

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'incidence des droits de l'enfant et des observations du Comité des droits de l'enfant sur les litiges en matière familiale

Mathieu, Geraldine; Rasson-Roland, Anne

Published in:
Forum de droit familial

Publication date:
2022

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Mathieu, G & Rasson-Roland, A 2022, 'L'incidence des droits de l'enfant et des observations du Comité des droits de l'enfant sur les litiges en matière familiale', *Forum de droit familial*, numéro 2, pp. 83-93.

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.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE FRANCOPHONE DE BRUXELLES, TRIBUNAL DE LA FAMILLE (5^e CH.), 16 SEPTEMBRE 2021

Intérêt de l'enfant – Droit fondamental de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents – Convention internationale relative aux droits de l'enfant – Observation générale n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant – Jeunes enfants – Demande d'expatriation de la mère – Séparations de longue durée

Le tribunal, saisi d'une demande d'autorisation de la mère de déménager au Royaume-Uni avec les enfants communs, a pour vocation première de statuer dans l'intérêt des enfants, lesquels ont, notamment, le droit fondamental d'être éduqués par leurs deux parents (art. 5, 7, al. 1^{er}, 9, al. 3, et 18, al. 1^{er}, de la CIDE). L'observation n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant précise à cet égard que l'enfant doit pouvoir « entretenir régulièrement des relations et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à (son) intérêt ».

S'il ne faut pas soumettre de petits enfants à des périodes de séparation trop longues d'avec la figure maternelle, l'édification de relations aussi étroites que possible avec le père implique l'organisation de périodes d'hébergement secondaire courtes mais rapprochées. Outre le caractère hypothétique du projet d'expatriation de la mère au Royaume-Uni, ce projet impliquerait beaucoup de changements pour les enfants, ce qui serait tout à fait contraire à leur besoin de stabilité.

Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Tribunal de la famille (5^e ch.), 16 septembre 2021

Siég. : Mme Schyns (juge)

Plaid. : M^{es} Mathieu loco Van Den Bossche, Taymans loco Mallien (Helen J. c. Alex J.)

R.G. n° 20/6235/A

[...]

I. Antécédents de procédure

À l'audience du 20 janvier 2021, le procureur du Roi a indiqué au tribunal qu'il ne disposait d'aucune information au sujet des parties et qu'il ne souhaitait pas suivre le dossier.

La cause a été renvoyée, par mention au procès-verbal, à la Chambre de Règlement à l'Amiable.

Par jugement du 3 mars 2021, la 16^e chambre de ce tribunal, siégeant en matière de règlement à l'amiable, a :

- constaté la compétence des juridictions belges et de ce tribunal ainsi que l'application de la loi belge aux demandes ;
- homologué les accords provisoires des parties au sujet de leurs résidences séparées,
- l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants Sebastian et Lily,
- des modalités d'hébergement de ceux-ci,
- des contributions alimentaires ;
- renvoyé le surplus de la cause à la 5^e chambre de ce tribunal.

II. Les demandes actuelles

Il résulte des ultimes conclusions déposées par les parties que

- Helen J. postule notamment :
 - quant au divorce, que le tribunal constate que le délai de trois mois prévu à l'article 1255, § 1^{er}, du Code judiciaire est écoulé et qu'il prononce le divorce entre parties ;
 - qu'il soit réservé à statuer sur les demandes alimentaires tant entre parties qu'au profit des enfants ;
 - l'autorisation de déménager avec les enfants à Droitwich Spa (Royaume-Uni) ;
 - en toutes hypothèses, maintenir chez elle l'hébergement principal des enfants et organiser un droit d'hébergement secondaire chez Alex J., selon les modalités qu'elle propose ;
- Alex J. postule notamment :
 - que le divorce des parties soit prononcé sur la base de l'article 229, § 1^{er}, du Code civil et, subsidiairement, de l'article 229, § 3, du Code civil ;

- que Helen J. soit déboutée de sa demande tendant à l'autoriser à s'installer au Royaume-Uni avec les enfants et, dans ce cas, de lui accorder un droit d'hébergement secondaire les week-ends, du samedi 9 h au dimanche 18 h, les trajets étant à sa charge tout en lui donnant acte de ce qu'il sollicitera l'organisation de modalités d'hébergement égalitaire ;
- dans l'hypothèse où Helen J. s'installerait au Royaume-Uni, de fixer chez lui le domicile et l'hébergement principal des enfants et de réserver à statuer sur le droit d'hébergement secondaire de la mère ;
- réserver à statuer sur les vacances scolaires.

À l'audience du 9 juin, les débats ont été circonscrits aux demandes de divorce et de départ des enfants à l'étranger.

Le présent jugement concerne uniquement les demandes réputées urgentes ; la demande de divorce est traitée par jugement séparé prononcé ce jour.

III. Les faits pertinents

Les parties se sont mariées le 17 août 2013 à Droitwich Spa (Royaume-Uni).

Deux enfants sont issus de leur union, étant :

- Sebastian, né le [...] (3 ans) ;
- Lily Kate, née le [...] (1 an).

Il n'est pas contesté que les parties se sont rencontrées en Belgique ni qu'elles y vivent depuis le début de leur mariage. Leurs enfants sont nés à Bruxelles.

Alex J. y a développé une entreprise dans le secteur de l'HORECA (restaurant et bar à cocktail).

Depuis le 15 septembre 2014, Helen J. travaille pour la Social Platform (ONG) ce, aux termes d'un contrat conclu pour une durée indéterminée (sa pièce 4).

Bien qu'elles aient fait une thérapie de couple, les parties n'ont pu préserver leur relation maritale et se sont séparées en août 2020.

Par requête déposée le 12 novembre 2020, Helen J. a saisi le tribunal et demandé le règlement des mesures provisoires, sollicitant notamment, l'autorisation de s'installer dans sa région natale, soit à Droitwich Spa (Royaume-Uni).

IV. Discussion

Thèses des parties

Helen J. expose qu'elle est née dans la région de Droitwich Spa où vivent toujours ses parents et qu'elle y a donc ses attaches.



Sebastian, l'aîné des enfants s'y est rendu plusieurs fois de sorte que cet environnement lui serait familial. Lily étant née pendant la pandémie COVID 19, il n'a en revanche pas été possible d'organiser un voyage avec elle.

Helen J. soutient qu'en 2018, soit *in tempore non suspecto*, Alex J. aurait clairement manifesté son intention de ne pas rester en Belgique et aurait, en 2019, pris des renseignements quant aux possibilités de vendre son établissement en vue d'un déménagement (ses pièces 10 et 10bis), le projet familial étant, d'après elle, de s'installer définitivement auprès de la famille maternelle afin d'y élever les enfants.

Elle aurait donc organisé sa vie et le ménage dans cette optique. Dès lors que les parties sont aujourd'hui séparées, elle souhaite pouvoir retourner au Royaume-Uni où elle a des perspectives professionnelles plus intéressantes et où elle pourra bénéficier du soutien de sa famille. Elle souligne également qu'elle éprouve des craintes de ne plus se voir délivrer un permis de séjour ou un permis de travail suite au Brexit.

Helen J. donne diverses informations quant au cadre de vie verdoyant et sécurisant qu'elle pourra offrir aux enfants, quant à leur scolarité et quant au soutien familial dont ils pourront tous bénéficier.

Helen J. met en exergue le manque de disponibilité d'Alex J. et considère qu'il est plus opportun, d'un point de vue qualitatif, pour les enfants, de rejoindre leur père en Belgique durant des périodes plus longues et bien définies, que d'être régulièrement déçus de ne pas pouvoir aller chez leur père aux moments convenus car il doit travailler.

Alex J. s'oppose formellement à la demande d'Helen J. insistant sur le fait que le déménagement envisagé ne revêt aucun caractère impératif et ne peut pas primer sur l'intérêt des enfants de grandir et de développer avec leur père une relation de qualité. Il souligne que le couple n'a jamais envisagé de s'installer durablement au Royaume-Uni et qu'en l'espèce, il s'agit d'un projet mené unilatéralement par la mère des enfants au détriment de l'équilibre familial et de la relation père-enfants.

