

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*

Michaël MALLIEN

Avocat

Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles

Professeur à l'EPHEC et chargé de cours invité aux Universités de Namur et d'Anvers

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----|
| Introduction | 190 |
| 1. Contours et nature de la mission dévolue au juge | 191 |
| a) L'appréciation <i>in concreto</i> de l'intérêt de l'enfant | 191 |
| b) Le juge familial à la recherche de l'intérêt de l'enfant : une instance normative ? | 192 |
| c) La perception de l'intérêt de l'enfant par le juge sous le prisme de principes directeurs de l'instance | 195 |
| 2. L'enfant | 196 |
| a) Le droit de l'enfant de s'exprimer sur toute question qui le concerne | 196 |
| b) La prise en considération de l'opinion de l'enfant | 201 |
| c) L'enfant comme partie aux causes qui le concernent ? | 202 |
| 3. Les choix communs des parents | 205 |
| a) Généralités | 205 |
| b) Les conventions préalables au divorce par consentement mutuel | 206 |
| c) Les autres conventions soumises conjointement par les parents au Tribunal pour homologation | 206 |
| d) Les conventions invoquées par un parent contre l'autre parent | 207 |
| e) Les pratiques communes | 209 |
| Conclusion | 210 |

Introduction

La priorité et la détermination de l'intérêt de l'enfant se lisent sur toutes les lèvres lorsque le juge se trouve saisi d'un contentieux entre le père et la mère à propos de son hébergement, voire d'un aspect de son éducation nécessitant leur accord dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Plutôt que de procéder à une réflexion globale, relative à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant lors d'un tel litige, ou que de rappeler les fondements juridiques de cette obligation, nous avons cru utile de nous arrêter sur trois questions qui, dans la pratique, se posent avec une acuité particulière dans ce contexte.

Tout d'abord, il y a lieu de s'arrêter quelque peu sur les contours et sur la nature exacts de la mission du juge appelé à déterminer ce à quoi correspond l'intérêt de l'enfant dans un litige entre ses parents concernant son éducation et son hébergement. Force est en effet

de constater que la mission du juge s'avère quelque peu particulière, en ce sens qu'il ne lui incombe pas « simplement » d'arbitrer l'existence, l'étendue et l'exercice de droits subjectifs, comme c'est en principe le cas dans une procédure civile, mais également de déterminer l'intérêt d'un enfant qu'il ne connaît pas. Reste alors à savoir ce qu'il demeure de la posture classique du juge impartial et affranchi de l'ensemble de ses conceptions personnelles et si celles-ci ne sont pas amenées tout naturellement à colorer sa décision et à influencer sa jurisprudence.

Ensuite, l'enfant peut-il lui-même entrer en scène comme acteur de l'appréciation de son intérêt ? Défini par la Convention onusienne relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 (CIDE), le terme « enfant » recouvre tous les mineurs de la naissance jusqu'à l'âge de 18 ans et reflète donc des situations bien différentes. Ainsi se pose la question du caractère déterminant de l'opinion exprimée lors de son audition, voire en dehors de celle-ci. Reste ainsi à savoir si l'enfant se trouve réellement acteur de la détermination de son intérêt, ou s'il demeure un sujet passif lors du litige opposant ses parents à son sujet (l'opinion exprimée ayant alors uniquement une valeur informative destinée à l'adulte – en l'occurrence le juge – appelé à décider).

Enfin, il n'est pas rare que les parents aient, en des temps meilleurs, déterminé eux-mêmes ce qui correspondait le mieux à l'intérêt de leur enfant. Parfois, ils concluent de véritables accords à ce sujet. Plus souvent, il est possible de trouver les traces d'orientations, déterminées conjointement, pour l'enfant lui-même ou pour un de ses aînés révélant là aussi un choix commun des parents. Ceux-ci font-ils le poids face à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge ou à l'opinion de l'enfant lui-même ?

Toutes ces questions sont fréquentes dans la pratique et appellent une réponse juridique. Fondamentalement, elles interrogent trois niveaux d'autonomie. Tout d'abord – hypothétique – celle du juge, qui est

compte de l'ensemble des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt de l'enfant et de ses parents, et non au motif de son seul jeune âge. Contrairement à ce que le moyen soutient, il ne statue pas par voie de disposition générale et abstraite »⁷. Sept ans plus tôt, la Comité onusien des Droits de l'Enfant avait rappelé, à plusieurs reprises, dans son observation générale n° 14 du 29 mai 2013, la nécessité systématique d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto*⁸ au regard de l'article 3.1 de la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 (CIDE).

Si l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant a été définie comme la détermination « au cas par cas, (de)l'intérêt supérieur de chaque enfant, en fonction des caractéristiques particulières de sa situation familiale ou de sa personnalité » et se distingue donc de sa définition *in abstracto* qui, elle, est censée « exprimer pour l'ensemble des enfants ce qu'est, dans telle ou telle situation, leur intérêt »⁹, les juridictions suprêmes restent généralement avares de précisions quant à ce qu'elle implique réellement. La Cour de Strasbourg a certes donné quelques précisions à ce sujet dans un arrêt *Neulinger et Shuruk*, en indiquant qu'il y avait lieu de tenir compte de « plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle »¹⁰. Par ailleurs, dans l'affaire *Palau Martinez*, la Cour stigmatise le refus, par la Cour d'appel de Nîmes, d'ordonner une étude sociale afin d'étayer ou d'infirmer l'incidence éventuelle des

préceptes des Témoins de Jéhovah sur la vie des enfants¹¹. Dans plusieurs autres arrêts également, les juges strasbourgeois insistent sur la nécessité de faire procéder à une mesure d'expertise¹², mais uniquement lorsque cela s'avère nécessaire et donc sans qu'il ne s'agisse d'une obligation systématique¹³. Le Comité des Droits de l'Enfant insiste lui aussi sur la nécessité de procéder à « l'examen des circonstances particulières faisant de chaque enfant un cas unique »¹⁴.

Notons enfin que l'observation de l'obligation d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto* se trouve également sanctionnée par le devoir de motivation – et plus spécifiquement de réponse¹⁵ – prévu par les articles 149 de la Constitution et 780 du Code judiciaire. Celui-ci oblige le juge à « expliquer (...) ce qui a été considéré comment étant dans l'intérêt de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres intérêts »¹⁶ en répondant point par point aux éléments généraux mais aussi factuels évoqués par les parties en termes de conclusions.

b) Le juge familial à la recherche de l'intérêt de l'enfant : une instance normative ?

L'obligation de déterminer l'intérêt de l'enfant *in concreto* mène-t-elle irrémédiablement à l'absence de toute incidence des conceptions personnelles du juge lors de cette appréciation et à considérer que celui-ci se trouve placé au service exclusif d'une certaine rationalité dictée par les faits ?

7. Cass., 20 janvier 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 4, note D. PIRE & N. MASSAGER. De cet arrêt il ressort surtout – et *contra legem* – que le parent qui sollicite la mise en place d'un hébergement égalitaire doit prouver que cette modalité est la plus adéquate, en dépit de la présomption établie par l'article 374, § 2, in fine, du Code civil.
8. COMITÉ DE L'ONU DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 14 (2013) du 29 mai 2013 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, à consulter sur le site Internet du Haut-Commissariat des Droits de l'Homme des Nations-Unies, <https://tbinternet.ohchr.org>, spéc. n° 24, 32, 48 et 80. A propos des observations générales du Comité onusien des Droits de l'Enfant, voir la contribution de G. MATHIEU et A.-C. RASSON dans le présent numéro.
9. J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, 2010, liv. 200, p. 10, n° 6.
10. Il s'agissait toutefois là d'une justification permettant au juge de refuser d'ordonner le retour au pays d'origine d'un enfant enlevé par un des parents, et non d'une obligation qui lui incomberait comme indiqué dans les autres arrêts qui, contrairement à celui-ci, aboutissaient tous à un constat de violation de l'article 8 de la C.E.D.H. (Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 138, cité également *supra*).
11. Cour eur. D.H., arrêt *Palau – Martinez c. France*, 6 décembre 2003, § 42. A propos des mesures d'investigation en droit interne belge, sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir ici, mais qui s'avèrent donc essentielles en vue de l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, voir I. BOONE & N. BOURGOIS, « De onderzoeksmaatregelen in de familierechtbank », in P. SENAËVE (éd.), *Handboek familieprocesrecht*, Malines, Kluwer, 2017, p. 353-377 et les références y mentionnées ; N. GALLUS, « L'expertise médico-psychologique », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, vol. 13, p. 179, ainsi que B. VAN DIEREN, M. de HEMPTINNE & J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture du lien parent-enfant et l'expertise axée sur la collaboration parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 260. *Adde* : M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. CARRE, N. GALLUS, G. HIERNAX, M. MALLIEN, Th. VAN HALTEREN et G. WILLEMS, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 433 à 486.
12. Voir p. ex. Cour eur. D.H., arrêt *Elsholz c. Allemagne*, 3 juillet 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, p. 128. A propos de cet arrêt, voir également *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., p. 146 et 218 ; Cour eur. D.H., arrêt *Antonyk c. Russie*, 1^{er} août 2013 ; Cour eur. D.H., arrêt *Bondavalli c. Italie*, 17 novembre 2015.
13. Cour eur. D.H., arrêt *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003 (arrêt de grande chambre).
14. Observation générale n° 14, op. cit., n° 49. Le Comité mentionne ainsi « l'âge, le sexe, le degré de maturité, l'expérience, l'appartenance à un groupe minoritaire et le fait de présenter un handicap physique, sensoriel ou intellectuel, ainsi qu'au milieu social et culturel auquel appartient l'enfant, notamment la présence ou l'absence de ses parents, le fait que l'enfant vit ou non avec eux, la qualité de la relation entre l'enfant et sa famille ou ses pourvoyeurs de soins, la sécurité de son environnement et l'existence de solutions de remplacement de qualité à la disposition de la famille, de la famille élargie ou des pourvoyeurs de soins » – *ibid.*, n° 48.
15. Cf. F. DUMON, « De motiveren van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten », *R.W.*, 1978, p. 260, n° 11 ; pour les fluctuations jurisprudentielles qui ont existé à ce sujet, cf. B. MAES, « Het beantwoorden van conclusies door de rechter », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 367, n° 6 et 7. La question s'est posée du maintien du devoir de réponse dans le cadre des litiges réputés urgents – comme le sont les contentieux relatifs à l'autorité parentale et à l'hébergement de l'enfant – car il ressort de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire qu'il y est statué « comme en référé ». Or, il ressort d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2000 qu'il n'existe pas de devoir de réponse en référé – Cass., 4 février 2000, *R.W.*, 2000-01, p. 813 – traductions libres. En l'espèce, le juge d'appel a donc satisfait au devoir de motivation à partir du moment où il a constaté l'urgence et le péril immédiat. Par contre, le juge des référés doit répondre à l'argument selon lequel la demande serait dénuée de fondement, faute d'urgence – Cass., 19 février 2010, *Pas.*, 2010, liv. 2, 510. Voir également Cass., 22 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 607 et Cass., 9 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 453 analysés par J.-Fr. & S. VAN DROOGHENBROECK, « Référé et procès équitable », *R.C.J.B.*, 2006, p. 507, n° 30 et 32. Il est toutefois permis de penser que le devoir de réponse subsiste bel et bien dans les contentieux réputés urgents, comme ceux relatifs à l'autorité parentale et à l'hébergement, lorsque, contrairement à ce qui est le cas en référé, il y est statué à titre définitif (sous réserve d'apparition d'éléments nouveaux au sens de l'art. 1253ter/7 du même Code) – *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., p. 158-159, n° 158.
16. Observation générale n° 14, op. cit., n° 6, c).

Pas forcément. En effet, comme feu le professeur M. Rood-De Boer l'avait suggéré outre-Moerdijk dès 1984 dans un discours resté mémorable, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant nécessite une opération intellectuelle distincte de la constatation des données factuelles, bien qu'elle soit ancrée dans celle-ci. La constatation des faits porte sur le présent (voire même sur le passé), alors que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant et la décision qui en découle, impliquent une projection sur le futur (auquel appartiennent ladite décision et son exécution, quelle que soit l'échéance) et abritent donc une dimension « prophétique »¹⁷. Plus fondamentalement, la définition *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* ne doivent pas être opposées trop radicalement¹⁸, puisque la deuxième repose elle-même à la fois sur un élément factuel et concret (mineure du raisonnement syllogistique) et sur un élément normatif – nécessairement plus abstrait (majeure du même raisonnement) – de sorte que le juge se trouve toujours contraint de prendre appui sur une certaine conception *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant à laquelle il adhère d'une manière ou d'une autre¹⁹.

Ainsi, la loi elle-même confie au juge la mission de donner un contenu à ces « normes ouvertes », dont elle se trouve parsemée et parmi lesquelles la locution « intérêt de l'enfant » figure en bonne place, et ce, non plus en interprétant la volonté du législateur, mais en réceptionnant des normes métajuridiques. En effet, comme l'écrit J. van Compernelle, dans ce cas, il « *advient* (au juge) *de statuer en conférant lui-même à la norme un contenu que délibérément le législateur s'est abstenu de définir. Ce rôle créateur et fécond (...) est particulièrement apparent là où il lui*

appartient de modeler, au gré des espèces et en fonction des circonstances, le contenu des 'notions cadres' que le législateur laisse au juge le soin de remplir »²⁰.

