

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La séparation du couple parental. La place de l'enfant dans la médiation.

Derclaye, Céline

Published in:

Journal du droit des jeunes : la revue d'action juridique et sociale

Publication date:

2023

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Derclaye, C 2023, 'La séparation du couple parental. La place de l'enfant dans la médiation.', *Journal du droit des jeunes : la revue d'action juridique et sociale*, numéro 426, pp. 8-13.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La séparation du couple parental

La place de l'enfant dans la médiation



Céline Derclaye ⁽¹⁾

La séparation du couple parental est un événement marquant dans la vie d'une famille. Si les protagonistes principaux de l'histoire sont les parents eux-mêmes, il convient de ne pas oublier que la séparation a un impact sur tous les membres de la famille. Depuis quelques années, le législateur fait la promotion de la médiation pour résoudre tous types de conflits, dont les conflits familiaux. Quelle place donne-t-il à l'enfant dans ce processus ? Quelle place lui donner de manière à respecter ses droits fondamentaux ?

1) Quelques éléments quant au vécu des jeunes dont les parents se séparent

En 2016 a été publiée une étude commanditée par l'Observatoire de l'enfance, de la jeunesse et de l'aide à la jeunesse relative au vécu des jeunes dans les séparations parentales ⁽²⁾. Certains résultats de cette recherche nous semblent pertinents pour comprendre le point de vue des jeunes et l'intérêt de leur laisser une place en médiation.

Certains jeunes évoquent avoir eu besoin d'une personne qui les écoute. Ils ont aussi exprimé avoir eu besoin que leurs parents prennent le temps de communiquer avec eux, de répondre à leurs questions et de leur expliquer la cause de la séparation, sans toutefois faire d'eux des confidents. Les enfants soulignent qu'ils tiennent à ce que ces explications soient données sans critiquer l'autre parent. En effet, l'étude indique qu'à défaut pour eux de comprendre la situation, certains enfants pourraient s'attribuer la responsabilité du conflit dans une tentative de donner du sens à leur vécu ⁽³⁾.

D'autres enfants évoquent l'importance que leurs parents restent unis en tant que parents dans la séparation ou,

à tout le moins, qu'ils restent respectueux l'un envers l'autre ⁽⁴⁾. Une chose est certaine, si les enfants souhaitent être consultés quant à certaines décisions, ils ne veulent pas être mis dans une position où on leur demande de faire un choix entre leurs parents, que ce soit au niveau des modalités d'hébergement ou lors d'événements particuliers tels que les fêtes de fin d'année ⁽⁵⁾. L'étude indique que ce type de situation peut avoir un effet destructeur pour les jeunes ⁽⁶⁾. Au contraire, la bonne communication entre tous semble être un facteur qui permet à l'enfant de mieux vivre la séparation ⁽⁷⁾.

2) La médiation

Avant d'exposer les dispositions légales régissant la médiation en Belgique (b) ainsi que le cadre légal de la médiation en matière familiale (c), nous ferons un petit détour par la définition et la présentation d'un bref historique de la médiation (a).

a) La médiation : définition et bref historique

D'après le dictionnaire «Le Robert», la médiation est définie comme «une entremise destinée à mettre d'accord, à concilier ou à réconcilier des personnes, des partis ou des États». D'emblée, on aperçoit l'étendue du champ d'application de la médiation. Le terme

(2) Juriste chez Jeunesse & Droit, titulaire d'un Certificat interuniversitaire en médiation : formation générale.

(3) C. DELHUVENNE, A. STOLNICU ET S. HENDRICK, «Le point de vue des jeunes sur les séparations parentales». Rapport de recherche, Bruxelles, Office de l'enfance, de la jeunesse et de l'aide à la jeunesse, 2016, disponible sur : <https://oejaj.cfwb.be/catalogue/oejajdetails/fiche/le-point-de-vue-des-enfants-dans-les-separations-parentales-vecus-et-strategies-dadaptation/>.

(4) Ibid., p.45.

(4) Ibid., pp. 121, 210.