Alex J. se dit choqué de voir sa disponibilité mise en doute et rappelle le contexte particulier dans lequel il a dû travailler ces derniers mois, soit l'obligation de mettre en place un *Take-away* pour poursuivre son activité et de prendre un travail supplémentaire dans le domaine du déménagement pour, notamment, pouvoir subvenir aux besoins de ses enfants.

Il explique que, en dehors de circonstances exceptionnelles, il a toujours réussi à aménager beaucoup de temps disponible pour les enfants.

Décision du tribunal

Le tribunal rappelle qu'il a pour vocation première de statuer dans l'intérêt de l'enfant, lesquels ont, notamment, le droit fondamental d'être éduqués par leurs deux parents (art. 5, 7, alinéa 1^{er}, 9, alinéa 3, et 18, alinéa 1^{er}, de la CIDE).

L'observation n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant précise à cet égard que l'enfant doit pouvoir « entretenir régulièrement des relations et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à (son) intérêt » (Observation n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant du 29 mai 2013, www2.ohchr.org, n° 60).

En l'espèce, le tribunal relèvera que les capacités éducatives de Alex J. ne sont pas remises en question par Helen J.

Le manque de disponibilité d'Alex J., pour autant qu'il soit établi, n'amoinçait pas, à lui seul, lesdites capacités éducatives.

Il pourrait tout au plus être pris en considération pour déterminer les modalités d'hébergement secondaire les plus adéquates. Si le souhait d'Helen J. de retourner dans son pays natal pour y vivre près de sa famille peut être compris, il aurait *de facto* pour conséquence d'entraîner des périodes de séparation de longue durée entre les enfants et leur père, tout comme il entraînerait des séparations de longue durée avec leur mère.

Or Sebastian n'a que 3 ans et Lily n'est née qu'il y a un an, soit un mois seulement avant la séparation de ses parents.

Les spécialistes de la petite enfance indiquent que, s'il ne faut pas soumettre de petits enfants à des périodes de séparation trop longues d'avec la figure maternelle, l'édification de relations aussi étroites que possibles avec le père implique l'orga-

nisation de périodes d'hébergement secondaire courtes mais rapprochées.

Les parties semblent d'ailleurs jusqu'à présent l'avoir bien compris eu égard aux modalités d'hébergement sur lesquelles elles se sont accordées.

En tout état de cause, quel qu'ait été l'âge des enfants, il convient de relever que les parties, qui se sont rencontrées en Belgique, ont manifestement eu le projet de s'y établir pour une longue durée et d'y développer leur activité professionnelle.

Aucun élément sérieux ne permet en effet de dire qu'Alex J. aurait eu pour souhait réel de décentraliser ses activités.

Le tribunal s'étonne à cet égard que Helen J. motive sa volonté de partir au Royaume-Uni par des perspectives professionnelles plus intéressantes dès lors qu'elle bénéficiait en Belgique d'un emploi stable depuis 2014, exerçant la fonction de « Communication an Media Officer », correspondant à sa formation.

Helen J. a postulé pour un seul et unique emploi au Royaume-Uni et n'a reçu pour toute réponse qu'un accusé de réception (sa pièce 20).

Si elle avait, de fait, des horaires stables en Belgique, le tribunal ne voit pas comment elle peut, ainsi qu'elle le fait, présumer de la même disponibilité au Royaume-Uni.

Le reste de son projet est tout aussi peu abouti et ne consiste en définitive qu'en une série de projections.

Helen J. – qui est de nationalité britannique – n'établit en outre pas que le Brexit l'empêcherait de continuer à travailler en Belgique.

Le tribunal relèvera tout de même que, si les intentions d'Helen J. sont celles exprimées, les enfants quitteraient la Belgique, pour vivre d'abord chez ses parents et ensuite habiter seuls avec elle dans un lieu encore indéterminé.

Outre le caractère hypothétique de ce projet, il impliquerait manifestement beaucoup de changements pour les enfants, ce qui serait tout à fait contraire à leur besoin de stabilité.

Par conséquent, il ne sera pas fait droit à la demande d'Helen J. Il sera réservé à statuer pour le surplus (sauf le divorce) et les dépens.

La contribution forfaitaire au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne

La loi du 19 mars 2017 est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2017 en vertu de l'arrêté royal du 26 avril 2017 portant exécution de la loi du 19 mars 2017 instituant un fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne et s'applique donc à toute procédure introduite après cette date, ce qui est le cas en l'espèce.

La loi du 19 mars 2017 impose d'acquiescer, lors de la mise au rôle, une contribution forfaitaire d'un montant de 20,00 €.

En l'espèce, Helen J. a payé la contribution forfaitaire et aucune partie ne fait valoir de cause de dispense.

Conformément à l'article 1018, alinéa 1^{er}, 8^o, du Code judiciaire, ce montant fait partie des dépens.

Dès lors, le sort de la contribution de chaque partie à ce montant est lié à celui des dépens.

Le droit de mise au rôle

L'article 269² du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, entré en vigueur le 1^{er} février 2019, prévoit que « § 1^{er}. Dans sa décision définitive, le juge condamne la partie ou les parties qui sont redevables du droit au paiement de ce dernier ou au paiement de leur part dans ce dernier. La décision du juge n'est susceptible d'aucun recours.

La partie qui a inscrit l'affaire au rôle est entièrement redevable du droit, excepté si :

1^o le défendeur succombe, dans ce cas le droit est entièrement dû par le défendeur ;

2^o les parties succombent respectivement sur quelque chef, dans ce cas le droit est dû en partie par le demandeur et en partie par le défendeur, selon la décision du juge.

Le droit est exigible à la date de la condamnation.

[...]. »

En l'espèce, les demandes introduites concernent notamment les enfants mineurs communs des parties de sorte que l'action est diligentée dans l'intérêt de ceux-ci.

Il en résulte que le droit de mise au rôle sera partagé par moitié.

Conformément à l'article 1018, alinéa 1^{er}, 1^o, du Code judiciaire, ce montant fait partie des dépens.
Dès lors, le sort de la contribution de chaque partie aux droits de mise au rôle est lié à celui des dépens.
Par ces motifs,
Le tribunal,
Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ;
Écartant toutes conclusions autres ou contraires ;
Statuant contradictoirement ;

Déclare la demande d'Helen J. tendant au déplacement des enfants au Royaume-Uni non fondée et l'en déboute ;
Sursoit à statuer pour le surplus ;
En application de l'article 269² du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, condamne Helen J. à payer la somme de 82,50 € à l'État belge, au titre de droit de mise au rôle, et Alex J. à payer la somme de 82,50 € à l'État belge, au titre de droit de mise au rôle ;
Réserve les dépens ;
[...]

Note d'observations

L'INCIDENCE DES DROITS DE L'ENFANT ET DES OBSERVATIONS DU COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT SUR LES LITIGES EN MATIÈRE FAMILIALE

Géraldine Mathieu

CHARGÉE DE COURS À L'UNAMUR
UNITÉ « DROITS DE L'ENFANT » DU CENTRE DE RECHERCHE
VULNÉRABILITÉS ET SOCIÉTÉS
CHARGÉE DE COURS INVITÉE À L'ULIÈGE
MEMBRE DU CENTRE INTERDISCIPLINAIRE
DES DROITS DE L'ENFANT

Anne Rasson-Roland

PROFESSEURE À L'UCLouvain
RÉFÉRENDAIRE HONORAIRE À LA COUR CONSTITUTIONNELLE

INTRODUCTION

Si « la priorité et la détermination de l'intérêt de l'enfant se lisent sur toutes les lèvres lorsque le juge se trouve saisi d'un contentieux entre le père et la mère à propos de son hébergement »¹, il est plus rare que cet intérêt soit défini sur la base de dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après, la « CIDE »).

La décision du tribunal de la famille de Bruxelles du 16 septembre 2021 a dès lors retenu notre attention par le fait qu'elle se fonde, pour déterminer l'intérêt de l'enfant, sur plusieurs dispositions de la CIDE mais aussi sur l'observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant dans un litige dont l'enjeu est le droit de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents, droit susceptible d'être mis à mal par une demande d'expatriation formulée par la mère.

