

Certitudes et incertitudes au coeur des droits de l'enfant

Valentine Fau

Volume 64, Number 1, March 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1097338ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1097338ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fau, V. (2023). Certitudes et incertitudes au coeur des droits de l'enfant. *Les Cahiers de droit*, 64(1), 107–135. <https://doi.org/10.7202/1097338ar>

Article abstract

The law has long stood as the symbol of certainty. Certainty was its ultimate quest and the key word in its construction and operation. However, with the so-called post-modern approaches to socio-legal regulation, uncertainty is gradually making its way into the legal universe. If there were a privileged passage to impel it, the field of children's rights would probably be it. This specific legal field is indeed permeated by uncertainty in many aspects. It deals with singular subjects who, depending on their age, are not the free and rational individuals who are traditionally envisaged by the law and, what more, who are going through a period of unparalleled transition. Therefore, it is not surprising to find many traces of uncertainty in children's rights, including the imprint of the field's flagship concept, i.e., the child's interest, supported by its strong flexibility. Having established this, this article will then seek to question this uncertainty from the perspective of the principle of children's participation in decisions that concern them. While we may strive to combat uncertainty by limiting the effectiveness of their participation, we could also venture into it, taking the risk of losing our way, but also and above all, of finding new openings for children's rights.

Certitudes et incertitudes au cœur des droits de l'enfant

Valentine FAU*

*La connaissance est une navigation
dans un océan d'incertitudes à travers
des archipels de certitudes.*

Edgar Morin

Le droit a longtemps figuré comme le symbole de la certitude. Cette dernière constituait sa quête ultime ainsi que le maître-mot de sa construction et de son fonctionnement. Pourtant, à la faveur des approches dites post-modernes de la régulation sociojuridique, l'incertitude s'immisce progressivement dans l'univers juridique. S'il était un passage privilégié pour l'impulser, le droit des enfants ferait probablement office de favori. Ce champ juridique spécifique est en effet imprégné d'incertitude sous de nombreux aspects. Il appréhende des sujets singuliers, qui ne sont pas, selon leur âge, les individus libres et rationnels que le droit envisage traditionnellement et, qui plus est, qui traversent une période de transition sans pareille. Dès lors, nul ne se surprendra à

* Docteur en droit.

Les réflexions soumises dans le cadre de cet article font suite à la thèse de doctorat de l'auteure intitulée «Les droits de l'enfant sous l'angle du régime de régulation post-moderne» qu'elle a effectuée à l'Université de Montréal sous la direction du professeur Pierre Noreau et soutenue en mars 2022. Aussi, de nombreux éléments sont inspirés de ce travail doctoral et constituent l'approfondissement d'aspects présentés plus brièvement dans la thèse.

Le parcours doctoral de l'auteure duquel émergent les réflexions posées ici a été marqué par sa rencontre et sa brève collaboration avec le professeur Dominique Goubau. En plus de ses écrits inspirant en la matière, celui-ci s'est montré très disponible pour en discuter et partager son savoir. C'est donc un honneur que de soumettre ce texte en hommage à sa riche contribution.

Article mis à jour le 10 novembre 2022.

En vertu des règles linguistiques de la revue, l'utilisation de la seule forme masculine vise à alléger le texte et, selon les circonstances, elle désigne aussi bien les femmes que les hommes.

trouver ici et là, dans les droits de l'enfant, de nombreuses traces d'incertitude, dont l'empreinte de la notion-phare du domaine, celle de l'intérêt de l'enfant, appuyée par sa forte flexibilité. Ce constat établi, cet article cherchera ensuite à explorer cette incertitude sous l'angle du principe de la participation des enfants aux décisions qui les concernent. Si l'on peut s'évertuer à combattre l'incertain en limitant l'effectivité de la participation, on pourrait également s'aventurer dans ce monde de l'incertitude, prendre le risque de s'y perdre, mais aussi et surtout, celui d'y trouver de nouvelles ouvertures pour les droits de l'enfant.

The law has long stood as the symbol of certainty. Certainty was its ultimate quest and the key word in its construction and operation. However, with the so-called post-modern approaches to socio-legal regulation, uncertainty is gradually making its way into the legal universe. If there were a privileged passage to impel it, the field of children's rights would probably be it. This specific legal field is indeed permeated by uncertainty in many aspects. It deals with singular subjects who, depending on their age, are not the free and rational individuals who are traditionally envisaged by the law and, what more, who are going through a period of unparalleled transition. Therefore, it is not surprising to find many traces of uncertainty in children's rights, including the imprint of the field's flagship concept, i.e., the child's interest, supported by its strong flexibility. Having established this, this article will then seek to question this uncertainty from the perspective of the principle of children's participation in decisions that concern them. While we may strive to combat uncertainty by limiting the effectiveness of their participation, we could also venture into it, taking the risk of losing our way, but also and above all, of finding new openings for children's rights.

Durante mucho tiempo, el derecho ha figurado como el símbolo de la certeza, esta última supone su objetivo final, es la clave de su constitución y de su funcionamiento. Sin embargo, debido a los llamados enfoques posmodernos de la regulación sociojurídica, la incertidumbre

se ha ido infiltrando gradualmente en el universo jurídico. Si se tratara de un pasaje privilegiado para impulsarlo, el derecho de menores sería probablemente el predilecto. De hecho, específicamente este ámbito jurídico, se encuentra colmado de incertidumbre en muchos aspectos pues se trata de sujetos singulares, que por la edad, no son individuos libres y racionales, considerados tradicionalmente como tales por el derecho y que además, atraviesan por un periodo de transición sin igual. Es por ello que a nadie le sorprende encontrar en los derechos del niño, aquí y allá, numerosos rastros de incertidumbre, cuyas huellas de la noción fundamental del ámbito es aquella del interés del menor la cual está sustentada en su marcada flexibilidad. Una vez que se haya establecido esta observación, este artículo tratará de cuestionar dicha incertidumbre, basándose desde la óptica del principio de la participación de los menores en las decisiones que les conciernen. Si bien podemos esforzarnos en limitar la efectividad de la participación para combatir la incertidumbre, igualmente podríamos probar lo contrario y asumir el riesgo de perdernos, pues también podríamos encontrar, sobre todo, nuevos indicios para los derechos del niño.

	<i>Pages</i>
1 Le droit et ses certitudes	110
1.1 L'approche moderne du droit en quête de certitudes.....	112
1.2 L'approche post-moderne du droit et le recul des certitudes.....	114
2 L'enfant du droit et ses incertitudes	116
2.1 Tu comprendras quand tu seras plus jeune! L'enfant insaisissable.....	117
2.1.1 Un sujet pas comme les autres : l'enfant irrationnel et dépendant.....	117
2.1.2 De 0 à 18 ans: un sujet évolutif.....	119
2.2 Indices d'incertitude dans les droits de l'enfant	121
2.2.1 Le droit des enfants, un droit d'entre-deux	121
2.2.2 L'intérêt de l'enfant, imprécision et flexibilité	124
3 La certitude de l'incertitude dans les droits de l'enfant Et après?	127
3.1 La peur de l'incertitude ou comment la combattre : limiter la participation des jeunes	128
3.2 Les promesses de l'incertitude ou comment en tirer profit : renforcer la participation des jeunes.....	133

Le droit et l'enfance constituent deux univers très différents, souvent placés aux antipodes l'un de l'autre, mais qui ont cela en commun d'avoir subi de profondes mutations dans les dernières décennies. Nous désignons là le droit et l'enfance en tant que tels, et plus encore les connaissances et réflexions entourant ces deux ensembles, le premier étant entendu comme outil privilégié de régulation sociale et l'enfant comme l'un des sujets de cette régulation. En outre, nous retrouvons dans leurs récentes mutations de multiples similarités permettant de les penser intégrés au sein d'un élan plus global de transformations épistémologiques. Ainsi, les évolutions du droit et de l'enfance s'influencent les unes les autres ou, plus directement, se répondent. D'un point de vue phénoménologique et scientifique, ces évolutions semblent converger vers plusieurs paramètres communs tels que le pluralisme, la flexibilité, la négociation, la complexité et l'incertitude.

Dans le présent article, nous proposons de nous arrêter plus spécifiquement sur ce dernier paramètre, celui de l'incertitude. Un terme que l'on retrouve de plus en plus fréquemment tant dans les études relatives au droit que dans celles touchant à l'enfant. Nous l'aborderons ici quant au domaine qui lie le droit à l'enfant, celui des droits de l'enfant. Nous réfléchirons notamment à la place et à la signification de l'incertitude dans ce champ juridique. Plus prospectivement, nous nous interrogerons également, après avoir repéré plusieurs indices d'incertitude dans le droit positif des enfants, sur ce qu'elle peut apporter au domaine, en inquiétudes et en espérances. Finalement, il s'agira de proposer une introspection des droits de l'enfant en accord avec l'incertitude qui leur est propre.

Nous appréhenderons tout d'abord l'univers juridique par le biais de l'incertitude, soulignant le passage d'une approche moderne vénérant les certitudes vers une approche post-moderne explorant l'incertitude (1). Ciblant plus particulièrement le droit des enfants, nous relèverons ensuite ici et là quelques marqueurs d'incertitude propres à ce domaine (2). Pour finir, nous explorerons les potentialités de cette incertitude, tant lorsqu'elle fait peur que lorsqu'elle fait espérer, en insistant sur l'importance que revêt la participation des enfants au système normatif qui les entoure (3).

