

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les droits procéduraux de l'enfant au civil

Mallien, Michael

Published in:

Le statut du mineur en droit civil et les droits de l'enfant

Publication date:

2024

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2024, Les droits procéduraux de l'enfant au civil. dans *Le statut du mineur en droit civil et les droits de l'enfant*. Famille & droit, Larcier , Bruxelles, pp. 303-371.

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.

Les droits procéduraux de l'enfant au civil

PAR

Michaël MALLIEN

Professeur à l'EPHEC

Professeur invité à l'UNamur

Collaborateur scientifique à l'UCLouvain (CeFAP)

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

Enchâssée dans son éducation et sa protection d'une part, et dans son autonomie croissante vers l'âge adulte d'autre part, la position procédurale de l'enfant ne peut laisser personne indifférent. Reconnaître le mineur comme acteur de son destin – pour le meilleur surtout, mais potentiellement aussi pour le pire –, y compris en lui permettant de revendiquer ses droits jusque dans les prétoires, vient bousculer nombre de précaires certitudes, propres à un certain ordre familial et sociétal pensé par des adultes.

La question des droits procéduraux des mineurs au civil revêt donc une place centrale dans le présent ouvrage qui se veut le relais du colloque organisé le 8 février 2024 par l'Association *Famille & Droit* sous l'égide éclairée du professeur Nathalie Massager. La réflexion ainsi menée sur le statut de l'enfant ne peut, en effet, se cantonner à la sphère de sa protection – aussi essentielle soit-elle – mais doit, au contraire, aussi inclure une interrogation féconde sur l'effectivité des droits à vocation de son autonomie, à la lumière du changement de paradigme qui constitue le fil rouge et le point d'encrage du présent colloque. S'il ne peut être question d'examiner ici en profondeur tous ces droits, nous tenterons d'évoquer la position procédurale de l'enfant à travers trois questions, en réfléchissant de manière critique à chacune d'entre elles, notamment à l'aune des éventuels points de non-conformité aux normes supranationales. Il s'agira ainsi du droit de l'enfant de s'exprimer librement lors des procédures qui le concernent (Section 1), celui d'y voir son opinion être prise en considération (Section 2) et son éventuelle capacité d'ester ou d'intervenir en Justice (Section 3). Ceci permettra de déboucher sur une interpellation réflexive du législateur en vue d'assumer pleinement le changement de paradigme en faveur d'une certaine autonomie de l'enfant (Section 4).

Section 1. Le droit de l'enfant de s'exprimer librement dans les procédures qui le concernent

§ 1. L'article 12 de la CIDE

L'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 constitue à maints égards le texte le plus important en ce qui concerne le droit à l'audition et à l'expression de l'opinion du mineur. Outre son caractère quasi-universel (196 États ont ratifié la CIDE dans le monde¹ – 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 fût 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.

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 a suscité le plus de controverses. Plusieurs juges du fond avaient reconnu à cet article un tel effet dans les années qui ont suivi son adoption², ouvrant la voie à son invocation par tout justiciable devant les juridictions belges. Bien souvent, ils 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.

Toutefois, la Cour de cassation le lui a dénié laconiquement dans un arrêt du 10 novembre 1999³, qui a été présenté par une certaine doctrine comme clôturant le débat à ce sujet. Pourtant, certains auteurs, comme A. Vandaele, ont rappelé qu'il s'agissait-là d'un arrêt rendu dans un contexte tout à fait particulier (application de l'ancien article 369*bis* du Code pénal), ont souligné le caractère peu détaillé de sa motivation et ont considéré, dès lors, qu'il y avait lieu de lui réserver une interprétation stricte⁴. Pour notre part, cette lecture – stricte – de l'arrêt précité nous semble devoir être approuvée puisque la

¹ Dont la Belgique par la loi du 16 décembre 1991.

² Voy. en ce sens : Bruxelles, 22 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1999, 321 ; Gand, 13 avril 1992, *R.W.*, 1992-1993, 329 ; Gand 17 janvier 1994, *R.W.*, 1995-1996, 1356 ; Gand 26 juin 1995, *R.W.*, 1995-1996 (abrégé), 1357 ; Mons 20 avril 1993, *JDJ*, 1993, n° 126 et *J.L.M.B.*, 1993, 784 ; Liège 15 juin 1994, *JDJ*, 1994, n° 137 – *contra* : Anvers 14 avril 1994, *JDJ*, 1995, 322. *Adde* : T. MOREAU, « État des lieux de la réception de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence belge », *JDJ*, 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.

³ Cass. 10 novembre 1999, *www.cass.be*.

⁴ A. VANDAELE, « Quelques réflexions sur l'effet direct de la Convention relative aux Droits de l'Enfant », *JDJ*, 2002, p. 27.

Cour précise elle-même que ces dispositions ne sont pas dotées d'effet direct *dans le cadre de ladite procédure pénale*. Elle ne se prononce donc clairement pas pour ce qui est des autres types de litiges, de sorte que nous pensons que rien ne s'opposerait à ce qu'un effet direct soit reconnu à l'article 12.1 de la CIDE dans le cadre d'un litige civil entre ses parents. L'obligation mise à charge des juridictions, nous semble suffisamment claire et précise pour qu'elle puisse être mise en œuvre sans intervention du législateur.

Le professeur Joe Verhoeven rappelle que le terme « direct » signifie « le fait que la règle internationale puisse être appliquée alors même que les autorités nationales n'ont adopté aucune mesure particulière d'exécution. Par "mesure d'exécution", il y a lieu d'entendre des interventions législatives, réglementaires ou administratives destinées à donner concrètement effet à la règle internationale et non des interventions dont le seul objet est d'"introduire" celle-ci dans l'ordre interne de l'autorité saisie, conformément aux exigences propres de son droit constitutionnel »⁵. Tel est le cas lorsque législateur national, qui voudrait adopter une loi conforme à la norme internationale, ne pourrait le faire que dans un sens déterminé. Or, lorsqu'il s'agit de contentieux judiciaires relatifs l'enfant, on aperçoit mal comment l'article 12.1 de la CIDE pourrait être interprété autrement que comme la reconnaissance à celui-ci du droit d'audition comme – et avec les limites – que nous verrons ci-après, ne laissant ainsi aucune marge de manœuvre au législateur national. La solution apparaît sans doute moins évidente pour ce qui est du prescrit de l'article 12.2, qui laisse au législateur national le choix de déterminer les modalités de l'audition. Toutefois le principe selon lequel l'enfant a le droit d'être entendu lors de toute procédure judiciaire qui le concerne, semble en lui-même clair et précis. Un effet direct nous paraît dès lors devoir être reconnu, dans cette limite, à l'article 12.2 également.

C'est à notre avis donc fort logiquement que la Cour de cassation a finalement, dans un arrêt du 6 octobre 2017, reconnu implicitement mais certainement⁶ un tel effet à l'article de 12 de la CIDE⁷. Elle raisonne de manière similaire – et

⁵ J. VERHOEVEN, « La notion d'"applicabilité directe" du droit international », in *L'effet direct des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 6. Adde : A. VANDAELE et E. CLAEYS, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *Working Paper No 15* – décembre 2001 de l'institut de droit international de la KULeuven, www.kuleuven.be, consulté le 30 décembre 2023.

⁶ À ce sujet, voy. G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND, « La refonte du statut du mineur en droit civil à travers le prisme des droits de l'enfant : l'apport de la CIDE et du Comité des droits de l'enfant », *présent ouvrage, supra*.

⁷ Cass. 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.* 2017, p. 247, note N. MASSAGER, et *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. MATHIEU.

dissipe donc tout doute quant à l'interprétation à donner à sa jurisprudence de 2017, vu les nombreux positionnements doctrinaux qu'elle avait suscités en faveur de l'effet direct – dans ses arrêts des 10 février 2020⁸, 25 janvier 2021⁹ et 13 avril 2021¹⁰, et est suivie depuis lors sur ce point par des juridictions du fond¹¹.

B. L'article 12 de la CIDE et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *M. & M. contre Croatie* : 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*¹² rendu le 8 juillet 2003. Les juges strasbourgeois y avaient estimé que l'article 8 de la CEDH n'implique pas nécessairement que l'enfant doit 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 »¹³. Or, l'enfant, qui était âgée de cinq ans au moment où la juridiction nationale allemande rendait 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 l'arrêt

⁸ Cass., 10 février 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, p. 12, note M. COUNE.

⁹ Cass., 25 janvier 2021, *T. Fam.*, 2022/5-6, p. 155.

¹⁰ Cass., 13 avril 2021 (2^e ch. NI.), R.G. n° P.21.0045.N, disponible sur www.juridat.be.

¹¹ Voy. p.ex. Trib. fam. Namur, 28 février 2019, *JDJ*, 2019, liv. 384, p. 35.

¹² Cour eur. D.H., 8 juillet 2003, arrêt *Sahin c. Allemagne* (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 cinq 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-BOURDINIERE, « 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*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 532-533.

¹³ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, arrêt *M. & M. c. Croatie*, n° 73 de l'arrêt, extraits in M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », in N. DANDOY et G. WILLEMS (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 431 et s., dont l'analyse est largement reprise ici.

strasbourgeois 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 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. & M. c. Croatie* du 3 septembre 2015¹⁴.

Saisie par une adolescente et par sa mère, qui avait sollicité sans succès de pouvoir l'héberger provisoirement, 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 règle, mise en avant au point 20 de l'Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2009 où le Comité onusien des Droits de l'Enfant précisait la portée de l'article 12 de la CIDE et des libertés qui y sont garanties¹⁵, selon laquelle le discernement de l'enfant – âgée à l'époque de douze ans – devait être présumé. Ceci signifie donc qu'aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, 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'Enfant¹⁶.

Par conséquent, dans la mesure où une « autorité de chose interprétée » doit être reconnue aux arrêts rendus par la Cour de Strasbourg¹⁷ et où l'effet direct

¹⁴ Concernant cet arrêt, voy. égal. 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 et G. WILLEMS, « L'autonomie du mineur dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *présent ouvrage, supra*.

¹⁵ 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>.

¹⁶ 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, « Le 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.

¹⁷ Cass. 14 avril 1983, *J.T.*, 1983, p. 607, analysé par O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Juge national », *Rev. b. dr. int.* 1997, p. 29, n°s 38 et s. et N. DANDOY, « La portée des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme en droit interne belge », *J.J.P.*, 2002, pp. 248-252.

de l'article 8 de la CEDH ne fait pas l'ombre d'un doute¹⁸, il y a lieu d'en déduire que le juge national se doit de reconnaître et de mettre en œuvre 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 des Droits de l'Enfant.

Aucune véritable opposition n'apparaît toutefois entre la logique suivie par la Cour dans l'arrêt *Sahin* et celle qui prévaut dans la cause précitée. 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 *absolu*, dans le *chef des parents*, qu'une enfant, même très jeune, soit entendue en toutes circonstances, l'arrêt *M. & M. c. Croatie* intègre le paramètre de l'âge et interprète ladite disposition à la lumière de l'article 12 de la CIDE et de l'Observation générale n° 12 du Comité des Droits de l'Enfant. Ce qu'il convient ici de comprendre, c'est que l'âge de l'enfant intervient comme régulant le droit des parents de solliciter l'audition, mais pas le droit du mineur d'être entendu.

Notons à cet égard qu'un des principaux enseignements de l'arrêt *M. & M. c. Croatie* se trouve dans la mise en œuvre de la méthodologie propre que la Cour s'est donnée en ayant égard, lorsqu'elle vérifie l'existence d'un consensus au sein des États Parties au Conseil de l'Europe, à d'autres normes, y compris de *soft law*. C'est ainsi, comme elle le précise elle-même dans son arrêt phare *Demir & Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, que « la Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques »¹⁹. La référence à

¹⁸ Concernant l'effet direct des dispositions internationales en matière de droits fondamentaux et le caractère nuancé de cette question, voy. toutefois I. HACHEZ, « Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : focus sur la notion polysémique d'effet direct », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2005, liv. 7.

¹⁹ Cour eur. D.H., 12 novembre 2008, arrêt *Demir & Baykara c. Turquie*, § 85. *Adde*, concernant cet arrêt et, de manière plus générale, à propos de l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme à travers la recherche d'un consensus (relatif) au sein des États Parties du Conseil de l'Europe : S. BARBOU DES PLACES et R. HERNU, « Morale et marge d'appréciation dans la jurisprudence des cours européennes », in S. BARBOU DES PLACES, R. HERNU et Ph. MADDALON (dir.), *Morale(s) et droits européens*, Bruylant, Pedone, 2015, pp. 49-72, disponible en ligne, consulté le 10 décembre 2023 ; B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2015, p. 91 ; D. SZYMCZAK, « Convention européenne des droits de l'homme : aperçu général »,

la « *soft jurisprudence* »²⁰ – en l'occurrence l'Observation n° 12 du Comité des Droits de l'Enfant – n'a donc rien d'anecdotique, si bien qu'il est permis d'en déduire, sans extrapoler la portée de cet arrêt, une certaine pertinence de l'ensemble des Observations dudit Comité pour l'interprétation de l'article 8 de la CEDH. Or, il ressort de l'Observation générale n° 7 des 12 et 30 septembre 2005 relative à la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la *petite enfance*, que les droits garantis par l'article 12.1 de la CIDE le sont tant aux « petits » qu'aux « grands », de sorte que les premiers doivent, eux aussi, pouvoir s'exprimer à propos des décisions qui les concernent²¹. Doit-on y voir une remise en question des enseignements de l'arrêt *Sahin*, celui-ci étant antérieur (mais seulement de deux ans) à l'Observation n° 7, et constater l'abandon du critère de l'âge – qui semblait si bien distinguer, et donc concilier, les arrêts *Sahin* et *M. & M.* – dans le cadre des droits d'expression et à l'audition de l'enfant ?

C'est indubitablement ce qu'induirait une interprétation superficielle (et grossière) de l'arrêt *Sahin* en ce sens qu'il poserait un seuil d'âge comme condition au droit de l'enfant de s'exprimer et d'être entendu (une telle condition d'âge, n'étant d'ailleurs pas prévue par l'article 12 de la CIDE, qui était déjà ratifiée par tous les États Parties du Conseil de l'Europe en 2003). Le raisonnement qui y est tenu par la Cour se révèle en réalité plus subtil : la demande d'audition, si elle émane des parents sans que rien n'établisse qu'elle procède de la volonté de l'enfant, doit être accueillie en se mettant au diapason – ce qui inclut de

Répertoire de droit européen, 2020, p. 15. Fr. TULKENS, « Conclusions générales », in Fr. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, p. 307.

²⁰ À propos de la notion de « *soft jurisprudence* », et, plus largement des évolutions doctrinales en ce qui concerne la place de la *soft law*, voy. la contribution au présent ouvrage de G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND, « La refonte du statut du mineur en droit civil à travers le prisme des droits de l'enfant : l'apport de la CIDE et du Comité des droits de l'enfant », *op. cit., supra*.

²¹ « Le Comité tient à souligner que l'article 12 s'applique aussi bien aux jeunes enfants qu'aux enfants plus âgés. Étant donné que tous les enfants ont des droits, même les tout-petits peuvent exprimer leur avis, 'les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité' (art. 12, par. 1). Les jeunes enfants sont extrêmement sensibles à leur environnement et parviennent très rapidement à reconnaître les personnes, lieux et habitudes qui constituent leur cadre familial, tout en prenant conscience de leur identité propre. Ils font des choix et communiquent leurs émotions, idées et désirs de diverses manières bien avant d'être capables de communiquer par le langage conventionnel oral ou écrit » – Observation générale n° 7 rendue les 12 et 30 septembre 2005 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>, § 14. Voy. égal. à ce sujet, N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *For. Fam.*, 2023, liv. 5, p. 3. Adde : C.D.E., constatations Y.B. et N.S., au nom de C.E., c. Belgique, 27 septembre 2018, comm. n° 12/2017, § 8.7, citée et analysée dans le présent ouvrage par G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND, « La refonte du statut du mineur en droit civil à travers le prisme des droits de l'enfant : l'apport de la CIDE et du Comité des droits de l'enfant », *op. cit., supra*. Le Comité onusien des Droits de l'Enfant y stigmatise l'absence totale d'audition, par les autorités belges d'un enfant de 5 ans, dont il rappelle le droit d'expression et la pertinence de ses opinions, y compris à son âge, dans le cadre d'une procédure en matière de titre de séjour.

considérer l'âge – de celui-ci, en tenant compte de ses besoins mais aussi de la manière la plus appropriée de recueillir son opinion. C'est ainsi que l'âge intervient comme élément *régulant* – et non *conditionnant* – les droits d'expression et à l'audition, c'est-à-dire comme paramètre pris en compte lors de la recherche de l'équilibre entre lesdits droits et d'autres éléments permettant d'apprécier l'intérêt de l'enfant (comme, en l'espèce, le risque d'être perturbé). Un tel effet régulateur de l'âge ne contrevient en rien à l'Observation générale n° 7, qu'il corrobore même puisqu'il y est stipulé que : « les adultes doivent faire preuve de patience et de créativité en adaptant leurs attentes aux intérêts, capacités de compréhension et modes de communication préférés des jeunes enfants »²². Tel est cas si – et seulement si – le critère de l'âge intervient, combiné avec d'autres paramètres, comme ceux évoqués dans l'arrêt *Sahin*. Ce même effet régulateur intervient d'ailleurs, à sa manière, dans l'arrêt *M. & M.* puisque l'âge sert incontestablement de fondement essentiel à la présomption de possession de la faculté de discernement dans le chef d'une adolescente de douze ans.

C. Étendue du droit d'expression reconnu au mineur par l'article 12 de la CIDE

Quelle est, dès lors, la portée exacte du droit de l'enfant d'exprimer son opinion, reconnu par le Comité onusien des Droits dans le cadre de l'article 12 de la CIDE ? Tout d'abord, le texte distingue le droit d'*expression* (art. 12.1) du droit à l'*audition* (art. 12.2).

1. Le droit de s'exprimer librement

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 des Droits de l'Enfant, qu'il doit pouvoir exprimer son opinion personnelle à l'abri de toute pression de tiers²³, y compris de la part de ses parents, frères et sœurs, membres de la famille, etc., et, bien sûr, de la personne qui l'interroge elle-même, dans un cadre où il se sent en sécurité²⁴, après avoir été informé du contexte de son audition et des décisions qui pourraient être prises à la suite de celle-ci²⁵. À cet égard, le Comité onusien des Droits de l'Enfant précise, par ailleurs, dans son Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2009 que le droit de s'exprimer librement implique que l'enfant puisse faire état de sa *propre* opinion et

²² Observation générale n° 7 des 12 et 30 septembre 2005, *op. cit.*, § 14 c).

²³ Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 22

²⁴ *Ibid.*, n° 23.

²⁵ *Ibid.*, n° 25.

non de celle d'autrui²⁶. Il en résulte implicitement (mais certainement) une obligation positive dans le chef des autorités publiques – et singulièrement dans celui du juge ou de l'expert appelé à auditionner l'enfant – de mettre tout en œuvre pour que l'enfant se trouve à l'abri des éventuelles pressions et influences²⁷. Notons également que, tant l'utilisation du terme « librement » que la présentation de l'expression de l'opinion comme un droit subjectif, impliquent que le juge, l'expert judiciaire, les parties ou une quelconque autorité ne pourraient imposer l'audition à l'enfant, qui conserve donc en toutes circonstances le droit de la refuser²⁸.

2. Le droit de s'exprimer sur toute question l'intéressant

Par ailleurs, l'article 12.1 mentionne que le droit d'expression concerne « toute question intéressant » l'enfant, cette précision ayant été entendue par les rédacteurs de la Convention au sens le moins restrictif possible²⁹. L'inclusion de cette locution a deux conséquences. D'une part, combinée avec le droit de s'exprimer « librement », elle interdit que l'entretien ait lieu sous une forme entièrement directive, par exemple à travers un interrogatoire où l'enfant ne pourrait pas aborder d'autres points que ceux sur lesquels il est questionné (sauf s'il s'agit de thématiques qui ne l'« intéressent » pas). D'autre part, elle établit un champ d'application des droits d'expression et à l'audition bien plus large que celui qui est reconnu traditionnellement et qui est d'ailleurs prévu par les articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire belge.

Certes, les motifs devant mener le juge à prononcer – ou non – le divorce entre les parents de l'enfant, l'établissement des montants dus entre eux en vertu des articles 203 et suivants de l'ancien Code civil (mais seulement dans la mesure où il s'agit de la contribution – et non l'*obligation*³⁰ – à la dette alimentaire dont l'enfant est le créancier initial) et la plupart des questions liées à la liquidation et au partage de leur régime matrimonial et de leurs indivisions (encore qu'il ne serait *a priori* pas *totale*ment incongru de plaider que l'attribution préférentielle du logement familial puisse l'intéresser incidemment, vu l'impact potentiel sur son quotidien et sur son hébergement³¹, même si le texte de l'article 2.3.14,

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Concernant les difficultés posées, à l'égard du droit de s'exprimer librement, par le rapport d'audition prévu par l'article 1004/1, § 6, du Code judiciaire belge, et sa mise à disposition des parents, voy. *infra*.

²⁸ Il en va d'ailleurs de même pour l'audition de l'enfant dans le cadre du Règlement Bruxelles IIter – voy. la contribution de S. PFEIFF au présent ouvrage, *supra*.

²⁹ Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n°s 26 et 27.

³⁰ *Contra* : N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 18.

³¹ Dans la mesure où il est constant que les conditions matérielles du logement de l'enfant interviennent fréquemment comme critère décisionnel dans les contentieux relatifs à son hébergement (dont il ne fait

alinéa 2, du Code civil ne fait état que de l'intérêt des anciens époux)... Sont, par contre évidemment, inclus : les contentieux à propos de l'hébergement principal et secondaire de l'enfant et des relations personnelles³², y compris celles prévues par l'article 375*bis* de l'ancien Code civil avec les grands-parents, les frères et sœurs (depuis la loi du 20 mai 2021) et les tiers liés affectivement, les questions relatives à l'exercice à l'exercice (exclusif, conjoint ou « modalisé »³³) de l'autorité parentale, et notamment au choix de l'école³⁴, de la religion, des activités extrascolaires, du statut administratif (nationalité, domicile...), et à la santé³⁵ (actes médicaux, don d'organes, euthanasie...). Dans l'Observation générale n° 12, le Comité des Droits de l'Enfant étend la liste des points sur lesquels l'enfant a le droit de s'exprimer et d'être entendu bien au-delà de cette sphère qui, en droit interne, reste seule concernée par le système mis en place aux articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire. Ainsi lesdits droits reconnus à l'article 12 de la CIDE s'étendent aussi, selon le Comité, au patrimoine³⁶, à l'état de l'enfant (filiation, adoption...)³⁷ et à l'intervention (judiciaire ou non) en matière protectionnelle³⁸, cette liste n'ayant rien d'exhaustif³⁹ dans la mesure où le Comité onusien précise que la locution « l'intéressant » doit être interprétée largement⁴⁰.

Il doit se déduire, peut-être de manière moins orthodoxe, mais avec certitude, de l'article 12 de la CIDE, tel qu'interprété par la Comité des Droits de

évidemment aucun doute qu'ils entrent dans le champ d'application de l'article 12 de la CIDE), ceux-ci peuvent donc être largement impactés, le cas échéant en amont, par l'attribution du logement familial dans le cadre de la liquidation-partage.

³² *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.

³³ Voy. à ce sujet N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – filiation, autorité parentale*, hébergement, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 265-268 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 361, n°s 64 à 66 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 115, n°s 54 à 56 ; E. VIEUJEAN, « L'autorité parentale », *Chronique du droit à l'usage du notariat*, vol. XXII, 26 octobre 1995, éd. Faculté de Droit de Liège, p. 181, n° 23.

³⁴ *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.

