enfants et adolescents, la situation de grande pauvreté... Cette contrariété à la protection des enfants et des adolescents est confirmée par la jurisprudence (Oliveira, 2009) et peut être imputée à l'insuffisance des politiques publiques.

(b2) La mise en œuvre des politiques publiques

Si en France et au Brésil, l'objectif est de protéger les enfants en les reconnaissant comme sujet de droit, la mise en œuvre des droits de l'enfant est critiquée, les politiques publiques présentant des défaillances pour garantir l'effectivité de ces droits. En ce sens, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans ces derniers rapports a émis des critiques sur les politiques menées en France¹⁶ et au Brésil¹⁷.

Pour la France, si le Comité a accueilli avec satisfaction le rapport, il a soulevé plusieurs critiques démontrant les améliorations possibles des droits de l'enfant. Ainsi, l'amélioration de la vie privée et des données à caractère personnel des mineurs, ainsi que de la liberté d'expression, est évoquée. Aussi, et peut-être plus problématique, les violences subies par les enfants méritent d'être mieux pris en compte par les politiques publiques françaises. Tel est le cas concernant les châtiments corporels qui font actuellement débats quant à leur éventuelle interdiction. Depuis quelques années, un nouveau problème social et politique est apparu en France avec l'arrivée massive de migrants. Le traitement des familles et des enfants est fortement critiqué notamment quant au faible respect des droits de l'enfant pour les migrants mineurs, qualifiés en droit français de mineurs étrangers isolés, lesquels se voient exclus du droit (Bouix et Slama, 2014). Les politiques publiques françaises doivent évoluer afin d'aider avec dignité ces enfants, quant à l'accès à la santé (Isidro, 2014), à l'éducation (Meier-Bourdeau, 2014) et à une vie exempte de pauvreté.

Pour le Brésil, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a incité l'Etat à améliorer l'effectivité des droits de l'enfant à travers une amélioration des politiques publiques. Il est vrai que de trop nombreux exemples démontrent un échec certain des politiques publiques, et de fait de l'application d'un droit protecteur aux enfants et adolescents brésiliens. Ainsi, la pauvreté des enfants (Correa, 2013), plus particulièrement ceux vivants dans la rue, démontre un échec de la reconnaissance effective de l'enfant comme sujet de droit. Cette pauvreté implique un accès difficile à la nourriture (Felicciati, 2005), le développement de la criminalité (Paula, 2015)¹⁸, mais aussi du travail des enfants¹⁹, puisque 2,7 millions d'enfants et d'adolescents y seraient contraints d'après le *Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos*. De manière générale, les violences à l'encontre des enfants sont nombreuses²⁰, ce qui constitue une atteinte aux droits fondamentaux des enfants et adolescents brésiliens.

Peut-être que l'origine de ces problèmes prend sa source dans le droit à l'éducation. En

¹⁶ Rapport consultable en ligne : Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, Adoptées par le Comité à sa soixante et onzième session (11-29 janvier 2016), CRC/C/SR.2104 : <http://www.ohchr.org>.

¹⁷ Rapport consultable en ligne : Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Brazil, 29 oct. 2015) CRC/C/BRA/CO/2-4 : <http://www.ohchr.org>.

¹⁸ L'importance de la jurisprudence brésilienne sur les infractions commises par les mineurs le démontre. Voir par exemple : *Apelação Cível n° 78.191-0/6 – Comarca de São Paulo – TJSP, rel. Des. Nuevo Campos – j. 24/09/01.*

¹⁹ Notamment pour les cultures agricoles : *Apelação Cível n° 44.465-0/3 – Comarca de Matão – TJSP, rel. Des. Otterer Guedes, j. 30/07/98.*

²⁰ Voir le rapport de : Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, "Balço das Denúncias de Violações de Direitos Humanos", 2016 : <http://www.sdh.gov.br/disque100/balancos-e-denuncias/balanco-disque-100-2016-apresentação-completa/>.

principe garanti en droit, sa mise en œuvre défaillante est l'une des limites principales des politiques publiques entreprises (Silveira, 2010). Au delà des déficits matériels et en termes de qualité en ce qui concerne l'enseignement public, ces dernières années, des mouvements conservateurs soutiennent des projets de loi tendant à restreindre l'autonomie des enseignants et le développement de l'esprit critique parmi les jeunes étudiants²¹.