1 Le droit et ses certitudes

L'univers du droit a longtemps servi la quête de la certitude. Au principe de prévoyance s'alliaient dès lors ceux de l'uniformité, de la clarté, de la stabilité ou encore de l'exhaustivité. Pourtant, l'incertitude semble y gagner de plus en plus de terrain, à la faveur des approches post-modernes du droit et des remises en question croissantes des acquis de la modernité.

L'adjectif « moderne » que nous apposons au droit dans cette première section cible un contexte socioanalytique particulier qui, en accord avec Jacques Chevallier, rend compte « du mode de construction sociale qui s'est imposé en Occident, s'appuyant sur la référence à certaines valeurs et débouchant sur certains équilibres sociaux¹ ». Le droit moderne désignera ainsi l'approche et la construction théoriques de l'univers juridique qui furent alors envisagées et continuent d'être modélisées par les auteurs, principalement juristes et sociologues, qui s'y intéressent a posteriori. Conscients des limites relatives au contenu sémantique de ce terme², nous l'employons néanmoins, non pas pour rendre parfaitement compte du fonctionnement et de la structure du droit, mais plutôt pour l'envisager tel que la théorie moderne ambitionne sa perfection. Autrement dit, si nous esquissons brièvement quelques traits du droit moderne, il s'agit d'une représentation de l'idéal qu'il poursuit bien plus que de ce qu'il est en réalité.

Nous décrivons ainsi la figure type du droit moderne théoriquement reliée à une approche libérale : un droit neutre, objectif, garant des libertés de chacun et confiné dans une structure pyramidale hors du social dans une logique analytique purement formelle. Née au cœur de l'ère de la Raison³, aspirée dans l'élan hégémonique des sciences positivistes, cette approche du droit se lance dans la quête des certitudes. Le droit doit permettre de tout prévoir et pour ce faire, il doit être ferme, clair, exhaustif, supérieur et parfaitement structuré ; un droit si limpide que par lui, tout devient certain (1.1). Avançant pas à pas dans la modernité (ou franchissant le pas

-
1. Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 114 *RDP* 659, (Voir la page 2 de la version en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01728684/document>).
 2. Sans nous aventurer dans la datation précise du début et de la fin de la modernité, celle-ci étant hautement discutée dans la littérature, et connaissant bien des divergences selon l'angle disciplinaire ou même selon les perspectives envisagées au sein de la même discipline, nous l'identifierons plutôt à l'aide des caractéristiques qui l'ont fait naître, et qui, bien qu'également objets de débats, nous semblent plus consensuelles. Pour ce faire, nous nous appuyerons sur le Dictionnaire critique de la sociologie de Raymond Boudon et François Bourricaud dans lequel les auteurs caractérisent la modernisation « comme un processus de *mobilisation*, de *différenciation* et de *laïcisation* » ; Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Presses universitaires de France, 7^e édition, Paris, 2005, p. 397. Au sujet du concept de modernité, de ses significations et caractéristiques analysées dans une perspective sociologique du droit, on pourra lire l'excellent texte de Guy ROCHER, « Modernité, pouvoirs et droit », *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 185. Notons pour finir que derrière une apparente uniformité, le droit moderne masque de nombreuses disparités ou évolutions tant structurelles qu'idéologiques.
 3. Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 3.

de la postmodernité selon les différentes perspectives), le phénomène de socialisation du droit n'a cessé d'ébranler cette représentation. Le droit se rapproche de ses sujets, il est directement lié à ses effets sociaux et s'inscrit dès lors dans les politiques publiques de rééquilibrage ou d'égalisation sociale. Il concilie sa fonction de référence avec celle de ressource⁴, se fonde dans des constructions négociées et plurielles qui l'obligent à revoir certaines de ses certitudes.

C'est ce portrait revisité du droit, que nous qualifions de post-moderne, qui attirera notre attention dans la seconde section. Le terme «post-moderne», fort débattu dans la doctrine, relève d'un simple positionnement linguistique bien plus que d'un argument idéologique; nous pensons, comme bien d'autres⁵, qu'il peut à la fois désigner ce que certains considèrent comme l'exacerbation des caractéristiques du droit moderne, là où d'autres y voient l'émergence d'un régime nouveau. Si l'évolution du régime est certaine, le caractère radical de ses transformations l'est moins. Celles-ci seraient plus continues que brutales, plus progressives que soudaines, de l'ordre de l'adaptation bien plus que de la métamorphose. Quoi qu'il en soit, les théories post-modernes du droit dépeignent une normativité plus flexible, qui serait coconstruite dans le cadre d'interactions entre les pôles régulés/régulants. Absorbé dans une structure régulatoire en réseau, le droit intègre une validité multidimensionnelle dans laquelle la légalité se mêle à la légitimité et à l'effectivité⁶. L'univers juridique doit jouer non seulement avec de nouveaux acteurs, mais également avec un pluralisme normatif complexe plongeant le modèle juridique et son exercice dans une incertitude patente (1.2).

1.1 L'approche moderne du droit en quête de certitudes

*La règle nous délivre des fantaisies,
des tourments de l'incertitude.*

Joseph Joubert

L'archétype du droit dans le cadre du régime de régulation moderne est fondamentalement en quête de certitudes. Dans sa structure, sa texture, son fonctionnement et son ambition, aucune place n'est laissée au doute.

4. Tel que l'envisage Jacques Commaille dans Jacques COMMAILLE, *A quoi nous sert le droit?*, Paris, Gallimard, 2015, p. 65-93.

5. Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, p. 16.

6. Voir en ce sens la théorie tridimensionnelle de la validité du droit s'articulant autour des critères formels, empiriques et axiologiques, développée dans François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 324.

Tout doit être certain et ce qui ne l'est pas doit le devenir, c'est le travail du droit et de ses théoriciens.

En premier lieu, la structure correspondante à cette figure moderne du droit est radicalement imagée par Hans Kelsen qui nous donne à voir sa théorie pure du droit sous forme pyramidale⁷. Au sommet de cette dernière, la norme constitutionnelle garantit l'unicité et l'uniformité de l'ensemble qu'elle couronne. Les normes qu'elle surplombe sont ensuite générées par démultiplication depuis ce foyer unique. Une hiérarchie s'établit ainsi entre les normes qui s'intègrent dans la structure dans le respect du principe de non-contradiction⁸. La pyramide abrite un univers du droit conséquemment stable, uniforme, simple⁹ et, bien évidemment, certain ; un monde sans subjectivité et qui nie toute possibilité d'entre-deux.

En second lieu, la logique de raisonnement en œuvre dans l'univers juridique moderne, ou plutôt dans le modèle idéal que construisent les juristes à son propos, exclut également l'incertitude par une mécanique déductive de type binaire. Plusieurs dispositifs se déploient dès lors depuis un système exclusif d'appartenance et de non-appartenance¹⁰ ; blanc ou noir, il n'y a pas de gris. En ce sens, la question de la validité du droit dépend de l'unique formule de sa légitimité. Sa validité est purement formelle et parfaitement interne à la structure juridique elle-même, sous la réserve de sa compatibilité avec la supralégalité des normes constitutionnelles, formant de la sorte ce que d'aucuns ont nommé la dogmatique juridique¹¹.

Cette dogmatique est ainsi garante de l'objectivité du droit, dont résulte une séparation stricte entre le juridique et le social : le premier intervient hors, sinon au-dessus du second. L'État, détenteur du monopole juridique, ne s'immisce aucunement dans les équilibres sociaux¹². C'est la figure de l'État garant, sous-entendu garant du plus grand déploiement des libertés de chacun dans le respect de celles des autres. Ainsi, la neutralité se fait l'une des valeurs fortes du droit moderne. À ses côtés, on associe également au droit des prétentions d'exhaustivité : pouvoir prévoir toutes les situations et surtout les conséquences auxquelles mènera chacune d'elle.

7. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J., 1999.

8. François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès. Quel modèle pour un droit post-moderne ? », *Le Journal des Procès*, vol. 179, 1990, p. 14, à la p. 16.

9. Luc GONIN, *L'obsolescence de l'État moderne. Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'État français*, Genève, Schulthess, 2011, p. 376.

10. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 6, p. 11.

11. Simone GOYARD-FABRE, « Les fondements de la légalité », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 29, à la page 33.

12. Karim BENYEKHLEF et autres, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 32.

Marque frappante de sa quête de certitude, le droit doit avoir réponse à tout : tel comportement est-il légal ? Et à défaut, quelles conséquences juridiques découleront de ce comportement ? Pour couvrir l'intégralité de ces réponses, le droit exclut les zones d'entre-deux. Nous retrouvons la logique binaire dont nous parlions plus haut et qui s'expose ici par le biais du couple primaire légal/illégal déferlant sur d'autres duos tels que coupable/non coupable, responsable/irresponsable, capable/incapable, enfant/adulte, etc. En outre, la condition indispensable afin de préserver ce système d'exclusivité et d'exhaustivité est la clarté des règles. Chacun doit savoir à quoi s'attendre et pouvoir prédire avec certitude ce qui adviendra du traitement juridique des situations ou comportements. Aucun chevauchement n'est permis, au risque de déstabiliser l'ensemble, au risque de glisser dans l'incertitude...

À la faveur du phénomène de socialisation du droit, dans lequel l'État s'arme du droit avec des ambitions de rééquilibrage social, dans lequel cette arme s'évalue dorénavant quant à son effectivité sociale, dans lequel les frontières jusqu'alors si hermétiques entre l'univers juridique et l'univers social se fondent peu à peu dans des relations d'interconstruction sinon de coconstruction, les certitudes du droit moderne perdent de leur vigueur... Et ce jusqu'à ce qu'une approche renouvelée du droit et de la régulation, qualifiée de post-moderne, vienne clore le débat en érigeant pour la première fois l'incertitude au rang des caractéristiques, sinon des valeurs de ce système redessiné.