³⁵ *Ibid.*, n°s 98 à 104, spéc. n° 100. Voy. *infra*.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n°s 26 et 27.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

l'Enfant, qu'il consacre le droit de l'enfant d'être entendu lors des contentieux entre ses parents relatifs à l'administration et/ou à la jouissance légale de ses biens prévue par l'article 376 de l'ancien Code civil. Il en va de même pour la médiation⁴¹ et pour les procédures « gracieuses » – puisque, ni l'article 12, ni l'interprétation qui en est donnée par le Comité des Droits de l'Enfant, ne limitent le droit à l'audition aux procédures contentieuses. Aussi, la « prise de décision », même étatique, recouvre-t-elle une étendue bien plus large qui comprend par exemple à l'autorisation sollicitée conformément à l'article 378, § 1^{er}, combiné avec l'article 410, § 1^{er}, 1^o à 6^o et 8^o à 14^o, de l'ancien Code civil auprès du Juge de Paix⁴² (on notera d'ailleurs, à cet égard, l'incohérence du législateur belge qui prévoit cette audition dans le cadre des autorisations d'aliéner sollicitées par le tuteur conformément à l'article 410, § 2, de l'ancien Code civil, mais ne la requiert pas expressément lorsqu'une telle demande d'autorisation émane des parents⁴³). Si l'audition des enfants dans ces cas de figure est sans doute appelée à demeurer rare dans la pratique – notamment parce que les demandes d'autorisation appellent souvent une solution évidente – leur intérêt pourrait très bien ne pas être que théorique : en effet, il est loin d'être unimaginable, par exemple, que des parents souhaitent vendre un bien dont l'enfant mineur serait propriétaire et dont celui-ci ne voudrait absolument pas qu'il soit aliéné. De même, si la *ratio legis* de l'autorisation judiciaire

⁴¹ *Ibid.*, p. 19.

⁴² L'autorisation du Juge de Paix est requise par l'article 378 de l'ancien Code civil, qui renvoie audit article 410, § 1^{er}. La liste de ces actes qui y sont repris, est la suivante : « 1^o aliéner les biens du mineur, hormis les fruits et objets de rebut, sauf dans le cadre de la gestion confiée à un établissement tel que visé à l'article 407, § 1^{er}, 4^o ; 2^o emprunter ; 3^o hypothéquer ou donner en gage les biens du mineur ; 4^o consentir un bail à ferme, un bail commercial ou un bail à loyer de plus de neuf ans ainsi que pour renouveler un bail commercial ; 5^o renoncer à une succession ou à un legs universel ou à titre universel ou l'accepter, ce qui ne pourra se faire que sous bénéfice d'inventaire ; le juge de paix peut, par une ordonnance motivée, octroyer l'autorisation d'accepter une succession, un legs universel ou à titre universel purement et simplement, compte tenu de la nature et de la consistance du patrimoine hérité et pour autant que les bénéfices soient manifestement supérieurs aux charges du patrimoine hérité ; 6^o accepter une donation ou un legs à titre particulier ; [...] 8^o conclure un pacte d'indivision ; 9^o acheter un bien immobilier ; 10^o représenter le mineur en qualité d'héritier présomptif dans un pacte successoral autorisé par la loi, ledit pacte ne pouvant toutefois emporter, dans le chef du mineur, renonciation à des droits dans une succession non ouverte ; 11^o transiger ou conclure une convention d'arbitrage ; 12^o continuer un commerce recueilli dans une succession légale ou testamentaire. L'administration du commerce peut être confiée à un administrateur spécial sous le contrôle du tuteur. Le juge de paix peut à tout moment retirer son autorisation ; 13^o aliéner des souvenirs et autres objets à caractère personnel, même s'il s'agit d'objets de peu de valeur ; 14^o disposer des biens frappés d'indisponibilité en application d'une décision prise en vertu de l'article 379, en application de l'article 776 ou conformément à une décision prise par le conseil de famille avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs ». Il semble en effet difficilement contestable qu'il s'agit là de questions qui l'intéressent (d'autant plus que cette notion doit être entendue au sens large), puisqu'elles affectent son patrimoine dont il jouira et qu'il administre personnellement dans le futur.

⁴³ Voy. la contribution de Th. VAN HALTEREN au présent ouvrage, *infra*.

requis par l'article 410, § 1^{er}, de l'ancien Code civil doit être trouvée dans le souci d'éviter que les parents agissent à la légère ou à l'encontre de l'intérêt de l'enfant – voire en faisant prévaloir leur propre intérêt sur celui-ci. La consécration de son droit de s'y exprimer et celle, subséquente, d'y voir son opinion prise en considération⁴⁴ ouvre aussi la perspective d'une transition plus douce de l'incapacité d'exercice, propre à la minorité, vers la majorité qui s'annonce et donc vers la gestion autonome de son patrimoine.

Tous les exemples que nous venons de mentionner ont toutefois comme dénominateur commun que l'enfant ne se trouve pas à la cause. En effet, les parents qui saisissent le magistrat cantonal dans le cadre de l'article 378, § 1^{er}, combiné avec l'article 410, § 1^{er}, de l'ancien Code civil n'y représentent pas l'enfant mais y sollicitent de pouvoir le représenter pour un acte juridique ou judiciaire déterminé, de même que les parents qui s'opposent devant le Tribunal de la Famille dans le cadre de l'exercice des prérogatives qui leur sont dévolues en vertu de l'article 376 du même Code. Il en va évidemment de même pour les contentieux d'autorité parentale et d'hébergement (sous réserve de ce que nous dirons à propos du droit de l'enfant d'y intervenir⁴⁵). Mais qu'en est-il du droit d'expression lorsqu'il s'agit d'une instance où l'enfant est lui-même partie ?

Aucun problème n'apparaît dans les hypothèses précises où il se voit reconnaître la capacité d'ester ou d'intervenir lui-même en justice – soit de manière totalement autonome, soit dans le cadre d'un régime d'assistance – puisque le prétoire lui offre alors une large tribune pour exercer son droit d'expression. De même, il serait sans doute encore permis de présumer – jusqu'à preuve du contraire⁴⁶ –, dans les instances où l'enfant est représenté par ses parents, que ceux-ci reflètent l'opinion de l'enfant, ou à tout le moins s'en sont enquis, avant d'y diligenter des actions judiciaires ou d'adopter des positions procédurales. Tel est *a fortiori* le cas lorsqu'il s'agit de procédures qui ont été autorisées par le Juge de Paix conformément à (l'article 378, § 1^{er}, combiné avec) l'article 410, § 1^{er}, de l'ancien Code civil si (et seulement si) l'enfant a déjà eu le droit de s'exprimer devant celui-ci⁴⁷.

⁴⁴ À ce sujet, voy. *infra* et la contribution de N. MASSAGER dans le présent ouvrage.

⁴⁵ Voy. *infra*.

⁴⁶ Encore qu'une telle présomption risque de se révéler chimérique dans la mesure où, dès lors que l'enfant demande à être entendu ou conteste, d'une manière ou d'une autre, que ses parents ont recueilli et pris en considération son opinion, il y aurait lieu de la considérer comme renversée.

⁴⁷ Voy. *supra*.

Par contre, une véritable difficulté se pose dans les causes qui touchent particulièrement à son intégrité ou à son identité⁴⁸, et celles où l'enfant se trouve représenté par un tuteur *ad hoc*, comme, par exemple, dans les espèces où il intente une action en contestation de la paternité, de la comaternité ou (plus rarement) de la maternité du seul parent à l'égard duquel la filiation était établie, conformément à l'article 331*sexies* de l'ancien Code civil. Or, la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 octobre 2017⁴⁹, a précisé que le tuteur *ad hoc* n'est pas obligé de « rencontrer l'enfant et lui demander son opinion sur le litige, quels que soient l'âge de celui-ci et les circonstances de la cause »⁵⁰. Le positionnement de la Cour semble dès lors schizophrénique, puisqu'il s'agit de l'arrêt même où elle reconnaît l'effet direct de l'article 12 de la CIDE qui, précisément, consacre de droit d'expression de l'enfant. Dans la mesure où la Cour ne requiert même pas du tuteur *ad hoc* qu'il rencontre l'enfant, il peut être difficilement considéré que la simple qualité de la partie à la cause, qui est ainsi reconnue au mineur, satisfait aux exigences du droit d'expression. Par conséquent, l'enfant doit bénéficier d'une possibilité réelle de s'exprimer – le cas échéant en étant entendu – dans les causes où il intervient comme partie mais où il est représenté par un tuteur *ad hoc*. Sans doute est-il permis d'espérer, *de lege ferenda*, qu'un système d'intervention et/ou de représentation plus efficace de l'enfant soit prévu, notamment dans les causes où apparaît un conflit d'intérêt avec ses parents, afin que son opinion soit réellement portée vers le juge (le tuteur *ad hoc* apparaissant, dans la configuration actuelle, comme un défenseur de sa propre vision de l'intérêt de l'enfant, dont on n'aperçoit pas la valeur ajoutée par rapport, par exemple, à l'intervention du Ministère Public dont la mission vise à promouvoir le même intérêt⁵¹).

3. Du droit d'expression au droit à l'audition

Le droit de s'exprimer est 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

⁴⁸ Nous rejoignons ainsi le plaidoyer, tenu par Emmanuelle Cugnon, en faveur d'une extension de *lege ferenda* du champ d'application de l'article 1004/1 du Code judiciaire aux recours contre une décision de refus de changement de nom diligenté au nom de l'enfant devant le Tribunal de la Famille conformément à l'article 370/9 de l'ancien Code civil – voy. la contribution d'E. CUGNON au présent ouvrage, *infra* –, étant entendu qu'il pourrait déjà s'y prévaloir de ce droit en vertu des articles 12 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution, y compris dans le cadre de la procédure administrative elle-même visée aux articles 370/3 et suivants du même Code.

⁴⁹ Cass. 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247, note N. MASSAGER, et *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. MATHIEU.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ C. jud., art. 138*bis*, § 1^{er}/1, 1°.

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 ». Force est de constater que « le texte permet non seulement l'audition *par* une autre personne que le juge, mais aussi *d'une* autre personne que l'enfant lui-même, qui pourrait ainsi se voir représenté par un tiers. Ainsi, par exemple, rien n'empêche que l'enfant s'exprime par le biais d'un avocat ou d'une autre personne désignée »⁵². Toutefois, le Comité onusien préconise l'audition directe « chaque fois que possible »⁵³, et la Cour européenne ne semble pas se satisfaire, dans l'arrêt *M. & M. c. Croatie* du rapport des experts relayant le souhait de l'enfant de vivre chez sa mère⁵⁴.

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'intérêt, posséder une connaissance suffisante du litige et transmettre « correctement » le contenu à l'instance décisionnelle⁵⁵. Le Comité ne mentionne cependant pas si le terme « correctement » signifie « intégralement » et s'il est exclu, par exemple, que l'intermédiaire puisse garder pour lui des confidences de l'enfant et dès lors préférer un rapport synthétique à une transcription littérale de l'entretien. Si le législateur belge a opté pour l'audition directe par le juge dans les contentieux d'autorité parentale, d'hébergement et de relations personnelles aux articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire (et, en matière de tutelle, aux articles 405, § 2, alinéa 3, et – implicitement – 410, § 2, alinéa 5, de l'ancien Code civil), rien n'est prévu pour les autres types de causes⁵⁶ dans lesquels l'enfant a pourtant, selon nous, aussi le droit de s'exprimer en vertu de l'article 12 de la CIDE. Dans la plupart de ces procédures, on n'aperçoit guère d'alternative à une audition personnelle par le juge, la désignation d'un expert judiciaire chargé d'y procéder ne se justifiant habituellement pas, par exemple, dans des demandes en matière patrimoniale.

L'arrêt *M. & M. c. Croatie* établit une présomption réfragable selon laquelle les enfants possèdent la faculté de discernement qui, selon l'article 12 de la CIDE, conditionne les droits de s'exprimer et d'être entendu. En effet, d'une part, la Cour y insiste sur l'absence d'éléments permettant *in casu* de remettre en cause cette faculté de discernement et, d'autre part, l'Observation générale

⁵² M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », in J.-Y. HAYEZ, M. MALLIEN, S. VAN TRIMPONT et M. ZIANT-DUFRASNE, *Hébergement de l'enfant : réflexions pluridisciplinaires*, Limal, Anthemis, 2020, p. 13.

⁵³ Observation générale n° 12 des 25 ai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 35.

⁵⁴ Voy. Cour eur. D.H., arrêt 3 septembre 2015, *M & M c. Croatie*, spéc. n° 186.

⁵⁵ Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 36.

⁵⁶ Voy. *supra*.

n° 12, fait, elle aussi, état de ladite présomption en précisant son incidence sur la charge de la preuve⁵⁷. Un État pourrait-il lier cette présomption *in abstracto* à une condition d'âge, l'arrêt *M. & M.* ayant été rendu dans un litige à propos d'une adolescente de douze ans ? Certes non, puisque, d'une part, l'Observation n° 12 impose aux États l'obligation « d'évaluer la capacité de l'enfant » – ce qui suppose une appréciation *in concreto* – et, d'autre part, le Comité des Droits de l'Enfant semble enclin, dans une certaine mesure, à reconnaître à de très jeunes enfants le droit de s'exprimer, voire d'être entendus⁵⁸. Ce serait certes aller trop loin, au regard des libellés mêmes des attendus de l'arrêt *M. & M.*⁵⁹ et des considérations de l'Observation générale n° 12, que d'en déduire que la faculté de discernement doit être présumée *irréfragablement*. Sans doute doit-on y voir surtout une injonction de se défaire de la confusion entre le discernement et la maturité (que le Comité, il est vrai, entretient parfois lui-même⁶⁰) et, partant, de l'idée qu'un enfant ne pourrait pas, dès un très jeune âge, révéler une clairvoyance très nette sur la situation qui le concerne et sur les enjeux qu'elle suscite.

§ 2. *L'article 21 du Règlement Bruxelles IIter*

Il ressort de l'article 21 du Règlement 2919/1111, dit « Bruxelles IIter », du 25 juin 2019, entré en vigueur le 1^{er} août 2022⁶¹, que, dans les contentieux en matière d'autorité parentale, d'hébergement ou de relations personnelles⁶²,

⁵⁷ Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2019, *op. cit.*, n° 20.

⁵⁸ Observation générale n° 7 des 12 et 30 septembre 2005, *op. cit.*, § 14. Voy. égal. à ce sujet, N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *op. cit.*, p. 3, Comité des Droits de l'Enfant, constatations Y.B. et N.S., au nom de C.E., c. Belgique, 27 septembre 2018, comm. n° 12/2017, § 8.7, citée et analysée dans le présent ouvrage par G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND, « La refonte du statut du mineur en droit civil à travers le prisme des droits de l'enfant : l'apport de la CIDE et du Comité des droits de l'enfant », *op. cit.*, *supra*.

⁵⁹ 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., 3 septembre 2015, arrêt *M. & M. c. Croatie*, spéc. n° 184.

⁶⁰ Voy. *infra*.

⁶¹ À propos de ce Règlement, voy. F. IBILI, « Internationale bevoegdheid van de Belgische rechter inzake ouderlijke verantwoordelijkheid volgens de nieuwe Brussel IIter-Verordening », *T. Fam.*, 2022, liv. 8, pp. 202-209 ; S. PFEIFF, « [Les mémos de Silvia. Episode n° 3] De Bruxelles IIbis à Bruxelles IIter. Les cinq nouveautés à ne pas rater », *For. fam.*, 2022, liv. 3, 133-135. Ce Règlement s'applique en ce qui concerne la compétence internationale et de reconnaissance de décisions en matière de responsabilités parentales, à l'exclusion toutefois des mesures protectionnelles – voy. art. 1, § 4, g) du Règlement.

⁶² Conformément aux art. 3 et suivants et 21 du Règlement Bruxelles IIter, cette règle s'applique à toutes les procédures judiciaires en matière de « responsabilités parentales », celles-ci se définissant, aux termes de l'article 1.2.7) du même Règlement, comme « l'ensemble des droits et obligations relatifs à la personne ou aux biens d'un enfant conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, y compris le droit de garde et le droit de visite ». Cette définition se révèle donc bien plus large que celle de l'autorité parentale en droit civil belge, puisqu'elle englobe les prérogatives dévolues, légalement ou conventionnellement, à « toute »

« les juridictions des États membres, conformément aux législations et procédures nationales, donnent à un enfant qui est capable de discernement une possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié ». Cette règle se conçoit comme un droit de l'enfant⁶³, sans qu'il soit requis que celui-ci possède la faculté de discernement, et donc un devoir (quasi-) ⁶⁴inconditionnel du juge. Il conditionne, par contre, la reconnaissance et la force exécutoire des décisions judiciaires⁶⁵. Ceci mène les greffes de certains arrondissements belges à inviter les enfants à être entendus même en-deçà de l'âge prévu par l'article 1004/1, § 3, du Code judiciaire afin de prémunir la décision à rendre contre toute difficulté d'exécution dans un autre État de l'UE. Elle s'applique néanmoins dans le cadre procédures de retour des enfants, conformément à la Convention de La Haye de 1980⁶⁶, comme, d'ailleurs, les enseignements tirés de l'article 12 de la CIDE par la Cour de Strasbourg relatif au droit d'audition⁶⁷.

Il ressort cependant dudit Règlement que l'obligation d'entendre les enfants ne s'applique pas dans le cadre de la reconnaissance d'actes authentiques reçus dans un autre État membre⁶⁸. Cette exclusion s'explique aisément par l'absence, dans le chef d'un notaire, du pouvoir d'appréciation et de décision, propre au juge⁶⁹. Ainsi, tant l'article 12 de la CIDE que l'article 21 du

personne, ce qui englobe notamment le tuteur. L'inclusion explicite de la locution « droit de visite » lève, quant à elle, tout doute quant à l'application des règles de compétence, et de reconnaissance et de force exécutoire des décisions rendues dans un autre État membre, aux contentieux relatifs aux relations personnelles avec les frères et sœurs, les grands-parents ou les tiers liés affectivement qui, en Belgique, sont régis par l'article 375bis de l'ancien Code civil.

⁶³ S. PFEIFF, « Quel est l'impact du Règlement Bruxelles IIter sur les droits des enfants ? », présent ouvrage, *supra*, n° 13. N'ayant pas la possibilité d'évoquer ici davantage en profondeur l'audition de l'enfant dans le cadre du Règlement Bruxelles IIter, nous permettons de renvoyer vers l'excellente contribution de cette auteure.

⁶⁴ Ce droit, et donc l'obligation subséquente du juge, pourrait, le cas échéant, connaître de rares exceptions, notamment lorsque l'intérêt de l'enfant requiert une décision rendue avec une célérité rendant impossible son audition – *Ibid.*, n° 14. Nous partageons, en outre, entièrement le point de vue de S. Pfeiff en ce qui concerne la pertinence d'entendre l'enfant y compris dans l'hypothèse d'un accord parental (dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou en dehors de celui-ci) – actuel ou dénoncé, entre-temps par un des parents – qui, de notre point de vue, peut être amené à être écarté au regard de l'intérêt de l'enfant et à l'aune de son opinion – voy. à ce sujet, 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. 206 et s., spéc. pp. 208-209.

⁶⁵ S. PFEIFF, « Quel est l'impact du Règlement Bruxelles IIter sur les droits des enfants ? », *op. cit.*, n° 14 *in fine*.

⁶⁶ Règlement Bruxelles IIter, art. 26.

⁶⁷ Cour eur. D.H., 1^{er} février 2018, arrêt *M.K. c. Grèce*, analysé par G. WILLEMS, « L'autonomie du mineur dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », présent ouvrage, *supra*.

⁶⁸ S. PFEIFF, « Quel est l'impact du Règlement Bruxelles IIter sur les droits des enfants ? », *op. cit.*, n° 13 *in fine*.

⁶⁹ *Ibid.*

Règlement Bruxelles IIter inscrivent le droit d'audition dans le cadre exclusif de l'intervention des autorités étatiques (juridictionnelles ou administratives pour le premier, juridictionnelles uniquement pour le deuxième). Si cela peut relever, à première vue, de l'évidence, il eût néanmoins été loisible aux législateurs internationaux, à tout le moins dans le premier cas, d'étendre un tel droit, certes de manière globalement incoercible, aux parents qui, en concluant des accords relatifs à leurs enfants auraient l'obligation d'écouter préalablement leurs enfants.

Notons enfin que les Conventions de La Haye du 19 octobre 1996 en matière de compétence internationale, de droit applicable et d'exécution des décisions étrangères (art. 23, 2, b) et du 25 octobre 1980 en matière d'enlèvement international d'enfants (art. 13) prévoient, elles aussi, l'audition de l'enfant⁷⁰. Nous n'analyserons pas davantage ces textes, qui ont trait à des situations bien spécifiques, mais il convient de rappeler leur existence aux praticiens qui y seraient confrontés.

§ 3. *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. Voulue 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 internationaux⁷¹, l'intégration dudit droit d'expression dans la Loi fondamentale belge se révèle, en réalité, féconde en conséquences sur le plan juridique. Comme le soulignent Anne Rasson-Roland et Anne-Catherine 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*⁷².

L'article 22bis ne mentionne pas la faculté de discernement comme condition du droit d'expression. Il est dès lors clairement établi, cette fois, que l'enfant qui souhaite s'exprimer, ne peut se voir refuser ce droit, même lorsque la faculté de

⁷⁰ P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », in P. SENAËVE (ed.), *Handboek Familieprocesrecht*, Kluwer, 2017, p. 405.

⁷¹ 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. 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*.

⁷² 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, Bruylant, 2011, pp. 1614-1615.

discernement lui fait défaut⁷³. Pourtant, les 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. & 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 *sensu stricto*⁷⁴.

Il n'aura, par ailleurs – et contrairement à ce qui est stipulé à l'article 21 du Règlement Bruxelles IIter – pas échappé au lecteur attentif des prescrits généraux des articles 12.1 de la CIDE et 22bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution que le droit d'expression n'y est pas limité aux prises de décisions par les autorités judiciaires ou administratives, celles-ci ne gardant en apanage que le droit d'audition. Ceci signifie – et le Comité des Droits de l'Enfant n'a pas manqué de souscrire à cette vision dans son Observation générale n° 12⁷⁵ – que le droit d'expression existe aussi ailleurs, et singulièrement, au sein de la famille. Ainsi, les parents se voient-ils, au bénéfice d'une révolution copernicienne des principes directeurs qui marquent leur « autorité », appelés à permettre à leur enfant de s'exprimer dans le cadre du processus décisionnel, voire, mieux encore, à l'y inclure. Le professeur Nathalie Massager décrit très précisément l'incidence réelle de ce qui constitue un véritable changement de paradigme quant au fonctionnement – et à l'essence même – de l'autorité parentale : « à l'origine, l'autorité parentale était conçue comme un dialogue entre les parents, à qui il incombe de prendre toutes les décisions concernant leur enfant commun, celui-ci n'étant pas inclus dans la réflexion et la discussion, quel que soit son âge et quelle que soit la nature de la décision, même la plus intime et la plus définitive [...]. Cette époque est révolue, l'enfant étant titulaire de droits fondamentaux, dont le droit essentiel de pouvoir s'exprimer sur toute question qui le concerne, notamment dans le champ de l'autorité parentale : à tout âge, l'enfant a le droit d'être partie prenante à la réflexion et à la prise de décision des parents, dans tous les domaines le concernant »⁷⁶. L'inclusion de l'enfant

⁷³ B. VAN KEIRSBILCK et T. MOREAU, « Une occasion manquée ! Ou quand la Cour constitutionnelle oublie d'appliquer la Constitution au préjudice des mineurs », *JDJ*, 2010, liv. 295, pp. 3 et s., spéc. p. 35, 1^{re} 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 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*.

