

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ?

Rasson, Anne-Catherine

Published in:

Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rasson, A-C 2016, L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? dans *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*. Collection du centre des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, pp. 335-353.

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.

IV

L'INTÉRÊT DE L'ENFANT, VALEUR FONDAMENTALE ?

Anne-Catherine RASSON

Assistante-doctorante à l'Université de Namur - Membre du Centre
interdisciplinaire des droits de l'enfant

*L'enfant, en raison de son manque de maturité physique
et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins
spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée (1).*

Introduction

« Digne de bien peu d'intérêt jusqu'au XX^e siècle, l'enfant colonise, voire monopolise, l'attention de la société contemporaine » (2). Sur le plan juridique, tant à l'échelon mondial qu'au niveau européen ou au rang national, les droits de l'enfant sont devenus une référence incontournable dans de nombreux domaines du droit.

Parmi les droits de l'enfant, son droit de voir son intérêt pris en considération de manière primordiale dans toute décision qui le concerne (3) retient tout particulièrement l'attention. Il est en effet l'un des principes majeurs de la Convention relative aux droits de l'enfant, aux côtés de la non-discrimination, du droit à la vie, à la survie et au développement et du respect de l'opinion de l'enfant (4), et « transcende toute [cette] Convention » (5).

(1) Préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989 et signée le 26 janvier 1990 à New-York. La Convention relative aux droits de l'enfant a été ratifiée par tous les États du monde, sauf les États-Unis.

(2) A. NOTTET, *Le consommateur mineur*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 1.

(3) Cf. art. 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, 24.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 22bis, al. 4, de la Constitution.

(4) R. HODGKIN et P. NEWELL, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, Unicef, Publications des Nations Unies, Bureau régional pour l'Europe, Genève, Atar Roto Presse, 2002, pp. 39 et 51.

(5) G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 51.

L'intérêt de l'enfant semble ainsi devenu une valeur sur laquelle il faut veiller avec un soin tout particulier, la notion de valeur étant entendue, dans sa première signification, par Gérard Cornu, comme « un bien en soi ; ce qui, en général, est considéré comme bon, utile, digne d'estime » (6).

Une valeur fondamentale ? La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme montrent que, dans les affaires qui concernent les enfants, ces juridictions se réfèrent au droit des enfants de voir leurs intérêts pris en considération de manière primordiale. Amenées à combiner plusieurs intérêts, parfois contradictoires, elles ont jugé que « l'intérêt de l'enfant occupe [dans la balance] une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation, [même si] cette place particulière ne permet pas pour autant de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence » (7).

À l'aune de cette évolution, nous nous interrogeons sur la prééminence de l'intérêt de l'enfant sur d'autres droits fondamentaux et nous nous demandons si, par voie de conséquence, cet intérêt devrait être considéré, au-delà d'une simple valeur, comme une « supra-valeur », ou, plus précisément, comme une « valeur fondamentale » de nos sociétés contemporaines.

Les valeurs fondamentales sont, selon Gérard Cornu, « les bienfaits reconnus comme principes de la vie en société ; valeurs dites communes par ceux qui ensemble s'en réclament comme base de leurs relations » (8). L'auteur illustre cette définition en faisant référence à la liberté, à l'égalité ou encore à la solidarité (9). L'intérêt de l'enfant pourrait-il, lui aussi, être considéré comme une valeur fondamentale ?

Méthodologie. Pour répondre à cette délicate question, dans le cadre limité de cette contribution, nous avons fait le choix métho-

(6) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2009, p. 952. Voy. sur l'évolution de la notion de valeur C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-6.

(7) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.10. Pour la juridiction strasbourgeoise, voy. par ex. : Cour eur. D.H., 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. 41615/07, § 135 ; Cour eur. D.H., 8 juillet 2003, *Sommerfeld c. Allemagne*, req. n° 31871/96, § 64 ; Cour eur. D.H., 22 mars 2012, *Ahrens c. Allemagne*, req. n° 45071/09, § 63.

(8) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 952.

(9) *Ibid.*

dologique de proposer une réflexion à partir de quelques arrêts des trois hautes juridictions belges, la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d'État. Nous nous attacherons plus particulièrement, d'une part, à observer si ces juridictions intègrent dans leurs décisions le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit pris en considération de manière primordiale. Nous aborderons notamment, dans cette perspective, l'applicabilité directe des dispositions relatives à l'intérêt de l'enfant. D'autre part, nous analyserons comment sont résolus les conflits de droits fondamentaux lorsque l'intérêt de l'enfant se heurte à d'autres intérêts ou à d'autres droits.

La méthodologie retenue pour évaluer si l'intérêt de l'enfant est une valeur fondamentale dans nos sociétés contemporaines, par le prisme du droit, est contingentée, mais elle permet d'appréhender d'une manière quelque peu originale la notion complexe de l'intérêt de l'enfant. Notre approche s'inscrira dans une « pensée axiologique subjectiviste » au sein de laquelle « les valeurs reposent sur des actes institutifs (...) et sont l'expression de valorisations et d'évaluations du sujet » (10). Nous vérifierons, en effet, le système de valeurs des hautes juridictions belges et mettrons en exergue ce que l'intérêt de l'enfant *vaut*, selon leur volonté. Il ne nous sera sans doute pas possible de dégager une « rationalité unique en la matière puisqu'il existe nécessairement autant de systèmes de valeurs différents que de sujets les considérant comme tels » (11). S'agissant d'une appréciation subjective, les différentes valeurs considérées par les hautes juridictions au cœur des décisions choisies, « leur articulation d'ensemble » et « l'éventuelle prééminence accordées à certaines d'entre elles » montreront nécessairement une certaine conception du monde (12) qui évoluera encore au gré des matières et du temps.