1.2 L'approche post-moderne du droit et le recul des certitudes

À la faveur d'un glissement épistémologique englobant l'univers juridique, les certitudes du droit moderne se sont peu à peu estompées. De multiples raisons sont avancées pour justifier cet ébranlement progressif : la globalisation, l'évolution des pratiques sociales, la spécification et la pluralisation des normes et de leurs interactions, l'investissement social du droit, etc. Quelle qu'en soit l'origine, de nombreux postulats fondamentaux du droit moderne sont remis en cause.

La pyramide kelsenienne, symbole central du positivisme juridique, connaît de nombreux déséquilibres allant jusqu'à s'écrouler chez les plus radicaux : elle ne saurait résister aux mouvements post-modernes touchant l'univers normatif¹³. En ce sens, la prolifération normative et la spécification poussée à l'extrême de la législation¹⁴ entraînent une forte malléabilité de la loi au gré des contextes toujours plus nombreux et complexes que le

13. L. GONIN, préc., note 9, p. 290.

14. B. OPPETIT, préc., note 3, p. 33 et 34.

droit envisage. La norme s'en trouve plus circonscrite dans le temps et dans l'espace¹⁵ : « la légalité d'un jour peut devenir l'illégalité du lendemain », affirme en ce sens Simone Goyard-Fabre¹⁶. Chargée d'un *panjuridisme* sans précédent¹⁷, la loi perd en prévisibilité ce qu'elle gagne en adaptabilité. L'incertitude due à l'imprédictibilité du système juridique tranche vivement avec l'ambition sécuritaire de la théorie moderne du droit¹⁸.

D'autre part, la texture du droit se transforme depuis un droit clair et ferme vers un droit plus mou, plus flexible ou souple favorisant l'émergence de ce que certains nomment la *soft law* et dont la dimension contraignante est somme toute relativisée¹⁹. On retrouve des normes plus directrices qu'impératives à travers des lignes de conduite ou des plans stratégiques permettant de satisfaire le plus grand nombre tout en renforçant leur efficacité par la marge d'interprétation offerte par le biais de termes généraux et indéterminés²⁰. Cette flexibilisation de la norme lui fait indéniablement gagner en adaptabilité, mais également perdre en prévisibilité : un pas de plus franchi dans le monde de l'incertitude.

Participant de cet assouplissement normatif, le pluralisme juridique est probablement le phénomène le plus commenté dans les théories contemporaines du droit. Au-delà de la pluralité des pôles normatifs et donc des structures normatives ou juridiques selon la signification retenue, c'est certainement l'internormativité qui rend le phénomène d'autant plus complexe²¹. Les théoriciens soulignent dès lors les flux et reflux et les jeux d'interférence qui établissent des connexions éminemment complexes entre les différents pôles normatifs, dont le pôle juridique étatique, et entre les différentes normes y afférant. Cette complexification émanant de l'internormativité fait, ici encore, place à une incertitude grandissante :

-
15. Jacques CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », dans C.-A. MORAND (dir.), préc., note 11, p. 55, à la page 74.
 16. S. GOYARD-FABRE, préc., note 11, à la page 39.
 17. B. OPPETIT, préc., note 3, p. 108.
 18. Bruno Oppetit souligne en ce sens que : « la prolifération et la mobilité des règles se prêtent mal à la sécurité et à la prévisibilité dont on crédite habituellement la régulation par le droit. » ; *Id.*, p. 93.
 19. J. CHEVALLIER, préc., note 1 ; J. CHEVALLIER, préc., note 5 ; Pierre MOOR, « Introduction à la théorie de la légalité », dans C.-A. MORAND (dir.), préc., note 11, p. 11, à la page 24 ; J. COMMAILLE, préc., note 4, p. 180.
 20. K. BENYEKHLEF, préc., note 12, p. 774.
 21. Guy Rocher identifie l'internormativité « à la dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs » dans Guy ROCHER, « Les “phénomènes d'internormativité” : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 25, aux p. 27-28.

plus de sources, de structures et de pôles normatifs en interaction continue dans des élans d'interdépendance et de coconstruction pour un mouvement global évidemment plus fluctuant et aléatoire.

Ces quelques changements observés dans le fonctionnement et la structure juridiques ne sont que des illustrations, les plus manifestes selon nous, d'évolutions qui touchent bien d'autres dimensions du monde juridique. Aux côtés de ceux-ci, nous pourrions développer encore l'accroissement du rôle du juge et ses glissements²² ou bien la multiplication des processus de négociation que l'on retrouve tant dans la production de la norme, que dans sa mise en œuvre et dans son traitement judiciaire²³, et qui affermit la présence de nouveaux acteurs dans la vie du droit, dont principalement le justiciable²⁴. Finalement, c'est dans toutes ses dimensions que le régime post-moderne de la régulation juridique dénote un recul des certitudes tant glorifiées dans le régime moderne. Tel que l'affirme si bien Luc Gonin, «l'incertain se trouve à chaque coin de rue, comme s'il avait colonisé les artères mêmes du monde post-moderne»²⁵.

De la clarté à la flexibilité, de la verticalité à l'horizontalité, de l'unicité à la pluralité, de la simplicité à la complexité, ou encore de la transcendance à l'immanence, tous ces bouleversements subis par le droit n'ont cessé d'affecter ses certitudes. À la faveur d'un relativisme et d'un constructivisme renforcés, la figure post-moderne du droit évolue promptement vers l'incertitude. Le droit des enfants ne saurait être épargné par ce glissement. Plus encore, ce champ juridique particulier semblerait précipiter le glissement du fait de la nature même de son sujet, l'enfant, lui aussi imprégné de traits incertains.

2 L'enfant du droit et ses incertitudes

L'univers du droit et celui de l'enfance connaissent des rapports plus que complexes, le premier étant construit sur des postulats parfois aux antipodes du second, ou, du moins, perçus comme tels. En effet, dans ses prémisses, le droit fut pensé et créé *par* des adultes et *pour* des adultes. L'enfant, en revanche, est souvent défini en comparaison avec l'adulte, sinon par opposition à ce dernier : plus petit, plus jeune, moins mature, moins capable, etc. Et l'adulte, lui, n'étant plus un enfant, ne peut que

22. Voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 6, p. 438-443.

23. Pensons notamment au recours croissant aux nouveaux modes de résolution des conflits qui placent la négation au cœur de leur fonctionnement.

24. À ce sujet, on pourra lire J. COMMAILLE, préc., note 4, p. 122 et 380, ou encore G. ROCHER, préc., note 2, p. 267.

25. L. GONIN, préc., note 9, p. 441.

supposer ce que vit et ce que veut l'enfant. Au milieu, le droit des enfants est déterminé *par* les adultes et *pour* les enfants. Un cheminement pour le moins tortueux qui laisse présager quelques embûches et plonge l'univers juridique dans ses retranchements. Associé à la place grandissante du justiciable dans la création normative, les difficultés se multiplient. De ce fait, l'incertitude que nous relevons au sujet du droit post-moderne ne peut être qu'exacerbée dans ce domaine en proie à des défis de cohérence et de structuration. Dans un premier temps, nous nous arrêterons justement sur ces défis inhérents selon nous à la nature singulière de l'enfant et discordante du sujet de droit traditionnel (2.1). Dans un second temps, nous approfondirons certains aspects du droit positif des enfants que nous pensons particulièrement marqués par l'incertitude (2.2). Une fois ces traces d'incertitude mises de l'avant, nous réfléchirons pour finir aux manières de les appréhender et de les traiter, au positionnement qui peut être le nôtre face à cette incertitude et à ce qu'elle peut signifier pour l'avenir des droits de l'enfant.

2.1 Tu comprendras quand tu seras plus jeune ! L'enfant insaisissable

L'enfant ne correspond pas au sujet initial que le droit entend réguler : un être rationnel et autonome. Aux antipodes de ce sujet parfait, l'enfant, surtout à ses débuts, est complètement dépendant des autres, généralement de ses parents. En outre, la raison qui l'anime n'est pas toujours conforme à celle que l'on associe traditionnellement à l'adulte (2.1.1). Par ailleurs, la période qu'il traverse, celle de l'enfance, est marquée de prodigieuses évolutions rendant le nouveau-né et l'adolescent extrêmement différents. Pourtant, c'est à ces deux sujets que le droit s'adresse à travers la catégorie d'enfants²⁶ (2.1.2). Ces différents aspects rendent son appréhension juridique très singulière, obligeant le droit à s'adapter à un contexte différent, une source évidente d'incertitude.

2.1.1 Un sujet pas comme les autres : l'enfant irrationnel et dépendant

Contrairement à l'adulte, ou plutôt à la figure juridique de l'adulte, l'enfant ne peut être considéré comme autonome. Il naît et grandit au sein de multiples relations de dépendance sur lesquelles il se construit et desquelles il ne peut, du moins dans un premier temps, s'extraire. On pensera volontiers à la relation qui le lie à ses parents et qui présente non seulement des dimensions affectives cruciales, mais qui, au-delà, lui est

26. L'enfant est ainsi défini comme tout être humain âgé de moins de 18 ans, voir notamment *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, art. 1 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

vitale pour survivre à la naissance. À ce premier cercle relationnel, l'on pourra ajouter celui liant l'enfant à sa famille élargie, à ses pairs ou encore aux différentes figures d'autorité qu'il rencontre tels que ses professeurs ou entraîneurs. Certes, ces dernières relations sont également fréquentes dans la vie adulte, néanmoins, chez l'enfant, pour qui l'autonomie et la maturité sont moindres, surtout à ses débuts, elles font partie intégrante de sa capacité décisionnelle et doivent, en ce sens, être prises en compte par le droit.