Si le XXe siècle a consacré des droits pour l'enfant, le XXIe doit poursuivre leur extension et leur mise en œuvre. L'enfant et l'adolescent, quelle que soit leur nationalité, doivent être protégés et reconnus, sans doute possible, comme sujet de droit. La Convention internationale des droits de l'enfant a été une avancée considérable. Son application doit être poursuivie et intensifiée par les États, qui doivent mettre en place toutes les politiques publiques possibles pour atteindre les objectifs de la Convention et rendre sa protection effective. Et peut-être qu'un nouvel instrument international tel qu'un protocole additionnel à la Convention pourrait être envisagé, avec une force contraignante renforcée pour rendre ces droits encore plus forts (Bobbio, 1992d), permettant également d'améliorer la protection des droits patrimoniaux des mineurs. Ces évolutions seraient à même de contribuer à une reconnaissance de la qualité de sujet de droit aux enfants et adolescents de manière plus aboutie.

Références

- ANCEL, B. 2014. L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie. *LPA*, **62**:6-12.
- BARBOSA, H. H. G. 2011. Melhor interesse da criança e do adolescente (princípio do). In : R. L. Torres; E. T. Kataoka; F. Galdino (coord.), *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro, Elsevier, p. 835-840.
- BOBBIO, N. 1992. *A era dos direitos*. 13^a ed. Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 219 p.
- BONFILS, P. ; GOUTTENOIRE, A. 2014. *Droit des mineurs*. 2a ed. Paris, Dalloz, 1248 p.
- BOUIX, A. ; SLAMA, S. 2014. Dossier « Mineurs isolés étrangers » : La fabrique d'un infra-droit d'exclusion. *AJ Fam*, **2** :84-89.
- BREDA, B. 2015. *E a escola o lugar da infância ? Um estudo sobre o desenvolvimento da infância brasileira na legislação do século XX*. Tese (doctorado), São Paulo, 130 p.
- CAPPELAERE, G. VERHELLEN, E. 1992. Les enfants et les lois dans une perspective internationale. *Enfance*, **46**(3):265-277.
- CARBONNIER, J. 2002. *Droit civil, T. 2. La famille*. Coll. « Thémis ». 21 ed. Paris PUF, 748 p.
- CARBONNIER, J. 2004. *Droit civil. Vol. 1*. Paris, PUF, 1496 p.
- CASSIDY, C. 2012. Children's Status, Children's Rights and « dealing with » Children. *International Journal of Children's rights*, **20**:57-71.
- CASSIN, R. 1972. Colloque de Nice, 1971, *Science Des Droits de L'homme : Méthodologie et Enseignement*, RDH, Vol. V., 405 p.
- CAZALS, J. 1976. *Age et droit privé*. Thèse (doctorat), Paris II, 1096 p.
- CERQUEIRA, T. T. 2010. *Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente, Teoria e Prática*. 2 ed. Niterói, 518 p.
- COELHO, B. L. 1994. O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança. *Revista de Informação Legislativa*, **123**:265-266.

²¹ Pour faire face à ces menaces, des forces politiques de résistance se sont articulées et elles ont réussi à obtenir à la fin de l'année 2018 l'abandon du projet de loi « *Escola sem Partido* » qui était discuté au Congrès National. Une victoire, tout au moins temporaire, pour la promotion de la liberté d'expression, de l'autonomie des enseignants et du droit à l'éducation des enfants.