Concernant le critère de l'intérêt de l'enfant, il s'agit là précisément de sa composante abstraite, qui demeure donc inhérente à son appréciation en dépit de son ancrage *in concreto*, et à laquelle le juge est donc appelé à donner un contenu. Certes, le législateur n'a pas laissé le champ entièrement libre au magistrat, puisqu'il participe parfois lui-même, sur certains points, à la construction de ce contenu, notamment en consacrant le principe de la coparentalité par les lois des 13 avril 1995 sur l'autorité parentale conjointe et 18 juillet 2006 sur l'hébergement égalitaire²¹ ²². Au plan supranational, divers textes importants, dont principalement la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989, ont eux aussi contribué à échafauder cette composante abstraite, valant pour tous les enfants en leur reconnaissant certains droits, comme celui à l'instruction²³, à l'intégrité²⁴, d'être éduqué par ses (deux) parents²⁵, de voir son opinion être prise en considération lors des litiges qui le concernent²⁶, etc. De même, un nombre significatif d'arrêts strasbourgeois a consacré le maintien des relations avec chaque parent, complétant ainsi, quoique souvent de manière parcellaire et implicite, ce contenu donné à ladite locution²⁷. C'est probablement le Comité onusien des Droits de l'Enfant qui, dans son observation générale n° 14 déjà mentionnée, a le mieux saisi cette subtile rencontre entre les dimensions abstraite et concrète, en énumérant et en explicitant *in abstracto* un certain nombre d'« éléments dont il faut tenir compte lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant »²⁸, tout en la faisant

17. M. ROOD-DE BOER, *Evolutief van een rechtsbegrip « het belang van het kind »* – discours prononcé à lors de la célébration du 248^e anniversaire de l'Université d'Utrecht le lundi 26 mars 1984 en l'église St. Jacobi, Gauda Quint, Arnhem (Pays-Bas), 1984, p. 13.
18. Voir p. ex., à notre avis, E. DE KEZEL, « Het begrip 'Het belang van het kind' », *R.W.*, 1988-89, p. 1163, n° 8.
19. En réalité, la définition abstraite et l'appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant ne constituent que des pôles aux extrémités qui se distinguent l'un de l'autre par le niveau d'ancrage factuel, auquel sa détermination donne lieu. L'intensité de l'obligation incombant le cas échéant au juge de se rapprocher du pôle concret, apparaît toutefois inversement proportionnelle au nombre d'enfants à laquelle son appréciation serait éventuellement transposable et, partant, à l'incidence de ses conceptions propres. A ce sujet, voir M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 123, n° 117 et 118. Ainsi, par exemple, un juge peut-il avoir égard à l'avis du Centre PMS (et d'un logopède) quant à l'inscription scolaire de l'enfant dans un régime linguistique déterminé (voir p. ex. Réf. Liège, 31 août 2007, n° rôle 05/654/C, rép. 07/1782, analysé *ibid.*, p. 336-337, n° 419 et 420) alors que d'autres, au contraire, ne tiennent absolument pas compte de cet avis, parfois suite à une mauvaise expérience personnelle où les recommandations dudit Centre étaient erronées (voir p. ex. l'entretien avec un juge gantois relaté *ibid.*, n° 557). Ils pourraient ainsi tenir compte uniquement des avantages liés au bilinguisme offert à tout enfant scolarisé dans un autre régime linguistique que celui qu'il pratique à domicile par les parents. Si le premier cas semble révéler davantage une appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant dont question – puisque ses capacités ont été évaluées spécifiquement – que le deuxième où les considérations relatives au bilinguisme sont potentiellement transposables à de nombreux enfants, il n'en demeure pas moins que, dans les deux cas, les juges s'appuient sur une conviction générale, et donc abstraite, relative à la fiabilité des avis des Centres PMS.
20. J. VAN COMPERNELLE, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit belge », in J. LENOBLE (éd.), *La crise du juge*, L.G.D.J., Paris, Story-Scientia, 1990, p. 20.
21. Ces interventions restent finalement assez limitées en comparaison avec certains Etats voisins, où le législateur a établi de véritables listes de critères d'appréciation de l'intérêt de l'enfant – voir Code civil français (modifié notamment par la loi du 9 juillet 2010), www.legifrance.gouv.fr, art. 373-2-11 et, outre-Manche, *Children Act* (Royaume-Uni) du 16 novembre 1989 (complétant le *Children Act* de 1975), www.legislation.gov.uk, point 1.3.
22. Un des aspects fondamentaux de ce régime, à savoir la dispense de preuve dont semblait bénéficier le parent qui sollicitait un tel hébergement, a été remis en cause par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 20 janvier 2020. A ce sujet, voir D. PIRE & N. MASSAGER, « Hébergement égalitaire, du nouveau ? », *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 5.
23. CIDE, art. 28, 1^{er} protocole add. ; C.E.D.H., art. 2 ; Const., art. 24, § 3 et 4.
24. CIDE, art. 6 et 19.1 ; PIDCP, art. 6.1 ; C.E.D.H., art. 2.1 et 3 ; Const., art. 22bis, al. 1^{er}.
25. CIDE, art. 5, 7.1, 9.3 et 18.1.
26. Cf. *infra*.
27. Voir not. Cour. eur. D.H., arrêt *Fourchon c. France* du 28 septembre 2005 et, plus généralement, N. GALLUS, « La séparation du couple, les relations parentales et la Cour européenne des droits de l'homme », *Actes du colloque de l'Institut des droits de l'homme sur « La famille et la Convention européenne des droits de l'homme »*, éd. Bruylant, coll. Droit et justice, 2008, p. 55 à 85, spéc. p. 63, ainsi que Cour. eur. D.H., arrêt *Vojnity c. Hongrie* du 12 février 2013, www.echr.coe.int. Pour un commentaire plus approfondi de cet arrêt, voir G/WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, liv. 4, p. 737. Adde : M. MALLIEN, « Autorité parentale », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale* (dir. N. DANDOY et G. WILLEMS), coll. Les Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2021, à paraître, où toutes ces références sont également citées.
28. Observation générale n° 14, *op. cit.*, n° 52 et s. Il s'agit de l'opinion de l'enfant (*ibid.*, n° 53 et 54), de son identité (*ibid.*, n° 55 à 57), de la préservation du milieu familial et du maintien de ses relations (*ibid.*, n° 58 à 70), de sa prise en charge, de sa protection et de sa sécurité (*ibid.*, n° 71 à 74), de son éventuelle situation de vulnérabilité (*ibid.*, n° 75 et 76), de sa santé (*ibid.*, n° 77 et 78) et de son instruction (*ibid.*, n° 79).

précéder immédiatement du rappel que « *tous les éléments de la liste doivent être pris en considération et pesés eu égard aux circonstances propres à chaque situation* »²⁹ et que « *le poids de chacun de ces éléments (est) fonction des autres* »³⁰, « (variant) *nécessairement d'un enfant à l'autre* »³¹.

Il n'en demeure pas moins qu'à l'intérieur de ces balises, le juge, tout en appréciant l'intérêt de l'enfant *in concreto*, s'appuie lui-même aussi sur une certaine conception, inspirée non seulement des études scientifiques, qu'il cite parfois³², mais également – et indéniablement – sur son expérience et ses vues « personnelles »³³. C'est ainsi qu'a, par exemple, été jugé essentiel au regard de l'intérêt de l'enfant que soit assurée la stabilité des repères parentaux³⁴, voire extrafamiliaux³⁵, l'unité de la fratrie³⁶, ou, au contraire, que l'existence d'une symétrie parfaite entre les modes éducationnels suivis dans les environnements parentaux respectifs ne constitue pas un impératif³⁷.

Le contenu ainsi donné par le juge à l'intérêt de l'enfant en fonction de ses conceptions « personnelles » – qui révélerait donc une certaine autonomie dans le chef du magistrat – est-il compatible avec le principe d'impartialité formulé aux articles 14, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et 6, § 1^{er}, de la C.E.D.H. ? Sans doute faut-il se rappeler que l'impartialité du juge se définit comme l'interdiction qu'il « *soit animé de préjugés à l'égard de la décision à prendre, qu'il se laisse influencer par des informations recueillies hors du prétoire ou par quelle pression que ce soit* »³⁸ et l'oblige à « *se laisser guider exclusivement par des éléments objectifs* »³⁹. Certes, les opinions « personnelles » d'un magistrat concernant ce qui conviendrait *in abstracto* à tous les enfants (ou à un grand nombre d'entre eux) qui se trouveraient dans une situation identique peuvent apparaître « subjectives » dans un certain sens commun du terme, mais elles ne le sont sans doute pas dans la signification qui lui est donnée relativement à l'impartialité. En effet, l'objectivité requise dans le cadre de l'impartialité concerne le traitement égal des parties et l'absence d'*a priori* en faveur d'une d'entre elles. Or, rien ne permet, dans l'immense majorité

de cas, de déceler une quelconque complaisance du magistrat en faveur d'une des parties lorsqu'il définit l'intérêt de l'enfant en fonction de certaines conceptions « personnelles ». Au contraire, une interprétation systémique du principe d'impartialité tend à concilier celui-ci avec la nécessité – voulue par le législateur – de permettre au juge de donner un contenu aux normes ouvertes dont notre droit se trouve parsemé, faute de quoi celles-ci deviendraient rapidement inapplicables, relayant au domaine de l'impossible, dans bien des espèces, toute justice rendue.

Il n'en demeure pas moins que certains auteurs – et non des moindres – éprouvent un sentiment de malaise face à ce certain (et relatif) pouvoir normatif dont le juge se trouverait ainsi doté. « *Ainsi, en faveur de l'idée que le juge n'a pas de pouvoir discrétionnaire et qu'il est toujours lié par des principes préexistants, (le célèbre philosophe du droit) Dworkin emploie l'argument de la démocratie : si le juge disposait d'un pouvoir discrétionnaire cela signifierait qu'il dispose d'un pouvoir de création du droit ; dans un système démocratique, le droit ne peut être créé que par des représentants élus du peuple souverain* »⁴⁰. Pour notre part, il nous semble hasardeux de se contorsionner dans des raisonnements boiteux afin de contourner l'argument du déficit de légitimité démocratique du juge, et préférable d'assumer l'existence d'une exception, voulue par le législateur, en ce qui concerne l'application de normes « ouvertes » comme celle de l'intérêt de l'enfant, au principe formulé à l'article 6 du Code judiciaire⁴¹. Toutefois, le positionnement de feu le professeur R. Dworkin suscite (et, en réalité, abrite) une question plus profonde encore, à savoir celle de la manière dont le juge donne un contenu à l'intérêt de l'enfant. Qu'y a-t-il lieu d'entendre par les conceptions « personnelles » du juge ? Doit-il se laisser inspirer par ce qu'il estimerait juste s'il s'agissait de son propre enfant, placé dans une situation et doté d'une personnalité similaires, ou doit-il se référer à ce sur quoi il est convaincu qu'il existe un consensus au sein de la société ? L'intérêt concret et immédiat de cette question pour la pratique judiciaire ne doit pas être sous-estimé. Il ne fait aucun doute que la deuxième alternative apparaît davantage

29. *Ibid.*, n° 50.

30. *Ibid.*, n° 80.

31. *Ibid.*

32. Cf. *infra*.

33. Les guillemets sont utilisés ici à dessein. Nous aurons en effet à nous interroger à propos de ce qu'il y a lieu d'entendre par les « conceptions personnelles » du juge – cf. *infra*.

34. Voir *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, n° 445, 446, 585 à 589 et 601 et la jurisprudence inédite y recensée.

35. *Ibid.*, n° 290, 291, 317 à 334, 403 à 408, 442 à 444, 611 à 617.

36. *Ibid.*, n° 205, 206, 605 à 610 et 637 à 640.

37. Voir p. ex. Liège (16^e ch.), 4 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 1, p. 15. *Adde* : *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, n° 1067, 1068 et 1089 (2^e tiret).

38. B. DESMET, L. LATHOUWERS & K. RIMANQUE, « Arikel 6. Recht op een eerlijk proces, § 1 », in J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK (éd.), *Handboek EVRM. Artikelsgewijze commentaar* (partie 2), Intersentia, Anvers, 2004, p. 502.

39. A. OOMS, « De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt. Een historische en prospectieve analyse over de grens tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid », *C.D.P.K.*, 2010, liv. 4, p. 500, nous traduisons ; E. MICHAUX, G. VERVAEKE, D. VAN DAELE & R. MORTIER, « De goede rechter ten tijde van het New Public Management : een verhaal van onverzoenbare verwachtingen ? », *R.W.*, 2017-18, liv. 24, p. 936. Ces références, ainsi que celles mentionnées à la note précédente, sont également reprises et citées dans M. MALLIEN, « L'indépendance fonctionnelle du magistrat », in X. DE RIEMAECKER & R. VAN RANSBEECK (dir.), *Statut et déontologie du magistrat*, 2^e éd., Bruxelles, La Chartre, 2020, p. 116.

40. M. TROPER, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », in *Droit et Société*, 1986, liv. 2, p. 41, spéc. p. 51.

41. Quoiqu'il ne s'agisse pas d'une réelle exception, puisqu'en procédant de la sorte, le juge, même en s'inspirant de conceptions abstraites, statue face à un litige particulier, sans que les autres juridictions ne soient liées par cette jurisprudence comme elles le seraient par un précepte législatif.

conforme à l'exigence d'objectivité découlant de l'obligation d'impartialité, bien que le consensus social soit loin d'exister sur tous les éléments déterminant l'intérêt d'enfants et, en toute hypothèse, particulièrement difficile à appréhender. La manière dont les convictions des juges se forment en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, y compris dans sa dimension abstraite, demeure actuellement une *terra incognita* encore largement à défricher par la recherche pluridisciplinaire en psychologie, en sociologie judiciaire et en droit.

c) La perception de l'intérêt de l'enfant par le juge sous le prisme de principes directeurs de l'instance

Reste à savoir, sur le plan procédural, jusqu'où ces conceptions peuvent ressortir de la propre inspiration du juge, ou si elles doivent lui avoir été suggérées par (au moins) une des parties dans l'acte introductif d'instance, voire en termes de conclusions et de plaidoiries. La réponse à cette interrogation semble fonction de l'étendue exacte de deux principes essentiels : d'une part, le principe dispositif, formulé notamment à l'article 1138, alinéa 2 et 3, du Code judiciaire comme émanation du respect des droits de la défense, et, d'autre part, celui de la répartition du fardeau de la preuve.

A cet égard, l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2020⁴², déjà évoqué, revêt une importance toute particulière. Le demandeur en cassation reprochait au juge du fond d'avoir appuyé sa décision de ne pas prévoir d'hébergement égalitaire sur des études scientifiques qui manifestement n'avaient pas été citées par les parties, violant ainsi, à ses yeux, le principe dispositif et les droits de la défense. Or, pour la Cour, « *en utilisant la littérature spécialisée pour apprécier la pertinence d'un hébergement égalitaire pour un jeune enfant, question qui était dans le débat, le juge ne fonde pas sa décision sur sa connaissance personnelle. Ce faisant, il ne méconnaît ni le principe général de droit relatif au respect des droits de la défense, ni le principe général de droit dit du contradictoire, et il ne viole pas l'article 1138, 2° et 3°, du Code judiciaire* »⁴³. Il est, en effet, généralement enseigné que le principe dispositif interdit au juge de « *modifier l'objet de la demande, de modifier la cause de la demande, de s'appuyer sur des éléments de fait qui n'ont pas été soumis régulièrement à son*

appréciation (et) d'élever une contestation dont les parties ont exclu l'existence »⁴⁴. Le juge du fond, en tirant des conséquences à propos de l'intérêt de l'enfant de la littérature scientifique, non seulement n'a pas statué *ultra* ou *extra petita* – puisqu'il s'agissait bien d'arguments relatifs aux modalités d'hébergement qui formaient l'objet des demandes – mais ne s'est pas davantage appuyé sur un élément factuel qui n'aurait pas été soumis régulièrement à son appréciation. En effet, à l'instar de la Cour de cassation, il convient de distinguer le « fait », qui relève de l'observation empirique, et le raisonnement qui en est tiré. Si le premier est singulier, et doit donc être prouvé conformément aux articles 870 du Code judiciaire et 8.4 du Nouveau Code civil⁴⁵, le deuxième relève de la raison qui, elle, se montre davantage universelle (puisque théoriquement accessible à tous) et s'accommode donc mal de la catégorie de « science personnelle » sur laquelle il serait interdit au juge de s'appuyer.

Cet arrêt démontre dès lors, et d'après la Cour, que le respect des droits de la défense ne fait pas obstacle à ce qu'une partie se trouve « surprise » en étant confrontée à un jugement ou à un arrêt comprenant des éléments argumentatifs (mais non factuels) qui n'avaient pas forcément été mobilisés lors des débats. Ainsi a-t-on vu des juges familiaux s'appuyer sur la stabilité du principal repère parental⁴⁶ ou des repères extrafamiliaux, sur la nécessité d'assurer une place adéquate (si pas égale) des père et mère dans la vie de l'enfant, ou, dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 375*bis* du Code civil, sur l'utilité de connaître ses racines grâce aux relations personnelles avec les grands-parents⁴⁷... sans que ces préoccupations et arguments aient forcément été mis en avant par les parties.