(5) Ibid., pp. 97, 118, 211.

(6) Ibid., p. 118.

(7) Ibid., pp. 170 et s., pp. 200, 201, 213, 214.

«entremise» fait par ailleurs directement apparaître le tiers, garant du processus dont la posture variera en fonction du type de conflit qui lui est soumis et du modèle qui guide sa pratique⁽⁸⁾, et ce, sous réserve des principes que nous évoquerons ci-après.

La médiation existe de manière informelle depuis des siècles, notamment en Afrique avec la pratique de la palabre⁽⁹⁾. D'après Jacques Faget, c'est cependant à Abraham de Wicquefort que l'on doit vraisemblablement la première conceptualisation de la médiation en 1681 grâce à son ouvrage sur les fonctions des ambassadeurs comprenant un chapitre consacré à la médiation⁽¹⁰⁾. Déjà à cette époque, on y retrouve les grands principes déontologiques aujourd'hui inscrits dans le Code de déontologie des médiateurs agréés, puisque l'ouvrage évoque l'importance de la confidentialité des échanges, de l'impartialité, de la neutralité et de l'indépendance du médiateur⁽¹¹⁾.

b) La médiation dans le Code judiciaire

En Belgique, le législateur a timidement introduit la médiation dans le Code judiciaire, d'abord en 2001 avec la médiation familiale avant d'en élargir le champ d'application en 2005, notamment, à tout litige susceptible d'être réglé par transaction⁽¹²⁾. Si le législateur de 2005 n'avait pas introduit de définition légale de la médiation, celui de 2018 a franchi le pas : la médiation est «**un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties en conflit qui se déroule avec le concours d'un tiers indépendant, neutre et impartial qui facilite la communication et tente de conduire les parties à élaborer elles-mêmes une**

La
bonne
communication
entre tous semble
être un facteur qui
permet à l'enfant
de mieux vivre la
séparation

solution⁽¹³⁾».

En vue de favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges, le législateur de 2018 a instauré de nouvelles obligations à charge de divers acteurs du procès. Ainsi, tant les avocats que les huissiers de justice doivent informer les justiciables quant à la possibilité de recourir à une médiation (ou à d'autres modes de résolution amiable des litiges)⁽¹⁴⁾. Quant aux magistrats, ils ont la possibilité, lors de l'audience d'introduction ou lors d'une audience fixée à une date rapprochée, d'interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre leur litige à l'amiable et les informer sur les possibilités qui existent encore de résoudre le litige de la sorte. S'il estime qu'un rapprochement est possible, le magistrat a la possibilité de remettre la cause à une date fixe, sans toutefois – et sauf accord des parties – dépasser un délai d'un mois, pour permettre aux parties d'examiner les possibilités de résolution amiable de leur litige⁽¹⁵⁾.

En outre, bien que le caractère volontaire de la médiation ressorte de sa définition légale, cela n'a pas empêché le législateur d'insérer une disposition permettant au juge saisi d'ordonner aux parties d'entreprendre une médiation, sauf si les deux parties s'y opposent⁽¹⁶⁾. Il y a dorénavant une forme de contrainte possible, du moins dans le chef d'une des parties. Isabelle De Bauw relativise cette contradiction légale en indiquant que la notion de contrainte doit être approchée de manière plus subtile : même lorsque les deux parties ont fait le choix de la médiation, une forme de contrainte peut subsister dans le processus et se manifester de différentes manières : par la pression sociale qui peut exister quant au fait même de recourir à la médiation plutôt qu'à la procédure judiciaire, par les contraintes psychiques propres aux parties qui les amènent à préférer une solution négociée plutôt qu'un combat devant les tribunaux, etc. Le médiateur devra alors travailler avec finesse pour tenter de libérer son processus et les parties de ces contraintes⁽¹⁷⁾.