⁷⁴ Les travaux parlementaires qui ont précédé son adoption démontrent toutefois à l'évidence que n'a pas voulu réduire la portée des droits reconnus à l'enfants par les textes internationaux qu'il a voulu transposer – voy. *supra*.

⁷⁵ Observation Générale n° 12, *op. cit.*, § 90.

⁷⁶ N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *op. cit.*, p. 10.

dans cette approche nouvelle du processus décisionnel – qui est peut-être l'émanation d'un changement de conception de la capacité et aussi du statut du mineur – ne manquera pas de trouver son reflet quant à une potentielle évolution de sa position procédurale au sein des contentieux judiciaires civils qui le concernent.

Ainsi, même si ce sont les père et mère qui posent encore formellement les choix en dehors des domaines où le législateur a confié à l'adolescent une réelle autotomie – et réduit en conséquence son incapacité d'exercice⁷⁷ –, se substitue désormais au « dialogue » parental une relation, sinon triangulaire⁷⁸, au moins tripartite où l'enfant participe pleinement au processus décisionnel.

§ 4. Les articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire⁷⁹

A. Le droit à l'audition

1. Étendue, refus et droit de recours

L'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire garantit à tout mineur le *droit d'être entendu* dans les litiges relatifs à l'hébergement, à l'autorité parentale et aux relations personnelles⁸⁰, y compris en cas de défaut ou dans le cadre d'une médiation⁸¹ – d'aucuns reconnaissant à cette disposition un caractère d'ordre public –, mais également le *droit de refuser* cette audition (ceci à la différence à ce qui est le cas outre-Quévrain, où l'article 388-1 du Code civil français⁸² prévoit que le juge « apprécie le bien-fondé de de refus »). De plus, à l'instar du prescrit constitutionnel, le Code judiciaire ne conditionne pas l'audition

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 4-9 ; M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », in N. DANDROY et G. WILLEMS (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, op. cit., pp. 449-460 ; Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 278 et s.

⁷⁸ Nous réserverons ce terme pour la relation parents – enfant – juge qui caractérise les contentieux civils qui les concernent, voy. *infra*.

⁷⁹ Le présent point est repris en large mesure – mais pas exclusivement – de notre contribution « 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. 19-27.

⁸⁰ Conformément aux art. 1290, al. 2 et 1293, al. 2, C. jud., le système mis en place par l'article 1004/1 du Code judiciaire s'applique également dans les procédures de divorce par consentement mutuel.

⁸¹ N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », op. cit., p. 19.

⁸² Cette disposition française est libellée comme suit : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat ».

par la faculté de discernement⁸³. Ce faisant, le législateur adhère explicitement à la conception selon laquelle l'audition du mineur constitue davantage un droit subjectif qu'une mesure d'investigation. Si l'audition peut être demandée par l'enfant – indépendamment de son âge – elle peut l'être également par le Ministère Public, par les parents ou par l'un d'entre eux. Elle peut être refusée seulement dans les deux derniers cas « en fonction de toutes les circonstances de la cause » (et pas forcément de la faculté de discernement)⁸⁴ à condition que l'enfant n'ait pas atteint l'âge de douze ans. Ainsi, l'audition d'un enfant de moins de sept ans a été refusée parce qu'il n'était pas encore suffisamment indépendant du parent qui l'hébergeait pour exprimer son propre ressenti⁸⁵. Il en a été de même pour un enfant de dix ans qui « risquerait de le placer inutilement dans un conflit de loyauté à l'égard de ses parents et/ou de lui faire jouer un rôle qui n'est pas le sien en donnant à son avis une importance déterminante dans le présent litige et ce, alors qu'il n'a pas atteint l'âge pivot fixé par le législateur. La charge de la preuve repose sur chacune des parties [...] et l'audition de l'enfant ne pourrait servir à pallier leurs éventuelles carences à cet égard »⁸⁶. En dehors de cette décision, dont il est permis de relever au passage qu'elle se distancie de la conception de l'audition de l'enfant comme un moyen d'accès à l'information, au bénéfice d'une approche davantage centrée sur celui-ci, la remarquable étude de L. Jacobs, démontre, notamment au départ d'entretiens avec des magistrats, que la plupart des juges refusent très rarement d'entendre les enfants⁸⁷.

Dans un seul cas, l'audition demandée par l'enfant, même âgé de douze ans ou plus, peut, elle aussi, être refusée. En effet, l'article 1004/1, § 4, permet au juge de *ne pas accéder à la demande d'audition* – y compris lorsqu'elle émane de l'enfant – si les deux conditions cumulatives sont remplies :

- l'enfant – quel que soit son âge – a déjà été entendu, par exemple par le premier juge alors que la cause se trouve actuellement en appel ;
- aucun élément nouveau ne justifie une deuxième audition⁸⁸.

⁸³ Au contraire, l'art. 1004/1, § 5, *in fine* du C. jud., prévoit même explicitement l'hypothèse où le juge constate, lors de l'audition, que l'enfant ne possède pas cette faculté.

⁸⁴ C. jud., art. 1004/1, § 2.

⁸⁵ Bruxelles (42^e ch.), 21 juin 2016, 2016/FA/162, *inédit*, mentionné par P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 415, n° 786b.

⁸⁶ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 29 mars 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, liv. 4, p. 1093, citée également par 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. 655.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 655 et 656, et les entretiens avec des magistrats y cités.

⁸⁸ Pour un exemple d'élément nouveau justifiant une audition par la juridiction d'appel alors que l'enfant avait déjà été entendu par le premier juge, voy. Bruxelles, 18 octobre 2016, 2016/FA/545, *inédit*, mentionné *ibid.*, p. 655.

Le critère du refus d'audition est donc davantage celui du *manque de pertinence* que l'inopportunité de celle-ci au regard de l'intérêt de l'enfant. Ceci nous semble critiquable, car il est permis de se demander comment le juge peut exclure avec certitude, avant même d'avoir (ré)entendu l'enfant, que son audition n'apportera aucun élément nouveau et pertinent pour la cause. Ainsi, ne semble-t-il 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 l'opportunité.

Le professeur Patrick Senaève est d'avis que l'enfant, qui estime s'être vu refuser *contra legem* l'entretien qu'il avait pourtant sollicité, dispose du droit d'interjeter appel⁸⁹, – même s'il n'est pas partie à la cause – contre cette décision. En effet, selon cet auteur « le juge a dans ce cas rendu une décision illégale, contre laquelle un recours doit être possible. La décision de refuser l'audition demeure en effet indépendante, sur le plan processuel, du contentieux sur le fond entre les parents »⁹⁰. Par contre, les parents qui avaient sollicité l'audition et se l'ont vue refuser, ne disposeraient pas du droit d'appel⁹¹.

Le point de vue selon lequel l'enfant peut interjeter appel doit être approuvé puisque la règle, stipulée à l'article 616 du Code judiciaire, selon laquelle « tout jugement peut être frappé d'appel », revêt une portée générale⁹², le législateur ayant pris soin de n'exclure explicitement la possibilité d'interjeter appel que dans certains cas précis. Or, si l'article 1004/1, § 2, prévoit bien une exclusion de tout recours contre un refus d'auditionner l'enfant, il la limite au seul cas où la demande d'audition émane des parents. Certes, l'article 1004/1, § 4, permet au juge de rejeter la demande d'audition formulée par l'enfant qui a déjà été entendu « si aucun élément nouveau ne le justifie », mais sans que, cette fois, il n'y soit fait mention d'une quelconque exclusion de diligenter un recours contre un tel refus. Or, la localisation de l'exclusion du recours à la fin du § 2, sans être réitérée au § 4, interdit d'y reconnaître une portée générale, la différence entre les libellés de ces deux paragraphes ne pouvant être comprise autrement que comme la possibilité laissée à l'enfant d'introduire un recours

⁸⁹ À propos de la possibilité, pour l'enfant, d'introduire personnellement ce recours et de son articulation avec son incapacité d'exercice, voy. *infra*.

⁹⁰ P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 417, n° 793 – nous traduisons.

⁹¹ C. jud., art. 1004/1, § 2, *in fine*.

⁹² La règle de l'article 616 du Code judiciaire ne se limite pas aux jugements au sens strict du terme – c'est-à-dire les décisions judiciaires qui arbitrent des droits subjectifs – mais s'étend également, par exemple, à des ordonnances relatives à la désignation d'arbitres – Cass. 17 avril 1989, *Pas.* 1989, I, p. 841 – ou requérant la comparution personnelle d'un partie assortie d'une astreinte – Cass. 18 février 1988, *Pas.* 1988, I, p. 722.

dans le cas visé au deuxième d'entre eux. Ceci signifie que l'enfant peut inter-jeter appel dans deux hypothèses :

- lorsque le juge refuse de l'entendre malgré sa sollicitation, en étendant ainsi *contra legem* la possibilité prévue à l'article 1004/1, § 2 (il s'agit de l'hypothèse visée par Patrick Senaeve), pour des motifs d'opportunité ou de pertinence, sans justifier ce refus par une quelconque audition antérieure combinée avec une absence d'éléments nouveaux ;
- lorsque, au contraire, il a déjà été entendu et le juge rejette sa demande de l'être à nouveau conformément au § 4.

Dans le premier cas, il appartiendrait au juge d'appel de constater le caractère illégal du refus au regard du § 2 de l'article 1004/1, alors que, dans la deuxième hypothèse, il lui incomberait d'apprécier *ab initio* et *in concreto* l'inexistence d'éléments nouveaux. Or, comme nous l'avons vu, il nous paraît le plus souvent très difficile au juge de constater, avec un niveau de certitude suffisant, l'absence d'éléments nouveaux sans avoir reentendu l'enfant... Notons au passage que le refus d'entendre l'enfant, alors que celui-ci l'avait sollicité, ne constitue pas – comme le distingue d'ailleurs soigneusement Patrick Senaeve⁹³ – une décision avant dire droit *entre les parents*, mais un jugement, statuant sur la *demande dudit enfant*. Or, cette décision est définitive, et donc appellable en vertu de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire.

Le droit de l'enfant d'introduire un recours contre le refus, par le juge, de l'entendre, se trouve, en outre, consacré implicitement par l'article 13 de la CEDH, aux termes duquel « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles », cette disposition étant applicable en l'espèce⁹⁴. La Cour de Strasbourg a, en effet, considéré, dans l'arrêt *M. & M. c. Croatie*, que le droit à l'audition est garanti à l'enfant en vertu de l'article 8 de la même Convention, telle qu'elle l'interprète à la lumière de l'article 12 de la CIDE et des considérations émises par le Comité des Droits de l'Enfant en son Observation générale n° 12⁹⁵. Le même raisonnement devra être suivi en ce qui concerne la *prise en considération* de l'opinion de l'enfant, garantie de manière analogue par la Cour⁹⁶ (mais il s'agira cette fois d'un recours contre le jugement lui-même entre les parents où

⁹³ P. SENA EVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 417, n° 793.

⁹⁴ Voy. *infra*.

⁹⁵ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, arrêt *M. & M. c. Croatie*, commenté *supra*.

⁹⁶ À propos de la teneur, de l'étendue et des contours exacts du droit de l'enfant de voir son opinion être prise en considération par le juge, voy. *infra* et, surtout, la contribution de N. MASSAGER au présent ouvrage, *infra*.

l'opinion de l'enfant n'a pas été prise en considération – et donc d'une tierce opposition et non d'un appel⁹⁷).

Qu'advient-il toutefois lorsque l'enfant n'a pas reçu d'invitation à être entendu conformément à l'article 1004/2 du Code judiciaire et à l'arrêté royal du 28 avril 2017 (voire des articles 405, § 2, alinéa 3, et 410, § 2, alinéa 5, de l'ancien Code civil)⁹⁸, bien qu'entre-temps, le jugement ait été rendu sur le fond entre les parents, ou lorsqu'il n'a pas donné suite à cette invitation ? Les cas de figure envisageables ne manquent pas : lacune ou omission du greffe, frères et sœurs ayant le droit d'être entendus tout en étant difficilement identifiables par ledit greffe, non-remise par les parents de l'invitation à l'enfant, qui demeure dans l'ignorance de l'existence du contentieux judiciaire, âge en deçà de 12 ans rendant inapplicables lesdites dispositions mais ne le privant par du droit d'être entendu, litige en d'autres matières que celles visées à l'article 1004/1, § 1^{er} ou par les dispositions précitées en matière de tutelle⁹⁹... ou tout simplement l'inertie du mineur lui-même.

Dans de telles hypothèses, il ne peut être question d'un appel, ni contre une décision de refus d'audition – qui n'existe pas, vu l'absence de demande en ce sens – ni contre le jugement arbitrant, sur le fond, le contentieux entre les parents, auquel l'enfant n'est pas partie (tel qu'il est stipulé à l'article 1004/1, § 6, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire).

Il serait alors loisible à l'enfant de former *terce opposition*¹⁰⁰, conformément aux articles 1122 et suivants du Code judiciaire, contre le jugement prononcé dans la cause entre les parents – mais aussi (à la différence de l'appel) contre les décisions qui y auraient été rendues avant dire droit –, auprès du même juge. En effet, toute personne qui, n'ayant pas été partie à la cause où la décision a été rendue, s'en est trouvé entravée dans ses droits – c'est-à-dire qu'elle peut faire valoir un intérêt et revêtant la qualité *ad hoc* au sens des articles 17 et 18 du même Code –, demeure admise à former tierce opposition contre celle-ci. Or, il est constant que la décision, rendue dans une espèce où l'enfant avait le droit d'être entendu, sans qu'il ait eu l'opportunité de solliciter une telle audition, faute d'avoir été informé de cette faculté (voire de l'existence même du contentieux judiciaire entre les parents), remplit ces conditions¹⁰¹. La tierce

⁹⁷ Voy. *infra*.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ À propos de la possibilité, pour l'enfant, d'introduire personnellement ce recours et de son articulation avec son incapacité d'exercice, voy. *infra*.

¹⁰¹ Nous pensons qu'un tel recours extraordinaire ne serait pas ouvert à l'enfant qui, dûment invité à être entendu, aurait omis d'y donner suite puisque, dans ce cas, il n'est pas question d'un « préjudice » à son droit, comme le requiert l'art. 1122, al. 1^{er}, C. jud.

opposition tend alors à ce qu'il soit statué à nouveau, cette fois après avoir entendu l'enfant, et, le cas échéant, en prenant en considération son opinion – ce qui pourrait donc mener jusqu'à une *annulation* du jugement *a quo* sur le fond en application de l'article 1130 du Code judiciaire¹⁰² – cette prise en considération constituant un droit consubstantiel de celui d'y être entendu, également consacré par la Cour de Strasbourg.

Notons enfin que le législateur belge (contrairement à son homologue français¹⁰³) est allé plus loin que ce qui était requis par les articles 12 de la CIDE et 22bis de la Constitution¹⁰⁴ en précisant à l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire que l'enfant a le droit d'être entendu *par un juge*. Même si le texte ne le précise pas, il semble évident que l'audition doit être pratiquée *en personne* par le juge appelé à statuer dans le litige concerné. S'il demeure, bien sûr, loisible audit juge de désigner un expert judiciaire ou des enquêteurs sociaux qui, notamment, entendront l'enfant, il ne peut, même dans ce cas (hormis les hypothèses visées ci-dessus), refuser de le rencontrer en-deçà de cette expertise ou étude sociale et de recueillir directement son opinion. Le refus de l'audition d'un enfant au motif qu'une entrevue était déjà prévue avec des intervenants sociaux, apparaît donc critiquable à cet égard¹⁰⁵.

2. Extension aux frères et sœurs au « sens large »

La Cour constitutionnelle a rendu, le 21 avril 2022¹⁰⁶, un arrêt relativement important en ce qui concerne les effets – sans doute non-envisagés par le législateur – de la loi du 20 mai 2021 relative aux liens personnels entre frères

¹⁰² Il s'agit ici d'un cas de figure où le maintien de la décision *inter partes* pourrait se révéler incompatible, au sens de l'article 1130, avec l'exécution de celle où il serait statué dans un sens différent en prenant en considération l'opinion de l'enfant. Bien entendu, rien n'exclut que le juge, statuant sur la tierce opposition, aboutisse à maintenir la décision *a quo*, soit dans son intégralité, soit en modifiant sa motivation mais aboutissant *in fine* à un dispositif identique.

¹⁰³ L'article 388-1 du Code civil français laisse au juge le choix de procéder lui-même à l'audition ou la déléguer à une personne à qui il délègue cette mission.

¹⁰⁴ Voy. *supra*.

¹⁰⁵ Bruxelles (3^e ch.), 17 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 113.

¹⁰⁶ C. const. 21 avril 2022, *For. Fam.*, 2022, liv. 2, p. 77. À propos de cet arrêt, voy. égal. I. BOONE, « Het hoorrecht van halfzussen en halfbroers. Meer dan half werk ? », *R.W.*, 2022-2023, liv. 18, pp. 699-704 ; M. GOVAERTS, « Het recht van het minderjarig kind om gehoord te worden omtrent het behoud van het persoonlijk contact tussen broers en zussen », *R.A.B.G.*, 2022, liv. 11-12, pp. 780-785 ; M. MALLIEN, « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits », *For. Fam.*, 2022, liv. 2, p. 79 ; P. SENAËVE, « Het recht van de minderjarige om gehoord te worden in een procedure aangaande de verblijfsregeling van diens minderjarige halfbroer/halfzus », *T. Fam.*, 2022, liv. 7, pp. 187-193 ; D. PIRE, « Pas de demi-mesure pour les demi-frères et sœurs », *J.L.M.B.*, 2022, liv. 32, pp. 1433-1434.

et sœurs¹⁰⁷. Saisie le 15 juillet de la même année par la cour d'appel de Gand d'une question préjudicielle, la Cour avait à se prononcer sur la compatibilité de l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire avec les articles 12 de la CIDE et 22bis, alinéa 2, de la Constitution en ce qu'il ne permettrait pas à deux demi-sœurs d'être entendues dans le contentieux d'hébergement relatif à leur demi-frère. La réponse à cette question dépendait en tout point du sens à donner aux verbes « concerne » et « intéressant » repris respectivement dans les dispositions à l'égard desquelles la conformité du Code judiciaire était examinée.

Si ni les rédacteurs de la CIDE, ni le Constituant de 2008 n'ont fourni le moindre indice quant à la manière dont ces termes devaient être compris – pas davantage d'ailleurs que le législateur national ne l'a fait en 2013 à l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire, qui reprend lui aussi le verbe « concernent » – c'est aux nouveaux droits reconnus aux enfants par la loi du 20 mai 2021 que la Cour a eu égard en l'espèce. En effet, aux yeux de la juridiction constitutionnelle, le législateur a, en consacrant le droit des frères et sœurs de ne pas être séparés, considéré que la question de l'hébergement d'un enfant « concerne » (ou « intéresse ») aussi les membres de sa fratrie (puisque le maintien de celle-ci dépend en tout point des systèmes d'hébergement mis en place pour ses membres respectifs). Or, bien que l'arrêt ait été rendu – nous l'avons dit – dans le cadre d'un contentieux relatif à l'hébergement d'un demi-frère, il ne fait aucun doute que ses enseignements s'étendent aussi aux membres de la fratrie « au sens large » définie par l'article 387sexiesdecies de l'ancien Code civil (enfants avec qui celui, dont l'hébergement fait l'objet du contentieux, a vécu et avec lesquels il est lié par l'affection, même s'il n'existe pas de parenté entre eux) vu que c'est explicitement aux droits garantis aux articles 375bis et 387septiesdecies du même Code qu'il se réfère¹⁰⁸.

Il en résulte donc que les enfants ont le droit d'être entendus – séparément et individuellement (même s'ils sont conviés le même jour) – dans les contentieux relatifs à l'autorité parentale¹⁰⁹ à l'hébergement et aux relations person-

¹⁰⁷ M.B., 9 juin 2021, n° 2021042005, p. 57506. À propos de cette loi, voy. égal. M. MALLIEN, « Le principe légal de non-séparation des fratries : contours, réflexions et perspectives », in D. PIRE (dir.), *Famille et Jeunesse*, Commission Université-Palais (CUP), vol. 221, Liège, Anthemis, 2023, pp. 95-124.

¹⁰⁸ À ce sujet, voy. notre contribution « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits ? », *op. cit.*, pp. 80-81. Il ressort en effet sans ambiguïtés de l'article 387sexiesdecies du même Code que ces droits sont reconnus aux membres de la fratrie élargie qui y est définie.

¹⁰⁹ Certes, l'arrêt de la Cour constitutionnelle concernait l'hébergement des enfants du 21 avril 2022 – et non l'exercice de l'autorité parentale – tout comme, d'ailleurs, la loi du 20 mai 2021 sur les fratries. Pourquoi alors déduire de cet arrêt que le droit d'audition se trouve étendu aux litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale ? Parce que la Cour propose une interprétation de l'article 1004/1, § 1^{er}, conforme aux articles 12 de la CIDE et 22bis de la Constitution, impliquant les frères et sœurs, alors que ledit § 1^{er}

nelles, concernant tant leurs frères et sœurs germains, que de leurs demi-frères et demi-sœurs et des autres enfants avec lesquels ils ont vécu et avec lesquels ils entretiennent un lien d'affection.

B. Le droit d'information de l'enfant à partir de 12 ans

L'article 1004/1, § 3, du Code judiciaire impose au juge d'informer l'enfant de son droit d'être entendu s'il a atteint l'âge de 12 ans, y compris en cas d'urgence¹¹⁰. La *lettre* que le premier adresse en ce sens au deuxième est accompagnée d'un « formulaire de réponse ». L'article 1004/2 du même Code¹¹¹ précise que le modèle de courrier est établi par le Roi, ce que celui-ci a fait par arrêté royal du 28 avril 2017 (qui remplace celui du 23 août 2014)¹¹². Il

visé aussi les contentieux en matière d'autorité parentale – M. MALLIEN, « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits ? », *op. cit.*, p. 80, 1^{re} colonne.

¹¹⁰ Gand (ch. famille), 3 avril 2015, 2015/AR/966, *inédit*, mentionné par P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 414, n° 778.

¹¹¹ « Le Roi établit le modèle de formulaire d'information au mineur. Le formulaire mentionne le droit d'être entendu par le juge, la manière dont l'entretien se déroule, ainsi que la manière d'accepter ou refuser l'entretien. Il mentionne également que le rapport de l'entretien est joint au dossier de la procédure, que les parties peuvent en prendre connaissance et que le contenu de ce rapport peut être utilisé au cours de ladite procédure. Le formulaire précise en outre que, lorsqu'il entend le mineur, le juge n'est pas tenu de se conformer aux demandes formulées par celui-ci. Le formulaire est envoyé, le cas échéant, à l'adresse de chacun des parents, à l'adresse où réside l'enfant s'il est placé ou au domicile de l'enfant s'il n'est pas domicilié chez un de ses parents ».