Se pose alors la question des rapports entre cette opinion, certes cadencée, du juge et celles de l'enfant lui-même et de ses parents respectifs à propos de ce à quoi ledit intérêt correspond. Cette interrogation s'avère fondamentale, non seulement pour son incidence directe et pratique sur la manière dont les contentieux judiciaires familiaux doivent être arbitrés, mais également parce qu'elle est révélatrice de l'intensité de l'intervention étatique face à la liberté individuelle et l'autodétermination des familles et de leurs membres. Un examen minutieux de la place de l'opinion de l'enfant et de celle des accords parentaux dans ces litiges s'impose donc.

42. Cass., 20 janvier 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 4, note D. PIRE & N. MASSAGER.

43. *Ibid.*

44. A. FETTWEIS, « Le rôle du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 130 – nous soulignons.

45. Il peut également s'appuyer sur un fait ressortant du dossier familial – à condition de le soumettre au débat contradictoire – ou d'une mesure d'investigation évoquée *supra*.

46. Voir p. ex. Trib. jeun. Bruxelles (15^e ch.), 22 août 2005, n° dossier 726/2005/15C, *inédit*, cité in *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, p. 351, n° 445 et 446.

47. Voir p. ex. Liège (16^e ch.), 23 septembre 2014, 2009/JE/20, *inédit*, cité in M. MALLIEN, « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement. Analyse de quelques décisions judiciaires récentes », *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 149, n° 11.

2. L'enfant

Dans quelle mesure les considérations (abstraites) du juge, doivent-elles s'effacer face à l'auto-appréciation par le principal concerné de son intérêt ? Il s'agit de la deuxième sphère d'autonomie – celle de l'enfant – lors de la détermination de son intérêt.

Afin d'être bien compris, l'examen de l'impact de l'opinion de l'enfant sur la décision judiciaire, doit être précédé de celui de la manière dont sa parole est recueillie. Ensuite il y aura lieu de s'arrêter de manière critique sur l'(impossible) intervention éventuelle de l'enfant dans le cadre de la procédure qui le concerne à l'aune de la récente jurisprudence de la Cour de cassation.

a) Le droit de l'enfant de s'exprimer sur toute question qui le concerne

• Fondements juridiques

Le droit de l'enfant de s'exprimer sur toute question qui le concerne est garanti avant tout par l'article 12.1 de la Convention onusienne relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 (CIDE) aux termes duquel « *les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ». Depuis la révision constitutionnelle du 22 décembre 2008, ce droit est également reconnu à l'enfant par l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution. La question de savoir si les droits garantis par ces dispositions s'imposent réellement au juge saisi d'un contentieux relatif à l'enfant a fait l'objet d'un certain nombre de discussions en doctrine et en jurisprudence, essentiellement à propos de l'effet direct de l'article 12 de la CIDE.

Deux arrêts importants ont été rendus à cet égard, l'un par la Cour européenne des droits de l'homme et l'autre par la Cour de cassation.

Le premier est celui prononcé par la Cour de Strasbourg du 3 septembre 2015 dans une affaire *M. et M. contre Croatie*⁴⁸. La Cour y a été saisie par une adolescente de 13 ans et demi (au moment où l'arrêt a été rendu) et sa mère, la première reprochant aux juridictions nationales de ne pas avoir tenu compte de son souhait d'être hébergée par la deuxième, ni même d'avoir accepté de l'entendre. Le tribunal de comté s'était en effet limité à ordonner à la juridiction hiérarchiquement inférieure (le tribunal municipal) de déterminer si elle était capable de comprendre la procédure et d'exprimer son point de vue, mais cette mesure n'avait pas été mise en œuvre après un an et demi et, surtout, l'adolescente n'avait toujours pas été entendue après quatre ans et trois mois de procédure⁴⁹. Stigmatisant cette absence d'audition et se référant à plusieurs reprises à l'article 12 de la CIDE⁵⁰ mais aussi à l'observation n° 12 du Comité onusien des droits de l'enfant des 25 mai et 12 juin 2009⁵¹, la Cour européenne a considéré que « *compte tenu de son âge et de sa maturité, il est donc difficile d'arguer qu'elle n'est ni capable de discernement ni apte à exprimer librement ses opinions* »⁵² et conclut, dès lors à la violation de l'article 8 de la C.E.D.H. Il ressort donc de cet arrêt, qui reconnaît un véritable droit à l'audition⁵³, « *que non seulement l'article 12 de la CIDE, mais également l'Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2009, servent ici de directives d'interprétation de l'article 8 de la CEDH (qui in se est la seule norme dont il incombe à la Cour de vérifier l'observation). Ceci a pour conséquence que l'article 8 de la CEDH doit être interprété, en ce qui concerne le droit d'audition de l'enfant, dans toute l'étendue qui est donnée à ce droit par l'article 12 de la CIDE et par les considérations émises par le Comité des Droits de l'enfant dans l'observation générale n° 12* »⁵⁴.

48. Cour eur. D.H., arrêt *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015. Dans un arrêt précédent, la Cour s'est par ailleurs clairement exprimée en défaveur d'une audition systématique des enfants, par exemple étant donné leur jeune âge et lorsque rien ne justifie qu'ils soient entendus – Cour eur. D.H. arrêt *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003 (arrêt de grande chambre), *R.W.*, 2004-05, liv. 9, p. 356 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, liv. 2, p. 546. Pour une analyse plus approfondie des arrêts *Sahin c. Allemagne* et *M. et M. c. Croatie*, voir M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale* (dir. N. DANDOY et G. WILLEMS), coll. Les Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2021, à paraître.

49. Cour eur. D.H., arrêt *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015, § 184.

50. *Ibid.*, not. § 94 et 181.

51. *Ibid.*, § 97 et 184 et observation générale n° 12 rendue les 25 mai et 12 juin 2009 par le Comité de l'ONU des droits de l'enfant, à consulter sur le site Internet du Haut-Commissariat des Droits de l'Homme des Nations-Unies, <https://tbinternet.ohchr.org>.

52. Cour eur. D.H., arrêt *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015, § 186 *in fine*.

53. M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », in J.-Y. HACHEZ, M. MALLIEN, S. VAN TRIMPONT & M. ZIANT-DUFRASNE, *Hébergement de l'enfant : réflexions pluridisciplinaires*, Limal, Anthemis, 2020, p. 15.

54. *Ibid.*, nous mettons en évidence. Rappelons qu'« *il est constant que (l'effet direct) doit être reconnu à l'ensemble de la Convention européenne des Droits de l'Homme et que les juridictions internes sont de facto tenues par l'étendue qui est reconnue par la Cour de Strasbourg aux droits qui y sont garantis* » – « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, p. 15. Voir aussi l'autorité de la chose « interprétée » reconnue par la Cour de cassation à la jurisprudence strasbourgeoise – Cass., 14 avril 1983, *J.T.*, 1983, p. 607, analysé par O. DE SCHUTTER, « La Coopération entre la Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Juge national », *R.B.D.I.*, 1997, p. 29, n° 38 et s., N. DANDOY, « La portée des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme en droit interne belge », *J.J.P.*, 2002, p. 248-252. Ces références sont également reprises *ibid.*, note infrapaginale 22, in *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, p. 106, note infrapaginale 290 et in *L'autonomie du mineur, op. cit.*

Le deuxième arrêt, rendu le 6 octobre 2017⁵⁵, voit cette fois la Cour de cassation se référer expressément – quoi qu'incidemment – à l'article 12 de la CIDE et reconnaissant ainsi sans aucun doute l'effet direct qu'elle semblait lui avoir dénié par le passé⁵⁶. Cet arrêt ne constitue toutefois qu'une victoire en demi-teinte – voire même amère – pour les tenants de l'autonomie et du droit d'expression de l'enfant. En effet, la Cour y considère également (et à vrai dire surtout) que le tuteur *ad hoc*, désigné pour représenter l'enfant (en l'espèce en matière de filiation conformément à l'article 331sexies du Code civil), n'est pas obligé de « rencontrer l'enfant et lui demander son opinion sur le litige, quels que soient l'âge de celui-ci et les circonstances de la cause »⁵⁷. La position de la Cour semble dès lors schizophrénique. D'une part, elle se réfère explicitement à l'article 12 et lui reconnaît donc l'effet direct⁵⁸. D'autre part, la Cour vide cette disposition d'une part essentielle de son contenu puisque l'enfant se voit, quel que soit son âge, apposer une forme de muselière dans la mesure où le tuteur *ad hoc* ne doit même pas le rencontrer. Certes, cet arrêt concerne uniquement le rôle du tuteur *ad hoc* qui intervient dans le cadre d'un contentieux tout à fait spécifique, bien évidemment sans que ses enseignements puissent être transposés aux litiges en matière d'éducation, d'hébergement et de relations personnelles où l'enfant bénéficie d'un droit explicite à l'audition. Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation y révèle globalement une conception particulièrement restrictive en ce qui concerne l'autonomie du mineur et son droit d'expression.

Quant à l'insertion du droit d'exprimer son opinion à l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, force est de constater que ses effets dépassent les intentions du constituant de ne pas créer de nouveaux droits par rapport à ceux qui étaient déjà reconnus à l'enfant par les instruments internationaux existant en général, et par la CIDE en particulier⁵⁹. Or, sans même nous attarder pour l'instant sur l'absence dans le texte constitutionnel de toute mention du « discernement » conditionnant le droit d'expression (et donc à l'audition) tel que stipulé par l'article 12 de la CIDE⁶⁰, plusieurs conséquences de cette insertion dans la loi apparaissent indéniablement. Ainsi, la responsabilité

de l'Etat – sur lequel repose désormais une obligation de *standstill* en ce qui concerne les droits de l'enfant constitutionnalisés – pourrait être engagée si le droit d'expression et d'audition était dénié à l'enfant, la Cour constitutionnelle⁶¹ pourrait se voir appelée à se prononcer sur la conformité de l'action des autorités – y compris judiciaires – et du législateur auxdits droits, etc.⁶².

Notons enfin que d'autres textes prévoient, eux aussi, explicitement l'audition de l'enfant. Tel est le cas de l'article 23, 2, b, de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 en matière de compétence internationale, de droit applicable et d'exécution des décisions étrangères et de l'article 13 de la Convention internationale du 25 octobre 1980 en matière d'enlèvement international d'enfants⁶³.

● Etendue des droits d'expression et à l'audition

Le premier alinéa de l'article 12 de la CIDE reconnaît à l'enfant le droit de s'exprimer « librement sur toute question l'intéressant », alors que l'article 12.2, il prévoit que l'enfant « a le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire qui le concerne ». Le texte distingue donc le « droit d'expression » et le « droit à l'audition »⁶⁴. Le libellé de l'article 22bis de la Constitution est relativement similaire en ce qui concerne le droit d'expression – bien qu'omettant la condition de discernement dans le cadre de ce droit⁶⁵ – mais ne fait pas mention de l'audition.

L'expression libre « signifie, pour le Comité des Droits de l'Enfant, qu'il doit pouvoir exprimer son opinion personnelle à l'abri de toute pression de tiers, dans un contexte où il se sent en sécurité, après avoir été informé du contexte de son audition et des décisions qui pourraient être prises suite à celle-ci »⁶⁶. Il est évident que ce droit exclut que l'enfant doive s'exprimer en présence d'un de ses parents, de proches ou de toute autre personne susceptible d'exercer une quelconque pression sur lui.

A cet égard, s'est posé la question de permettre (voire de prévoir) – ou non – la présence d'un avocat ou d'un psychologue lors de l'audition, dans la mesure

55. Cass., 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247, note N. MASSAGER, et *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. MATHIEU.

56. Cass., 10 novembre 1999, *www.cass.be*. Voir toutefois les critiques et les observations d'A. Vandaele relatives à la portée limitée de cet arrêt. A. VANDAELE, « Quelques réflexions sur l'effet direct de la Convention relative aux Droits de l'Enfant », *J. dr. jeun.*, 2002, p. 27.

57. Cass., 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247.

58. Dans le même sens, voir not. Civ. Namur (1^{re} ch.), 28 février 2019, *J.L.M.B.* 2020, liv. 34, p. 1599 note M. COUNE.

59. Voir not. J. VELAERTS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Note relative au projet de modification de l'article 22bis de la Constitution relative aux droits de l'enfant », *Doc. parl., Chambre, www.lachambre.be*, n° 52 – 0175005, annexe II, p. 29 à 32, spéc. p. 30, cité également in *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 108 et les travaux préparatoires y cités sous la note infrapaginale 297 et 298.

60. Cf. *infra*.

61. Cf. *supra*.

62. A. RASSON-ROLAND & A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. VERDUSSEN & N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation*, volume II, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1614-1615.

63. P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », in P. SENAËVE (éd.), *Handboek familieprocesrecht*, Kluwer, 2017, p. 405 et « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, p. 10.

64. « L'autonomie du mineur », *op. cit.*

65. Cf. *infra*.

66. « L'autonomie du mineur », *op. cit.*, citant l'observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 22, 23 et 25. Rappelons qu'il ressort de l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015 que ces règles constituent des directives d'interprétation de l'article 8 de la C.E.D.H. – cf. *supra*.

où les uns y voient un risque de pressions si celui-ci se trouve proche du père ou de la mère, voire rémunéré par l'un d'entre eux, alors que d'autres considèrent que le conseil aurait pour mission de rassurer l'enfant et de l'aider à exprimer sa véritable opinion. Il est d'ailleurs significatif que les législateurs belge⁶⁷ et français⁶⁸ aient emprunté des voies diamétralement opposées en ce qui concerne la présence d'un avocat⁶⁹. Une possible voie médiane pourrait se trouver, selon nous⁷⁰, dans l'élaboration d'un solide arsenal de règles déontologiques spécifiques aux avocats des enfants à entendre⁷¹, assurant leur indépendance vis-à-vis des autres parties et garantissant leur rôle au service du mineur et de ses opinions⁷² plutôt que d'en faire un énième défenseur de son intérêt perçu en tant qu'adulte⁷³. La présence d'une autre personne de confiance, même si elle offrait l'avantage d'être choisie plus facilement par l'enfant, semble plus problématique à cet égard dans la mesure où il n'existe aucun moyen, comme le seraient les règles déontologiques (certes éventuellement à élaborer) de l'avocat ou d'un psychologue, de s'assurer qu'elle ne prenne pas trop d'ascendant sur l'enfant⁷⁴.

Le droit de s'exprimer librement exclut également qu'il puisse être limité par les Etats à une simple possibilité, laissée à l'enfant, d'adresser des lettres et missives au juge vu notamment le risque d'instrumentalisation par les parents, susceptible de mettre à mal le droit de s'exprimer librement. A l'ère du numérique et de la communication à distance (surtout en temps de pandémie), il ne semble pas davantage acceptable que le droit d'expression soit *limité* à des messages par l'intermédiaire de réseaux sociaux, ni que l'audition elle-même ait lieu par *Zoom, Teams, Skype* ou

tout autre moyen de téléconférence⁷⁵. Dans tous les cas, rien ne garantit que l'enfant s'exprime hors de la présence de tiers susceptibles de le mettre sous pression et une partie de l'expression non verbale est susceptible de se perdre. A l'inverse, rien n'interdit à l'enfant d'adresser des courriers ou e-mails à la juridiction saisie, mais, dans ce cas, le magistrat doit tenter de s'assurer, avec une parcimonie extrême, qu'il ne se trouve pas instrumentalisé par un des parents, ni par quiconque, lors de la rédaction de sa missive⁷⁶.