Le législateur a récemment inséré, à l'article 1734, § 1^{er} du Code judiciaire, un garde-fou pour s'assurer que la médiation ne puisse être ordonnée sans recueillir le consentement libre de la partie qui pourrait avoir subi des pressions lorsqu'il existe «**des indices sérieux que des**

(8) Si l'on doit résumer schématiquement le processus, il est construit en plusieurs étapes : la narration par les parties, la recherche des sujets à traiter et des besoins à rencontrer, l'élaboration de pistes/d'options, la négociation et, éventuellement, l'accord. En fonction du type de conflit et des affinités du médiateur avec l'une ou l'autre méthode, la recherche d'une solution et l'intervention du médiateur dans le processus peut être plus ou moins importante : si l'approche est évaluative, le médiateur est autorisé à proposer et à évaluer les pistes de solution; lorsque l'approche est facilitative, le médiateur est garant du processus mais n'intervient pas sur le contenu; dans une approche transformative, même le processus est aux mains des parties dans une perspective d'empowerment et de reconnaissance. Voir J. FAGET, Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse, Érès, 2010.

(9) Y. CARTUYVELS, support du cours d'introduction générale à la médiation donné dans le cadre du Certificat Inter-universités en médiation : formation générale, disponible sur <https://moodleuslb.uclouvain.be/login/index.php>.

(10) J. FAGET, Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse, Érès, 2010, p.35.

(11) Ibid.; Art. 8 et 10 du Code de déontologie des médiateurs agréés du 16 décembre 2020 disponible sur <https://www.cfm-fbc.be/fr/content/code-de-bonne-conduite>. Le Code de déontologie définit l'indépendance comme l'absence de lien direct ou indirect, l'absence d'intérêt qui puisse l'obliger et lui faire perdre tout ou partie de sa liberté. L'impartialité y est définie comme l'absence de parti pris ou de prévention. Et enfin, la neutralité implique que le médiateur ne puisse donner aux parties un avis susceptible d'avoir une incidence sur la solution qui les oppose.

(12) B. BEELDENS, «Les modes alternatifs de résolution des litiges. La spécificité de la médiation», R.G.D.C., 2010, p. 266.

(13) Art. 1723/1 du Code judiciaire.

(14) Art. 444, al.2 et 519, § 4 du Code judiciaire.

(15) Art. 730/1 du Code judiciaire.

(16) Art. 1734, § 1^{er} du Code judiciaire; Sur cette question et, plus largement, sur la réforme de 2018, voir : A. DEJOLLIER, «Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats», Actualités législatives en droit de la personne et de la famille, 1^{ère} édition, J. Sossion (dir); Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 225 et s.

(17) I. DE BAUW, «La médiation, mode volontaire de règlement des conflits ? Le regard du praticien», Individu, Famille et État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 115 et s.

violences, des menaces ou toute autre forme de pression sont ou ont été exercées par une des parties à l'encontre de l'autre partie»⁽¹⁸⁾.

Il est à noter également que le législateur de 2018 a davantage précisé la portée de l'obligation de confidentialité, garantie fondamentale du processus⁽¹⁹⁾.

Le champ d'application de la médiation tel que défini par le législateur de 2018 dans le Code judiciaire⁽²⁰⁾ est large tant matériellement que temporellement. Matériellement, il vise : «*tout différend de nature patrimoniale, transfrontalier ou non, y compris les différends impliquant une personne morale de droit public (...). Les différends de nature non patrimoniale susceptibles d'être réglés par transaction ainsi que les différends visés à l'article 572bis, 3°, 4°, 6° à 10° et 12 à 15° et les différends découlant de la cohabitation de fait peuvent aussi faire l'objet d'une médiation*»⁽²¹⁾.

Temporellement, la médiation peut intervenir en dehors de toute procédure judiciaire, pendant une procédure judiciaire, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré, ou encore après une procédure judiciaire⁽²²⁾.

c) La médiation familiale

La médiation en matière familiale telle qu'organisée par le Code judiciaire⁽²³⁾ a un champ d'application vaste, puisqu'une médiation peut être mise en œuvre pour l'ensemble des matières visées à l'article 572bis du Code judiciaire définissant la compétence matérielle du tribunal de la famille, à l'exception toutefois des demandes relatives à l'état des personnes, à l'annulation d'une cohabitation légale, des constats d'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale et des demandes relatives à l'interdiction temporaire de résidence lorsqu'il y a des violences domestiques⁽²⁴⁾. La médiation pourra par ailleurs être proposée pour régler des conflits entre cohabitants de fait.