¹¹² A.R. du 28 avril 2017, M.B. 22 mai 2017, n° 2017012061, p. 58613. Le courrier à l'enfant, dont le modèle est repris en annexe de l'arrêté royal, s'établit en principe comme suit : « Chère/Cher [Prénom du mineur, Je t'écris cette lettre parce que je vais bientôt devoir prendre une décision dans une affaire qui te concerne [...]. Dans cette procédure, je dois prendre des décisions qui auront une influence non seulement pour tes parents ou pour d'autres personnes, mais aussi pour toi. C'est pour ça que je voudrais aussi t'entendre. Je pourrais ainsi savoir ce qui est important pour toi. Si toi aussi, tu souhaites discuter de cela avec moi, je t'invite à un entretien le [...] à [...] Si ta sœur ou tes sœurs ou/et ton frère ou tes frères ont aussi reçu cette lettre maintenant, vous pouvez venir ensemble au tribunal, mais ton entretien avec le juge sera individuel. Cet entretien a lieu dans un endroit calme du tribunal, pas dans une grande salle d'audience. Tu trouveras l'adresse et un plan dans la même enveloppe que cette lettre. Je te mets également un petit mot pour ton école pour l'informer que tu seras absent(e). Quel est l'objectif ? Je souhaite savoir ce que tu estimes important. Cela ne signifie pas que tu es obligé(e) de prendre parti pour l'un de tes parents ou pour quelqu'un d'autre. Je souhaite savoir, ce que tu ressens et ce que tu penses de la situation. Si tu veux en parler, je t'invite à cet entretien. Attention : c'est moi qui décide de ce qui va se passer. Je tiens compte de ce que tu exprimes, et également d'autres choses (par exemple, ce que dit la loi, ce que tes parents considèrent comme important, etc.). Il se peut donc que ma décision ne soit pas identique à ce que tu m'as exprimé. C'est toi qui décides si tu souhaites ou non un entretien avec moi. Tu n'es pas obligé(e) d'accepter cette invitation. Je te prie de bien vouloir cocher dans le talon ci-dessous la case indiquant ce que tu as décidé. Je te prie de bien vouloir me renvoyer cette lettre dans les 8 jours à l'adresse mentionnée au bas de celle-ci. Comment se déroule l'entretien ? Un compte rendu de notre entretien sera rédigé. À la fin de l'entretien, je passerai en revue le compte rendu avec toi. S'il contient quelque chose qui n'est pas correct, tu peux le faire supprimer ou corriger. Il est important que tu saches que le compte rendu (corrige) sera dans le dossier. Tes parents et/ou leurs avocats ont le droit de le lire. Si tu souhaites en savoir plus ? En annexe, tu trouveras un plan pour te permettre de te rendre au tribunal pour notre entretien. Si

s'agit d'une lettre du juge à l'attention du mineur où celui-ci est appelé par son prénom et tutoyé, accompagnée d'un talon de réponse (à renvoyer dans les huit jours) où il indique son souhait d'être ou de ne pas être entendu. L'objectif de l'audition est précisé, à savoir recueillir le « ressenti » et ce que l'enfant pense de la situation. Cette formulation large doit être approuvée et interprétée à la lumière du droit de s'exprimer librement garanti par l'article 12 de la CIDE¹¹³.

Le courrier est envoyé à l'adresse de chacun des parents, indépendamment du mode actuel d'hébergement ou de l'exercice de l'autorité parentale. Le seul critère semble être celui de la filiation établie¹¹⁴. Une lettre est également adressée au parent concerné lui-même, insistant sur le choix libre de l'enfant d'être entendu ou non. Il est également expédié, le cas échéant, à l'adresse où l'enfant est domicilié – s'il ne l'est pas chez un de ses parents – ou à celle où il est placé. Dans la mesure où la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 21 avril 2022, interprète l'article 1004/1 du Code judiciaire en ce sens qu'il s'étend aux frères et sœurs, tels que définis par l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil, le même courrier devrait en principe leur être adressé, ce qui s'avère impraticable dans les faits et n'a, jusqu'ici et à notre connaissance, d'ailleurs été mis en œuvre dans aucun arrondissement (non seulement le libellé du courrier, prévu par l'arrêté royal du 28 avril 2017 se révèle totalement inadapté à cette situation, mais – surtout – il serait impossible aux greffes des tribunaux de la famille d'identifier lesdits frères et sœurs, et *a fortiori* ceux qui ne partagent aucun lien de parenté, mais qui ont vécu avec l'enfant et qui lui sont liés par l'affection).

Notons enfin qu'il ressort de l'article 410, § 2, alinéa 5, de l'ancien Code civil que l'enfant « qui possède le discernement » – sans condition d'âge – est aussi invité à être entendu par le Juge de Paix dans le cadre des demandes d'autorisation d'aliéner ses biens par son tuteur (mais pas par ses parents).

C. Les modalités de l'audition

L'audition se tient dans un *lieu* que le juge « considère comme approprié », le but étant, bien entendu, d'éviter au maximum tout *décorum* qui risquerait

tu souhaites plus d'informations sur le déroulement d'un entretien de ce type, tu peux te renseigner sur internet (www.sdj.be) [et (autre site web)]. Tu peux également consulter gratuitement un avocat de la jeunesse (www.avocats.be). Si tu souhaites poser d'autres questions tu peux aussi prendre contact avec le service du tribunal : [...]. Je te prie d'agréer, chère/cher [...], mes salutations distinguées. Juge au tribunal [...] /à la cour d'appel [...] COMPLETE LE TALON CI-DESSOUS S.T.P. Renvoie-moi ce talon par la poste [...] / par e-mail [...]. ».

¹¹³ Voy. *supra*.

¹¹⁴ Sauf pour ce qui est des enfants liés, sans parenté commune, par l'affection et le vécu commun à celui concerné au premier titre par le litige.

d'impressionner l'enfant. Il importe, en effet, que celui-ci se sente à l'aise et libre de s'exprimer. C'est pour cette raison que la plupart des juges entendent les enfants sans porter la toge¹¹⁵.

Dans les faits, l'audition a lieu le plus souvent dans le bureau du juge, mais en principe jamais en salle d'audience¹¹⁶ (même si rien ne l'interdit). Comme l'explique Patrick Senaeve, « dans certaines situations il peut être indiqué que le juge familial entende le mineur en dehors de palais de justice, p.ex. dans un bureau dans l'école du mineur, ou dans l'institution où il réside. En cas de séjour prolongé du mineur à l'étranger il peut être approprié que le juge l'entende via les techniques modernes de communication (Messenger, WhatsApp, etc.) »¹¹⁷. L'audition par lesdits moyens de communication nous semble cependant à être réservée aux cas d'éloignement géographique de longue durée. En effet, rien n'exclut qu'un tiers (par exemple un des parents) puisse lire ou entendre les propos de l'enfant, voire les enregistrer, ce qui n'apparaît guère compatible avec la liberté d'expression garanti à l'enfant par l'article 12.1 de la CIDE. Rien d'étonnant, dès lors, que cette audition par vidéoconférence, n'ait pas été envisagée durant la pandémie de la Covid 19, dans l'arrêté royal n° 2 du 2 avril 2019¹¹⁸.

À cet égard, il semble intéressant de mettre en avant les pratiques des juges allemands du Tribunal de la Famille de Tempelhof-Kreusberg à Berlin. « Lorsque le juge décide d'entendre l'enfant, l'audience est interrompue et le juge se rend, sans toge, à la "Kinderhaus", où il peut dès lors recevoir l'enfant dans un espace accueillant et approprié. Il s'y trouve un petit coin séparé où le juge peut parler avec l'enfant. Même de très jeunes enfants à partir d'environ 3 ans peuvent être vus et entendus par le juge familial, dans le but de se forger une image de l'enfant, de la situation où il se trouve et des souhaits de l'enfant lui-même. Les juges familiaux n'hésitent pas, dans ce cadre, à jouer un petit jeu avec l'enfant afin de les mettre à l'aise et de briser un peu la glace. Il apparaît même que des juges s'asseyent par terre avec l'enfant pour participer quelques instants à la construction d'un tour de légo, si toutes les petites tables sont prises parce

¹¹⁵ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 656. Une enquête datant de 2002 a toutefois révélé qu'à cette époque 12,5 % des magistrats entendaient les enfants en toge – *ibid.*, enquête de M. Grogard citée en note infrapaginale 44.

¹¹⁶ Certains estiment cependant qu'une salle d'audience n'est pas forcément un lieu inapproprié pour une telle audition – P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 430, n° 826.

¹¹⁷ *Ibid.*, n° 827 – nous traduisons – et l'arrêt inédit de la cour d'appel de Bruxelles (42^e ch.) du 28 mars 2017 (2017/FA/51 et 2017/FA/52) y mentionné où le juge avait eu une conversation *Messenger* avec un enfant se trouvant aux États-Unis.

¹¹⁸ Voy. *infra*.

que plusieurs juges veulent entendre des enfants. Les enfants plus âgés peuvent aussi être entendus dans le bureau du juge »¹¹⁹.

La transposition dans notre pays de ces pratiques allemandes permettrait sans doute davantage l'audition de jeunes enfants, qui, en Belgique, reste souvent refusée (même, *contra legem*, si l'enfant la sollicite)¹²⁰ sans doute notamment faute du contexte et des moyens appropriés.

En ce qui concerne le *déroulement de l'audition* (qui donc est généralement réservée aux enfants plus grands), les magistrats témoignent de ce qu'ils entament la conversation de manière plus « ouverte », en permettant à l'enfant de s'exprimer sur plusieurs sujets, afin de le mettre à l'aise¹²¹. Certains magistrats demandent à l'enfant s'il préfère s'exprimer librement ou répondre à des questions (la deuxième option étant le plus fréquemment choisie). D'autres lui posent la question « que veux-tu me dire ? »¹²². Certains insistent davantage lorsque l'enfant ne veut pas parler, d'autres moins¹²³. Globalement, ces pratiques recensées des juges semblent respectueuses du droit d'expression libre reconnu par les articles 12.1 de la CIDE et 22*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution¹²⁴. Toutefois, la mise en œuvre de pratiques inspirées de celles d'outre-Rhin évoquées ci-dessus favoriserait sans doute une meilleure observation du prescrit constitutionnel en ce qu'il consacre le droit d'audition des jeunes enfants (puisqu'il ne s'y trouve ni condition d'âge, ni exigence de discernement)¹²⁵.

Les travaux parlementaires démontrent sans ambiguïtés que l'intention du législateur a consisté à ne pas permettre à l'enfant de se faire accompagner d'une *personne de confiance*¹²⁶, comme un membre de la famille, un proche... de sorte que l'entretien avec le juge se conçoit comme un colloque singulier. Celui-ci exclut notamment la présence d'un représentant du Ministère Public, qui était habituelle dans certains arrondissements avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013¹²⁷. L'article 1004/1, § 5, précise en effet que l'entretien

¹¹⁹ J. DANCKAERTS, « Het "Kinderhaus" en het horen van kinderen in de familierechtbank van Templehof-Kreuzberg in Berlin », *T. Fam.* 2019, liv. 2, p. 30 – nous traduisons.

¹²⁰ Voy. Ch. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind ? », in *Liber amicorum P. Senaève*, Kluwer, 2017, p. 241, n° 11 *in fine*.

¹²¹ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 657.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Voy. *supra*.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Pour la synthèse des travaux parlementaires, voy. P. SENAÈVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, pp. 432-433, n°s 831 à 834.

¹²⁷ Tel était notamment le cas à Gand – voy. 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. 209, n° 221.

a lieu « hors de la présence de quiconque, à moins que le juge n'y déroge par une décision spécialement motivée ». Dans ce cas, « le critère sur lequel le juge s'appuie est l'intérêt et la protection de l'enfant. Ceci peut p.ex. être le cas si le mineur subit certains problèmes psychiques, mentaux ou physiques (p.ex. un enfant sourd-muet) qui l'empêchent de s'exprimer sans difficultés, ou lorsque le mineur parle uniquement une langue étrangère que le magistrat ne maîtrise pas »¹²⁸. Certains magistrats seraient favorables à cette présence – pas forcément automatique – d'une telle personne de confiance, mais celle-ci devrait évidemment être indépendante et, dès lors, serait difficile à trouver¹²⁹. Une juge nuance ce propos en estimant que la présence d'une personne de confiance pourrait dans certains cas être indiquée, mais constate qu'elle n'est jamais demandée dans la pratique¹³⁰.

Les mêmes principes semblent prévaloir pour l'*assistance par un avocat*, qui ne peut être admise par le juge qu'à titre exceptionnel et qui ne constitue dès lors pas un droit de l'enfant¹³¹. Contrairement à d'autres (qui n'y verraient qu'un « *babysitteur amélioré* »)¹³² et à une majorité de juges (mais pas tous)¹³³, nous considérons cette exclusion comme regrettable dans la mesure où l'audition constitue un droit subjectif, au moins autant qu'une mesure d'investigation, dont l'exercice ne peut qu'être renforcé et encouragé par la présence rassurante d'un conseil si l'enfant le souhaite. Si l'on conçoit aisément les motifs qui ont mené le législateur à empêcher la présence de tiers, de crainte que ceux-ci ne prennent l'ascendant sur l'enfant, la déontologie de l'avocat (dont, comme nous le verrons, les règles pourraient être affinées en fonction de cette éventuelle mission future¹³⁴) devrait le prémunir contre un tel risque.

Force est de constater que la solution retenue en France se trouve aux antipodes de celle qui prévaut dans nos contrées puisque l'article 388-1 du Code civil d'outre-Quévrain laisse le choix à l'enfant d'être entendu seul, avec un avocat ou avec une personne de son choix, le juge ayant l'obligation de l'informer de ce droit mais aussi la possibilité de désigner une autre personne si celle choisie n'apparaissait « pas conforme à l'intérêt du mineur ».

¹²⁸ *Ibid.*, n° 835 – nous traduisons.

¹²⁹ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 659 et les interviews de magistrats y citées.

¹³⁰ C. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind ? », *op. cit.*, n° 12.

¹³¹ P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n°s 846 à 851.

¹³² *Ibid.*, n° 850.

¹³³ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 659 et les interviews de magistrats y citées.

¹³⁴ Voy. *infra*.

La présence du greffier lors de l'audition de l'enfant a fait débat lors des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 30 juillet 2013 créant le Tribunal de la Famille, sans qu'il soit possible de dégager une ligne claire à cet égard, ni de trouver un argument textuel réellement déterminant en faveur de l'une ou de l'autre option. Certains ont avancé que l'article 1004/1, § 5, du Code judiciaire ne contient (à l'inverse, par exemple, de l'article 1231-11, alinéa 2, du même Code) aucune dérogation à l'article 168, alinéa 1^{er}, dudit Code aux termes duquel le greffier assiste le juge « dans tous les actes de son ministère »¹³⁵. Pour notre part, nous restons dubitatif concernant ce point de vue, puisque ledit article 1004/1, § 5, prévoit expressément que l'entretien a lieu hors de la présence de quiconque sans qu'il soit prévu d'exception pour le greffier¹³⁶. La pratique judiciaire semble, à l'instar des parlementaires, divisée¹³⁷ et surtout à la recherche de solutions pragmatiques, dictées notamment par la disponibilité des uns et des autres et par les leçons tirées de l'expérience personnelle du juge¹³⁸. Une clarification *de lege ferenda* resterait cependant la bienvenue.

D. Le rapport d'audition

Les dires de l'enfant seront consignés dans un rapport, à propos duquel le juge l'informe qu'il pourra être lu par les parents et leurs conseils. Ainsi, en promulguant l'article 1004/1, § 5, alinéa 2, du Code judiciaire, le législateur a-t-il donné *priorité au principe du contradictoire*, mettant fin aux pratiques, notamment gantoises, qui consistaient à dresser un rapport constatant uniquement l'audition, mais sans relater les dires de l'enfant. Puisqu'il s'agit d'un rapport, et non d'un procès-verbal, il n'est pas nécessaire d'y retranscrire littéralement les propos du mineur dont le résumé doit cependant revêtir une certaine *exhaustivité*¹³⁹.

Ce devoir de rapport exhaustif, voulu par le législateur de 2013, prive l'enfant d'une « bulle de confidentialité » où il pouvait s'exprimer en toute liberté devant le juge sans devoir craindre la réaction de ses parents. Celle-ci était

¹³⁵ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 659 ; P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n° 844. Au Tribunal de la Famille de Flandre orientale, division Termonde, le greffier est toujours présent lors des auditions – C. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind ? », *op. cit.*, n° 13.

¹³⁶ *Contra* : D. PIRE, « Le point sur le Tribunal de la Famille », in D. PIRE (dir.), *Actualité de 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.*

¹³⁷ P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n° 845 et les références y citées.

¹³⁸ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, pp. 659-660.

¹³⁹ P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n° 858. Voy. toutefois *ibid.*, n° 861.

favorisée notamment par les pratiques gantoises évoquées. C'est pourquoi nous plaidons, avec d'autres¹⁴⁰, pour une solution qui permettrait d'assurer à la fois l'existence d'une telle « bulle de confidentialité » – intimement liée au droit d'expression libre garanti par les articles 12 de la CIDE et 22bis de la Constitution¹⁴¹ – et le respect du contradictoire et des droits de la défense. Celle-ci pourrait consister à offrir à l'enfant le choix d'être entendu par le juge ou par une autre personne (par exemple un psychologue) qui, elle, ne serait pas tenue de relater exhaustivement les propos tenus (ce qui ne poserait plus de problèmes au regard du contradictoire vu que les informations restées confidentielles ne seraient pas non plus connues de l'instance décisionnelle). Nous pensons que cette révision complète (si possible dans un futur proche) du système prévu par l'article 1004/1, § 5, du Code judiciaire pourrait même aller jusqu'à dispenser le juge de rédiger un rapport exhaustif relatant les « dires » de l'enfant, s'il l'a auditionné lui-même, en remplaçant ledit rapport par un écrit où le magistrat ferait état de ses impressions et appréciations suite à l'audition (Nathalie Massager propose elle aussi de supprimer cette exigence d'exhaustivité dudit rapport¹⁴²), et susceptibles d'influencer sa décision (éventuellement en laissant à l'enfant un certain choix de ce qui sera révélé aux parties). Une autre option consisterait à remplacer l'actuel rapport par une communication orale de ces éléments lors des débats à l'audience (où les parents sont de toute façon tenus d'assister en personne conformément à l'article 1253ter/2 du Code judiciaire)¹⁴³ qui pourrait prendre une forme plus interactive à la faveur, par exemple, d'une mobilisation inspirée de l'article 756ter du Code judiciaire. Une telle évolution législative permettrait ainsi de mieux concilier les principes du contradictoire et le droit de l'enfant à libre expression.

Quoi qu'il en soit, la situation existante n'est pas exempte d'une certaine hypocrisie, puisque le rapport d'audition ne doit – ni ne peut¹⁴⁴ – rendre compte du langage non-verbal de l'enfant, alors qu'il est permis de penser que le juge doit prendre en considération son opinion réelle. Dans la mesure où l'attitude et l'expression non-verbale de l'enfant peuvent s'avérer largement révélatrices

¹⁴⁰ Observation générale n° 12, *op. cit.*, et B. VAN KEIRSBILCK et T. MOREAU, « Une occasion manquée ! Ou quand la Cour constitutionnelle oublie d'appliquer la Constitution au préjudice des mineurs », *op. cit.*, p. 35, dernière colonne.

¹⁴¹ Voy. *supra*.

¹⁴² N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 18.

¹⁴³ Voy. aussi *infra*, nos observations relatives aux procédures auxquelles le système de l'article 1004/1 C. jud. ne s'applique pas, mais où l'enfant a, selon nous, également le droit d'être entendu.

¹⁴⁴ Il ressort, en effet, de l'article 1004/1, § 5, que le rapport relate les « dires » de l'enfant et que le juge vérifie, avec celui-ci, que ledit rapport traduit bien ses opinions. Ceci semble exclure, en tout cas, l'inclusion par le magistrat de ses propres impressions subjectives face à cet entretien – hormis celles relatives au discernement de l'enfant – qui, pourtant restent susceptibles de l'influencer dans sa quête de l'opinion réelle de l'enfant.

de cette opinion – sans pour autant se trouver reflétées dans le rapport d'audition – et, dès lors, influencer la décision du juge, l'impératif de maintenir ledit rapport au nom du principe du contradictoire nous paraît quelque peu illusoire. Par ailleurs, une solution prétorienne retenue par certains magistrats, soucieux d'assurer à l'enfant la liberté de s'exprimer librement et à l'abri de la crainte des réactions parentales, consiste, *contra legem*, à ne pas relater certains propos que l'enfant leur aurait tenus sous le sceau de la confiance¹⁴⁵.

Le rapport doit être *signé* par le juge et, s'il a assisté à l'entretien¹⁴⁶, par le greffier, mais pas par l'enfant¹⁴⁷. Le juge doit parcourir – ce qui ne signifie pas nécessairement relire *in extenso* – le rapport avec l'enfant afin de s'assurer que celui-ci reflète bien ses « opinions »¹⁴⁸ (et non *uniquement* ses « dires », ce qui signifie que l'enfant doit se voir offrir la possibilité de compléter ou de préciser ses propos s'ils ne reflètent pas sa pensée réelle). Enfin, le juge mentionne l'éventuelle absence de *discernement* de l'enfant, ce qui ne manquera pas d'incidence sur la prise en considération de ses opinions¹⁴⁹.

E. L'audition des enfants en temps de pandémie

Si beaucoup sont actuellement animés de la – précaire – conviction que la pandémie de la Covid-19 et les mesures de lutte contre sa propagation qui en ont résulté, appartiennent désormais au passé, il n'est pas inutile de nous arrêter ici sur le sort réservé aux auditions des enfants durant cette période. En effet, le régime analysé jusqu'ici a vocation à s'appliquer en temps « ordinaire », mais il y a lieu de s'interroger sur ce qu'il en resterait en cas de nouvelle crise majeure¹⁵⁰.

Or, il ressort incontestablement, à ce propos, de l'article 2, § 2, de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020¹⁵¹ que, contrairement aux audiences, les auditions d'enfants prévues par l'article 1004/1 du Code judiciaire pouvaient continuer d'être tenues en présentiel durant le (principal) confinement. Il semble donc

¹⁴⁵ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, pp. 661-663.

¹⁴⁶ À ce propos, voy. *supra*.

¹⁴⁷ C. jud., art. 1004/1, § 5, al. 2.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Voy. *infra* et la contribution de N. MASSAGER au présent ouvrage, *infra*.

¹⁵⁰ À ce sujet, voy. M. MALLIEN et G. MATTHIEU, « Les contentieux d'hébergement en temps de pandémie : une mise en suspens des droits fondamentaux des enfants ? », in F. BOUHON, A.-E. BOURGAUX, E. DEGRAVE, J. GERKRATH, J. PIERET, C. ROMAINVILLE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits humains en temps de pandémie. Perspectives internationales, européennes et comparées*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 345, spéc. pp. 388 et 389, dont de larges passages sont repris ici.

¹⁵¹ À propos de cet arrêté royal, qui organisait le fonctionnement de la Justice en temps de confinement, voy. J. ENGLEBERT, « Covid-19 et procédure civile : analyse critique de l'arrêté royal n° 2 », *For. Ass.*, 2020, liv. 204, p. 2.

que, sur ce point, il ait été tenu compte du droit de l'enfant d'être entendu, garanti par les articles 12 de la CIDE et 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution, et sur lequel la Cour européenne des droits de l'homme a largement insisté, notamment dans l'arrêt *M. et M.* À y voir de plus près, cette prise en considération, du moins apparente, du droit de l'enfant d'être entendu, même en temps de confinement, s'est cependant révélée quelque peu pharisaïque.

Force est en effet de constater que l'arrêt royal prévoyait « le cas échéant » le maintien de l'application de l'article 1004/1 du Code judiciaire comme une exception à la prise en délibéré des causes sans audience, à la tenue des débats par vidéoconférence ou à la remise de l'affaire à une date ultérieure. Ceci semble certes respectueux du droit d'expression « libre » garanti par l'article 12 de la CIDE, qui, nous l'avons vu¹⁵², ne pourrait guère s'accommoder avec les entretiens en distanciel susceptibles d'être suivis ou enregistrés par un des parents (ou par des tiers) à l'insu du juge. Toutefois, le simple maintien de l'application de l'article 1004/1 du Code judiciaire ne faisait *in se* pas obstacle à un ajournement systématique des auditions jusqu'à la levée du confinement, ce qui semble d'ailleurs avoir été le cas dans beaucoup d'arrondissements.