Cette décision est l'occasion de rappeler, après un bref exposé des données du litige (I), l'origine de la CIDE, les principes qu'elle consacre et les mécanismes de contrôle (II). Nous aborderons ensuite le principe de la primauté du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant et les contours de cette notion au regard des observations du Comité des droits de l'enfant, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mais aussi de l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (III). Nous reviendrons enfin sur le fond du litige et sur la manière dont l'intérêt de l'enfant peut être apprécié *in concreto* dans les litiges relatifs à son hébergement, plus particulièrement face à une demande d'expatriation d'un des parents (IV).

I. À TITRE LIMINAIRE : EXPOSÉ DES FAITS À L'ORIGINE DE LA DÉCISION COMMENTÉE

Les parties au litige se sont mariées en 2013 à Droitwich Spa au Royaume-Uni, où est née Madame, de nationalité britannique. Elles sont les parents de deux très jeunes enfants, nés respectivement le 28 mai 2018 et le 25 juillet 2020. Elles se sont séparées un mois après la naissance du second enfant.

Madame a alors saisi le tribunal de la famille de Bruxelles d'une demande de divorce et de règlement des mesures provisoires, sollicitant, notamment, l'autorisation de s'installer avec les enfants dans sa région natale au Royaume-Uni.

Par jugement du 3 mars 2021, la 16^e chambre du tribunal de la famille de Bruxelles, siégeant en matière de règlement à l'amiable, a constaté la compétence des juridictions belges et du tribunal de la famille de Bruxelles ainsi que l'application de la loi belge aux demandes, homologué les accords provisoires des parties quant à leurs résidences séparées, l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants, les modalités d'hébergement de ceux-ci et les contributions alimentaires et renvoyé le surplus de la cause à la 5^e chambre du tribunal.

Le jugement prononcé le 16 septembre 2021 statue uniquement, dans le cadre de l'urgence réputée, sur la demande de la mère d'être autorisée à déménager avec les enfants au Royaume-Uni ; la demande de divorce est traitée par jugement séparé du même jour.

Le jugement annoté relève que les parties se sont rencontrées en Belgique, qu'elles y vivent depuis le début de leur

1. 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.*, 2021/6-7, p. 190.



mariage et que leurs enfants sont nés à Bruxelles. Elles y travaillent également, le père dans le secteur de l'HORECA, la mère dans une ONG aux termes d'un contrat conclu pour une durée indéterminée.

À l'appui de sa demande d'expatriation, Madame expose que ses parents vivent toujours à Droitwich Spa et qu'elle y a ses attaches. Elle prétend que le projet familial était de s'installer définitivement auprès de la famille maternelle et d'y élever les enfants. Suite à la séparation du couple, elle souhaite retourner vivre dans sa région natale où elle aurait des perspectives professionnelles plus intéressantes et où elle pourra bénéficier du soutien de sa famille. Elle ajoute avoir des craintes de ne plus se voir délivrer un permis de séjour ou un permis de travail à la suite du Brexit. Elle fait par ailleurs état du manque de disponibilité du père et souligne qu'il sera plus bénéfique pour les enfants de rejoindre leur père en Belgique durant des périodes plus longues et bien définies plutôt que « d'être régulièrement déçus de ne pas pouvoir aller chez leur père aux moments convenus car il doit travailler ».

Monsieur conteste la version de Madame selon laquelle les parties auraient eu un projet commun de s'expatrier au Royaume-Uni. Au contraire, il soutient qu'il s'agit d'un projet mené unilatéralement par Madame, au détriment de l'équilibre familial et de la relation père-enfants. Pour Monsieur, le déménagement envisagé par Madame ne peut primer l'intérêt des enfants de développer une relation de qualité avec leur père. Il explique son manque de disponibilité des derniers mois par le contexte particulier de crise sanitaire qui l'a contraint à mettre en place un service *Take-away* et à prendre un travail supplémentaire pour subvenir aux besoins de la famille.

Le tribunal va déclarer non fondée la demande de Madame tendant au déplacement des enfants au Royaume-Uni. Pour ce faire, il se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant et mobilise, pour déterminer cet intérêt, les droits consacrés par la CIDE ainsi que l'observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant.

II. LA CIDE ET LE COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT²

L'adoption de la CIDE par l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'unanimité, le 20 novembre 1989, a marqué

un tournant important dans la conception que la société se fait de l'enfant et, partant, dans la protection de ses droits. Elle a permis la véritable transformation, la « révolution »³ de la place de l'enfant dans la sphère juridique⁴ : l'enfant devient enfin un véritable sujet de droits.

Quasi universellement ratifiée⁵, la CIDE instaure un équilibre entre les deux pôles de l'enfant, à la fois semblable aux adultes car humain, et en même temps différent de ceux-ci car plus vulnérable⁶. L'on retrouve ainsi dans la CIDE tout à la fois des droits « généraux », qui concernent tout le monde, et des droits « spécifiques » qui concernent spécialement les enfants⁷.

À côté de la consécration de droits à vocation de protection, la CIDE reconnaît également aux enfants des droits à vocation d'autonomie : droit à la participation, liberté d'expression, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'association, droit à la vie privée, liberté d'aller et venir. Ces libertés sont certes exercées suivant l'évolution des capacités de l'enfant mais il ne fait plus aucun doute que l'enfant visé par la CIDE est un sujet de droits qui, d'un côté, doit recevoir une protection spécifique à l'aune de sa fragilité, et, de l'autre, doit être encouragé à exercer, de façon progressive, son droit à l'autonomie et à l'autodétermination⁸. Ce subtil équilibre entre protection et autonomie ressort d'ailleurs des quatre principes généraux de la CIDE qui sous-tendent l'ensemble des droits fondamentaux de l'enfant : le droit à l'égalité et à la non-discrimination (art. 2), la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3.1), le droit à la vie, à la survie et au développement (art. 6) et le droit à la participation (art. 12)⁹.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies est l'organe chargé de surveiller l'application de la CIDE dans tous les pays qui l'ont ratifiée. Il est composé de dix-huit experts indépendants¹⁰. Son rôle est triple¹¹.

Tout d'abord, en vertu de l'article 44 de la CIDE, les États doivent soumettre périodiquement des rapports au Comité des droits de l'enfant¹², lequel est chargé, à l'issue de l'examen de ces rapports, d'abord de formuler des observations finales dans lesquelles il attire l'attention sur les développements positifs et les points difficilement conciliables, voire inconciliables avec la CIDE, ensuite d'adresser des suggestions et des recommandations à l'État concerné¹³.

- Voy. à cet égard G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, pp. 172 et s., dont certains passages sont reproduits ici.
- J. ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant*, Sion, Institut international des droits de l'enfant, 2005, p. 6.
- G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 170.
- Seuls les États-Unis, pourtant signataires, restent en défaut de ratification. La CIDE a été signée par la Belgique le 26 janvier 1990, ratifiée le 16 décembre 1991 et est entrée en vigueur dans notre pays le 15 janvier 1992.
- G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 171.
- D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, pp. 96 et 97.
- G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 171.
- La décision d'ériger ces quatre droits en principes généraux a été prise par le Comité des droits de l'enfant lors de sa première réunion en 1991 (N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J.D.J. fr.*, 2011, n° 303, pp. 24 et 25).
- Art. 43 de la CIDE.
- Voy. aussi A. GOUTTENOIRE, « Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, acteur majeur de la protection effective des droits de l'enfant », *Rev. trim. dr. h.*, 2020, n° 122, pp. 121 à 138 ; C. LAVALLÉE, *La protection internationale des droits de l'enfant. Entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2015, pp. 41 à 45.
- Le processus de rapportage implique également la possibilité pour la société civile, les experts et les enfants de déposer des rapports alternatifs. Pour plus d'informations sur la procédure de rapportage, voy. par exemple LA CODE, *Le processus de rapportage au Comité des droits de l'enfant : pourquoi, comment et quand ?*, juin 2018, www.lacode.be.
- À ce jour, le Comité a déjà rendu quatre observations finales à l'égard de la Belgique, en 1995, 2002, 2010 et 2019. Ces observations sont disponibles sur le site du Comité des droits de l'enfant (http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=fr&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5) ou à l'adresse suivante : www.oejaj.cfwb.be/index.php?id=5390.