(18) Loi du 6 novembre 2022 visant à garantir le consentement des victimes de violence préalablement à une médiation, une conciliation ou un renvoi devant une chambre de règlement amiable, M.B., 21 novembre 2022.

(19) A. DEJOLLIER, op. cit., p. 265.

(20) La médiation, telle qu'elle est prévue par le Code judiciaire, est à distinguer de la médiation comme mesure restauratrice en vue de permettre au mineur ayant commis un fait qualifié infraction, aux personnes qui exercent l'autorité parentale à son égard ou qui l'hébergent ainsi qu'à la victime de tenter rencontrer, à l'aide d'un tiers neutre, les conséquences du fait qualifié infraction (voy. Décret du 18 janvier 2018 portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse). Cette mesure doit être prioritairement envisagée par le Parquet avant de saisir le Tribunal de la jeunesse, lequel pourra la proposer aux différents stades de la procédure. La proposition pourra également venir des parties elles-mêmes. Sur cette question, lire : G. MATHIEU, «L'expérience de la justice restauratrice dans la justice des mineurs en Belgique», J.D.J., n° 375, 2018, pp. 6 et s.

(21) Art. 1724 du Code judiciaire.

(22) Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement (art. 1730 et 1734 du Code judiciaire).

(23) Soit, la médiation extrajudiciaire ou judiciaire, dont l'accord pourrait faire l'objet d'une homologation par le juge compétent si cela devait correspondre au souhait des parties, à l'exclusion de la médiation libre, c'est-à-dire, la médiation qui n'est pas organisée par le Code judiciaire, qui se déroule à l'initiative des parties sans formalisme particulier.

(24) Art. 1724 du Code judiciaire.

En 1998, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a formulé une recommandation visant à favoriser la médiation dans les affaires familiales. Parmi les considérations qui ont été prises en compte lors de l'élaboration de la recommandation, le Comité a souligné les particularités des litiges familiaux par rapport à d'autres litiges. Il a notamment évoqué le fait que les parties doivent continuer à être en relation pendant un certain temps (au moins jusqu'à la majorité de leurs enfants), le contexte émotionnel difficile et le fait que la séparation des parents impacte l'ensemble de la famille, dont les enfants⁽²⁵⁾. Comme avantages à la médiation en matière familiale, et sur la base de recherches conduites en la matière, il retient notamment l'amélioration de la communication au sein de la famille, le maintien des relations personnelles entre les parents et leurs enfants, mais aussi la réduction du temps nécessaire pour la résolution du conflit⁽²⁶⁾.

Dans sa recommandation, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe énonce les principes que les États devraient respecter dans l'élaboration des législations relatives à la médiation en matière familiale. Ces principes nous sont familiers : l'impartialité du médiateur, sa neutralité quant à l'issue du processus, la confidentialité des discussions sauf accord contraire des parties. À ceux-ci, le Comité ajoute l'importance pour le médiateur de respecter le point de vue de chacun, de préserver l'égalité entre les parties, l'interdiction faite au médiateur d'imposer une solution aux parties, l'attention particulière que le médiateur doit avoir lorsqu'il est question de violence conjugale et la recommandation pour le médiateur de ne pas donner de conseils juridiques aux parties⁽²⁷⁾.

Enfin, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe intègre une recommandation relative à la place des enfants lors des médiations familiales. Il écrit : «*le médiateur devrait avoir plus particulièrement à l'esprit le bien-être et l'intérêt supérieur de l'enfant, devrait encourager les parents à se concentrer sur les besoins de l'enfant et devrait rappeler aux parents leur responsabilité primordiale s'agissant du bien-être de leurs enfants et la nécessité qu'ils ont d'informer et de consulter ceux-ci*»⁽²⁸⁾.

