

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge

Mallien, Michaël

Published in:
L'hébergement de l'enfant

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Mallien, M 2020, 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. dans *L'hébergement de l'enfant: réflexions pluridisciplinaires*. Jeune Barreau de Mons, Anthemis, Limal, pp. 7-45.

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.

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

Michaël MAILLIEN

Chargé de cours invité à l'UNamur et l'UAntwerpen

Maître de conférences à l'ULB

Collaborateur scientifique à l'UCLouvain (CeFAP)

Professeur à l'EPHEC

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

Les dernières décennies ont été marquées par l'adoption d'un certain nombre de textes garantissant à l'enfant, au mineur d'âge, une certaine prise en considération de la parole qu'il exprime en diverses circonstances. C'est ainsi que l'article 12 de la Convention onusienne du 20 novembre 1989 (ci-après, désignée par « CIDE ») garantit au mineur le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne et, à certaines conditions, la prise en considération de cette opinion. Ce droit a été réaffirmé et précisé, à plusieurs reprises, dans les divers rapports et *guidelines*, rendus et formulés, y compris très récemment, par le Comité des droits de l'enfant. En 2008, le constituant belge a consacré le même droit à l'article 22bis, alinéa 2, de notre loi fondamentale¹. Ce droit de s'exprimer et d'être entendu était déjà prévu par l'ancien article 931 du Code judiciaire, remplacé, lors de la loi du 31 juillet 2013 instituant le tribunal de la famille et de la jeunesse, par les nouveaux articles 1004/1 et 1004/2 du même Code qui détaillent et uniformisent davantage les pratiques en matière d'audition.

Le colloque, organisé le 21 mars 2019 par le barreau de Mons et dont le présent ouvrage se veut le reflet, était consacré aux approches interdisciplinaires en matière d'hébergement. La question de la place de l'opinion de l'enfant lors des contentieux en cette matière nous a semblé non seulement essentielle, mais également d'une actualité particulière au regard des évolutions législatives précitées.

¹ Voy. révision constitutionnelle du 22 décembre 2008, M.B., 29 décembre 2008, n° 2008021116, p. 68648.

En effet, le constituant ainsi que les auteurs de divers instruments internationaux et nationaux semblent considérer toujours davantage l'enfant comme un sujet de droit à part entière, et non plus comme un simple objet de droit totalement soumis à ce que les adultes considèrent comme correspondant à son « bien ». Ces textes témoignent-ils d'une véritable révolution copernicienne, tendant à redéfinir entièrement la conception de l'enfant, la place de son opinion et l'incidence de ses droits? Ou s'agit-il simplement d'une évolution cosmétique sans plus d'ambition que de réaffirmer le souci (pieux) des adultes de prendre en considération au mieux le fragile et le faible, l'*infirmus*, c'est-à-dire celui qui ne parle pas?

Sans avoir l'ambition naïve et démesurée de répondre de manière définitive ou exhaustive à ces questions, nous tenterons, plus modestement, d'apercevoir les indices que le cadre juridique et la pratique judiciaire en matière d'autorité parentale et d'hébergement pourraient révéler à cet égard.

La première partie de la présente contribution est ainsi consacrée à l'audition de l'enfant par les juges, alors que la deuxième traite de la prise en considération de l'opinion ainsi révélée lors de la prise d'une décision judiciaire dans les matières évoquées.

Nous n'aborderons cependant ni les droits aux relations personnelles sollicitées dans le cadre de l'article 375*bis* du Code civil par les grands-parents ou les tiers liés affectivement, ni les procédures concernant l'état de l'enfant, ni même le contentieux protectionnel, récemment modifié ou en cours de modification dans différentes Communautés et Régions du pays, mais qui dépassent le cadre de la thématique retenue. Par ailleurs, nous nous limiterons aux procédures judiciaires contentieuses, laissant de côté la question, pourtant intéressante, de la place de l'opinion de l'enfant dans le cadre d'une médiation ou d'un autre mode alternatif de règlement des conflits.

