

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'autorité parentale

Mallien, Michael

*Published in:*

Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale

*Publication date:*

2022

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mallien, M 2022, L'autorité parentale: l'autonomie du mineur. dans *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*. Grands arrêts, Larcier , Bruxelles, pp. 431-461.

### General rights

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

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

### Take down policy

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

#### 4.4.3. L'autonomie du mineur

##### **Cour eur. D.H., arrêt *M et M c. Croatie* du 3 septembre 2015**

Audition de l'enfant – Capacité de discernement – Prise en considération de l'opinion d'une adolescente – Observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant

##### **Extraits**

184. La Cour est particulièrement frappée de constater qu'après quatre ans et trois mois la première requérante n'a toujours pas été entendue dans cette procédure et n'a donc pas eu la possibilité d'indiquer avec quel parent elle souhaitait vivre. La Cour note que, dans sa décision du 15 novembre 2013, le tribunal de comté avait ordonné au tribunal municipal de déterminer si la première requérante était capable de comprendre l'importance de la procédure et, le cas échéant, de lui permettre d'exprimer son avis et recueillir son témoignage [...], alors même que rien ne permettait de mettre en cause la présomption selon laquelle la première requérante, qui était alors âgée de douze ans, était capable de discernement et apte à exprimer librement ses opinions (voir l'Observation générale n° 12 [2009], § 20, reprise au paragraphe 97 ci-dessus). En tout état de cause, plus de un an et sept mois ont passé sans qu'aucune mesure n'ait été prise ne serait-ce qu'en vue de l'observation de ladite instruction. Et il est encore plus surprenant qu'aucune démarche n'ait été entreprise pour accélérer la procédure, même après que la première requérante a commencé à s'automutiler.

185. De plus, la Cour note que selon la jurisprudence des tribunaux croates, dans les situations dans lesquelles les deux parents sont aussi aptes l'un que l'autre à s'occuper de l'enfant et où l'enfant est, compte tenu de son âge et de sa maturité, capable de discernement et apte à exprimer ses opinions, il y a lieu de respecter le souhait de l'enfant s'agissant du parent avec lequel il entend vivre [...]. La Cour ne peut que souscrire à ce principe, estimant qu'un point de vue contraire viderait de son sens la règle voulant que les opinions de l'enfant soient dûment prises en considération.

186. La Cour observe qu'en l'espèce les experts psychologues et psychiatres ont conclu que les parents de la première requérante étaient tout aussi (in)aptes l'un que l'autre à s'occuper d'elle (paragraphe 69 ci-dessus), opinion que partage visiblement le centre d'action sociale local [...]. Ces experts ont également établi que la première requérante souhaitait vivement vivre avec sa mère [...]. La Cour observe par ailleurs que les deux parents résident dans la même ville, si bien qu'une modification des modalités de garde ne contraindrait pas la première requérante à changer d'établissement scolaire ou à quitter son environnement social habituel. De plus, la première requérante, qui est une excellente élève et dont les capacités

intellectuelles ont été jugées bonnes, voire supérieures à la moyenne, par les experts [...], avait neuf ans et demi au début de la procédure et est aujourd'hui âgée de treize ans et demi. 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. La Cour estime donc que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la méconnaissance du souhait exprimé par la première requérante de vivre avec sa mère s'analyse en une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée et familiale.

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

Relation entre un père et son enfant – Droit de visite – Déclarations de l'enfant – Expertise psychologique – Véritables souhaits

#### **Extraits**

La Cour estime que les raisons invoquées par le tribunal de district ne suffisent pas à expliquer pourquoi, dans les circonstances de l'espèce, il n'a pas estimé nécessaire de consulter un expert, comme l'office de la jeunesse d'Erkrath l'avait recommandé. De plus, considérant l'importance de la question en jeu, à savoir la relation entre un père et son enfant, le tribunal régional n'aurait pas dû se contenter, dans les circonstances en question, de s'appuyer sur le dossier et les moyens d'appel soumis par écrit, mais aurait dû solliciter l'avis d'un psychologue pour l'aider à apprécier les déclarations de l'enfant. La Cour relève à cet égard que le requérant, dans son appel, a contesté les conclusions du Tribunal de district et demandé une expertise afin d'établir les véritables souhaits de son enfant et de résoudre la question des visites sur cette base, le tribunal régional ayant tous les pouvoirs de réexaminer l'ensemble des questions liées à la demande d'un droit de visite. [...] Le refus d'ordonner une expertise psychologique indépendante, joint à l'absence d'audience devant le tribunal régional, montre, de l'avis de la Cour, que le requérant n'a pas joué dans le processus décisionnel un rôle suffisamment important. Dès lors, la Cour conclut que les autorités nationales ont outrepassé leur marge d'appréciation, et qu'elles ont donc violé dans le chef du requérant les droits garantis par l'article 8 de la Convention.

**Cour eur. D.H., arrêt C. c. Finlande du 9 mai 2006**

Hébergement international – Adolescents – Absence de droit de veto – Relation entre le père et les enfants – Expertise

**Extraits**

58. [...] La cour d'appel a en effet souligné qu'elle n'était pas tenue de suivre les opinions d'un enfant, y compris lorsqu'il est âgé de 12 ans ou plus. La Cour suprême, toutefois, a reconnu un poids exclusif aux opinions exprimées par les enfants sans tenir compte d'autres facteurs, dont en particulier les droits du requérant en tant que père, en donnant dans les faits aux enfants, qui tous deux ont atteint l'âge de 12 ans, un droit de veto inconditionnel, et en renversant les décisions qui jusqu'ici avaient été en faveur du requérant. En outre, elle a décidé ainsi sans tenir d'audience lors de laquelle elle aurait pu inviter les parties à s'exprimer à ce sujet, et sans entreprendre quoi que ce soit afin d'être éclairée, à travers d'autres éléments de preuve ou l'avis d'un expert, sur toute interprétation divergente des faits ou du plus grand préjudice causé au bien-être des enfants par une décision en faveur du requérant en comparaison avec une décision en faveur de L. qui les priverait dans les faits d'une relation avec leur père. La décision a été rendue de telle manière qu'il est compréhensible que le requérant soit resté avec l'impression que L., le partenaire de la mère, s'était trouvé autorisé de manipuler les enfants et le système judiciaire afin de le priver de son rôle parental de manière injustifiée.

59. Par conséquent, la Cour constate que la procédure en question a manqué de mettre en balance correctement les différents intérêts en question et qu'à cet égard, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

**Cass., arrêt du 10 février 2020**

Contentieux d'hébergement – Enfant – Capacité procédurale – Intervention volontaire

Ni les articles 3, 9 et 12 de la CIDE, ni l'article 8 de la CEDH ou l'article 22bis de la Constitution ne requièrent que l'enfant se voie offrir la possibilité d'intervenir comme partie dans les litiges entre ses parents à propos de l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne, sur l'hébergement ou sur l'exercice du droit aux relations personnelles par le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale.

**Observations**

Les trois arrêts strasbourgeois dont les extraits sont repris ci-dessus ont trait à la prise en considération de l'opinion exprimée par l'enfant lors d'un litige qui le concerne. Or la question de l'autonomie du mineur et, plus particulièrement, celle qui tend à savoir si – et dans quelle mesure – il dispose d'un droit de décider lui-même de certains aspects de sa vie se posent plus que jamais

avec une acuité particulière. Plusieurs textes ont ainsi garanti à l'enfant qu'il soit tenu compte de son opinion lors des décisions qui le concernent. Parmi ceux-ci, le premier – et le plus important – est incontestablement l'article 12 de la Convention onusienne du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant aux termes duquel les opinions de l'enfant doivent être « dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». Cette disposition n'a manqué d'influencer ni la jurisprudence strasbourgeoise ni le constituant belge qui, dix-neuf ans après son adoption, en a intégré les principes à l'article 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution<sup>1</sup>.

L'incidence de l'opinion de l'enfant sur sa propre vie ne se limite cependant pas à ce que le for décisionnel (judiciaire ou administratif) lui reconnaisse un certain poids, plus ou moins déterminant. En effet, il est des domaines où le législateur belge a confié à l'enfant un pouvoir de déterminer lui-même *certain*s aspects de sa vie ou, à tout le moins, de s'opposer à ce que d'autres le fassent pour lui sans son consentement. Ainsi en est-il, notamment, en matière d'état (adoption, filiation, mariage, changement de sexe), de soins médicaux (exercice des droits du patient, euthanasie, IVG, don d'organes), voire, dans une certaine mesure, de la gestion de son patrimoine.

Nous aborderons donc successivement le poids reconnu à l'opinion exprimée par l'enfant lors des contentieux d'éducation et d'hébergement qui le concernent, et lesdits domaines spécifiques où une certaine autonomie de l'enfant est reconnue.

## *1. L'autonomie du mineur dans le cadre des contentieux civils parentaux qui le concernent*

### *A. Le droit de l'enfant de s'exprimer librement dans les litiges qui le concernent*

#### *1. L'article 12 de la CIDE*

L'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant constitue à maints égards le texte le plus important en ce qui concerne le droit à l'audition. Outre son caractère quasi universel (196 États ont ratifié la CIDE dans le monde – pour la plupart au tout début des années 1990 –, les États-Unis figurant comme seule nation ne l'ayant pas ratifiée après l'avoir signée), ce texte fut le premier d'envergure à reconnaître l'audition de l'enfant comme un droit subjectif appartenant à celui-ci, et non uniquement comme une mesure d'investigation à disposition du juge.

---

<sup>1</sup> « Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne ; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement ». Certains éléments d'analyse et certaines références reprises dans la présente contribution le sont également in M. MALLIEN « L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois hot topics », *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 6-7, spéc. pp. 196 à 205.

### a) *Le problème l'effet direct de l'article 12 de la CIDE*

Parmi les dispositions de la CIDE, l'article 12.1 est l'une de celles dont la question de l'effet direct suscite le plus de controverses. Plusieurs juridictions du fond avaient reconnu à cet article un tel effet dans les années qui ont suivi son adoption<sup>2</sup>. Bien souvent, elles ont pris appui sur ce texte pour conclure au caractère obligatoire de l'audition de l'enfant lorsque celle-ci n'était pas encore prévue par le Code judiciaire et la loi sur la protection de la jeunesse.

Après avoir considéré, dans un arrêt du 10 novembre 1999, que l'article 12 n'avait pas d'effet direct dans l'ordre interne belge<sup>3</sup>, la Cour de cassation a finalement, dans un arrêt du 6 octobre 2017, reconnu implicitement mais certainement un tel effet à l'article 12 de la CIDE<sup>4</sup>. Elle est suivie, depuis lors, sur ce point par des juridictions du fond<sup>5</sup>.

### b) *L'article 12 de la CIDE et l'arrêt M. et M. c. Croatie de la CEDH : un point de rupture ?*

Jusqu'il y a quelques années, la position de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'audition de l'enfant semblait ressortir d'un arrêt de principe (et de grande chambre), *Sahin c. Allemagne*<sup>6</sup>.

Les juges strasbourgeois y avaient estimé que l'article 8 de la CEDH n'implique pas nécessairement que l'enfant doive être entendu dans tous les litiges qui le concernent. En effet, aux yeux de la Cour, « ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus d'entendre un enfant en audience lorsqu'est en jeu le droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde. En effet, cela dépend des circonstances particulières de chaque cause et compte dûment tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné »<sup>7</sup>. Or l'enfant, qui

2 Voy. en ce sens : Bruxelles, 22 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 321 ; Gand, 13 avril 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 329 ; Gand, 17 janvier 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1356 ; Gand, 26 juin 1995, *R.W.*, 1995-1996 (abrége), 1357 ; Mons, 20 avril 1993, *J.D.J.*, 1993, n° 126 et *J.L.M.B.*, 1993, p. 784 ; Liège, 15 juin 1994, *J.D.J.*, 1994, n° 137 – *contra* : Anvers, 14 avril 1994, *J.D.J.*, 1995, p. 322. *Adde* : T. MOREAU, « État des lieux de la réception de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence belge », *J.D.J.*, 2006, liv. 257, pp. 20-21, qui cite les décisions susmentionnées ; P. SENAËVE et S. ARNOEYTS, « Tien jaar Belgische rechtspraak inzake de aanwending van het IVRK », *op. cit.*, n°s 256 et s. et les références y citées ; 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. 200, n° 210, où ces références sont citées également et dont certains passages sont repris ici.