Le Comité a par ailleurs reçu la compétence, à la suite de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 19 décembre 2011, du Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications¹⁴, de recevoir et d'examiner des plaintes individuelles d'enfants pour violation de leurs droits¹⁵, des plaintes interétatiques ainsi que de mener des procédures d'enquête. Chaque État doit signer et ratifier le protocole afin de permettre sa mise en œuvre¹⁶. La Belgique a signé ce protocole le 28 février 2012 et l'a ratifié le 30 mai 2014¹⁷.

Enfin, le Comité publie régulièrement son interprétation des dispositions de la CIDE sous forme d'observations générales concernant des questions thématiques¹⁸.

Si les constatations, observations générales et observations finales du Comité des droits de l'enfant en tant que « *soft jurisprudence* »¹⁹ ne sont pas, suivant la doctrine classique, revêtues de la force obligatoire²⁰, elles relèvent néanmoins « du pouvoir implicite d'interprétation donné au Comité par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant [...] et [permettent] d'inspirer le contrôle international ou interne de la Convention elle-même qui, pour sa part, a sans aucun doute des effets obligatoires »²¹. Elles ont aussi le potentiel de faire effet de levier sur l'action étatique²².

La Cour européenne des droits de l'homme est tout particulièrement dynamique sur ce point et s'appuie fréquemment sur les observations générales²³ et finales²⁴ du Comité²⁵. Or, l'influence de la jurisprudence – *hard* – de Strasbourg en Belgique est bien réelle, de telle sorte que l'on peut en déduire un « *caveat pragmatique* »²⁶ à l'intention des autorités politiques ou des juges : prendre en considération les observations du Comité des droits de

l'enfant pourrait permettre, le cas échéant, d'éviter une sanction juridictionnelle *a posteriori* qui découlerait, par ricochet, des recommandations qui y sont contenues²⁷. Sébastien Van Drooghenbroeck propose ainsi de repenser la force contraignante de la « *soft jurisprudence* » à l'aune de certaines évolutions de la « *hard jurisprudence* », tant sur le plan international que national. Il déduit de son analyse que la « vision classique, opposant de manière binaire le *dur au mou* et récusant la possibilité de degrés tiers de juridicité – ni tout à fait *dur* mais pas complètement *mou* –, est [...] en passe d'être largement dépassée par les "métissages juridiques" » auxquels se livrent de plus en plus les juridictions²⁸. Cette évolution pourrait ainsi venir bousculer à l'avenir certaines « idées reçues sur la valeur contraignante des constatations du Comité des droits de l'enfant » ou de ses observations : la *soft law* ne serait finalement « pas si *soft* »²⁹.

III. LA PRIMAUTÉ DU CRITÈRE DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

1. L'article 3.1 de la CIDE et l'observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant

En vertu de l'article 3.1 de la CIDE : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

La question qui se pose d'emblée est de savoir si cette disposition est directement applicable dans l'ordre interne.

14. Résolution n° 66/138. Sur les enjeux liés à l'adoption de ce texte, voy. : M. LANGFORD et S. CLARK, « The New Kid on the Block : A Complaint Procedure for the Convention on the Rights of the Child », *Working Paper No. 1, Socio-Economic Programme*, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, janvier 2010, www.jus.uio.no ; A.-C. RASSON, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'enfant : une utopie ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, n° 106, pp. 481 à 521. Voy. aussi le dossier spécial consacré à ce 3^e protocole dans le *J.D.J.*, 2013, n° 328, pp. 9 à 30.
15. Les décisions du Comité sont disponibles à l'adresse suivante : <https://juris.ohchr.org/fr/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>. Pour les communications pendantes, voy. : <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/TablePendingCases.pdf>. Pour un guide pratique expliquant le mécanisme de plainte devant le Comité, voy. : www.eschr-net.org/fr/ressources/mecanisme-plaintes-cde.
16. Le protocole ayant réuni dix ratifications en janvier 2014, il est entré en vigueur le 14 avril 2014, conformément à son article 19.1.
17. Conformément à l'article 19.2, il est entré en vigueur en Belgique trois mois après cette date, soit le 30 août 2014.
18. Ces observations générales sont disponibles sur le site www.ohchr.org/FR/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx.
19. Sur les concepts de « *soft jurisprudence* », qui inclut les observations des comités onusiens, et de « *hard jurisprudence* », voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? À propos de l'autorité de la "jurisprudence" du Comité des droits de l'enfant », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECOZ, St. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin. Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 201.
20. A. GOUTTENOIRE, « Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, acteur majeur de la protection effective des droits de l'enfant », *op. cit.*, p. 128 ; Fr. SUDRE (collab. L. MILANO, H. SURREL et B. PASTRE-BELDA), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., Paris, PUF, 2019, p. 267.
21. J. FIERENS, « La protection de la jeunesse "communautarisée" et l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'enfant – Partie I », *Act. dr. fam.*, 2019/9, pp. 303 et 305.
22. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 173.
23. Voy. notamment les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 mars 2018 *Tlapak et autres c. Allemagne* et *Wetjen et autres c. Allemagne* aux termes desquels la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 de la CEDH par l'Allemagne suite au retrait partiel de l'autorité parentale et au placement d'enfants subissant des châtements à coups de baguette de la part de leurs parents appartenant au mouvement religieux des Douze Tribus. La Cour se réfère expressément, dans ces deux arrêts, à la CIDE (plus particulièrement à ses articles 3, 9, 19 et 37) et aux observations générales du Comité des droits de l'enfant n° 13 sur le droit de l'enfant à être protégé contre toutes les formes de violence (2011, CRC/C/GC13) et n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (2013, CRC/C/GC14) (arrêt *Tlapak*, §§ 59 et 60 ; arrêt *Wetjen*, §§ 37 et 38). Voy. également l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015 qui conclut à la violation de l'article 8 de la CEDH en raison de l'insuffisante prise en compte de la volonté de l'enfant dans la détermination des modalités de son hébergement. La Cour se réfère cette fois expressément aux observations générales n° 8 sur le droit de l'enfant à une protection contre les châtements corporels et autres formes cruelles ou dégradantes de châtements (2006, CRC/C/GC/8) et n° 12 sur le droit de l'enfant à être entendu (2009, CRC/C/GC/12) (§§ 96 et 97). Plus récemment, voy. l'arrêt *Abdi Ibrahim c. Norvège* du 10 décembre 2021 où la Cour se réfère à l'observation générale n° 14 précitée (§ 75).
24. Voy. par exemple Cour eur. D.H., arrêt *Soares de Melo c. Portugal*, 16 février 2016, §§ 57 et 98 ; Cour eur. D.H., arrêt *Abdi Ibrahim c. Norvège*, 10 décembre 2021, § 6.
25. Voy. à cet égard O. PRASONG, *La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Bordeaux, Université de Bordeaux, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01384603/document>, 2016, pp. 20 et 21.
26. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'autorité de la jurisprudence européenne et internationale. La prise en compte de la "soft jurisprudence" », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 336.
27. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 173.
28. S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? À propos de l'autorité de la "jurisprudence" du Comité des droits de l'enfant », *op. cit.*, p. 202.
29. *Ibid.*, p. 204.



Sans approfondir ici la question de l'effet direct³⁰, rappelons que la Cour de cassation a dégagé deux conditions qui, selon elle, doivent être réunies pour qu'une norme internationale soit pourvue d'effet direct : les obligations de l'État doivent avoir été exprimées complètement et de manière précise (critère objectif) et les parties à la convention doivent avoir eu l'intention d'accorder des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus au moyen du traité (critère subjectif)³¹. S'agissant de l'article 3.1 de la CIDE, la haute juridiction refuse, depuis 1999, un effet direct à cette disposition, estimant qu'elle n'est pas, en soi, suffisamment précise et complète et qu'elle laisse à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant³².

Dans une étude récente, nous plaidions toutefois pour la reconnaissance d'un effet direct à l'article 3.1 de la CIDE³³ et invoquons à cet égard plusieurs arguments.