Section 1

L'audition de l'enfant

En ce qui concerne l'audition de l'enfant, la question centrale tend à mettre au jour la finalité ultime de l'audition de l'enfant, c'est-à-dire ce qui est recherché à travers celle-ci. S'agit-il de lui reconnaître un rôle participatif dans le processus décisionnel ou de mettre à disposition du juge une mesure d'investigation supplémentaire, permettant d'entrevoir son intérêt dont l'appréciation demeurerait l'apanage exclusif de l'adulte? Cette interrogation centrale est évidemment loin d'être anodine, puisque, d'une part, elle a trait à l'étendue des droits du mineur et, d'autre part, elle ne demeure pas sans conséquence en ce qui concerne la prise en considération de son opinion exprimée lors de l'audition.

§ 1. Généralités

Un nombre relativement important de textes sont régulièrement invoqués comme fondement juridique de l'obligation d'entendre l'enfant. Parmi ceux-ci, les articles 12 de la CIDE, 22*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution et 1004/1 (et 1004/2) du Code judiciaire constituent les principales dispositions faisant mention expresse de l'audition de l'enfant. Leur analyse précise s'impose afin de bien saisir des contours de l'obligation qui repose sur les tribunaux et du droit reconnu aux enfants.

Tableau 1 – Comparaison textuelle des articles 12 de la CIDE, 22*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution et 1004/1 du Code judiciaire

CIDE (art. 12)	Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.
Constitution (art. 22 <i>bis</i> , al. 1 ^{er})	Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement.
Code judiciaire (art. 1004/1)	§ 1. Tout mineur a le droit d'être entendu par un juge dans les matières qui le concernent relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à l'hébergement ainsi qu'au droit aux relations personnelles. Il a le droit de refuser d'être entendu. § 2. Le mineur de moins de douze ans est entendu à sa demande, à la demande des parties, du ministère public ou d'office par le juge. Le juge peut, par décision motivée par les circonstances de la cause, refuser d'entendre le mineur de moins de douze ans, sauf lorsque la demande émane de ce dernier ou du ministère public. La décision de refus n'est pas susceptible de recours. § 3. Le mineur qui a atteint l'âge de douze ans est informé par le juge de son droit à être entendu conformément à l'article 1004/2. Un formulaire de réponse est joint à cette information. § 4. Si le mineur a déjà été entendu au cours de la procédure ou dans une instance précédente, même devant un autre tribunal, le juge peut ne pas accéder à la demande si aucun élément nouveau ne la justifie. § 5. Le juge entend le mineur en un lieu qu'il considère comme approprié. À moins que le juge n'y déroge par une décision motivée, l'entretien a lieu hors la présence de quiconque. Le rapport de l'entretien est joint au dossier de la procédure. Il relate les dires du mineur. Le mineur est informé que les parties pourront prendre connaissance du rapport. Le juge informe le mineur du contenu du rapport et vérifie si le rapport exprime correctement les opinions du mineur.

	<p>Le rapport n'est pas signé par le mineur. Si, au cours de l'entretien, le juge estime que le mineur n'a pas le discernement nécessaire, il l'indique dans le rapport.</p> <p>§ 6. L'entretien avec le mineur <i>ne lui confère pas la qualité de partie</i> à la procédure.</p> <p>Les opinions du mineur sont prises en considération compte tenu de son âge et de son degré de maturité.</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Par ailleurs, les articles 41, 2 c², et 42, 2, alinéa 1³, du règlement Bruxelles IIbis⁴ (qui détermine la compétence internationale et la force exécutoire des décisions judiciaires étrangères, notamment en matière d'autorité parentale et d'hébergement) prévoient également l'audition de l'enfant avant la délivrance de certificats en matière de droit aux relations personnelles ou de retour dans le pays d'origine. Ces deux textes conditionnent ladite audition par une « maturité » suffisante, et non par le « discernement ». Ces deux notions recouvrent, selon nous, une signification juridique relativement similaire⁵. 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'enfant⁶. 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.

