

Les droits humains, l'enfant et la justice

Texte original en français, traduit en anglais
Original text in French, translated into English

Human rights, children,
and justice

Après des études de droit en France (Montpellier I, Paris II, Strasbourg III), Jörg Gerkrath obtient un doctorat en droit en 1996. Il commence sa carrière académique à l'Université Robert Schuman de Strasbourg avant de rejoindre le Kulturwissenschaftliches Institut à Essen comme chercheur postdoctoral dans le projet « Staatswerdung Europas ». Maître de conférences à Strasbourg, il devient ensuite professeur de droit public à l'Université d'Avignon en 2000. Depuis 2006, il enseigne le droit public et européen à l'Université du Luxembourg, se spécialisant en droit européen, constitutionnel, comparé et des droits fondamentaux. Auteur d'ouvrages sur le droit constitutionnel européen et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg, il coordonne aussi des publications sur le droit d'asile et la révision de la Constitution luxembourgeoise. Il est membre du comité éditorial de l'European Constitutional Law Review.

After studying law in France (Montpellier I, Paris II, Strasbourg III), Jörg Gerkrath obtained a doctorate in law in 1996. He began his academic career at Robert Schuman University in Strasbourg before joining the Kulturwissenschaftliches Institut in Essen as a postdoctoral researcher in the 'Staatswerdung Europas' project. From his role as a lecturer in Strasbourg, he went on to become professor of public law at Avignon University in 2000. Since 2006, he has taught public and European law at the University of Luxembourg, where he specialises in European, constitutional, comparative and fundamental rights law. The author of works on European constitutional law and the case law of the Constitutional Court of Luxembourg, he also coordinates publications on the right of asylum and the revision of the Luxembourg Constitution. He is a member of the editorial board of the European Constitutional Law Review.

Quelques réflexions sur les sources des droits de l'enfant en général et de ses droits en justice en particulier¹

Introduction

Célébrant le centenaire de la reconnaissance des droits de l'enfant, il ne paraît pas inutile de jeter un regard en arrière pour mieux comprendre l'esprit qui les ont façonnés.

Comme les droits universels de l'Homme, les droits de l'enfant ont leurs sources matérielles dans la philosophie du droit naturel. S'inspirant des grands auteurs grecs et romains de l'Antiquité, qui avaient enseigné que l'être humain - doué de raison - était capable de déduire de l'observation de la nature un certain nombre de lois naturelles, les auteurs des siècles dits des Lumières ont en effet bâti tout un système philosophique et juridique de devoirs et de droits de l'Homme découlant des lois de la nature. Cette philosophie du droit naturel a influencé ensuite les rédacteurs des premières déclarations des droits en Amérique et en France. De multiples correspondances témoignent de l'impact direct que certains auteurs ont exercé sur les rédacteurs des déclarations de droits du XVIII^e siècle². La référence à la recherche du bonheur (pursuit of happiness), qui figure dans la déclaration d'indépendance américaine remonte ainsi clairement aux écrits de Vattel pour lequel la vie, la liberté et la recherche du bonheur étaient les droits inhérents à la nature hu-

Thoughts on the sources of children's rights, in particular the right to justice¹

Introduction

As we celebrate the centenary of the recognition of children's rights, it is worth looking back to understand better the spirit that shaped them.

Like universal human rights, children's rights have their material sources in the philosophy of natural law. Inspired by the great Greek and Roman writers of Antiquity, who taught that human beings – endowed with reason – could deduce a certain number of natural laws from their observations of nature, the authors of the so-called Age of Enlightenment built a whole philosophical and legal system of human duties and rights derived from the laws of nature. This philosophy of natural law subsequently influenced the drafters of the first declarations of rights in America and France. Numerous correspondences testify to the direct impact that certain authors had on the drafters of declarations of rights in the eighteenth century². The reference to the 'pursuit of happiness' in the American Declaration of Independence can clearly be traced back to the writings of Vattel, for whom life, liberty and the pursuit of happiness were rights inherent in human nature that every civil society should protect.

Although children's rights were thought to have been derived from natural law by phi-

1 Texte écrit de l'allocution d'ouverture présentée le 17 juillet 2024 lors du séminaire d'été de l'OKAJU relatif aux défis actuels en matière des droits de l'enfant, cf. <https://www.summerseminar.lu>.

2 On sait que des idées développées par Emer de Vattel dans son *Droit des Gens*, réédité posthument en 1775 par Charles Guillaume Frédéric Dumas, ont directement influencées les auteurs de la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis. Cf. Brian Richardson, « The Use of Vattel in the American Law of Nations », *The American Journal of International Law* 106, n° 3 (juillet 2012) : 547-571. Il y a eu des échanges de lettres très riches notamment entre Dumas et Hamilton à cet égard.

1 Written text of the opening speech given on 17 July 2024 at the OKAJU summer seminar on the current challenges of children's rights; see: <https://www.summerseminar.lu>.

2 We know that the ideas developed by Emer de Vattel in his *Droit des Gens*, republished posthumously in 1775 by Charles Guillaume Frédéric Dumas, directly influenced the authors of the United States Declaration of Independence. Cf. Brian Richardson, "The Use of Vattel in the American Law of Nations," *The American Journal of International Law* 106, no. 3 (July 2012): 547-571. Dumas and Hamilton exchanged some very interesting letters on this subject.

maine que chaque société civile devait protéger.

Pour les droits de l'enfant, et bien qu'ils aient été pensés comme découlant du droit naturel par certains philosophes tels que Samuel de Pufendorf ou encore Christian Wolff dès le milieu du XVIII^e siècle, la consécration dans des textes de droit positif a été bien plus longue.

Il a fallu attendre le XX^e siècle pour voir apparaître la consécration d'un statut juridique de l'enfant et la reconnaissance de ses droits individuels. À l'heure actuelle, les droits de l'enfant sont solidement ancrés dans de multiples déclarations visant ou bien les droits humains universels ou les droits catégoriels spécifiques de l'enfant.

Dans la mesure où les droits de l'enfant s'inscrivent néanmoins dans le contexte plus général des droits humains, leur mise en œuvre implique nécessairement une délicate mise en balance avec les droits d'autrui. Dans le contexte de la justice, cela signifie dès lors que l'obligation d'accorder une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant ne signifie pas pour autant que les droits de l'enfant bénéficient d'une sorte de primauté automatique.

Des droits et obligations des enfants selon la philosophie du droit naturel des XVII^e et XVIII^e siècles

Les philosophes et juristes appartenant aux écoles de droit naturel et notamment à celle dite de la Suisse romande³ se sont attachés en premier lieu à énoncer les devoirs de l'Homme découlant de la loi naturelle. Recherchant à établir un système cohérent de règles régissant toute société civile, ils ont raisonné en termes de droits,

philosophes such as Samuel de Pufendorf and Christian Wolff in the mid-eighteenth century, it took much longer for those rights to be enshrined in positive law.

It was not until the twentieth century that children's legal status was enshrined, and their individual rights recognised. Today, the rights of the child are firmly anchored in several declarations covering both universal human rights and the specific rights of the child.

Given that children's rights are also part of the broader context of human rights, their implementation necessarily requires a balance with the rights of others. In the context of justice, this means that the obligation to give primary consideration to the best interests of the child does not mean that children's rights automatically take precedence.

The rights and obligations of children according to the philosophy of natural law of the seventeenth and eighteenth centuries

The philosophers and jurists belonging to the schools of natural law, in particular those of Swiss Romandy³, set out primarily the duties of humans arising from natural law. Seeking to establish a coherent system of rules governing civil society, they reasoned in terms of rights, duties, obligations, responsibilities, accountability and discernment. In their search for the foundations of civil society, they contrasted Man's state of nature with his state as a member of civil society. For them, the transition from one to the other implied the respect of natural laws. Therefore, in civil society, the only duty of the government (the 'Leviathan', according to Hobbes, or the State)

3 Emer de Vattel, Jean-Jacques Burlamaqui, Jean Barbeyrac, Jean-Jacques Rousseau.

3 Emer de Vattel, Jean-Jacques Burlamaqui, Jean Barbeyrac and Jean-Jacques Rousseau.

de devoirs, d'obligations, de responsabilités, d'imputabilité et de discernement. Dans leur recherche des fondements de la société civile, ils ont opposé l'état de nature de l'Homme à son état comme membre de la société civile. Le passage de l'un à l'autre impliquait pour eux le respect des lois naturelles. Le gouvernement de la société civile, le « Léviathan » cher à Hobbes ou l'État tout court ne pouvait de ce fait avoir pour fonction que de garantir la liberté et le bonheur de tous.