L'article 1004/1 du Code judiciaire consacre le droit pour l'enfant d'être entendu par le juge sur les questions qui le concernent relativement à l'autorité parentale, l'hébergement et les relations personnelles. Par contre, il est étonnant de constater que ni le Code judiciaire, ni le Code de déontologie des médiateurs agréés ne réservent de place spécifique à l'enfant dans le cadre d'une médiation à laquelle il serait intéressé. La place de l'enfant dans la médiation est abordée

(25) Recommandation R (98) 1 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États Membres sur la médiation familiale adoptée le 21 janvier 1998.

(26) Ibid.

(27) Ibid.

(28) Ibid.

par le Code judiciaire au niveau de l'accord de médiation, puisque celui-ci ne sera pas homologué par le juge s'il est contraire à l'intérêt des enfants mineurs⁽²⁹⁾.

L'examen du Code de déontologie des médiateurs agréés révèle que le mot «enfant» n'y apparaît à aucun moment. Toutefois, l'article 12 du Code dispose que l'accord de médiation doit contenir les clauses nécessaires à son homologation.

Il apparaît donc que, dans la mesure où l'accord concerne – au moins partiellement – un enfant mineur, le médiateur doit veiller à ce qu'il soit conforme à l'intérêt supérieur de celui-ci, puisqu'il s'agit d'une condition pour faire homologuer l'accord. Nous verrons plus loin de quelle manière le médiateur peut s'en assurer.

3) Intérêt supérieur de l'enfant et place donnée à l'enfant et à sa parole en médiation

On le sait, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après : «la CIDE») dispose que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toute question qui l'intéresse⁽³⁰⁾. Elle dispose en outre que l'enfant, capable de discernement, a le droit d'exprimer son opinion sur ces mêmes questions⁽³¹⁾. Comment ces deux droits sont-ils pris en compte en médiation ? Est-il conforme à l'intérêt de l'enfant de le faire intervenir dans le cadre de la médiation entreprise par ses parents pour gérer les différents aspects de leur séparation ? C'est à ces questions que nous allons tenter de répondre.

a) Intérêt supérieur de l'enfant et droit à la participation

Les questions relatives aux enfants mineurs du couple se poseront tôt ou tard dans le processus de médiation. Comme nous l'avons vu *supra*, il n'existe pas de règle explicite dans le Code judiciaire quant à savoir si l'enfant doit être entendu dans le cadre d'une médiation, voire y participer. La question est délicate, puisque, dans certains cas, l'enfant devient l'objet de négociations, il demeure un lien avec l'autre parent, un moyen de l'atteindre⁽³²⁾.

(29) Art. 1733 et 1736 du Code judiciaire.

(30) Art. 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 20 novembre 1989, M.B., 5 septembre 1991, ci-après «la CIDE»

(31) Art. 3.1 et 12 de la CIDE.

(32) J. TIMMERMANS, «Chapitre 1 - Belgique : Médiation familiale et écoute des mineurs : expériences tirées de la pratique», Médiation et jeunesse, 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 53.

Le médiateur devrait avoir plus particulièrement à l'esprit le bien-être et l'intérêt supérieur de l'enfant

Rappelons que l'article 3 de la CIDE et l'article 22bis de la Constitution consacrent le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent. Au niveau individuel cela implique que, dans chaque cas, l'examen de la cause doit commencer par déterminer les éléments particuliers qui concernent chaque enfant. Il faudra notamment avoir égard à son âge, son degré de maturité, son milieu culturel, sa vulnérabilité et, nous l'évoquerons ci-après, son opinion⁽³³⁾. Chacun de ces éléments doit être pris en compte avec un poids variable en fonction de chaque situation et de chaque enfant⁽³⁴⁾.

Pour un juge, cela signifie qu'il devra motiver spécialement sa décision en énonçant les éléments qu'il a pris en considération et de quelle manière. Il devra aussi énoncer dans quelle mesure l'intérêt de l'enfant a été mis en balance avec d'autres droits⁽³⁵⁾. Dans le cadre d'une médiation, il nous semble que ces points devraient faire l'objet d'un examen par les parents, accompagnés du médiateur et qu'ils devraient être explicités dans l'accord de médiation.