3 Cass., 10 novembre 1999, *T.J.K.*, 2000, p. 63 (abrége).

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

5 Voy. p. ex. Trib. fam. Namur, 28 février 2019, *J.D.J.*, 2019, liv. 384, p. 35.

6 Cour eur D.H., arrêt *Sahin c. Allemagne* du 8 juillet 2003 (arrêt de grande chambre), *R.W.*, 2004-2005, liv. 9, p. 356, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, liv. 2, p. 546. Le requérant, Allemand d'origine turque, avait sollicité un droit aux relations personnelles à l'égard de sa fille née hors mariage, mais reconnue par lui. Cette demande avait été rejetée par le Tribunal de district, à la suite de quoi il avait interjeté appel auprès du Tribunal régional. Celui-ci avait ordonné une mesure d'expertise, de laquelle il était ressorti que l'enfant occultait l'existence de son père. L'expert n'avait toutefois pas posé de questions directes par rapport à celui-ci. Le Tribunal en avait conclu qu'une audition de l'enfant (âgée de 5 ans au moment de la décision en appel) pouvait s'avérer éprouvante pour elle et avait donc décidé d'y renoncer. Finalement, la demande du père avait été rejetée en appel, le Tribunal régional estimant que le rétablissement des contacts avec le père ne représentait pas de valeur ajoutée au regard de l'intérêt de l'enfant. Le recours intenté par le père devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande avait également été rejeté. Pour un commentaire de l'arrêt de chambre qui avait précédé et qui allait dans le sens contraire, voy. not. 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, pp. 532-533.

7 N° 73 de l'arrêt.

était âgée de 5 ans au moment où la juridiction nationale allemande avait rendu sa décision, avait déjà rencontré à plusieurs reprises la psychologue désignée par le tribunal et celle-ci estimait traumatisante l'épreuve d'une audition par le juge. Il n'était cependant pas permis de déduire de cet arrêt qu'il n'existait aucune obligation d'entendre l'enfant puisque la Cour estimait uniquement que cette audition, lorsque celui-ci se trouvait en bas âge, devait présenter une valeur ajoutée par rapport aux inconvénients qui risquaient d'en résulter.

Rien n'excluait dès lors que la même Cour de Strasbourg considère qu'une telle valeur ajoutée puisse exister lorsque l'enfant est plus âgé, voire désire lui-même exprimer une opinion. C'est ce qui s'est passé dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015<sup>8</sup>, dont un extrait est repris ci-dessus et qui a sans doute connu moins de retentissement dans la doctrine que le précédent, bien qu'il s'agisse d'une décision riche en enseignements.

Saisie par une adolescente et par sa mère, qui avait sollicité sans succès de pouvoir l'héberger à titre principal, la Cour a constaté que la première n'avait pas été entendue et que le juge d'appel croate s'était limité à ordonner à la juridiction inférieure de déterminer si elle était « capable de comprendre l'importance de la procédure et, le cas échéant, de lui permettre d'exprimer son avis ». Or les juges strasbourgeois reprochent à cette décision d'être passée outre la présomption, mise en avant au point 20 de l'Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2009 du Comité onusien des droits de l'enfant relatif à la portée de l'article 12 de la CIDE et des libertés qui y sont garanties<sup>9</sup>, selon laquelle le discernement de l'enfant – âgée à l'époque de 12 ans – devait être présumé. Ceci signifie donc qu'aux yeux de la Cour européenne, les droits reconnus à l'enfant (et à un de ses parents) par l'article 8 de la CEDH doivent s'interpréter à l'aune non seulement de l'article 12 de la CIDE, mais également de la lecture qui en est faite par le Comité des droits de l'enfant<sup>10</sup>. Par conséquent, le juge national se doit d'appliquer le droit de l'enfant d'être entendu et de voir son opinion être prise en considération dans toute l'étendue qui y est attribuée par le Comité.

Aucune véritable opposition n'apparaît toutefois entre la logique suivie par la Cour dans l'arrêt *Sahin* et celle qui prévaut dans *M. et M.* En effet, si, dans le premier arrêt, la Cour conclut à l'inexistence, au regard de l'article 8 de la CEDH, d'un droit (dans le chef des parents) qu'un enfant, même très jeune, soit systématiquement entendu, l'arrêt *M. et M. c. Croatie* ne fait qu'interpréter

8 Concernant cet arrêt, voy. également G. WILLEMS, P. TAPIERO et M.-P. ALLARD, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, liv. 1, p. 80, n° 48.

9 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>.

10 Il s'agit ici d'un exemple de la manière dont la *soft law* peut influencer la jurisprudence strasbourgeoise et, dès lors, avoir une incidence importante sur l'interprétation donnée aux dispositions dont le respect est contrôlé par la Cour. À ce sujet, voy. S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « La soft law du droit des droits de l'homme », in S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 35.

ladite disposition à la lumière de l'article 12 de la CIDE et de l'Observation du Comité. Or les droits reconnus dans le texte onusien n'ont rien d'absolu et celui d'une jeune adolescente, présumée dotée de discernement, d'être entendue n'empêche nullement que cet impératif puisse être tempéré par l'intérêt du mineur, et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un enfant en bas âge qui ne possède pas encore cette faculté.

c) *Étendue du droit d'expression reconnu au mineur par l'article 12 de la CIDE*

Quelle est, dès lors, la portée du droit de l'enfant d'exprimer son opinion, reconnu par le Comité ? Le texte distingue le droit d'expression (art. 12.1) du droit à l'audition (art. 12.2) et prévoit qu'ils dépendent de la « capacité de discernement » de l'enfant.

i) *Le droit de s'exprimer*

En ce qui concerne le premier, il est précisé que l'enfant a le droit de s'exprimer « librement ». Cet adverbe signifie, pour le Comité, qu'il doit pouvoir exprimer son opinion personnelle à l'abri de toute pression de tiers<sup>11</sup>, dans un contexte où il se sent en sécurité<sup>12</sup>, après avoir été informé du contexte de son audition et des décisions qui pourraient être prises à la suite de celle-ci<sup>13</sup>. Cet impératif de la libre expression à l'abri de toute pression émanant de tiers concerne tout particulièrement la question de la possibilité pour l'enfant de se faire assister d'un avocat (les options retenues à cet égard par les législateurs belge et français sont radicalement opposées<sup>14</sup>). Comme nous le verrons, une difficulté particulière provient de la possible consultation ultérieure du rapport d'audition par les parents, ce qui peut mener le mineur à s'autocensurer<sup>15</sup>.

Le droit d'expression a trait à « toute question l'intéressant », ce qui exclut donc les questions qui n'ont pas d'incidence directe sur sa vie (comme 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, etc.).

Cependant, le Comité onusien précise que cette locution doit être interprétée largement<sup>16</sup>, de sorte que la liste reprise dans l'Observation n° 12 des situations concernées par le droit d'expression n'a rien d'exhaustif<sup>17</sup>. Ceci inclut bien évidemment les contentieux relatifs à l'autorité parentale, à l'hébergement

11 Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 22

12 *Ibid.*, n° 23.

13 *Ibid.*, n° 25.

14 *Voy. infra.*

15 *Ibid.*

16 Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 26-27.

17 *Ibid.*

et aux relations personnelles<sup>18</sup> (y compris celles avec les grands-parents et les tiers), mais aussi (notamment) aux soins de santé<sup>19</sup>, au choix scolaire<sup>20</sup>, au patrimoine<sup>21</sup>, à l'état de l'enfant (filiation, adoption...) <sup>22</sup> et à l'intervention (judiciaire ou non) en matière protectionnelle<sup>23</sup>.

En toute hypothèse, le droit à l'expression libre exclut que l'enfant puisse être obligé de manifester son opinion ; l'audition doit donc toujours pouvoir être refusée<sup>24</sup>.

### ii) *Le droit d'être entendu*

Le droit de s'exprimer est bien évidemment intimement lié à celui d'être entendu. Ici, cependant, apparaît une limite importante aux droits reconnus à l'enfant, puisque l'article 12.2 de la CIDE prévoit que les États gardent le choix entre une audition « directe » (c'est-à-dire, pour les contentieux parentaux, par le juge) ou par l'« intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié ». Toutefois, le Comité onusien préconise l'audition directe « chaque fois que possible »<sup>25</sup>, et la Cour européenne ne semble pas se satisfaire, dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie*, du rapport des experts relayant le souhait de l'enfant de vivre chez sa mère<sup>26 27</sup>.

### iii) *La capacité de discernement, évaluée in concreto*

Une grande limite formulée à l'article 12 de la CIDE est la condition de l'existence d'une faculté de discernement dans le chef de l'enfant pour que lui soit reconnu le droit à la libre expression et à l'audition. Un des apports majeurs de l'arrêt *M. et M. c. Croatie* consiste à présumer la présence de cette faculté. Il s'agit sans aucun doute d'une présomption réfragable. En effet, d'une part, la Cour insiste sur l'âge de l'enfant, sur sa maturité et sur l'absence d'éléments permettant *in casu* de remettre en cause la faculté de discernement et, d'autre

18 *Ibid.*, n° 32. Voy. aussi la liste reprise in « 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.*, pp. 11-12.

19 *Ibid.*, n° 98-104, spéc. n° 100. Voy. *infra*.

20 *Ibid.*, n° 113. Au-delà des contentieux civils parentaux, ce droit concerne aussi la prise de décision des établissements scolaires et des autorités administratives en matière de choix d'une filière ou sur le plan disciplinaire.

21 Voy. le point de vue que nous avons exprimé en ce sens in « 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.

22 Le Comité des droits de l'enfant ne mentionne pas expressément les droits d'expression et d'audition de l'enfant lorsqu'il s'agit de son état, mais il ne fait aucun doute, vu l'importance de cette matière, que lesdits droits y prévalent également.

23 Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 26-27.

24 *Ibid.*, n° 134, spéc. b). Pour notre part, nous pensons en outre que ledit droit implique que l'enfant ne puisse pas se voir imposer de limites quant aux sujets abordés (à condition qu'ils l'« intéressent »), ce qui serait le cas, par exemple, d'un entretien où il pourrait uniquement répondre à des questions posées par son interlocuteur.

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

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

27 Le Comité précise que, lorsque l'enfant est entendu par une autre personne que le juge, celle-ci se devra de demeurer à l'abri de tout conflit d'intérêts, posséder une connaissance suffisante du litige et transmettre « correctement » le contenu à l'instance décisionnelle. Le Comité ne mentionne cependant pas si le terme « correctement » signifie « intégralement » et s'il est exclu, par exemple, que l'intermédiaire puisse recevoir des confidences de l'enfant et, dès lors, préférer un rapport synthétique à une transcription littérale de l'entretien (Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 36).

part, l'Observation générale n° 12, à laquelle elle se réfère, mentionne clairement l'obligation des États « d'évaluer la capacité de l'enfant de se forger une opinion de manière autonome dans toute la mesure possible » avant de faire état de ladite présomption et d'en préciser les conséquences en termes de la charge de la preuve<sup>28</sup>.

Il serait donc inexact de considérer que le droit de s'exprimer librement et d'être entendu serait garanti à tout enfant, indépendamment de la possession de la faculté de discernement, par l'article 12 de la CIDE. En revanche, l'existence d'une telle présomption, ainsi que l'obligation « d'évaluer la capacité de l'enfant » précisée dans l'Observation n° 12, impliquent nécessairement que ladite présomption ne pourrait être renversée que par un constat *in concreto* de l'absence de discernement. L'adoption d'une législation fixant – contrairement à la Belgique – un seuil d'âge pour le droit d'audition ne serait dès lors pas conforme aux enseignements tirés de l'arrêt *M. et M. c. Croatie*<sup>29</sup>.

## 2. En droit interne

### a) L'article 22bis de la Constitution

Depuis le 22 décembre 2008, le droit d'expression de l'enfant est repris à l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution. Voulu au départ par le constituant comme pédagogique et symbolique, et dès lors comme une simple transposition des droits déjà garantis par l'enfant par les textes internationaux<sup>30</sup>, l'intégration dudit droit d'expression dans la Loi fondamentale belge se révèle finalement comme n'étant pas dénuée de conséquences sur le plan juridique. Comme le soulignent A. Rasson-Roland et A.-C. Rasson, il est désormais possible de saisir la Cour constitutionnelle et d'engager la responsabilité de l'État en cas de non-respect des droits de l'enfant, dont la constitutionnalisation implique par ailleurs une obligation de *standstill*<sup>31</sup>.

L'article 22bis ne mentionne pas la faculté de discernement comme condition du droit d'expression, de sorte que l'enfant qui souhaite s'exprimer ne peut se voir refuser ce droit, même lorsque cette faculté fait défaut<sup>32</sup>. Pourtant, les

28 *Ibid.*, n° 20.

29 Dans l'arrêt précité, la Cour stigmatise toutefois la mise en place de mesures trop chronophages quant à l'examen de la faculté de discernement, lorsque ni l'âge ni aucun autre élément ne semblent indiquer que celle-ci fasse défaut, Cour eur. D.H., arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015, spéc. n° 184.