Tout naturellement leurs réflexions portaient alors d'abord sur les devoirs de l'Homme à l'égard de soi-même, à l'égard de sa famille, à l'égard de la société civile et à l'égard de Dieu. Ils partageaient la recherche des fondements de toute société civile qu'ils déduisaient de la réflexion philosophique sur le droit naturel. Dans leurs efforts d'analyser ce droit naturel comme un système complet de principes, d'institutions, de droits et d'obligations, ils se sont aussi penchés sur les lois naturelles gouvernant la plus petite société humaine : la famille.

D'une certaine manière ils avaient l'ambition de montrer que les relations entre les membres d'une société quelconque devaient être organisées en suivant les mêmes principes. Pour eux, le droit naturel, à l'instar des autres « sciences naturelles » pouvait être construit scientifiquement⁴. Il avait vocation à s'appliquer tant à la famille, qu'à la société civile ou la société des nations. Droit naturel et droit des gens n'étaient pas conçus comme deux sphères distinctes.

Dans ce cadre limité, il ne sera pas possible de rendre compte de toute la richesse de leur pensée ni de faire droit à l'ensemble des auteurs pertinents. On se bornera de ce fait

is to guarantee the freedom and happiness of all.

Naturally, their reflections focused first and foremost on one's duties to oneself, to one's family, to civil society and to God. They shared the search for the foundations of any civil society, which they deduced from philosophical reflection on natural law. In their efforts to analyse natural law as a complete system of principles, institutions, rights and obligations, they also looked at the natural laws governing the smallest human society: the family.

In a way, their ambition was to show that relations between the members of any society should be organised according to the same principles. For them, natural law, like other 'natural sciences', could be constructed scientifically⁴. It was intended to be applied equally to the family, civil society and the society of nations. Natural law and the law of nations were not conceived as two distinct spheres.

Within this limited framework, it will not be possible to give an account of all the richness of these philosophers' thought or to include all the relevant authors. We will therefore limit ourselves to citing the writings of Thomas Hobbes, Samuel von Pufendorf, Jean-Jacques Burlamaqui and Christian Wolff, available in French and, in the case of the latter, also in German. The excellent translations of their Latin manuscripts by Jean Barbeyrac, Samuel Sorbière and Samuel Formey give a clear idea of their agreements and disagreements on the subject.

Thomas Hobbes (1588–1679) is probably best known for his *Leviathan*, published in English in London in 1651. However, he

⁴ Voir en ce sens, Heinrich Mitteis, *Über das Naturrecht* (Akademie Verlag, 1948), 6.

⁴ In this regard, see: Heinrich Mitteis, *Über das Naturrecht* (Akademie Verlag, 1948), 6.

à ne citer que les écrits de Thomas Hobbes, Samuel von Pufendorf, Jean-Jacques Burlamaqui et Christian Wolff, accessibles en langue française et, pour le dernier, aussi en langue allemande. Les excellentes traductions réalisées à partir de leurs manuscrits latins par Jean Barbeyrac, Samuel Sorbière et Samuel Formey permettent en effet de bien saisir leurs accords et désaccords en la matière.

Thomas Hobbes (1588 – 1679) est certainement d’abord connu pour son *Leviathan* publié en 1651 à Londres en langue anglaise. Il avait pourtant écrit deux autres ouvrages importants en latin pendant son séjour forcé en France. *De Cive*, publié en latin en 1642⁵, a été ensuite traduit par Samuel Sorbière et publié en français en 1649 sous le titre *Elemens philosophiques du citoyen. Traicté politique, où Les Fondements de la Société civile sont découverts*⁶. Dans sa préface, qu’il consacre en grande partie à la méchanceté de l’homme, il considère que « Si vous ne donnez pas aux enfants tout ce qu’ils désirent, ils pleurent, ils se fâchent, ils frappent leurs nourrices, et la nature les porte à en user de la sorte. Cependant ils ne sont pas à blâmer [...] étant privés de l’usage de la raison, ils sont exempts de tous les devoirs des autres hommes ». Il leur reconnaît donc le bénéfice de l’ignorance qui les exempte en quelque sorte des obligations humaines et des conséquences de leur méconnaissance.

Plus loin, dans le corps de l’ouvrage, il consacre encore un chapitre au sujet « Du droit des Pères & des Mères sur leurs Enfants. Et du Royaume Patrimonial »⁷. Il y défend l’idée que la mère, si elle élève l’enfant, en est aussi la maîtresse et reste libre de

wrote two other important works in Latin during his forced stay in France. *De Cive*, published in Latin in 1642⁵, was later translated by Samuel Sorbière and published in French in 1649 under the title *Elemens philosophiques du citoyen. Traicté politique, où Les Fondements de la Société civile sont découverts* (Philosophical Elements of the Citizen. Political treatise, in which the Foundations of Civil Society are Discovered)⁶. In his preface, which he devotes in large part to the wickedness of humanity, he considers that “If you do not give children everything they desire, they cry, they get angry, they hit their nurses, and nature leads them to use it in this way. However, they are not to blame [...] being deprived of the use of reason, they are exempt from all the duties of other men”⁷. He therefore makes allowances for their ignorance, which in a way exempts them from human obligations and from the consequences of their ignorance.

Later, in the body of the work, he devotes another chapter to the subject of “Du droit des Pères & des Mères sur leurs Enfants. Et du Royaume Patrimonial” (“On the Rights of Fathers and Mothers over their Children. And of the Patrimonial Kingdom”)⁸. In it, he defends the idea that although a mother brings up her child, she is also the child’s mistress and remains free to dispose of any children that belong to her.

Hobbes continues this reasoning in a second work, entitled *De Corpore politico*. According to him, “Whether they are brought up by the father, by the mother, or by anyone else, children are therefore absolutely subject to the person who brings them up, or preserves them. They can even alienate

5 Thomas Hobbes, *Elementorum Philosophiæ: sectio tertia; de cive* (n.p., 1642).

6 Thomas Hobbes, *Elemens philosophiques du citoyen* (chez Jean Blaev, 1649).

7 Hobbes, *Précédé*, 157.

5 Thomas Hobbes, *Elementorum Philosophiæ: sectio tertia; de cive* (n.p., 1642).

6 Thomas Hobbes, *Elemens philosophiques du citoyen* (chez Jean Blaev, 1649).

7 Editor’s note: Unless otherwise specified, translations are based on the French version of the article.

8 Hobbes, *Précédé*, 157.

se défaire des enfants qui lui appartiennent.

Hobbes poursuit ce raisonnement dans un second ouvrage intitulé *De Corpore politico*. Selon lui, « Qu'ils soient élevés par le père, par la mère, ou par qui que ce soit, les enfants sont donc absolument soumis à celui ou celle qui les élève, ou les préserve. Ils peuvent même les aliéner, c'est-à-dire céder leur domination, en les vendant, ou les donnant en adoption ou en servitude ; ils peuvent les donner comme otages, les tuer pour rébellion, ou les sacrifier pour la paix, selon les lois naturelles, lorsqu'en leur âme et conscience ils le jugent nécessaire⁸ ». On le voit, dans la vision de Hobbes, très pessimiste sur la nature de l'homme, l'enfant qui n'est soumis à aucune obligation n'a point de droits propres. En cela il sera rapidement contredit par d'autres éminents penseurs de l'époque.

Samuel Baron von Pufendorf, (1632-1694) publie ainsi en 1673 une version abrégée de son grand chef d'œuvre de 1672⁹. Intitulé *De officio hominis et civis* et traduit par Jean Barbeyrac dès 1707 sous le titre *Les devoirs de l'homme et du citoyen tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, Pufendorf y consacre un chapitre entier aux « devoirs réciproques d'un père & d'une mère & de leurs enfants »¹⁰. Il y avance l'idée que le pouvoir paternel repose sur la loi naturelle et sur « un consentement tacite des Enfants. Car on a lieu de présumer, que si un Enfant avait en venant au monde l'usage de la Raison, & qu'il pût considérer que, sans le soin de ses Parens & sans l'autorité que ce

them, meaning give up their domination, by selling them, or giving them up for adoption or servitude; they can give them as hostages, kill them for rebellion, or sacrifice them for peace, according to the laws of nature, when in their soul and conscience they deem it necessary to do so⁹. As we can see, in Hobbes's very pessimistic view of human nature, a child who has no obligations does not have rights of their own. In this, he was quickly contradicted by other eminent thinkers of the time.