Tout d'abord, dès lors que les tribunaux sont explicitement visés à l'article 3.1 de la CIDE, refuser un effet direct à cet article reviendrait à « contredire la lettre même du texte et pourrait ainsi conduire à un raisonnement incongru : les tribunaux, qui doivent respecter le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans leurs décisions, ne le pourraient finalement pas à cause de l'absence d'effet direct de la norme »³⁴.

On relèvera ensuite que le Comité des droits de l'enfant a eu l'occasion de préciser que l'incorporation de la Convention dans l'ordre interne « devrait signifier que les dispositions de la Convention peuvent être directement invoquées devant les tribunaux et appliquées par les autorités nationales et que c'est la Convention qui prime en cas de conflit avec la législation nationale ou la pratique courante »³⁵. S'agissant de l'article 3.1, le Comité considère que cette disposition « crée une obligation intrinsèque pour les États, est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoquée devant un tribunal »³⁶. S'il n'appartient en principe pas aux instances internationales de décider des règles relatives à l'applicabilité directe d'une convention internationale dans l'ordre interne, il « s'agit cependant d'un indice important quant au caractère suffisamment précis et complet de la norme concernée »³⁷.

Enfin, si la notion d'intérêt de l'enfant est certes une notion ouverte, le droit fondamental proclamé est quant à lui, selon nous, très précis : l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte de façon primordiale lorsqu'une décision concerne cet enfant³⁸. La jurisprudence des hautes juridictions françaises et de nombreuses juridictions de fond en Belgique s'inscrit d'ailleurs dans ce courant doctrinal.

Au demeurant, la signification et la portée de l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision qui le concerne ont été clairement explicitées par le Comité des droits de l'enfant dans son observation générale n° 14 du 29 mai 2013.

Pour le Comité, l'article 3.1 de la CIDE se déploie dans trois dimensions.

Premièrement, c'est un droit de fond : le droit à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant « soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions »³⁹. L'intérêt de l'enfant n'est certes pas un principe absolu. L'expression « une considération primordiale » signifie précisément que d'autres intérêts peuvent être pris en compte mais que dans la balance, un plus grand poids doit être accordé à ce qui sert au mieux l'intérêt de l'enfant car l'enfant est plus vulnérable que les autres. Le Comité des droits de l'enfant rappelle ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que les autres considérations compte tenu de la situation particulière de l'enfant : « dépendance, degré de maturité, statut juridique et, fréquemment, impossibilité de faire entendre sa voix. Les enfants ont moins de possibilités que les adultes de défendre vigoureusement leurs propres intérêts et ceux qui sont associés aux décisions qui les concernent doivent connaître précisément leurs intérêts. Si les intérêts des enfants ne sont pas mis en exergue, ils tendent à être négligés »⁴⁰.

Deuxièmement, c'est un principe juridique interprétatif fondamental suivant lequel, lorsqu'une règle juridique peut être interprétée de plusieurs façons, c'est celle qui

30. Rappelons que c'est en principe au juge constitutionnel et non aux juridictions de l'ordre judiciaire qu'il appartient de se prononcer sur la compatibilité d'une norme législative interne avec un droit fondamental protégé de manière analogue par une disposition du Titre II de la Constitution et par une disposition de droit européen ou de droit international. Le juge peut toutefois s'abstenir de poser une question préjudicielle à la Cour s'il considère que la disposition de la Constitution n'est manifestement pas violée ou, à l'inverse, si un arrêt de la Cour constitutionnelle ou d'une juridiction internationale a déjà fait apparaître la violation de manière manifeste (art. 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle).

31. Voy. l'arrêt de principe Cass., 21 avril 1983, *J.T.*, 1984, p. 212 et *R.C.J.B.*, 1985, p. 26, note M. WAELBROECK. Voy. aussi I. HACHEZ, « L'effet direct comme condition d'application du principe de primauté : de filiations en désaveu partiel », *J.T.*, 2021/31, pp. 602 et s.

32. Cass., 31 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 195 ; Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 588 ; Cass., 10 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1481 ; Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 712. Voy. toutefois l'arrêt du 10 février 2020 aux termes duquel la Cour a pu estimer que « Ni les articles 3, 9 et 12 de la CIDE, ni l'article 8 de la CEDH, ni l'article 22bis de la Constitution n'exigent que l'enfant mineur ait la possibilité d'intervenir en tant que partie et d'introduire une action dans les litiges entre ses parents concernant l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne, son hébergement ou l'exercice du droit aux relations personnelles par le parent qui n'a pas l'autorité parentale » (Cass., 10 février 2020, *T. Fam.*, 2020/7, p. 198, note P. SENAËVE, *Act. dr. fam.*, 2021, p. 12, note M. COUNE, *R.W.*, 2021-2022/5, p. 207). Si, certes, le moyen est *in fine* rejeté, la Cour de cassation n'a pas déclaré les articles visés irrecevables, ce qui pourrait, à tout le moins implicitement, amorcer un revirement de jurisprudence. Toujours dans le même sens : Cass., 25 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022/14, p. 554.

33. A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne », in *Semper perseverans, Liber amicorum André Alen*, Anvers-Gand-Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 739 à 751.

34. *Ibid.*, p. 747.

35. C.D.E., Observation générale n° 5 sur les mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), 2003, §§ 19 et 20.

36. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 6, a).

37. A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne », *op. cit.*, p. 748.

38. *Ibid.*, pp. 746 à 748.

39. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 6, a).

40. *Ibid.*, § 37.

respecte le plus efficacement l'intérêt de l'enfant qui doit être choisie⁴¹. Les droits consacrés par la CIDE et les protocoles facultatifs s'y rapportant constituent à cet égard le cadre d'interprétation⁴².

Troisièmement, c'est une règle de procédure qui impose, lorsqu'une décision est prise, d'évaluer les incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés et puis de déterminer ce qui est le mieux en vue de la protection de leurs intérêts. Le Comité précise à cet égard que « les États parties doivent expliquer comment ce droit a été respecté dans la décision, à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels »⁴³.

Il en ressort que l'évaluation et la détermination de l'intérêt de l'enfant doivent nécessairement être concrètes et non simplement théoriques. Il s'agit de déterminer la teneur de l'intérêt de l'enfant au cas par cas, selon les circonstances, le contexte et les besoins de l'enfant⁴⁴. Pour les décisions relatives à des cas individuels, cela implique que l'intérêt supérieur de l'enfant soit évalué et déterminé en tenant compte de la situation concrète de l'enfant concerné. Pour les décisions plus générales, telles celles prises par le législateur, il convient d'évaluer et de déterminer l'intérêt supérieur des enfants en général au vu de la situation du groupe concerné et/ou des enfants en général⁴⁵.

Le Comité fournit à cet égard une liste d'éléments susceptibles d'entrer en ligne de compte lors de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant ou des enfants concernés, tels « l'âge, le sexe, le degré de maturité, l'expérience, l'appartenance à un groupe minoritaire et le fait de présenter un handicap physique, sensoriel ou intellectuel [...] [le] milieu social et culturel auquel appartient l'enfant, notamment la présence ou l'absence de ses parents, le fait que l'enfant vit ou non avec eux, la qualité de la relation entre l'enfant et sa famille ou ses pourvoyeurs de soins, la sécurité de son environnement et l'existence de solutions de remplacement de qualité à la disposition de la famille, de la famille élargie ou des pourvoyeurs de soins »⁴⁶. Sur la base de ces considérations, le Comité identifie les éléments qui doivent être pris en compte par l'autorité décisionnelle pour évaluer et déterminer l'intérêt de l'enfant, à savoir⁴⁷ :

l'opinion de l'enfant, son identité, la préservation de son milieu familial et le maintien de ses relations, la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant, la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve, son droit à la santé et son droit à l'éducation⁴⁸.

Le Comité insiste aussi sur l'importance de veiller à la dimension temporelle, dès lors que la perception du temps diffère suivant que l'on est enfant ou adulte : « les retards dans le processus de décision ou sa durée excessive sont particulièrement préjudiciables aux enfants – en constante évolution »⁴⁹.

Il souligne en outre le lien entre la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et l'évolution de ses capacités et de son développement et précise qu'il est nécessaire de réexaminer cet intérêt « à intervalles raisonnables à mesure que l'enfant se développe et que sa capacité d'exprimer ses vues évolue »⁵⁰.