L'ensemble de ces relations et ce contexte de dépendance dans lequel grandit l'enfant obligent par conséquent le droit à en faire un sujet tout particulier. En effet, la théorie juridique classique fait écho à un individu libre, autonome et rationnel, se fondant ainsi sur des valeurs de liberté et d'égalité dont le droit se fait garant. D'ailleurs, la seconde dimension indispensable à l'individu dans son acception juridique, la rationalité, devient également problématique lorsqu'il s'agit de l'enfant. Et pour cause, c'est même le propre de l'enfance que d'acquérir la raison, ou du moins, sans différence pour nos propos ici, que d'apprendre à en user, tel que le soutenait John Locke²⁷. Dès lors, si le droit embrasse un sujet libre et rationnel, comment peut-il s'associer à l'enfant²⁸ ?

Par ailleurs, le droit des enfants est créé *par* des adultes *pour* des enfants. Tous les grands principes de ce droit, en particulier celui de l'intérêt de l'enfant, sont donc construits et évalués par des adultes. Or, comme Rousseau le disait si bien : « Nul de nous n'est assez philosophe pour savoir se mettre à la place d'un enfant²⁹. » L'adulte n'est plus un enfant et dès lors qu'il quitte ce monde de l'enfance, il ne peut plus que spéculer sur ce que signifie être un enfant et ce que l'on veut ou pense en tant que tel. Il existe ainsi une impossibilité pour l'adulte de saisir l'enfant dans toute sa complexité, de même que cette impossibilité touche l'enfant à l'égard de l'adulte³⁰. Les deux ne partagent pas le même degré, sinon la même échelle de rationalité. Dès lors, comment les adultes peuvent-ils prétendre à l'édification de l'univers régulateur des enfants, à défaut de pouvoir intégrer totalement ses particularités, de pouvoir l'appréhender dans toute sa singularité ?

27. Voir, par exemple, John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 2^e éd., Paris, Flammarion, 1992, par. 61.

28. Sur ce sujet, on pourra lire l'article très pertinent de Laurence Ricard qui propose d'envisager juridiquement l'enfant par une théorie relationnelle ; Laurence RICARD, « Le rapport entre le juridique et le clinique dans l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* : une perspective relationnelle », (2013) 43 *Revue générale de droit* 49.

29. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Émile ou De l'éducation*, Paris, Flammarion, 2009, p. 141.

30. Bien que l'on puisse considérer que cette impossibilité est plus tranchée à l'égard de l'enfant, l'adulte ayant, lui au moins, déjà été enfant.

Ces points d'achoppement entre la nature du sujet de droit et celle de l'enfant constituent une source incommensurable d'incertitude. À ceux-ci viennent s'ajouter les difficultés relatives à la condition éminemment évolutive de l'enfant, qui rendent assurément son appréhension juridique bien plus complexe encore.

2.1.2 De 0 à 18 ans : un sujet évolutif

La période de 0 à 18 ans, que le droit définit comme celle de l'enfance, est sans aucun doute la tranche de vie durant laquelle les individus évoluent le plus. Du nouveau-né à l'adolescent à la veille de ses 18 ans, peu de choses demeurent semblables, tant sur le plan physique, que psychique ou encore relationnel. Pourtant, c'est une même personne que le domaine des droits de l'enfant vise et à laquelle sont attribués des droits et libertés particuliers. Par conséquent, de telles métamorphoses subies par l'enfant rendent les droits de l'enfant bien difficiles à cerner.

Pour faire face à la grande diversité des besoins des enfants émanant du large éventail d'âges qu'ils peuvent avoir, le droit s'est parfois doté de sous-catégories d'après lesquelles l'attribution de certaines libertés dépendra de l'âge des enfants. C'est, par exemple, le cas du droit de consentir aux soins³¹ ou aux relations sexuelles³², de la responsabilité pénale³³ ou encore de la possibilité de changer de nom³⁴ ou de mention du sexe³⁵. Dans d'autres cas, la loi attribue les droits en fonction de la maturité de l'enfant ou de sa capacité de discernement³⁶. Dans ces cas, les décideurs disposeront d'une certaine marge de manœuvre (souvent circonscrite par la jurisprudence), afin d'évaluer l'état de l'enfant au regard des circonstances l'entourant et

-
31. Le *Code civil* permet à l'enfant de plus de 14 ans de consentir seul aux soins de santé, avec une possibilité de passer outre son refus par l'autorisation du tribunal dans le cas des soins qui sont requis par son état de santé, *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 14 et suiv.
 32. La possibilité de consentir aux relations sexuelles dépendra non seulement de l'âge de l'enfant, mais également de celui de son partenaire. Ainsi, de 12 à 14 ans, le consentement pourra être valide si l'écart d'âge entre les deux partenaires est de moins de 2 ans et de moins de 5 ans pour les mineurs de 14 à 16 ans. À partir de 16 ans, le mineur peut consentir librement aux relations sexuelles, *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1.
 33. L'âge de la responsabilité pénale est de 12 ans au Canada, tel qu'il en découle de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, art. 2 (1).
 34. Art. 60, C.c.Q.
 35. Art. 71.1, C.c.Q.
 36. C'est notamment le cas de la Convention relative aux droits de l'enfant qui garantit le droit d'exprimer librement son opinion à «l'enfant qui est capable de discernement». La prise en compte de cette opinion dépendra de son âge et son degré de maturité, *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 26, art. 12.

des conséquences relatives au droit en question. Cette indétermination, qui n'est pas sans rappeler nos propos au sujet de l'approche post-moderne du droit, laisse place à une certaine incertitude, parfois déroutante quand les décisions se suivent, mais ne se ressemblent pas³⁷...

Si le dynamisme de la période de l'enfance déstabilise le droit des enfants en théorie, il peut aussi troubler sa pratique plus contextuelle. En ce sens, l'enfant d'aujourd'hui n'est pas celui de demain. Dès lors, les décisions qui visent à satisfaire son intérêt doivent s'articuler entre son intérêt présent et son intérêt futur, ce dernier étant plus qu'aléatoire³⁸. Dans la même perspective, le contexte relationnel dans lequel grandit l'enfant et duquel, comme nous venons de le souligner, il est grandement tributaire, peut subir de multiples changements; condition de plus en plus vérifiée à la lumière de l'expansion fulgurante du nombre de familles recomposées. Là encore, le décideur doit jongler entre la certitude de ce qu'est et vit actuellement l'enfant et l'incertitude de ce qu'il deviendra et de la manière dont son cercle relationnel évoluera. Dès lors, tel que l'affirme la juge L'Heureux-Dubé, «l'intérêt véritable d'un enfant exigera au fil des ans des solutions différentes³⁹». Le droit doit par conséquent offrir aux décideurs une certaine liberté, d'une part d'user de leur marge discrétionnaire pour évaluer l'ensemble, et d'autre part, de pouvoir rapidement et régulièrement revenir sur leurs décisions afin de les réadapter au contexte personnel et social de l'enfant⁴⁰. Nul doute qu'ici encore, l'incertitude grandit.

Finalement, la nature même de l'enfant, son manque de rationalité et son état de dépendance, ainsi que le dynamisme de la période qu'il traverse, sont autant de facteurs de déstabilisation pour le droit. Dans ces particularités, l'enfant ne répond pas parfaitement à l'image de ce que le droit a pour habitude d'appréhender. Pour l'envisager dans toute sa complexité, le droit doit donc chercher des solutions nouvelles, il doit s'aventurer dans l'inconnu, dans l'incertain... Nous proposons, dans la section suivante, de

37. À ce propos, on pourra lire l'analyse très pertinente de Robert P. Kouri qui met en lumière ces disparités d'interprétation dans le cadre du consentement aux soins de santé, en s'appuyant sur une célèbre décision de la Cour Suprême en la matière, Robert P. KOURI, «Le mineur et les soins médicaux, A.C. c. *Manitoba*: de l'autonomie au meilleur intérêt, une limite bien floue», (2010) 4-1 *McGill JL & Health* 65.

38. Nous reviendrons sur la notion de l'intérêt de l'enfant et les marques d'incertitude qu'elle génère, voir *infra* 2.2.2.

39. *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, 203.

40. Guilherme ASSIS DE ALMEIDA et autres, «L'enfant sujet des droits de l'homme: réflexions en Droit français et en Droit brésilien», (2019) 11 *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 220, 231.

partir à la recherche des traces de cette aventure, c'est-à-dire des indices d'incertitude disséminés dans le droit positif des enfants.