Samuel Baron von Pufendorf (1632–1694) published an abridged version of his 1672 masterpiece in 1673¹⁰. Entitled *De officio hominis et civis* and translated by Jean Barbeyrac in 1707 under the title *Les devoirs de l'homme et du citoyen tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle* (On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law)¹¹ Pufendorf devotes an entire chapter to the “reciprocal duties of a father & a mother & their children”¹². He puts forward the idea that paternal power rests on natural law and on “the tacit consent of Children. For there is reason to presume that if a child had the use of reason when coming into the world, and could consider that, without the care of his parents and without the authority that this care requires, he would infallibly perish, he would willingly submit to their direction, on condition that, for their part, they undertook to give him a good education”¹³.

8 Thomas Hobbes, « De Corpore Politico », chap. 23, § 8, dans *Éléments de loi*, trad. Arnaud Milanese (Allia, 2006), 149.

9 Traduit ensuite en français par l'inlassable Jean Barbeyrac, Baron de Pufendorf, *Le droit de la Nature et des Gens ; ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, 2^e édition (chez Pierre de Coup, 1712), 2 ts.

10 Baron de Pufendorf, *Les devoirs de l'homme et du Citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la Loi Naturelle*, 6^{ème} éd., trad Jean Barbeyrac (chez Henri-Albert Gosse & Comp., 1748), 273.

9 Thomas Hobbes, “De Corpore Politico,” chap. 23, § 8, in *Éléments de loi*, trans. Arnaud Milanese (Allia, 2006), 149.

10 Subsequently translated into French by the tireless Jean Barbeyrac, Baron de Pufendorf, *Le droit de la Nature et des Gens; ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, 2nd ed. (chez Pierre de Coup, 1712), 2 vols.

11 Samuel Pufendorf, *Pufendorf: On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, trans. M. Silverthorne, ed. James Tully (Cambridge University Press, 1991).

12 Baron de Pufendorf, *Les devoirs de l'homme et du Citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la Loi Naturelle*, 6th ed., trans. Jean Barbeyrac (chez Henri-Albert Gosse, 1748), 273.

13 de Pufendorf, *Les devoirs*, 274.

soin demande, il périra infailliblement, il se soumettoit volontiers à leur direction, à la charge que, de leur côté, ils s'engageassent à lui donner une bonne éducation »¹¹.

Jean-Jacques Burlamaqui, (1694-1748), se distingue parmi les philosophes et juristes du XVIII^e siècle en ce qu'il a excellé dans la présentation claire et systématique des principes du droit naturel. Resté à l'ombre d'un certain Jean-Jacques Rousseau, l'autre grand « Citoyen de la République de Genève », Burlamaqui est certainement l'auteur le plus original des deux et souvent considéré comme maître à penser de Rousseau. Il avait la santé fragile et n'a publié qu'un seul ouvrage de son vivant. Ses *Principes du droit naturel* de 1747, livre confectionné à partir de ses notes de cours à l'Université de Genève, constituent une véritable somme du droit naturel devant préfigurer un *Système complet sur le droit de la nature & des gens*, qu'il n'a jamais eu le temps d'écrire.

S'agissant de l'état de famille, Burlamaqui estime qu'en raison de leur faiblesse, les enfants « se trouvent naturellement assujettis à leurs Parents ; & que la Nature donne à ceux-ci toute l'autorité & tout le pouvoir nécessaire, pour gouverner ceux dont ils doivent procurer l'avantage »¹². L'autorité parentale n'est donc point absolue ou arbitraire. Elle doit tendre à procurer à l'enfant tout ce dont il a besoin. Burlamaqui développe cette idée dans le chapitre VII traitant « Du Droit pris pour Faculté & de l'Obligation qui y répond ». Pour lui le droit et l'obligation sont « deux termes corrélatifs, comme parlent les Logiciens ». Comment, se demande-t-il, « pourrait-on attribuer à un Père le droit de former les Enfants à la sagesse & à la vertu, par une bonne éducation, sans reconnoître en même tems que les

Jean-Jacques Burlamaqui (1694–1748) stands out among the philosophers and jurists of the eighteenth century for having excelled in the clear and systematic presentation of the principles of natural law. Burlamaqui, who remained in the shadow of Jean-Jacques Rousseau, the other great 'citizen of the Republic of Geneva', is certainly the most original of the two and is often regarded as Rousseau's teacher. He was in poor health and published only one work during his lifetime. His *Principes du droit naturel* (Principles of Natural Law) of 1747, a book compiled from his lecture notes at the University of Geneva, was a veritable sum of natural law that was to foreshadow a *Système complet sur le droit de la nature & des gens* (Complete System of Natural Law and the Law of Nations), which he never had time to write.

Regarding the state of the family, Burlamaqui considers that, because of their weakness, children "are naturally subject to their Parents; & that Nature gives the latter all the authority & all the necessary power to govern those whose benefit they must procure"¹⁴. Parental authority is therefore neither absolute nor arbitrary. It must aim to provide the child with everything the child needs. Burlamaqui develops this idea in Chapter 7 dealing with 'Du Droit pris pour Faculté & de l'Obligation qui y répond' (On the Law as a Faculty and the Obligation that Responds to it'. For him, *right* and *obligation* are "two correlative terms, as the Logicians say". How, he asks himself, "could one attribute to a Father the right to train Children in wisdom and virtue, through a good education, without at the same time recognising that Children must submit to their Father's authority; and that not only are they obliged not to resist, but they must also contribute, through

11 De Pufendorf, *Les Devoirs*, 274

12 Jean-Jacques Burlamaqui, *Principes du droit naturel* (chez Barrillot & Fils, 1748), 46.

14 Jean-Jacques Burlamaqui, *Principes du droit naturel* (chez Barrillot & Fils, 1748), 46.

Enfants doivent se soumettre à la direction Paternelle ; & que non-seulement ils sont obligés de n’y point résister, mais encore qu’ils doivent concourir par leur docilité & leur obéissance, à l’exécution des vues que leur Père se propose par rapport à eux ? ». L’idée d’un droit à l’éducation est alors déjà sous-jacente chez lui comme chez Pufendorf. Si les enfants ne savent avoir d’obligations qu’une fois parvenus à l’âge de raison et de discernement, ils sont titulaires de droits dès leur naissance selon sa logique. Par exemple, écrit-il, « le droit d’exiger que personne ne nous maltraite & ne nous offense, n’appartient pas moins aux Enfants, & même à ceux qui sont encore dans le sein de leur Mère, qu’aux Hommes faits »¹³.

Christian Wolff, (1679-1754), est probablement l’auteur qui est allé le plus loin dans la prise en compte de l’enfant au sein de la famille. Son ouvrage *Institutiones juris naturae et gentium*, publié à Halle en 1750 a été rapidement traduit, tant en français qu’en allemand. Dans la traduction allemande, réalisée par Gottlob Samuel Nicolai en 1754, se trouve un chapitre dédié à la société paternelle¹⁴. Mais loin de dissenter sur la seule autorité parentale, il y développe assez extensivement les obligations des parents à l’égard de leurs enfants. Dans la traduction française de 1758, on peut ainsi lire que « Les enfants ont même naturellement le droit d’exiger que leurs parents ne leur donnent point de mauvais exemples »¹⁵.

Wolff va jusqu’à considérer que tout géniteur d’un enfant, qu’il soit naturel ou légi-

their docility and obedience, to the execution of the goals their father sets in relation to them?». The idea of a right to education was already underlying his work, as it was in that of Pufendorf. Burlamaqui reasons that although children will only have obligations once they have reached the age of reason and discernment, they are entitled to rights from birth. For example, he wrote, “the right to demand that no one mistreats or offends us belongs no less to children, and even to those who are still in their mother’s womb, than to fully grown men”¹⁵.

Christian Wolff (1679–1754) is probably the author who went the furthest in taking account of the child within the family. His *Institutiones juris naturae et gentium*, published in Halle in 1750, was quickly translated into both French and German. The German translation, by Gottlob Samuel Nicolai in 1754, includes a chapter dedicated to paternal society¹⁶. But far from discussing parental authority alone, he extensively develops the obligations of parents towards their children. In the French translation of 1758, we read that “Children naturally have the right to demand that their parents do not set them bad examples”¹⁷.

Wolff goes so far as to consider that every parent of a child, whether natural or legitimate, must ensure the child’s education. Each parent must contribute as much as they can. Following Wolff’s logic, a society should be established between man and

13 Burlamaqui, *Principes*, 80–84.

14 Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, trad. G.S. Nicolai, (Rengerische Buchhandlung, 1754), 648 : « Von der väterlichen Gesellschaft und väterlicher Gewalt » (« De la société paternelle et de la violence paternelle »).