En outre, l'article 12 de la CIDE et l'article 22bis de la Constitution prévoient que l'enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui l'intéresse, sans restreindre le champ d'application de ce droit à certains domaines. On peut donc parfaitement l'appliquer aux modes alternatifs. D'ailleurs, l'observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant indique que la législation des États doit prévoir le droit pour l'enfant d'être inclus dans le processus de médiation⁽³⁶⁾.

La CIDE et la Constitution présentent de légères divergences en ce que la Convention dispose que ce droit est accordé à l'enfant doté de discernement alors que la Constitution octroie un droit plus large : il n'est pas réservé aux enfants dotés du discernement⁽³⁷⁾. Il nous semble important de souligner que, d'après le Comité, l'enfant est présumé capable de discernement⁽³⁸⁾.

La CIDE ajoute que l'expression doit être libre. Pour être libre, il faut que l'enfant puisse s'exprimer en dehors de la présence de toute personne qui pourrait influencer son discours⁽³⁹⁾, ce qui, pour la question qui

(33) Comité des droits de l'enfant, Observation générale sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, § 1^{er}), n° 14, CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, disponible sur http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.14_fr.pdf.

(34) M. MAILLEN, «L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois hot topics», Act. Dr. Fam., 2021/6-7, p. 194.

(35) Ibid.

(36) Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) Le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009.

(37) M. MAILLEN, op. cit., p. 197.

(38) Observation générale n° 12, op. cit., p. 7.

(39) M. MAILLEN, op. cit., p. 197.

nous intéresse, implique que l'enfant puisse s'exprimer en dehors de la présence de ses parents. En outre, il est important que l'enfant puisse s'exprimer dans un lieu où il se sent en sécurité⁽⁴⁰⁾.

Pour autant que le médiateur y soit formé, la parole de l'enfant peut être recueillie de diverses manières, dont au moyen de dessins si l'enfant n'est pas encore capable de s'exprimer clairement verbalement⁽⁴¹⁾.

Après que l'enfant s'est exprimé, se posera la question du poids donné à sa parole. Il y aura lieu pour le médiateur d'être attentif à l'âge de l'enfant, au contexte dans lequel il s'exprime⁽⁴²⁾, à son âge et sa maturité⁽⁴³⁾. Si les enfants sont demandeurs de pouvoir s'exprimer et d'être informés sur le processus, il importe que leur participation se limite à donner leur avis et exprimer leurs besoins en n'ayant pas la charge de décider au risque de les faire culpabiliser et de les enraciner dans un conflit de loyauté envers leurs parents⁽⁴⁴⁾, ce qui serait définitivement contraire à leur intérêt supérieur.

Il faut souligner que le droit à la participation n'est pas une obligation. L'enfant est donc libre de ne pas souhaiter s'exprimer et ce choix doit être respecté⁽⁴⁵⁾.

b) Et en pratique ?

Dans l'observation générale n° 12, le Comité des droits de l'enfant énonce certains principes directeurs quant à la manière d'organiser le droit à la participation. Il indique que, dans un premier temps, l'enfant doit être informé de l'existence du droit de s'exprimer, mais également des conséquences de ce droit : qu'est-ce qui va être rapporté et comment ? Dans un second temps, lors de l'audition, il recommande d'être attentif au contexte dans lequel se déroule l'audition qui devrait d'ailleurs prendre la forme d'un entretien. Dans un troisième temps, il indique que la personne qui écoute l'enfant doit évaluer la capacité de ce dernier à se

forger une opinion et, enfin, l'enfant doit être informé quant au poids qui sera donné à sa parole⁽⁴⁶⁾.