2.2 Indices d'incertitude dans les droits de l'enfant

À la lumière du sujet tout particulier que constitue l'enfant, nous avons déjà pu apercevoir certaines traces d'incertitude au sein des droits de l'enfant : le tiraillement entre l'uniformité de la catégorie abstraite de l'enfance et la réalité de la disparité pratique de celle-ci, entre l'enfant d'aujourd'hui et celui de demain, ou encore la perplexité, à un niveau plus global, face à un sujet de droit qui n'est ni rationnel, ni autonome contrairement à l'individu classique titulaire des droits humains. Procédant de ces particularités, nous proposons ici de nous arrêter plus spécifiquement sur deux indices marquant les droits de l'enfant du sceau de l'incertitude. Dans une première section, nous envisagerons la difficulté de situer l'enfant dans les théories existantes des droits fondamentaux : il est à la fois différent de l'adulte, plus jeune et plus vulnérable, et à la fois même que l'adulte, en tant qu'individu à part entière titulaire des droits fondamentaux. Cette singularité provoque l'incertitude dans la mesure où les conséquences juridiques de la spécificité ou de l'identité de l'enfant et l'adulte peuvent être aux antipodes l'une de l'autre (2.2.1). Dans la seconde section, nous présenterons la notion phare des droits de l'enfant, celle de l'intérêt de l'enfant. Teintée d'une flexibilité sans fard, cette notion engage indéniablement les décideurs dans la voie de l'incertitude (2.2.2).

2.2.1 Le droit des enfants, un droit d'entre-deux

L'existence même du droit des enfants prouve la spécificité de l'enfant vis-à-vis de l'adulte, du moins dans son appréhension par le droit. En effet, si l'enfant était totalement assimilé à l'adulte, rien ne justifierait plus qu'on lui attribue des droits spécifiques. Toutefois, il est aussi ciblé par les instruments juridiques relatifs aux droits humains en général. L'enfant et l'adulte sont donc à la fois mêmes et autres, des alter ego. L'enfant est un sous-ensemble de la catégorie de personne humaine : il présente des caractéristiques communes à l'adulte et d'autres qui lui sont propres, que l'on pense aux aspects physiques, psychiques, biologiques ou même sociaux. Ces nombreuses variables doivent être prises en compte par le droit et rendent la solution juridique *in abstracto* de la place de l'enfant vis-à-vis de l'adulte très périlleuse. Selon l'angle choisi, les conséquences juridiques de la reconnaissance de cette altérité ou identité avec l'adulte varieront : le législateur lui reconnaîtra les mêmes droits, des droits aménagés (des droits d'adulte conditionnés ou ajustés), des droits spécifiques ou encore, il lui limitera l'usage de certains droits.

D'un point de vue théorique, les juristes usent de deux grandes catégories pour présenter les droits des enfants : d'un côté les droits-protections, et de l'autre les droits-libertés. Les premiers visent à protéger les enfants contre les atteintes éventuelles qu'ils pourraient subir. L'enfant étant physiquement et psychologiquement plus faible que l'adulte, il est indéniablement plus vulnérable face à ces atteintes. Il nécessite dès lors une protection accrue du droit. Se justifie ainsi toute une panoplie de dispositions qui interdisent certains comportements à l'égard de l'enfant : dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, on retrouve entre autres l'interdiction de la violence⁴¹, de l'exploitation économique ou sexuelle⁴², de l'enlèvement, de la vente et de la traite⁴³, des pratiques traditionnelles préjudiciables à sa santé⁴⁴. À leurs côtés, se trouvent encore des obligations de faire à son égard, c'est-à-dire certains soins et services qui doivent lui être procurés toujours en raison de sa vulnérabilité : dans la même Convention, on retrouve, par exemple, le droit à un niveau de vie suffisant⁴⁵, celui de jouir du meilleur état de santé possible⁴⁶, de bénéficier de la sécurité sociale⁴⁷, le droit à l'éducation⁴⁸, ainsi que le droit au repos et aux loisirs⁴⁹. Certains désignent ces droits comme des droits-créances, puisque l'enfant se trouve dans une position passive, les obligations de faire ou de ne pas faire s'adressent aux autres. En revanche, le second type de droits, les droits-libertés, placent cette fois-ci l'enfant dans une position de véritable sujet en lui garantissant certaines libertés. On retrouvera ainsi, en tête de liste, le droit d'être entendu⁵⁰, suivi de l'octroi de diverses libertés, telle la liberté d'expression⁵¹, de pensée, de conscience et de religion⁵² ou encore d'association et de réunion pacifique⁵³. La reconnaissance de la maturité grandissante de l'enfant est la clef de ces droits qui y répondent en y arrimant des libertés de faire et de décider. Ils sont les contrepois du premier : l'enfant est certes plus vulnérable que l'adulte, mais il ne doit pas pour autant être brimé dans toute liberté, et cela est d'autant plus vrai à mesure qu'il grandit.

41. *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 26, art. 19.

42. *Id.*, art. 32 et 34.

43. *Id.*, art. 35.

44. *Id.*, art. 24 (3).

45. *Id.*, art. 27.

46. *Id.*, art. 24 (1).

47. *Id.*, art. 26.

48. *Id.*, art. 28.

49. *Id.*, art. 31.

50. *Id.*, art. 12.

51. *Id.*, art. 13.

52. *Id.*, art. 14.

53. *Id.*, art. 15.

Cette dichotomie de principe entre les droits-protections et les droits-libertés, entre le petit de l'adulte et le petit adulte, se retrouve au sein même de certains droits spécifiques. Reprenons pour exemple le droit de consentir aux soins de santé que le *Code civil* accorde aux enfants de plus de 14 ans⁵⁴. En deçà de cet âge, c'est le volet protectionnel qui entre en jeu : l'enfant est considéré comme trop vulnérable, il faut le protéger, y compris des décisions qu'il pourrait prendre et qui pourraient lui être préjudiciables. En revanche, passé cet âge, interdire à l'enfant de consentir aux soins de santé reviendrait à le brimer dans son droit à la liberté décisionnelle. Tout est question d'équilibre : protéger son intégrité physique au possible détriment de son intégrité psychologique ou, au contraire, protéger son intégrité psychologique au possible péril de son intégrité physique. Si, au premier abord, le droit paraît clairement positionné sur la balance, il se garde systématiquement une réserve afin de s'adapter aux particularités de chaque enfant. Toujours dans le cadre du consentement aux soins, la présomption de maturité permettant à l'enfant de plus de 14 ans de consentir seul aux soins n'est pas irréfragable. Il sera possible de passer outre à son choix avec une ordonnance de justice⁵⁵. Dès lors, nul ne pourra déterminer *in abstracto* de quel côté la balance penchera ni comment le contexte décisionnel et les particularités de l'enfant seront évalués. Ainsi, dans le domaine du consentement aux soins comme dans bien d'autres, un droit écrit relativement clair n'efface pas pour autant toute incertitude.

De nombreux autres questionnements traversent les différents champs d'application des droits des enfants. Ils rappellent systématiquement le double visage de l'enfant et la double visée du droit qui y correspond. L'équation se décline, par exemple, au sujet de la responsabilité pénale tirailée par le dilemme entre protéger la société et protéger l'enfant. Il s'agira encore, en matière familiale, de se positionner face aux divers intérêts en jeu : ceux de l'enfant, de la famille, des parents, ou de l'État quand il est question du retrait de la garde pour des raisons protectionnelles.

Ces conflits théoriques qui occasionnent des pratiques indéterminées, bien qu'aiguillées par certaines présomptions textuelles ou jurisprudentielles, sont des facteurs incontestables d'incertitude dans les droits de l'enfant. Partagé entre la ressemblance et la dissemblance de l'enfant et l'adulte, entre son besoin de protection et celui de liberté, le droit a parfois bien du mal à se positionner. Lui permettant de réconcilier ces apparentes dichotomies, le droit recourt alors à cette célèbre notion de l'intérêt de l'enfant.

54. Art. 14, C.c.Q.

55. Art. 16, C.c.Q.

2.2.2 L'intérêt de l'enfant, imprécision et flexibilité

L'intérêt de l'enfant, cette « notion magique⁵⁶ » ou « magma visqueux⁵⁷ », est sans aucun doute la notion-phare des droits de l'enfant. Tour à tour critiquée ou appréciée, elle ne cesse de faire couler l'encre des chercheurs qui tentent désespérément de la circonscrire, de la définir pour les plus ambitieux, de la guider ou encore de la prévenir. Nous nous y arrêtons ici de manière très succincte, en la présentant sous l'angle des nombreuses incertitudes qu'elle génère.

Rappelons tout d'abord quelques données significatives au sujet de l'intérêt de l'enfant. Le recours à ce principe n'a cessé de se multiplier au cours du siècle dernier jusqu'à figurer aujourd'hui dans toutes les normes touchant le droit des enfants, tant internationales que canadiennes ou québécoises. En outre, l'intérêt de l'enfant tient souvent une place de choix en apparaissant comme un principe directeur ou interprétatif des autres. À l'échelle internationale, il est ainsi désigné comme l'« un des [...] principes généraux de la Convention pour l'interprétation et la mise en œuvre de tous les droits de l'enfant⁵⁸ ». Au Québec, il est également un principe fondamental de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, au sein de laquelle il occupe une place décisive : soulignons en ce sens la très récente modification apportée à cette loi⁵⁹, qui ne laisse planer aucun doute en affirmant très fermement que « L'intérêt de l'enfant est la considération primordiale dans l'application de la présente loi⁶⁰. » Une telle formulation est très forte de sens et consacre résolument la suprématie du critère de l'intérêt de l'enfant dans cette loi.

Malgré cette place de choix dans les multiples instruments juridiques, l'intérêt de l'enfant n'y est nulle part défini, et c'est là toute la curiosité du concept. Ce dernier demeure volontairement flou. Rares sont ceux qui se sont lancés dans l'exercice de le définir⁶¹ ; et au contraire, nombreux

56. Hugues FULCHIRON, « Les conventions internationales. Présentation sommaire », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Frank RAINER (dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996, p. 19, à la page 21.

57. Alain ROY, « L'intérêt de l'enfant », dans Benoît MOORE, *Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 245, à la page 256.

58. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, CRC/C/GC/14 (2013), par. 1.

59. *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2022, c.11.

60. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 3.

61. Notons la tentative de Jean Zermatten qui définit l'intérêt de l'enfant de la manière suivante : « L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur le plan physique, psychique et social. Il fonde une obligation

sont ceux qui acclament cette imprécision. Les normes se contentent bien souvent d'orienter les décideurs en listant les éléments à prendre en compte dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant a également tenté de circonscrire la notion en énumérant une liste de facteurs à analyser dans la détermination de l'intérêt de l'enfant⁶² et en encourageant les États à dresser leurs propres listes. Ainsi, la *Loi sur la protection de la jeunesse* et le *Code civil* au niveau québécois ou encore la *Loi sur le divorce* au niveau fédéral proposent, de manière non exhaustive, un ensemble de critères à prendre en compte dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant⁶³. Enfin, notons qu'à l'échelle nationale, la jurisprudence a également joué un rôle considérable dans l'établissement de certaines présomptions visant à orienter les décideurs⁶⁴.

En 2004, dans la célèbre affaire *Canadian Foundation for Children*⁶⁵, la Cour suprême s'est d'ailleurs interrogée sur le caractère suffisamment précis de l'intérêt de l'enfant qui permettrait de le qualifier de principe de justice fondamentale dans le cadre de l'application de l'article 7 de la Charte canadienne⁶⁶. La majorité a jugé que l'intérêt de l'enfant ne pouvait

des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence.», dans INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique*, Sion, Institut International des Droits de l'Enfant, 2003, p. 15.

62. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, préc., note 58, par. 48.

63. Voir art. 33, C.c.Q.; *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 60, art. 3; et *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.), art. 16 (3).

64. Pensons notamment à la présomption selon laquelle les parents agiront dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ou encore à celle selon laquelle le maintien des relations entre l'enfant et ses parents est également dans son intérêt; ces deux présomptions sont notamment longuement analysées dans l'affaire *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

65. Cette décision revêt une importance majeure dans le domaine du droit des enfants en ce qu'elle confirme la validité de l'article 43 du *Code criminel* (L.R.C. 1985, c. C-46) qui autorise les instituteurs et parents à employer la force pour corriger un enfant si cette force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances. Cette décision fut l'objet de très nombreuses critiques et la législation en question continue d'alimenter les débats. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

66. *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c.11 (R.-U.), partie I (ci-après «Charte canadienne»). Pour reconnaître une violation de l'article 7, il doit y avoir une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et cette atteinte doit se faire en violation d'un principe de justice fondamentale. Dans cette affaire, la Cour s'est alors demandé si le principe voulant que les règles de droit touchant les enfants servent leur intérêt supérieur constituait ou non un principe de justice fondamentale. À cette fin, trois conditions doivent être remplies :

être identifié avec suffisamment de précision puisque « [s]on application ne peut que dépendre fortement du contexte et susciter la controverse ; il se peut que des gens raisonnables ne s'accordent pas sur le résultat que produira son application⁶⁷ ».

Cette nature imprécise vaut à l'intérêt de l'enfant autant de critiques que de compliments. D'un côté, certains craignent en effet que le flou de la notion la rende sujette aux manipulations ou à l'arbitraire et que la discrétion conférée aux décideurs laisse place à leurs préjugés ou biais personnels⁶⁸. À l'opposé, nombreux qualifient ce flou de flexibilité, terme évidemment plus élogieux que l'imprécision. Ces derniers soulignent entre autres la capacité d'adaptation du critère aux contextes et circonstances propres à la situation de chaque enfant. La Cour suprême se rallie à cet avis, tel que l'on peut le déduire expressément des propos de la juge L'Heureux-Dubé, selon qui « la présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant » et « permet de mieux cerner les circonstances de chaque cas, circonstances qui peuvent varier à l'infini⁶⁹ ». Cette individualisation décisionnelle offerte par la souplesse de l'intérêt de l'enfant permet en outre de s'adapter à la dimension évolutive de l'enfance dont nous parlions plus tôt : elle fait ainsi le pont entre les besoins présents et les besoins futurs de l'enfant. Enfin, si l'imprécision du critère permet une adaptation continue à l'évolution de l'enfant, elle permet également de s'ajuster à l'évolution des connaissances à son sujet : l'importance des éléments à prendre

(1) il doit s'agir d'un principe juridique, (2) qui est le fruit d'un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] R.C.S. 519, p. 590-591) et (3) qui doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. C'est l'examen de cette troisième condition qui nous intéresse ici. *Canadian Foundation for Children*, préc., note 65, par. 7 et s.

67. *Canadian Foundation for Children*, préc., note 65. Dans le même élan, mais au niveau québécois, voir aussi les propos de la juge Michèle Rivet selon qui : « "l'intérêt de l'enfant" ne peut être identifié avec suffisamment de précision ni faire l'objet d'une définition dans l'abstrait, et devant la difficulté de fournir une norme applicable par les tribunaux, la prise en considération de différents facteurs devra se faire selon les circonstances. » *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Pelletier et autres) c. Commission scolaire des Phares*, 2009 QCTDP 19, par. 326.

68. Janet L. DOLGIN, « Why Has the Best-Interest Standard Survived? : The Historic and Social Context Special Report », (1996) 16-1 *Child Leg Rts J* 2, 2 et 3. Sur la force des biais personnels des juges dans le cadre de leur évaluation de l'intérêt de l'enfant, voir Johanne CLOUET, *Décisions judiciaires en matière de garde d'enfants : contribution à l'étude de l'influence des marqueurs identitaires du juge*, Montréal, Éditions Thémis, 2017.

69. *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, 179.

en compte dans la détermination de l'intérêt de l'enfant peut varier d'une époque à l'autre, de nouveaux éléments peuvent par ailleurs être découverts tandis que l'importance d'autres peut être atténuée. Bref, ce qui constitue aujourd'hui l'intérêt de l'enfant *in abstracto* n'est pas forcément ce qui le constituera demain, de même que ce qui fait l'intérêt de tel enfant *in concreto* pourra évoluer au fil des jours.

Bien d'autres éléments pourraient être apportés au sujet de la notion de l'intérêt de l'enfant, de la flexibilité qu'elle offre et du traitement judiciaire qu'on lui réserve. Retenons simplement qu'elle semble être le parfait reflet du glissement du droit vers plus de flexibilité que nous soulevions dans le cadre de l'approche post-moderne du droit. Cette notion de l'intérêt de l'enfant permet de donner un cadre d'interprétation et une direction aux décideurs tout en leur offrant une marge d'appréciation susceptible de s'adapter plus justement au contexte en cause en pesant les différents éléments pertinents dans la balance. Si ce concept est bien présent dans la littérature, approbatrice ou critique, il n'est pourtant que très rarement remis en cause dans son essence même. Cela dénote une certaine acceptation de la largesse de ce critère, et surtout de l'incertitude qu'il entraîne, tant pour les décisions individuelles touchant un enfant en particulier, que pour la détermination plus globale du droit des enfants en général.

Les points d'incertitude que nous avons relevés précédemment dans le droit des enfants peuvent être perçus comme des dangers ou des faiblesses qu'il faut à tout prix combattre ou, en l'occurrence, rendre plus sûrs. Pourtant, rien n'est fait en ce sens. Et pour cause, nos deux exemples le démontrent, aucune certitude n'est en mesure d'embrasser la complexité du droit des enfants. Un pas est donc franchi vers l'incertitude, et après ?

3 La certitude de l'incertitude dans les droits de l'enfant... Et après ?

*Quant aux deux passions de l'incertitude,
ce sont la peur et l'espérance.*

Salvatore Veca

L'incertitude c'est l'inconnu, et l'inconnu fait peur. On ne sait où cela entraîne, et le risque court que l'issue soit moins favorable que celle à laquelle mènent les certitudes. Dès lors et de prime abord, l'incertitude est souvent combattue. On cherchera soit à la détourner en avançant vers le connu, soit à identifier des certitudes dans l'inconnu, et ainsi avancer moins aveuglément. Dans le cadre du droit des enfants, marqué de l'incertitude propre à l'évolution du droit et de celle relative à l'enfant, ces deux possibilités seront envisagées ici en lien avec le principe de la participation des enfants.

Nous verrons que si l'intérêt de l'enfant se caractérise par l'incertitude due à la flexibilité de la notion, le principe de la participation des jeunes est également fortement marqué par des traces d'incertitude. Ainsi, nous verrons dans un premier temps que cette participation, bien que reconnue dans les textes, demeure limitée dans la pratique. L'incertitude qu'elle engendre rend les décideurs perplexes, qui fuient dès lors l'inconnu en s'engageant souvent faiblement, sinon artificiellement, en faveur de ce principe (3.1). Pourtant, en envisageant l'incertitude comme une ouverture vers de nouveaux possibles, nous constaterons dans un second temps qu'elle peut receler de nombreux atouts pour faire évoluer le droit des enfants (3.2).

3.1 La peur de l'incertitude ou comment la combattre : limiter la participation des jeunes

Le principe de la participation de l'enfant, tout comme l'était celui de l'intérêt de l'enfant, se retrouve systématiquement dans les réflexions relatives aux droits de l'enfant. L'un des éléments fondamentaux de cette pratique participative est le droit d'être entendu, notamment consacré par la Convention internationale relative aux droits des enfants à l'article 12 :

- 1) Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
- 2) À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée[e], de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale⁷⁰.