15 Christian Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de Mr. De Wolff. Par Mr. Formey*, trad. Samuel Formey, (chez Marc Michel Rey, 1758), 226, 229.

15 Burlamaqui, *Principes*, 80–84.

16 Christian Wolff, *Grundsätze des Natur – und Völkerrechts worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, trans. G.S. Nicolai (Rengerische Buchhandlung, 1754), 648: “Von der väterlichen Gesellschaft und väterlicher Gewalt” (“On paternal society and paternal violence”).

17 Christian Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de Mr. De Wolff. Par Mr. Formey*, trans. Samuel Formey (chez Marc Michel Rey, 1758), 226, 229.

time, doit en assurer l'éducation. Chacun des parents doit y contribuer autant qu'il peut. Il s'en suit même dans sa logique qu'une société doit être érigée entre homme et femme dans le but « de la génération et de l'éducation des enfants ». C'est la société maritale¹⁶.

On le voit, les fondements de la reconnaissance de droits aux enfants se trouvent dans la philosophie du droit naturel. Il a fallu cependant attendre plus de deux siècles pour qu'ils soient insérés dans des textes de droit positif.

Des multiples sources de droit positif en vigueur

Aujourd'hui, en 2024, nous pouvons célébrer le premier centenaire de la reconnaissance des droits de l'enfant au niveau international. C'est un long chemin qui a été parcouru. Nous pouvons même nous réjouir du fait que de multiples déclarations, traités, chartes et conventions consacrent les droits de l'enfant en tant que normes juridiques obligatoires.

Cela pose cependant quelques défis. Qui dit multiplicité de sources dit aussi besoin de coordination et de conciliation. Pour ceux qui, comme les magistrats, sont amenés à appliquer les normes en vigueur à une affaire donnée se posera alors souvent la question du champ d'application exact d'un droit reconnu, voire de l'applicabilité tout court d'un traité ou d'une charte en droit interne. Si de surcroît il y a une multiplicité de normes susceptibles de s'appliquer

woman for the "generation and education of children". This is a marital society¹⁸.

As we can see, the foundations for recognizing children's rights are to be found in the philosophy of natural law. However, it was not until more than two centuries later that these rights were enshrined in positive law.

Multiple sources of positive law in force

Today, in 2024, we can celebrate the first centenary of the recognition of children's rights at the international level. We have come a long way. We can even rejoice in the fact that numerous declarations, treaties, charters and conventions have enshrined children's rights as binding legal norms.

However, this poses some challenges. Where there is a multiplicity of sources, there is also a need for coordination and conciliation. For those people, such as judges, who have to apply the current norms to a given case, there will often be questions about how exactly a recognised right applies, or even whether a treaty or charter is applicable in domestic law. Moreover, lawyers are well aware of the difficulties that can arise when multiple norms are likely to apply simultaneously while stating the right in question in different ways or allowing for divergent interpretations. That said, they also have enough imagination to arrive at a comprehensive application and ensure that interpretation is consistent in practice.

The enshrinement of children's rights in specific legal documents also raises questions

16 Wolff, *Principes*, 628-629 : « [...] so müssen die, welche ein Kind zeugen, dasselbe auch erziehen [...] Da zur Erziehung so wohl der Mutter, als des Vaters Sorge und Fleiß erfordert wird; so muss ein jeder zur Erziehung des Kindes so viel beytragen, als er kann. ». (« [...] ceux qui engendrent un enfant doivent aussi l'éduquer [...] Comme l'éducation requiert le soin et l'application de la mère comme du père, chacun doit contribuer autant qu'il le peut à l'éducation de l'enfant »).

18 Wolff, *Principes*, 628-629: "[...] so müssen die, welche ein Kind zeugen, dasselbe auch erziehen [...] Da zur Erziehung so wohl der Mutter, als des Vaters Sorge und Fleiß erfordert wird; so muss ein jeder zur Erziehung des Kindes so viel beytragen, als er kann." ("[...] those who father a child must also bring it up [...] Since the upbringing of a child requires the care and diligence of both mother and father, each must contribute as much as they can to the upbringing of the child").

simultanément tout en énonçant le droit en question de manière différente ou permettant des interprétations divergentes, les juristes mesurent les difficultés qui peuvent en résulter. Cela dit, ils ont aussi suffisamment d'imagination pour aboutir à une application englobante et une interprétation conforme en pratique.

La consécration des droits de l'enfant par des documents juridiques spécifiques soulève par ailleurs des questions relevant d'une vieille controverse opposant les Droits universels de l'Homme aux « droits catégoriels » dont il conviendra de justifier la consécration. Danièle Lochak y a consacré une contribution fort convaincante¹⁷. Elle écrit notamment qu'« Un mode d'énonciation 'catégoriel' apparaît dans certains cas comme une façon de prendre en compte la vulnérabilité de certains groupes dans le but de garantir l'effectivité véritable des droits proclamés comme universels sur une base d'égalité. [...] Ainsi, la reconnaissance des droits de l'enfant par la Convention de 1989 est une façon de prendre acte de leur vulnérabilité particulière pour réaffirmer, d'une part, qu'ils jouissent de l'intégralité des droits de l'Homme (droit au respect de la vie privée et familiale, droit à un nom et à une nationalité, liberté de pensée et de religion, droit à la santé, droit à l'éducation...) et, de l'autre, qu'on doit leur accorder la protection spécifique dont ils ont besoin en raison de leur minorité (protection contre les violences, notamment sexuelles, les mauvais traitements, l'exploitation...) »¹⁸. On ne peut que partager cette approche qui se reflète désormais clairement dans les textes pertinents adoptés au cours du siècle passé.

À partir du XIX^e siècle, les enfants commencent à bénéficier d'une protection par-

arising from the long-standing controversy around the difference between universal human rights and 'categorical rights', the enshrinement of which must be justified. Danièle Lochak has made a very convincing contribution to this debate¹⁹. She writes that:

*a "categorical" mode of enunciation appears in some cases to be a way of taking into account the vulnerability of certain groups in order to guarantee the true effectiveness of rights proclaimed as universal on a basis of equality. [...] Thus, the recognition of children's rights in the 1989 Convention is a way of acknowledging their particular vulnerability in order to reaffirm, on the one hand, that they enjoy all human rights (the right to respect for private and family life, the right to a name and nationality, freedom of thought and religion, the right to health, the right to education...) and, on the other hand, that they must be granted the specific protection they need because of their minority (protection against violence, particularly sexual violence, ill-treatment, exploitation...).*²⁰

We can only agree with this approach, which is now clearly reflected in the relevant texts that have been adopted over the past century.

From the nineteenth century onwards, children began to benefit from special protection. The first regulations were adopted at the national level in the fields of work, justice and education. However, it was not until the twentieth century that international texts covering all their rights were adopted.

In 1919, the League of Nations set up a Committee for the Protection of Children. On 26 September 1924, the Committee adopt-

17 Danièle Lochak, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *Revue des Droits de l'Homme*, 3 (2013) : 1-10.

18 Lochak, « Penser », 1-10.

19 Danièle Lochak, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *Revue des Droits de l'Homme*, 3 (2013) : 1-10.

20 Lochak, « Penser », 1-10 [translated from French].

ticulière. Les premières réglementations sont adoptées en matière de travail, de justice ou d'éducation au niveau national. Il faut toutefois attendre le XX^e siècle pour que des textes internationaux englobant l'ensemble de leurs droits soient adoptés.

En 1919, la Société des Nations (SdN) crée un comité de protection de l'enfance. Le 26 septembre 1924 elle adopte la Déclaration de Genève¹⁹, premier texte international sur les droits spécifiques de l'enfant. Le texte est inspiré des travaux de Janusz Korczak, considéré comme le père des droits de l'enfant. Rédigée par Eglantyne Jebb, cette brève Déclaration, composée d'un préambule et de cinq articles, énonce que les hommes et les femmes de toutes les nations ont le devoir de respecter le droit de l'enfant à disposer des moyens nécessaires à son développement, à bénéficier d'une aide spéciale en cas de besoin, à être le premier à recevoir des secours, à la liberté économique, à la protection contre l'exploitation et à une éducation lui inculquant une conscience sociale et le sens du devoir.