Notre contribution n'examinera pas exhaustivement cette vaste question mais se contentera de présenter quelques éléments saillants de la jurisprudence étudiée. La réflexion méritera d'être com-

(10) C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, op. cit., p. 6 qui fait, notamment, référence aux travaux de E. W. BÖCKENFÖRDE, « Pour une critique de la fondation axiologique du droit », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, (textes réunis, traduits et présentés par O. Jouanjan), Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2000, pp. 77-97, spéc. p. 81.

(11) *Ibid.*, p. 7.

(12) *Ibid.*, pp. 7 et s. Pour plus de détails sur la « pensée philosophique axiologisante », voy. l'ouvrage et les références de l'auteur.

plétée par une recherche plus approfondie et plus systématique de la notion de l'intérêt de l'enfant et, plus largement, des droits fondamentaux des enfants et de leur articulation avec les autres droits.

Plan. Après avoir brièvement rappelé l'évolution de la protection des droits fondamentaux de l'enfant (A.), nous examinerons la jurisprudence des trois hautes juridictions (B.). Dans cette deuxième partie, nous verrons, tout d'abord, si la prise en considération de l'intérêt de l'enfant de manière primordiale est un droit ayant effet direct dans l'ordonnancement juridique belge (point 1). Ensuite, nous étudierons quelques arrêts récents de la Cour constitutionnelle dans trois domaines du droit : la filiation, l'enseignement et la détention des enfants étrangers (point 2).

A. – L'évolution des droits fondamentaux de l'enfant

« Avec l'avènement des Lumières, les révolutions démocratiques et la proclamation de l'égalité de droit de tous les êtres humains, on conféra à l'enfant un statut d'être humain à part entière » (13). Il faudra cependant attendre le XX^e siècle pour que le statut de l'enfant évolue sensiblement et que des droits spécifiques, « qui ne peuvent être soulevés que par des enfants car ils ne présentent aucun intérêt pour une autre catégorie de personnes » (14), ou renforcés lui soient consacrés (15). Dans un premier temps, c'est le besoin de protection de l'enfant, compte tenu de sa vulnérabilité, qui reçoit l'attention. À la fin du siècle, le mouvement des droits de l'enfant montre que l'enfant doit aussi bénéficier d'autonomie et pouvoir exercer lui-même ses droits (16). C'est à cette période-là qu'émergent les textes relatifs aux droits fondamentaux de l'enfant, qui cherchent à équilibrer, au mieux, son besoin de protection

(13) J.-L. RENCHON, « Les droits de l'enfant dans le conflit parental », in *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité ?*, Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 154.

(14) H. HAMADI, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 162.

(15) Voy. e. a. sur l'évolution des droits de l'enfant et son lien avec la conception que la société se fait de l'enfant : E. VERHELLEN, « Een inleiding tot het verdrag inzake de rechten van het kind », in W. VANDENHOLE (éd.), *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 18 et s. ; J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. II, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 952 et s. et D. VAN GRUDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003, pp. 488 et s.

(16) J.-L. RENCHON, « Les droits de l'enfant dans le conflit parental », *op. cit.*, p. 156 ; M. FREEMAN, « Introduction : children as persons », in M. FREEMAN, Ph. VEERMAN (dir.), *The ideologies of children's rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 3.

et d'autonomie (17). La Convention relative aux droits de l'enfant est ainsi adoptée le 20 novembre 1989 (18). Dans le contexte belge, l'article 22*bis* de la Constitution, qui énumère certains droits spécifiques de l'enfant, est inséré en 2000 et complété en 2008 (19). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre également, en son article 24, certains droits de l'enfant.

Ces textes protègent, tous les trois, l'intérêt de l'enfant en proclamant qu'il doit être une considération primordiale dans toute décision qui concerne l'enfant (art. 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, 24.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 22*bis*, al. 4, de la Constitution).

Le poids des mots est important : ces dispositions ne signifient pas que l'intérêt de l'enfant est la seule considération à vérifier ou qu'il doit primer en toutes circonstances (20). Elles signifient qu'il faut, dans les décisions qui concernent les enfants, prendre en compte leurs intérêts et, en cas de conflit, faire la balance des différents droits et intérêts en présence, tout en accordant une place particulière à la partie la plus fragile du conflit, à savoir

(17) Sur cet équilibre voy. e. a. C. LAVALLÉE, *La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 9 ; 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*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, pp. 1601-1603 et les références citées ; D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, pp. 5-6 et 128 ; J. FIERENS, « Grandir avec les droits de l'enfant: surmonter les obstacles pour un avenir durable », *JDJ*, n° 337, septembre 2014, p. 5.

(18) La genèse de la Convention relative aux droits de l'enfant remonte cependant au début du XX^e siècle. La première déclaration des droits de l'enfant, la « Déclaration de Genève », a été adoptée le 26 septembre 1924 par la Société des Nations. Ensuite, l'Assemblée générale des Nations Unies a voté, le 20 novembre 1959, la « Déclaration des droits de l'enfant ».