À l'échelle québécoise, ce principe se trouve également affirmé dans différentes dispositions⁷¹. Il intervient aussi de facto dès lors que le consentement de l'enfant est requis⁷².

Qu'il s'agisse du droit d'être entendu, de celui de consentir à certaines mesures ou certains soins ou encore directement de prendre part à la

70. *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 26, art. 12.

71. Art. 34, C.c.Q. ; *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 60, art. 6, 4.3 et 51.

72. Dans le Code civil, c'est notamment le cas en matière de soin de santé (art. 14, C.c.Q.) ou encore d'adoption (art. 549, C.c.Q.). En matière de protection de la jeunesse, plusieurs dispositions de la loi offrent également aux enfants le droit de consentir ou de refuser les mesures proposées (voir *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 60, art. 45.2, 47, 47.2, 52.1, 53, 72.5 et 87).

prise de décision, ces procédés encouragent la participation des enfants aux décisions qui les concernent⁷³. Ce principe de participation apparaît d'ailleurs au premier plan des droits-libertés et ne cesse de se renforcer ces dernières années.

Le principe de la participation des enfants n'implique pas seulement que ceux-ci soient entendus, encore faut-il que leur opinion soit réellement prise en compte. Notons que cette prise en compte ne signifie pas que l'avis des enfants doit systématiquement être suivi, néanmoins, celle-ci ne doit pas être simplement artificielle ; elle doit véritablement peser dans la décision, aux côtés de tous les autres facteurs pertinents. Son incidence pourra varier selon que l'on parle de consultation, d'opinion ou bien de consentement au sujet d'une décision.

Par ailleurs, la participation de l'enfant se déploie sur deux niveaux de décisions : d'une part, les décisions qui les concernent individuellement, comme celles relatives à leur garde ou à leur situation personnelle en matière de protection de la jeunesse, et d'autre part, celles qui touchent collectivement les enfants, en tant que groupe social – par exemple, les décisions relatives au système éducatif, ou encore aux modifications des lois qui les affectent, telles que la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Quelle que soit la participation envisagée, collective ou individuelle, le constat est semblable : elle est encore très limitée dans la pratique, notamment en raison du manque ou de l'inadaptation des moyens de mise en œuvre. Et pourtant, les études qui témoignent de l'importance de la participation de l'enfant, tant pour l'acceptation de la décision par l'enfant que pour l'essence même de cette décision, s'amoncellent.

De nombreuses raisons sont avancées pour expliquer ce manque de participation. Parlons notamment du système judiciaire auquel l'enfant peut être confronté dans le cadre de décisions qui le concernent, et qui demeure pour lui peu invitant. L'environnement judiciaire est froid et distant et le

73. Le Comité des droits de l'enfant a d'ailleurs souligné l'inscription de l'article 12 dans le cadre du principe de participation de l'enfant. Dans son observation relative à l'application de l'article 12, le Comité réfère ainsi à de multiples reprises à la participation de l'enfant, convenant de l'élargissement entendu de l'application de l'article à la « pratique largement répandue, désignée par la notion générale de "participation", même si ce terme ne figure pas dans le texte de l'article 12 ». COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12: Le droit de l'enfant d'être entendu*, CRC/C/GC/12 (2009), par. 3. Voir aussi, pour exemples, par. 89, 96, 98, 99. Par ailleurs, la riche littérature relative à la participation de l'enfant s'appuie systématiquement sur le droit de l'enfant d'être entendu qui, accolé à l'obligation que son opinion soit dûment prise en considération, équivaut couramment à une participation, bien que relative à l'âge et au degré de maturité de l'enfant dans le cas de l'article 12.

personnel est peu formé à interagir avec les enfants, voire pas du tout⁷⁴. En outre, le système contradictoire que sous-tend le passage au tribunal alimente l'incompréhension, le stress et parfois la peur chez l'enfant⁷⁵. Le tribunal est un monde de grands, sinon un monde de juristes dans le monde des grands, et si les adultes peuvent trouver le lieu pour le moins déroutant, l'enfant pourra le trouver traumatisant. Bien que de plus en plus de moyens soient mis en œuvre pour éviter, ou du moins faciliter, le passage au tribunal et encourager ainsi la prise de parole des enfants⁷⁶, l'univers judiciaire demeure très peu adapté à ce groupe particulier de justiciables. De nombreux efforts restent à fournir, à condition bien sûr d'accepter le risque d'entendre ce que les enfants ont à rapporter.

Que dire en matière de participation collective, sinon citer certains exemples récents de décisions affectant les enfants et auxquelles ils n'ont aucunement participé. La *Loi sur la laïcité de l'État*⁷⁷ a été virulemment commentée de tout bord. De nombreuses personnes ou groupes de personnes ont été invités à prendre la parole à ce sujet. Un sujet qui touche directement les enfants, comme en témoignent les multiples critiques qui ont pris les enfants à partie, affirmant que les conséquences de l'adoption ou du refus de la loi se répercuteraient directement sur leur développement et leur bien-être. Malgré tout, aucun enfant n'a été officiellement entendu, et pourtant, ce n'était pas faute d'avoir des choses à en dire⁷⁸. En parallèle, dans le domaine scolaire, le gouvernement faisait valoir au début de l'année 2020 qu'une réforme du cours d'éthique et de culture

74. À ce sujet, on pourra notamment lire L. RICARD, préc., note 28 ; Sarah BARDAXOGLIO et autres « Au cœur de l'accès à la justice des jeunes en protection de la jeunesse. Des acteurs discutent », (2020) 66 *Service social* 81 ; Myriam CANTIN, « Le procureur à l'enfant en protection de la jeunesse. À la croisée du clinique et du juridique », dans Karine POITRAS, Claire BAUDRY et Dominique GOUBAU (dir.), *L'enfant et le litige en matière de protection. Psychologie et droit*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2012, p. 211.

75. Louise SAS, *Interaction entre les capacités de développement des enfants et l'environnement d'une salle d'audience : Incidences sur la compétence à témoigner*, Rapport présenté au ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2002 ; M. CANTIN, préc., note 74.

76. Notons, entre autres, la possibilité de témoigner par écrans interposés, celle d'être accompagné d'une personne de confiance, l'installation de salles d'attente aménagées pour les enfants dans les palais de justice, etc.

77. *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3. Cette loi, maintenant adoptée, interdit le port d'un signe religieux aux fonctionnaires exerçant une position d'autorité coercitive, tels que les directeurs d'école et enseignants des commissions scolaires du Québec, des personnes jouant un rôle crucial auprès des enfants.

78. Marie-Josée PAQUETTE-COMEAU, « Que pensent les jeunes du projet de loi sur la laïcité ? », *Téléjournal de Radio-Canada*, 6 mai 2019, [En ligne], [www.youtube.com/watch?v=desktop&v=3dilVoOM85Y] (12 janvier 2023).

religieuse allait être discutée au profit d'un nouveau programme attendu à la rentrée 2022. Là encore, le gouvernement a entendu une multitude de personnes et de groupes à ce sujet, il a tenu des consultations publiques et organisé des forums d'experts pour bâtir ce nouveau programme conformément aux attentes de tous—enfin tous, sauf ceux qui pourraient être considérés comme les principaux concernés : les enfants ! C'est pourtant bien à eux que la matière sera enseignée et c'est bien pour eux, du moins en partie, que la réforme a été engagée.

Les exemples se suivent et se ressemblent. Ils sont nombreux à l'image des domaines pouvant affecter les enfants d'une manière ou d'une autre : la famille, l'école, la santé, la délinquance juvénile, la protection de la jeunesse, etc.

Notons toutefois que dans le cadre de certaines décisions touchant plus fermement l'univers juridique, des efforts commencent à se faire sentir. En ce sens, citons le travail effectué très récemment par la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, connue sous le nom de Commission Laurent, dont le mandat était d'« examiner les dispositifs de protection de la jeunesse, de manière à identifier les enjeux et les obstacles, et [à] formuler des recommandations sur les améliorations à apporter⁷⁹ ». La Commission a accompli un travail de longue haleine en donnant la parole à pas moins de 335 témoins de tout type⁸⁰ pour déposer un rapport final de près de 600 pages⁸¹. Les commissaires ont pris le temps d'entendre des enfants, accompagnés ou seuls, dans le cadre d'audiences à huis clos. De plus, ils ont symboliquement souligné l'importance du savoir expérientiel des jeunes en ouvrant leurs auditions publiques par le témoignage d'anciens enfants ayant vécu au cœur du système de protection de la jeunesse. Bien que ces derniers soient aujourd'hui devenus adultes, ils ont pu témoigner de leurs expériences du système en tant qu'enfants, des témoignages ô combien pertinents. Enfin, bien qu'ils aient dû être annulés en raison de la pandémie de COVID-19, des groupes de discussion d'enfants, réunis par tranches d'âge, étaient également prévus. Ainsi, les pratiques de la Commission semblent avoir été marquées par un effort considérable

79. *Décret 534-2019 concernant la constitution de la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse*, (2019) 24 G.O. II, 1939 ; cité dans COMMISSION SPÉCIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Instaurer une société bienveillante pour nos enfants et nos jeunes*, Rapport final, Montréal, 2021, p. 13.

80. COMMISSION SPÉCIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Constats et orientations au 30 novembre 2020*, Rapport, Montréal, 2020.