Le Comité relève enfin que le processus d'évaluation et de détermination de l'intérêt de l'enfant doit être réalisé par des professionnels qualifiés⁵¹ et que toute décision qui concerne un enfant doit être « motivée, justifiée et expliquée ». Le raisonnement juridique doit ainsi être précis et exhaustif⁵².

Plus fondamentalement, le Comité précise que l'intérêt de l'enfant sert à renforcer ses droits et jamais à les réduire ou les faire disparaître : « l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant ont pour objet d'assurer la jouissance pleine et effective des droits reconnus par la Convention et ses Protocoles facultatifs et le développement global de l'enfant »⁵³. Les droits de l'enfant, en ce compris la prise en compte de son intérêt, sont en effet universels, indivisibles, interdépendants et indissociables⁵⁴.

2. L'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Grâce à son dynamisme interprétatif, la juridiction strasbourgeoise offre une place de choix, dans sa jurisprudence, à la CIDE, combinant celle-ci avec les dispositions pertinentes de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH »)⁵⁵. Elle considère à cet égard que les obligations que la CEDH impose aux États parties dans le domaine des droits de l'enfant doivent être inter-

41. *Ibid.*, § 6, b).

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*, § 6, c).

44. *Ibid.*, § 32.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*, § 48.

47. *Ibid.*, §§ 52 à 79.

48. Ces différents éléments peuvent évidemment être en conflit. Par exemple, « le souci de préserver le milieu familial peut être en conflit avec l'impératif de protéger l'enfant contre le risque de violence ou de maltraitance de la part de ses parents. Dans une telle éventualité, les divers éléments devront être mis en balance pour dégager la solution répondant à l'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants » (C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 81).

49. *Ibid.*, § 93.

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*, §§ 94 et 95.

52. *Ibid.*, § 97.

53. *Ibid.*, § 82.

54. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 174.

55. *Ibid.*, p. 176.



prêtées à la lumière de la CIDE⁵⁶. Comme nous l'avons relevé *supra*, la Cour n'hésite pas non plus à mobiliser directement les observations finales et générales du Comité des droits de l'enfant.

Concernant plus particulièrement l'article 3.1 de la CIDE, l'on constate que la Cour européenne des droits de l'homme assure, au fil de ses arrêts, une protection particulièrement poussée des droits de l'enfant, compte tenu de sa vulnérabilité, à travers la primauté qu'elle accorde à son intérêt⁵⁷. Dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, elle déclare ainsi qu'« il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁵⁸.

En matière familiale, la juridiction strasbourgeoise considère que l'article 8 de la CEDH requiert que les autorités nationales mettent de manière adéquate l'intérêt de l'enfant et ceux des parents en balance et qu'à cette occasion, une importance particulière doit être reconnue à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, en fonction de la nature et du sérieux de cet intérêt, peut avoir priorité sur celui des parents⁵⁹. Concernant plus particulièrement les contentieux d'hébergement, la Cour observe que « l'article 8 ne reconnaît pas à l'un ou l'autre des parents un droit préférentiel à la garde d'un enfant et que les autorités compétentes appelées à statuer sur ce point doivent prendre en considération l'intérêt des enfants »⁶⁰.

À l'instar du Comité des droits de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme prône une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et insiste sur la prise en considération de la spécificité de chaque cas au terme d'un examen minutieux des circonstances de la cause⁶¹. Dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, la juridiction de Strasbourg précise ainsi que : « L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend [...] de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle [...]. C'est pour-

quoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir. »⁶²

3. L'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Si le tribunal de la famille de Bruxelles, dans le jugement annoté, se réfère à la CIDE pour apprécier l'intérêt de l'enfant, il ne se fonde toutefois pas sur l'article 22bis de la Constitution. Or, depuis 2008, la prise en compte, de manière primordiale, de l'intérêt de l'enfant dans toute décision qui le concerne est proclamée à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution belge et est ainsi devenue une exigence constitutionnelle.

Adopté, dans une première mouture, en 2000, l'article 22bis de la Constitution reconnaît le droit à la protection de l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle de l'enfant. Il a ensuite été complété en 2008 pour intégrer les principes directeurs de la CIDE, soit le droit à la participation (alinéa 2), le droit au développement (alinéa 3) et la prise en considération de l'intérêt de l'enfant de manière primordiale dans toute décision qui le concerne (alinéa 4). Comme le relève la Cour constitutionnelle, les alinéas 2 à 4 de l'article 22bis ont pour objet de « mettre l'accent sur la place de l'enfant au sein de la société et sur son droit d'expression » et ont avant tout « un rôle de "passerelle" vers la Convention relative aux droits de l'enfant »⁶³.

Comme le Comité des droits de l'enfant et la Cour européenne des droits de l'homme, en matière familiale⁶⁴, la Cour constitutionnelle impose désormais au juge de procéder à une balance *in concreto*⁶⁵ des intérêts en présence,

56. Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, § 72 ; Cour eur. D.H., arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, § 139 ; Cour eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 septembre 2007, § 120 ; Cour eur. D.H., arrêt *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, § 42.

57. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 176.

58. Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 135. Voy. aussi : Cour eur. D.H., arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne*, 10 janvier 2017, § 75 ; Cour eur. D.H., arrêt *M.K. c. Grèce*, 1^{er} février 2018, § 73 ; Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 204 ; Cour eur. D.H., arrêt *Luzi c. Italie*, 5 décembre 2019, § 67.

59. Cour eur. D.H., arrêt *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, § 66 ; Cour eur. D.H., arrêt *Z.J. c. Lituanie*, 29 avril 2014, § 98 ; Cour eur. D.H., arrêt *Khusnutdinov et X. c. Russie*, 18 décembre 2018, § 9.

60. Cour eur. D.H., arrêt *Reslová c. République tchèque*, 18 juillet 2006, § 63.

61. Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 138 ; Cour eur. D.H., arrêt *Y.C. c. Royaume-Uni*, 13 mars 2012, § 135 ; Cour eur. D.H., arrêt *Uzbyakov c. Russie*, 5 mai 2020, § 123.

62. Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 138.

63. C.C., 29 octobre 2015, n° 153/2015, B.11.3. La Cour se base sur les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-0175/005, pp. 6 et 7). Sur la protection constitutionnelle des droits de l'enfant, et en particulier les révisions constitutionnelles de 2000 et de 2008, voy. 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*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1599 à 1636.

64. Cette tendance ressort aussi d'arrêts prononcés dans d'autres domaines. Voy. à cet égard G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 182, note 174.

65. Ainsi par exemple, en matière de filiation, la Cour répète de manière constante que lorsqu'il élabore un régime légal en la matière, le législateur « doit permettre aux autorités compétentes de procéder *in concreto* à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis » (C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.7. Voy. aussi : C.C., 19 mars 2015, n° 38/2015, B.4.3 ; C.C., 2 juillet 2015, n° 101/2015 et n° 102/2015, B.8 ; C.C., 24 septembre 2015, n° 126/2015, B.4.3 ; C.C., 25 mai 2016, n° 77/2016, B.5 ; C.C., 16 février 2017, n° 24/2017, B.5 ; C.C., 1^{er} février 2018, n° 11/2018, B.7) et que dans cette balance, l'intérêt de l'enfant revêt un caractère primordial, « du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale », sans toutefois être absolu (C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.10). On relèvera toutefois que dans un arrêt n° 48/2014 du 20 mars 2014, la Cour constitutionnelle a pu considérer que le principe de la prise en compte, dans une balance réalisée *in concreto*, des intérêts de toutes les parties concernées n'était pas absolu et ne s'appliquait notamment pas à l'action en établissement judiciaire de la paternité intentée par l'enfant majeur à l'égard des héritiers de son père biologique décédé. Pour la Cour, « le législateur a raisonnablement pu considérer, dans les limites de la marge d'appréciation précitée, que, dans une procédure judiciaire d'établissement de la filiation, le droit de chacun à l'établissement de sa filiation doit l'emporter, de façon générale, sur l'intérêt de la paix des familles et de la sécurité juridique des liens familiaux et, en particulier, sur le droit des personnes apparentées au père biologique à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à leur vie privée et familiale » (C.C., 20 mars 2014, n° 48/2014, B.10).

en prenant soin de conférer à l'intérêt de l'enfant un poids plus lourd dans la balance, conformément à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution, combiné avec l'article 3.1 de la CIDE⁶⁶. Cette jurisprudence est un indicateur important « permettant de croire qu'un droit subjectif fondé sur ces dispositions peut être revendiqué devant le juge aujourd'hui », ce qui plaide aussi pour reconnaître un effet direct à ces dispositions⁶⁷.