(19) Sur ces révisions, voy. e.a. P. LEMMENS, « De rechten van het kind als grondrechten in de belgische rechtsorde », in W. VANDENHOLE (éd.), *Kinderrechten in België*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 53-58 ; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », *op. cit.*, pp. 1608-1616 ; A. VANDAELE et M. VERHEYDE, « Artikel 22*bis* van de grondwet : een grondwettelijke bescherming in de kinderschoenen », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 543-557 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexions au départ de l'article 22*bis* de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle », *Adm. publ.*, 2001, pp. 130-153.

(20) Dans le même sens J. ZERMATTEN, « Comment définir l'intérêt supérieur de l'enfant ? », *Enfants de Partout*, n° 133, février 2013, p. 7 ; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, *op. cit.*, pp. 52 et s ; S. GRAILLAT, « Décliner le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'aide d'obligations procédurales. Les propositions de DEI-France », *J.D.J. fr.*, n° 303, mars 2011, p. 20 ; T. HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *J.D.J. fr.*, n° 303, mars 2011, pp. 11, 13 et 14.

l'enfant (21). C'est d'ailleurs dans cette perspective que le Comité des droits de l'enfant interprète l'article 3.1 de la Convention (22).

Depuis l'adoption des droits fondamentaux spécifiques de l'enfant, la Cour constitutionnelle la Cour de cassation et le Conseil d'État ont été saisis d'arguments se fondant sur les articles 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, 24.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et/ou 22bis, alinéa 4, de la Constitution. Ils ont donc chacun dû se positionner à leur égard.

B. – L'intérêt de l'enfant et les hautes juridictions

1. Effet direct et intérêt de l'enfant

L'applicabilité directe des droits reconnus par un traité international ou par la Constitution permet leur application effective. L'applicabilité directe est traditionnellement définie comme étant « l'aptitude (de la norme) à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils peuvent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur » (23).

La question de l'effet direct des articles 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, de l'article 24.2 de la Charte de l'Union européenne ou de l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution concerne uniquement la Cour de cassation et le Conseil d'État. La Cour constitutionnelle a, en effet, estimé que, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de normes constitutionnelles combinées avec une convention internationale, elle ne doit pas examiner si cette convention a un effet direct dans l'ordre interne, mais

(21) Voy. à cet égard les débats qui ont animé l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant : e. a. N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J.D.J. fr.*, n° 303, mars 2011, pp. 22 à 25 ; T. HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *op. cit.*, p. 11 ; P. VERDIER, « Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant », Assemblée nationale de DEI, novembre 2010, www.dei-france.org. Voy. égal. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, pp. 435 et s.

(22) Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, § 1), 2013, pp. 10-11.

(23) G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, *op. cit.*, p. 36. Pour plus de détails et de nuances sur la question controversée de l'applicabilité directe, et notamment sur ses conditions, voy. l'ouvrage et les références de l'auteur.

« apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique » (24).

La Cour de cassation, tout d'abord, dénie, depuis 1999, tout effet direct à l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (25). Elle a confirmé récemment sa position relative à l'article 3.1 et a également déclaré que l'article 24.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'était pas non plus suffisamment précis pour qu'un effet direct puisse lui être reconnu (26).

Le Conseil d'État estime lui aussi que l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant est dépourvu d'effet direct (27). En 2013, il déclare, à propos de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution : « *Dergelijke algemene bepaling volstaat op zichzelf niet om toepasbaar te zijn zonder dat verdere uitwerking of precisering ervan nodig is* » (28).

Les juridictions françaises ont, quant à elle, un tout autre regard sur l'applicabilité directe du droit pour l'enfant de voir son intérêt pris en considération de manière primordiale puisqu'elles l'ont reconnue, depuis 1997, pour le Conseil d'État (29) et, depuis 2005, pour la Cour de cassation (30), à l'égard de l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (31).

Le Comité des droits de l'enfant plaide également en ce sens : « Le paragraphe 1 de l'article 3 crée une obligation intrinsèque

(24) C. const., 22 juillet 2003, n° 106/2003, B.4.2.

(25) Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 588. Voy. égal. Cass., 10 novembre 1999, *Pas.*, 1999 p. 1481.

(26) Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 712.

(27) C.E., 11 juin 1996, n° 60.097, *Jour. dr. jeun.*, 1997, p. 519 ; C.E., 27 février 2014, n° 226.576 ; C.E., 6 janvier 2015, n° 229.729 ; C.E., 30 mars 2005, n° 142.729. Le Conseil du contentieux des étrangers a également statué en ce sens : C.C.E., 27 septembre 2010, n° 56.586 ; C.C.E., 4 mai 2009, n° 26.894 ; C.C.E., 18 mai 2010, n° 43.462.

(28) C.E., 29 mai 2013, n° 223.630. Voy. sur l'applicabilité directe de l'article 22*bis* de la Constitution : S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-0175/005, p. 31 et *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-265/3, pp. 21 et 22 ; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », *op. cit.*, pp. 1615-1616.

(29) C.E. fr., *Cinar*, 22 septembre 1997.

(30) Cass. fr., 18 mai 2005, *Dr. Fam.*, 2005, comm. 156.

(31) Voy. sur cette jurisprudence, e.a. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La Convention internationale des droits de l'enfant : quelles répercussions en droit français ? », *CRDF*, n° 5, 2006, pp. 39 et s. et Th. DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3/2013, mis en ligne le 26 novembre 2013.

pour les États, est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoqué devant un tribunal » (32).