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 accorde une place somme toute assez modeste aux droits de l'enfant. Elle affirme que « la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale »²⁰. En ce qui concerne le droit à l'éducation, elle ajoute en outre que « les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants »²¹.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

ed the Declaration of Geneva²¹, the first international text on the specific rights of the child. The text was inspired by the work of Janusz Korczak, considered to be the father of children's rights. Written by Eglantyne Jebb, this brief Declaration, composed of a preamble and five articles, states that men and women of all nations have a duty to respect child's right to have the means necessary for their development, to receive special assistance when needed, to be the first to receive aid, to have economic freedom, to be protected against exploitation and to have an education that instils social awareness and a sense of duty.

The 1948 Universal Declaration of Human Rights accords a relatively modest place to the rights of the child. It states that "motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection"²². Regarding the right to education, it adds that "parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children"²³.

The 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, on the other hand, contains no provision on children's rights²⁴. Although Article 8, insofar as it guarantees the right to a normal family life, does not contain any explicit procedural requirements, the European Court of Human Rights has ruled that the child must be sufficiently involved in decisions relating to his or her family and private life. The general principles, set out in the landmark *Sahin v. Germany* and *Sommerfeld v. Germany* judgments in 2003²⁵, were defined to ensure

19 League of Nations, Geneva Declaration of the Rights of the Child (1924), <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

20 AG Rés. 217 (III) A, Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948), art. 25 ¶ 2.

21 AG Rés. 217 (III) A, art. 26 ¶ 3.

21 League of Nations, Geneva Declaration of the Rights of the Child (1924), <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

22 G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights (10 December 1948), art. 25 ¶ 2.

23 G.A. Res. 217 (III) A, art. 26 ¶ 3.

24 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4 November 1950), CETS 005.

25 *Sahin v. Germany*, 30943/96, ¶ 72-74, Eur. Ct. H.R.

(CEDH) de 1950, quant à elle, ne contient pas de disposition consacrant un quelconque droit de l'enfant²². Bien que l'article 8, en ce qu'il garantit le droit à une vie familiale normale, ne contienne aucune exigence procédurale explicite, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a jugé que l'enfant doit être suffisamment associé aux décisions relatives à sa vie familiale et privée. Les principes généraux, énoncés dans les arrêts de principe *Sahin c. Allemagne* et *Sommerfeld c. Allemagne* en 2003²³, ont été définis pour assurer à l'enfant le droit d'être consulté et entendu afin de protéger son intérêt supérieur. Suivant l'âge et la maturité de l'enfant, des entretiens avec des experts, qui sont ensuite chargés d'en rendre compte au juge, peuvent être considérés comme suffisants.

Après la Seconde Guerre mondiale, une seconde Déclaration des droits de l'enfant est adoptée par l'Organisation des Nations unies (ONU) le 20 novembre 1959²⁴. Comme la première ainsi que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, ces déclarations de l'Assemblée générale des Nations-Unies n'ont cependant pas de force juridique obligatoire.

Ce n'est qu'avec les deux pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques (PDCP) et aux droits économiques, sociaux et culturels (PDESC), signés en 1966 et entrés en vigueur en 1976 pour les États les ayant ratifiés, que des dispositions de traités internationaux consacrent explicitement quelques droits des enfants. Le PDCP contient ainsi deux dispositions qui assurent une protection aux enfants, que ce soit en matière de publicité de la justice

the child's right to be consulted and heard in order to protect the child's best interests. Depending on the age and maturity of the child, interviews with experts, who are then responsible for reporting back to the judge, may be considered sufficient.

After the Second World War, a second Declaration of the Rights of the Child was adopted by the United Nations on 20 November 1959²⁶. Like the Universal Declaration of Human Rights, this declaration by the United Nations General Assembly is not legally binding.

It was not until the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which were signed in 1966 and came into force in 1976 for those States that had ratified them, that international treaty provisions explicitly enshrined several children's rights. The International Covenant on Civil and Political Rights contains two provisions that provide protection for children, both in terms of public access to justice (article 14) and in terms of their protection in the event of the dissolution of their parents' marriage (article 23)²⁷. The major contribution comes from article 24 of the Covenant, which directly recognises the right of the child to have access, without any discrimination, "to such measures of protection as are required by his status as a minor", the right to a registered name and the right to acquire a nationality²⁸.

The Covenant adds two other provisions concerning the obligation of States to take measures to protect children "from econom-

22 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (4 novembre 1950), CETS 005.

23 *Sahin c. Allemagne*, 30943/96, ¶72-74, CEDH (2003); *Sommerfeld c. Allemagne*, 31871/96, ¶70, ¶72, CEDH (2003).

24 AG Rés. 1386 (XIV), Déclaration des droits de l'enfant (20 novembre 1959).

(2003); *Sommerfeld v. Germany*, 31871/96, ¶ 70, ¶ 72, Eur. Ct. H.R. (2003).

26 G.A. Res. 1386 (XIV), Declaration on the Rights of the Child (20 November 1959).

27 G.A. Res. 2200A (XXI), International Covenant on Civil and Political Rights (16 December 1966), arts. 14 and 23.

28 G.A. Res. 2200A (XXI), art. 24.

(article 14) ou en ce qui concerne leur protection en cas de dissolution du mariage de leurs parents (article 23)²⁵. L'apport majeur résulte de l'article 24 du Pacte, lequel reconnaît directement à l'enfant le droit d'avoir un accès, sans aucune discrimination « aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur », le droit au nom enregistré et le droit d'acquérir une nationalité²⁶.

Le PDESC y ajoute deux autres dispositions qui concernent l'obligation des États de prendre des mesures de protection des enfants « contre l'exploitation économique et sociale »²⁷ et pour assurer « la diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant »²⁸.

L'étape majeure ne sera franchie qu'en 1989 avec l'adoption de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Elle introduit notamment le principe cardinal que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »²⁹. Plus concrètement cela signifie notamment que 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 »³⁰. Il faut encore donner à l'enfant « la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directe-

ic and social exploitation”²⁹ and to ensure “the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality, and for the healthy development of the child”³⁰.

The major step was not taken until 1989 with the adoption of the New York Convention on the Rights of the Child. This introduced the cardinal principle that “in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”³¹. More specifically, this means that States Parties “shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child”³². The child must also be given “the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body”³³.

More specifically, regarding the rights of the child “in justice”, article 40 sets out a number of obligations for State Parties. They recognise: the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society³⁴.

25 AG Rés. 2200A (XXI), Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), arts. 14 et 23.

26 AG Rés. 2200A (XXI), art. 24.

27 AG Rés. 2200A (XXI), art. 10 ¶ 3.

28 AG Rés. 2200A (XXI), art. 12 ¶ 2.

29 AG Rés. 40/25, Convention relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989), art. 3.

30 AG Rés. 40/25, art. 12, ¶ 1.

29 G.A. Res. 2200A (XXI), art. 10 ¶ 3.

30 G.A. Res. 2200A (XXI), art. 12 ¶ 2.

31 G.A. Res. 44/25, Convention on the Rights of the Child (20 November 1989), art. 3.

32 G.A. Res. 44/25, art. 12, ¶ 1.

33 G.A. Res. 44/25, art. 12, ¶ 2.

34 G.A. Res. 44/25, art. 40.

ment, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié »³¹.

En ce qui concerne plus précisément les droits de l'enfant « en justice » l'article 40 énumère de nombreuses obligations à destination des États signataires. Ces derniers reconnaissent en effet « à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci »³². La Convention rappelle en outre que les États doivent veiller au respect des droits de l'enfant en matière de justice en tenant compte « des dispositions pertinentes des instruments internationaux »³³.

Ce rappel est en effet utile compte tenu de la multiplicité des instruments existants afin de garantir que l'enfant puisse jouir effectivement des droits classiques de tout justiciable et notamment des droits de la défense.

Dans le domaine du droit du travail, l'Organisation Internationale du Travail (OIT) a adopté en 1991 la Convention sur les pires formes de travail des enfants³⁴, appelant à l'interdiction et à l'élimination immédiate de toute forme de travail susceptible de compromettre la santé, la sécurité ou la moralité des enfants. Là aussi on observe que le souci de protéger l'enfant dans tous les contextes.

The Convention also mentions that States must ensure respect for the rights of the child in matters of justice, considering “the relevant provisions of other international instruments”³⁵.

This reminder is indeed useful, given the multiplicity of existing instruments designed to ensure that children can effectively enjoy the same rights as any other litigant has, in particular the rights of the defence.