- COMMAILLE, J. 2007. Les politiques publiques à destination de l'enfant. In : E. Paillet; J. J. Sueur (coord.), *Le droit et les droits de l'enfant*. Paris, L'Harmattan, p. 11-17.
- CORREA, P. M. 2013. Poverty as violation of human rights : the case of Children in Guatemala and Brazil. *Revista de Direito Internacional*, **10**(2):333-352.
- CORNU, G. 1961. L'âge civil. In : AAVV., *Mélanges Roubier*. T. 2. Paris, Dalloz-Sirey, p. 9-36.
- COSTA-LASCOUX J. 1988. Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs, « Intérêt de l'enfant » et « droits de l'enfant », De quel droit ? De l'intérêt aux droits de l'enfant. *Cahiers du CRIV*, **4**:161-ss.
- COURBE, P. 2006. L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant. *Reccueil Dalloz*, **22**:1487-1490.
- CUSTÓDIO, A.; MOREIRA, R. 2015. A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras. Brasília, *Revista Brasileira de Políticas públicas*, **5**(1):223-245.
- CURY, M. (Coord.). 2018. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13 ed. São Paulo, Malheiros, 1592 p.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. 2010. *Les droits de l'enfant*. 9 ed. Paris, PUF, 117 p.
- DE DINECHIN, P. 2006. *La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l'homme: le cas de l'intégration de la convention des droits de l'enfant dans les droits nationaux en Amérique latine*. Thèse (doctorat), École doctorale Europe latine et Amérique latine, 460 p.
- DINIZ, M. H. 2018. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil*. 35 ed. São Paulo, Saraiva, 640 p.
- DREIFUSS-NETTER, F. 2006. Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie. In : AAVV., *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*. Paris, Dalloz Litec, p. 95-111.
- EDEL, V. 2009. L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant. *RRJ*, **2**:579-604.
- ELIAS, R. J. 2010. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 310 p.
- FELICIATI, C. 2005. The Right to Food for Children in Brazil : A 'Modest proposal' ? *The International Journal of Children's Rights*, **13**:413-431.
- FONSECA, A. C. 2011. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo, Atlas, 203 p.
- FREEMAN, M. 1997. *The Moral Status of Children. Essays on the Rights if the Child*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 395 p.
- FULCHIRON, H. 2016. L'intérêt supérieur de l'enfant : encore et toujours. *Dr. Fam*, **6**:59-ss.
- GAVALDA-MOULENAT, C. 2016. Le mineur face à la justice pénale. In : D. Blanc (coord.), *Age(s) et Droit(s) – De la minorité à la vieillesse, au miroir du droit*. Varenne, Institut Universitaire Varenne, p. 51-67.
- GOUTTENOIRE, A. 1994. *L'enfant et les procédures judiciaires*. Thèse (doctorat). Université Lyon 3, 483 p.
- GOUTTENOIRE, A. 2010. Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. *LPA*, **200**:24-27.
- GOUTTENOIRE, A. 2012. L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant. *LPA*, **50**:17-20.
- GOUTTENOIRE, A. 2012. Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant. In : *Mélanges Françoise Dekeuwer-Défossez*. Paris, Montchrestien-Lextenso, p. 147-160.
- GOUTTENOIRE, A. 2012. La capacité usuelle. In : *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*. Paris, LexisNexis-Dalloz, p. 163-177.
- GRANET-LAMBRECHTS, F. 2011. Les droits de l'enfant dans les législations européennes.

- RLDC, suppl. au, **87**:41-45.
- GRZEGORCZYK, C. 1989. Le sujet de droit : trois hypostases. In: F. Terre (coord.), *Le sujet de droit*. Archives de philosophie du sujet. T. 34. Paris, Sirey, p. 9-24.
- GUERIN, D., PERON, M. 2017. Seuils d'âge en droit des contrats et en droit des affaires. In: D. Guerin (coord.), *Jeunesse et droit*, AJ Fam, n° 10, p. 516-518.
- HAMADI, H. 2007. Le statut européen de l'enfant. In: E. Paillet ; J. J. Sueur (coord.), *Le droit et les droits de l'enfant*. Paris, L'Harmattan, p. 161-192.
- HAUSER, J. 2000. La notion d'incapacité. *LPA*, **164**:3-8.
- HENNEBEL, L.; TIOUDJA, H. 2016. *Traité de droit international des Droits de l'homme*. Paris, Pedone, 1461 p.
- HELLERINGER, G. GARCIA, K. 2014. Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé. *RIDC*, **2**:283-336.
- HILT, P. 2004. L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants. *Aj fam*, **11**:384-389.
- HOFFMANN, S.-L. 2016. Human Rights and History. *The Past and Present Society*, **232**:279-310.
- HUNT, L. 2007. *A Invenção dos Direitos Humanos. Uma história*. São Paulo, Companhia das Letras, 288 p.
- ISIDRO, L. 2014. L'accès à la santé des mineurs isolés étrangers. *Aj Fam.*, **2** :103-106.
- JAYME, F. G. 2008. A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, **53**:79-102.
- LAVALLEE, C.; ZERMATTEN, J. 2015. *La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme*. Bruxelles, Bruylant, 335 p.
- LEMOULAND, J.-J. 1997. L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation, *RTD civ.*, **1**:1-24.
- LOTUFO, R. 2016. *Código Civil comentado*. 3 ed. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 680 p.
- MACHADO, M. 2003. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, Manole, 2003.
- MALUF, C. A.; MALUF, A. 2018. *Introdução ao Direito Civil*. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 608 p.
- MARIA, I. 2006. *Les incapacités de jouissance: étude critique d'une catégorie doctrinale*. Thèse (doctorat). Univ. Saint-Etienne, 392 p.
- MARIA, I. 2009. De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits. *JCP G*, **149**(I):17-21.
- MARQUES, C.; MIRAGEM, B. 2014. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2 ed. São Paulo, RT, 256 p.
- MAZABRAUD, B. 2017. *De la juridicité, Le droit à l'école de Paul Ricoeur*. Rennes, PUR, 286 p.
- MEIER-BOURDEAU, A. 2014. La scolarité des mineurs isolés étrangers. *Aj Fam*, **2**:102-s.
- MEUNIER, G. 2002. *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des États parties*. Paris, L'Harmattan, 254 p.
- MEYZEAUD GARAUD, M.-C. 1998. *De la minorité à la majorité : la progression vers la condition juridique de majeur*. Thèse (doctorat). Univ. Limoges, 641 p.
- MILANEZI, F. M. 2015. *Direitos humanos das crianças e dos adolescentes e as políticas públicas no brasil, de Fernando Henrique a Lula*. Thèse (doctorat). Univ. de Salamanca, 467 p.
- MIRAGEM, B. 2013. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. São Paulo, RT, 944 p.
- MONACO, G. 2005. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte, Del Rey, 398 p.
- NEIRINCK, C. et al. 2014. *La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), une convention particulière*. Thèmes & commentaires. Paris, Dalloz, 278 p.
- OLIVEIRA, S. D. 2009. *Crônicas do Juiz das Crianças, Direitos & Deveres*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 208 p.