*

La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État ébranle ainsi notre intuition sur la prééminence de l'intérêt de l'enfant dans l'ordonnement juridique, puisqu'ils refusent de rendre une décision en se fondant sur l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, sur l'article 24.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore sur l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution. Qu'en est-il de la Cour constitutionnelle qui a, notamment, pour compétence d'examiner la constitutionnalité des normes législatives au regard de ce droit fondamental des enfants ? Sa position en la matière, annoncée dans l'introduction, se voit-elle confirmée ?

2. La Cour constitutionnelle et l'intérêt de l'enfant : inconstance ?

a) Le droit de la filiation

Le droit de la filiation en Belgique « s'est toujours construit sur base de choix posés en amont, par le législateur, au terme d'un subtil assemblage de différentes valeurs, évoluant au fil du temps : sécurité juridique, paix des familles, égalité des filiations, vérité du cœur, vérité du sang, égalité entre le père et la mère, entre les couples mariés et non mariés, entre les enfants » (33), intérêt de l'enfant. Lors des deux grandes réformes du droit de la filiation, en 1987 et en 2006, l'intérêt de l'enfant a ainsi été envisagé comme une simple valeur et il n'était nullement question d'un droit fondamental de l'enfant (34).

La Cour constitutionnelle a été saisie d'une série de questions préjudicielles relatives, tout d'abord, à la réforme de 1987 et, ensuite, à la réforme de 2006. Nous ne pourrions pas retracer ici toute la complexité de cette matière et toutes les positions pour le moins contrastées des auteurs, mais allons présenter deux évolutions ma-

(32) Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, § 1), 2013, p. 4.

(33) G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, op. cit., p. 58.

(34) G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », op. cit., pp. 427 et s.

jeunes initiées par la haute juridiction au nom de l'intérêt de l'enfant qui concernent le « délai-pivot » consacré aux articles 329*bis*, paragraphe 2, alinéa 3, et 332*quinquies*, paragraphe 2, alinéa 1, du Code civil.

En substance, le délai-pivot prévoit qu'en cas de demande de reconnaissance ou d'action en recherche de filiation intentée « tardivement », soit au-delà du premier anniversaire de l'enfant, le juge peut refuser d'établir la filiation si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Par contre, si la procédure est introduite avant ce délai, le juge ne peut opérer un tel contrôle.

Le premier arrêt de la Cour constitutionnelle relatif au délai-pivot d'un an est prononcé le 16 décembre 2010. Elle y estime que, si l'âge d'un an constitue un critère objectif, il ne pourrait être considéré comme pertinent au regard de la mesure en cause, dès lors que rien ne peut justifier le fait que le juge saisi d'une demande de reconnaissance de paternité prenne en considération l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est âgé de plus d'un an mais ne puisse en tenir compte lorsque l'enfant a moins d'un an (35). La Cour déclare donc que « l'absence de toute possibilité de contrôle judiciaire portant sur l'intérêt de l'enfant mineur non émancipé à voir établie la filiation paternelle par reconnaissance dans l'hypothèse visée à l'article 329*bis*, § 2, alinéa 3 du Code civil est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution » (36).

Quinze mois plus tard, la haute juridiction est appelée à statuer sur la même problématique, cette fois à l'égard de l'article 332*quinquies*, paragraphe 2, alinéa 1, du Code civil (37) et confirme son arrêt antérieur (38).

Par ces arrêts, la Cour constitutionnelle étend ainsi « l'application de l'intérêt de l'enfant à tous les âges de la vie de l'enfant, en effaçant les limites temporelles liées au seuil du premier anniversaire » (39).

Par ailleurs, le contrôle de l'intérêt de l'enfant par le juge, visé aux articles 329*bis*, paragraphe 2, alinéa 3, et 332*quinquies*, paragraphe 2, alinéa 1, du Code civil, ne peut être que marginal : c'est

(35) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.6.

(36) B.7. et dispositif.

(37) C. const., 3 mai 2012, n° 61/2012.

(38) B.7.

(39) J. SOSSON, N. MASSAGER, « Filiation et Cour constitutionnelle », in N. MASSAGER, J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthémis, 2015, p. 72.

seulement si le lien de filiation est *manifestement* contraire à cet intérêt que le juge doit refuser de l'établir (40). Ce contrôle marginal a fait l'objet, le 2 mars 2012, d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation au regard du droit fondamental à ce que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération, dans toute décision qui le concerne, de manière primordiale (41).

En réponse à cette question, la Cour constitutionnelle a jugé que « l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution [et] l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant imposent aux juridictions de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant, ce qui englobe les procédures relatives à l'établissement de la filiation ». Elle ajoute cependant que l'intérêt de l'enfant « n'a pas pour autant un caractère absolu. Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale. Cette place particulière ne permet pas pour autant de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence ». Elle déduit de ces différents principes que l'article 332*quinquies*, paragraphe 2, alinéa 1, du Code civil qui « autorise le juge à n'opérer qu'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant (...) est incompatible avec l'exigence de l'article 22*bis* de la Constitution combiné avec l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant d'accorder, dans la balance des intérêts en présence, une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant » (42).

Cette jurisprudence a été tout récemment confirmée, dans le cadre d'une question préjudicielle posée à l'égard de l'article 329*bis*, paragraphe 2, alinéa 3, du Code civil (43).

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle montre donc qu'en matière de filiation, elle accorde une certaine prééminence, « une attention constante » (44), à l'intérêt de l'enfant dans l'articula-

(40) Le mot « manifestement » fut introduit dans le texte pour « prendre uniquement en compte le danger grave pour l'enfant », soit que le candidat à la reconnaissance soit dans une situation telle que s'il eût été juridiquement le père, il eût pu être déchu de l'autorité parentale (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. repr. 2003-2004, n° 0597/001, p. 10).