§ 2. L'article 12 de la CIDE et les dispositions internationales

L'article 12 de la CIDE constitue le premier texte majeur à reconnaître l'audition comme un droit subjectif de l'enfant, et à ne plus y voir uniquement une mesure d'investigation mise à disposition des adultes en général (et du juge en particulier) afin de leur permettre d'apprécier son intérêt. Les États qui ont ratifié la Convention se sont ainsi engagés à permettre à l'enfant de s'exprimer librement sur toute question qui l'intéresse, ce qui, bien évidemment, inclut les procédures judiciaires. Celles-ci sont expressément mentionnées à l'article 12.2 qui traduit ce droit d'*expression* en véritable droit d'*audition* (bien que celui-ci

² « Le juge d'origine ne délivre le certificat visé au paragraphe 1, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe III (certificat concernant le droit de visite), que si [...] c) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité. »

³ « Le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si : a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité. »

⁴ P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », in P. SENAËVE (éd.), *Handboek familieprocesrecht*, Kluwer, 2017, p. 405.

⁵ Cf. *infra*, section 2, § 4, A.

⁶ P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*

ne soit pas illimité⁷), ce qui interdit de restreindre le premier à, par exemple, la seule possibilité pour l'enfant d'écrire au tribunal. Quelques points forts, mais également certaines limites, ressortent d'une lecture attentive dudit article 12.

A. Points forts et large étendue

Parmi les points forts se trouve incontestablement le droit d'« exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant ». Il en ressort que l'enfant a non seulement le droit de s'exprimer, mais également de le faire librement, c'est-à-dire qu'il lui est loisible d'émettre toute considération qu'il estime pertinente. Ceci nous semble exclure, par exemple, que l'entretien puisse prendre la forme d'un seul interrogatoire où le jeune serait cantonné au rôle de simple répondant à des questions choisies par son interlocuteur.

Plus fondamentalement encore, l'adverbe « librement » semble supposer que l'enfant puisse s'exprimer à l'abri de toute pression ou influence indue⁸ de la part de ses parents, d'autres adultes, de ses frères et sœurs, et, bien sûr, de la personne qui l'interroge. À cet égard, le Comité onusien des droits de l'enfant précise, 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 non de celle d'autrui⁹. 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 influences. À cet égard, il est permis de s'interroger sur la compatibilité du versement au dossier de procédure du rapport relatant les dires du mineur, comme prévu par l'article 1004/1, § 5, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire, avec l'article 12.1 de la CIDE. En privilégiant ainsi le principe du contradictoire, le législateur belge a, dans une certaine mesure, exposé l'enfant à des pressions potentielles, risquant dans certains cas de le mener à l'autocensure, puisqu'il sait que ses parents et leurs conseils pourront lire le rapport où ses dires seront consignés. 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 ne pourrait *imposer* l'audition à l'enfant, qui conserve donc, en toutes circonstances, le droit de la refuser.

Enfin, 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 dans le sens le moins restrictif possible¹⁰. Cette locution concerne évidemment tout contentieux relatif à l'état de l'enfant (filiation,

⁷ Cf. *infra*, section 1, § 1, B.

⁸ Voy., à ce sujet, l'observation générale n° 12 rendue les 25 mai et 12 juin 2019 par le Comité de l'ONU des droits de l'enfant, spéc. pt 22.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, pts 26-27.

adoption...), à son intégrité physique (actes médicaux, don d'organes, euthanasie...), à son orientation éducative (choix de l'école, religion, activité extrascolaire...), à son statut administratif (nationalité, domicile...), à l'exercice exclusif, conjoint ou « modalisé »¹¹ de l'autorité parentale, à son hébergement principal et secondaire, aux relations personnelles avec les grands-parents et les tiers...

De manière sans doute moins orthodoxe, il nous semble permis de considérer que le droit de l'enfant d'être entendu concerne non seulement lesdits litiges relatifs à sa personne, mais également les procédures qui ont trait à son patrimoine. Parmi celles-ci, on songe aux éventuels contentieux entre ses parents relatifs à l'administration et/ou à la jouissance légale de ses biens prévues par l'article 376 du Code civil, à l'autorisation sollicitée conformément à l'article 410, § 1^{er}, 1^o à 6^o et 8^o à 14^o, du même Code auprès du juge de paix afin de poser un acte juridique important en son nom (comme l'acceptation/le refus d'une succession, ou l'aliénation d'un bien immobilier¹²). Certes, l'audition de l'enfant en ces matières apparaît comme rarissime dans la pratique judiciaire, mais il semble 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 administrera personnellement dans le futur.