Il existe plusieurs manières pour un enfant de participer à la médiation ayant cours entre ses parents : l'enfant peut participer directement à la séance de médiation, accompagné ou non d'une personne de confiance, l'enfant peut participer indirectement en faisant part de ses souhaits à un tiers spécialisé dans le recueil de la parole des enfants ou au médiateur accompagné d'un intervenant tel un psychologue. On peut également envisager, dans des situations particulièrement apaisées, que les parents recueillent eux-mêmes la parole de l'enfant de manière informelle.

Le moment de l'intervention de l'enfant peut également varier : en début de processus pour recueillir ses besoins, en cours de processus pour lui communiquer les accords conclus entre les parents et envisager d'éventuels changements ou encore, en fin de médiation pour être informé des accords intervenus. Il nous semble toutefois que l'intervention de l'enfant dans le seul but de lui communiquer les accords intervenus entre ses parents n'est pas suffisante pour satisfaire l'exercice du droit à la participation⁽⁴⁷⁾.

A minima, l'enfant doit être informé de ce qui est en train de se jouer entre ses parents et qui, ne l'oublions pas, a une influence majeure sur sa vie. À défaut, aucune participation n'est possible⁽⁴⁸⁾.

Pour conclure

De tout ce qui précède, l'on peut conclure que les enfants souhaitent, majoritairement, être entendus, souhaitent que l'on communique autour de la séparation et qu'on leur explique les choses. La loi prévoit le droit pour l'enfant d'être entendu sur toute question qui l'intéresse, sans limiter la portée de ce droit à la procédure judiciaire. Ce droit est donc également applicable dans le cadre d'une médiation. Si le processus est souple et rend les parties actrices de la solution à apporter à leur conflit, le médiateur est, selon nous, en tant que garant du processus, également celui de l'intérêt de l'enfant, au même titre qu'il est garant du respect des dispositions d'ordre public. Il convient donc qu'il veille à ce que la place de l'enfant dans le processus soit abordée, que l'enfant soit informé et qu'il ait l'occasion, s'il le souhaite d'avoir une vraie place de sujet, porteur d'une opinion, quand bien même le poids de la décision finale ne lui appartient pas.

À cet égard, voici quelques recommandations non exhaustives issues de nos lectures⁽⁴⁹⁾ :

(40) M. MAILLEN, op. cit., p. 198.

(41) Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) *Le droit de l'enfant d'être entendu*, CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009, p.8; M. MAILLEN, op. cit., p. 198; J. MARQUET ET L. MERLA, «L'intérêt supérieur de l'enfant en pratique. Quelle place pour la parole de l'enfant dans les affaires familiales ?», Individu, Famille et État: Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine, 1^{ère} édition, N. DANDOY et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1071.

(42) M. MAILLEN, op. cit., p. 198.

(43) Art. 12 CIDE.

(44) J. MARQUET ET L. MERLA, op.cit., p. 1072; A. MOUTTET, «Chapitre 2 - France : Implication des enfants dans la médiation familiale», Médiation et jeunesse, 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 67-107; A. BAUDE, S. DRAPEAU ET C. ROBITAILLE, «La participation de l'enfant dans le processus de médiation familiale», Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratique de réseaux, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2018/2, pp. 39 à 54.

(45) Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) *Le droit de l'enfant d'être entendu*, CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009, p.7; R. BIRNBAUM, «Le point de vue de l'enfant dans la médiation et les autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends dans les cas de séparation et de divorce : une analyse documentaire», *Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada*, 2009, p. 26, disponible sur : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/pvem-vcsdm/pdf/pvem-vcsdm.pdf>.

(46) Observation générale n° 12, op. cit.

(47) R. BIRNBAUM, op. cit., p. 31; A. MOUTTET, op. cit., pp. 76 et s.

(48) J. TIMMERMANS, op. cit., p. 59.

(49) R. BIRNBAUM, op.cit.; J. MARQUET et L. MERLA, op.cit., pp. 1071 et s.; A. MOUTTET, op. cit.; J. TIMMERMANS, op. cit. p. 53; Observation générale n° 12, op. cit.