30 Voy. 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.*, Ch. repr., n° 52-0175005, annexe II, pp. 29-32, spéc. p. 30. Ces références sont également reprises dans *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 108, notes infrapaginales 297 et 298. Notons également que ceci implique que le champ d'application, notamment en ce qui concerne les types de contentieux dans lesquels l'enfant a le droit de s'exprimer, est identique à celui de l'article 12 de la CIDE, voy. *supra*.

31 A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. II, Bruxelles, Buylant, 2011, pp. 1614-1615. *Adde* : *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 108-109.

32 B. VAN KEIRSBLICK et T. MOREAU, « Une occasion manquée ! Ou quand la Cour constitutionnelle oublie d'appliquer la Constitution au préjudice des mineurs », *J.D.J.*, 2010, liv. 295, pp. 3 et s., spéc. p. 35, 1<sup>re</sup> colonne. *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. 19. Le constituant belge franchit donc sur ce point un pas supplémentaire par

droits consacrés par le constituant s'avèrent, à d'autres égards, moins étendus que ceux qui le sont par l'article 12 de la CIDE (et, partant, par l'arrêt *M. et M. c. Croatie*). En effet, si le prescrit constitutionnel garantit bien au mineur le droit de s'« exprimer » sur toute question « qui le concerne », force est de constater qu'il n'y est pas fait mention d'une expression « libre » ni même d'audition *stricto sensu*<sup>33</sup>.

### b) Les articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire

C'est dès lors de l'article 1004/1, § 1<sup>er</sup>, inséré par la loi du 30 juillet 2013 dans le Code judiciaire belge, que ressort (explicitement) le droit de l'enfant d'être entendu par le juge en personne<sup>34</sup>, dans un lieu approprié<sup>35</sup> et hors de la présence de quiconque<sup>36</sup>. Cette règle vaut pour les contentieux entre les parents relatifs à l'autorité parentale, à l'hébergement et aux relations personnelles, mais aussi pour les demandes de contacts introduites par les grands-parents ou par des tiers liés affectivement sur la base de l'article 375*bis* du Code civil<sup>37</sup>.

S'il a atteint l'âge de 12 ans, l'enfant reçoit une invitation à être entendu conformément à l'article 1004/2 du Code judiciaire. Il peut toutefois être entendu à tout âge, le seuil des 12 ans concernant uniquement l'obligation de l'informer de ce droit et de l'inviter.

---

rapport à la Cour de Strasbourg qui, se référant à l'Observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant, y voyait une simple présomption réfragable, voy. *supra*. Ce n'est qu'en ce qui concerne la prise en considération de l'opinion de l'enfant que la condition du discernement réapparaît, voy. *infra*.

33 Les travaux parlementaires qui ont précédé son adoption démontrent toutefois à l'évidence que le Constituant n'a pas voulu réduire la portée des droits reconnus à l'enfant par les textes internationaux qu'il a voulu transposer, voy. *supra*.

34 Ceci n'exclut pas que le juge puisse, en même temps, ordonner une mesure d'investigation comme une expertise judiciaire ou une étude sociale qui, elles aussi, relayent l'opinion de l'enfant, « 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. 19 et la jurisprudence y citée.

35 *Ibid.*, pp. 23-24. *Adde* : 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. 657 ; P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », in P. SENAËVE (éd.), *Handboek familieprocesrecht*, Kluwer, 2017, p. 430, n° 826 ; voy. Ch. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind? », *Liber amicorum P. Senaevae*, Kluwer, 2017, p. 241, n° 11. Voy. spéc. Les pratiques des juges berlinois à cet égard : J. DANCKAERTS, « Het "Kinderhaus" en het horen van kinderen in de familierechtbank van Tempelhof-Kreuzberg in Berlijn », *T. Fam.*, 2019, liv. 2, p. 30.

36 En ce qui concerne la présence d'une personne de confiance, voy. « 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. 25 et les références y citées et, pour ce qui est de celle du greffier et des pratiques et positions divergentes à cet égard – en faveur de la présence du greffier : P. SENAËVE, *Handboek familieprocesrecht*, Malines, Kluwen, 2017, n° 844 et Ch. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind? », *op. cit.*, n° 13 ; en défaveur de la présence du greffier : D. PIRE, « Le point sur le Tribunal de la Famille », in D. PIRE (dir.), *Actualités du droit des familles*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 48 ; L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 659. L'assistance de l'enfant par un avocat – qualifié de « baby-sitter amélioré » par P. Senaevae – a été proscrite par le législateur belge – à tort selon nous – là où son homologue d'outre-Quévrain l'a rendue possible à l'article 388-1 du Code civil français ; à ce sujet, voy. L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, pp. 659-660 ; P. SENAËVE, *Handboek familieprocesrecht*, *op. cit.*, n° 845, et « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge [...] », *op. cit.*, p. 26. Notons, enfin, que, si l'article 1004/1, § 5, permet au juge, par décision motivée, de déroger au principe de l'absence de quiconque lors de l'audition, cela n'implique nullement qu'il doive motiver le rejet de la demande du mineur d'être assisté d'un avocat lors de l'audience, Cass., 10 février 2020, *T. Fam.*, 2020, liv. 7, p. 198 et la note de 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, spéc. nos 19-20.

37 Outre l'incohérence qu'il y aurait à exclure le droit d'audition de ces contentieux – auxquels l'article 12 de la CIDE s'applique, voy. *supra* – relevons que l'article 1004/1, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire mentionne expressément les « relations personnelles », cette location étant également reprise à l'article 375*bis* du Code civil.

Cette audition peut être demandée par le ministère public, par les parties et par l'enfant, à qui elle ne peut d'ailleurs jamais être imposée<sup>38</sup>. Dans les deux premiers cas, le juge peut décider d'accéder – ou non – à la demande d'audition « en fonction de toutes les circonstances de la cause »<sup>39</sup> – ce qui ne se confond pas avec le manque de discernement<sup>40</sup> –, et, dans le troisième, celle-ci ne peut être refusée qu'à la double condition que l'enfant ait déjà été entendu (dans la même procédure ou dans une instance précédente) *et* qu'aucun élément nouveau ne justifie qu'il le soit une deuxième fois<sup>41</sup>.

Si, à l'instar du constituant, le législateur belge a reconnu davantage de droits à l'enfant en ne conditionnant pas l'audition de l'enfant par la faculté de discernement – l'article 1004/1, § 5, du Code judiciaire impose simplement au juge de mentionner, le cas échéant, si celle-ci fait défaut *après* qu'il a été entendu – il y a également lieu de constater que le système mis en place pose problème à certains égards en ce qui concerne le droit de s'exprimer librement.

Tout d'abord, la faculté laissée par l'article 1004/1, § 4, au juge de refuser d'entendre l'enfant qui l'a déjà été, même lorsqu'il le demande, semble peu compatible avec « le droit de s'exprimer librement sur toute question l'intéressant » garanti par l'article 12.1 de la CIDE et mis en avant par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie*. Il ne semble en effet guère satisfaisant que le juge puisse rejeter d'emblée la demande de l'enfant d'être entendu une deuxième fois, dans la mesure où, précisément, seule la nouvelle audition permettrait au magistrat d'en apprécier la pertinence des motifs qui la justifient.

Ensuite, il paraît incontestable que le législateur de 2013 ait donné priorité au principe du contradictoire (et, donc, aux droits des parents) par rapport à la confidentialité de la conversation entre l'enfant et le juge, en prévoyant à l'article 1004/1, § 5, alinéa 2, que les dires du mineur seront consignés dans un rapport dont il est informé que ses parents pourront en prendre connaissance par la suite. Or il ne fait aucun doute que la perspective de voir le rapport être lu par ceux-ci et leurs conseils peut mener bien des mineurs à autocensurer leurs propos, alors même que le Comité des droits de l'enfant définit l'expression libre comme celle qui s'exerce à l'abri de toute pression<sup>42</sup>.

\* \* \*

L'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015 constitue incontestablement un tournant important en ce qui concerne le droit de l'enfant de s'exprimer et

38 *Ibid.*, pp. 19-20. Comp. spéc. art. 388-1 C. civ. fr. qui prévoit que le juge apprécie le bien-fondé de ce refus.

39 Art. 1004/1, § 2, C. jud.

40 Pour des cas d'application, voy. « 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. 20, ainsi que les références doctrinales et jurisprudentielles citées.

41 *Ibid.*, p. 21.

42 Voy. *supra*.

d’être entendu. En effet, deux conceptions continuent de s’affronter en ce qui concerne l’audition de l’enfant. L’une la considère comme un moyen d’investigation à disposition des juges pour apprécier au mieux son intérêt, et l’autre comme un véritable droit à vocation d’autonomie du mineur. Dans *M. et M.*, les juges strasbourgeois ont incontestablement renforcé la deuxième conception, tant sur le plan de l’autorité des textes que sur celui de l’étendue des droits garantis. Reste cependant à nous interroger sur le caractère déterminant de l’opinion de l’enfant ainsi exprimée lors de la prise des décisions qui le concernent.

## B. Le poids de l’opinion de l’enfant

### 1. En droit international et constitutionnel

#### a) Fondements textuels : maturité et/ou discernement ?

Il ressort de l’article 12.1 de la CIDE que « les opinions de l’enfant [sont] dûment prises en considération eu égard à son âge et son degré de maturité ». L’objet principal de cette disposition consiste à faire en sorte qu’un poids certain soit reconnu à l’opinion de l’enfant. Ainsi, le Comité des droits de l’enfant, dans une Observation générale n° 14, décrit l’obligation découlant de l’article 12.1 de la CIDE comme suit :

« Toute décision qui ne tient pas compte de l’opinion de l’enfant ou ne lui attribue pas le poids voulu eu égard à son âge et à son degré de maturité ne respecte pas le principe selon lequel l’enfant ou les enfants concernés doivent avoir la possibilité d’influer sur la détermination de leur intérêt supérieur »<sup>43</sup>.

Depuis 2008, l’article 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution reprend ce texte presque à l’identique en remplaçant toutefois le terme « maturité » par celui de « discernement »<sup>44</sup>. L’article 1004/1, § 6, *in fine* du Code judiciaire stipule que « les opinions du mineur sont prises en considération compte tenu de son âge et de son degré de maturité », délaissant donc la terminologie constitutionnelle au profit de celle utilisée par la CIDE.

Un des apports importants – nous l’avons vu – de l’arrêt *M. et M. c. Croatie* a consisté à présumer l’existence de la faculté de discernement dans le chef d’un enfant « mature » de 12 ans, sauf élément contraire<sup>45</sup>. Cette présomption concerne tant le droit d’expression libre que la prise en considération de l’opinion de l’enfant<sup>46</sup>. Toutefois, la CIDE et le Code judiciaire (contrairement à la

43 Observation générale n° 14 du 29 mai 2013 du Comité ONU des droits de l’enfant, n° 53, à consulter sur le site internet du Haut-Commissariat des droits de l’homme des Nations unies, <https://tbinternet.ohchr.org>.

44 Voy. *infra*.

45 Voy. *supra*.

46 Cour eur. D.H., arrêt du 3 septembre 2015, *M. et M. c. Croatie*, n° 185.

Constitution<sup>47</sup>) conditionnent ladite prise en considération par la « maturité », au lieu du « discernement » requis pour le droit d'expression. Il y a dès lors lieu de se demander si l'enfant doté de la faculté de discernement doit nécessairement être considéré comme mature. Dans la négative, cet enfant pourrait bénéficier du droit de s'exprimer librement, tout en ne voyant pas son opinion être prise en considération, faute de maturité, celle-ci constituant *prima facie* une condition plus exigeante que le discernement<sup>48</sup>.

Il ressort toutefois de l'Observation n° 12 – à laquelle la Cour de Strasbourg, nous l'avons vu, se réfère dans l'arrêt précité – que le Comité des droits de l'enfant donne à la « maturité » un contenu proche<sup>49</sup> de celui qui est proposé habituellement par les psychologues et pédopsychiatres au « discernement »<sup>50</sup>. Il est dès lors permis de considérer ici ces deux termes comme des synonymes et, par conséquent, que l'enfant présumé doté de discernement, est également censé être mature<sup>51</sup>.

L'âge, qui est également mentionné dans les textes analysés, n'apparaît, quant à lui, pas comme une condition « autonome » du droit de voir son opinion être prise en considération (en ce sens qu'il serait inexact de considérer qu'un enfant, même mature et/ou doté de discernement, pourrait ne pas bénéficier dudit droit en deçà d'un certain âge)<sup>52</sup>, mais un élément conditionnant la présomption telle qu'elle est établie par la Cour<sup>53</sup>. Il en résulte que le jeune âge de l'enfant ne le priverait pas forcément de la prise en considération de son

47 Le terme « maturité » y est toutefois remplacé par celui de « discernement » à l'article 22bis, alinéa 2, pour ce qui est de la prise en considération de la parole de l'enfant, et le mot « dûment » n'y est pas repris (comme, d'ailleurs, à l'article 1004, § 6, du Code judiciaire). Il ressort toutefois – nous l'avons dit – des travaux préparatoires ayant mené à l'adoption de l'article 22bis que la volonté du constituant a été d'y donner la même portée qu'aux dispositions de la CIDE – en l'espèce, l'article 12.1 – dont il s'est inspiré.