In the field of labour law, the International Labour Organization adopted the Worst Forms of Child Labour Convention in 1991³⁶, which called for the prohibition and immediate elimination of all forms of work that are likely to harm the health, safety or morals of children. Here, too, we can see that there is a concern with protecting children in all contexts.

More recently still, the Charter of Fundamental Rights of the European Union reaffirms in its articles 14 (the right to education) and 24 (the rights of the child) the rights of the child as they result from the New York Convention. Under Article 24 of the Charter, children “shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity”³⁷. In all actions concerning children, whether taken by public authorities or private institutions, “the child’s best interests must be a primary consideration”³⁸. Finally, every child has the “right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, un-

31 AG Rés. 40/25, art. 12, ¶ 2.

32 AG Rés. 40/25, art. 40.

33 AG Rés. 40/25, art. 32.

34 Organisation internationale du travail, Convention sur les pires formes de travail, 17 juin 1999, n° 182, UNTS 2133, 161.

35 G.A. Res. 44/25, art. 32.

36 International Labour Organization, Worst Forms of Labour Convention, 17 June 1999, no. 182, UNTS 2133, 161.

37 O.J. 2000 C 364/3, Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 24, ¶ 1.

38 O.J. 2000 C 364/3, art. 24, ¶ 2.

Plus récemment encore, la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne réaffirme les droits de l'enfant tels qu'ils résultent de la Convention de New York dans ses articles 14 (droit à l'éducation) et 24 (Droits de l'enfant). En vertu de cet article 24 de la Charte, les enfants « ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité »³⁵. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »³⁶. Tout enfant a enfin « le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt »³⁷. L'intérêt de la Charte réside notamment dans le fait qu'elle bénéficie de la primauté qui caractérise le droit de l'UE par rapport au droit interne des États membres. Il faut cependant être conscient du fait qu'à la différence de la CEDH, la Charte n'a vocation à s'appliquer que lorsque l'État agit dans le champ d'application du droit de l'Union.

Le nouveau texte de la Constitution luxembourgeoise, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2023, reprend lui aussi le principe majeur de la Convention sur les droits de l'enfant en précisant dans son nouvel article 15 que dans toute décision qui le concerne, « l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale »³⁸. On note avec étonnement que l'intérêt de l'enfant n'a cependant pas été qualifié de « supérieur ». Du moins le nouveau texte reconnaît aussi que chaque enfant « peut exprimer son

less that is contrary to his or her interests»³⁹. The value of the Charter lies in the fact that it benefits from the primacy of European Union law over the domestic law of the Member States. However, it is important to bear in mind that, unlike the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Charter is intended to apply only when the State is acting within the scope of European Union law.

The new text of the Constitution of Luxembourg, which came into force on 1 July 2023, also incorporates the main principle of the Convention on the Rights of the Child, specifying in its new Article 15 that in any decision concerning the child, “the interests of the child shall be given primary consideration”⁴⁰. Surprisingly, however, the interests of the child are not described as “best”. At least the new text also recognises that every child “may express their views freely on any matter affecting them. Their views shall be taken into account, having regard to the child’s age and understanding” and that the child “has the right to such protection, measures and care as are necessary for the child’s wellbeing and development”⁴¹.

However, regarding the Grand-Ducal succession, the same Constitution establishes direct discrimination between legitimate and illegitimate children. Article 56, paragraph 1 states that the office of Head of State “is hereditary in the direct descendants of His Royal Highness Adolphe, Grand Duke of Luxembourg, Duke of Nassau, by order of primogeniture and by representation. Only children born of marriage have the right of succession”⁴². On this point, the Luxembourg Constitution clearly does not comply

35 J.O. 2000 C 364/3, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 24, § 1.

36 J.O. 2000 C 364/3, art. 24, § 2.

37 J.O. 2000 C 364/3, art. 24, § 3.

38 Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1^{er} juillet 2023, art. 15.

39 O.J. 2000 C 364/3, art. 24, § 3.

40 Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1 July 2023, art. 15.

41 Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1 July 2023, art. 15.

42 Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1 July 2023, art. 56 § 1.

opinion librement sur toute question qui le concerne. Son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement » et qu'il « a droit à la protection, aux mesures et aux soins nécessaires à son bien-être et son développement »³⁹.

Il demeure que s'agissant de la succession grand-ducale, cette même constitution établit une discrimination directe entre enfants légitimes et enfants naturels. L'article 56 (1) dispose en effet que la fonction de Chef de l'État « est héréditaire dans la descendance directe de Son Altesse Royale Adolphe, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau, par ordre de primogéniture et par représentation. Seuls les enfants nés d'un mariage ont le droit de succéder »⁴⁰. Sur ce point, la Constitution luxembourgeoise n'est clairement pas conforme au PDCP, à la CEDH et à la Convention de New York. Dans la mesure où le Grand-Duché respecte en principe scrupuleusement la primauté des traités ratifiés sur le droit interne, on pourrait s'attendre, le cas échéant, à des débats juridiques intéressants. Y a-t-il une justification pour une telle discrimination ou du moins un intérêt légitime qui commanderait cette dérogation à un droit fondamental ?

De la nécessaire mise en balance des droits de l'enfant

Lorsqu'on s'interroge sur l'application concrète d'un droit humain précis dans une situation donnée, se posent inévitablement les questions juridiques de son champ d'application, des restrictions qui peuvent lui être imposées - y compris les limites intrinsèques de ces dernières - et de l'éventuelle mise en balance de ce droit avec les droits d'autrui. C'est ainsi pour tous les droits

with the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, or the New York Convention. Insofar as the Grand Duchy scrupulously respects the primacy of ratified treaties over domestic law, we might expect some interesting legal debates. Is there any justification for such discrimination, or at least any legitimate interest that would require this derogation from a fundamental right?

The need to balance children's rights

When considering the practical application of a specific human right in a given situation, it is inevitable that the legal issues of its scope, the restrictions that may be imposed on it (including the intrinsic limits of those restrictions) and the possible balancing of that right against the rights of others will arise. This applies to all rights that are not non-derogable, including the rights of the child in the 1989 Convention, with the notable exception of the prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (article 37), which is non-derogable.

In matters of justice, where several parties are likely to be able to assert interests worthy of protection or particular rights, it will thus be necessary to guarantee the rights and freedoms of each party. As children have a clear legal personality⁴³, they will be able to assert their rights – either personally, if they have the necessary discernment to do so, or through a representative, who will have the task of defending their rights. Adults will still make the decision on whether a child is mature enough to defend themselves, to testify or to take responsibility for their actions. It is therefore difficult to assume that

39 Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1er juillet 2023, art. 15.

40 Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1er juillet 2023, art. 56 ¶ 1.

43 Cf. Patricia Buirette, *Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfant* (RBDI, 1990), 54.

qui ne sont pas indérogeables et donc aussi pour les droits de l'enfant de la Convention de 1989, à l'exception notable de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 37) qui, elle, est indérogeable.

En matière de justice, où plusieurs parties sont susceptibles de pouvoir faire valoir des intérêts dignes de protection ou des droits particuliers, il sera ainsi nécessaire de garantir les droits et libertés de chacun. Dans la mesure où l'enfant est désormais clairement revêtu de la personnalité juridique⁴¹, il pourra faire valoir ses droits que ce soit personnellement, s'il est doté du discernement nécessaire pour le faire, soit par l'intermédiaire d'un représentant qui aura pour tâche de défendre ses droits. Il demeure que la décision sur le point de savoir à quel point l'enfant est suffisamment mature pour se défendre, pour témoigner ou pour assumer la responsabilité de ses actes, sera prise par des adultes. Il est difficile de présumer qu'aucune discrimination en fonction de l'âge n'en résultera en pratique dans des cas particuliers.

Il incombera aux États ayant ratifié les différents instruments juridiques mentionnés ci-dessus d'assumer tant leurs obligations positives, y compris de type procédural, que leurs obligations négatives. Cela signifie concrètement qu'ils doivent notamment mettre en place un ensemble de règles juridiques destinées à garantir en pratique que les droits de l'enfant soient effectivement respectés par l'ensemble des acteurs. L'exemple du contentieux climatique nous enseigne alors que l'intérêt supérieur de l'enfant peut et doit aussi signifier que les États ont actuellement l'obligation de protéger les droits des générations futures face au changement climatique et à la protec-

no age-based discrimination will result in practice in specific cases.