La Cour constitutionnelle a par ailleurs été amenée à préciser que l'intérêt de l'enfant mentionné dans l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution ne saurait être considéré indépendamment des droits de l'enfant, garantis notamment par la CIDE⁶⁸.

IV. COMMENT APPRÉCIER L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT DANS LES LITIGES RELATIFS À SON HÉBERGEMENT ?

Dans les points qui précèdent, nous avons pu mettre en évidence le fait que l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge doivent nécessairement se faire *in concreto*. Sur quels critères le juge peut-il se fonder à cet égard ? La question est complexe, dès lors que, comme le relève Michaël Mallien dans son étude de la place faite à la triade constituée par le juge, l'enfant et les accords parentaux dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, elle interroge « la posture classique du juge impartial et affranchi de l'ensemble de ses conceptions personnelles »⁶⁹.

Nous avons toutefois pu relever que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être évalué et déterminé en respectant pleinement les droits énoncés dans la CIDE et dans les protocoles facultatifs s'y rapportant⁷⁰. En matière d'hébergement, il s'agit plus particulièrement de respecter le droit de l'enfant à la participation et son droit d'être éduqué par ses deux parents et de rester en contact avec eux. Dans le litige soumis au tribunal de la famille de Bruxelles, aucune

place ne pouvait être donnée à la parole des enfants, en raison de leur très jeune âge⁷¹. Pour déterminer l'intérêt supérieur des enfants, le tribunal se réfère dès lors à leur droit fondamental d'être éduqués par leurs deux parents.

1. Le droit de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents et de rester en contact avec eux

Le droit de l'enfant d'être éduqué par ses parents et de rester en contact avec eux est expressément garanti par la CIDE. L'enfant se voit ainsi reconnaître, dès sa naissance, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux, dans la mesure du possible (art. 7.1 de la CIDE). Les États parties doivent par ailleurs respecter le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt supérieur (art. 9.3 de la CIDE). L'article 18.1 de la CIDE dispose quant à lui que : « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. » Dans son observation générale n° 14, le Comité des droits de l'enfant souligne à cet égard que si le partage des responsabilités parentales rencontre en général l'intérêt supérieur de l'enfant, il serait contraire à cet intérêt que la loi attribue automatiquement les responsabilités parentales aux deux parents ou à l'un d'eux. Le juge est ainsi amené à évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant en tenant compte du droit de l'enfant de préserver sa relation avec ses deux parents mais aussi des autres éléments pertinents en l'espèce⁷².

Si la Cour européenne des droits de l'homme n'exige ni que les États membres du Conseil de l'Europe privilégient l'exercice

66. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, pp. 182 et s., avec les quelques « notes discordantes » relevées pp. 185 et s. La Cour de cassation a, pour sa part, souligné implicitement, dans un arrêt du 20 janvier 2020, l'importance de l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant en considérant que l'arrêt attaqué « fixe les modalités d'hébergement non égalitaire de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt de l'enfant et de ses parents, et non au motif de son seul jeune âge. Contrairement à ce que le moyen soutient, il ne statue pas par voie de disposition générale et abstraite » (Cass., 20 janvier 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, p. 4, note D. PIRE et N. MASSAGER, *T. Fam.*, 2021/6, p. 136, note P. SENAËVE et R.A.B.G., 2020/16, p. 1341).

67. Voy. à ce sujet A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne », *op. cit.*, pp. 748 à 750.

68. C.C., 7 octobre 2021, n° 133/2021, B.12.1.

69. 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 », *op. cit.*, p. 190.

70. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 32.

71. Nous n'examinerons dès lors pas la question de l'incidence de la prise en considération de la parole de l'enfant dans la détermination de son intérêt, même si cette question s'avère d'une importance cruciale dans la pratique. Le Comité des droits de l'enfant a en effet mis en lumière le fait que l'article 3.1 de la CIDE entretient des liens tout particuliers avec l'article 12 de la CIDE qui reconnaît à l'enfant le droit d'être entendu sur toute question qui le concerne et celui de voir son opinion dûment prise en considération eu égard à son âge et sa maturité. Le Comité relève que « les deux articles ont des rôles complémentaires : le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour entendre l'opinion de l'enfant ou des enfants et la prendre en considération dans toutes les affaires qui les concernent, y compris pour l'évaluation de leur intérêt supérieur. Le paragraphe 1 de l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les prescriptions de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie. » (C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 43) Pour le Comité, « 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 » (C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 53). Il considère dès lors que « si la décision ne va pas dans le sens de l'opinion exprimée par l'enfant, il faudrait en indiquer clairement la raison » (C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 97). La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît elle aussi le caractère crucial de la volonté de l'enfant, pour autant que celui-ci dispose de la maturité suffisante, dans la détermination de son intérêt. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie*, la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la CEDH en raison de l'insuffisante prise en compte de la volonté de l'enfant dans la détermination des modalités de son hébergement. La Cour se réfère expressément à l'article 12 de la CIDE et à l'observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant sur le droit de l'enfant d'être entendu pour affirmer qu'« on ne saurait dire que des enfants capables de discernement ont été suffisamment associés au processus décisionnel lorsqu'il ne leur a pas été donné la possibilité d'être entendus et d'exprimer leur opinion » (Cour eur. D.H., arrêt *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015, § 181). Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *N. Ts. c. Géorgie*, 2 février 2016, spéc. § 72.

72. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 67.



conjoint de l'autorité parentale⁷³, ni qu'ils érigent l'hébergement égalitaire en modèle de référence⁷⁴, « une jurisprudence [...] assez foisonnante insiste sur la sauvegarde et la promotion de contacts effectifs entre l'enfant et chacun de ses parents en cas de séparation »⁷⁵. Dans l'arrêt *Vojnity c. Hongrie*, la juridiction strasbourgeoise rappelle à cet égard qu'il est en général dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, dès lors que briser ces liens reviendrait à couper l'enfant de ses racines⁷⁶ et qu'une mesure aussi radicale que la rupture totale des contacts ne peut être justifiée que dans des circonstances exceptionnelles⁷⁷. Dans l'arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne*, elle souligne encore « the importance of the child's interests in preserving and developing his or her ties with his or her family, and in particular with his or her mother and father. It considers that, in principle, it is in the child's best interests to maintain contact with both parents, in so far as practicable, on an equal footing, save for lawful limitations justified by considerations regarding the child's best interests. The same rationale underpins Article 9 § 3 of the Convention on the Rights of the Child. »⁷⁸ Dans l'arrêt *M.K. c. Grèce*, elle rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant revêt dans ce contexte un double aspect : « D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe conduire à une rupture du lien familial et que tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, "reconstituer" la famille. D'autre part, il implique que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 de la Convention ne saurait autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant. »⁷⁹

2. L'intérêt supérieur de l'enfant face à la demande d'expatriation d'un des parents

Face au souhait d'un parent d'emmenager les enfants communs suite à son projet d'expatriation, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de rappeler qu'« une série de critères ont été dégagés par la doctrine, au départ de l'examen

de plusieurs décisions judiciaires, et qui peuvent servir aux tribunaux de grille d'appréciation. Ces critères s'articulent autour de deux pôles, le premier étant les engagements parentaux et le second, les critères d'une appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant. Cependant, aucune jurisprudence majoritaire ne se dégage tant cette problématique est liée à l'intime des justiciables qui font le choix (ou subissent le choix) de confier au tribunal la charge de décider, à leur place, quelles seront les conséquences pour leurs enfants d'une décision d'éloignement géographique prise par l'un des deux parents. Il n'existe donc pas de bonne solution en l'espèce. Avant de prendre sa décision, le tribunal doit donc être en mesure d'apprécier les éléments concrets qui lui sont soumis par les parties, en opérant une lecture à l'aune de l'intérêt des enfants : ces éléments amèneront le tribunal à examiner le contexte de la vie commune et celui de la séparation, à apprécier la consistance du projet de vie du parent qui décide de s'éloigner géographiquement de l'autre parent, et aussi à examiner l'impact d'un éventuel éloignement des enfants de leur lieu de vie habituel (école, familles...). »⁸⁰

Dans la décision annotée, le juge se réfère, pour apprécier l'intérêt des deux très jeunes enfants (1 an et 3 ans) face à la demande d'expatriation de leur mère, aux articles 5⁸¹, 7, alinéa 1^{er}⁸², 9, alinéa 3⁸³, et 18, alinéa 1^{er}⁸⁴, de la CIDE, ainsi qu'à l'observation n° 14 du Comité des droits de l'enfant qui précise que l'enfant doit pouvoir « entretenir régulièrement des relations et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à (son) intérêt ».