48 T. Moreau constate ainsi que « l'article 12 de la Convention semble indiquer que le discernement ne s'assimile ni à l'âge, ni à la maturité puisque l'opinion de l'enfant doué du discernement lors de son audition doit être appréciée par rapport à ces deux critères. Cette précision permet d'affirmer qu'au sens de la Convention, le discernement n'exige pas de l'enfant des facultés de jugement sur toute question abstraite qu'il pourrait rencontrer dans son existence ni une pleine maturité, mais seulement une capacité d'exprimer ce qu'il ressent et ce qui le touche à propos de ce qui fait l'objet de l'audition » (T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale », *J.D.J.*, 2006, liv. 257, p. 30 et les références y citées). Voy. également 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 *Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten* (éd.), *Verblijfsregeling*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 118.

49 Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2009, *op. cit.*, n° 30.

50 Voy. également à ce sujet J.-Y. HAYEZ, « Le discernement chez l'enfant et l'adolescent », [www.jeanyvshayez.net](http://www.jeanyvshayez.net), consulté le 23 octobre 2020, ainsi que notre analyse approfondie des notions et conditions d'âge, de discernement et de maturité in « 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.*, pp. 39-42 et les références y citées. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère, à la fin de l'arrêt *M. et M. c. Croatie* (n° 186 *in fine*), à la maturité de l'enfant (contrairement à ce qui était le cas à un stade plus précoce de son raisonnement – *ibid.*, n° 184), mais celle-ci semble, au regard du libellé de sa motivation, être mise en rapport direct avec l'âge et ne pas avoir fait l'objet d'une appréciation *in concreto* (les experts paraissent ne s'être exprimés que sur les aptitudes intellectuelles et scolaires de l'enfant, qui sont *a priori* censées être moins soumises au temps que la maturité).

51 Dans le même sens : Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, Wolters Kluwer, 2018, p. 288.

52 « 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.*, pp. 41-42.

53 Voy. spéc. nos 184 et 186 de l'arrêt.

opinion, mais il aurait pour conséquence que son discernement et sa maturité ne seraient plus présumés, mais à établir *in concreto*<sup>54</sup>.

*b) L'opinion de l'enfant admissible dans son principe comme critère déterminant en ce qui concerne son hébergement dans la jurisprudence strasbourgeoise*

L'absence de toute disposition, dans la Convention européenne, concernant la prise en considération de l'opinion de l'enfant n'a pas empêché la Cour de Strasbourg de considérer, à plusieurs reprises, que les souhaits exprimés par celui-ci pouvaient constituer un motif de refus, admissible au regard de l'article 8, de faire droit à la demande de parents ou de grands-parents de le voir retourner vivre chez eux. Ainsi en a-t-il été dans l'arrêt *Hokkanen c. Finlande*<sup>55</sup> où le père, veuf, sollicitait l'hébergement de sa fille de 10 ans, jugée mature et qui vivait chez ses grands-parents. Dans une affaire *Gnahoré c. France*<sup>56</sup>, le père s'était vu refuser le retour de son enfant placé, car celui-ci s'y opposait. De même, la Cour a considéré, dans un arrêt *Bronda c. Italie*<sup>57</sup>, que les juridictions nationales n'avaient pas contrevenu à la vie familiale de grands-parents en permettant à leur petite-fille de continuer de séjourner dans sa famille d'accueil, comme elle le souhaitait<sup>58</sup>.

Toutefois, ces arrêts ne font que témoigner de ce que la Cour *admet* qu'il soit statué, dans un certain nombre de cas, en fonction de l'opinion de l'enfant. Elle n'y reconnaît cependant aucun *droit*, dans le chef de l'enfant, comme elle a semblé le faire plus tard dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie*.

*c) Les limites : absence de droit de veto dans le chef de l'enfant : Elsholz c. Allemagne et C. c. Finlande*

L'admissibilité même de l'opinion de l'enfant comme critère décisionnel permettant de restreindre les droits des parents ne semble pas sans limites

54 Notons enfin que « l'appréciation de l'intérêt de l'enfant et de son discernement (ou de sa maturité) sont deux choses fondamentalement différentes qui ne peuvent être confondues. L'évaluation du discernement consiste à vérifier si l'enfant est en mesure de se former une option concernant un point précis, alors que l'appréciation de son intérêt a pour objet de déterminer l'option éducative qui lui est la plus favorable » (*Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 215, n° 227, et T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale », *J.D.J.*, 2006, liv. 257, p. 30).

55 Cour eur. D.H., arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, *Publ. Cour eur. D.H.*, 1995, série A, n° 299-A, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 97, *J.D.J.*, 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.D.J.*, 1998, liv. 174, p. 14.

56 Cour eur. D.H., arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998, spéc. §§ 60-63.

57 Cour eur. D.H., arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000, spéc. §§ 57-63, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 145, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1063, et *R.W.*, 2002-2003, liv. 14, p. 556 (reflet).

58 Concernant ces arrêts, voy. 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*, *op. cit.*, 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 et 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 », *op. cit.*, p. 36.

aux yeux des juges strasbourgeois. Ainsi, la Cour, dans son arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000<sup>59</sup>, dont l'extrait repris ci-dessus donne lui aussi lieu aux présentes observations, a considéré que les simples dires de l'enfant ne pouvaient pas constituer un critère exclusif menant (au maintien de) la suppression de tout contact entre celui-ci et son père, sans que son opinion réelle soit vérifiée.

Dans cette espèce, le père avait sollicité sans succès un droit aux relations personnelles avec son jeune enfant (6 ans), né hors mariage, devant les juridictions nationales allemandes. Celles-ci considéraient, en effet, les contacts demandés comme contraires au « bien-être » de l'enfant après avoir entendu celui-ci à deux reprises (à plus d'un an d'intervalle). Or l'enfant avait qualifié son père de « méchant » et d'« idiot » lors de ces entretiens (tout en précisant qu'il était violent avec la mère ; l'enfant avait ajouté que la mère disait qu'il n'était pas le père et qu'elle avait peur de lui). Le juge du fond avait donc conclu que les tensions étaient trop vives, que l'enfant risquait d'être pris dans un conflit de loyauté et que la reprise des contacts était dès lors contraire à son intérêt, malgré l'expertise psychologique recommandée par l'Office de la Jeunesse. Le tribunal allemand, dont la décision fut par la suite confirmée lors des différents recours introduits par le père, n'avait toutefois pas suivi cette recommandation et estimait qu'il « tombait sous le sens » qu'un droit aux relations personnelles ne rencontrait pas l'intérêt de l'enfant vu le contenu des auditions.

Or la Cour de Strasbourg, qui conclut à la violation de l'article 8 de la Convention, stigmatise précisément le refus, notamment par la juridiction d'appel, d'ordonner l'expertise psychologique indépendante que le père avait sollicitée afin d'établir les « véritables » souhaits de l'enfant. Il en ressort qu'aux yeux de la Cour, une question aussi importante que celle de la reprise de contacts entre un enfant de 6 ans et son père ne peut être résolue en fonction de la seule opinion exprimée par le premier lors de son audition, sans vérifier davantage ce que révèlent ces propos (et par ailleurs sans permettre au père, comme ce fut le cas en l'espèce, de faire valoir ses arguments lors d'une audience devant l'instance d'appel)<sup>60</sup>.

Ce serait certes aller trop loin que d'extrapoler la portée de cet arrêt en considérant que les dires de l'enfant doivent être systématiquement accompagnés, voire vérifiés, par une mesure d'expertise<sup>61</sup>, mais il paraît (néanmoins) se déduire [...] de cet arrêt, qu'il incombe à tout le moins au juge une *obligation de moyen[s]* consistant à tenter d'appréhender au mieux possible l'opinion *réelle*

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

60 *Ibid.*, n° 53.

61 « 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. 29.

de l'enfant<sup>62</sup>, sans occulter pour autant la difficulté, dans bien des cas, pour un magistrat d'y accéder<sup>63</sup>.

Reste à savoir si ces enseignements retenus de l'arrêt *Elsholz* et l'obligation de compléter les dires de l'enfant par une mesure d'investigation s'appliquent également lorsqu'il s'agit d'adolescents. La Cour a répondu par l'affirmative à cette question dans son arrêt *C. c. Finlande*<sup>64</sup>, rendu en 2006 et dont un extrait est également repris ci-dessus.

Les enfants, qui, cette fois, étaient âgés de 12 et 14 ans, avaient émis le désir de demeurer en Finlande chez la compagne de leur mère, qui venait de décéder (et avec qui ils avaient vécu durant plusieurs années) plutôt que de retourner vivre avec leur père en Suisse. Après que le père (finlandais habitant la Suisse) eut obtenu la garde des enfants devant les juridictions de première instance, la Cour suprême de Finlande a considéré qu'il n'existait aucune raison de douter de l'opinion des enfants et de les séparer de leur « seconde maman ».

Tout en rappelant qu'une mise en balance doit être effectuée entre les droits du parent et l'intérêt des adolescents, la Cour de Strasbourg constate que la haute juridiction finlandaise confère une importance « exclusive » à la volonté des deux jeunes alors que le père pouvait légitimement craindre qu'ils soient manipulés par la compagne de leur défunte mère, avec qui ils vivaient depuis le décès de celle-ci. Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'homme stigmatise tant le « droit de veto » reconnu aux adolescents sans même ordonner une mesure d'expertise afin de vérifier leur intérêt *in concreto* que la réformation des décisions antérieures (favorables au père), sans même tenir d'audience<sup>65</sup>.

Les principes qui se dégagent des arrêts *Elsholz c. Allemagne* et *C. c. Finlande* sont-ils remis en question par la Cour dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie* ? Celui-ci a été rendu neuf ans après le deuxième et la Cour y reconnaît, bien au-delà de l'admissibilité de l'opinion de l'enfant comme critère décisionnel, un véritable droit subjectif. Il convient cependant d'éviter de conclure trop hâtivement à une rupture entre l'arrêt *M. et M.* et les deux premiers.

- Tout d'abord, force est de constater que, dans les affaires *Elsholz c. Allemagne* et *C. c. Finlande*, il était reproché aux juridictions nationales d'avoir restreint de manière considérable les droits des pères sans même qu'une mesure d'expertise soit ordonnée et qu'une audience soit tenue pour en débattre. Dans l'affaire *M. et M. c. Croatie*, les restrictions pour le

62 « 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. 30 – nous soulignons.

63 Voy., à ce sujet, J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant : aspects juridiques », in J.-L. RENCHON et J. SOSSON (dir.), *Filiation et parentalité*, Actes du XIII<sup>e</sup> colloque de l'association Famille et Droit, Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 255, n<sup>o</sup> 41, cité également par L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 674.

64 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.

65 *Ibid.*, point 58 de l'arrêt.

père auraient assurément été moindres et ses droits procéduraux étaient respectés.

- Ensuite, les arrêts *Elsholz c. Allemagne* et *C. c. Finlande* révèlent chacun des motifs permettant de douter de la sincérité des opinions des enfants. L'arrêt *M. et M.*, quant à lui, témoigne de ce que l'adolescente est mature et de ce que rien ne semble indiquer que le suivi de son opinion contreviendrait à son intérêt. En ce sens, la nécessité de vérifier la sincérité de l'enfant et son intérêt *in concreto* s'accroît lorsque son opinion s'oppose au principe selon lequel il est censé vivre en présence de chacun de ses parents ou à tout le moins du parent survivant<sup>66</sup>.

Une lecture commune de ces trois arrêts permettrait donc, dans une approche systémique, de considérer que l'opinion de l'enfant *ne peut* être suivie sans mesure complémentaire d'investigation et sans débat contradictoire, lorsqu'elle tend à limiter considérablement, voire à empêcher, les contacts avec un de ses parents et que sa sincérité est mise en doute, alors qu'elle *doit*, au contraire, s'avérer déterminante lorsque tel n'est pas le cas, s'il est mature et si les données de la cause ne révèlent aucune contre-indication au regard de son intérêt.