(41) Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 712.

(42) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.9-B.11. Depuis, la Cour de cassation applique l'arrêt : e. a. Cass., 27 septembre 2013, n° C.10.0685.F.

(43) C. const., 2 juillet 2015, n° 101/2015, spéc. B.8-B.10 ; C. const., 2 juillet 2015, n° 102/2015, spéc. B.8-B.10.

(44) P. MARTENS, « Filiation et Cour constitutionnelle: contrepoint », in N. MASSAGER, J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthémis, 2015, p. 100.

tion des droits fondamentaux, sans pour autant l'ériger au rang de droit absolu. Paul Martens résume parfaitement cette évolution : « dans son arrêt n° 30/2013, par une motivation (...) nuancée, [la Cour] dit que l'intérêt de l'enfant revêt un caractère "primordial" mais non "absolu". Cela nous paraît être une explicitation rationnelle du terme "primordial", qui exprime une précellence et ne veut pas dire que tout autre intérêt serait aboli » (45).

La Cour européenne des droits de l'homme, qui a manifestement inspiré la Cour constitutionnelle (46), accorde également à l'intérêt de l'enfant, une prédominance certaine (47).

Ainsi, en matière de filiation, elle juge, dès 2002, que « lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant » (48). Plus récemment, elle a déclaré : « *Consideration of what lies in the best interests of the child concerned is of paramount importance in every case of this kind; depending on their nature and seriousness, the child's best interests may override that of the parents* » (49).

De manière générale et suivant ses propres termes, « il ressort (...) de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'il s'agit de familles, les autorités doivent, dans leur évaluation de la proportionnalité, tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. À cet égard, la Cour souligne qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (...). La Convention internationale relative aux droits de l'enfant préconise que l'intérêt supérieur des enfants soit une considération primordiale dans toute décision les concernant (article 3) » (50).

(45) *Ibid.*, p. 101.

(46) Voy. C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.8 ; C. const., 2 juillet 2015, n° 101/2015, B.7 ; C. const., 2 juillet 2015, n° 102/2015, B.7.

(47) Geoffrey Willems met ainsi en évidence, à propos de la jurisprudence actuelle de la Cour de Strasbourg en matière de filiation, une ligne de conduite claire : « la Cour refuse l'abstraction des impossibilités absolues et exige des États qu'une évaluation concrète du poids relatif des intérêts en présence puisse intervenir. Et dans le cadre de la pesée considérée, l'intérêt de l'enfant revêt une importance particulière » (G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 64).

(48) Cour eur. D.H., *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, req. n° 33711/96, § 73.

(49) Cour eur. D.H., *Ahrens c. Allemagne*, 22 mars 2012, req. n° 45071/09, § 63.

(50) Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, req. n°s 39472/07 et 39474/07, §§ 140 et 141. Voy., dans le même sens e. a. : Cour eur. D.H., *Maire c. Portugal*, 26 juin

b) Le droit de l'enseignement

Les droits en matière d'enseignement sont consacrés à l'article 24 de la Constitution qui protège la liberté d'enseignement des pouvoirs organisateurs et des parents (§ 1^{er}), ainsi que leur droit à l'égalité (§ 4), mais qui protège aussi les droits des élèves : obligation scolaire et respect de leurs convictions (§ 1^{er}), droit à l'enseignement, respect de leurs droits fondamentaux et de leurs libertés, gratuité de l'enseignement (§ 3) et droit à l'égalité (§ 4).

Ces divers droits fondamentaux ont généré des conflits portés devant la Cour constitutionnelle. À nouveau, ici, nous ne pourrions évoquer toutes les questions qui se trouvent au cœur du droit de l'enseignement et nous nous limiterons aux arrêts récents relatifs à l'enseignement à domicile, qui ont amorcé un changement sans précédent en la matière.

Le premier décret qui fut au centre de cette problématique a été adopté par la Communauté française le 25 avril 2008. Il fixe les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française. Saisie de plusieurs recours contre ce décret, la Cour constitutionnelle a prononcé deux arrêts en 2009 (51), dans lesquels, se fondant expressément sur l'article 22*bis*, alinéa 4 de la Constitution, ainsi que sur l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et sur les articles 28.1 et 29.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, elle considère que la liberté de choix des parents en matière d'enseignement « doit s'interpréter en tenant compte, d'une part, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit fondamental à l'enseignement et, d'autre part, du respect de l'obligation scolaire » (52). Elle limite ainsi la liberté des parents au nom des droits de l'enfant. Elle précise aussi que l'intérêt supérieur de l'enfant restreint la liberté des enseignants (53) et la liberté d'expression dans l'enseignement (54). Le juge constitutionnel précise encore que

2003, req. n° 48206/99, §§ 71 et 77 ; Cour eur. D.H., *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n° 31871/96, § 64 ; Cour eur. D.H., *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n° 41615/07, § 135 ; Cour eur. D.H., *Anayo contre Allemagne*, 21 décembre 2010, req. n° 20578/07, § 65.

(51) C. const., 9 juillet 2009, n° 107/2009 ; C. const., 29 octobre 2009, n° 168/2009.

(52) C. const., 9 juillet 2009, n° 107/2009, B.16.2.

(53) B.17.2.