Le Comité des Droits de l'Enfant insiste également, dans son observation générale n° 12, sur la nécessité que l'enfant puisse s'exprimer dans un contexte où il se sent en sécurité, ce qui exclut la salle d'audience⁷⁷ et tout *décorum judiciaire*⁷⁸. Les exigences de ce contexte demeurent évidemment variables en fonction de l'âge de l'enfant. La création d'une *Kinderhaus*⁷⁹ par les instances judiciaires berlinoises constitue un projet intéressant à cet égard (bien que n'ayant pas encore trouvé d'écho en Belgique) en ce qu'elle permet à des enfants plus jeunes et aux magistrats de se rencontrer, grâce à un cadre ludique et approprié où les deuxièmes s'adaptent au monde des premiers, et non le contraire⁸⁰. Cette adaptation à (plutôt que *de*) l'enfant semble devoir être la clef de voûte permettant une véritable expression libre lors de l'audition. Ainsi, le rôle du juge pourrait être conçu de manière plus dynamique, non pas dans le but d'orienter l'entretien, mais afin de trouver avec l'enfant le moyen où celui-ci se sent le plus à l'aise pour transmettre ce qu'il souhaite⁸¹ (par exemple en lui *proposant* de réaliser un dessin⁸², ou, s'il est plus âgé, d'écrire un texte, de parler spontanément de ce qu'il souhaite, etc.)⁸³.

67. C. jud., art. 1004/1, § 5.

68. C. civ. fr., art. 388-1.

69. En Belgique, l'audition a lieu en principe « hors de la présence de quiconque », mais le juge peut y déroger par une décision « spécialement motivée » – C. jud., art. 1004/1, § 5, al. 1^{er}. Il est à noter que cette possibilité laissée au juge n'implique pas que l'enfant puisse être assisté par un avocat lors de son audition – Cass., 10 février 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 12.

70. D'autres restent cependant fortement opposés à toute présence d'un avocat lors de l'audition, certains n'y voyant qu'un « baby sitter amélioré » – P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 850. Voir également L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 659 et les interviews de magistrats y citées. *Adde* : « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge (...) », *op. cit.*, p. 25.

71. *Ibid.*

72. Le rôle de cet avocat se situerait donc aux antipodes de la manière dont la Cour de cassation perçoit celui du tuteur *ad hoc* dans l'arrêt du 6 octobre 2017, analysé ci-dessus, et nécessiterait, au contraire, que l'enfant et l'avocat aient pu s'entretenir à suffisance.

73. Ce rôle est déjà largement assumé par le Procureur du Roi dans le cadre de l'avis qu'il pourra rendre au cours de la procédure concernée conformément aux articles 764 à 766 du Code judiciaire, et par le juge lui-même dont l'appréciation de l'intérêt de l'enfant constitue la mission essentielle – *cf. supra*.

74. A propos des débats parlementaires concernant la présence éventuelle d'une personne de confiance, voir P. SENAËVE, *op. cit.*, p. 432 à 433, n° 831 à 834. *Adde* : L. JACOBS, *op. cit.*, p. 659 et les interviews de magistrats y cités. Une juge gantoise constate par ailleurs que la présence d'une personne de confiance n'est jamais demandée dans la pratique – C. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind ? » *Liber amicorum P. Senaëve*, Kluwer, 2017, p. 241, n° 12.

75. En cas d'éloignement prolongé de l'enfant, il est cependant arrivé que l'audition ait eu lieu par de tels moyens – P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 414, n° 784 ainsi que l'arrêt inédit de la Cour d'appel de Gand du 3 avril 2015 (2015/AR/966) y mentionné.

76. Voir p. ex. Trib.fam. Fr. Bruxelles (128^e ch.), 29 novembre 2019, *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 21.

77. *Contra* : P. SENAËVE, *op. cit.*, n° 826.

78. A ce sujet, voir L. JACOBS, *op. cit.*, p. 656.

79. C'est-à-dire la « maison des enfants », dénomination révélatrice qu'il est permis de juxtaposer par rapport à celle « palais de justice » – qui l'est tout autant – où les enfants sont entendus en Belgique.

80. J. DANCKAERTS, « Het 'Kinderhaus' en het horen van kinderen in de familierechtbank van Templehof-Kreuzberg in Berlijn », *T. Fam.*, 2019, liv. 2, p. 30 et « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge (...) », *op. cit.*, p. 24.

81. La plupart des juges belges développent d'ailleurs déjà, dans la mesure des moyens dont ils disposent, des pratiques tendant à s'adapter à l'enfant – L. JACOBS, *op. cit.*, p. 657.

82. Rien ne semble s'opposer à ce que l'enfant remette un dessin ou un texte au juge lors de l'entretien (même si le magistrat devra en apprécier la pertinence avec grande prudence s'ils ont été réalisés à l'avance), mais, dans la mesure où le législateur n'a pas entendu prévoir d'exception au principe du contradictoire, ils devraient logiquement être annexés au rapport d'audition que les parents pourront consulter.

83. Si l'audition semble devoir être comprise davantage comme un droit fondamental de l'enfant que comme une méthode d'investigation à l'usage du juge, il n'en demeure pas moins que celle-ci ne constitue pas pour autant un lieu thérapeutique et doit demeurer pertinent au regard du litige que le juge est appelé à arbitrer. Aussi n'y a-t-il pas d'objection à ce que le magistrat recentre l'entretien en fonction des questions dont il est saisi lorsqu'il apparaît clairement que la conversation dévie.

En Belgique, le droit de l'enfant de s'exprimer librement semble mis à mal par l'article 1004/1, § 5, alinéa 2, du Code judiciaire d'où il ressort que le rapport d'audition sera accessible aux parents et à leurs conseils, ce dont le jeune est informé⁸⁴. Or, cette perspective (qui donne priorité au principe du contradictoire garantissant aux parents le droit à un procès équitable) risque de mener plus d'un enfant à s'auto-censurer au regard de la crainte de la réaction des parents lorsqu'ils prendront connaissance du rapport⁸⁵. La plupart des juges familiaux sont d'ailleurs bien conscients de cette difficulté, dans la mesure où ils paraissent nombreux à faire preuve de pragmatisme – *contra legem* – en ne retranscrivant pas certains propos de l'enfant dans ce rapport⁸⁶. Cette même nécessité de maintenir une « bulle de confidentialité » entre l'enfant et le juge avait d'ailleurs, certes avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013, mené les magistrats siégeant en référé à Gand à rédiger des rapports d'audition d'enfants se limitant à faire mention de la tenue de l'entretien sans rien à ajouter à propos du contenu des échanges⁸⁷. Plus récemment, une solution pragmatique – mais très contestable en ce qui concerne le droit de l'enfant de voir sa parole être prise en considération⁸⁸ – retenue par le Tribunal de la famille d'Anvers a consisté à ne pas tenir compte, par souci des « droits de la défense » des parents, de l'opinion de deux adolescents de 14 et 15 ans qui ne souhaitaient pas que le juge note quoi que ce soit de leur audition⁸⁹.

Enfin, le droit d'expression porte sur « toutes les questions qui le concernent ». Ceci « exclut donc les questions qui n'ont pas d'incidence directe sur sa vie (comme par exemple les motifs devant donner lieu au prononcé – ou non – du divorce entre ses parents et ses conséquences en termes d'aliments ou de liquidation-partage de leur régime matrimonial...). Cependant, le Comité onusien précise que cette locution doit être interprétée largement, de sorte que la liste reprise dans l'Observation n° 12 des situations concernées par le droit d'expression n'a rien d'exhaustif. Ceci inclut bien évidemment les contentieux relatifs à l'autorité parentale, à l'hébergement et aux relations personnelles (y compris celles avec les grands-parents et les tiers), mais aussi (notamment) aux soins

de santé, au choix scolaire, au patrimoine, à l'état de l'enfant (filiation, adoption...) et à l'intervention (judiciaire ou non) en matière protectionnelle »⁹⁰, voire même les procédures relatives au patrimoine du mineur⁹¹ et aux aliments dus pour sa vie, son éducation et son entretien (y compris – voire surtout – en ce qui concerne ses besoins, qui demeurent spécifiques à chaque enfant).

● Limites aux droits d'expression et à l'audition

La première grande limite au droit d'expression garanti par l'article 12.1 de la CIDE consiste en sa limitation aux enfants « capables de discernement ». Or, l'appréciation de cette condition risque de s'avérer particulièrement difficile et subjective⁹², bien qu'il soit établi que le juge ne puisse pas déduire l'absence de discernement de la seule divergence de vue entre l'enfant et lui à propos de son intérêt⁹³. L'incidence concrète et pratique de cette condition de discernement ne doit cependant pas être exagérée, et ce pour deux raisons.

- Tout d'abord, il ressort de l'arrêt *M. et M. contre Croatie*⁹⁴ – et c'est peut-être là son principal apport – qu'une adolescente de 12 ans est présumée posséder le discernement, y compris si cette faculté n'a pu être établie *in concreto*⁹⁵. Certes, il s'agit sans aucun doute d'une présomption réfragable qui n'est pas susceptible d'être transposée aux enfants en bas âge⁹⁶. En toute hypothèse, l'absence de discernement ne se révèle bien souvent que lors de l'audition elle-même, soit à un moment où l'enfant aura déjà eu l'occasion de s'exprimer.
- Ensuite, l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution omet la condition de discernement prévue par l'article 12 de la CIDE (ce critère n'apparaît d'ailleurs pas davantage à l'article 1004/1 du Code judiciaire, où il est simplement prévu que le juge fasse état de l'absence de discernement dans le rapport d'audition, c'est-à-dire précisément après que celle-ci ait eu lieu). Bien que l'intention du constituant de 2008 ait incontestablement consisté à ne pas conférer de nouveaux droits, il y a lieu prioritairement de s'attacher à la lettre du texte. B. Van Keirsbilck et T. Moreau en concluent à juste titre que « le droit à l'audition est donc constitutionnellement ouvert

84. C. jud., art. 1004/1, § 5, al. 2.

85. « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge (...) », *op. cit.*, p. 11.

86. *Ibid.*, p. 27, et L. JACOBS, *op. cit.*, p. 661 et 663, ainsi que les entretiens avec des magistrats y cités.

87. A ce sujet, voir *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 209.

88. Cf. *infra*.

89. Trib. fam. Anvers (div. Anvers) (ch. AF9), 19 février 2019, *T. Fam.*, 2019, liv. 7-8, p. 202, note E. MERCKX.

90. « L'autonomie du mineur », *op. cit.* ainsi que l'observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 26, 27, 32, 98 à 102 et 134. *Adde* : « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, p. 11-12. Logiquement, le droit à l'audition tel que prévu par l'art. 1004/1 du Code judiciaire, ne concerne pas les litiges relatifs à l'attribution préférentielle d'un immeuble à un de ses parents – *J.T.*, 2017, liv. 6693, p. 446 ; *Rev. not. belge*, 2019, liv. 3143, p. 829.

91. En ce sens : « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, p. 12.

92. Pour une réflexion plus approfondie, du point de vue d'un pédopsychiatre, sur la notion de discernement, voir J.-Y. HAYEZ, « Le discernement chez l'enfant et l'adolescent », www.jeanyveshayez.net.

93. T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale », *J. dr. jeun.*, 2006, liv. 257, p. 30.

94. Voir Cour eur. D.H., arrêt *M et M c. Croatie* du 3 septembre 2015, spéc. n° 186.

95. A propos de cette présomption, de son étendue et de son caractère réfragable, voir « L'autonomie du mineur », *op. cit.* et les références y citées.

96. *Ibid.*

à tout enfant (...). Par voie de conséquence, l'audition du mineur ne pouvant plus être refusée pour absence de discernement, tout enfant, quel que soit son âge, doit être entendu chaque fois qu'il le demande. Lui refuser l'exercice de ce droit est une violation de la Constitution et toute décision de refus d'entendre un enfant est (...) susceptible d'appel. Dans l'article 22bis de la Constitution, le discernement est un des deux critères avec l'âge, par rapport auxquels il faut apprécier les dires de l'enfant. Il ne s'agit donc pas d'une condition à remplir pour que l'enfant puisse être entendu, mais d'un critère d'appréciation à l'instar de l'âge et du degré de maturité dans l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant »⁹⁷.

La deuxième limite tient à ce que ni l'article 12 de la CIDE, ni l'article 22bis de la Constitution, ne reconnaît à l'enfant un droit d'audition directe par le juge. Au contraire, il ressort de l'alinéa 2 de l'article 12 de la CIDE que l'enfant a le droit d'être entendu « soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ». Le Comité des Droits de l'Enfant, dont, pour rappel, l'observation n° 12 constitue désormais une directive d'interprétation de l'article 8 de la C.E.D.H., précise toutefois que l'audition directe doit avoir lieu « chaque fois que possible »⁹⁸ et que, si tel n'est pas le cas et qu'elle s'est tenue par un intermédiaire, celui-ci doit en relayer « correctement » le contenu au juge⁹⁹. Une lecture commune des articles 12.1 et 9.2 de la CIDE pourrait, elle aussi, mener à considérer que l'enfant dispose du droit d'être entendu personnellement par le juge, dans la mesure où la deuxième disposition lui donne, comme à toute personne concernée, le droit de « participer » à la délibération précédant la prise d'une décision qui le concerne et de « faire connaître des vues »¹⁰⁰. Une telle participation aux débats semble a priori difficile à concevoir sans accès direct à l'instance décisionnelle. La Cour européenne,

quant à elle, ne se satisfait pas, dans l'arrêt *M. & M. c. Croatie*, du rapport des experts relayant le souhait de l'enfant de vivre chez sa mère¹⁰¹.

En Belgique, les § 1^{er} et 2 de l'article 1004/1 du Code judiciaire octroient à l'enfant un droit d'être entendu personnellement par le juge^{102 103}, quel que soit son âge¹⁰⁴, auquel s'ajoute, à partir de l'âge de 12 ans l'obligation de l'informer de ce droit conformément au § 3 et à l'article 1004/2¹⁰⁵, ainsi que la possibilité de refuser l'audition. Si le législateur belge semble dès lors pencher lui aussi en faveur de la perception de l'audition de l'enfant comme un droit subjectif dans son chef, plutôt que comme une mesure d'investigation à disposition du juge¹⁰⁶, un *Fremdkörper* apparaît cependant à l'article 1004/1, § 4, du Code judiciaire. En effet, cette disposition permet au juge de refuser d'entendre l'enfant s'il l'a déjà été, même par une autre juridiction (par exemple en première instance alors que la cause est actuellement pendante en appel), « dans la même procédure », à moins qu'un « élément nouveau » ne le justifie. Une telle limite – qui, d'une certaine manière, se rapproche du raisonnement qui avait été tenu par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Sahin*¹⁰⁷ – se comprend, en tenant compte du souci de ne pas perturber l'enfant davantage que nécessaire¹⁰⁸, si la demande d'audition émane d'un des parents ou du ministère public. Elle semble discutable lorsque la demande provient de l'enfant lui-même. En effet, d'une part, on éprouve quelques difficultés à percevoir comment le juge pourrait apprécier d'avance s'il existe – ou non – un élément nouveau alors que celui-ci pourrait précisément ressortir de l'audition (à moins bien sûr d'en venir à considérer que l'enfant se voie imposer l'obligation, toute procédurale, d'étayer sa demande d'une nouvelle audition en y justifiant l'apparition dudit élément nouveau, le cas échéant pièces à l'appui¹⁰⁹). D'autre part, l'exigence d'un élément nouveau induit un critère de pertinence qui, ici, se rapporte davantage à l'appréciation

97. B. VAN KEIRSBILCK & T. MOREAU, « Une occasion manquée ! Ou quand la Cour constitutionnelle oublie d'appliquer la Constitution au préjudice des mineurs », *J. dr. jeun.*, 2010, liv. 295, p. 3 et s., spéc. p. 35, 1^{re} colonne, cité également *ibid.* – dispositions légales actualisées par rapport au texte d'origine cité.

98. Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 35.

99. *Ibid.*, n° 36. *Adde* : « L'autonomie du mineur », *op. cit.*

100. Voir, en ce sens, les conclusions de l'Avocat général Verlinden précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 2020, disponible (uniquement en néerlandais) sur <https://juportal.be>.

101. Voir Cour eur. D.H., arrêt du 3 septembre 2015, *M. et M. c. Croatie*, spéc. n° 186.

102. Mons (31^e ch.), 17 septembre 2019, *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 19. La Cour y rappelle que l'enfant a droit d'être entendu personnellement par le juge, qui ne peut déléguer cette audition à une psychologue, dont le rapport ne satisfait pas davantage aux exigences du contradictoire, établies aux articles 972 et s. du Code judiciaire, et qui doit donc être écarté des débats. *Contra* : Bruxelles (41^e ch.), 17 décembre 2018, *Act. dr. fam.*, 2019, liv. 7, p. 240.

103. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013, certaines juridictions avaient pour habitude de la déléguer à des psychologues – à ce sujet, voir *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 209.

104. Toutefois, la Cour d'appel de Bruxelles a refusé d'entendre deux enfants, en tenant compte de ce qu'ils n'avaient pas atteint l'âge de 12 ans au moment de la prise en délibéré – Bruxelles (41^e ch.), 17 décembre 2018, *Act. dr. fam.*, 2019, liv. 7, p. 240. De même, le Tribunal de la famille de Bruxelles refuse d'entendre un enfant en considérant qu'il n'a pas atteint l'« âge pivot » fixé par le législateur – Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 29 mars 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, liv. 4, p. 1093.

105. Une invitation type avec talon de réponse, établi par l'arrêté royal du 28 avril 2017, est envoyée aux enfants en double exemplaire, dont l'un au domicile d'un parent et l'autre au domicile du deuxième parent.

106. Voir p. ex. Gand (ch. 11^{ter}), 7 novembre 2019, *R.B.D.I.P.R.-T.I.P.R.*, 2020, liv. 3, 27.

107. Cour eur. D.H. arrêt *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003 (arrêt de grande chambre), *R.W.*, 2004-05, liv. 9, p. 356, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, liv. 2, p. 546.

108. Voir p. ex. Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 29 mars 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, liv. 4, p. 1093. De manière moins convaincante selon nous, la Cour d'appel de Bruxelles a tenu compte, pour justifier son refus d'une nouvelle audition, de l'entretien qui était planifié entre l'enfant et les intervenants sociaux, alors qu'un tel entretien ne peut évidemment pas être assimilé à une audition par le juge – Bruxelles (3^e ch.), 17 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 113 (il est à noter que cet arrêt date d'avant la promulgation de l'actuel art. 1004/1 du Code judiciaire).

109. Comparer l'élément nouveau requis par l'art. 1253^{ter}/7 du Code judiciaire lorsqu'une des parties entend faire fixer la cause à nouveau après qu'un jugement définitif ait été rendu.

de l'intérêt de l'enfant par le magistrat qu'à l'exercice d'un droit subjectif reconnu au mineur.

Hormis celle-ci, les limites du droit d'expression, qui implique presque toujours un droit à l'audition, demeurent relatives. Là où elle a pu jadis être considérée comme une mesure d'investigation à l'usage du juge, de qui l'appréciation de l'intérêt de l'enfant demeurait l'apanage exclusif, l'audition apparaît aujourd'hui comme un véritable droit subjectif de l'enfant¹¹⁰, tel qu'en témoigne également l'interdiction de la lui imposer¹¹¹. Comme nous le verrons, elle contribue à la mise en avant de l'enfant comme acteur de l'appréciation de son propre intérêt et s'avère donc un élément important de la recherche de l'équilibre des rôles dévolus, dans cette mission, aux membres de la triade constituée par celui-ci, le juge et les parents.

b) La prise en considération de l'opinion de l'enfant

Aux termes de l'article 12.1 de la CIDE, « *les opinions de l'enfant sont dûment prises en considération eu égard à son âge et à sa maturité* », cette locution étant reprise presque à l'identique par l'article 22bis de la Constitution, où toutefois le terme « maturité » se trouve remplacé par celui de « discernement » (le terme « maturité » réapparaît à l'article 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire). Bien que, comme nous l'avons rappelé à plusieurs reprises, le constituant de 2008 n'ait pas eu l'intention de conférer des droits plus étendus que ceux qui l'étaient déjà grâce aux Conventions internationales¹¹², force est de constater que le terme utilisé dans le texte constitutionnel permet plus aisément de prendre en considération l'opinion de l'enfant que celui repris dans la CIDE (on peut révéler plus aisément un discernement éclairé sur une question précise en étant globalement immature que le contraire). Toutefois, l'interprétation du terme « maturité » retenue par le Comité des Droits de l'Enfant dans l'observation générale n° 12 en fait un quasi-synonyme du « discernement »¹¹³. C'est donc à la clairvoyance sur la question litigieuse que le juge doit se référer, plutôt qu'à l'état de maturité globale révélé par l'enfant¹¹⁴.

La « prise en considération », qui est traduite de l'anglais « *being given a due weight* », signifie donc qu'un juste poids doit être reconnu à l'opinion de l'enfant. S'il en ressort que l'enfant ne possède pas de droit absolu à l'autodétermination – ce qui serait incompatible avec la notion même de minorité et avec l'existence de nombreux droits spécifiques à vocation de sa protection – cela implique cependant qu'en l'absence de contreponds son opinion doit être suivie¹¹⁵. Ces contreponds, liés à l'intérêt de l'enfant, qui doit demeurer en tout temps le critère prioritaire¹¹⁶, peuvent se révéler des natures les plus diverses, comme la nécessité d'entretenir des contacts étroits avec ses deux parents ; d'être scolarisé convenablement ; de voir son intégrité psychique et physique protégée, etc., mais aussi, dans certains cas, le besoin de voir son opinion ne pas être suivie lorsque celle-ci apparaît comme l'émanation d'un conflit de loyauté. L'opinion du juge prévaut-elle ici sur celle de l'enfant, dans la mesure où il a été établi que toute appréciation de son intérêt, même *in concreto*, reste colorée par les conceptions « personnelles » du juge¹¹⁷ ? La réponse ne peut être que nuancée. En effet, s'il est vrai que l'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant doit demeurer prioritaire, il n'en est pas moins que celui-ci doit s'en justifier avec précision dans sa motivation et qu'un refus (quasi-)systématique de reconnaître un poids certain à l'opinion de l'enfant doté de discernement contreviendrait aux dispositions qui préconisent sa prise en considération¹¹⁸. En d'autres termes, le juge bénéficie d'une certaine prévalence puisque c'est lui qui détermine le poids reconnu à l'opinion de l'enfant (même s'il doit rester dans les limites du « *due weight* ») et le contreponds attribué à d'autres paramètres de la cause. Cependant, cette prévalence se trouve largement compensée par l'obligation incombant au magistrat de s'en justifier rationnellement à travers le devoir de motivation¹¹⁹, face à l'opinion de l'enfant qui n'a au contraire, quant à lui, aucun compte à rendre à quiconque à ce sujet.

Quel écho ces principes ont-ils connu au sein de la jurisprudence strasbourgeoise ? La Cour européenne, a, dans un premier temps, considéré l'opinion de l'enfant comme critère *admissible* (donc sans se prononcer sur son éventuel caractère obligatoire), à l'aune de l'article 8 de la C.E.D.H., dans le cadre de contentieux

110. Elle doit cependant rester possible et pertinente. Ne sera ainsi pas entendu un enfant souffrant d'un handicap si profond qu'il ne peut s'exprimer – Liège (16^e ch.), 30 juin 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 6, 152.

111. C. jud., art. 1004/1, § 1^{er}. Voir « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge (...) », *op. cit.* et comparer art. 388-1 du Code civil français.

112. *Cf. supra.*

113. Observation générale n° 12, *op. cit.*, p. 30.

114. Concernant ces questions, voir « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge (...) », *op. cit.*, p. 39 à 41.

115. Voir p. ex. la volonté de deux grands adolescents, matures et sans retard scolaire, de vivre chez leur mère plutôt que d'être hébergés une semaine sur deux chez chaque parent – Bruxelles (44^e ch.), 26 juin 2018, *Rev. trim. dr. fam.* 2020, liv. 2, p. 462.

116. *Cf. supra.*

117. *Ibid.*

118. Ainsi en est-il du jugement rendu par le Tribunal de la famille d'Anvers, où le juge a refusé de tenir compte de l'opinion de deux adolescents car ils ne souhaitent pas que leurs dires soient repris dans le rapport d'audition – Trib. fam. Anvers (div. Anvers) (ch. AF9), 19 février 2019, *T. Fam.*, 2019, liv. 7-8, p. 202, note E. MERCKX.

119. *Cf. supra.*

qui le concernent¹²⁰. Ensuite ont été prononcés deux arrêts, *Elsholz c. Allemagne* le 13 juillet 2000¹²¹ et *C. c. Finlande* le 9 mai 2006¹²², le premier concernant un enfant de 6 ans et le deuxième de jeunes adolescents de 12 et 14 ans, où la Cour a stigmatisé le caractère déterminant laissé par les juridictions nationales à leurs opinions face au maintien des contacts et/ou de l'hébergement avec un de leurs parents¹²³. Enfin, dans un troisième temps, la Cour s'est montrée d'avis, dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015 déjà largement commenté¹²⁴, que l'opinion d'une adolescente doit être suivie lorsque rien ne s'y oppose et qu'elle doit être présumée mature.

Sans s'opposer réellement entre eux, et ce malgré les apparences, ces arrêts démontrent surtout le lien proportionnel entre le niveau de doute possible quant à la sincérité des opinions de l'enfant, l'incidence négative sur l'étendue des contacts avec un des parents si elle était suivie et l'exigence requise avant de lui reconnaître un poids déterminant¹²⁵. Ceci renvoie également à la sempiternelle question de ce qui, entre l'opinion exprimée par l'enfant et son opinion réelle, sous-jacente, doit être privilégié lors de la prise de décision. Bien que ne tranchant pas forcément la question de manière définitive, les arrêts *Elsholz c. Allemagne* (où il est explicitement fait mention de la nécessité de rechercher la « volonté réelle » de l'enfant par le biais de mesure d'investigation) et *C. c. Finlande*, tout comme la reprise du terme « opinion » (plutôt que « parole ») de l'enfant aux articles 12.1 de la CIDE, 22bis, alinéa 2, de la Constitution et 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire, semblent faire pencher la balance en faveur de la recherche de l'opinion véritable, au-delà de celle exprimée¹²⁶.

Enfin, même si bien des magistrats, selon une étude effectuée par L. Jacobs, perçoivent l'audition de l'enfant encore davantage comme un mode d'investigation que comme l'expression d'un droit fondamental¹²⁷,

force reste de constater que l'opinion de l'enfant demeure un critère souvent déterminant aux yeux du juge. Ainsi, « parmi (...) 136 décisions où le critère de l'opinion de l'enfant a été mobilisé, 3 concernent des enfants de moins de 6 ans. Il y est chaque fois retenu, comme dans 15 sur 19 litiges (78,95 %) ayant trait à des enfants de 6 à 11 ans et dans 67 sur 88 causes (76,14 %) relatives à la tranche d'âge supérieure (27 décisions ne mentionnent pas l'âge des enfants). Le critère intervient par ailleurs dans 40,12 % du nombre total des litiges recensés concernant des enfants de plus de 12 ans, dans 60,76 % de celui des causes relatives à des adolescents de plus de 14 ans et dans 65,22 % de celui des contentieux à propos de jeunes de 16 ou 17 ans. L'importance de l'opinion d'un enfant croît donc de manière conséquente avec l'âge, mais ne constitue pas un absolu pour les adolescents proches de la majorité (...) Les juges sont bien plus réticents à imposer à l'enfant de vivre dans un pays ou chez un parent déterminé ou de pratiquer (voire de cesser) une activité contre son gré. L'accord de l'enfant – surtout une fois qu'il a atteint l'adolescence – semble constituer un élément essentiel dans ces domaines. La prise en considération de son opinion dans les litiges relatifs au type d'enseignement est souvent liée à la nécessité de stimuler sa motivation (d'autant plus que les litiges à propos de l'orientation d'études surgissent lorsque des problèmes se posent et qu'il est nécessaire, le cas échéant, d'encourager l'enfant à s'y réinvestir). Les magistrats sont par contre moins réticents à refuser un voyage à l'enfant malgré ses souhaits ou à lui imposer une école contre son gré »¹²⁸.

c) L'enfant comme partie aux causes qui le concernent ?

La question de savoir si le droit de l'enfant de voir son opinion être prise en considération implique qu'il puisse intervenir comme partie procédurale lors des contentieux qui le concerne, a longtemps divisé la

120. Cour eur. D.H., arrêt du 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, *Public. Cour eur. D.H.* 1995, série A, n° 299-A ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 97 ; *J. dr. jeun.*, 1994 (reflet), liv. 140, p. 41, spéc. § 37 et 61 – trois ans plus tard la Commission suivait le même raisonnement en déclarant irrecevable la demande d'un père dont la fille ne désirait plus avoir de contacts avec lui, *Comm. eur. D.H.* 17 janvier 1997 (req. N° 28625/95) inédit, cité par M. BUQUICCHIO-DE BOER, « Les droits de l'enfant dans le cadre de la CEDH, vus dans la perspective de la Convention des Nations-Unies », *J. dr. jeun.*, 1998, liv. 174, p. 14 ; Cour eur. D.H., arrêt du 9 juin 1998, *Bronda c. Italie*, spéc. § 60 à 63 ; Cour eur. D.H., 19 septembre 2000, *Gnahoré c. France*, spéc. § 57 à 63, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 145 ; *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1063 ; *R.W.*, 2002-03, liv. 14, 556 (reflet). Concernant ces arrêts, voir spéc. L. COUTURIER-BOURDINIÈRE, « La Convention européenne des Droits de l'Homme et la protection des Droits des Enfants », in *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 546 ; N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, liv. 32, p. 61 ; D. MAILLARD DESGREES DU LOU, « Le statut de l'enfant dans l'éducation et la formation. L'exemple français », in D. GADBIN & F. KERNALEGUEN (dir.), *Journées d'études de la CEDECE tenues à Rennes les 22 et 23 mai 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 330 ; T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie sociale et familiale », *Journ. dr. jeun.*, 2006, liv. 257, p. 36. Toutes ces références sont également citées dans M. MALLIEN, « Autonomie du mineur », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale* (dir. N. DANDOY et G. WILLEMS), coll. Les Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2021, à paraître.

121. Cour eur. D.H., arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000.

122. Cour eur. D.H., arrêt *C. c. Finlande* du 9 mai 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, liv. 3, p. 958 (reflet), *T.J.K.*, 2006, liv. 4, p. 329.