- veiller à la sécurité de l'enfant : la séance doit être préparée et débriefée par le médiateur et les parents, d'une part, pour éviter que l'expression de l'enfant ait des conséquences négatives, notamment au niveau des relations qu'il entretient avec ses parents, d'autre part, pour pouvoir accueillir les émotions des parents;
- expliquer à l'enfant la portée de sa parole et le décharger de toute responsabilité par rapport à la décision finale : elle appartient aux parents. Déterminer ensuite de quelle manière la décision finale va être communiquée et expliquée à l'enfant en ayant à l'esprit qu'il est important que les parents aient un discours clair et cohérent;
- déterminer avec l'enfant la manière dont sa parole sera exprimée auprès de ses parents ainsi que ce qui sera transmis;
- limiter la durée des entretiens et adapter la méthode à l'âge de l'enfant et son degré de maturité;
- laisser l'enfant exprimer ses émotions;
- se former à recueillir et à comprendre la parole des enfants ou, si on n'est pas à l'aise avec cela, se faire assister par un tiers, expert;
- ne pas entendre l'enfant seul sans avoir l'accord des deux parents.

L'enfant et la médiation

Interview* de Bee Marique, avocate et médiatrice familiale

JDJ : Dans quelles situations faites-vous intervenir les enfants dans le cadre des médiations entreprises par leurs parents pour régler leur séparation ? Quelle est votre pratique ?

B.M. : D'office, dans toutes les situations. Entre autres, parce que si je suis inquiète et que j'aimerais entendre ce que les enfants pensent de la situation, c'est plus simple pour moi de dire que c'est prévu et que les parents ont été prévenus dès le départ. Plutôt que de devoir leur expliquer que leur situation familiale est délicate, que je m'inquiète et que j'aimerais donc entendre les enfants. C'est une raison pragmatique.

L'autre raison, est que c'est la loi qui prévoit d'entendre les enfants. On parle quand même de la vie de ces enfants ! Je suis une militante de «*l'enfant-sujet*», pas seulement dans les textes, donc j'ai beaucoup de réflexions sur la manière de lui permettre d'être vraiment sujet et la manière de donner du poids au texte. J'essaie d'inscrire cette réflexion dans ma pratique.

JDJ : Est-ce que c'est un point qui est donc abordé dès le début de la médiation avec les parents ?

B.M. : Oui, et tous les envoyeurs : juges, confrères, SAJ et SPJ, savent que je vais travailler avec les enfants.

JDJ : Est-ce que vous connaissez la pratique des autres médiateurs ?

B.M. : Au début, je pensais que tout le monde travaillait avec des enfants, car c'est le principe légal.

Il y a vraiment une culture de la peur de recevoir l'enfant

Je me suis rendu compte que très peu de médiateurs le font. J'ai été surprise que, dans la formation de base, on dissuade les personnes de travailler avec les enfants en disant qu'il faut être formé pour travailler avec eux, que c'est dangereux, qu'il y a des risques. Il y a vraiment une culture de la peur de recevoir l'enfant. En tant qu'avocate pour mineurs, mes clients sont des enfants, donc je n'ai pas peur de devoir parler à un enfant. Je suis assez surprise que, même après mes formations dans lesquelles j'aborde pendant deux jours, de manière très pratique et humaine, la question de la réception de l'enfant, les personnes continuent à craindre de les recevoir.

JDJ : Pensez-vous que cela traduise une crainte d'instrumentaliser les enfants ou de les sur-responsabiliser ?

B.M. : C'est effectivement la crainte qui est évoquée avec celle de faire des dégâts, d'abîmer l'enfant. Comme si c'était l'intervention du médiateur qui, en soi, abîmait l'enfant. Je pense que, généralement, s'il y a un risque que l'enfant soit abîmé, c'est qu'il est déjà abîmé. De par ma formation en systémique, je constate que, quand la dynamique parentale est destructrice, le cadre de la médiation peut mettre en lumière certains éléments destructeurs, parce qu'ils sortent du secret

* Réalisée par Céline Derclaye, juriste chez Jeunesse & Droit, titulaire d'un Certificat interuniversitaire en médiation : formation générale.