81. COMMISSION SPÉCIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 79.

d'écoute et de participation des jeunes... Pourtant, le processus d'adoption de la loi modifiant la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁸², qui s'inspirait en toute ou partie du travail de la Commission Laurent, ne semble pas s'inscrire dans le même élan. À nouveau, la commission parlementaire a tenu des audiences publiques afin d'entendre les groupes les plus pertinents quant à ces modifications, mais là encore, pas un seul enfant n'a été entendu. Par ailleurs, si la participation des enfants a été encouragée dans le cadre de la Commission Laurent, elle n'en a pas moins été fondue parmi les 335 témoins qui ont pris la parole. L'enfant, le sujet directement traité, aurait peut-être pu bénéficier d'une place plus importante, parmi les commissaires eux-mêmes ?

Parcourant ces quelques exemples de prise de décisions affectant les enfants, nous parvenons sans surprise au constat du manque de moyens offerts aux jeunes pour participer activement aux décisions qui les concernent. Entre autres raisons de procédures, qui ne sont, selon nous, que des barrières artificielles largement surmontables, nous pensons que ces limites relèvent en partie d'une peur de l'incertitude. En effet, nul ne sait ce que recèle la parole de l'enfant. Est-on véritablement disposé à entendre ce que les enfants ont à dire ? Est-on prêt à risquer la remise en cause de nos acquis ? Depuis que l'univers juridique s'intéresse aux enfants, ce sont les adultes qui pensent pour eux, au nom de ce qu'ils croient être dans leur intérêt. Les conséquences pouvant découler de la participation effective des jeunes pourraient bien remettre en question ce qui a été fait en leur nom—et si, nous comprenions alors que ce que nous pensons faire pour eux ne les sert que peu ou mal ? Leurs implications pourraient bien venir bousculer le monde des adultes, voire contrarier d'autres principes si chers à nos institutions adulte-centrées. Il est certainement moins déstabilisant de s'en tenir au statu quo et de continuer à penser pour les enfants, en restant en partie sourd à ce qu'ils pensent directement.

Une participation véritable des enfants, notamment dans le cadre des décisions collectives, implique une capacité de remise en question et de réflexivité de la part des adultes. En outre, une telle participation ne peut qu'émaner d'une volonté ferme et sincère des adultes. C'est à eux d'ouvrir la porte à la participation des jeunes, d'agir pour leur permettre d'agir. Cela passe par une révision et une adaptation des procédures de participation afin de favoriser la prise de parole des enfants. Cela dépasse le seul effet de « poudre aux yeux » que la participation peut engendrer. En effet, rien de plus politiquement correct et de socialement éprouvé que de recueillir

82. *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, préc., note 59.

la faveur des enfants au sujet de décisions qui les concernent. Dès lors, il peut arriver que la participation des enfants soit instrumentalisée pour orner les vitrines politiques. En ce sens, on usera volontiers de procédés permettant de s'en vanter sans pour autant se risquer à une véritable prise en compte de la volonté des jeunes⁸³.

Finalement, qu'elle soit inexistante, simplement esthétique ou très limitée dans ses implications, la participation des jeunes, spécialement dans le cadre des décisions collectives, est loin d'être satisfaisante. Tant que perdurera le manque d'engagement des adultes face à cette participation ou encore face aux moyens de la mettre en œuvre, celle-ci ne pourra être parfaitement effective. Pourtant, si l'on pensait aux possibles retombées de cette implication de manière plus positive, si l'on passait au-delà de l'incertitude qui en émane et de la peur qui peut l'accompagner, des avenues bien prometteuses pourraient s'ouvrir.

3.2 Les promesses de l'incertitude ou comment en tirer profit : renforcer la participation des jeunes

Le manque d'effectivité de la participation des enfants aux décisions qui les concernent est indéniable. Pourtant, les bénéfices qui pourraient naître de cette participation ne cessent d'être soulignés par les chercheurs. Ces bénéfices touchent en premier lieu à l'enfant lui-même, qui se sentira plus impliqué, maître de sa vie et gagnera ainsi en autonomie, en affirmation de son identité et en estime de soi⁸⁴ ; aussi, la décision finale sera indéniablement mieux acceptée et respectée par lui⁸⁵. En second lieu, c'est aussi la décision en elle-même qui profitera de la participation de l'enfant. Profitant du savoir expérientiel des enfants ainsi que de l'avis des principaux concernés, elle sera fort probablement de meilleure qualité et son taux de réussite plus élevé⁸⁶. En ce sens, qui de mieux placés que les

83. Les enfants peuvent, par exemple, être entendus une fois les décisions élaborées, simplement pour les valider ou les infirmer, sans toutefois les impliquer dans l'ensemble du processus décisionnel. La décision sera présentée comme approuvée par les jeunes sans que ceux-ci aient eu l'occasion d'y participer en totalité.

84. Ce qui revêt un intérêt crucial pour leur avenir, notamment au sortir de l'encadrement strict du système de la protection de la jeunesse, Isabelle LACROIX, « La participation collective des jeunes en protection de l'enfance. Une revue de littérature internationale », *Les cahiers de la CRÉVAJ*, 2016, p. 16 et 17.

85. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, préc., note 73, par. 125 ; Pauline O'CONNOR, *Les programmes de participation et de soutien à l'intention des enfants dont les parents se séparent ou divorcent*, Rapport présenté au ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2004, p. 38.

86. *Id.*, p. 35.

enfants eux-mêmes pour savoir ce qui est souhaitable dans le contexte qu'ils connaissent, aussi bien personnellement qu'en tant que groupe⁸⁷?

Répondant de ces avantages, les études d'Isabelle Lacroix témoignent d'une meilleure adaptation des services et d'une amélioration des politiques publiques relatives à la protection de l'enfance dès lors que les jeunes sont impliqués dans les réformes⁸⁸. Le savoir expérientiel des jeunes est crucial, il est riche d'enseignements et de potentiels d'amélioration. En effet, les enfants sont une source de créativité inouïe dans la mesure où ils ne disposent pas ou peu de tous les préconçus présents chez l'adulte. Ils peuvent dès lors voir les choses d'un œil nouveau qu'avec toute la bonne volonté du monde les adultes ne pourraient envisager. En ce sens, le Comité des droits de l'enfant rappelle que « Les opinions exprimées par des enfants peuvent apporter de nouvelles perspectives et des données d'expérience, et il devrait en être tenu compte lors de la prise de décisions, de l'élaboration des politiques et de l'élaboration des lois ou des mesures ainsi que lors de leur évaluation⁸⁹. »

Évidemment, la mise en œuvre de la participation des jeunes suscite de nombreuses craintes en partie justifiées : le risque qu'on manipule leurs opinions⁹⁰, étant donné leur manque de maturité émotionnelle et interpersonnelle, ou encore qu'on leur inflige un stress ou pire un traumatisme en faisant peser le poids de décisions délicates sur leurs épaules. Cette vulnérabilité doit être justement prise en compte dans l'élaboration des moyens de mise en œuvre de leur participation. En effet, leur manque d'expériences et de connaissances, qui leur confère une créativité sans égale, a aussi sa pente glissante : ces enfants ne sont pas prêts et ne disposent pas de tous les moyens et savoirs pour structurer leur propre gouvernance ou auto-gouvernance. En ce sens, nous ne plaidons en aucun cas pour un genre de Summerhill⁹¹ juridique dans lequel les enfants seraient totalement libres de faire leurs propres lois. Rappelons que la prise en compte de l'opinion des enfants est somme toute relative dans la décision finale. Elle devra être modérée en fonction de la maturité des enfants et du contexte

87. Pierre NOREAU et Valentine FAU, « Les droits de la jeunesse : entre proclamation et intervention », dans Pierre NOREAU et autres, *La jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société*, Éditions Thémis, Montréal, 2021, p. 227, à la page 243.

88. I. LACROIX, préc., note 84.

89. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, préc., note 73, par. 12.

90. On pensera notamment aux nombreux cas d'aliénation parentale particulièrement prégnants dans les décisions relatives à la garde des enfants.

91. En référence à l'ouvrage suivant : Alexander SUTHERLAND NEILL, *Libres enfants de Summerhill*, Paris, La Découverte, 1984.

décisionnel. C'est pourquoi les décisions relatives aux enfants devront s'équilibrer—entre celles que prennent les adultes sans aucune sollicitation des enfants et celles des enfants sans aucun encadrement. Il s'agirait dès lors de construire ensemble les décisions en respectant la place et la participation respectives des enfants et des adultes.

Ainsi, en théorie, la participation des jeunes devrait bénéficier à tous et pourrait ouvrir des possibilités de progrès qui ne sauraient émerger des seules réflexions des adultes. Il s'agirait pour ce faire de passer d'un droit *par* les adultes *pour* les enfants à un droit *par* les enfants et les adultes *pour* les enfants. L'incertitude qui émane de l'ignorance de ce qui pourrait découler de la participation des enfants, des risques de remise en question fondamentale que leur parole recèle, ne devrait pas occulter le potentiel de développement et d'amélioration issu de la créativité et du savoir expérientiel des jeunes. Dans cette perspective, les normes et les décideurs actuels devraient encourager la participation des jeunes et protéger celle-ci des risques qu'elle présente. En ce sens, les droits procéduraux revêtent une importance cruciale afin de garantir un cadre à cette participation pour s'assurer qu'elle ne soit pas polluée par les facteurs extérieurs possiblement aliénants ou manipulatoires. De fait, ces procédures doivent permettre de protéger la parole de l'enfant, mais aussi l'enfant lui-même. On ne peut prévoir où nous mènera la participation des enfants, néanmoins on peut assurer le chemin qu'elle empruntera quelle que soit sa direction et retrouver ainsi un peu de certitude au cœur même de l'incertitude ...