123. Pour un extrait et une analyse approfondie de ces arrêts, voir « L'autonomie du mineur », *op. cit.*

124. Cour eur. D.H., arrêt *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015. Cf. *supra*.

125. Pour plus de précisions à ce sujet, voir « L'autonomie du mineur », *op. cit.*

126. Concernant cette question, voir « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge (...) », *op. cit.*, p. 28 à 30.

127. M. MALLIEN, « La pratique judiciaire relative aux contentieux civils à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant bénéficiaire-t-elle aux forts ou aux faibles ? » in *L'étranger, la veuve et l'orphelin... le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques FIERENS* (dir. G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER & M. NIHOUL), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 192, renvoyant à L. JACOBS, *op. cit.*, p. 677-679.

128. « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge (...) », *op. cit.*, p. 34 et les références y citées. Voir spéc. la jurisprudence des juridictions de fond, souvent inédite, analysée *ibid.*, p. 34-35. *Adde* : C. VAN ROY, *op. cit.*, p. 249, n° 28 et 29. Selon cette dernière l'opinion de l'enfant est suivie dans 82 % des cas.

doctrine¹²⁹ et la jurisprudence¹³⁰. Sans doute n'a-t-il jamais été réellement question de permettre à l'enfant d'initier une procédure judiciaire à l'encontre de ses parents, mais d'intervenir volontairement, conformément aux articles 811 à 814 du Code judiciaire, dans le cadre de l'instance entre son père et sa mère, notamment à propos de son éducation, de son hébergement et de ses relations personnelles (voire entre ceux-ci et les grands-parents ou un tiers avec un lien particulier d'affection dans le cadre de l'article 375bis du Code civil).

En réalité, trois thèses ont pu être défendues en ce qui concerne la capacité de l'enfant à intervenir comme partie à la cause opposant ses parents et le concernant.

La première d'entre elles part de l'incapacité générale d'exercice du mineur, établie par les articles 388, 488 et 1124 du Code civil. Celle-ci n'entraîne pas l'irrecevabilité de la demande en intervention, mais une exception dilatoire¹³¹. Quelques auteurs ont ainsi considéré qu'il pouvait y être pallié grâce à l'intervention d'un tuteur *ad hoc*¹³², qui représenterait le mineur (sans pour autant nécessairement intervenir comme relais de son opinion vu l'arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 2017¹³³).

La deuxième tend à considérer que l'enfant, au contraire, peut intervenir en tant que partie procédurale dans les causes (opposant ses parents) qui le concernent. Sans occulter que l'article 1004/1, § 6, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire précise que l'audition de l'enfant « *ne lui procure pas la qualité de partie à la procédure* », cette thèse estime – à juste titre – comme inexact de considérer que la promulgation de cette disposition ait sonné le glas de toute possibilité pour le mineur d'intervenir à la cause. En effet, le texte précise uniquement que l'audition ne peut être considérée comme un véhicule procédural *sui generis* permettant d'intervenir à la cause¹³⁴. Même s'il reste constant, à la lecture des travaux préparatoires

de la loi du 30 juillet 2013, que le législateur n'ait pas été animé d'une quelconque intention de prévoir une telle possibilité d'intervention, rien n'exclut qu'il puisse se trouver une autre base légale permettant au mineur d'acquérir la qualité de partie à la cause. Certains ont cru apercevoir une planche de salut à travers l'article 9.2 de la CIDE permettant à « *toutes les parties intéressées de participer aux délibérations et de faire valoir leurs vues* » dans les procédures relatives à la séparation entre l'enfant et ses parents¹³⁵. Les demandeurs en cassation, dans la procédure qui a mené à l'arrêt du 10 février 2020, ont invoqué non seulement cette disposition, mais également les articles 3 et 12 de la CIDE, l'article 8 de la C.E.D.H. et l'article 22bis de la Constitution afin de démontrer que les droits de l'enfant de voir son intérêt et son opinion être pris en considération, ainsi que sa vie familiale respectée, impliquent qu'il puisse intervenir à la cause opposant ses parents concernant son hébergement, son éducation et ses relations personnelles. Les mêmes demandeurs font aussi valoir que l'impossibilité pour le mineur d'intervenir à la cause dans ces litiges civils, génère une situation discriminatoire eu égard à certaines possibilités conférées aux enfants concernés par une instance protectionnelle, d'y intervenir comme partie alors qu'il y est souvent déterminé avec qui ils vivront.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 10 février 2020, rejette ces deux thèses et en élabore une troisième par la même occasion¹³⁶. En effet, pour la Cour « *il résulte (des articles 1004/1, § 1^{er} et 1004/1, § 6, du Code judiciaire), avec lesquelles le législateur souhaite se conformer aux obligations qui lui sont imposées par l'article 22bis de la Constitution et la CIDE, qu'en cas de litige entre les parents concernant l'organisation de l'hébergement des enfants et l'exercice du droit aux relations personnelles, il n'est pas dérogé à l'incapacité juridique ou procédurale du mineur. Il s'ensuit que le mineur ne peut pas intervenir en tant que partie dans un tel litige et ne peut pas introduire une action* ». Par ailleurs la Cour estime que « *la fin*

129. A ce sujet, voir notamment B. POELMANS, « Het hoorrecht van minderjarigen », in P. SENAËVE & W. PINTENS (eds.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Maklu, Anvers-Appeldoorn, 1997, n° 181 à 187 et les références y citées. *Adde* : T. MOREAU, *Les Droits de l'Enfant dans le champ de l'aide et de la protection de la jeunesse. Emergence et signification*, Thèse de Doctorat en droit de la Faculté de Droit de l'UCLouvain, 2003, p. 384 et s. ; G. VERSCHULDEN, S. BROUWERS, K. BOONE, I. MARTENS & K. VERSTRAETE, « Overzicht van rechtspraak – Familierecht (2001-2006) », *T.P.R.*, 2007, p. 763, n° 894 et 895 ; D. PIRE, « Tribunal de la Jeunesse et droit judiciaire privé », in *Actualités du Droit familial. Le point en 2001*, éd. Formation permanente CUP, Liège, 2001, p. 148 et s. ; W. VANDENHOLE, « Initiatiefrecht en positie van de minderjarige in de procedure van de verblijfsregeling in het licht van het internationaal recht en de rechten van het kind en van de mens », in *Verblijfsregeling*, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 118, ainsi que les nombreuses références citées par P. SENAËVE, « Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat bij het horen », *T. Fam.*, 2020, liv. 7, p. 199, n° 5 et s. et dans *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 169, n° 171, note infrapaginale 496.

130. Pour un aperçu exhaustif de cette jurisprudence, voir P. SENAËVE, « Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat bij het horen », *op. cit.*, spéc. n° 5 et 6 et les références y mentionnées et Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 299, et la jurisprudence y citée sous la note infrapaginale n° 362. A propos d'une requête en intervention jugée recevable en vertu de l'article 12 de la CIDE, mais non fondée parce que l'enfant serait entendu prochainement dans le cadre protectionnel, voir Civ. Louvain (réf.), 16 septembre 2010, *N.J.W.*, 2011, liv. 239, p. 236, note K. HERBOTS ; *Rev. trim. dr. fam.* 2011 (sommaire), liv. 3, p. 779 ; *T.J.K.* 2011 (sommaire C. MELKEBEEK), liv. 3, p. 202.

131. Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 297-298 et les références y citées. *Adde* : « L'autonomie du mineur », *op. cit.*

132. En ce sens : E. VAN DER MUSSELE, « Bijstand, spreekrecht en rechtsingang voor minderjarigen » in W. VANDENHOLE (ed.) *Kinderrechten in België*, Intersentia, Anvers-Oxford, 2008, p. 108. *Contra* : P. SENAËVE, « De rechtspleging voor de jeuggerechten in civiele zaken », *C.A.B.G.*, 2009, liv. 4, p. 68, n° 89.

133. Cass., 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247, note N. MASSAGER et *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. MATHIEU, cf. *supra*.

134. *Contra* (mais avant la loi du 30 juillet 2013 introduisant l'actuel art. 1004/1 dans le Code judiciaire) : Trib. jeun. Liège (15^e ch. bis), 8 février 2012, *RAJe*, 2012, liv. 6, p. 14.

135. A ce sujet, voir les références citées par P. SENAËVE et W. PINTENS, *op. cit.*, n° 184. Ceci s'appliquait sans doute avant tout aux instances protectionnelles, mais pouvait éventuellement être transposé aux contentieux civils où il reste question des contacts et de la séparation avec un des parents.

136. Cass., 10 février 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 12, note M. COUNE.

de non-recevoir résultant de l'intervention volontaire d'un mineur dans un litige entre ses parents concernant l'organisation de l'hébergement de l'enfant et l'exercice du droit aux relations personnelles n'a pas pour but de permettre au mineur de faire intervenir son représentant légal ou un tuteur ad hoc et n'est donc pas une exception dilatoire »¹³⁷.

Le raisonnement suivi par la Cour doit sans aucun doute être approuvé en ce qu'il rejette la première thèse. Il ne peut cependant être partagé sur d'autres aspects, tant en ce qui concerne l'interprétation des dispositions concernées que pour son manque de cohérence. C'est certes à juste titre, selon nous, que la Cour est d'avis que, s'il fallait considérer que l'enfant n'est pas autorisé à intervenir à la cause entre ses parents, il n'y aurait pas lieu de lui opposer une exception dilatoire, mais une fin de non-recevoir. En effet, la véritable question ne consiste pas à savoir si l'enfant peut intervenir malgré sa minorité, mais s'il possède la *qualité*, au sens de l'article 17, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, pour introduire une demande d'intervention, celle-ci étant traditionnellement réservée aux parents, seuls titulaires de l'autorité parentale et des droits procéduraux qui en découlent. En considérant qu'à l'intervention volontaire de l'enfant dans les contentieux parentaux à propos de son éducation et de son hébergement, doit être opposée une fin de non-recevoir plutôt qu'une exception dilatoire, la Cour de cassation confirme que l'impossibilité d'agir relève non pas de l'incapacité générale d'exercice du mineur, mais d'une limite à sa capacité de jouissance. A cet égard, la motivation donnée par la Cour aurait gagné en cohérence, ou à tout le moins en clarté, si elle s'était abstenue de préciser que le législateur n'a « pas dérogé à l'incapacité juridique ou procédurale du mineur », puisque l'irrecevabilité de la demande en intervention n'a aucun rapport avec sa minorité, mais avec son éventuelle absence de *qualité* procédurale¹³⁸.

La question centrale consistait donc à savoir si l'enfant possède une qualité procédurale, à l'instar de ses parents (et du ministère public), lui permettant d'intervenir à la cause sans que cette demande se voie déclarer irrecevable.

Or, si la Cour constate évidemment à juste titre qu'aucune possibilité d'introduire une action ou d'intervenir à une procédure ne peut trouver son fondement

aux § 1^{er} et 6 de l'article 1004/1 du Code judiciaire, nous ne partageons pas son point de vue lorsqu'elle considère que tel est le cas également des articles 3, 9 et 12 de la CIDE et 8 de la C.E.D.H. – qui par ailleurs se voient tous reconnaître un effet direct en Belgique¹³⁹, où ils ont priorité sur le droit interne – et 22bis de la Constitution. Certes, ni la Cour de Strasbourg, ni le Comité des Droits de l'Enfant, ne semblent s'être prononcés explicitement sur le droit du mineur d'ester en justice. Toutefois, en ce qui concerne l'article 9.2 de la CIDE et le droit de « participer aux délibérations », il semble difficile de concevoir un tel droit sans que son titulaire puisse revêtir la qualité procédurale (la seule audition ne permet pas forcément de répondre aux arguments échangés). Pour ce qui est des articles 3, et surtout 12, de la CIDE, ainsi que 22bis de la Constitution, priver le titulaire des droits qui y sont garantis, de droits procéduraux qui lui permettraient de les faire valoir, revient à nier toute effectivité à leur exercice. Une telle conception, reléguant *in fine* les droits du mineur à leur seule dimension symbolique en les privant de tout moyen d'en requérir le respect (hormis le recours à la Cour de Strasbourg, qui, elle, peut être saisie par les mineurs), semble contraster avec la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 de la C.E.D.H., où la Cour, dans d'autres domaines que le droit de l'enfant à l'autonomie, s'est souvent montrée d'avis que la garantie effective du respect des libertés fondamentales implique également une dimension procédurale impliquant la possibilité pour leurs titulaires de saisir une juridiction¹⁴⁰. Dès lors, il nous aurait semblé raisonnable de considérer qu'une extension de la qualité procédurale puisse être reconnue en faveur de l'enfant concerné, au regard notamment des droits reconnus à l'article 12 de la CIDE. Celle-ci lui aurait dès lors permis d'intervenir volontairement à la cause relative à son éducation, son hébergement et ses relations personnelles¹⁴¹.

Au-delà du raisonnement tenu par la Cour de cassation et des réserves qu'il inspire, il serait utile de s'interroger sur le manque de cohérence du législateur belge à ce propos, alors qu'il reconnaît en même temps au mineur une autonomie plus ou moins accrue dans bien des domaines en lui permettant parfois même d'y ester en justice¹⁴². Récemment, la proposition de loi du 21 novembre 2019 modifiant le Code civil en ce qui concerne les liens personnels entre les frères et sœurs, prévoyait en son article 5 un

137. *Ibid.* Voir aussi P. SENAËVE, « Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat bij het horen », *op. cit.*

138. L'utilisation des termes « incapacité » et « mineur » dans la même phrase est, en outre, susceptible de générer l'impression qu'il s'agit de l'incapacité d'exercice du mineur, ce qui est inexact dans la mesure où elle aurait dû entraîner, dans ce cas, une exception dilatoire au lieu de l'irrecevabilité, *quod non*.

139. Cf. *supra*.

140. Par exemple, concernant l'abondante jurisprudence strasbourgeoise à propos des droits procéduraux garantissant le droit des parents d'entretenir une relation effective avec leur enfant, voir G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 91-92 et M. MALLIEN, « Autorité parentale », in *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, (dir. N. DANDOY et G. WILLEMS), coll. Les Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2021, à paraître, et toutes les références y citées.

141. Sur ce dernier point, force est de constater que, lors de demandes de relations personnelles fondées sur l'article 375bis du Code civil, les grands-parents et les tiers possèdent la qualité procédurale, mais pas l'enfant concerné (alors même que son intérêt et l'existence d'un lien affectif se trouvent au centre du litige).

142. Voir à ce sujet, « L'autonomie du mineur », *op. cit.*

droit d'action, dans le chef de « *tout frère ou sœur âgé de 12 ans au moins* », afin de faire reconnaître devant le Tribunal de la famille le droit au maintien de ce lien¹⁴³. Toutefois, suite à un amendement¹⁴⁴ et inspirée par les réserves émises par le monde académique néerlandophone¹⁴⁵, la version finalement adoptée en séance plénière le 12 mai 2021 et soumise à la sanction royale¹⁴⁶, ne contient plus cette faculté des frères et sœurs d'ester en justice dès l'âge de 12 ans¹⁴⁷.

Sans doute l'intervention de l'enfant à la cause opposant ses parents, si elle venait un jour à être reconnue ou prévue par le législateur, devrait-elle être entourée de balises suffisantes¹⁴⁸, garantissant notamment son intérêt et sa protection contre des influences ou les conflits de loyauté dont il pourrait être victime (comme cela peut déjà être le cas lors d'auditions).