Le tribunal relève que l'expatriation de la mère conduirait nécessairement à des périodes de séparation de longue durée entre les enfants et leur père ou leur mère et se fonde sur l'opinion de spécialistes de la petite enfance⁸⁵, sans toutefois les citer, selon laquelle « s'il ne faut pas soumettre de petits enfants à des périodes de séparation trop longues d'avec la figure maternelle, l'édification de relations aussi étroites que possibles avec le père implique l'organisation de périodes d'hébergement secondaire courtes mais rapprochées ». C'est ici qu'apparaît le pouvoir normatif dont le juge se trouverait doté par le pouvoir

73. 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. 86, n° 79.

74. M.-P. ALLARD, P. TAPIERO et 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 (2015-2018) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, p. 112 et les références citées en note 274.

75. M. MALLIEN, « Le droit fondamental à une procédure efficace et personnalisée en matière d'hébergement des enfants en temps de pandémie : un *lockdown* judiciaire ? », *e-legal. Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, 2020, p. 4, disponible à l'adresse <https://e-legal.ulb.be/medias/pdfs/121-le-droit-fondamental-a-une-procedure-efficace-et-personnalisee-en-matiere-d-hebergement-des-enfants-en-temps-de-pandemie-un-lockdown-judiciaire.pdf>. Voy. à cet égard : M.-P. ALLARD, P. TAPIERO et 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 (2015-2018) », *op. cit.*, pp. 116 et s. et la jurisprudence strasbourgeoise y citée.

76. Cour eur. D.H., arrêt *Vojnity c. Hongrie*, 12 février 2013, § 40.

77. *Ibid.*, § 41.

78. Cour eur. D.H., arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne*, 10 février 2017, § 81. Voy. aussi, en matière de placement, Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 207.

79. Cour eur. D.H., arrêt *M.K. c. Grèce*, 1^{er} février 2018, § 73. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 136 ; Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, p. 207.

80. Civ. Bruxelles (réf.), 26 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2014/5, p. 160.

81. « Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention. »

82. « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquiescer une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. »

83. « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. »

84. « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. »

85. Sur la prise en compte de cette littérature spécialisée, voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2020 et le commentaire de Michaël 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* », *op. cit.*, pp. 195 et s.).

qui lui est donné de statuer dans l'intérêt de l'enfant⁸⁶. Il est intéressant de relever que le tribunal de la famille du Hainaut, division de Mons, a quant à lui autorisé la mère à s'expatrier en Sardaigne avec l'enfant commun âgé de deux ans, considérant qu'il « ressort de la littérature psychologique majoritaire qu'un enfant de deux ans a besoin de se construire auprès d'un parent de référence qui est, *a priori*, sa mère, sauf si la relation avec cette dernière est toxique. [...] L'intérêt de l'enfant est donc de rester avec sa mère, pour autant que celle-ci permette à l'enfant de conserver des relations régulières avec son père. À défaut, le tribunal n'aura d'autre solution que de confier l'hébergement principal de l'enfant à Monsieur F. Il faut par ailleurs réserver des contacts aussi fréquents que possible entre D. et son père, ne fût-ce que pour une question de langue. »⁸⁷

La décision annotée se penche ensuite les choix communs des parents, les modalités d'hébergement sur lesquelles ils se sont accordés et relève que le projet commun du couple était bien un établissement de longue durée en Belgique, troisième voie d'accès à l'intérêt de l'enfant, selon l'étude déjà citée de Michaël Mallien⁸⁸.

Le pouvoir normatif du juge revient en fin de décision, lorsque le tribunal souligne que le projet d'expatriation de la mère impliquerait manifestement beaucoup de changements pour les enfants, ce qui serait tout à fait contraire à leur besoin de stabilité. Cette référence au besoin de stabilité de l'enfant pour apprécier son intérêt revient fréquemment dans les litiges concernant l'expatriation et la délocalisation d'enfants. Ainsi, dans un arrêt du 17 décembre 2018, la cour d'appel de Bruxelles met en évidence la nécessité de tenir compte « de la stabilité et de la continuité dans la structuration des enfants et dans leur parcours de vie », relevant que « cette stabilité et cette continuité seront mises à mal sur le plan familial puisque la décision à prendre implique de toutes façons qu'il soit mis fin à l'hébergement égalitaire qui permettait l'investissement matériel et concret des deux parents dans le quotidien des enfants et la complicité d'un lien d'affection et d'éducation au jour le jour »⁸⁹. Dans le même sens, le tri-

bunal de la famille de Bruxelles déclare devoir « privilégier le *continuum* affectif, social et la stabilité des enfants », rejetant ainsi la demande d'autorisation d'expatriation de la mère au Canada avec les enfants communs dès lors que l'intérêt des enfants « n'est pas d'être déracinés au Canada alors que toutes leurs attaches se trouvent depuis leur naissance en Belgique »⁹⁰.

CONCLUSION

Il n'est aujourd'hui plus un praticien du droit de la famille qui puisse encore ignorer l'omniprésence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce principe juridique fondamental et incontournable, devenu une exigence constitutionnelle depuis 2008, transcende désormais tous les domaines du droit de la famille. Il est au cœur de la jurisprudence des cours et tribunaux et constitue le « centre de gravité »⁹¹ du contrôle de la Cour constitutionnelle. Il n'est dès lors pas surprenant que la décision annotée s'y réfère pour trancher le litige lui soumis.

Plus rares toutefois sont ceux qui mobilisent directement, pour apprécier l'intérêt de l'enfant, les droits qui lui sont reconnus par la CIDE et les observations du Comité des droits de l'enfant. La décision du tribunal de la famille de Bruxelles ne peut en ce sens qu'être applaudie.

Si la détermination concrète de l'intérêt de l'enfant n'est certes pas une tâche aisée, compte tenu du caractère « ouvert » de cette notion, l'objectif de cette contribution était précisément de fournir aux avocats et magistrats des pistes et des outils pour leur permettre de mieux en appréhender les contours en les invitant pour ce faire à mobiliser systématiquement les dispositions de la CIDE, les observations générales et finales du Comité des droits de l'enfant ainsi que les décisions prises sur communication, mais aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sans oublier l'article 22*bis* de la Constitution. Ce n'est qu'ainsi que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sera correctement appliqué et que les droits fondamentaux de l'enfant seront pleinement respectés.

86. Voy. M. MALLIEN, *ibid.*, pp. 194 et s., qui conclut sur ce point : « La manière dont les convictions des juges se forment en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, y compris dans sa dimension abstraite, demeure actuellement une *terra incognita* encore largement à défricher par la recherche pluridisciplinaire en psychologie, en sociologie judiciaire et en droit. » (p. 195)

87. Trib. fam. Hainaut, div. Mons, 22 décembre 2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/3, p. 769.

88. 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* », *op. cit.*, pp. 205 et s.

89. Bruxelles, 17 décembre 2018, *Act. dr. fam.*, 2019/7, p. 240.

90. Trib. fam. Bruxelles, 5 août 2019, *Act. dr. fam.*, 2019/8, p. 274.

91. P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 658.