(54) B.17.3.

les libertés invoquées doivent se concilier « avec l'objectif d'ouvrir l'esprit des enfants au pluralisme et à la tolérance, qui sont essentiels à la démocratie » (55) et que le droit à l'enseignement de l'enfant s'exerce, conformément à l'article 24, paragraphe 3, de la Constitution, « dans le respect des libertés et droits fondamentaux », parmi lesquels figurent tant le Titre II de la Constitution que la Convention européenne des droits de l'homme (56). Dans ces arrêts, la Cour indique également que la qualité de l'enseignement et le niveau d'études à atteindre doivent être pris en compte dans l'appréciation des limites à la liberté d'enseignement (57). Elle en conclut qu'« il n'est pas déraisonnable de considérer que l'échec répété du mineur instruit à domicile constitue l'indice de carences dans l'enseignement qui lui est dispensé, de sorte qu'il est conforme à la fois à l'objectif de garantir le droit de tout mineur à l'enseignement et à l'intérêt du mineur concerné de prévoir un changement dans le type d'enseignement » (58).

Dans cette jurisprudence, on constate, à nouveau, que la Cour constitutionnelle donne une « précellence » aux droits fondamentaux des enfants et veille, tout particulièrement ici, à leur droit à l'instruction et à leur droit à voir leurs intérêts pris en considération de manière primordiale (59). Xavier Delgrange et Mathias El Berhoumi relèvent en ce sens que le cœur du droit constitutionnel en matière d'enseignement a évolué : « à la liberté, exclusivité des adultes, soit qu'ils enseignent soit qu'ils choisissent l'enseignement pour leurs enfants, s'est adjoint le droit à l'enseignement, reconnu à tout enfant qui est même tenu d'en jouir. Davantage que la liberté d'enseignement, c'est désormais l'égalité des enfants dans la jouissance de leur droit à l'enseignement qui est devenue la préoccupation majeure des responsables politiques. (...) Aujourd'hui,

(55) B.17.3.

(56) B.19.1.

(57) B.23.4.

(58) B.34.5.

(59) En ce sens E. BREMS, S. OUALD CHAÏB et S. SMET, Les droits constitutionnels conflictuels », 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*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 309 : « Dans le cadre du test de la proportionnalité, la Cour met fortement l'accent sur la subordination du libre choix des parents tant au droit à l'instruction de l'enfant qu'à l'intérêt général ». Voy. aussi A. RASSON-ROLAND, « Une approche comparative des droits de l'enfant – Quelques variations sur *Les jeux d'enfants* », in Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Anthémis, Limal, 2010, pp. 633 et s.

c'est désormais autour du droit des élèves que se construisent la législation et la jurisprudence constitutionnelle » (60).

Cette évolution a été confirmée, en 2014 et en 2015, dans deux arrêts de la Cour constitutionnelle prononcés dans le cadre de recours introduits contre le décret de la Communauté flamande du 19 juillet 2013 relatif à l'enseignement XXIII (61).

Plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont invoqués à l'appui de cette jurisprudence constitutionnelle : « La Cour européenne des droits de l'homme considère (...) que, lorsqu'au lieu de le conforter, les droits des parents entrent en conflit avec le droit de l'enfant à l'instruction, les intérêts de l'enfant priment » (62). Le juge européen des droits de l'homme a en effet déjà jugé à plusieurs reprises que le droit fondamental à l'instruction de l'enfant « domine » les droits des parents en la matière (63).

*

Les décisions que nous venons d'étudier tant en matière de filiation que d'enseignement montrent que l'intérêt de l'enfant et, plus largement, ses droits fondamentaux ont, aux yeux de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme, la prééminence sur d'autres intérêts et d'autres droits en cas de conflit. De ces décisions, nous pouvons déduire qu'*a priori*, l'intérêt de l'enfant est devenu au fil du temps une valeur primordiale et fondamentale pour ces deux juridictions.

c) La détention des enfants étrangers

D'autres arrêts font apparaître cependant que l'attention que la Cour constitutionnelle accorde à l'intérêt de l'enfant peut se relâ-

(60) X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », in M. VERDUSSEN et N. BONLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique, Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, pp. 1175 et s.

(61) C. const., 8 mai 2014, n° 80/2014 ; C. const., 21 mai 2015, n° 60/2015.

(62) C. const., 9 juillet 2009, n° 107/2009, B.17.2 ; C. const., 8 mai 2014, n° 80/2014, B. 11.2.

(63) Cour eur. D.H., décision *Konrad c. Allemagne*, 11 septembre 2006, req. n° 35504/03, § 1 qui fait référence à *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982, § 36, série A 48 ce qui montre l'ancienneté du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme en cette matière.

cher. À notre estime, l'une des meilleures illustrations (64) de cette inconstance se rencontre dans la problématique de la détention des enfants étrangers.

Avant le célèbre arrêt *Tabitha*, prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 12 octobre 2006 (65), et ceux qui ont suivi (66), la détention des enfants mineurs étrangers sans titre de séjour n'était ni interdite, ni autorisée en Belgique, de telle sorte qu'elle se pratiquait dans les faits (67).

Pourtant, il ne fait nul doute que la détention des enfants pour des motifs liés aux politiques migratoires est en contrariété avec leurs droits fondamentaux, et donc avec leurs intérêts, et est désastreuse pour leur équilibre et leur développement (68).

Les condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme ont conduit l'État belge à faire évoluer la situation.

Pour les familles avec enfants en séjour illégal, des « maisons de retour » ont été mises en place, en 2009, comme alternative à l'enfermement (69). Des « *coachs* de retour » aident ces familles à régulariser leur séjour ou à préparer leur retour. Ils doivent, no-

(64) Une autre eût pu être celle des sanctions administratives qui peuvent notamment être infligées aux mineurs. Cf. e. a. C. const., 23 avril 2015, n° 44/2015, B.51.3-B.54.