Lorsque l'enfant est entendu et exprime une opinion relative au litige qui le concerne, un subtil échange s'opère entre celle-ci et celle du juge. A cet égard, une tendance, sous l'impulsion dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Droits de l'enfant, se dessine toujours davantage en faveur d'une conception de l'enfant comme acteur de son destin et donc coopérateur de l'appréciation de son intérêt. Pourtant, une résistance s'opère également, dont la jurisprudence récente de la Cour de cassation – qui dans ses arrêts des 6 octobre 2017 et 10 février 2020 a témoigné d'une conception peu favorable à l'autonomie accrue du mineur – apparaît sans doute comme révélatrice. Ainsi, les uns perçoivent l'autonomie de l'enfant comme le gage ultime de la recherche sincère de son intérêt, vers lequel son opinion est censée tendre le plus souvent (quoique pas toujours). Les autres considèrent, au contraire, que l'appréciation de cet intérêt demeure l'apanage des adultes, qui se trouvent investis de la mission de protéger l'enfant à la fois contre ses propres opinions et contre les risques que comportent son expression et sa prise en considération (notamment en termes de conflits éventuels de loyauté envers les parents, voire les grands-parents). Aussi antagonistes qu'elles soient, ces deux positions, à défaut d'être conciliées, pourraient au moins se retrouver chacune dans une approche plus pragmatique où le juge familial, prépondérant (en tant que for décisionnel) mais affranchi de sa posture quelque peu transcendante de par sa soumission aux contraintes d'un examen *in concreto* de la cause dont il se trouve saisi, entre dans

un dialogue véritable avec l'enfant dont l'opinion demeure plus libre. Reste à déterminer la place, dans ce processus, des orientations prises par les père et mère, en tant que troisièmes membres de la triade, bien avant qu'il ne soit entamé.

3. Les choix communs des parents

a) Généralités

La troisième sphère est celle de l'autonomie de la volonté des parents qui s'étaient peut-être entendus précédemment sur un point déterminé – ce qui bien évidemment ne se produit pas toujours – qui cependant est désormais revendiqué par l'un d'entre eux et contesté par l'autre (cette hypothèse sous-tendant celle du litige). Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure il incombe au juge de se tenir en marge de ce que les parents avaient convenu et de ce que, vraisemblablement, ils avaient considéré comme correspondant le mieux à l'intérêt de leur enfant. A travers cette question se pose celle de la prééminence de l'opinion du juge, par rapport à celle des parents, à propos de ce à quoi correspond l'intérêt de l'enfant.

Il y a lieu de distinguer quatre situations où les parents s'étaient entendus concernant un choix éducatif ou les modalités d'hébergement pour l'enfant : les conventions préalables au divorce par consentement mutuel et les autres conventions homologuées par le Tribunal ; les accords dont les deux parties sollicitent ensemble l'homologation par le Tribunal ; les conventions, autres que celles-ci, aux termes desquels les parents ont souhaité se lier contractuellement, mais qui actuellement sont remises en cause par l'un d'entre eux ; les simples pratiques communes, sans engagement contractuel, mais qu'un parent invoque ensuite comme critère d'appréciation de l'intérêt de l'enfant devant le juge familial.

Toutes ces situations ont en commun que les parents s'étaient mis d'accord, à un moment donné, à propos de l'intérêt de l'enfant, au moins sur un point déterminé. Sans procéder ici à une analyse approfondie de toutes les questions qui, relativement à ces situations, se posent sur le plan juridique et qui ont déjà été soigneusement examinées par la doctrine¹⁴⁹, il y a lieu cependant de rappeler brièvement, pour chacune d'entre elles, à quel moment la conception parentale

143. *Doc. parl., Chambre, www.lachambre.be*, législ. 55 – 0780/001.

144. *Ibid.* – 0780/009.

145. Voir not. le récent éditorial de E. ALOFS, I. BOONE, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, E. GOOSSENS, P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN & T. WUYTS, *T. Fam.*, 2021, liv. 3, p. 59.

146. Cette (future) nouvelle loi devra faire l'objet d'une étude qui lui sera spécifiquement consacrée.

147. *Doc. parl., Chambre, www.lachambre.be*, législ. 55 – 0780/011.

148. Par exemple en imposant l'assistance d'un avocat dont l'intervention serait entourée de règles déontologiques adéquates...

149. Pour une étude approfondie à ce sujet, voir J.-L. RENCHON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre les époux et cohabitants*, Larquier, Bruxelles, 2015, p. 295-344. *Adde* : *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 239 à 241, n° 255 et s. et M. MALLIEN, « Contractualisation et prérogatives parentales : quelle valeur reconnaître aux accords entre père et mère concernant l'éducation et l'hébergement de leur enfant ? », *Ann. dr.*, 2019, liv. 2, p. 71-90. La plupart des références qui seront mentionnées ci-dessous y sont reprises également.

commune (passée ou actuelle) reste soumise à l'appréciation du juge à l'aune du critère de l'intérêt de l'enfant, et de poser un regard critique sur les rapports entre ces conceptions parentales, l'appréciation du juge et l'opinion de l'enfant.

b) Les conventions préalables au divorce par consentement mutuel

En ce qui concerne les conventions préalables au divorce par consentement mutuel, il est précisé à l'article 1288, § 2, du Code judiciaire que les époux doivent, sous peine de la nullité de la requête en divorce, y régler les modalités quant à l'autorité parentale et l'hébergement de leurs enfants communs. Un contrôle judiciaire demeure toutefois possible à deux moments.

- D'une part, il est loisible, conformément à l'article 1389, § 2, du même Code, au juge saisi de l'homologation des conventions et de la demande en divorce d'ordonner, même d'office, la comparaison personnelle des parents et leur proposer de modifier, ou faire supprimer ou modifier, les stipulations « *manifestement contraires* »¹⁵⁰ à l'intérêt de l'enfant¹⁵¹. Le terme « *manifestement* » semble donc indiquer que le législateur a souhaité que le contrôle, exercé par le juge, de la conformité des conventions à l'intérêt de l'enfant demeure marginal, et qu'il n'incombe à aucun moment au magistrat de se substituer aux parents pour l'apprécier. Toutefois, il ressort d'un arrêt de la Cour constitutionnelle du 17 mars 2013, qu'« *en disposant que le tribunal ne rejette la demande que si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1er, du Code civil autorise le juge à n'opérer qu'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant qui est incompatible avec l'exigence de l'article 22bis de la Constitution combiné avec l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant d'accorder, dans la balance des intérêts en présence, une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant* »¹⁵². S'il s'agit certes d'un arrêt rendu en matière de filiation, il n'en demeure pas moins que le raisonnement de la Cour peut être transposé par analogie au contrôle des conventions préalables au divorce par consentement mutuel effectué par le juge familial. Par conséquent, celui-ci ne peut se limiter à une vérification marginale de la conformité des clauses à l'intérêt de l'enfant

– l'article 1389, § 2, du Code judiciaire se révélant sans aucun doute lui aussi inconstitutionnel sur ce point –, mais doit, au contraire, le réaliser à l'aune d'une appréciation pleine et entière dudit intérêt.

- D'autre part, chaque parent peut, conformément à l'article 1288, alinéas 2 et 4, solliciter du Tribunal une révision des conventions en cas d'apparition de circonstances nouvelles¹⁵³, ce qui offre au juge familial une nouvelle occasion d'apprécier l'intérêt de l'enfant. Logiquement, le juge procède ici également à une appréciation pleine et entière de l'intérêt de l'enfant. Cependant, il semble permis de considérer qu'il ne lui est pas autorisé de remettre en cause les points dont il était établi qu'ils avaient été pris en compte par les parents lors de l'élaboration de conventions et qui, contrairement à d'autres, ne seraient affectés par les éléments nouveaux.

Le contrôle plein et entier de l'intérêt de l'enfant, y compris lors de l'homologation des conventions préalables au divorce par consentement mutuel – et donc en l'absence de contentieux entre les parents –, semble donc acquis. La Cour constitutionnelle prône donc que soit laissée une place prépondérante à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge par rapport à celle des parents puisque le contrôle « *plein et entier* » permet de substituer complètement la deuxième à la première. Si une telle place laissée à l'appréciation par le magistrat (et à ses conceptions propres¹⁵⁴) peut légitimement laisser songeur dans la mesure où celui-ci ne connaît pas l'enfant (ou le connaît peu) et se trouve donc a priori moins bien placé pour discerner son intérêt, elle présente cependant l'avantage d'éviter certains choix malheureux ou dictés par l'ascendant d'un parent sur l'autre au moment de la séparation¹⁵⁵.

c) Les autres conventions soumises conjointement par les parents au Tribunal pour homologation

En dehors du divorce par consentement mutuel, d'autres conventions ont pu être conclues entre les parents, qu'ils aient été mariés au non, par exemple dans le cadre de modes alternatifs de résolution de conflits (MARC) tels que la conciliation, la médiation, le droit collaboratif, ...

150. C. jud., art. 1290, al. 2 et 5.

151. Le cas échéant après avoir entendu l'enfant (C. jud., art. 1290 al. 2, *junctio* art. 1004/1), et avoir recueilli l'avis du ministère public à ce sujet (C. jud., art. 1389ter).

152. C.C., 17 mars 2013, arrêt 30/2013, www.const-court.be, point B.11 – nous soulignons.

153. La Cour de cassation avait, dans un arrêt du 28 juin 2012, rejeté un pourvoi dirigé contre la décision du juge du fond de s'écarter des conventions préalables au divorce par consentement mutuel en rétablissant, sans mention de circonstances nouvelles, l'exercice conjoint de l'autorité parentale et en mettant en place un hébergement égalitaire – Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2012, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 226. Voir également les analyses de B. VAN HEK, « Het belang van het kind als primordiaal beoordelingscriterium bij wijziging EOT overeenkomst inzake ouderlijk gezag : een breuk met het verleden ? », *T. Fam.*, 2013, liv. 6, p. 124, n° 3 ; M. MALLIEN, « L'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant et la volonté des parents : analyse de deux arrêts de la Cour de Cassation », *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 227, n° 3 à 13. Toutefois, l'alinéa 4, inséré trois ans plus tard à l'article 1288, prévoit désormais que ces éléments nouveaux soient précisés dans l'acte de procédure sollicitant la nouvelle fixation de la cause.

154. Cf. *supra*.

155. Cf. *infra*.

Ici également se pose la question de savoir si le Tribunal est obligé de les homologuer. A ce propos, Q. Fischer considère à juste titre que « *l'ordre public permet au juge, notamment lorsqu'il statue en matière familiale et, plus spécifiquement, sur les modalités d'hébergement d'un enfant, de déroger au principe dispositif. Il est en effet admis que ces modalités peuvent toucher aux valeurs fondamentales de la société et donc à l'ordre public. (...) La violation du principe dispositif est acquise dans cette hypothèse, mais elle se justifie par le fait que cet accord entre les parents est contraire à l'ordre public* »¹⁵⁶. Or, l'intérêt de l'enfant regarde incontestablement l'ordre public¹⁵⁷ et peut donc mener le juge, à l'instar de ce qui a été précisé concernant les conventions préalables au divorce par consentement mutuel, à refuser d'entériner les autres accords qui lui sont soumis. Ici également, le juge peut s'appuyer sur une appréciation pleine et entière de l'intérêt de l'enfant et ne doit donc pas se cantonner à un contrôle marginal de ces accords, les principes retenus dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 17 mars 2013 s'appliquant également *mutatis mutandis*¹⁵⁸.

Notons qu'une fois homologuées par le Tribunal, ces conventions ne pourront y être remises en question qu'en cas d'apparition d'éléments nouveaux au sens de l'article 1253ter/7 du Code judiciaire.

d) Les conventions invoquées par un parent contre l'autre parent

La troisième catégorie de conventions est constituée par celles qui n'ont jamais été homologuées par le Tribunal, mais qui sont actuellement invoquées par un parent, tout en étant remises en cause par l'autre parent, dans le cadre d'un litige actuel concernant l'enfant. Les contextes et moments dans lesquels ces conventions ont été élaborées, peuvent être

extrêmement divers (en même temps que le contrat de mariage ou de la convention de cohabitation légale¹⁵⁹, au début de la vie commune ou durant celle-ci, au moment de la séparation afin d'en régler les modalités, voire après celle-ci¹⁶⁰, ...). Elles peuvent préciser certaines options éducatives (religion, enseignement, régime linguistique, activités sportives et extrascolaires, relation avec les autres membres de la famille, ...) ¹⁶¹, les modalités d'exercice de l'autorité parentale et/ou d'hébergement en cas de séparation (ou suite à celle-ci si elle est intervenue avant la conclusion de l'accord)¹⁶², voire même la mise en place d'une médiation¹⁶³.

Leur point commun réside dans l'*animus contrahendae* qui les caractérise¹⁶⁴, laissant une place centrale à la délicate question de leur force obligatoire.

● La force obligatoire relative

La doctrine traditionnelle excluait radicalement que la moindre force obligatoire leur soit reconnue au nom de l'appartenance à l'ordre public de l'autorité parentale¹⁶⁵, mais aussi parce que, par essence, les contrats ne pourraient avoir pour objet que des « choses » ou des « droits patrimoniaux »¹⁶⁶.

Toutefois, Jean-Louis Renchon estime qu'une *force obligatoire relative*¹⁶⁷ doit leur être reconnue en tenant compte, outre certains arguments textuels¹⁶⁸, d'une part, de ce que la convention-loi, formulée à l'article 1134 du Code civil, constitue un principe général de droit et, d'autre part, de ce que la conclusion d'accords demeure consubstantielle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale tel qu'institué par la loi du 13 avril 1995¹⁶⁹. Pour cet auteur, le caractère limité de la force obligatoire ainsi reconnue aux conventions parentales, implique à la fois qu'elles ne portent que sur des modalités spécifiques

156. Q. FISCHER, « Les pouvoirs du juge qui fixe les modalités d'hébergement d'un enfant chez chacun de ses parents : quelques réflexions sur les principes directeurs d'instance », *Div. act.*, 2002, liv. 5, p. 71, n° 7. *Adde* : Le contentieux judiciaire parental, *op. cit.*, p. 47, n° 40. L'article 374, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil prévoit d'ailleurs qu'un accord relatif aux choix éducatifs qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant, peut mener à ce que le juge prévoie l'exercice exclusif de l'autorité parentale. Il ressort enfin du § 2, alinéa 1^{er}, de la même disposition que « *l'accord relatif à l'hébergement des enfants est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant* » – Contractualisation et prérogatives parentales : quelle valeur reconnaître aux accords entre père et mère concernant l'éducation et l'hébergement de leur enfant ? », *op. cit.*, p. 71-90.

157. Voir *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, p. 47, note infrapaginale 87.

158. Cf. *supra*.

159. J.-L. RENCHON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », *op. cit.*, n° 32 et s.

160. *Ibid.*, n° 66 et s.

161. *Ibid.*, n° 45 et 46.

162. *Ibid.*, n° 48.

163. *Ibid.*, n° 49.

164. A ce propos, voir P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010, tome I, n° 58. P. WERY, *Droit des Obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 221.

165. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, éd. 1962, tome I, n° 756. Voir également G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *Rép. not.*, tome I, Larcier, Bruxelles, 1987, p. 118, n° 91, les nombreux auteurs belges et étrangers cités par K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Thèse d'habilitation, Centre interuniversitaire de droit public ASBL, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 242 à 249.