L'arrêt royal, alors qu'il redessina, en quelques dispositions, fondamentalement la procédure civile, s'est bien abstenu de réaffirmer *expressis verbis* la conception selon laquelle l'audition de l'enfant constitue avant tout un droit subjectif qui lui est reconnu. Par ailleurs, aucune des communications et ordonnances, émanant respectivement du Collège des cours et tribunaux et des chefs de corps des juridictions¹⁵³, n'a consacré le moindre mot à ces auditions, sans même les mentionner comme exception aux mesures d'auto-confinement que la Justice s'est imposé aux aurores du printemps 2020¹⁵⁴ sans attendre l'arrêt royal n° 2 du 9 avril 2020, et rendant dès lors bien tardive celle y reprise.

Par conséquent, bien que le Roi ait incontestablement eu à cœur de ne pas ordonner la suspension des auditions des enfants et même d'éviter que celles-ci ne puissent se dérouler dans un autre mode qu'en présentiel, rien ne les a prémunies dans la pratique contre un ajournement plus ou moins long.

F. Audition des enfants dans le cadre de contentieux autres que ceux visés par les articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire

Comme nous l'avons vu, le droit de l'enfant de s'exprimer dans les procédures (civiles) qui le concernent et d'y être entendu, tel que garanti par les articles 12

¹⁵² Voy. *supra*.

¹⁵³ À ce sujet, voy. M. MALLIEN et G. MATHIEU, « Les contentieux d'hébergement en temps de pandémie : une mise en suspens des droits fondamentaux des enfants ? », *op. cit.*, pp. 378 et s.

¹⁵⁴ Pour cette notion d'auto-confinement de la Justice, voy. *ibid*.

de la CIDE et 22bis de la Constitution, est loin d'être limité aux contentieux d'autorité parentale, d'hébergement et de relations personnelles, seuls visés par les articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire (au contexte de la tutelle). Selon quelles modalités devraient, dès lors, se dérouler les auditions dans les procédures étrangères à ces dispositions internes ?

Il est constant que l'accès à l'audition ne constituerait pas l'apanage exclusif des enfants dotés de discernement ou ayant atteint un certain âge, une telle condition, nous l'avons vu, bien que reprise à l'article 12.1 de la CIDE, étant absente de l'article 22bis de la Constitution et remise en cause – ou à tout le moins nuancée – dans la jurisprudence strasbourgeoise¹⁵⁵. De même, la nature de la plupart des litiges, autres que ceux concernés par les articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire, s'accommode peu avec une mesure d'expertise et plaide donc, dans la majorité des cas, pour une audition directe par le juge¹⁵⁶.

En revanche, rien n'y obligerait le greffe du tribunal de prendre l'initiative d'inviter systématiquement l'enfant de plus de 12 ans à être entendu – une telle invitation n'étant pas forcément requise par les dispositions internationale et constitutionnelle précitées – pas plus qu'il ne serait exclu que d'autres personnes, désignées (comme un avocat) – ou non – par l'enfant, assistent à l'entretien, pourvu que leur présence ne mette pas en péril sa liberté d'expression. Ne satisferait évidemment pas à cette exigence l'avocat qui serait mandaté et/ou rémunéré par les parents, ou par l'un d'entre eux.

Notons enfin qu'ici également, malgré l'inapplicabilité des articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire, rien ne permet de considérer que l'enfant serait privé de la faculté d'interjeter appel, prévue par la règle générale de l'article 616 du même Code, contre une décision refusant de l'entendre, et s'il n'a pu exercer son droit à l'audition, de former tierce opposition conformément aux articles 1122 et suivants¹⁵⁷.

Section 2. La prise en considération de l'opinion de l'enfant

§ 1. Un droit fondamental de l'enfant

A. Fondements textuels et étendue

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

¹⁵⁵ Voy. *supra*.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Voy. *supra*.

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 »¹⁵⁸. 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 »¹⁵⁹. Rappelons que, comme le droit d'expression, le libellé même des articles 12.1 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution excluent toute limitation à la sphère administrative et judiciaire du droit de l'enfant de voir son opinion être prise en considération. Au contraire, ce droit s'étend jusqu'à la sphère familiale et implique le droit de participer au processus décisionnel parental, qui ne se conçoit dès lors non plus comme dialogue, mais comme tripartite¹⁶⁰.

L'article 1004/1, § 6, *in fine* du Code judiciaire stipule, quant à lui, 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. Dans les contentieux qui ne relèvent pas du champ d'application de l'article 1004/1¹⁶¹, c'est donc à ces dispositions internationale et constitutionnelle qu'il convient de se référer, tout comme en matière de tutelle où les articles 405, § 2, alinéas 3 et 410, § 2, alinéa 5, restent curieusement muets quant à cette prise en considération.

Un des apports importants – nous l'avons vu¹⁶² – de l'arrêt *M. & M. c. Croatie* a consisté à présumer l'existence de la faculté de discernement dans le chef d'un enfant de douze ans, sauf élément contraire. Cette présomption concerne tant le droit d'expression libre que la prise en considération de l'opinion de l'enfant¹⁶³. Toutefois, la CIDE et le Code judiciaire (contrairement à la Constitution¹⁶⁴) conditionnent ladite *prise en considération* par la « maturité »,

¹⁵⁸ 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>.

¹⁵⁹ Voy. *infra*.

¹⁶⁰ Voy. *supra* et N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *op. cit.*, p. 10.

¹⁶¹ Voy. *supra*.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, arrêt *M & M c. Croatie*, n° 185.

¹⁶⁴ Le terme « maturité » y est toutefois remplacé par celui de « discernement » à l'art. 22*bis*, al. 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 22*bis* que 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.

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 discernement¹⁶⁵. Or, dans l'Observation générale n° 12, le Comité des Droits de l'enfant donne à la « maturité » un contenu proche¹⁶⁶ de celui qui est proposé habituellement par les psychologues et pédopsychiatres pour le « discernement »¹⁶⁷, permettant, en l'espèce, de considérer ces deux termes comme des synonymes. L'enfant présumé doté de discernement, est également censé être mature¹⁶⁸.

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)¹⁶⁹, mais comme un élément « régulateur », conditionnant seulement – et partiellement – la présomption telle qu'elle est établie par la Cour¹⁷⁰. Le jeune âge de l'enfant ne le priverait donc pas forcément de la prise en considération de son opinion, mais il aurait pour

¹⁶⁵ 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 », *JDJ*, 2006, liv. 257, p. 30 et les références y citées. Voy. égal. W. VANDENHOLE, « Initiatiefrecht en positie van de minderjarige in de procedure van de verblijfsregeling in het licht van het internationaal recht en de rechten van het kind en van de mens », in *Verblijfsregeling*, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (éd.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 118.

¹⁶⁶ Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2009, *op. cit.*, n° 30.

¹⁶⁷ Voy. égal. à ce sujet J.-Y. HAYEZ, « Le discernement chez l'enfant et l'adolescent », www.jeanyveshayez.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 réfère, à la fin l'arrêt *M & 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).

¹⁶⁸ Dans le même sens : Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, *op. cit.*, p. 288.

¹⁶⁹ « 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.

¹⁷⁰ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, arrêt *M & M c. Croatie*, n°s 184 et 186.

conséquence que son discernement et sa maturité ne seraient plus présumés, mais à établir *in concreto*¹⁷¹. Même s'il s'avérait ainsi que l'enfant manquait de discernement, son jeune âge ne pourrait priver son opinion de toute pertinence. Celle-ci garderait, au contraire, selon le Comité des Droits de l'Enfant (qui met d'ailleurs en garde contre un constat trop hâtif, et erroné, que l'enfant serait privé de discernement de par son seul âge), un *certain* poids, sans doute plus limité, dans le processus décisionnel¹⁷².

Le droit de voir son opinion prise en considération, du moins dans les contentieux en matière d'autorité parentale, d'hébergement et de relations personnelles, bénéficie également aux frères et sœurs, y compris au sens large repris à l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil, depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 avril 2022¹⁷³. En effet, dans la mesure où la Cour y propose une interprétation de l'article 1004/1, § 1^{er}, compatible avec les articles 12 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution, incluant lesdits frères et sœurs dans son champ d'application, il y a lieu de considérer que cette « inclusion » concerne également la prise en considération de leur opinion. En effet, d'une part, le § 1^{er} de l'article 1004/1 établit le champ d'application de l'ensemble de cette disposition, en ce compris donc son § 6 qui requiert qu'il soit tenu compte de l'opinion de l'enfant, et d'autre part, les droits d'expression / à l'audition, établis aux articles 12 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution, paraissent indissociables de ladite prise en considération, qui en constitue conséquence logique. Il en résulte dès lors que le juge doit prendre en considération non seulement l'opinion de l'enfant concerné directement par le litige mais également, en matière d'hébergement et de relations personnelles, celles de ses frères et sœurs au sens large, même si, de manière évidente, le poids reconnu à la première restera sans commune mesure avec celui représenté par les deuxièmes¹⁷⁴.

¹⁷¹ 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 », *JDJ*, 2006, liv. 257, p. 30.

¹⁷² *Voy. supra* et Observation générale n° 7, *op. cit.*, § 14 et C.D.E., constatations Y.B. et N.S., au nom de C.E., c. Belgique, 27 septembre 2018, comm. n° 12/2017, § 8.7, citée et analysée dans le présent ouvrage par G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND, « La refonte du statut du mineur en droit civil à travers le prisme des droits de l'enfant : l'apport de la CIDE et du Comité des droits de l'enfant », *op. cit., supra*.

¹⁷³ C. const., 21 avril 2022 (extraits), *For. Fam.*, 2022, liv. 2, p. 77 – *voy. supra*.

¹⁷⁴ À ce sujet, voy. M. MALLIEN, « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits ? », *op. cit.*, pp. 81-82.

B. La prise en considération : notion

Que signifie la « prise en considération » de l'opinion de l'enfant ? Force est de constater que les articles 12.1 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution ne reconnaissent pas un droit de décision absolu à l'enfant. En effet, si le texte de la CIDE indique que l'opinion de l'enfant doit être *dûment prise en considération* (en anglais : *being given due weight*)¹⁷⁵, il n'y est nullement stipulé que celle-ci doit *toujours* être suivie¹⁷⁶. Comme nous le verrons, cette prise en considération n'exclut ainsi nullement que la volonté de l'enfant ne soit pas suivie par le juge lorsqu'il l'estime contraire à son intérêt, qui demeure le critère prioritaire¹⁷⁷.

Par contre, les articles 12 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution semblent interdire que le juge s'écarte de l'opinion de l'enfant lorsque celle-ci constitue le seul élément objectif dont il dispose. Écarter ladite opinion comme critère déterminant sans le justifier par d'autres éléments (liés à son intérêt ou à ses droits), nous semble revenir à ne reconnaître *aucun* poids à ladite opinion, ce qui serait contraire aux textes précités. En ce sens, la « prise en considération » de l'opinion de l'enfant prévue par les articles 12 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution implique une obligation de la suivre, mais uniquement lorsque le juge ne l'estime pas contraire à son intérêt.

C. La prise en considération de l'opinion de l'enfant dans la jurisprudence strasbourgeoise

1. L'opinion de l'enfant admissible dans son principe comme critère déterminant en ce qui concerne son hébergement

L'absence de toute disposition, dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, concernant la prise en considération de l'opinion de l'enfant, n'a pas empêché la Cour de Strasbourg d'estimer, 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

¹⁷⁵ À propos de cette notion et de ses implications précises, voy. N. MASSAGER, « Le prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁶ Voy. J.-L. RENCHON, « Les droits de l'enfant dans le conflit parental », *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité ?* Actes du colloque organisé par la Commission Jeunesse du Barreau de Liège et la Faculté de Droit de l'Université de Liège le 14 octobre 1994, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 154, n° 32 ; T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale », *op. cit.*, p. 49. Lors de la préparation de la Convention européenne des Droits de l'Enfant, il avait été envisagé de lui conférer un réel droit de décision – S. DEMARS, « La Convention européenne des Droits de l'Enfant », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 39, n° 18.

¹⁷⁷ Voy. *infra*.

l'arrêt *Hokkanen c. Finlande*¹⁷⁸ 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*¹⁷⁹, 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*¹⁸⁰, que les juridictions nationales n'avaient pas contrevenu au droit 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 souhaitait¹⁸¹.

Toutefois, ces arrêts ne faisaient 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 reconnaissait cependant encore aucun *droit*, dans le chef de l'enfant.

C'est pourtant ce que la Cour a fait, par la suite, dans l'arrêt *M. & M. c. Croatie*, qui constitue donc un véritable tournant sur ce point également. En effet, la Cour y constate explicitement que l'enfant « 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 »¹⁸².

Ainsi la Cour y estime désormais sans détours que l'article 8 de la CEDH, dont elle constate subséquemment la violation, impliquait en l'espèce, en tenant compte de la faculté de discernement, présumée au regard notamment de

¹⁷⁸ Cour eur. D.H., 23 septembre 1994, arrêt *Hokkanen c. Finlande*, Publ. Cour Eur. D.H. 1995, série A, n° 299-A, Rev. trim. dr. fam., 1995, p. 97, JDJ, 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 », JDJ, 1998, liv. 174, p. 14

¹⁷⁹ Cour eur. D.H., arrêt du 9 juin 1998, *Bronda c. Italie*, spéc. §§ 60 à 63.

¹⁸⁰ Cour eur. D.H., 19 septembre 2000, *Gnahoré c. France*, spéc. §§ 57 à 63, Rev. trim. dr. fam., 2002, p. 145, Rev. trim. D.H., 2001, p. 1063, et R.W., 2002-2003, liv. 14, 556 (reflet).

¹⁸¹ Concernant ces arrêts, voy. spéc. L. COUTURIER-BOURDINIERE, « 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*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 546 ; N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », Rev. dr. ULB, 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.

¹⁸² Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, arrêt *M. & M. c. Croatie*, § 186.

l'âge, impliquait non seulement que l'enfant avait le droit de s'exprimer, mais également que son souhait de vivre avec sa mère ne soit pas « méconnu ».

2. Une première limite : l'absence de droit de véto dans le chef de l'enfant sans recherche *in concreto* de ses véritables souhaits – *Elsholz c. Allemagne & 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 aux yeux des juges strasbourgeois. Ainsi, la Cour, dans son arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000¹⁸³, 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 ne soit vérifiée.

Dans cette espèce, le père avait sollicité sans succès un droit aux relations personnelles avec son jeune enfant (six 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 qui préconisait une telle reprise. Le tribunal allemand, dont la décision fût 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 six 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 fût le cas en l'espèce, de faire valoir ses arguments lors d'une

¹⁸³ Cour eur. D.H., 13 juillet 2000, arrêt *Elsholz c. Allemagne*.

audience devant l'instance d'appel)¹⁸⁴. 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 être accompagnés, voire vérifiés, par une mesure d'expertise, d'autant plus qu'il s'agissait ici d'un jeune enfant qui faisait de surcroît référence au ressenti de sa mère, avec qui il vivait. De même, l'analyse de la Cour ne porte pas ici explicitement sur la portée des droits garantis à l'enfant (elle ne fait dès lors aucune référence à l'article 12 de la CIDE), mais sur ceux – notamment procéduraux – reconnus au père dans le cadre de l'article 8 de la CEDH. Il paraît néanmoins se déduire de cet arrêt qu'il incombe à tout le moins au juge une *obligation de moyen* consistant à tenter d'appréhender au mieux possible l'opinion *réelle* de l'enfant, sans occulter pour autant la difficulté, dans bien des cas, pour un magistrat d'y accéder¹⁸⁵.

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 semble avoir répondu par l'affirmative à cette question dans son arrêt *C. c. Finlande*¹⁸⁶, rendu le 9 mai 2006. 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) avait 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*,

¹⁸⁴ *Ibid.*, n° 53.

¹⁸⁵ 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^e colloque de l'association Famille et Droit », Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 255, n° 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.

¹⁸⁶ Cour eur. D.H., 9 mai 2006, arrêt *C. c. Finlande*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, liv. 3, p. 958 (reflet), *TJK*, 2006, liv. 4, p. 329, extraits également in M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », in N. DANDOY et G. WILLEMS (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 431 et s., dont l'analyse est largement reprise ici.

que la réformation des décisions antérieures (favorables au père) en l'absence de toute audience¹⁸⁷.

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. & M. c. Croatie* ? Celui-ci a été rendu 9 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 en faisant de l'article 12 de la CIDE et de l'Observation n° 12 du Comité des Droits de l'Enfant, de réelles directives d'interprétation de l'article 8 de la CEDH. Il convient cependant d'éviter de conclure trop hâtivement à une rupture entre l'arrêt *M. & 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 (les uns en lui refusant le droit aux relations personnelles, et les autres en rejetant sa demande de voir les enfants le rejoindre en Suisse alors qu'il était le seul parent survivant) sans même qu'une mesure d'expertise ne soit ordonnée et qu'une audience soit tenue pour en débattre. Dans l'affaire *M. & M. c. Croatie*, les restrictions pour le père (impliquant certes un renversement de l'hébergement principal, mais avec un maintien de l'enfant dans la même ville et dans la même école, et certainement un hébergement secondaire) 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'un parce qu'il est très jeune et tient un discours peu nuancé à l'égard du père en faisant référence aux dires de la mère, et l'autre parce que la Cour fait état de ce que le père pouvait nourrir légitimement le sentiment que les adolescents aient été manipulés par la compagne de leur défunte mère). L'arrêt *M. & 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 aussi 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 survivant¹⁸⁸.

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

¹⁸⁷ *Ibid.*, pt 58 de l'arrêt.

¹⁸⁸ 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.

tend à limiter considérablement, voire 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 intérêt¹⁸⁹.

§ 2. *La deuxième limite : l'opinion de l'enfant face à d'autres critères*

A. L'opinion et l'intérêt de l'enfant

L'intérêt de l'enfant demeurant le premier critère conformément notamment aux articles 3.1 de la CIDE et 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution¹⁹⁰, le juge peut – et doit même – s'écarter de son opinion¹⁹¹ lorsque celle-ci s'y révèle

¹⁸⁹ Ainsi, la recherche publiée par L. Jacobs révèle que de nombreux magistrats voient l'audition de l'enfant davantage comme un moyen d'investigation (voire, pour certains, comme un espace d'expression et même de recadrage) que comme le lieu d'exercice d'un tel droit. Certains juges interrogés dans ladite étude déclarent que l'audition ne constitue généralement pas un élément central, bien que la plupart d'entre eux n'aperçoivent pas l'opportunité d'encre statuer à l'encontre de la volonté de grands adolescents – L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, pp. 677-679.

¹⁹⁰ A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *R.G.D.C.*, 1988, p. 186. L'étude – notamment quantitative – menée par C. Van Roy, juge au Tribunal de la Famille de Flandre orientale, démontre que, face à une demande d'hébergement égalitaire, l'opinion révélée par l'enfant lors de son audition est suivie dans 82 % des cas. Le pourcentage est presque identique lorsque cette opinion est portée à la connaissance du juge par d'autres moyens (expertise judiciaire, étude sociale...) sans que celui-ci ait entendu l'enfant. S'appuyant sur une analyse de nombreuses décisions inédites, l'auteur de ladite étude constate que « l'opinion de l'enfant est un critère qui est pris en considération à côté d'autres critères. En particulier, le jeune âge de l'enfant peut mener à ce que son opinion soit considérée avec plus de circonspection. La possibilité existe que l'enfant opte pour le lieu de résidence où l'éducation la moins stricte est prodiguée, ce qui ne rencontre pas toujours son intérêt. Lorsque le magistrat sent cela, il peut tout de même opter pour un hébergement égalitaire si un ou plusieurs critères peuvent être retenus pour cela [...] comme la distance limitée entre les domiciles des parents ou la large disponibilité des deux parents. [...] (Dans les causes où, au contraire, le souhait d'hébergement égalitaire de l'enfant n'est pas retenu,) ce sont généralement des circonstances purement pratiques, comme la trop grande distance entre les domiciles des parents ou le manque de communication entre eux, qui font obstacle à l'hébergement égalitaire. L'avis négatif d'un enquêteur dans le rapport d'étude sociale peut aussi mener à ce que le souhait de l'enfant entendu soit mis de côté. La jurisprudence analysée attache aussi de l'importance à la continuité (dans la vie) de l'enfant [...] (qui) n'est pas toujours en mesure de se rendre compte des répercussions de la modification des modalités existantes » – C. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind ? », *op. cit.*, p. 249, n^{os} 28 à 35. *Adde* : M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, pp. 32-35.

¹⁹¹ Voy. T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale », *JDJ*, 2006, liv. 257, p. 49 ; J.-L. RENCHON, « Les droits de l'enfant dans le conflit parental », in *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité ? Actes du colloque organisé par la Commission Jeunesse du Barreau de Liège et la Faculté de Droit de l'Université de Liège le 14 octobre 1994*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 154, n^o 32.

contraire, comme la Cour de cassation l'a d'ailleurs rappelé dans un arrêt du 13 avril 2021¹⁹².

L'intérêt de l'enfant apparaît dès lors comme ce que Géraldine Mathieu, Anne-Catherine Rasson et Anne Rasson-Roland ont qualifié, à l'aune de leur analyse rigoureuse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et des travaux du Comité des Droits de l'enfant, un « droit cardinal autour duquel l'ensemble des droits fondamentaux de l'enfant doivent s'articuler »¹⁹³. Appliquant ce principe aux contentieux familiaux, Nathalie Massager précise que « le juge est appelé à vérifier si l'opinion exprimée par l'enfant est compatible avec son intérêt, au regard des critères d'appréciation usuels, tels que la sécurité de l'enfant sur le plan matériel et moral (violence intrafamiliale, parent dysfonctionnel etc.), la préservation des liens au sein de la fratrie, le besoin de continuité et de stabilité de l'enfant, les recommandations des experts et les enseignements de la littérature scientifique (principalement en sciences psychologiques) mais également en prenant en compte les éléments de toute nature révélés par le dossier et par les mesures d'investigation ordonnées, ainsi que les contraintes factuelles qui s'imposent (conditions d'accueil de l'enfant, disponibilités des parents, trajets, etc. »¹⁹⁴. C'est donc bien en fonction d'une appréciation *in concreto*¹⁹⁵ de l'intérêt de l'enfant que le juge peut s'écarter de son opinion, ce principe de la détermination concrète du bien du mineur concerné ayant été rappelé à maintes reprises, tant par la Cour européenne

¹⁹² Cass., 13 avril 2021 (2^e ch. NI.), R.G. n° P.21.0045.N, disponible sur www.juridat.be.

¹⁹³ G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND, « La refonte du statut du mineur en droit civil à travers le prisme des droits de l'enfant : l'apport de la CIDE et du Comité des droits de l'enfant », *op. cit., supra* et les différentes recherches et publications que ces auteurs y ont consacrées, dont certaines s'y trouvent référencées.

¹⁹⁴ N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *op. cit.*, p. 11.

¹⁹⁵ Pour rappel, la locution 'appréciation *in concreto*' de l'intérêt de l'enfant signifie que celui-ci est déterminé en fonction de faits propres de la cause, alors que la détermination « *in abstracto* » repose sur des considérations générales et abstraites, valables pour tous les enfants (ou, pour un nombre important d'entre eux). J.-L. Renchon exprime cette distinction de la manière suivante : « [...] on peut percevoir qu'on est engagé dans deux orientations différentes : d'une part, la formulation de dispositions ou de recommandations générales, à force plus au moins contraignante, censées exprimer pour l'ensemble des enfants ce qu'est, dans telle ou telle situation, leur intérêt ; d'autre part, la responsabilité laissée à chaque décideur de déterminer, au cas par cas, l'intérêt supérieur de chaque enfant, en fonction des caractéristiques particulières de sa situation familiale ou de sa personnalité » – J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, 2010, liv. 200, p. 10, n° 6. En ce qui concerne l'appréciation *in concreto*, il peut s'agir de faits démontrant en l'espèce l'existence d'un besoin spécifique (tenant compte de sa personnalité...) dans le chef de l'enfant concerné par le litige (ou) d'un risque auquel l'enfant serait (ou pourrait être) exposé.

des droits de l'homme¹⁹⁶ que par le Comité onusien des Droits de l'Enfant¹⁹⁷. Plus généralement, et de manière évidente, le juge ne peut suivre l'opinion de l'enfant lorsque celle-ci viendrait à contrevenir à un des droits à vocation de sa protection, comme celui à l'intégrité physique et psychique, à l'instruction, au maintien d'une implication de chacun de ses parents dans son éducation¹⁹⁸ et à la sauvegarde des contacts avec sa famille¹⁹⁹, etc.