States that have ratified the various legal instruments mentioned above will be responsible for meeting both their positive obligations, including procedural obligations, and their negative obligations. In concrete terms, this means that they must put in place a set of legal rules designed to ensure in practice that the rights of the child are effectively respected by all stakeholders. The example of climate litigation teaches us that the best interests of the child can and must also mean that States currently have an obligation to protect the rights of future generations in the face of climate change and environmental protection. Any inaction or ineffective measures taken will therefore be contrary to the best interests of the child, because this will pass the burden of combating climate change and adapting to that change to the future generations to which the child belongs⁴⁴.

The question of respect for children's rights within the justice system will arise in different ways depending on the child's status in the system. Whether a child is involved as a witness, defendant, civil party, victim, litigant or claimant obviously changes the child's status and, therefore, the extent of the child's rights and duties. Some of these statuses have already been analysed in depth, while others have attracted less attention from researchers and experts⁴⁵.

The rights of the child may then be recognised as having what is known as a horizon-

41 Cf. Patricia Buirette, *Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfant* (RBDI, 1990), 54.

44 Cf. the judgments of the European Court of Human Rights of 9 April 2024 in the cases of *Klimaseniörinnen v. Switzerland* and *Duarte Agostinho v. Portugal* and 33 other States.

45 As for young people in conflict with the law, see the excellent publication by OKAJU: Charel Schmit, Fanny Dedebach, Renate Winter, and Siliva Allerezza, eds., *Jeunes en conflit avec la loi et droits de l'enfant. Acquis et futurs défis pour le système de justice* (OKAJU éditions, 2022), 297.

E L È M È N S
 P H I L O S O P H I Q U E S
 D U C I T O Y E N :

TRAICTE' POLITIQUE,

où

Les Fondemens de la Societé
 civile sont découverts,

PAR
 THOMAS HOBBS,

ET

Traduiçts en François par un
 de ses amis.



A AMSTERDAM,
 De l'Imprimerie de IEAN BLAEV.
 M D C X L I X .

tion de l'environnement. Toute inaction ou prise de mesures inefficaces sera ainsi contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, car cela reportera la charge de lutter contre le changement climatique et de s'adapter à ces changements aux générations futures auxquelles il appartient⁴².

La question du respect des droits de l'enfant dans le cadre du système de justice se posera de différentes manières en fonction de la qualité que revêt l'enfant. Qu'il soit impliqué en tant que témoin, accusé, partie civile, victime, justiciable ou requérant change bien évidemment son statut et de ce fait l'ampleur de ses droits et devoirs. Certains de ces statuts ont d'ores et déjà fait l'objet d'analyses approfondies alors que d'autres ont moins attiré l'attention des chercheurs et experts⁴³.

Les droits de l'enfant pourront alors se voir reconnaître ce que l'on appelle un effet direct horizontal (*Drittwirkung* en allemand). Cela signifie que ces droits pourront être opposés aux autres personnes impliquées dans une procédure donnée. Si l'État doit veiller au respect des droits de l'enfant, il en va de même pour toute autre personne physique ou morale, privée ou publique. Il conviendra alors de toujours se rappeler de la vulnérabilité spéciale d'un enfant vis-à-vis des institutions et des adultes.

Que l'enfant soit considéré comme l'auteur présumé d'un délit ou d'un crime ou qu'il en soit la victime, il convient de toujours mettre en balance l'objectif de la protection de l'enfant et celui de la protection des victimes. Les droits de tout justiciable doivent

tal direct effect (*Drittwirkung* in German). This means that these rights can be invoked against other people involved in a given procedure. While the State must ensure that children's rights are respected, the same applies to any other natural or legal person, private or public. The special vulnerability of children in relation to institutions and adults should always be borne in mind.

Whether a child is considered to be the victim or the alleged perpetrator of an offence or a crime, the objective of protecting the child must always be weighed against that of protecting the victims. The rights of any litigant must therefore be interpreted and applied in the light of the principle of the best interests of the child.

Setting an age of criminal responsibility that takes account of a child's degree of discernment at the various stages of development is certainly necessary in the interests of legal predictability and security. The existence of such a legal age should not, however, prevent the judge from assessing *in concreto* the degree of discernment of a juvenile offender.

The concept of the best interests of the child is therefore likely to be complex and often difficult to implement. The 1959 Declaration on the Rights of the Child already referred to the principle, stating that "the best interests of the child shall be the paramount consideration [in the enactment of laws for this purpose]" and "the guiding principle of those responsible for his education and guidance"⁴⁶. It can be considered that the Convention on the Rights of the Child "extends the principle of the best interests of the child to 'all' decisions affecting them. This is a radical turning point"⁴⁷.

42 Cf. les arrêts de la CEDH du 9 avril 2024 dans les affaires *Klimaseniorinnen c. Suisse et Duarte Agostinho c. Portugal* et 33 autres États.

43 Pour ce qui est des jeunes en conflit avec la loi cf. l'excellente publication de l'OKAJU : Charel Schmit, Fanny Dedebach, Renate Winter, et Siliva Allerezza, dirs., *Jeunes en conflit avec la loi et droits de l'enfant. Acquis et futurs défis pour le système de justice* (OKAJU éditions, 2022), 297.

46 G.A. Res. 1386 (XIV), principes 2 and 7.

47 Thomas Hammarberg, "Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant: ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes," *Journal du Droit des Jeunes* (March 2011): 10.

alors faire l'objet d'une interprétation et d'une application à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La fixation d'un âge de la responsabilité pénale qui tienne compte du degré de discernement d'un enfant aux différents stades de son évolution est certainement nécessaire dans l'intérêt de la prévisibilité et de la sécurité juridiques. L'existence d'un tel âge légal ne devrait cependant pas interdire au juge d'apprécier in concreto le degré de discernement d'un délinquant mineur.

Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant est alors susceptible d'une mise en œuvre complexe et souvent difficile. La Déclaration sur les droits de l'enfant de 1959 mentionnait déjà le principe, disposant que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante [dans l'adoption des lois] » ainsi que « le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation »⁴⁴. On a pu considérer que la Convention relative aux droits de l'enfant (CNUDE) « étend le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à 'toutes' les décisions les intéressant. C'est là un tournant radical »⁴⁵.

Ce concept est néanmoins difficile à saisir. En témoignent déjà les différentes versions linguistiques de la CNUDE. En allemand on y lit en effet qu'il s'agit du « Wohl des Kindes » (« bien-être de l'enfant »), en anglais il est précisé que « the best interests of the child shall be a primary consideration ». On comprend aisément que la signification de ces termes n'est pas nécessairement identique.

Si ce concept laisse naturellement une ample

The concept is nevertheless difficult to grasp. The different language versions of the Convention on the Rights of the Child are a proof of this. The German version refers to the “Wohl des Kindes” (“Welfare of the Child”), while the French version is concerned with the “superior interest of the child” (“l'intérêt supérieur de l'enfant”). It is easy to see that these terms do not necessarily have the same meaning.

While this concept naturally leaves a wide margin of interpretation, its scope is general. The United Nations Committee on the Rights of the Child went even further, defining the best interests of the child as a “general principle” to guide the interpretation of the Convention as a whole⁴⁸.

The use of the word “children” in the plural form in the first line means, according to the interpretation of the Committee on the Rights of the Child, that the article is applicable both to a particular child and to groups of children or children in general, thereby increasing its relevance in terms of policy guidance and action while allowing for targeted application in individual cases.

The idea that the interests of the child are “superior”⁴⁹ can in no way mean that the rights of the child systematically take precedence over the legitimate interests or fundamental rights of others. Interpreted in the light of the principle of the “best interest” of the child, the normative clauses of the Convention gain both clarity and depth. It is also clear that the principle of the best interests of the child cannot be invoked to justify a violation of the child's rights.

44 AG Rés. 1386 (XIV), princ. 2 et 7.

45 Thomas Hammarberg, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du Droit des Jeunes* (mars 2011) : 10.

48 Hammarberg, “Le principe” : 11.

49 Editor's note: for the purpose of the translation into English, given that the text was written in French, we can consider that the author intended to use the term “superior”, even if the appropriate translation in the legal framework in English would be “best”.

marge d'appréciation, son champ d'application est général. Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies est allé encore plus loin, en définissant l'intérêt supérieur de l'enfant comme un « principe général » devant servir de guide pour l'interprétation de l'ensemble de la Convention⁴⁶.

L'emploi du terme « enfants » au pluriel dans la première ligne signifie, selon l'interprétation qu'en a donné le Comité des droits de l'enfant, que l'article est applicable tant à un enfant en particulier qu'à des groupes d'enfants ou aux enfants en général, ce qui en accroît la pertinence en termes d'orientations et d'actions politiques tout en permettant une application ciblée dans des cas individuels.