## 2. Applications en droit interne belge

### a) *Le poids de l'opinion de l'enfant devant les juridictions belges dans les contentieux qui le concernent*

Sans revenir ici en détail sur l'obligation de prendre en considération l'opinion de l'enfant formulée à l'article 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire<sup>67</sup>, relevons simplement que plusieurs études démontrent que celle-ci s'avère déterminante dans 76,47 %<sup>68</sup> à 82 %<sup>69</sup> des litiges entre les parents à propos de l'enfant. Ainsi :

« Ladite opinion détermine le plus souvent l'issue du litige lorsqu'il s'agit d'un contentieux à propos du pays de résidence, du type de l'enseignement, des internats, des activités extrascolaires et de l'éducation quotidienne. Cette tendance demeure lorsque sont seuls pris en considération les litiges concernant des enfants de 12 ans ou plus. 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

66 Voy., à ce sujet, les articles 5, 7.1, 9.3 et 18.1 de la CIDE et *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 87 et s. et pp. 200 et s., ainsi que les références, notamment à la jurisprudence strasbourgeoise, y citées.

67 Voy. *supra*.

68 « 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. 33, et *ibid.*, p. 34, pour des pourcentages plus détaillés en fonction de différents types de contentieux éducatifs entre les parents.

69 Ch. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind? », *Liber amicorum P. Senaevae*, Kluwer, 2017, p. 249, n<sup>os</sup> 28-29.

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 en revanche moins réticents à refuser un voyage à l'enfant malgré ses souhaits ou à lui imposer une école contre son gré »<sup>70</sup>.

Force est cependant de constater que, dans les cas où un père ou une mère invoque un accord parental concernant le point litigieux, et l'autre fait état de l'opinion – contraire – de l'enfant, la plupart des juges donnent priorité au premier sur la deuxième et s'inscrivent ainsi dans une optique davantage protectionniste qu'autonomiste<sup>71</sup>.

### b) *L'enfant comme partie au contentieux parental : le Rubicon non franchi*

Enfin, la Cour de Strasbourg ne semble jamais avoir été saisie de la question de la possibilité, pour l'enfant, d'intervenir comme partie dans les contentieux qui le concernent<sup>72</sup>, mais celle-ci a fait couler beaucoup d'encre au sein de la doctrine et de la jurisprudence belges depuis de nombreuses années. Bien que l'enfant soit incapable d'exercice en vertu des articles 388, 488 et 1124 du Code civil, certains ont quand même tenté d'intervenir volontairement dans le cadre de procédures judiciaires, soit afin d'y solliciter le droit d'être entendu – mais en se heurtant au prescrit de l'article 1004/1, § 6, alinéa 1<sup>er</sup>, qui leur dénie expressément la qualité de partie procédurale – soit, le plus souvent, afin d'y faire valoir, sur le fond, une demande concernant leur éducation, leur hébergement ou les relations personnelles. Une jurisprudence relativement divisée au sein des juridictions de fond en est ressortie<sup>73</sup>, la controverse se

70 « 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.*, pp. 34-35 et les références y citées. Voy. p. ex. Réf. Bruxelles (néerlandophone) 14 août 2008, n° rôle 08/1251/C, rép. 08/36961 ; Réf. Gand, 26 août 2005, n° rôle 05/401/C, rép. 12233 ; Réf. Gand, 27 juin 2007, n° de rôle 04/640/C, rép. 07.10025 ; Réf. Bruxelles (néerlandophone) 23 avril 2008, n° rôle 08/553/C, rép. 08/29812 ; Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205 ; Trib. fam. Bruxelles (133<sup>e</sup> ch.), 4 avril 2018, *Act. dr. fam.*, 2018, liv. 5, p. 106, citées et analysées *ibid.*, pp. 34-35 et p. 37, et in *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, pp. 304, 369, 755-756 et 758. Pour un relevé global de la jurisprudence publiée en matière des contentieux parentaux en matière d'autorité parentale, d'hébergement et de relations personnelles, et de la place de l'opinion de l'enfant, voy. N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 280-282 ; J.-P. MASSON et N. MASSAGER, *Droit des personnes – Chronique de jurisprudence 1994-1998*, Bruxelles, Larcier, 2000 ; N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », *Droit des personnes et des familles – Chronique de jurisprudence 1999-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006 ; N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », *Droit des personnes et des familles – Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012 ; M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. CARRE *et al.*, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 367 et s.

71 « 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.*, pp. 37-38.

72 Pourtant, une Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants élaborée au sein du Conseil de l'Europe et ouverte aux signatures le 25 janvier 1996 prévoit la désignation d'un représentant de l'enfant dans les procédures qui le concernent. Cette Convention n'a toutefois pas recueilli le succès escompté et n'a été ni signée ni ratifiée par la Belgique.

73 Pour un aperçu exhaustif de cette jurisprudence, voy. 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, spéc. nos 5-6 et les références y mentionnées, et Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, et la jurisprudence y citée sous la note infrapaginale n° 362.

poursuivant également en doctrine<sup>74</sup> où certains ont considéré que l'enfant pourrait être représenté par un tuteur *ad hoc* dans ces procédures<sup>75</sup>.

Bien qu'elle ait reconnu trois ans plus tôt un effet direct à l'article 12 de la CIDE<sup>76</sup>, la Cour de cassation a mis fin à la controverse en rejetant, dans un arrêt du 10 février 2020, la thèse selon laquelle il pouvait s'en déduire, ainsi que de l'article 9 de la même Convention, un quelconque droit de l'enfant à intervenir en tant que partie à la cause opposant ses parents quant à son hébergement<sup>77</sup>. Par ailleurs, la même Cour avait déjà considéré qu'un éventuel tuteur *ad hoc* n'avait pas l'obligation de rencontrer le mineur ni de recueillir son opinion, de sorte qu'une telle intervention à la cause n'aurait pas été de nature à accroître son autonomie<sup>78</sup>.

## II. Domaines spécifiques où le mineur bénéficie d'une certaine autonomie

Le législateur belge a reconnu, dans plusieurs domaines, une certaine autonomie au mineur. Toutefois, nous verrons que celle-ci demeure limitée dans la plupart des cas, car si l'enfant doit y donner son accord ou formuler lui-même la demande, le consentement des parents reste bien souvent requis lui aussi.

### A. L'état de l'enfant : quelle autodétermination ?

#### 1. La filiation

Le mineur non émancipé, mais doté de discernement, peut reconnaître un enfant conformément à l'article 328, § 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>79</sup>. Le consentement

74 À ce sujet, voy. not. B. POELMANS, « Het hoorrecht van minderjarigen », in P. SENAËVE et W. PINTENTS (eds), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Maklu, Anvers-Appeldoorn, 1997, n<sup>os</sup> 181-187 et les références y citées. Certains auteurs ont vu dans l'article 9.2 de la CIDE un fondement juridique à une (certaine) capacité des mineurs d'ester en justice – *ibid.*, n<sup>o</sup> 184. Adde : T. MOREAU, *Les Droits de l'Enfant dans le champ de l'aide et de la protection de la jeunesse. Émergence et signification*, thèse de doctorat en droit de la Faculté de droit de l'U.C.L., 2003, pp. 384 et s. ; G. VERSCHULDEN, S. BROUWERS, K. BOONE, I. MARTENS et K. VERSTRAETE, « Overzicht van rechtspraak – Familierecht (2001-2006) », *T.P.R.*, 2007, p. 763, n<sup>os</sup> 894-895 ; D. PIRE, « Tribunal de la Jeunesse et droit judiciaire privé », in *Actualités du droit familial. Le point en 2007*, Liège, éd. Formation permanente C.U.P., 2001, pp. 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 », *op. cit.*, p. 123, 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 », *op. cit.*, n<sup>os</sup> 5 et s. et dans *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 169, n<sup>o</sup> 171, note infrapaginale 496.

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

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

77 Cass., 10 février 2020, *T. Fam.*, 2020, liv. 7, p. 198. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. M. MALLIEN, « L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation: la question des autonomies à travers trois hot topics », *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 6-7, pp. 203 à 205.

78 Cass., 6 octobre 2017, n<sup>o</sup> C.16.0421.F. Rappelons au passage que l'incapacité d'exercice n'entraîne pas pour autant l'irrecevabilité de l'action que le mineur aurait malgré tout introduite sans le concours de ses représentants légaux. La partie défenderesse pourrait cependant soulever une exception dilatoire, suspendant la demande introduite par le mineur ayant agi seul, jusqu'à ce que les représentants légaux décident de la poursuivre, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 297-298 et les références y citées.

79 Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, *op. cit.*, p. 280, n<sup>o</sup> 153.

dudit mineur est requis à partir de l'âge de 12 ans par l'article 329bis, § 2, alinéa 2, du même Code – outre celui du parent à l'égard duquel la filiation était déjà établie – lorsqu'il fait lui-même l'objet d'une reconnaissance ou d'une action en justice tendant à l'établissement de sa filiation, à moins que le juge ne constate qu'il ne possède pas suffisamment de discernement<sup>80</sup>.

## 2. L'adoption

La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie, dans un arrêt *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004<sup>81</sup>, par des adoptants italiens qui reprochaient aux autorités nationales de ne pas voir exécutées les décisions judiciaires relatives à l'adoption de deux filles mineures. Or la Cour constate que celles-ci refusaient constamment de rejoindre leurs parents adoptifs en Italie et, partant, considère que cette volonté exprimée par les enfants doit avoir un « certain poids » lors de l'appréciation de leur intérêt qui, dès lors, a pu justifier le refus des autorités roumaines sans contrevenir à l'article 8 de la Convention.

Quatre ans plus tard fut établie la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (ratifiée le 7 mai 2015 par la Belgique)<sup>82</sup> qui, en son article 5.1.b, requiert expressément, pour l'adoption, « le consentement de l'enfant considéré par la législation comme ayant un discernement suffisant ; un enfant est considéré comme ayant un discernement suffisant lorsqu'il a atteint l'âge prévu par la loi, qui ne doit pas dépasser 14 ans »<sup>83</sup>. Cependant, il n'est pas question d'une véritable autonomie du mineur, puisque la même disposition exige également l'accord des parents.

En Belgique, l'article 348-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil précise que le consentement de l'adopté, tout comme celui de ses représentants légaux s'il est mineur, est requis à partir de l'âge de 12 ans, sauf si le juge considère que celui-ci se trouve privé de discernement. Hormis ce cas, le tribunal ne peut passer outre ce consentement, de sorte que l'enfant dispose ici d'un véritable droit de veto<sup>84</sup>. Par ailleurs, l'enfant, qui doit être convoqué dans le cadre de la procédure d'adoption conformément à l'article 1231-8, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, se voit offrir la possibilité d'intervenir volontairement dans cette procédure<sup>85</sup>, ce qui constitue une exception à son incapacité d'ester en justice<sup>86</sup>.

80 *Ibid.*, p. 281, n° 154. Il incombe toutefois au juge, en cas de refus des consentements requis, d'apprécier si la reconnaissance rencontre l'intérêt de l'enfant, C. const., 2 juillet 2015 ; C. const., 16 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 1, p. 2, note N. MASSAGER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011 (somm.), liv. 1, p. 118 ; *T. Fam.*, 2011, liv. 4, p. 56, note F. SWENNEN.

81 Cour eur. D.H., arrêt *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, *NJW*, 2004, liv. 89, note E. BREMS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, liv. 2, p. 513, note M.D.

82 Voy. Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) du 27 novembre 2008, à consulter via <https://www.coe.int>.

83 Nous soulignons.

84 G. VERSCHULDEN, « De notaris en het hervormde federale adoptierecht », *Notariaat*, 2005, liv. 17-18, p. 4.

85 Cass., 8 février 2019, *R.A.B.G.*, 2019, liv. 20, p. 1805.

86 Voy. *supra*, note infrapaginale.

### 3. Le mariage

Ni l'article 8 ni l'article 12 de la CEDH ne reconnaissent aux mineurs le droit de se marier, voire que leur union soit reconnue<sup>87</sup>, avant l'âge nubile. Si l'article 144 du Code civil fixe cet âge à 18 ans, il est loisible au tribunal de la famille d'autoriser le mineur de se marier pour des « motifs graves ». Le législateur a ainsi introduit une véritable exception à l'incapacité du mineur d'ester en justice<sup>88</sup>, puisque la demande peut, à défaut d'accord des parents (et uniquement dans ce cas), être introduite par le mineur lui-même. Bien que le texte ne le précise pas expressément et ne mentionne d'ailleurs aucun âge minimal pour introduire une telle demande, il apparaît indiscutable que le tribunal peut autoriser le mariage uniquement si le mineur dispose de la faculté de discernement<sup>89</sup>, le consentement constituant une condition essentielle du mariage<sup>90</sup>.

À titre d'exemple de « motif grave », la grossesse de la future épouse ne suffit plus<sup>91</sup>. N'ont dès lors pas été retenus le risque d'interruption des études et de fugue ni le caractère inconcevable d'une naissance dans le milieu culturel<sup>92</sup>. Certaines juridictions estiment toutefois que la notion de « motifs graves » doit s'entendre dans un sens suffisamment large afin d'éviter de priver l'article 145 de tout effet utile<sup>93</sup>. Ainsi, il a été considéré que l'autorisation de célébrer le mariage devait être accordée lorsqu'un couple mineur vit déjà de manière autonome, alors que leurs familles les considèrent déjà comme mariés<sup>94</sup>. En revanche, en cas de refus des parents, le juge n'exerce qu'un contrôle marginal et ne peut autoriser le mariage qu'en cas d'abus de leur autorité<sup>95</sup>.