B. L'opinion de l'enfant et les accords entre les parents²⁰⁰

Il n'est pas rare que le juge constate que les parents avaient, *par le passé*, conclu un accord concernant le point actuellement litigieux. Certains parents avaient fixé ensemble les modalités d'hébergement ou procédé à des choix relatifs à l'école, les loisirs, le pays de résidence ou la religion, avant que l'un d'eux ne les conteste devant le Tribunal de la Famille. Ces « accords » antérieurs

¹⁹⁶ Cour eur. D.H., 23 juin 1993, arrêt *Hoffmann c. Autriche*, *Jurf.*, 1993, liv. 12, p. 19, *JDJ*, 1994, liv. 138, p. 41, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 405, voy. spéc. §§ 33 et 35 (pour une critique de cet arrêt, voy. not. J. MORANGE, « Observations. Liberté religieuse et garde d'enfants, *Rev. trim. D.H.*, 1994, pp. 415-428) ; Cour eur. D.H., 21 décembre 1999, arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, *AJT* 1999-2000, p. 696, *EJ*, 2000, 106, *R.W.* 2001-2002, p. 1117, *JJP*, 2002 (abrégé), liv. 5, p. 252, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 185, voy. spéc. § 14, 28 et 36 ; Cour eur. D.H., 6 décembre 2003, arrêt *Palau – Martinez c. France*, *J.T. dreur.*, 2004, liv. 105, p. 25, *T.B.P.*, 2004, liv. 413, § 26 (à propos de cet arrêt, voy. F. TULKENS, « le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, liv. 3, p. 632) ; Cour eur. D.H., 5 mai 2020, arrêt *Uzbyakov c. Russie*, § 123. *Addé* : N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. ULB*, 2005, n° 32, p. 57 ; G. GOEDERTIER, « Art. 14 – Verbod van Discriminatie », in J. VANDE LANOTTE et Y. HAËCK (eds), *Handboek EVRM, Deel 2 – Artikelsgewijze commentaar*, vol. II, Anvers – Oxford, Intersentia, 2004, p. 158, n° 45 ; J. HAUSER, « L'égalité des parents en cas de séparation », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 329 ; J.-L. RENCHON, « La Convention Européenne et la régulation des relations affectives et familiales dans une société démocratique », in J. VELU et P. LAMBERT (dir.), *La mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, éd. du barreau de Bruxelles, 1994, p. 134, n° 46 ; F. SUDRE, J.-P. MARGENAUD, J. ANDRIANTSINBAZOVINA, A. COUTTENORE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 491 et s. et 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. 191 et 192.

¹⁹⁷ Voy. not. Observation générale n° 14 du 29 mai 2013 du Comité ONU des droits de l'enfant, n° 33, 46 a) et 48. Voy. également, à ce sujet, la contribution de G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND au présent ouvrage, *supra*.

¹⁹⁸ Voy. *supra*.

¹⁹⁹ En ce qui concerne l'articulation de la prise en considération de l'opinion de l'enfant avec le principe de non-séparation des fratries établi par la loi du 20 mai 2021, voy. notre contribution « Le principe légal de non-séparation des fratries : contours, réflexions et perspectives », *op. cit.*, pp. 115 et 116 à laquelle nous nous permettons de renvoyer ici.

²⁰⁰ Nous faisons ici état d'accords entre les parents, car il s'agit, de loin, de l'hypothèse la plus fréquente, mais n'oublions pas que les droits d'expression, à l'audition et à la prise en considération de la parole de l'enfant s'appliquent aussi lors de contentieux et procédures impliquant d'autres personnes, comme un tuteur, ou des grands-parents, frères et sœurs ou tiers liés affectivement dans le cadre de l'article 375bis de l'ancien Code civil, etc. Il va sans dire que l'opinion de l'enfant a priorité sur les accords qu'ils concluraient, à l'instar – et à plus forte raison – de ce qui est le cas des accords parentaux.

peuvent avoir pris la forme de véritables conventions – ce qui reste exceptionnel – auxquelles il est probable qu'une certaine force obligatoire doit être reconnue²⁰¹. Le plus souvent toutefois, il s'agit de simples pratiques qui avaient cours à l'époque de la vie commune, voire après celle-ci. Il se peut aussi que les père et mère se trouvent *actuellement* en accord – par exemple par le biais de conventions préalables au divorce par consentement mutuel ou d'un règlement transactionnel devant le tribunal. Hors du contexte d'une séparation et de contentieux parentaux, certains père et mère s'entendent naturellement dans le cadre d'une demande d'autorisation portée devant le Juge de Paix conformément à l'article 378, § 1^{er}, combiné avec l'article 410, § 1^{er}, 1^o à 6^o et 8^o à 14^o, de l'ancien Code civil ou d'une demande de changement du nom de leur fils ou de leur fille en application des articles 370/3 et suivants – voire (en cas de recours judiciaire contre un refus) de l'article 370/9 – du même Code, alors que l'enfant se trouve en opposition par rapport à ces points de vue parentaux communs. Or, comme nous l'avons vu, l'enfant a le droit d'être entendu dans tous ces cas de figure²⁰², et de voir son opinion être prise en considération²⁰³. Se pose alors la question de savoir lequel (ou laquelle), de l'accord parental et de l'opinion de l'enfant, doit avoir priorité lors de la prise de décision par le juge.

La réponse apparaît comme relativement évidente lorsque le juge constate que l'opinion de l'enfant coïncide avec son intérêt établi *in concreto*, qui doit rester le critère prioritaire en vertu des articles 3.1 de la CIDE et 22bis, alinéa 4, de la Constitution. Elle l'est nettement moins lorsque le juge doit s'avouer dans l'impossibilité de déterminer laquelle des demandes portées devant lui rencontre le mieux l'intérêt de l'enfant – ce qui est loin d'être exceptionnel – et se trouve, dès lors, contraint de recourir à d'autres critères. Dans ce cas de figure, l'opinion de l'enfant et les accords parentaux se trouvent donc potentiellement en concurrence.

Une première thèse, que nous appellerons « protectrice », consiste à considérer que les accords parentaux doivent avoir priorité *sur* l'opinion de l'enfant²⁰⁴. À l'appui de cette thèse, il pourrait être avancé que la prise de décisions appartient aux père et mère jusqu'à la majorité de l'enfant et constitue la substance

²⁰¹ Pour une étude approfondie à ce sujet, voy. J.-L. RENCHON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre les époux et cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 295-344. *Adde* : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 280-282 ; 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. 207.

²⁰² Voy. *supra*.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Dans le même sens : N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 13.

même de l'autorité parentale. La deuxième thèse, qui pourrait être qualifiée d'« autonomiste », donne priorité à l'opinion de l'enfant doté de discernement, à condition bien sûr que les souhaits exprimés n'apparaissent pas contraires à son intérêt établi *in concreto*. Dans cette optique, l'application stricte des accords parentaux n'aurait de raison d'être qu'aussi longtemps que l'enfant ne possède pas le discernement nécessaire²⁰⁵ à une prise de décision (quasi-)autonome en l'espèce.

La deuxième thèse emporte notre adhésion sans hésitation, dans la mesure où la prise en considération de l'opinion de l'enfant est garantie par des dispositions internationales comme les articles 12 de la CIDE et 8 de la CEDH, alors que la protection des accords parentaux ne l'est pas. Dans ce contexte, nous n'apercevons pas comment une instance décisionnelle pourrait se trouver autorisée de s'écarter de l'opinion de l'enfant au nom d'une quelconque présomption²⁰⁶ *in abstracto* selon laquelle la position commune des parents rencontrerait davantage son intérêt, alors qu'il est établi que seule une appréciation *in concreto* de cet intérêt²⁰⁷ le justifierait (ce qui, ici, n'est, par hypothèse, pas le cas). Il est certes vrai que les prérogatives parentales se trouvent, elles aussi, protégées par l'article 8 de la CEDH, impliquant, nous l'avons vu, que la prise en considération de l'opinion de l'enfant doit parfois être balisée, voire écartée dans certains cas spécifiques²⁰⁸, mais aucun des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme n'a établi que le simple accord contraire puisse y suffire²⁰⁹.

Il en résulte donc, selon nous, que le juge ne peut statuer à l'encontre de l'opinion exprimée par l'enfant en s'appuyant sur les accords parentaux, uniquement dans les hypothèses suivantes :

- l'enfant ne possède pas la faculté de discernement lui permettant de jauger les enjeux du cas d'espèce ;

²⁰⁵ Rappelons, à cet égard, que l'appréciation de la faculté de discernement et celle de l'intérêt de l'enfant doivent être réalisées séparément par le juge, qui ne peut donc pas conclure à l'absence du premier en partant du simple constat de l'opinion exprimée s'écarter de la conception *in abstracto* qu'a le magistrat de son intérêt – à ce sujet, voy. T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale », *JDJ*, 2006, liv. 257, p. 30.

²⁰⁶ Dont le fondement légal reste d'ailleurs à établir.

²⁰⁷ Voir une violation des droits à vocation de sa protection. À ce propos, voy. *supra* et notamment la jurisprudence strasbourgeoise y référencée.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Notons, de manière surabondante, qu'il ressort des art. 1290, al. 2, et 1293, al. 2, du Code judiciaire que le système mis en place par l'art. 1004/1 du même Code s'applique dans le cadre des procédures de divorce par consentement mutuel. Or, l'art. 1004/1, § 6, prévoit expressément la prise en considération de l'opinion de l'enfant, ce qui implique qu'aux yeux du législateur belge, le juge pourrait très bien refuser d'homologuer les conventions préalables au divorce par consentement mutuel au motif qu'elles s'opposent à l'opinion de l'enfant en matière d'autorité parentale, d'hébergement ou de relations personnelles.

- bien que la faculté de discernement soit acquise, la position commune (actuelle ou antérieure) des parents se trouve corroborée par l'intérêt de l'enfant établi *in concreto* ou par le respect d'un de ses droits fondamentaux – ce que le juge se doit de justifier dans la motivation de sa décision en vertu des articles 149 de la Constitution et 870 du Code judiciaire²¹⁰ ;
- quoique l'enfant possède ladite faculté de discernement, l'opinion qu'il exprime n'a pas été accompagnée d'une mesure d'investigation alors que sa sincérité reste douteuse et/ou qu'elle tend à limiter considérablement, voire empêcher, les contacts avec un de ses parents.

Ceci démontre que l'élaboration d'instruments garantissant les droits à vocation d'autonomie de l'enfant, ainsi que le développement de la jurisprudence strasbourgeoise, révèlent un changement de paradigme déjà acquis, mais qui reste largement à mettre en œuvre *de lege ferenda* et au sein de la jurisprudence interne, y compris de la Cour de cassation²¹¹.

§ 3. *L'opinion de l'enfant comme seul critère déterminant dans certains cas*

Si, dans les limites ainsi précisées, et notamment à condition de donner priorité à l'intérêt de l'enfant établi *in concreto*, il incombe au juge de rendre une décision conforme à son opinion lorsqu'il s'agit du seul élément objectif dont il dispose – ce qui en fait un critère d'appréciation obligatoire mais subsidiaire –, il se trouve des cas de figure où le tribunal reste *toujours* tenu de suivre cette opinion de l'enfant, sans devoir – ni même pouvoir – s'en écarter pour quel motif que ce soit. Le législateur a, en effet, prévu un certain nombre (croissant) de domaines relatifs à la vie de l'enfant, où celui-ci dispose d'une véritable autonomie.

Ainsi en est-il notamment des droits du patient – et par conséquent du consentement à un traitement – que l'enfant exerce de manière autonome, conformément à l'article 12, § 2, de la loi du 22 août 2002, dès qu'il est « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts »²¹², de l'euthanasie pour laquelle son consentement demeure en toutes circonstances une condition *sine qua non* en vertu de l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 28 mai 2002 (modifiée par celle du

²¹⁰ Dans le même sens : N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 13.

²¹¹ Voy. *infra*.

²¹² À ce sujet, voy. dans le même sens : N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, pp. 4 et 5, et Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 289 et s.

28 février 2014)²¹³, du prélèvement d'organes *in vivo* prévu par l'article 7 de la loi du 13 juin 1986²¹⁴, etc.²¹⁵. En matière scolaire également, l'article 110/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code flamand de l'Enseignement secondaire prévoit que le choix de l'école secondaire a lieu par les parents « de concert » avec l'enfant âgé de 12 ans ou plus. Dans ces domaines, le juge ne peut passer outre l'opinion de l'enfant puisque l'acte médical ou l'inscription scolaire ne peuvent en toute hypothèse avoir lieu sans le consentement de celui-ci.

§ 4. **Le droit de l'enfant de former tierce opposition au cas où son opinion n'a pas été prise en considération**

Les réflexions que nous avons partagées à propos du droit de l'enfant de former tierce opposition conformément aux articles 1122 et suivants du même Code, dans l'hypothèse où il se serait vu refuser d'être entendu, s'appliquent *mutatis mutandis* lorsque son opinion n'a pas été prise en considération²¹⁶, et ce pour tout type de décision – y compris provisoire²¹⁷ – qui le concerne²¹⁸. En effet, les droits de l'enfant à l'expression, d'être entendu et de voir son opinion être prise en considération, garantis aux articles 12 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution – la Cour de Strasbourg ne s'y est d'ailleurs pas trompée dans l'arrêt *M. & M.* – sont profondément liés, consubstantiels et indissociables, le troisième découlant des premiers, qui à leur tour y trouvent leur raison d'être. Ceci ne signifie évidemment pas à ce qu'une issue favorable doit être réservée à ces recours chaque fois que l'enfant s'est vu imposer une décision qui ne correspond pas à son opinion. Au contraire, cette prise en considération reste soumise aux conditions que nous avons examinées (vérification de la volonté réelle dans certains cas, absence d'opposition entre l'opinion de l'enfant et son intérêt établi *in concreto*, etc.). De manière évidente, ces recours devraient être déclarés fondés chaque fois que la décision *a quo* omet, dans sa motivation, d'indiquer pourquoi elle s'écarte de l'opinion de l'enfant, faute de quoi le droit à la prise en considération – et celui d'introduire la tierce opposition qui en découle – resterait lettre morte. Cela impliquerait-il, *a contrario*, que l'existence d'une telle motivation dans la décision attaquée porterait nécessairement

²¹³ Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, op. cit., pp. 301 et s. et M. MALLIEN, « La législation belge en matière d'euthanasie des personnes physiques, en général, et mineures en particulier. Regards d'outre-Quévrain » in A. BATTEUR et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Éthique et conditions de fin de vie*, éd. Mare & Martin, 2016, pp. 241 et s.

²¹⁴ Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, op. cit., pp. 299-300.

²¹⁵ Au sujet du mineur et des actes médicaux, voy. la contribution de N. GALLUS au présent ouvrage, *infra*.

²¹⁶ Voy. *supra*.

²¹⁷ Tel qu'il ressort expressément du libellé de l'art. 1122, al. 1^{er}, C. jud.

²¹⁸ Voy. *supra*.

l'estocade au bien-fondé du recours de l'enfant, même si celui-ci établissait, par exemple, que le juge a mal apprécié son intérêt ? Nous ne le pensons pas. En effet, l'enfant possède le droit de voir son opinion être prise en considération dans la limite de son intérêt jugé *in concreto*, ce qui implique, à notre sens, qu'il lui soit loisible d'établir que cette limite n'était pas atteinte et, partant, de requérir du magistrat que cet intérêt soit apprécié à nouveau²¹⁹.

Section 3. La question qui fâche (beaucoup) : la capacité de l'enfant d'ester ou d'intervenir en justice

§ 1. *L'incapacité du mineur d'ester en justice : contours et exceptions légales et jurisprudentielles*

L'incapacité générale d'exercice du mineur, établie par les articles 388 et 488 de l'ancien Code civil (auxquels on peut ajouter, en matière contractuelle, les articles 5.41 et suivants du Code civil), interdit *en principe* à l'enfant, jusqu'à ses 18 ans (ou jusqu'à son émancipation), d'introduire ou d'intervenir dans les procédures judiciaires de manière autonome. Cette incapacité d'exercice n'entraînerait pas, le cas échéant, l'irrecevabilité d'une action introduite par l'enfant, mais soulèverait une exception dilatoire²²⁰ jusqu'à ce que l'instance soit poursuivie en son nom par ses représentants légaux (ses parents ou son tuteur). S'il apparaissait un conflit d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux, un tuteur *ad hoc* devrait être désigné par la juridiction saisie.

Pourtant, le législateur a prévu lui-même des exceptions où l'enfant mineur non émancipé peut agir de manière autonome en justice civile (sans évoquer ici l'autonomie procédurale – bien plus large – du mineur dans cadre protectionnel²²¹). Ainsi peut-il solliciter auprès du Tribunal de la Famille, en cas de refus de ses parents, l'autorisation de se marier conformément à l'article 145 de l'ancien Code civil, sans l'assistance de quiconque²²². Il bénéficie d'une autonomie similaire qui lui permet d'introduire toutes les actions relatives à son propre enfant en matière d'autorité parentale, d'hébergement²²³, d'aliments, de la gestion et d'administration patrimoniale, etc. On relèvera utilement le

²¹⁹ Ceci pourrait s'ailleurs aboutir tant à une confirmation de la décision *a quo* – le cas échéant en la motivant, davantage, autrement ou de manière plus circonstanciée – qu'à sa réformation.

²²⁰ Y.- H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 297-298 et les références y citées.

²²¹ À ce sujet, voy. la contribution de T. MOREAU au présent ouvrage, *supra*. Adde : E. ALOFS et S. DE BUS, « DE procespositie van de minderjarige in het jeugdrecht », *T. Fam.*, 2022, liv. 5, p. 145, spéc. nos 23 et s.

²²² N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 8 ; M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », *op. cit.*, p. 451 et les références y citées.

²²³ N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 8 ; M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », *op. cit.*, p. 8 ; T. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, *op. cit.*, n° 156 et les références y citées ; M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », *op. cit.*, p. 457.

manque flagrant de cohérence de ce système, puisqu'il sous-entend que le mineur est suffisamment mature pour agir seul lors des contentieux relatifs à son propre enfant, mais qu'il ne le serait pas dans le cadre des litiges qui le concernent lui-même. Nathalie Massager propose dès lors de mettre fin à cette dichotomie en prévoyant *de lege ferenda* l'émancipation de plein droit du mineur dès qu'il établit sa filiation envers son propre enfant²²⁴. Tout en souscrivant à cette proposition, qui constituerait une avancée indéniable, nous pensons qu'elle ferait néanmoins subsister une différence de traitement entre les mineurs qui sont parents – et qui seraient donc jugés suffisamment matures pour se voir reconnaître une capacité d'exercice générale – et les autres qui demeureraient privés de cette capacité jusqu'à leurs 18 ans. La problématique évoquée ne peut, dès lors, qu'être considérée comme symptomatique des difficultés suscitées non seulement par ladite incapacité, mais aussi par la relative tenue à l'écart de l'enfant des procédures qui le concernent, par le législateur et (surtout) par la jurisprudence de la Cour de cassation²²⁵.

Une certaine jurisprudence a élargi de droit de l'enfant d'agir seul en lui permettant, *sans assistance ni représentation*, d'interjeter appel à titre conservatoire lorsque le délai risque de s'écouler, d'introduire une action en référé, de solliciter des aliments contre ses deux parents, de faire valoir des droits strictement personnels, comme celui de demander l'intervention du CPAS lorsqu'il a quitté le domicile familial²²⁶. Il peut aussi solliciter de manière autonome – si les parents refusent de l'assister –, auprès du tribunal de la famille, l'autorisation de faire une déclaration de modification du genre ou d'introduire une demande de changement de nom (même si un régime d'assistance sera d'application, en aval, pour l'accomplissement de ces actes eux-mêmes), conformément aux articles 135/1, § 10, et 370/3, § 4, de l'ancien Code civil²²⁷.

Dans d'autres domaines, l'enfant bénéficie certes du droit d'agir en justice, mais il doit y être assisté ou représenté par un tuteur *ad hoc*. Ainsi en est-il des actions en matière de filiation (régime de représentation) lorsqu'apparaît un conflit d'intérêts avec le seul parent de l'enfant²²⁸ sur base de l'article 318, § 2, de l'ancien Code civil (régime d'assistance par ledit tuteur).

²²⁴ N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 8 ; M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », *op. cit.*, p. 8.

²²⁵ Voy. *infra*.

²²⁶ Voy. la jurisprudence (relativement nombreuse) relevée par M. JAUMOTTE, B. VAN KEIRSBILCK et G. MATHIEU, in « Le droit de l'enfant d'agir en justice : le pour et le contre », *Outil pédagogique n° 2017-05*, DEL-Belgique, p. 11.

²²⁷ N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 6 ; M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », *op. cit.*, pp. 450-452 et les références y citées.

²²⁸ Anc. C. civ., art. 318, § 2 ; N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 7 ; T. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, *op. cit.*, n° 153 ; M. MALLIEN, « L'autonomie du mineur », *op. cit.*, pp. 499-450.

La proposition de loi du 21 novembre 2019 modifiant l'ancien Code civil en ce qui concerne les liens personnels entre les frères et sœurs, prévoyait en son article 5 un droit d'action autonome dans le chef de « tout frère ou sœur âgé de 12 ans au moins », afin de faire reconnaître devant le Tribunal de la Famille celui au maintien de ces liens²²⁹. Toutefois, à la suite d'un amendement²³⁰, inspiré par le tollé que cet aspect de la proposition avait suscité dans le monde académique néerlandophone²³¹, la version finalement adoptée, qui correspond à l'actuelle loi du 20 mai 2021, ne prévoit plus cette faculté des frères et sœurs d'ester en justice dès l'âge de douze ans²³², la Commission de Justice ayant estimé préférable d'ajourner *sine die* la réflexion à propos de la capacité procédurale du mineur²³³. Cette réflexion semble, à ce jour, en être restée aux déclarations d'intention. Toutefois, comme nous l'avons vu, ladite loi de 2021 ne s'est pas révélée tout à fait stérile en conséquences procédurales puisqu'il ressort (de manière inattendue par le législateur au vu des travaux préparatoires) de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 avril 2022 que les enfants ont désormais le droit d'être entendus et de voir leur opinion être prise en considération dans le cadre des contentieux à propos de leurs frères et sœurs au sens large²³⁴.

Restera donc à établir, à l'aune notamment – mais pas exclusivement – du droit à un recours effectif interne garanti par l'article 13 de la CEDH, si l'enfant peut *diligenter seul l'appel ou la tierce opposition*, ce dont nous avons vu que la faculté lui est offerte en cas de refus de l'entendre ou de prendre en considération son opinion²³⁵.

§ 2. Du droit à l'audition au droit à l'intervention volontaire comme partie procédurale ?

La question de savoir si le droit de l'enfant de voir son opinion être prise en considération, implique qu'il peut intervenir (en principe, volontairement) comme partie procédurale lors des contentieux qui le concernent, a longtemps

²²⁹ Doc. parl., Ch. repr., n° 55-0780/001.

²³⁰ Ibid., n° 55-0780/009.