L'idée que l'intérêt de l'enfant soit « supérieur » ne peut en aucun cas signifier pour autant que les droits de l'enfant primeraient systématiquement sur les intérêts légitimes ou les droits fondamentaux d'autrui. Interprétées à l'aune du principe de « l'intérêt supérieur » de l'enfant, les clauses normatives de la Convention gagnent à la fois en clarté et en profondeur. Il est évident par ailleurs que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait être invoqué pour justifier une violation de ses droits.

Il reste que la Convention ne détermine pas ce qui, dans une situation donnée, est dans l'intérêt supérieur d'un enfant. On peut concevoir par exemple que le travail des enfants peut se justifier dans certaines situations, notamment pour contribuer à subvenir aux besoins de toute la famille, tant que cela n'empêche pas son accès à l'éducation.

La mise en œuvre de ce concept sera nécessairement délicate en matière de justice. Cela requiert toute une série de mesures de précaution concernant la communication

However, the Convention does not determine what, in a given situation, is in the best interests of a child. It is conceivable, for example, that child labour may be justified in certain situations, in particular to help meet the needs of the whole family, as long as this does not prevent access to education.

The implementation of this concept will necessarily be delicate in terms of justice. It requires a whole series of precautionary measures concerning communication with the child and how they are treated by the bodies and staff involved. Good cooperation between the police, justice and child protection services will be crucial in this respect. It must also be ensured that the people who will be dealing with the child are trained.

The conventional concept of the child now grants children a new legal status. Their actual capacities are taken into account, as well as the need to grant children evolving responsibilities and freedoms. The child is recognised as a legal person in their own right, whose own interests must be “discovered” in order to be protected.

In matters of justice, the primary task of ensuring that the best interests of the child have been taken into account will ultimately fall to judges. Read in the light of this principle, Articles 12 and 40 tell them what is in the child's best interests and what is not. The purpose of Article 12 is not to leave all powers to the child, but to ensure that the child is consulted and involved in the decision-making process.

What is meant by making this “best” interest “a primary consideration”? In practice, it will be necessary to carefully weigh up the various interests involved. But how do we strike the right balance when one child's interests conflict with those of other children?

⁴⁶ Hammarberg, « Le principe », 11.

avec l'enfant ainsi que son traitement par les organes et le personnel impliqués. La bonne coopération des services de police, de justice et de protection de l'enfance sera déterminante à cet égard. La formation des personnes qui seront les interlocuteurs de l'enfant doit également être assurée.

Le concept conventionnel de l'enfant lui confère maintenant un statut juridique nouveau. Sont prises en considération ses capacités réelles ainsi que la nécessité de lui accorder des responsabilités et libertés évolutives. L'enfant est reconnu comme une personne juridique à part entière, dont l'intérêt propre doit être « découvert » pour pouvoir être protégé.

En matière de justice, la tâche primordiale de s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte incombera en dernier lieu aux juges. Lus à la lumière de ce principe, les articles 12 et 40 leur indiquent ce qui est de cet intérêt et ce qui ne l'est pas. L'objet de l'article 12 n'est pas de laisser tous pouvoirs à l'enfant, mais de garantir qu'il sera consulté et qu'il sera appelé à participer au processus de décision.

Que faut-il entendre par faire de cet intérêt qualifié de « supérieur » « une considération primordiale ». En pratique, il sera nécessaire de bien peser les différents intérêts en présence. Comment établir un juste équilibre cependant lorsque l'intérêt d'un enfant entre en conflit avec celui d'autres enfants ?

La Convention ne fixe pas de normes précises sur la manière d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce principe doit être entendu comme définissant une exigence procédurale : l'obligation pour les décideurs de vérifier avant toute décision ayant des effets sur un enfant ou un groupe d'enfants, si la solution proposée est compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant, ce der-

The Convention does not lay down precise norms on how to assess the best interests of the child. This principle should be understood as defining a procedural requirement: the obligation for decision-makers to verify, before any decision is taken that has an impact on a child or a group of children, whether the proposed solution is compatible with the best interests of the child, after the child has been heard.

Because children are no longer legally incompetent, they must be able to defend their rights personally before the courts; and it is children, rather than their parents, who will be liable for any abuses they may commit in the exercise of those rights. Children may express their opinion on any matter concerning them⁵⁰, for example, in divorce proceedings, parentage, educational assistance, guardianship or emancipation. However, Article 12 does not require the decision to be taken in accordance with the wishes expressed by the child. The child may intervene directly or through a representative. But who listens to the child: the judge or a third party? Should the child be left alone to express their views, or should they be given a spokesperson? If so, should it be a lawyer or should a new profession of 'mediator-representative' be created?

These are the many questions that the legislator or judge will have to find answers to. Positive legal texts, international instruments in particular, provide them with some guidance. Legislators can also draw inspiration from the writings of natural law philosophers. Indeed, positive law must continually be judged against the yardstick of natural law, which serves as our frame of reference and awareness of truly 'just' law.

⁵⁰ G.A. Res. 44/25, art. 12.

nier ayant été entendu.

L'enfant n'étant plus un incapable juridique, il doit être à même d'assurer personnellement la défense de ses droits devant la justice et il sera personnellement responsable, et non plus ses parents, des abus qu'il pourra commettre à l'occasion de leur exercice. Il peut exprimer son avis sur toute question le concernant⁴⁷, comme par exemple dans le cadre d'une procédure de divorce, de filiation, en matière d'assistance éducative, de tutelle ou encore d'émancipation. Cependant l'article 12 n'impose pas que la décision soit prise en conformité avec les vœux exprimés par l'enfant. Ce dernier pourra intervenir directement ou par l'intermédiaire d'un représentant. Mais qui entend l'enfant : le magistrat ou un tiers ? Doit-on laisser l'enfant s'exprimer seul ou convient-il de lui donner un porte-parole ? S'agira-t-il d'un avocat ou devra-t-on créer une nouvelle profession de médiateur-représentant ?

Voilà les nombreuses questions que le législateur ou le juge devra trancher. Les textes de droit positif et notamment les instruments internationaux leur fournissent une certaine guidance. Les écrits des philosophes du droit naturel peuvent également leur servir d'inspiration. Le droit positif doit en effet continuellement être jugé à l'aune du droit naturel qui nous sert de cadre de référence et de conscience d'un droit véritablement « juste ».

⁴⁷ AG Rés. 40/25, art. 12.

CHAP. IX.

Du droit des Peres & des Meres sur leurs Enfants. Et du Royaume Patrimonial.

S O M M A I R E.

- I. *Que la Puissance paternelle ne vient point de la generation.*
 II. *Que la domination sur les Enfants appartient à celuy qui les a le premier en sa puissance.* III. *Que la Seigneurie sur les enfans appartient originellement à la mere.* IV. *Qu'un enfant exposé appartient à celuy qui l'esleve.* V. *Que les enfans appartiennent au souverain.* VI. *En un mariage où le mari & la femme son esgaux, les enfans appartiennent à la mere, si la loy civile, ou quelque contract particulier n'en ont autrement ordonné.* VII. *Les enfans ne sont pas moins sous la puissance de leurs peres que les esclaves sous celle de leurs Maistres, & les Subiects sous celle de l'Estat.* VIII. *De l'honneur que l'on doit à ses parents & à ses Maistres.* IX. *En quoy consiste la liberté, & la difference qu'il y a entre les bourgeois & les esclaves.* X. *Qu'au Regne Patrimonial on a le mesme droit sur les inferieurs, qu'en un Estat d'Institution politique.* XI. *Que la question du droit de la succession n'a lieu qu'en la Monarchie.* XII. *Que le Monarque peut disposer par Testament de sa souveraineté.* XIII. *Qu'il la peut vendre, ou la donner.* XIV. *Qu'il est toujours à presumer que le Roy qui meurt sans faire testament veut que son Royaume demeure Monarchie.* XV. *Et qu'un de ses enfans luy succede.* XVI. *Et que ce soit un fils plustost qu'une fille.* XVII. *Et l'aisné, plustost que le cadet.* XVIII. *Ou son frere, plustost qu'aucun autre, s'il n'a point d'enfans.* XIX. *Que de la mesme sorte que l'on succede à un Royaume, l'on succede au droit de la succession.*

I. **S**Ocrate est homme, doncques il est animal, *Que la puissance paternelle ne vient point de la generation.*
 Si l'Argument est bon, & sa force en est tres-evidente, parce qu'il n'est necessaire pour cognoistre la verité de cette conclusion,