### 4. Le changement de sexe

Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé, à plusieurs reprises, le droit d'adultes d'obtenir le changement de sexe<sup>96</sup>, elle

87 Cour eur. D.H., arrêt *Z.H. et R. H. c. Suisse* du 8 décembre 2015 (refus par la Suisse d'octroyer un titre de séjour sur la base d'un mariage entre un homme de 18 ans et une adolescente de 14 ans), G. WILLEMS, P. TAPIERO et M.-P. ALLARD, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, liv. 1, p. 80, n° 48.

88 Voy. *supra*, note infrapaginale.

89 Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, op. cit., p. 283, n° 157.

90 *Ibid.* et la référence y citée.

91 Trib. jeun. Gand, 9 mai 2005, *T. Fam.*, 2008, liv. 5, p. 90, note R. VASSEUR.

92 Bruxelles (jeun.), 2 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, liv. 2, p. 421.

93 Trib. jeun. Charleroi, 5 juillet 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, liv. 4, p. 1117.

94 Trib. jeun. Gand, 5 novembre 2007, *T. Fam.*, 2008, liv. 5, p. 92, note R. VASSEUR.

95 Trib. jeun. Bruxelles, 28 janvier 2011, *T.J.K.*, 2013, liv. 1, p. 65. Voy. R. VASSEUR, « Huwelijk van een minderjarige: over de toestemming van de ouders en zwangerschap als gewichtige reden », *T.J.K.*, 2013, liv. 1, p. 66.

96 Voy. spéc. Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, Cour eur. D.H., arrêt *Y.Y. c. Turquie* du 10 mars 2015, Cour eur. D.H., arrêt *A.P. Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017 et Cour eur. D.H., arrêt *Y.T. c. Bulgarie* du 9 juillet 2020. Pour le recensement complet de ces arrêts et pour les diverses décisions garantissant, sur le plan international, le changement de sexe, voy. G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, « L'appréhension des violences subies par les personnes trans\* et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce », in S. WATTIER (dir.), *Les violences de genre au prisme du droit*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 40-46 et les nombreuses références y mentionnées.

ne semble pas encore s'être prononcée sur l'ouverture d'un tel droit à des personnes mineures.

En Belgique, il ressort de l'article 135/1, § 10, du Code civil que le mineur non émancipé peut effectuer devant l'officier d'état civil une déclaration faisant état de sa « conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement »<sup>97</sup>. Rappelons que cette demande tend uniquement à la modification de l'état du mineur, et qu'elle n'est nullement conditionnée par un quelconque traitement ou par une intervention chirurgicale<sup>98</sup> dont l'accessibilité au mineur devrait, en toute hypothèse, être appréciée séparément et à l'aune de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient<sup>99</sup>. Seule importe la conviction dont la personne fait état, sans qu'intervienne aucunement son apparence ou sa perception par l'entourage (contrairement à ce qui est le cas outre-Quévrain<sup>100</sup>).

Pour effectuer valablement sa déclaration, le mineur doit être âgé d'au moins 16 ans, et celle-ci doit être accompagnée d'une attestation d'un pédopsychiatre faisant état d'une faculté de discernement suffisante pour être animé d'une telle conviction. La condition de discernement est donc appréciée d'une manière différente, à certains égards, de ce qui prévaut lors des contentieux parentaux, puisque, d'une part, celui-ci est établi par un pédopsychiatre et, d'autre part, il se trouve assorti d'un âge minimal<sup>101</sup>. La détermination du discernement apparaît donc ici comme à la fois plus exigeante – de par la condition d'âge – que ce qui prévaut pour les contentieux d'hébergement, mais aussi plus accessible au mineur puisqu'il choisit librement le pédopsychiatre qui en témoignera.

Par ailleurs, le système met en place un régime d'assistance, puisqu'il prévoit que l'enfant sera assisté de ses parents lors de sa déclaration. Si les représentants légaux refusent de donner leur autorisation, le mineur peut solliciter auprès du tribunal de la famille l'autorisation d'effectuer cette déclaration sans leur consentement, mais assisté d'un tuteur *ad hoc*<sup>102</sup>.

97 Art. 135/1, § 10, C. civ. Notons toutefois que tant le caractère irrévocable de ce changement que l'obligation d'opter, dans le cadre de celui-ci pour le sexe masculin ou le sexe féminin (empêchant le choix pour un sexe non binaire), ont été jugés inconstitutionnels, C. const., 19 juin 2019 ; P. CANNOOT, « Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af », *T. Fam.*, 2020, liv. 1, pp. 17-26 ; A. D'ESPALLIER, « Transgenderwet gedeeltelijk vernietigd – Grondwettelijk Hof zet haakjes bij de hokjes M en V », *T.J.K.*, 2019, liv. 3, pp. 281-287 ; F. FONTEYN, « Grondwettelijk Hof wijst wetgever op eigen uitgangspunt in de Transgenderwet », *R.W.*, 2019-2020, liv. 26, pp. 1027-1031 ; M. PETERS, « La loi de 2017 et le principe d'autodétermination de l'individu », *R.G.D.C.*, 2020, liv. 6, pp. 357-364 ; J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, liv. 4, pp. 731-750 ; G. VERSCHULDEN, « De privaatrechtelijke positie van transgender personen in België », *T.P.R.*, 2019, liv. 3-4, pp. 1211-1308 ; G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2020, liv. 124, pp. 895-920.

98 À ce sujet, voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Y. Y. c. Turquie* du 10 mars 2015 et Cour eur. D.H., arrêt *A.P. Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017.

99 Voy. *infra*.

100 Voy. art. 65-5, al. 2, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, C. civ. fr.

101 Comp. avec l'article 5.1.b de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants du 27 novembre 2008, évoquée *supra*, d'où il ressort qu'en matière de consentement à l'adoption, l'enfant doit être considéré comme étant doté du discernement *au plus tard* à l'âge de 14 ans.

102 G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, « L'appréhension des violences subies par les personnes trans\* et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce », *op. cit.*, p. 51 et les références y mentionnées.

Reste à savoir ce qu'il advient si un des parents marque son accord, alors que l'autre s'oppose à la modification du sexe. Dans la mesure où le texte fait état des « parents » et du « représentant légal », il y a lieu d'en déduire que le consentement doit être donné en principe tant par le père que par la mère en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale<sup>103</sup>, mais que l'officier d'état civil, s'il est de bonne foi, se trouve en droit de présumer l'accord du parent absent conformément à l'article 373, alinéa 2, du Code civil. Si le désaccord est avéré et connu de l'officier d'état civil, le mineur devra, ici également, obtenir l'autorisation du tribunal de la famille d'effectuer cette déclaration, assisté d'un tuteur *ad hoc*<sup>104</sup>. Enfin, l'enfant peut effectuer la déclaration, assisté du seul parent exerçant exclusivement l'autorité parentale<sup>105</sup>.

## B. La disposition par l'enfant de son corps

### 1. Les droits du patient mineur

L'article 12, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient prévoit que les parents, exerçant l'autorité parentale, agissent au nom de l'enfant dans le cadre desdits droits. Toutefois, il ressort du paragraphe 2 de la même disposition que, suivant son âge et sa maturité, l'enfant est associé à l'exercice de ces droits et que, s'il « peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts », il se voit autorisé de les exercer de manière autonome<sup>106</sup>. Il en résulte que le législateur n'a pas opté pour un seuil d'âge ou pour une majorité spécifique, mais pour une croissance progressive en autonomie. L'aptitude du mineur à apprécier son intérêt « renvoie à l'idée de discernement »<sup>107</sup>, de sorte qu'il est permis de considérer que les principes évoqués dans le cadre de l'analyse des articles 12 de la CIDE et 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution, développés dans l'Observation générale n° 12 rendue par le Comité des droits de l'enfant et repris dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015 concernant cette notion<sup>108</sup> s'appliquent *mutatis mutandis* dans le cadre de l'exercice des droits des patients.

Par conséquent, l'enfant doté d'un discernement suffisant afin de prendre une décision relative à un traitement, à une intervention chirurgicale ou à l'exercice d'un autre droit en tant que patient peut agir sans devoir obtenir

103 Voy., à ce sujet, M. MALLIEN, « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et des mineurs, en particulier. Regards d'outre-Quévrain », in A. BATTEUR et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Éthique et conditions de fin de vie*, éd. Mare et Martin, 2016, p. 264, n° 35 et les références y citées.

104 G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, « L'appréhension des violences subies par les personnes trans\* et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce », *op. cit.*, p. 51.

105 « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et des mineurs, en particulier. Regards d'outre-Quévrain », *op. cit.*, 264.

106 À ce sujet, voy. Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, *op. cit.*, pp. 289-294 et les références y citées, dont not. N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 204 et s. ; N. GALLUS, « La capacité des mineurs face aux soins de santé », in E. THIRY (dir.), *Actualités de droit familial et de droit médical. Les personnes les plus faibles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 5 et s.

107 Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, *op. cit.*, pp. 291 et 293.

108 Voy. *supra*.

l'accord de ses parents, ni même les informer. Le législateur a ainsi opté pour un régime de réelle autonomie et a créé une véritable dérogation à l'incapacité d'exercice du mineur et, partant, à l'étendue de l'autorité parentale<sup>109</sup>. Parmi ces droits se trouve aussi celui d'être informé de son état<sup>110</sup>, et de ne pas voir ses parents être reçus en consultation par son médecin traitant ni recevoir une copie de son dossier médical<sup>111</sup>.

## 2. La mère mineure et l'interruption volontaire de grossesse

Si la Cour de Strasbourg n'a pas consacré de véritable droit à l'avortement<sup>112</sup>, plusieurs de ses arrêts ont conclu à la violation de l'article 8 – mais aussi de l'article 3 – de la CEDH à la suite de l'impossibilité, dans les faits, pour les femmes de recourir à l'IVG dans les pays dont la législation leur offrait cependant en théorie cette possibilité<sup>113</sup>. Un de ces arrêts, rendu dans une affaire *P. et S. c. Pologne* le 30 octobre 2012, concernait une mère mineure de 14 ans<sup>114</sup>. Celle-ci, après avoir subi un viol, s'était non seulement vu opposer le refus de l'hôpital de s'y faire avorter (un ministre du culte lui avait même été envoyé, sans son accord, afin de l'en dissuader), mais avait également été exposée à de nombreuses pressions<sup>115</sup> à la suite d'un communiqué de presse émanant de la direction hospitalière (qui avait également divulgué à des journalistes des informations plus précises qui *in fine* avaient permis d'identifier la requérante). La Cour européenne, saisie par la jeune femme et sa mère, a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention en stigmatisant l'absence de procédures permettant d'exercer effectivement le droit de se faire avorter reconnu par la loi polonaise et d'obtenir dans un temps raisonnable une information adéquate à ce sujet<sup>116</sup>. Cet arrêt n'oblige certes pas les États à octroyer à la mère mineure un droit à l'avortement. Il leur impose, en revanche, de garantir l'exercice effectif et de

109 Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, op. cit., p. 291.

110 Art. 8 de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient.

111 *Ibid.*, art. 15.

112 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010 où la Cour a estimé que les conditions d'accès très strictes à l'avortement ne violaient pas la CEDH. Pour une analyse de cet arrêt et de l'éventuelle reconnaissance future d'un droit à l'avortement, voy. G. WILLEMS et L. COHEN, « Regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sur le droit à l'avortement », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, liv. 111, pp. 568 et s.

113 Voy. spéc. Cour eur. D.H., arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007 et Cour eur. D.H., arrêt *R.R. c. Pologne* du 26 mai 2011, analysés *ibid.*, pp. 560-562.

114 Cour eur. D.H., arrêt *P. et S. c. Pologne* du 30 octobre 2012. À propos de cet arrêt, voy. *ibid.*, p. 562, G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, liv. 4, p. 744, n° 36, et P. DE HERT, K. WEIS, I. BAMBUST, I. CASIER et A. WILLEMS, « Rechtspraak in kort bestek van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. November-december 2012 », *T. Strafr.*, 2013, liv. 1, pp. 43 et s.

115 Il s'agissait notamment de nombreuses pressions médiatiques, policières et judiciaires (interrogatoires, placement temporaire de la jeune femme et de la déchéance de sa mère de l'autorité parentale...), avant qu'elle puisse, finalement, recourir à l'IVG dans un autre établissement à Varsovie comme le lui permettait la loi polonaise.