(65) Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03.

(66) Cour eur. D.H., *Muskhadzhiyeva e.a. c. Belgique*, 19 janvier 2010, req. n° 41442 ; Cour eur. D.H., *Kanagaratnam et a. c. Belgique*, 13 décembre 2011, req. n° 15297/09 ; Cour eur. D.H., *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011, req. n° 8687/08 ; Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et n° 39474/07 ; Cour eur. D.H., *Mahmundi c. Grèce*, 31 juillet 2012, req. n° 14902/10 ; Cour eur. D.H., 24 octobre 2013, *Houssein c. Grèce*, req. n° 71825/11.

(67) J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010, pp. 361 et 362.

(68) Voy. not. Médecins sans frontières, *Le coût humain de la détention. Les centres fermés pour étrangers en Belgique*, <http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2009/06/msf-belgium-report.pdf>, pp. 28-30 cité par J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », in Th. MOREAU, A. RASSON-ROLAND, M. VERDUSSEN (dir.), *Le droit de l'enfant au respect*, Limal, Anthémis, 2013, p. 44 ; les rapports cités dans Cour eur. D.H., *Kanagaratnam et a. c. Belgique*, 19 janvier 2012, req. n° 15297/09, §§ 40-44 ; la Recommandation n° 13 de la Résolution du Parlement européen sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne, 12 septembre 2013, n° 2012/2263 ; Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 2005, pp. 13 et 18 ; Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Belgique, 2010, p. 16 ; A. DESWAEF, « Peut-on enfermer des enfants ? Je vous le demande, peut-on enfermer des enfants ? », *J.D.J.*, n° 262, 2007, pp. 4-8.

(69) A.R. du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er} de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Voy. à ce sujet J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 362 ; J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *op. cit.*, p. 45.

tamment, les informer et les accompagner socialement et psychologiquement. Cette initiative, positive selon plusieurs organisations non gouvernementales (70), a été qualifiée par la Secrétaire d'État compétente en matière d'asile et de migration à l'époque comme une « alternative valable pour l'organisation du retour de familles et pour l'accueil de familles à la frontière » (71).

Puis, en 2011, le législateur a inséré un nouvel article – 74/9 – dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (72) qui prévoit que la détention des familles avec enfants mineurs est en principe interdite *à moins que le lieu de détention ne soit adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs*. Si l'objectif de la loi était à l'origine louable, à savoir mettre fin à la détention des enfants, le législateur, par l'introduction de cette exception, permet, à nouveau, l'enfermement de mineurs, et ce en flagrante violation de ses droits fondamentaux et de la prise en considération de son intérêt de manière primordiale.

Un recours contre le nouvel article a été introduit devant la Cour constitutionnelle qui l'a rejeté, sous réserve de certaines interprétations mineures (73). Elle a ainsi jugé que la détention prévue par le législateur dans l'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980, telle qu'elle l'interprète, n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant (74), ne peut être considérée comme un traitement inhumain ou dégradant (75), n'empêche pas les enfants de mener une vie conforme à la dignité humaine (76), ne porte pas atteinte à leur liberté individuelle (77), ne viole pas leur droit à la vie privée (78) et n'est pas discriminatoire (79).

Sur l'intérêt de l'enfant, la haute juridiction déclare que l'article 22*bis* de la Constitution et l'article 3.1 de la Convention inter-

(70) Voy. www.cire.be, www.unicef.be, www.amnesty.be.

(71) <http://www.lalibre.be/actu/belgique/privilegier-les-maisons-de-retour-51b8f256e4b0de6db9c8346a>, 2 octobre 2012.

(72) Voy. aussi A.R. du 17 septembre 2014 déterminant le contenu de la convention et les sanctions pouvant être prises en exécution de l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

(73) C. const., 19 décembre 2013, n° 166/2013.

(74) B.11-B.12.3.

(75) B.13-B.14.3.

(76) *Ibid.*

(77) B.4-B10.

(78) B.15-B.16.3.

(79) B.17-B.22.

nationale relative aux droits de l'enfant « n'interdisent pas de façon absolue la détention de mineurs. L'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant autorise par ailleurs la détention de mineurs si elle se fait conformément à la loi et pour autant que cette détention ne soit décidée qu'en dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas de manière absolue à la détention de mineurs, pour autant que l'unité familiale ne soit pas compromise, qu'il n'y ait pas d'alternatives et que la détention soit uniquement envisagée en dernier ressort ».

La Cour européenne des droits de l'homme est assurément plus attentive aux droits de l'enfant et à ses intérêts en cette matière. Il convient, en effet, selon elle, de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est « déterminant(e) (...) et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal » (80). Nous regrettons néanmoins, avec d'autres (81), qu'elle n'ait pas été plus claire dans ses arrêts en condamnant fermement le principe de la détention des enfants pour des motifs uniquement liés à l'immigration. La motivation de l'arrêt de la Cour constitutionnelle confirme d'ailleurs très clairement ce manquement.

*

Ainsi, dans le domaine sensible de la migration, la Cour constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme, si attentives à l'intérêt de l'enfant par ailleurs, lui accordent soudain moins d'importance dans une balance qui prend en compte l'intérêt de l'État à mettre en place la politique migratoire qui lui sied. L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ou à tout le moins primordiale

(80) Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 55 ; Cour eur. D.H., *Muskhadzhiyeva e. a. c. Belgique*, 19 janvier 2010, req. n° 41442, § 56 ; Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07, § 91. Voy. égal. N. MUIŻNIEKS, « Toute décision concernant un enfant migrant doit être fondée sur son intérêt supérieur », *Le carnet des droits de l'homme*, 19 septembre 2013, <http://fr.humanrightscourt.org>.