²³¹ Voy. not. l'éditorial signé par E. ALOFS, I. BOONE, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, E. GOOSSENS, P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN et T. WUYTS, *T. Fam.*, 2021, liv. 3, p. 59. Voy. aussi Vereniging voor Familierecht (V.Fam.), « Naar een coherente rechtspositie van broers en zussen ? Fundamentele bedenkingen bij wetsvoorstel nr. 55-780 », *T. Fam.* 2021, liv. 3, pp. 57-58. Adde : Cass. 10 février 2020, *T. Fam.* 2020, liv. 7, p. 198, *Act. dr. fam.* 2021, liv. 1, p. 12, voy. *infra*. Voy. égal. 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. n°s 19 et 20.

²³² Doc. parl., Ch. repr., n° 55-0780/011.

²³³ Ibid., n° 55-0780/9 et n° 55-0780/10, 8.

²³⁴ Voy. *supra*.

²³⁵ Voy. *infra*.

divisé la doctrine²³⁶ et la jurisprudence²³⁷. Ainsi, pourrait-il intervenir, conformément aux articles 812 et 813 du Code judiciaire, par exemple dans le cadre de l'instance entre son père et sa mère à propos de son éducation, de son hébergement, ou de la gestion de son patrimoine ? De même, pourrait-il devenir une partie dans les contentieux judiciaires opposant ses parents à d'autres adultes ayant sollicité des relations personnelles en vertu de l'article 375*bis* de l'ancien Code civil, ou même dans une procédure non-contentieuse où les père et mère sollicitent conjointement l'entérinement d'un accord, voire l'autorisation de poser un acte juridique au nom de l'enfant conformément à l'article 378, § 1^{er}, combiné avec l'article 410, § 1^{er}, de l'ancien Code civil ? En réalité, trois thèses ont pu être défendues en ce qui concerne la capacité de l'enfant à intervenir comme partie à dans les causes qui le concernent.

La première, qui part de l'incapacité d'exercice générale du mineur, considère simplement qu'il peut y être pallié grâce à l'intervention d'un tuteur *ad hoc*²³⁸. Celui-ci représente l'enfant dans les procédures judiciaires lorsqu'il existe un (potentiel) conflit d'intérêts avec les représentants légaux (parents ou tuteur) normalement désignés par la loi ou par le juge ce qui est le cas dans les contentieux où les père et mère s'opposent, mais le serait aussi lors des procédures gracieuses déjà évoquées. Cette solution se trouvait consacrée, en

²³⁶ À ce sujet, voy. not. B. POELMANS, « Het hoorrecht van minderjarigen », in P. SENAËVE et W. PINTENS (eds), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Maklu, Anvers-Appeldoorn, 1997, n^{os} 181 à 187 et les références y citées. Adde : T. MOREAU, *Les Droits de l'Enfant dans le champ de l'aide et de la protection de la jeunesse. Emergence et signification*, Thèse de Doctorat en droit de la Faculté de Droit de l'UCLouvain, 2003, pp. 384 et s. ; G. VERSCHULDEN, S. BROUWERS, K. BOONE, I. MARTENS et K. VERSTRAETE, « Overzicht van rechtspraak – Familierecht (2001-2006) », *TPR*, 2007, p. 763, n^{os} 894 et 895 ; D. PIRE, « Tribunal de la jeunesse et droit judiciaire privé » « tribunal de la jeunesse et droit judiciaire privé, in *Actualités du Droit familial. Le point en 2001*, éd. Formation permanente CUP, Liège, 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 », in *Verblijfsregeling*, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (éd.), Anvers–Oxford, Intersentia, 2008, p. 118, ainsi que les nombreuses références citées par P. SENAËVE, « Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat bij het horen », *T. Fam.*, 2020, liv. 7, p. 199, n^{os} 5 et s. et dans *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 169, n^o 171, note infrapaginale 496.

²³⁷ 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 », *op. cit.*, spéc. n^{os} 5 et 6 et les références y mentionnées et Y.- H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 299, et la jurisprudence y citée sous la note infrapaginale n^o 362. À propos d'une requête en intervention jugée recevable en vertu de l'article 12 de la CIDE, mais non fondée parce que l'enfant serait entendu prochainement dans le cadre protectionnel, voy. Civ. Louvain (réf.), 16 septembre 2010, *NjW* 2011, liv. 239, p. 236, note K. HERBOTS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011 (sommaire), liv. 3, p. 779 ; *T.J.K.* 2011 (sommaire C. MELKEBEEK), liv. 3, p. 202.

²³⁸ En ce sens : E. VAN DER MUSSELE, « Bijstand, spreekrecht en rechtsingang voor minderjarigen » in W. VANDENHOLE (éd.), *Kinderrechten in België*, Anvers - Oxford, Intersentia, 2008, p. 108. *Contra* : P. SENAËVE, « De rechtspleging voor de jeugdgerechten in civiele zaken », *C.A.B.G.*, 2009, liv.4, p. 68, n^o 89.

quelque sorte, par une Convention européenne relative aux Droits de l'Enfant du 25 janvier 1996, à tout le moins pour ce qui est des contentieux relatifs à l'autorité parentale, à l'hébergement et aux relations personnelles, puisqu'elle prévoyait en son article 4 que « l'enfant (nb. doté de discernement si l'État concerné l'exige) a le droit de demander, personnellement ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, la désignation d'un représentant spécial dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, lorsque le droit interne prive les détenteurs des responsabilités parentales de la faculté de représenter l'enfant en raison d'un conflit d'intérêts avec celui-là »²³⁹ et laissait, en son article 5, alinéa 2 b, le soin aux États Parties d'examiner l'opportunité de conférer à l'enfant « le droit d'exercer tout ou partie des prérogatives d'une partie à de telles procédures ». Toutefois, cette Convention a été ratifiée par 20 États, mais pas par la Belgique²⁴⁰. Par ailleurs, il ne fait aucun doute que l'intervention de l'enfant par le biais d'un tuteur *ad hoc* ne satisfait pas aux exigences des articles 12.1 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution, dès lors que la Cour de cassation a précisé dans son arrêt du 6 octobre 2017²⁴¹ que le deuxième n'est même pas tenu de rencontrer le premier, le disqualifiant ainsi ce deuxième en tant que relais de son opinion.

La deuxième thèse tend à considérer que l'enfant, au contraire, peut intervenir en tant que partie procédurale dans les causes (opposant ses parents) qui le concernent. Sans occulter que l'article 1004/1, § 6, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire précise que l'audition de l'enfant « ne lui procure pas la qualité de partie à la procédure », cette thèse estime – à juste titre – comme inexact de considérer que la promulgation de cette disposition ait sonné le glas de toute possibilité pour le mineur d'intervenir à la cause. En effet, le texte précise uniquement que l'audition ne peut être considérée comme un *véhicule procédural sui generis* permettant d'intervenir à la cause²⁴².

Même s'il reste constant, à la lecture des travaux préparatoires de la loi du 30 juillet 2013, que le législateur n'a pas été animé d'une quelconque intention de prévoir une telle possibilité d'intervention, rien n'exclut qu'il puisse se trouver une autre base légale permettant au mineur d'acquérir la qualité de partie à la cause. Certains ont cru apercevoir une planche de salut à travers

²³⁹ L'article 9 de ladite Convention offre cependant au juge d'imposer un tel représentant en cas de conflit d'intérêts entre l'enfant et ses parents, ce qui ne garantit en rien au premier de choisir personnellement la personne désignée.

²⁴⁰ À ce sujet voy. la contribution de G. WILLEMS au présent ouvrage, *supra*.

²⁴¹ 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*.

²⁴² Contra (mais avant la loi du 30 juillet 2013 introduisant l'actuel art. 1004/1 dans le Code judiciaire) : T. jeun. Liège (15^e ch. bis) 8 février 2012, *RAJe*, 2012, liv. 6, p. 14.

l'article 9.2 de la CIDE ouvrant la possibilité à « toutes les parties intéressées de participer aux délibérations et de faire valoir leurs vues » dans les procédures relatives à la séparation entre l'enfant et (un de) ses parents²⁴³. Les demandeurs en cassation, dans la procédure qui a mené à l'arrêt du 10 février 2020, ont invoqué non seulement cette disposition, mais également les articles 3 et 12 de la CIDE, l'article 8 de la CEDH et l'article 22*bis* de la Constitution afin de démontrer que les droits de l'enfant de voir son intérêt et son opinion être pris en considération, ainsi que sa vie familiale être respectée, impliquent qu'il peut intervenir à la cause opposant ses parents concernant son hébergement, son éducation et ses relations personnelles. Les mêmes demandeurs font aussi valoir que l'impossibilité pour le mineur d'intervenir à la cause dans ces litiges civils, génère une situation discriminatoire eu égard à certaines possibilités conférées aux enfants concernés par une instance protectionnelle, qui, eux, peuvent intervenir comme partie à la cause dans ladite instance où il est souvent déterminé avec qui ils vivront.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 10 février 2020, rejette ces deux thèses et en élabore une troisième par la même occasion²⁴⁴. En effet, pour la Cour « il résulte (des articles 1004/1, § 1^{er} et 1004/1, § 6, du Code judiciaire), avec lesquelles le législateur souhaite se conformer aux obligations qui lui sont imposées par l'article 22*bis* de la Constitution et la CIDE, qu'en cas de litige entre les parents concernant l'organisation de l'hébergement des enfants et l'exercice du droit aux relations personnelles, il n'est pas dérogé à l'incapacité juridique ou procédurale du mineur. Il s'ensuit que le mineur ne peut pas intervenir en tant que partie dans un tel litige et ne peut pas introduire une action ». Par ailleurs la Cour estime que « la fin de non-recevoir résultant de l'intervention volontaire d'un mineur dans un litige entre ses parents concernant l'organisation de l'hébergement de l'enfant et l'exercice du droit aux relations personnelles n'a pas pour but de permettre au mineur de faire intervenir son représentant légal ou un tuteur *ad hoc* et n'est donc pas une exception dilatoire »²⁴⁵.

Le raisonnement suivi par la Cour doit sans aucun doute être approuvé en ce qu'il rejette la première thèse. Il ne peut cependant être partagé sur d'autres aspects, tant en ce qui concerne l'interprétation des dispositions concernées

²⁴³ À ce sujet, voy. les références citées par P. SENAËVE et W. PINTENS, *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, op. cit., n° 184. Ceci s'appliquait sans doute avant tout aux instances protectionnelles, mais elle pouvait éventuellement être transposée aux contentieux civils où il reste question des contacts et de la séparation avec un des parents.

²⁴⁴ Cass. 10 février 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 12, note M. COUNE.

²⁴⁵ *Ibid.* Voy. aussi P. SENAËVE, « Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat bij het horen », op. cit.

que pour son manque de cohérence. C'est certes à juste titre, selon nous, que la Cour est d'avis que, s'il fallait considérer que l'enfant n'est pas autorisé à intervenir à la cause entre ses parents, il n'y aurait pas lieu de lui opposer une exception dilatoire, mais une fin de non-recevoir. En effet, la véritable question ne consiste pas à savoir si l'enfant peut intervenir malgré sa minorité, mais s'il possède la *qualité*, au sens de l'article 17, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, pour introduire une demande d'intervention, celle-ci étant traditionnellement réservée aux parents, seuls titulaires de l'autorité parentale et des droits procéduraux qui en découlent. En considérant qu'à l'intervention volontaire de l'enfant dans les contentieux parentaux à propos de son éducation et de son hébergement, doit être opposée une fin de non-recevoir plutôt qu'une exception dilatoire, la Cour de cassation confirme que l'impossibilité d'agir relève non pas de l'incapacité générale d'exercice du mineur, mais constitue une limite à sa capacité de jouissance. À cet égard, la motivation donnée par la Cour aurait gagné en cohérence, ou à tout le moins en clarté, si elle s'était abstenue de préciser que le législateur n'a « pas dérogé à l'incapacité juridique ou procédurale du mineur », puisque l'irrecevabilité de la demande en intervention n'a aucun rapport avec sa minorité, mais avec son éventuelle absence de *qualité* procédurale²⁴⁶.

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

Or, si la Cour constate évidemment à juste titre qu'aucune possibilité d'introduire une action ou d'intervenir à une procédure pendante – et sans préjudice à ce que nous pensons avoir démontré relativement au droit d'interjeter appel et de former tierce opposition²⁴⁷ – ne peut trouver son fondement aux § 1^{er} et 6 de l'article 1004/1 du Code judiciaire, nous ne partageons pas son point de vue lorsqu'elle considère que tel est le cas également des articles 3, 9 et 12 de la CIDE et 8 de la CEDH, dont certains se voient reconnaître un effet direct en Belgique²⁴⁸, où ils ont, le cas échéant, priorité sur le droit interne, et 22bis de la Constitution. Certes, ni la Cour de Strasbourg, ni le Comité des Droits de l'Enfant, ne semblent s'être prononcés explicitement sur le droit du mineur

²⁴⁶ L'utilisation des termes « incapacité » et « mineur » dans la même phrase est, en outre, susceptible de générer l'impression qu'il s'agit de l'incapacité d'exercice du mineur, ce qui est inexact dans la mesure où elle aurait dû entraîner, dans ce cas, une exception dilatoire au lieu de l'irrecevabilité, *quod non*.

²⁴⁷ L'appel et la tierce opposition visent, en effet, une tout autre hypothèse que l'intervention en tant que partie à la cause entre les parents, puisqu'ils stigmatisent le refus d'entendre l'enfant ou (uniquement pour la deuxième) de prendre son opinion en considération – voy. *supra*.

²⁴⁸ *Ibid.*

d'estimer en justice²⁴⁹. Toutefois, en ce qui concerne l'article 9.2 de la CIDE et le droit de « participer aux délibérations », il semble difficile de concevoir un tel droit sans que son titulaire puisse revêtir la qualité procédurale (la seule audition ne permet pas forcément de répondre aux arguments échangés). Pour ce qui est des articles 3, et surtout 12, de la CIDE, ainsi que 22*bis* de la Constitution, priver le titulaire des droits qui y sont garantis, de droits procéduraux qui lui permettraient de les faire valoir, revient à leur dénier une large part d'effectivité. Une telle conception, reléguant *in fine* les droits de l'enfant à leur seule dimension symbolique et en le privant de tout moyen d'en requérir le respect (hormis le recours à la Cour de Strasbourg, qui, elle, peut être saisie par les mineurs²⁵⁰, ou au Comité des Droits de l'Enfant hormis – mais seulement dans une certaine mesure – l'introduction d'un appel ou d'une tierce opposition contre le refus d'être entendu ou de voir son opinion être prise en considération), semble contraster avec la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 de la CEDH, où la Cour, dans d'autres domaines, s'est souvent montré d'avis que la garantie effective du respect des libertés fondamentales implique également une dimension procédurale incluant la possibilité pour leurs titulaires de saisir une juridiction²⁵¹. Dès lors, il nous aurait semblé raisonnable de considérer qu'une extension de la qualité procédurale puisse être reconnue en faveur de l'enfant concerné, au regard notamment des droits reconnus à l'article 12 de la CIDE²⁵².

§ 3. **Le droit à un recours effectif interne, garanti par l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme comme voie d'accès de l'enfant à la Justice ?**

Se pose donc la question de savoir si l'enfant pourrait se prévaloir de l'article 13 de la CEDH afin de fonder un droit d'action, d'intervention ou de recours dans le cadre des contentieux qui le concernent. Pour rappel, il ressort de cette disposition que « toute personne dont les droits et libertés reconnus

²⁴⁹ Le Comité des Droits de l'Enfant pourrait être amené à le faire prochainement dans le cadre d'une future Observation générale.

²⁵⁰ Voy., à ce sujet, la contribution de G. WILLEMS au présent ouvrage, *supra*.

²⁵¹ Par exemple, concernant l'abondante jurisprudence strasbourgeoise à propos des droits procéduraux garantissant le droit des parents d'entretenir une relation effective avec leur enfant, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. fam.*, 2012, pp. 91-91 et M. MALLIEN, « Autorité parentale », in N. DANDOY et G. WILLEMS (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, coll. Les Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 388 et s., et toutes les références y citées.

²⁵² Sur ce dernier point, force est de constater que, lors de demandes de relations personnelles fondées sur l'article 375*bis* de l'ancien Code civil, les frères et sœurs (majeurs) au sens large, les grands-parents et les tiers possèdent la qualité procédurale, mais pas l'enfant concerné (alors même que son intérêt et l'existence d'un lien affectif se trouvent au centre du litige).

dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». L'article 13 n'a donc pas d'existence « indépendante », en ce sens qu'il ne peut être invoqué que s'il est porté atteinte à une autre disposition de la CEDH²⁵³. Si tel est le cas – par exemple, parce qu'il y a violation de l'article 8 qui garantit à l'enfant la vie familiale d'où la Cour a, dans l'arrêt *M. & M.*, notamment déduit le droit à l'audition et à la prise en considération de son opinion – l'article 13 implique que le titulaire des droits concernés doit avoir accès à une instance nationale (judiciaire ou non)²⁵⁴. Ceci signifie, notamment, que la possibilité, laissée à l'enfant, de saisir la cour de Strasbourg²⁵⁵ ou le Comité des Droits de l'Enfant, ne suffit pas. Par ailleurs, la même Cour a souvent insisté, dans sa jurisprudence, pour que ce recours soit effectif, c'est-à-dire qu'il soit « capable de porter directement remède à la situation critiquée »²⁵⁶. À cet égard, les « exigences de l'article 6 peuvent être pertinentes »²⁵⁷, ce qui inclut notamment un accès « concret et effectif » au juge²⁵⁸. Le recours doit « prospérer en temps utile »²⁵⁹, c'est-à-dire qu'il doit être susceptible de porter des effets de manière suffisamment rapide pour que la violation du droit garanti par la CEDH (dans le cadre de notre propos, par l'article 8) soit évitée ou limitée au maximum. S'il n'est pas, à notre connaissance, d'arrêts – sauf un²⁶⁰ – rendus sur requête d'un enfant où la violation de l'article 13 était invoquée, la Cour a, à nombreuses reprises, reconnu aux parents le droit à une procédure efficace et célère visant à faire (r)établir des temps d'hébergement avec leur fils ou leur fille²⁶¹.

Certes, le libellé de l'article 13 de la CEDH laisse planer un certain doute quant à son effet direct dans l'ordre belge, puisque le caractère « clair et précis » de la norme qui y est formulée pourrait être discuté dans la mesure où la

²⁵³ Voy. *Guide sur l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, www.echr.coe.int, consulté le 30 décembre 2023, n° 11 et la jurisprudence y citée.

²⁵⁴ *Guide, op. cit.*, n°s 24 et s.

²⁵⁵ À ce sujet, voy. la contribution de G. WILLEMS au présent ouvrage, *supra*.

²⁵⁶ *Ibid.*, n° 32.

²⁵⁷ *Ibid.*, n° 36.

²⁵⁸ Cour eur. D.H., 5 avril 2018, arrêt *Zubac c. Croatie*, § 76 à 79 ; Cour eur. D.H., 4 décembre 1995, arrêt *Bellet c. France*, § 38. Rappelons que ce droit d'accès au juge est également garanti par l'article 13 de la Constitution.

²⁵⁹ Voy. not. Cour eur. D.H., 29 novembre 1991, arrêt *Pine Valley Ltd. & alii c. Suède*, § 101, al. 3 ; Cour eur. D.H., 5 avril 2018, arrêt *Zubac c. Croatie*, § 96. Adde : *Guide, op. cit.*, n° 40.

²⁶⁰ Cour eur. D.H., 25 février 1992, arrêt *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, voy. *infra*.

²⁶¹ *Guide, op. cit.*, n°s 210 à 215 et la jurisprudence qui y est citée. Voy. égal. celle citée et analysée in M. MALLIEN et G. MATHIEU, « Un père privé de contact avec son enfant en raison de la lenteur de la justice familiale : l'État belge est-il responsable ? Analyse du jugement du 5 juillet 2022 », *JDJ*, 2023, liv. 426, pp. 16-26.

notion de « recours » demeure assez vague, laissant éventuellement place à une intervention du législateur national pour l'organiser. Toutefois, il reste constant qu'un tel effet est reconnu incontestablement à l'article 8²⁶², en combinaison avec lequel l'article 13 serait susceptible d'être invoqué dans le cadre des procédures relatives à l'enfant, et que les arrêts strasbourgeois – nous l'avons déjà mentionné –, d'où se déduisent les principes évoqués, revêtent une « autorité de chose interprétée »²⁶³. Par ailleurs, les impératifs qui ressortent de l'article 13 de la CEDH constituent des directives d'interprétation des normes internes en vertu de l'effet *indirect* qui lui est attaché *a minima*²⁶⁴.

§ 4. Cas d'application

A. L'appel ou la tierce opposition contre le refus d'audition / l'absence de prise en considération de l'opinion de l'enfant

La possibilité d'introduire lesdits recours est largement établie en droit interne, au regard, notamment, des articles 616 et 1122 et suivants du Code judiciaire²⁶⁵. Dans la mesure où l'enfant y possède, de toute évidence, un intérêt à agir et, étant titulaire du droit revendiqué, la qualité, comme le requièrent les articles 17 et 18 du Code judiciaire, la recevabilité de ces recours ne fait aucun doute.

Seule une question se pose réellement : l'enfant peut-il introduire ces recours seul ?

À première vue, l'accessibilité du recours à l'intéressé, requis par l'article 13 de la CEDH, semble se satisfaire d'une introduction par le représentant légal de l'enfant, comme l'illustre l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg dans une affaire *Margareta et Andersson c. Suède* le 25 février 1992. En effet, la Cour y considère que la mère – dont elle distingue soigneusement le rôle de celui dévolu à l'avocat désigné d'office aux côtés de l'enfant – pouvait introduire le recours au nom de l'enfant car « de l'avis général, l'article 13, n'exige pas qu'un enfant de douze ans ait la capacité d'ester en justice lui-même ; il suffit qu'un représentant légal le puisse en son nom »²⁶⁶. La Cour considérerait-elle

²⁶² Voy. *supra*.

²⁶³ O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Juge national », *op. cit.*, n° 38 et s., N. DANDOY, « La portée des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme en droit interne belge », *op. cit.*, pp. 248-252, et *supra*.

²⁶⁴ Pour une application de ce principe, voy. J. FIERENS « Pas panpan cucul papa ! Les châtimements corporels et le droit applicable en Belgique », *JDJ*, 2010, liv. 300, p. 14, n° 28.

²⁶⁵ Voy. *supra*. Lorsqu'il s'agit d'un recours contre une décision qui n'a pas pris l'opinion de l'enfant en considération, seule la tierce opposition est, par hypothèse, possible puisqu'il n'était pas partie à la cause où cette décision a été rendue.

²⁶⁶ Cour eur. D.H., 25 février 1992, arrêt *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, § 101.

donc que l'article 13 ne s'interprète pas comme une exception à l'incapacité d'exercice du mineur et ne lui offrirait pas la possibilité d'agir seul sur le plan judiciaire ? Tout d'abord, comme nous l'écrivions déjà précédemment, « sans doute l'intérêt actuel de cet arrêt ne doit-il pas être exagéré. En effet, la plupart des États Parties au Conseil de l'Europe n'avaient pas encore ratifié la CIDE au moment où il a été rendu, de sorte que les dispositions de cette Convention ne pouvaient, contrairement à ce qui est souvent le cas dans la jurisprudence strasbourgeoise actuelle, servir de norme d'interprétation de la CEDH. Dans cette optique rien n'exclut que, saisie d'une cause similaire portant sur l'absence de recours prévu par la loi nationale en faveur d'un mineur s'estimant bafoué dans ses droits reconnus par le CIDE, la Cour statue dans un sens différent de ce qu'elle avait fait en 1992 »²⁶⁷.