116 Outre cette absence de mise en œuvre de conditions permettant l'exercice d'un droit, qui ne pourrait demeurer théorique, la Cour tient compte également du non-respect du secret médical et des prérogatives parentales de la mère pour conclure à la violation de l'article 8. Elle considère enfin la mesure de placement ainsi que les pressions extrêmes auxquelles l'adolescente avait été soumise par l'hôpital et par la police, comme constitutives des articles 5 et 8 de la CEDH.

manière autonome de ce droit si celui-ci est prévu par la législation nationale, un tel droit ne pouvant être cantonné à une existence théorique.

En Belgique, la jeune femme mineure peut décider librement de se faire avorter, l'article 2 de la loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse ne prévoyant pas de condition d'âge (comme c'est d'ailleurs le cas depuis la dépénalisation partielle de l'IVG en 1990)<sup>117</sup>.

### 3. L'euthanasie des mineurs non émancipés

La Cour européenne n'a pas eu, à ce jour, à se prononcer sur l'euthanasie de mineurs. Toutefois, quelques balises intéressantes ressortent de l'arrêt qu'elle a rendu dans la célèbre affaire de *Vincent Lambert* quant aux adultes<sup>118</sup>. Tout d'abord, la Cour considère que la détermination de l'organe décisionnel et des consentements requis (hormis celui du patient) appartient aux législateurs nationaux et entre donc dans la marge d'appréciation des États, faute de consensus européen à ce sujet. Rien ne permet toutefois d'exclure que la Cour se montrerait plus exigeante s'il s'agissait de mineurs, notamment en ce qui concerne l'accord des parents<sup>119</sup>. Ensuite, les juges strasbourgeois insistent largement, dans cette même affaire, sur la nécessité d'une procédure.

En Belgique, la pratique de l'euthanasie sur des mineurs non émancipés dotés de la faculté de discernement a été dépénalisée sous conditions par la loi du 28 février 2014 modifiant celle du 28 mai 2002 qui régissait déjà celle des patients majeurs (et mineurs émancipés)<sup>120</sup>. L'observation de ces conditions est vérifiée *a posteriori* par une Commission fédérale de contrôle et d'évaluation<sup>121</sup>. Comme pour ceux-ci, la situation médicale doit s'avérer sans issue et les souffrances insupportables, sans apaisement possible<sup>122</sup>. Toutefois, seules des souffrances physiques peuvent justifier la demande d'euthanasie lorsqu'il s'agit d'un mineur non émancipé<sup>123</sup>. Au niveau procédural, un deuxième

117 Un an et demi après ladite dépénalisation partielle, l'ancienne Cour d'arbitrage avait conclu à la non-violation des (actuels) articles 10 et 11 de la Constitution en considérant que « [l]es parties requérantes affirment que les parents d'une fille mineure enceinte sont discriminés par rapport à celle-ci parce que leur "droit au respect de la vie familiale" peut être méconnu par une décision arbitraire de leur fille sans qu'ils puissent user de leur autorité sur elle ni faire appel à un juge indépendant. Une femme mineure enceinte et ses parents se trouvent dans une situation toute différente quant à la grossesse de la première. Le principe d'égalité n'exige pas que la femme mineure qui envisage d'interrompre sa grossesse soit obligée, à peine de commettre un fait qualifié infraction, de consulter ses parents, ni que ceux-ci puissent saisir un tribunal » – C. arb., n° 39/91 du 19 décembre 1991.

118 Cour eur D.H. (gde ch.), arrêt *Lambert e.a. c. France* du 5 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2015, liv. 26, p. 1208 ; *NjW*, 2015, liv. 328, p. 630, note A. COPPENS ; *C.D.P.K.*, 2015, liv. 4, p. 561, note R. DELBAERE. *Adde*, dans la même affaire : Cour eur. D.H., arrêt du 30 avril 2019.

119 Les parents de Vincent Lambert s'opposaient vivement à l'euthanasie de leur fils, mais, quoique dans l'impossibilité de manifester sa volonté, celui-ci était majeur.

120 Pour une synthèse des arguments échangés lors des débats parlementaires, tenus pour l'essentiel au Sénat (avant l'entrée en vigueur de la 6<sup>e</sup> Réforme de l'État), voy. M. MALLIEN, « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et des mineurs, en particulier. Regards d'outre-Quévrain », *op. cit.*, pp. 246-248, n° 6. Pour une réflexion plus générale sur la question de la fin de vie des mineurs, voy. G. POUSSSET, « Incidentie van levensbeëindiging bij minderjarigen in Vlaanderen: onderzoeksresultaten en ethisch perspectief », *T.J.K.*, 2018, liv. 4, pp. 387-403.

121 M. MALLIEN, « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et des mineurs, en particulier. Regards d'outre-Quévrain », *op. cit.*, p. 244, n° 4.

122 *Ibid.*, pp. 250 et 253, nos 11 et 15.

123 *Ibid.*, p. 251, n° 13.

médecin, indépendant du premier, doit confirmer le diagnostic à propos de l'état du patient<sup>124</sup>.

Dans la mesure où l'euthanasie se définit comme la fin de vie intentionnelle à la demande du patient<sup>125</sup>, la question des consentements est particulièrement cruciale, notamment lorsqu'il s'agit de mineurs non émancipés. Ceux-ci doivent posséder la faculté de discernement – sans quoi il est impossible de procéder à l'acte légal –, qui doit être appréciée *in concreto* par un pédopsychiatre ou un psychologue, consulté explicitement dans le cadre de la demande d'euthanasie<sup>126</sup>. Par ailleurs la demande, qui émane nécessairement du patient<sup>127</sup>, doit être volontaire, répétée et réfléchie, et, en ce qui concerne le mineur non émancipé, actuelle (ce qui exclut donc les demandes exprimées uniquement par déclaration anticipée)<sup>128</sup>. Certaines associations « pro-vie » ont saisi la Cour constitutionnelle de recours en annulation en faisant valoir, notamment, que la vulnérabilité d'un mineur, surtout en fin de vie, empêcherait celui-ci de consentir valablement et à l'abri de pression à sa propre euthanasie. Ladite Cour a cependant considéré, dans un arrêt du 29 septembre 2015, que la notion de faculté de discernement n'avait pas à être spécifiée plus amplement par le législateur, car elle est suffisamment claire et nécessite une appréciation en tenant compte de toutes les circonstances<sup>129</sup>.

Enfin, même si le mineur non émancipé qui demande l'euthanasie se trouve dans l'état médical requis et possède la faculté de discernement, l'acte légal n'est pas possible sans l'accord de ses représentants légaux, c'est-à-dire de ses parents s'ils exercent l'autorité parentale, du tuteur ou du protuteur<sup>130</sup>.

#### 4. Le don d'organes

La Cour européenne a considéré en 2014 dans un arrêt *Petrova c. Lituanie* que la proche parenté – en l'occurrence, la mère d'un patient mineur – doit être en mesure de donner ou de refuser son consentement à une transplantation des organes de l'enfant et disposer d'une information suffisante pour l'exercice de ce

124 *Ibid.*, p. 253, n<sup>os</sup> 16-17.

125 Art. 2 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, et C. ROMMELAERE, « Euthanasie des "enfants" et des "déments"... Réflexions sur les propositions de loi », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 77, n<sup>o</sup> 5.

126 *Ibid.*, n<sup>o</sup> 25 ; T. GOFFIN, « Het oordeel van de kinderpsychiater of psycholoog als extra voorwaarde voor het toepassen van euthanasie bij een minderjarige », *Rev. dr. santé*, 2016-2017, liv. 1, pp. 34-39 ; L. VENVY et P. GOES, « Een wereldprimeur: de uitbreiding van de Euthanasiewet naar niet-ontvoogde minderjarigen », *R.W.*, 2014-2015, p. 163, n<sup>os</sup> 9-12 ; M. MALLIEN, « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et des mineurs, en particulier. Regards d'outre-Quévrain », *op. cit.*, pp. 255-258, n<sup>os</sup> 19-23 ainsi que les nombreuses références aux travaux préparatoires qui y sont citées.

127 M. MALLIEN, « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et des mineurs, en particulier. Regards d'outre-Quévrain », *op. cit.*, pp. 259-260, n<sup>os</sup> 25-26 ; E. MONTERO, *Rendez-vous avec la mort : dix ans d'euthanasie légale en Belgique*, Limal, Anthemis, 2013, p. 44.

128 M. MALLIEN, « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et des mineurs, en particulier. Regards d'outre-Quévrain », *op. cit.*, p. 261, n<sup>os</sup> 30-31.

129 C. const., arrêt n<sup>o</sup> 153/215 du 29 septembre 2015, voy. spéc. points B.24.5 et B.26 de l'arrêt. *Adde* : G. GENICOT, « Rejet du recours en annulation de la loi étendant l'euthanasie aux mineurs : validation d'une évolution logique et prudente », *J.L.M.B.*, 2015, liv. 41, pp. 1933-1941.

130 M. MALLIEN, « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et des mineurs, en particulier. Regards d'outre-Quévrain », *op. cit.*, pp. 262-264, n<sup>os</sup> 33-35. Pour les autres conditions, *ibid.*, pp. 264-265, n<sup>o</sup> 36.

droit<sup>131</sup>. En revanche, la Cour n'a actuellement pas eu à se prononcer concernant le droit du patient mineur lui-même, bien qu'il ne soit guère concevable au regard de l'article 12 de la CIDE que l'on puisse se passer de son consentement s'il possède la faculté de discernement (et s'il est mesure de manifester sa volonté).

En droit interne belge, l'article 7 de la loi du 13 juin 1986 (modifiée par celle du 3 juillet 2012)<sup>132</sup> prévoit que le prélèvement *in vivo* des organes du mineur peut avoir lieu uniquement en faveur des frères et sœurs, et à condition que les organes prélevés puissent se régénérer et qu'il n'en résulte pas de conséquences graves pour la santé du mineur. De plus, le mineur dont les organes sont prélevés doit être âgé de plus de 12 ans, se trouver en mesure de manifester sa volonté et y avoir consenti (seul). En d'autres termes, le mineur de plus de 12 ans dispose d'une entière autonomie dans ce domaine, alors que le prélèvement d'organes *in vivo* de mineurs qui n'ont pas atteint cet âge est toujours interdit.

Quant à l'opposition au prélèvement d'organes *post mortem*<sup>133</sup>, elle peut, aux termes de l'article 10, § 2, de la loi de 1986, avoir été manifestée – du vivant du donneur – par *un* des parents exerçant l'autorité ou par le mineur lui-même s'il est « capable d'exprimer sa volonté ». Cette dernière locution, qui conditionne par ailleurs la transplantation *in vivo*, semble induire une moindre exigence que la faculté de discernement<sup>134</sup>, requise notamment pour l'euthanasie ou, de manière plus générale, pour la prise en considération de l'opinion de l'enfant lors des décisions qui le concernent.

### C. L'exercice autonome des prérogatives parentales

Conformément à un arrêt rendu dès 1931 par la Cour de cassation, il est entendu que le parent mineur exerce ses prérogatives relatives à son propre enfant, prévues par les articles 371 et suivants du Code civil, de manière autonome<sup>135</sup>. De même, il lui est loisible, par exception à son incapacité globale d'ester en justice<sup>136</sup>, d'introduire toutes les actions judiciaires relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à l'hébergement, aux relations personnelles et au patrimoine de son enfant, voire de le représenter devant les juridictions.

Ce régime apparaît certes quelque peu désarçonnant, dans la mesure où le parent mineur se trouve en mesure de décider de certains choix éducatifs pour son enfant, comme celui d'une crèche, et de le représenter devant les

131 Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), arrêt *Petrova c. Lettonie* du 24 juin 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, liv. 2, p. 117, note N. BROECKX.

132 À ce sujet, voy. N. BROECKX, *Orgaantransplantatie. Een juridische analyse*, Anvers, Intersentia, 2018, et A.-C. SQUIFFLET, *Prélèvement et transplantation d'organes. Droits national, européen et international face à la pénurie*, Limal, Anthemis, 2016.

133 À ce sujet, voy. « De voorafgaandelijke negatieve wilsverklaring », in C. LEMMENS, *Voorafgaande zorgplanning en wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, p. 97, n<sup>os</sup> 68 et s.

134 Voy. *supra*.

135 Cass., 10 décembre 1931, *Pas.*, 1932, liv. I, p. 4 et Civ. Charleroi, 22 février 1990, *J.T.*, 1990, p. 646. Voy. également Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, op. cit., n<sup>o</sup> 156 qui cite également ces références.