166. A ce sujet, voir J.-L. RENCHON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », *op. cit.*, n° 2 à 8, ainsi que les auteurs y cités et les critiques formulées contre une conception du contrat s'appliquant restrictivement aux choses et aux droits patrimoniaux.

167. *Ibid.*, n° 27 à 31.

168. *Ibid.*, n° 4 et 18 à 22.

169. J.-L. RENCHON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture du couple non marié », *Familie op maat – Famille sur mesure*, rapports congrès des notaires, Knokke-Heist, 22-23 septembre 2005, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 373, n° 11, 12 et 13 ; J.-L. RENCHON, « L'hébergement de l'enfant 'transfrontières' », in *L'enfant et les relations familiales internationales, actes du VII^{ème} colloque de l'association 'Famille & Droit'*, Louvain-la-Neuve, 19-20 octobre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 293, n° 21.

(et nullement sur l'exercice des prérogatives parentales dans leur globalité, vu leur caractère d'ordre public et, partant, leur indisponibilité au regard de l'article 1128 du Code civil) et qu'il est loisible au juge de ne pas les entériner si elles ne rencontrent pas – ou, le plus souvent, plus – l'intérêt de l'enfant¹⁷⁰.

Il en résulterait notamment que le juge serait tenu d'appliquer la solution retenue dans la convention parentale revendiquée par un des père et mère contre l'autre parent, chaque fois que celle-ci n'apparaîtrait pas contraire à l'intérêt de l'enfant (plein et entier¹⁷¹).

De nombreux arguments ainsi mobilisés à l'appui de cette thèse semblent effectivement plaider en sa faveur. Toutefois, il convient aussi de garder à l'esprit qu'ils tendent surtout à démontrer que le « contrat » et le principe de la convention-loi peuvent effectivement avoir pour objet des droits non patrimoniaux, que certains critères – comme, par exemple, celui de la priorité donnée à l'hébergement égalitaire – ne s'appliquent qu'en cas d'absence d'accord entre les parents (mais cependant sans que la nature contractuelle de ces accords ne soit précisée, voire n'en découlerait nécessairement) et que l'application effective de la force obligatoire cadrerait adéquatement dans un changement de paradigme laissant désormais plus de place à la liberté et à l'autonomie constitutive des parents¹⁷². L'avenir révélera si ces arguments mèneront la jurisprudence future, et notamment celle de la Cour de cassation, à consacrer explicitement la qualification contractuelle des conventions parentales non homologuées et la reconnaissance à celles-ci de la force obligatoire relative.

La véritable difficulté posée par la reconnaissance de la force obligatoire aux conventions parentales en matière d'hébergement se situe cependant ailleurs, à savoir au niveau de la liberté effective des parties, qui constitue pourtant le terreau vital et indispensable à l'apparition d'un contrat. Ainsi, la nature contractuelle de ces conventions impliquerait la possibilité de prononcer leur nullité relative dans les cas où elles s'avéreraient affectées de vices de consentement¹⁷³, « certains auteurs se sont montrés dubitatifs, car ils craignent notamment qu'un parent plus 'fort' puisse 'arracher' un tel accord (conclu dans un contexte souvent ignoré par le juge) d'un parent plus 'faible',

ou lui imposer une pratique commune, par exemple parce qu'il a gardé l'ascendant sur lui »¹⁷⁴. C'est ainsi qu'il est permis de s'inquiéter, comme Nathalie Massager, de ce qu'un accord parental peut « dissimuler des manœuvres de chantage, d'intimidation ou tout simplement une manipulation – consciente ou non – d'un parent, fragilisé par la situation, sous l'emprise de l'autre parent, ou tout simplement mal informé de l'étendue de ses droits »¹⁷⁵. Par conséquent, « la place de l'accord parental dans la protection des plus 'faibles' semble donc ambivalente, en ce qu'il protège l'enfant et le parent fragilisé de longues procédures, mais risque d'assurer une place prépondérante aux souhaits, voire aux diktats, du parent plus 'fort' »¹⁷⁶. Or, la difficulté résulte de ce que l'ascendant pris par un parent sur l'autre parent, par exemple en raison de la persistance d'une dépendance affective du deuxième envers le premier, cadre difficilement, la plupart du temps, dans les éléments constitutifs des vices de consentement traditionnels (erreur, dol, violence), alors même que la liberté contractuelle du deuxième demeurerait sans aucun doute discutable.

Ces inquiétudes démontrent la difficulté de concilier, d'une part, la nécessité de favoriser la conclusion d'accords et d'éviter aux familles l'épreuve d'un procès contentieux et des cicatrices que celui-ci laisse tant pour l'enfant que pour l'entente à ses parents, pourtant appelés à poursuivre une partie de leur mission commune malgré la fin de leur couple, et d'autre part l'assurance de l'existence d'une réelle liberté, indissociable de la conclusion même d'un contrat. Or, aucun praticien du droit familial n'ignore la fréquence des accords dont une des parties finit par regretter, quelques mois ou années plus tard, de les avoir conclus dans un contexte émotionnel particulier et désormais révolu. La voie médiane consisterait, éventuellement, *de lege ferenda*, à solenniser ces accords¹⁷⁷ et à prévoir qu'ils devront être conclus devant un notaire, un médiateur ou un autre tiers, après mûre réflexion et après avoir disposé de l'information idoine¹⁷⁸.

● L'opinion de l'enfant

Se pose également la question de l'ordre de priorité à reconnaître entre ces conventions et l'opinion de l'enfant. Ceci constitue un des points essentiels

170. *Ibid. Adde* : J.-L. RENCHON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », *op. cit.*, p. 295-344.

171. Cf. *supra*. Les principes repris dans C.C., 17 mars 2013, arrêt 30/2013, s'appliquent *mutatis mutandis*.

172. J.-L. RENCHON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », n° 13. Ici également se pose la question de savoir si la possibilité de conclure des accords implique nécessairement qu'ils puissent être dotés de la force obligatoire.

173. *Ibid.*, n° 29.

174. M. MALLIEN, « La pratique judiciaire relative aux contentieux civils à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant bénéficie-t-elle aux forts ou aux faibles ? », *op. cit.*, p. 195.

175. N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in D. CARRE, G. HIERNAUX, N. GALLUS, N. MASSAGER, S. PFEIFF, S. DEGRAVE, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 496.

176. « La pratique judiciaire relative aux contentieux civils à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant bénéficie-t-elle aux forts ou aux faibles ? », *op. cit.*

177. « Contractualisation et prérogatives parentales : quelle valeur reconnaître aux accords entre père et mère concernant l'éducation et l'hébergement de leur enfant ? », *op. cit.*, p. 71-90.

178. Les pratiques notariales en matière de contrats de mariage et le processus requis par la loi du 31 juillet 2017 en ce qui concerne les pactes successoraux, pourraient constituer une source d'inspiration à cet égard.

d'équilibre au sein de la triade. En effet, rien n'exclut qu'un parent invoque l'accord qu'il avait jadis conclu avec l'autre parent, alors que celui-ci se prévaut de l'opinion de l'enfant qui y serait totalement opposée. Face à une telle situation, « *comme nous l'écrivions précédemment, trois thèses semblent pouvoir être défendues. La première, que nous avons qualifiée de 'protectrice', part du principe que l'essence même de la minorité et de l'institution de l'autorité parentale implique que les (principales) décisions appartiennent aux père et mère jusqu'au 18^e anniversaire de l'enfant. Dans cette optique, les accords parentaux doivent logiquement primer sur l'opinion du mineur. La deuxième, qui se situe aux antipodes de la première et que nous avons dénommée 'autonomiste', considère, au contraire, que l'autorité parentale et le pouvoir décisionnel qui en découle n'ont d'autre raison d'être que de suppléer à l'inaptitude provisoire de l'enfant de décider par lui-même. Une fois établi in concreto que, l'enfant a, au vu de sa maturité, acquis cette aptitude, rien ne justifierait qu'il ne puisse décider par lui-même. De ce point de vue, auquel certains reprocheront de mettre à mal la césure nette entre minorité et majorité, les conventions parentales doivent être écartées lorsqu'elles sont (devenues) contraires aux souhaits de l'enfant suffisamment mature (à moins, bien évidemment, que son intérêt ne s'y oppose). A l'appui de cette deuxième thèse, il est permis d'invoquer les articles 12.1 de la CIDE, 22bis, alinéa 2, de la Constitution et 1004/1, § 6, du Code judiciaire qui garantissent la 'prise en considération' de l'opinion de l'enfant. Si, d'une part, il semble en effet malaisé de considérer, au regard de ces dispositions, que l'opinion de l'enfant puisse systématiquement être mise de côté au regard des conventions parentales, elles ne stipulent pas davantage que l'autorité des père et mère cesserait de lege lata totalement d'exister chaque fois que l'enfant a acquis, dans un domaine déterminé, la maturité et/ou la faculté de discernement. C'est pourquoi nous pensons devoir adhérer à une troisième thèse qui, elle, tend à considérer qu'une lecture commune de ces dispositions avec celles – dont l'article 3.1 de la CIDE – qui garantissent le caractère prioritaire de l'intérêt de l'enfant, permet de déduire l'existence d'une présomption réfragable selon laquelle l'opinion exprimée par celui-ci (s'il est mature et doté de discernement) correspondrait à son intérêt. En effet, d'une part, l'enfant semble lui-même bien souvent (mais pas toujours) le mieux placé pour discerner son propre intérêt qui,*

d'autre part, constitue la ratio legis de l'obligation de 'prendre en considération' l'opinion du mineur. De ce point de vue, cette opinion devrait (en principe) avoir priorité sur les conventions parentales »¹⁷⁹.

e) Les pratiques communes

Enfin, apparaissent les simples pratiques communes, dans toute leur diversité, qui ont marqué la vie commune et dont la fréquence est fonction de la durée de celle-ci. Il peut ainsi s'agir de choix d'orientation scolaire ou de religion retenus du temps de la vie commune pour l'enfant ou ses aînés, de modalités mises en place après la séparation, du projet commun passé de s'établir dans un pays déterminé, etc.

Si, bien évidemment, aucune force obligatoire ne peut lui être reconnue, comme elle le serait pour les conventions, jusqu'où le juge peut-il s'en écarter au nom de sa propre appréciation de l'intérêt de l'enfant ? Un écart trop conséquent apparaîtrait en effet délicat, dans la mesure où les parents – et non le juge – constituent le for décisionnel naturel, en vertu de dispositions internationales comme l'article 8 de la C.E.D.H. tel qu'interprété par la Cour éponyme¹⁸⁰, l'article 2 du 1^{er} protocole additionnel de la même Convention, l'article 18.1 de la CIDE, mais aussi de dispositions internes parmi lesquelles les articles 371 à 387ter du Code civil...

Cependant, et bien que ce critère soit très fréquemment retenu par la jurisprudence¹⁸¹, force est de constater qu'il n'existe aucun véritable fondement textuel permettant *explicitement* au juge de s'appuyer sur ces pratiques communes, à moins d'en constater la pertinence pour l'appréciation de l'intérêt de l'enfant (par exemple en considérant que le maintien des pratiques favorise la stabilité de ses repères) ou qu'elles correspondent à l'opinion de celui-ci, qui, elle, doit demeurer prioritaire comme elle l'est par rapport aux accords parentaux¹⁸². Aussi est-il permis de réfléchir à l'éventualité, *de lege ferenda*, de contraindre les juridictions familiales à se référer, le cas échéant, à ces pratiques communes tout en leur laissant un contrôle de leur conformité à l'intérêt de l'enfant, non par crainte que les juges ne s'en écartent – ils s'y réfèrent au contraire constamment¹⁸³ –, mais afin de conscientiser les pères et mères de la survie d'un certain « couple parental » et des orientations qu'ils avaient retenues du temps de la vie commune¹⁸⁴.

179. « Contractualisation et prérogatives parentales : quelle valeur reconnaître aux accords entre père et mère concernant l'éducation et l'hébergement de leur enfant ? », *op. cit.*, p. 71-90, se référant à M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. CARRE, N. GALLUS, G. HIERNAUX, M. MALLIEN, Th. VAN HALTEREN, G. WILLEMS, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 393-394.

180. Voir *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, et les arrêts y cités p. 75, n° 66, sous la note infrapaginale 189 et p. 79, n° 70, sous la note infrapaginale 211.

181. *Ibid.*, n° 315, 316, 419 à 423, 559 à 561, 769 à 772, 865 à 870, 920, et 983 à 985.

182. Cf. *supra*.

183. Voir *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, n° 315, 316, 419 à 423, 559 à 561, 769 à 772, 865 à 870, 920, et 983 à 985.

184. *Ibid.*, n° 1205 à 1209.

Conclusion

L'équilibre souvent recherché, et parfois trouvé, au sein de la triade constituée par le juge, l'enfant et les accords parentaux demeure précaire en ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt du deuxième. En effet, plusieurs conceptions peuvent s'affronter, tout en se rencontrant parfois, à cet égard. La première d'entre elles, partant du postulat que l'autorité publique se trouve davantage formée et éclairée que le commun des mortels, mettrait volontiers l'accent sur la mission du juge, dont l'opinion – et même une certaine autonomie – devrait s'avérer prépondérante. Dans cette acception, une part aussi large que possible devrait être laissée aux conceptions auxquelles le magistrat adhère *in abstracto* en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, à propos duquel son appréciation devrait toujours avoir priorité sur l'opinion du mineur et sur les conventions et pratiques de ses parents. Une deuxième approche considérerait la minorité, tant par rapport à la fonction parentale que face à l'intervention étatique et judiciaire, comme subsidiaire à l'aptitude de l'enfant à s'autodéterminer, à s'en affranchir et à jouir d'une autonomie croissante. L'autorité parentale serait, dès lors, appelée à s'effacer progressivement dans un processus entamé bien avant l'âge de la majorité qui en constituerait seulement l'aboutissement. Enfin, la troisième approche

mettrait l'accent sur la protection de l'enfant à travers l'autorité et l'autonomie de la volonté des parents, qui demeurerait le seul for décisionnel jusqu'à ses 18 ans. Bien évidemment, tous les équilibres trouvés se situent quelque part à l'intermédiaire entre ces pôles extrêmes.

Il est permis de considérer que la première et la troisième acception laissent une plus grande importance à la protection de l'enfant, qui est inhérente à son intérêt, et la deuxième à son autonomie, qui ne l'est pas moins. Par ailleurs, si, au sein de la triade, le juge demeure l'instance décisionnelle ultime en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, il est aussi le seul qui, contrairement aux deux autres membres, ne devrait bénéficier en théorie que d'une autonomie particulièrement limitée à ce sujet. Il doit en effet sans cesse chercher à s'ancrer dans les paramètres concrets de la cause et demeurer soumis à une certaine rationalité. Là où la pratique judiciaire s'accorde volontiers sur la place prépondérante des parents et de leurs accords, elle semble ainsi que sur la subsidiarité de la mission du juge par rapport à celle des parents (comme en témoigne le contrôle plein et entier de l'intérêt de l'enfant par le juge) et – surtout – considérer avec crainte une certaine autonomie du mineur qui, malgré d'importantes avancées sous l'impulsion strasbourgeoise, demeure cadencée notamment par la jurisprudence récente de la Cour de cassation.