Plus fondamentalement, les enseignements de cet arrêt ne peuvent être extrapolés à l'appel interjeté et à la tierce-opposition formée par l'enfant, en cas de non-respect de ses droits garantis par les articles 12 de la CIDE, 22*bis* de la Constitution et, à l'aune de ceux-ci, 8 de la CEDH. En effet, ici, l'enfant, dont l'opinion n'a pas été entendue ou prise en considération, se trouve par hypothèse en opposition avec au moins un de ses parents, ce qui induit évidemment un conflit d'intérêts excluant toute représentation par celui-ci. Certes, l'autre parent pourrait solliciter du tribunal l'autorisation de le représenter seul pour introduire un tel recours mais, si ceci se conçoit encore – et non sans un certain malaise vu le caractère fastidieux de la démarche – dans le cadre d'une action en responsabilité diligentée au nom de l'enfant²⁶⁸, un tel détour procédural semble totalement incompatible avec la célérité habituellement requise lors des contentieux concernés ici. Dans les procédures non-contentieuses, généralement moins urgentes, se dresse l'obstacle supplémentaire que l'enfant s'y trouve le plus souvent, par hypothèse, en opposition avec ses deux parents, ce qui exclut toute représentation par eux.

Resterait alors la désignation d'un tuteur *ad hoc* par la juridiction compétente pour connaître du recours ? La Cour de cassation, en dispensant celui-ci de relayer l'opinion de l'enfant – et même de le rencontrer –, dans son arrêt du 6 octobre 2017²⁶⁹, a sonné l'hallali de cette solution qui ne rencontrerait dès lors en rien les exigences d'un recours effectif requis par l'article 13 de la CEDH, combiné avec l'article 8 de ladite Convention, lui-même interprété à

²⁶⁷ M. MALLIEN et G. MATHIEU, « Un père privé de contact avec son enfant en raison de la lenteur de la justice familiale : l'État belge est-il responsable ? Analyse du jugement du 5 juillet 2022 », *op. cit.*, p. 16.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Cass., 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.* 2017, p. 247, note N. MASSAGER, et *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. MATHIEU.

la lumière des articles 12 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution et de l'Observation générale n° 12.

Par conséquent, la seule interprétation possible des articles 388 et 488 de l'ancien Code civil qui serait conforme aux droits qui sont ainsi reconnus à l'enfant, consiste à considérer qu'il est lui-même loisible, par exception, d'introduire (et de diligenter) lui-même ces recours de manière autonome, comme cela lui est d'ailleurs permis, par une certaine jurisprudence, dans d'autres procédures céléres²⁷⁰. Ceci se trouverait d'ailleurs en parfaite cohérence avec le fait que l'enfant exerce personnellement son droit d'être entendu – nul n'a jamais osé soutenir l'idée (absurde) qu'il devrait se faire assister ou représenter pour introduire une demande en ce sens –, le recours y étant étroitement lié.

B. Pourrait-on voir plus loin de *lege lata* en termes de capacité procédurale de l'enfant ?

Le contexte du recours contre un refus d'audition ou contre une absence de prise en considération de l'opinion de l'enfant, reste toutefois très spécifique (et peu commode dans la pratique, puisqu'il s'agit de statuer *a posteriori* et à nouveau sur une question déjà tranchée une première fois par le juge). Se pose, dès lors, la question de savoir si, outre les critiques que nous avons déjà formulées à l'encontre l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 2020, il existerait des arguments tirés de l'article 13 de la CEDH en faveur de la capacité de l'enfant d'intervenir dans les procédures opposant ses parents, voire d'agir contre ceux-ci lorsqu'ils prennent une décision, même hors du contexte judiciaire, sans s'enquérir ni avoir cure de son opinion. Bien entendu, il ne s'agit pas ici d'occulter l'existence dudit arrêt, mais plutôt de vérifier s'il existe un éventuel fondement légal alternatif à ceux mobilisés en vain par les demandeurs en cassation.

En ce qui concerne la capacité d'intervenir dans les causes pendantes, la Cour européenne des droits de l'homme, sans avoir eu à connaître de ce cas de figure, affiche, dans sa jurisprudence, une préférence pour les recours *préventifs* par rapport aux recours *curatifs*²⁷¹, mais elle admet généralement que les deuxièmes (même lorsqu'ils sont uniquement compensatoires)²⁷² peuvent satisfaire aux

²⁷⁰ M. JAUMOTTE, B. VAN KEIRSILCK et G. MATHIEU, « Le droit de l'enfant d'agir en justice : le pour et le contre », *op. cit.*, p. 11 et la jurisprudence y citée.

²⁷¹ *Guide, op. cit.*, n°s 157 et s. et la jurisprudence y recensée. Il s'agit certes d'arrêts relatifs à des lenteurs procédurales, face auxquelles l'art. 13 était invoqué combiné avec l'art. 6. De la CEDH, mais le principe nous semble être transposable en l'espèce vu que l'intervention constitue un moyen plus célére de garantir l'exercice des droits concernés que l'appel ou la tierce opposition (le premier étant d'ailleurs également ouvert à l'enfant dans l'hypothèse où il se verrait reconnaître la qualité de partie à la cause).

²⁷² *Ibid.*, n°s 161 et s.

exigences de l'article 13. Or, il ne fait aucun doute que la possibilité d'intervenir volontairement à la cause constitue davantage une procédure préventive – puisqu'elle fait obstacle *en amont* à ce qu'il soit statué sans recueillir et prendre en compte l'opinion de l'enfant –, là où l'appel et la tierce opposition, qui ni l'un ni l'autre ne suspendent en principe le jugement entrepris²⁷³, revêtent plutôt une nature curative, et n'empêchent pas certaines conséquences irréversibles découlant de la première décision²⁷⁴. Dans ce contexte, vu l'efficacité très limitée d'un tel recours *a posteriori* et vu ladite irréversibilité, il ne semblerait pas grotesque de plaider l'existence d'un droit de l'enfant d'intervenir volontairement dans les causes qui le concernent ou, à tout le moins, qu'il existe là un motif *supplémentaire*²⁷⁵ de constater que la Belgique, par l'arrêt du 10 février 2020, contrevient à ses engagements internationaux.

Ensuite, l'enfant pourrait-il intenter une procédure contre ses parents parce qu'ils ne tiennent pas compte de son opinion, même en dehors d'une procédure judiciaire ? L'intérêt de cette question ne devrait être sous-estimé, tant les cas de figure où les parents pourraient prendre une décision contre la volonté de leur enfant, malgré l'impact durable sur sa vie (par exemple un choix d'école ou d'orientation d'études secondaires, voire l'arrêt d'un sport ou d'une activité musicale affectée par l'enfant), sont nombreux.

S'il ressort certes de l'article 12.2 de la CIDE que le droit à l'audition est garanti à l'enfant dans le seul cadre de la prise de décisions par les autorités judiciaires ou administratives, le droit d'expression – qui pour rappel est plus large que le droit à l'audition²⁷⁶ – et celui de voir son opinion être prise en considération, consacrés par les articles 12.1 de la même Convention et 22*bis* de la Constitution ne sont pas limités au contexte étatique, ont dès lors une portée bien plus générale et, partant, sont opposables à tous, ce qui inclut les parents. Comme nous l'avons déjà mentionné²⁷⁷ et comme nous l'enseigne Nathalie Massager, ces dispositions ont pour effet un véritable changement du paradigme sous-tendant l'autorité parentale, qui cesse de se traduire par un dialogue exclusif entre les seuls père et mère et qui prend la forme d'une tripartite où « à tout âge, l'enfant a le droit d'être partie prenante à la réflexion et à la prise de décision des parents, dans tous les domaines le concernant »²⁷⁸.

²⁷³ C. jud., art. 1397. Voy. à ce sujet C. DE BOE, M. MALLIEN et J.-E. BEERNAERT, « L'exécution provisoire des décisions en droit familial », in J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le tribunal de la famille, des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 391 ; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2014, p. 966, n^{os} 1129 et 1130.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 421.

²⁷⁵ Pour les autres motifs, voy. *supra*.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *op. cit.*, p. 10.

Certes, pour pouvoir bénéficier des garanties liées au droit au recours effectif, visé par l'article 13 de la CEDH, contre ses parents, l'enfant devrait être en mesure d'alléguer l'atteinte à un autre droit garanti par cette même Convention²⁷⁹. S'il n'est pas permis d'extrapoler les enseignements de l'arrêt *M. & M. c. Croatie* au-delà du contexte des contentieux parentaux, une réflexion semble néanmoins s'amorcer au sein de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'atteinte à d'autres droits garantis aux mineurs par la CEDH, comme en témoigne l'opinion concordante du Juge Sabato sous un récent arrêt *T.C. c. Italie*²⁸⁰, analysée dans la contribution du professeur Geoffrey Willems au présent ouvrage²⁸¹, où ledit membre de la Cour suggère d'envisager l'autonomie d'un enfant de 7 ans en matière de religion sous l'angle de l'article 9 de la CEDH. Pour le surplus, même sans bénéficier des garanties prévues en vertu de l'article 13 de la CEDH (hormis celles liées à l'accès au juge et au droit au procès équitable, prévus par l'article 6.1 de la CEDH²⁸²), rien ne permet de considérer que l'enfant ne peut se targuer de l'intérêt et de la qualité requis par les articles 17 et 18 du Code judiciaire, afin de saisir le tribunal dans le but d'y entendre imposer son choix aux parents dans un domaine où la loi belge lui reconnaît une autonomie (comme, s'il possède la faculté de discernement, en matière médicale conformément à l'article 12, § 2, de la loi du 22 août 2002), ou, en dehors de ces domaines, d'exiger au moins une décision parentale qui *prenne en considération* son opinion conformément aux articles 12.1 de la CIDE et 22bis de la Constitution.

Section 4. Perspectives pour aujourd'hui et demain

Mettant au jour les enjeux profonds suscités par les questions liées, notamment, au statut du mineur, le doyen Jean-Louis Renchon écrit que s'il y a quelques décennies, « l'individu était encore [...] affecté à sa famille et à laquelle il "appartenait" [...], (c'est) comme si désormais l'individu (a) requis et obtenu de la famille et de la société qu'elles se mettent à son service »²⁸³. Concernant les enfants, il constate plus précisément : « le principe qui à l'heure actuelle continue à prévaloir, dans notre Code civil, est que les mineurs sont

²⁷⁹ *Guide, op. cit.*, n° 11 et la jurisprudence y citée.

²⁸⁰ Cour eur. D.H., 19 mai 2022, arrêt *T.C. c. Italie*.

²⁸¹ Voy. la contribution de G. WILLEMS au présent ouvrage, *supra*.

²⁸² Voy. *supra*.

²⁸³ J.-L. RENCHON, « Individu, famille, État. 45 ans d'enseignement du droit de la famille », in N. DANDOY, J. SOSSON, F. TAIMONT et G. WILLEMS, *Individu, famille, État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine. Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 641.

juridiquement “incapables” – tel est le terme traditionnel utilisé dans le langage juridique – d’exercer eux-mêmes leurs droits et que ce sont dès lors leurs père et mère qui les exercent et qui sont au surplus tenus de les exercer dans leur intérêt, sous le contrôle éventuel des autorités publiques [...]. Il reste – et c’est ici que le “retournement” est en train de s’opérer – qu’il existe dans notre société un courant d’idées particulièrement prégnant qui milite activement pour étendre très largement la capacité juridique des mineurs »²⁸⁴. Ce retournement – que nous avons, de notre côté, appelé plusieurs fois un « changement de paradigme »²⁸⁵ – constitue selon lui le symptôme d’une société qui renonce en partie à son organisation et sa finalité collectives, voire à un certain fondement transcendant, pour faire place à ce que Jean-Louis Renchon appelle une « nouvelle forme de religion qui [...] sacralise les droits individuels, y compris un prétendu “droit à l’autodétermination” de chaque être humain, en reléguant dès lors à l’arrière-plan la dimension collective de notre commune humanité qui représente une valeur tout aussi fondamentale de nos démocraties »²⁸⁶, faisant ainsi écho à ce qu’Emile Durkheim annonçait déjà comme l’avènement du « culte de l’individu »²⁸⁷.

D’autres, comme le sociologue français François de Singly, tout en dressant eux aussi le constat de l’émergence de l’individualisme, croient en la possibilité, notamment dans le contexte des relations familiales, de rechercher et même de trouver un équilibre entre l’épanouissement personnel de cet individu devenu central, et le « vivre-ensemble » nécessaire au fonctionnement de la société et de la famille²⁸⁸. À cet égard, le professeur Sylvie Mesure voit dans ce nouvel état de fait une place de choix réservée aux rapports entre individus, de sorte que de l’individualisme – notion qui, selon elle, doit ici être purgée de toute connotation péjorative et surtout ne pas être confondue avec l’égoïsme –, « une autre figure peut (se) laisser penser, comme l’avait vu Durkheim, qui n’oppose pas la subjectivité à la collectivité, le « je » au « nous », mais qui, au contraire, ne conçoit la subjectivité que dans l’horizon de l’inter-subjectivité, et le Moi que dans sa relation à un autre Moi pensé comme égal en dignité »²⁸⁹. Quoi qu’il en soit, que l’on fasse l’apologie de ce « retournement » ou de ce remplacement de paradigme, ou qu’on l’abhorre, il ne peut être question de

²⁸⁴ J.- P. LEBRUN et J.-L. RENCHON, *Où va la famille ?*, éd. Erès, 2023, pp. 100-101.

²⁸⁵ Voy. *supra*.

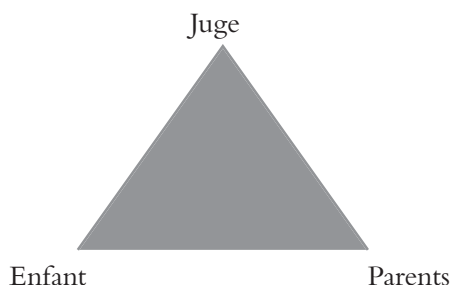
²⁸⁶ J.- P. LEBRUN et J.-L. RENCHON, *Où va la famille ?*, op. cit., p. 11.

²⁸⁷ Voy. spéc. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Presses Universitaires de France, 2013. Cet ouvrage est paru, à l’origine, en 1893.

²⁸⁸ Voy. not. F. DE SINGLY, *Libres ensemble*, Armand Collin, 2005.

²⁸⁹ S. MESURE, « Le lien social à l’épreuve de l’individualisme. Le « culte de l’individu » chez Durkheim », *Revue internationale de philosophie*, vol. 280, n° 2, 2017, pp. 157-180.

le nier, y compris pour le législateur. Or, l'intersubjectivité des individus ainsi proposée, se traduit, dans le contexte d'une procédure judiciaire civile impliquant à la fois des adultes (le plus souvent les parents, qu'ils se trouvent ou non en contentieux) et l'enfant, par la structure triangulaire suivante, un peu à l'image du nouveau modèle de fonctionnement de l'autorité parentale mis en avant par Nathalie Massager²⁹⁰.



Comment ce modèle d'individualisme « adouci » – puisque placé dans un rapport d'intersubjectivité – où l'enfant apparaît désormais comme un acteur à part entière, mais toujours intégré dans le faisceau relationnel propre à la parentalité, devrait-il être implémenté par le législateur belge ?

Tout d'abord, le système mis en place aux articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire, sans être entièrement remis en question, devrait néanmoins subir un profond *lifting* afin de le rendre plus conforme aux articles 12 de la CIDE et 22bis de la Constitution, dont il est pourtant l'émanation. Ainsi, le rapport d'audition devrait être revu – voire supprimé –, la possibilité laissée à l'enfant de se faire réentendre (à sa demande), généralisée et la présence d'un avocat – sous réserve de ce que nous préciserons à son sujet –, autorisée. En outre, l'audition et la prise en considération de la parole de l'enfant dans toutes les procédures qui le concernent, bien qu'elles soient déjà garanties par lesdites prescriptions supranationale et constitutionnelle, gagneraient à être organisées de manière plus précise par le législateur, ce qui supposerait que le champ d'application, actuellement prévu par l'article 1004/1 du Code judiciaire soit considérablement élargi (l'arrêté royal du 28 avril 2017 devant lui aussi être adapté suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 avril 2022²⁹¹).

De même, ni le législateur, ni la Cour de cassation ne nous semblent pouvoir faire la sourde oreille face à la (r)évolution de la manière dont l'enfant se trouve perçu, notamment comme acteur du processus décisionnel qui le concerne, dans

²⁹⁰ Voy. *supra*. Voy. égal. la contribution de Th. MOREAU et J. Sossion dans le présent ouvrage, *supra*.

²⁹¹ C. Const. 21avril 2022 (extraits), *For. Fam.*, 2022, liv. 2, p. 77 – voy. *supra*.

les textes internationaux et dans la jurisprudence éponyme qui lui garantissent de plus en plus de droits à vocation de son autonomie. Ainsi, dans un souci de cohérence, mais aussi de respect de la primauté du droit international sur les normes internes, il y aurait lieu d'organiser avec précision la position procédurale de l'enfant comme partie aux causes qui le concernent – mais en tenant compte de sa spécificité – en lieu et place des « bricolages » auxquels la doctrine et la jurisprudence sont actuellement contraints de se livrer. À cet égard, il incombera au monde politique, sous la prochaine législature fédérale, d'être particulièrement attentif aux travaux, passés et à venir, du Comité des Droits de l'Enfant, notamment en ce qui concerne la position de l'enfant dans les procédures judiciaires civiles, qui, bien que considérés comme *soft jurisprudence*, ne manquent pas d'être utilisés comme directives d'interprétation de normes contraignantes, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme.

Bien évidemment, intégrer l'enfant comme partie dans les procédures qui le concernent, ne peut consister à le jeter en pâture dans l'arène judiciaire et à l'exposer sans détours à la violence qui la caractérise. Aussi, les diverses instances concernées devraient-elles peut-être s'émanciper quelque peu du droit commun de la procédure civile – sans forcément renier cette nature puisqu'il s'agit toujours d'exercer des droits subjectifs dans des rapports interpersonnels – afin d'adoucir le débat judiciaire, par exemple en assouplissant le décorum des audiences, en y ayant plus facilement recours au débat interactif prévu par l'article 756ter du Code judiciaire (dont le juge pourrait, *de lege ferenda*, se voir investi du pouvoir de l'imposer aux parties), en exigeant par voie légale le recours à des requêtes standardisées (comme le font déjà certains arrondissements de manière prétorienne, dont ceux qui appliquent le modèle de Cochem) et en encadrant la rédaction de conclusions afin d'éviter que ces actes de procédure ne servent de déversoir au venin et aux frustrations des parties, comme c'est trop souvent le cas actuellement (ce qui serait particulièrement préjudiciable à l'enfant s'il venait à être partie à la cause). De même, nous ne pensons pas que l'ouverture éventuelle à l'enfant de l'accès à la procédure comme partie devrait sonner le glas de son droit à l'audition. Au contraire, l'audition devrait, selon nous, demain davantage qu'aujourd'hui, co-exister avec l'intervention à la cause, et y constituer une bulle de confidentialité qui sinon ne trouverait pas de place dans la procédure contradictoire.

Dans ce contexte, le rôle de l'avocat nous paraît tout à fait central. De par son étymologie *l'ad vocatus* – traduit librement par « celui ou celle qui est appelé. e à la rescousse » – est convié au secours de la personne, surtout vulnérable, qui souhaite revendiquer des droits de plus en plus complexes dans un système qui

l'est davantage encore. Une triple mission devrait ainsi être dévolue à l'avocat de l'enfant :

- un rôle d'information à propos du déroulement de la procédure, des enjeux, (surtout) de l'étendue de ses droits en amont de la procédure, mais aussi en aval, comme l'explique Nathalie Massager²⁹², l'enfant ne disposant dans l'état actuel du droit d'autre retour sur son expression devant le juge que la culpabilisante frustration ou l'impudique jubilation de ses parents face à l'issue procédurale qu'elle a impliquée ;
- une fonction de relais de l'opinion de l'enfant ; ici, il convient aux autorités ordinales de veiller scrupuleusement au respect des règles déontologiques – le cas échéant en les renforçant – qui investissent l'avocat de la mission de porter « fièrement » (selon la belle expression de Manon Coune²⁹³) la parole de l'enfant devant les juges et non pas – comme cela se voit encore trop souvent dans la pratique d'y faire écran en se présentant en énième chantre de (sa propre vision de) l'intérêt de cet enfant (cette tâche revenant déjà à d'autres instances) ;
- une vocation d'assistance, et même de protection, de l'enfant contre la violence judiciaire et les pressions dont il pourrait faire l'objet.

Il va sans dire que cette triple mission ne peut se concevoir sans une parfaite indépendance de l'avocat vis-à-vis des parents, notamment par une couverture absolue des entretiens avec l'enfant par le secret professionnel, y compris vis-à-vis des père et mère, et l'interdiction totale et évidente de la moindre prise en charge d'honoraires par l'un d'entre eux.

Conclusion

À l'approche des échéances électorales de 2024, mais aussi eu égard à l'évolution de la manière dont l'enfant et son autonomie se trouvent perçus dans

²⁹² « (le) travail de décodage, de contextualisation et d'explication des effets de la décision judiciaire est essentiel, tant l'enfant investit sa confiance dans l'écoute du juge et peut se trouver déstabilisé par une décision qui tranche à l'encontre de l'opinion que l'enfant a confiée au juge dans le cadre de l'entretien singulier qu'il a eu avec lui et ce, quels que soient les avertissements adressés au préalable à l'enfant quant à la prise en compte non systématique de son opinion : le rôle de l'avocat est précieux pour rassurer l'enfant, l'aider à comprendre le sens - toujours nuancé, parfois complexe – du jugement intervenu mais aussi et surtout, pour l'aider à se projeter sur base de la solution retenue et structurer sa pensée au départ de la motivation, de manière à lui permettre d'adhérer à la décision qui s'impose à lui. À défaut, le mineur demeurera avec un sentiment d'incompréhension et de frustration dans ce premier contact – et peut-être unique – contact qu'il aura avec la justice qu'il envisage, de sa position d'enfant, davantage comme autorité porteuse de valeurs que comme un service public » – N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant », *op. cit.*, p. 22.

²⁹³ M. COUNE, « L'enfant et son avocat dans les procédures civiles », *J.L.M.B.*, 2020, liv. 34, p. 1601.

les différents instruments internationaux et dans la Constitution, la réflexion que nous avons tenté de mener, ne peut que s'achever par une interpellation du monde politique. Aussi serait-il particulièrement désolant de ne pas voir figurer dans le prochain accord de gouvernement fédéral l'échafaudage d'une réforme, au moins ponctuelle, des différentes procédures civiles, qui donnent lieu à des décisions qui impactent l'enfant, en y incluant le nouveau paradigme de son autonomie relative, intégrée dans les rapports familiaux et judiciaires d'intersubjectivité. L'on achèvera de s'en convaincre en gardant en mémoire la fréquence des diverses procédures relatives aux enfants menées devant les différentes juridictions du pays et, dès lors, l'importante incidence sociétale qu'elles représentent.

Cette même année 2024 sera aussi celle du centenaire de la Déclaration de Genève de 1924 sur les Droits de l'Enfant, qui, en tant que premier texte international majeur de l'histoire à vocation de protéger ses droits, exigeait de lui réserver une « protection spéciale » renforcée et adaptée par rapport aux autres membres de la cité. Peut-être serait-ce là une belle occasion de saisir que l'intérêt de l'enfant, qui depuis lors est devenu la locution sacrée (et parfois galvaudée) visant à exprimer cette protection idoine ou, comme le dirait avec plus d'élégance et de poésie le professeur Jacques Fierens, constitue l'« étoile polaire »²⁹⁴ devant guider toute intervention le concernant, se traduit aussi par un acte de confiance envers le premier concerné en lui garantissant de manière cohérente l'exercice des droits à vocation de son autonomie.

²⁹⁴

J. FIERENS, « *Alpha ursae minoris* – l'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les autres intérêts concurrents », in *L'intérêt supérieur de l'enfant. Un dialogue entre théorie et pratique*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 2017, p. 19, cité également par A.-C. RASSON, « "L'intérêt de l'enfant", clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (dir.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 159.