136 Voy. *supra*, note infrapaginale.

juridictions<sup>137</sup>, alors qu'il ne serait en principe pas autorisé de le faire pour lui-même. Rien n'exclut, à cet égard, que les père et mère du parent mineur prennent une décision éducative, qui, dans les faits, impacte également l'enfant de celui-ci<sup>138</sup>. L'autonomie du parent mineur constitue cependant une conséquence nécessaire du caractère strictement personnel de ses prérogatives en tant que père ou mère, garanti par diverses dispositions internationales et par la jurisprudence constante de la Cour de Strasbourg<sup>139</sup>. Il ne serait dès lors guère envisageable que le propre père et/ou la mère du parent mineur puissent les exercer d'une quelconque manière en son nom. Nous pensons que cette situation devrait nécessairement donner lieu à un (très) large recours à l'émancipation du parent mineur (voire *de lege ferenda* à son émancipation de plein droit dès la naissance de l'enfant).

## D. Autonomie du mineur sur le plan patrimonial

### 1. Les actes de la vie courante

Le mineur se trouve frappé d'une incapacité générale d'exercice et soumis au régime de représentation jusqu'à ses 18 ans<sup>140</sup>. Lorsque l'enfant n'est pas doté de la faculté de discernement, l'acte est nul, faute de consentement, alors que, s'il possède cette faculté, deux cas de figure doivent être distingués.

Dans le premier cas, le mineur a accompli seul un des actes énumérés à l'article 410, § 1<sup>er</sup>, du Code civil, dont l'article 1305 du même Code précise qu'ils sont nuls de plein droit<sup>141</sup>. Le second cas concerne tous les autres actes qui, conformément audit article 1305, sont rescindables uniquement en cas de lésion (nullité « facultative »)<sup>142</sup>. Dès lors, dans la pratique, les « actes de

137 On pourrait ainsi imaginer la situation où le parent mineur se trouverait, dans le cadre d'une succession, en indivision avec son propre enfant concernant un même bien. Le parent mineur pourrait disposer de manière autonome de ce bien et introduire, le cas échéant, des actions en justice le concernant en représentation de son enfant, mais il devrait lui-même être représenté en ce qui concerne ses propres droits sur ce même bien.

138 Songeon, p. ex., au déménagement et au changement d'école secondaire décidés par les père et mère du parent mineur, alors que celui-ci souhaiterait maintenir son propre enfant dans son lieu de vie et sa crèche actuelle.

139 À ce sujet, voy. *supra*, notre contribution au présent ouvrage relative à l'autorité parentale *sub* 4.3.

140 Art. 376, 388 et 488 et 1124 C. civ. À ce sujet, voy. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique », in M. NIHOUL et H. JACQUEMIN (coord.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 52, n° 6 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., pp. 255-308 ; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, op. cit., p. 278, n° 150 et s. ainsi que les références reprises dans ces contributions, dont notamment la jurisprudence faisant application des principes brièvement exposés ici.

141 Il s'agit notamment de l'acceptation d'une libéralité ou d'une succession – voire de la renonciation à celle-ci, de l'aliénation de bien, de l'établissement d'une hypothèque ou d'un bail de longue durée sur un bien immobilier, de la prise d'un emprunt, de l'acquisition d'un immeuble, de la mise en gage, etc. Ces actes sont nuls, même s'ils ne se sont pas avérés lésionnaires au regard du mineur.

142 C'est-à-dire de désavantage causé au mineur sur le plan patrimonial, A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *R.G.D.C.*, 2014, liv. 2, p. 39, n° 8 et s., spéc. n° 11. L'auteur plaide pour une extension de la lésion au-delà de la sphère patrimoniale. *Addé* : I. SAMOY, « Wat als kinderen geen potjes maar contractjes breken? De aansprakelijkheid van ouders voor schade veroorzaakt door hun contracterende minderjarige kinderen », *Liber amicorum P. Senaev*, op. cit., p. 733, n° 13, en vertu du principe *minor restituitur non tamquam minor, sed tamquam laesus*. Cette lésion s'apprécie de manière « intrinsèque » (caractère objectivement défavorable au patrimoine du mineur, quelle que soit l'ampleur de celui-ci) et « fonctionnelle » (rapport entre l'acte litigieux et l'incidence sur le patrimoine), Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., n° 261, et spéc. Civ. Anvers, 9 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 713 (reflet).

la vie courante » ne sont que rarement annulés, car, le plus souvent, ils ne se révèlent pas lésionnaires. La nullité peut être sollicitée uniquement par les représentants légaux du mineur ou personnellement par celui-ci une fois devenu majeur, et est donc relative<sup>143</sup>.

## 2. Le contrat de mariage

Parmi les actes aux conséquences patrimoniales les plus importantes, relevons tout d'abord que le mineur « habile » à se marier peut conclure (voire modifier) un contrat de mariage (le cas échéant en y incluant des donations) avec l'assistance de ses parents ou de l'un d'entre eux<sup>144</sup>. En cas de refus des deux parents – qui ne peuvent donc imposer au mineur un quelconque choix de régime matrimonial contre son gré –, il lui est loisible d'agir de manière autonome en saisissant le tribunal de la famille, qui peut l'autoriser à conclure le contrat seul<sup>145</sup>. Il est permis de considérer que l'autorisation accordée par le tribunal au mineur de se marier<sup>146</sup> est généralement indissociable de celle de lui permettre de conclure le contrat de mariage malgré le refus de ses parents, faute de quoi il serait nécessairement soumis au régime secondaire légal. Le critère du discernement, apprécié *in concreto*, apparaît donc ici également comme central<sup>147</sup>. Rien n'exclut, toutefois, que le Tribunal, avant d'accorder ladite autorisation, exige d'être informé à propos du régime pour lequel le mineur souhaite opter ou des clauses qu'il entend insérer dans le contrat de mariage, voire qu'il la refuse si le choix projeté apparaît comme contraire à son intérêt<sup>148</sup>.

## 3. Le testament

Le mineur peut également disposer de la moitié de la quotité disponible de ses biens par testament à partir de l'âge de 16 ans<sup>149</sup>. Le discernement, bien qu'il ne soit pas mentionné expressément à l'article 904 du Code civil, conditionne ici le testament de la même manière que pour les majeurs tel que requis par l'article 901 du même Code<sup>150</sup>.

143 Art. 1125, al. 2, C. civ. L'ancien mineur dispose d'un délai de dix ans à partir de ses 18 ans. *Ibid.*, art. 1304, al. 1<sup>er</sup> et 3, mais il peut couvrir la nullité s'il confirme l'acte illicite en pleine connaissance de cause après avoir atteint cet âge. Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, n° 259 et la jurisprudence y citée à propos de cette confirmation de l'acte nul, ainsi que, plus généralement, celle référencée concernant le régime de la nullité rappelé succinctement ici. Si la nullité est prononcée, elle n'oblige, conformément à l'article 1312 du Code civil, le mineur à restituer ce qu'il a perçu (prix...) à la suite de l'acte litigieux qu'à concurrence du profit qu'il en a tiré.

144 Art. 1095 et 1397, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

145 Art. 1095 et 1397, al. 2, C. civ. À ce sujet, voy. not. Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), « Les régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. V, I.II/2, n° 503-504.

146 Voy. *supra*.

147 *Ibid.*

148 L'étendue et la nécessité d'un tel contrôle marginal par le Tribunal semblent toutefois tempérées par le rôle du notaire, vu le caractère solennel du contrat de mariage.

149 Art. 904 C. civ. Avant cet âge, il ne peut aucunement disposer par testament, mais il peut, en revanche, favoriser son conjoint après son décès à travers une clause dans son contrat de mariage – *ibid.*

150 Pour une liste précise de ces actes et les références légales, voy. Th. VAN HALTEREN, *op. cit.*, p. 309, n° 170.

#### 4. Les autres actes patrimoniaux

D'autres actes patrimoniaux peuvent également être accomplis par le mineur dans une certaine mesure. Ainsi peut-il ouvrir un livret d'épargne et y effectuer des retraits limités à partir de l'âge de 16 ans, conclure un contrat de travail et percevoir sa rémunération sans condition d'âge, sauf opposition de ses père et mère, etc. Or, comme le note Th. Van Halteren à propos de la plupart de ces actes, « si le mineur est en principe autorisé à agir seul, une limite d'âge est souvent prévue dans la loi et s'il n'a pas toujours besoin de l'autorisation préalable de ses représentants légaux, ces derniers disposent d'un droit de s'opposer [...]. La limite d'âge généralement fixée pour de [nombreux] actes indique le besoin d'élargir l'autonomie du mineur à cet âge, nonobstant la possibilité qu'il soit émancipé »<sup>151</sup>. Reste également que, si le seuil est souvent fixé à 16 ans, aucun âge n'est prévu pour certains actes, de sorte que toute uniformité semble faire défaut en la matière, ce qui témoigne ainsi de l'absence de vue d'ensemble du législateur à propos de l'autonomie du mineur sur le plan patrimonial à travers ces dispositions éparses. Ainsi, par exemple, le mineur doté de discernement qui se voit autorisé par le tribunal de conclure un contrat de mariage malgré le refus d'assistance de ses parents ne peut, en revanche, l'être d'aliéner un immeuble sans leur accord, y compris si cet acte n'est pas lésionnaire<sup>152</sup>.

#### Conclusion

La lecture combinée des arrêts *M. et M. c. Croatie, Elsholz c. Allemagne et C. c. Finlande* révèle d'emblée le point de tension qui apparaît entre le droit du mineur – doté de discernement – à l'autonomie, qui lui est garantie notamment par l'article 12 de la CIDE, et sa nécessaire protection. Dans les affaires *Elsholz c. Allemagne* et *C. c. Finlande*, la Cour estime que cette protection passe par le maintien de la relation parentale, y compris lorsque celle-ci nécessite de rendre une décision qui va à l'encontre de l'opinion de l'enfant.

Le caractère particulièrement diversifié – et parfois peu important – des degrés d'autonomie reconnus par le législateur belge, selon les différents types d'actes que nous avons évoqués, illustre largement à quel point la recherche d'équilibres entre cette autonomie et la protection du mineur se révèle être un exercice périlleux.

Nous avons ainsi souligné l'absence de vision d'ensemble et de cohérence relativement à ce que le mineur peut décider seul en ce qui concerne son patrimoine. Ce constat peut être étendu sans difficulté aux actes relatifs à personne. Ainsi, par exemple, une jeune dotée de discernement peut exercer ses droits en tant que patiente ou se faire avorter en toute autonomie, mais a besoin de

<sup>151</sup> *Ibid.*, n° 171.

<sup>152</sup> Il n'est pas nécessaire de rappeler ici l'importance des conséquences du premier pour le patrimoine du mineur, qui peuvent s'étendre au-delà de celles d'une transaction immobilière.

l'accord de ses parents (ou du juge) pour se marier. On peut certes y voir une succession de compromis entre les tenants de l'autonomie du mineur, pour qui l'étendue des prérogatives parentales a vocation à se restreindre graduellement au fur et à mesure de la croissance en maturité et de l'approche de la majorité, et ceux qui, préoccupés de l'intérêt de l'enfant avec la même sincérité que les premiers, estiment qu'il a droit d'abord à la protection de la part des adultes et que cette protection nécessite souvent sa mise à l'écart (provisoire) du processus décisionnel (et des contentieux qui peuvent en découler).

Toutefois, en deçà de ces antagonismes entre les autonomistes et les protectionnistes, apparaissent également de nombreuses hésitations à propos de la manière de déterminer si le mineur se trouve doté de la faculté de discernement qui doit permettre de lui ouvrir l'accès à une certaine autonomie. Pour les uns, celle-ci doit procéder d'une appréciation *in concreto* de la faculté de discernement dont l'enfant ou l'adolescent dispose, alors que d'autres retiennent une détermination *in abstracto* de celle-ci à travers un seuil d'âge. L'ensemble des dispositions analysées en droit belge révèle que le législateur a opté tantôt pour la première solution, tantôt pour la deuxième, voire parfois pour un système mixte combinant le seuil d'âge et l'appréciation de la faculté de discernement. Si cette question ne concernait pas directement les affaires *Elsholz c. Allemagne* et *C. c. Finlande*, la Cour de Strasbourg a semblé rechercher un compromis entre les deux principales options dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie* en établissant une présomption réfragable de discernement, qui tient compte notamment de l'âge de la mineure.

Il ne semble faire aucun doute – et les débats parlementaires précédant la dépenalisation sous conditions de l'euthanasie des mineurs non émancipés le démontrent à suffisance – que ces hésitations procèdent, pour une grande part, d'une certaine inquiétude générée par la nécessité d'avoir recours, au-delà de la discipline juridique, à d'autres domaines de la connaissance, comme celui de la psychologie, pour apprécier la faculté de discernement du mineur.

Gageons donc que l'élaboration de régimes plus cohérents et plus importants en cette matière ne pourra qu'être servie par un décloisonnement des disciplines et de la recherche à laquelle elles donnent lieu.

Michaël Mallien