(81) J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 362 ; M.-F. VALETTE, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », *Rev. trim. dr. h.*, 89/2012, pp. 103 et s. ; N. HERVIEU, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnés d'enfants », dans *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 22 janvier 2012 qui distingue une approche divergente sur ce point entre la deuxième chambre et la cinquième chambre de la Cour.

jusqu'ici, semble tout à coup s'effacer devant certaines contraintes politiques et économiques prégnantes dans notre société.

Conclusion

Le droit fondamental de l'enfant à voir son intérêt pris en considération de manière primordiale est un droit conventionnel et constitutionnel. Il devrait même, selon certains, être érigé au rang de principe général du droit (82).

La position des trois hautes juridictions à l'égard du droit des enfants à voir leurs intérêts pris en considération de manière primordiale reste cependant mitigée. Si la Cour constitutionnelle lui accorde une attention constante dans plusieurs domaines, dont le droit de la filiation et le droit de l'enseignement, elle est plus réservée dans d'autres matières plus délicates, comme par exemple celle de la détention des enfants étrangers.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation, de leur côté, sont plus clairs dans leurs intentions. En refusant de reconnaître un effet direct au droit fondamental de la primauté de l'intérêt de l'enfant (83), ils réduisent sa portée (84).

Ainsi, nonobstant le libellé des articles 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, de l'article 24.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution qui montre qu'il faut accorder une prééminence à l'intérêt de l'enfant dans son articulation avec d'autres droits et d'autres intérêts et nonobstant certaines décisions qui confirment cette prééminence (85), nous constatons que l'intérêt de l'enfant

(82) Voy. par exemple J. FIERENS, « L'intérêt de l'enfant et les mutilations génitales féminines », in *Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition : le cas des mutilations génitales féminines*, Actes du colloque organisé par l'ASBL Intact le 14 novembre 2014, pp. 18 et s., <http://www.intact-association.org/images/stories/documents/colloques/2014/acte-colloque-2014-fr.pdf>. Voy. égal. la présentation du même auteur sur le site.

(83) Contrairement à leurs homologues français.

(84) Comme le souligne toutefois, à juste titre, Géraldine Mathieu : « On relativisera (...) la portée de l'effet direct en se rappelant que même si la norme d'un traité se voit dénuée d'effet direct, elle peut encore se révéler utile de deux manières. D'une part, [grâce à] (...) l'effet de *standstill* (...), d'autre part, (...) en tant que directive [interprétative] » (G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, *op. cit.*, p. 40). Cette précision s'applique *mutatis mutandis* à la norme constitutionnelle (A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », *op. cit.*, pp. 1608 et s.).

(85) Paul Martens souligne à cet égard que la Cour constitutionnelle n'aurait pu dénier la prépondérance de cet intérêt, au vu du libellé des normes constitutionnelle et conventionnelles (P. MARTENS, « Filiation et Cour constitutionnelle: contrepoint », *op. cit.*, p. 101).

n'est pas encore aujourd'hui une valeur fondamentale au sein de l'ordonnement juridique.

Cette observation se voit aussi confirmée par les débats doctrinaux, parfois assez vifs, que suscitent la notion et la portée de l'intérêt de l'enfant, qualifié par d'aucuns de concept « protéiforme » (86), « évolutif » (87), « difficile à définir » (88), « mou » (89), « à multiples facettes » (90), « formule magique » (91), d'« objet flottant non identifié » (92).

Dans ces circonstances, nous nous demandons s'il ne faudrait pas aller plus loin et revoir notre manière d'appréhender l'intérêt de l'enfant. Si la prise en compte de cet intérêt de manière primordiale dans toute décision qui concerne l'enfant est incontournable, ne fût-ce que parce qu'elle est consacrée dans des textes fondamentaux, tels la Constitution ou des traités internationaux, certaines difficultés liées à son application pourraient être dépassées en cherchant non plus à faire référence aux intérêts supérieurs de l'enfant, en tant que tels, mais à les appréhender à travers ses droits : droit au respect de sa vie privée, de sa vie familiale, de son intégrité, droit à l'instruction, droit à l'égalité et de la non-discrimination, ... Dans la balance, ce serait au droit fondamental concerné qu'il faudrait donner un poids particulier, compte tenu de la fragilité de l'enfant. Cette méthode pour appréhender l'intérêt de l'enfant, par le prisme de ses droits, nous semble porteuse d'espoir pour dépasser certains échanges, parfois stériles, qui font oublier que ce qui importe, c'est de trouver le chemin de la protection effective des droits et libertés de l'enfant, à l'aune de sa vulnérabilité.

(86) N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles: Chronique de jurisprudence 1999-2004*, coll. Les dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 566.

(87) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1984-1985, n° 904/2, pp. 61 et 88.

(88) *Ibid.*, pp. 59 et 61.

(89) P. VERDIER, « Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant », *op. cit.*

(90) E. LANGENAKEN, « Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 365.

(91) S. GRAILLAT, « Décliner le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'aide d'obligations procédurales. Les propositions de DEI-France », *op. cit.*, p. 17.

(92) M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », in Ph. GÉRARD, F. Ost et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 53.