- PAULA, L. 2015. Da questão do "menor" à garantia dos direitos. *Civitas*, **15**(1):27-43.
- PELUSO, C. (Coord.) 2018. *Código Civil Comentado*. 12 ed. São Paulo, Manole, 2352 p.
- PEREIRA, C. M. 2018. *Instituições de Direito Civil, Introdução ao direito civil. Teoria Geral de Direito civil*. Vol. 1. 31 edição. Rio de Janeiro, Forense, 632 p.
- PLAZY, J.-M. 1998. *La personne de l'incapable*. Thèse (doctorat). Univ. Bordeaux, 556 p.
- PICHARD, M. 2010. L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode (s). *LPA*, **200**:7-11.
- PIOVESAN, F. 2018. *Temas de Direitos Humanos*. 10 ed. São Paulo, Saraiva, 728 p.
- POUMAREDE, J. 2012. De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution. *LPA*, **50**:13-16.
- RASSON, A.-C. 2016. La protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'enfant : une utopie ? *RTDH*, 481-521.
- RENCHON, J.-L. 2010. Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? *LPA*, **200**:29-34.
- RENUCCI, J.-F. 2017. *Droit européen des droits de l'homme*. 7 ed. Paris, LGDJ Lextenso, 527 p.
- REDOR-FICHOT, M.-J. 2006. Synthèse. In: M.-J. Redor-Fichot; J.-M. Larralde (coord.), *L'enfant. Cahiers de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit*, PUCBN e CRDFED, **5**:109-114.
- RICOEUR, P. 1995. *Le Juste. I*. Paris, Esprit.
- RIZZARDO, A. 2016, *Introdução ao direito e parte geral do código civil*. 8 ed. São Paulo, GEN – Forense, 960 p.
- SANDRAS, C. 2000. *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*. Thèse (doctorat). Paris II, 846 p.
- SERVEL, J.-P. 1978. *La notion d'intérêt de l'enfant, essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*. Thèse (doctorat). Aix-en-Provence, 473 p.
- STEUDLER-ZINSZNER, A. 2004. *Enfant et droit d'expression. Application de la Convention des Nations Unies*. coll. Les cahiers de l'ESSP. Vol. 39. Lausanne, Ecole d'études sociales et pédagogiques, 128 p.
- SILVEIRA, A. A. 2010. *O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)*. Thèse (doctorat). Faculdade de Educação, Universidade São Paulo, 303 p.
- SOUZA, J. 2008. *A efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Pillares, 282 p.
- STALFORD, H. SCHURRMAN, M. 2011. Are We the yet? : The Impact of the Lisbon Treaty on the EU Children's Rights Agenda. *Int'l J. Childs. Rts.*, **19**(3):381-403.
- SUDRE, F. 2016. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Droit fondamental. 13 ed. Paris, PUF, 939 p.
- TALLET, J.-F. 1983. *Incapacité ou capacité du mineur*. Thèse (doctorat). Univ. de Bordeaux, 653 p.
- TETARD, S. 2015. La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation. *LPA*, **139-140**:17-22.
- YOUF, D. 2002. *Penser les droits de l'enfant*. Questions d'éthique. Paris, PUF, 279 p.

Submitted: 18/12/2018

Aceito: 18/10/2019