¹¹ 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^{os} 64-66; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *Ann. Dr.*, 1996, p. 115, n^{os} 54-56; 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^o 23.

¹² L'autorisation du juge de paix est requise par l'article 378 du 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 immeuble; 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 ».

B. Limites aux droits garantis par l'article 12

Tout d'abord, les droits d'expression et d'audition ne sont reconnus qu'au mineur doté de la faculté de *discernement*¹³. Ceci signifie, en principe, qu'il n'est pas interdit aux États qui ont ratifié la CIDE (mais rien ne les y obligerait non plus) de barrer la route à la demande d'audition d'enfants dont il serait établi qu'ils ne disposent pas encore de cette faculté. Force est toutefois de constater que, si la Belgique a fixé une limite d'âge à l'article 1004/1, § 3, du Code judiciaire pour l'information obligatoire à propos du droit d'audition, elle n'a prévu rien de tel pour l'exercice lui-même de ce droit¹⁴. Quoi qu'il en soit, lesdits droits ne sont garantis à l'article 12 de la CIDE qu'aux enfants dotés de la faculté de discernement, mais il demeure constant que le juge se verra, dans certains cas, néanmoins obligé de les entendre (certes, cette fois, dans une stricte perspective d'investigation) afin d'apprécier leur intérêt qui doit rester le critère principal en vertu de l'article 3.1 de la même Convention. Notons également que, pour le Comité des droits de l'enfant, la présence même du terme « discernement » implique l'existence d'une *présomption* – certes réfragable – d'une telle faculté dans le chef de l'enfant¹⁵.

Ensuite, l'article 12 ne garantit pas au mineur un accès direct au juge appelé à statuer à son sujet, puisque son alinéa 2 prévoit expressément la possibilité que cette audition ait lieu par l'*intermédiaire* « d'un représentant ou d'une organisation appropriée », conformément aux règles procédurales de l'État concerné. Cette importante restriction au droit d'audition peut être double.

- D'une part, la possibilité de prévoir un intermédiaire permet au législateur national et/ou au juge de déléguer, soit systématiquement, soit au cas par cas, l'audition de l'enfant à un tiers. Le texte n'exclut ainsi nullement que l'audition soit systématiquement confiée à une organisation spécialisée ou à un expert désigné par le juge. Tel fut le cas dans certains arrondissements judiciaires avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 juillet 2013¹⁶ instituant le tribunal de la famille qui, sur ce point, confère un droit d'audition plus étendu à l'enfant que ce qui est prévu par la CIDE.
- D'autre part, 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,

¹³ Nous reviendrons sur le sens de cette notion lorsque nous la comparerons avec celle de « maturité » requise par l'article 12.1 *in fine* de la CIDE dans le cadre de l'obligation de prendre la parole de l'enfant en considération.

¹⁴ La demande d'un enfant d'être entendu ne peut, quel que soit son âge, être refusée, sauf en l'absence d'élément nouveau s'il l'a déjà été précédemment (art. 1004/1, §§ 2 et 4, C. jud.).

¹⁵ Observation générale n^o 12, préc., n^o 20.

¹⁶ Ainsi, les juges des référés de Liège avaient pour pratique de faire auditionner les enfants en urgence par un psychologue désigné et dont l'intervention rapide était assurée par un système de permanence. L'enfant était entendu deux fois, dont l'une après avoir été conduit par son père, et l'autre après l'avoir été par sa mère – 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^o 221 *in fine*.

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, d'un tuteur *ad hoc* ou d'une autre personne désignée, étant entendu toutefois que les balises mises en avant au point précédent devront être respectées. Il importe donc, à notre avis, que la personne relais et les règles qui encadrent son intervention s'assurent que l'opinion de l'enfant soit transmise fidèlement et complètement après qu'il n'a pu s'exprimer librement, qu'elle ait été recueillie auprès de celui-ci sans qu'il subisse de pressions, etc.

C. Le droit d'audition et l'article 12 de la CIDE dans la jurisprudence strasbourgeoise

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans un arrêt *Sahin c. Allemagne* du 8 juillet 2003, que les juridictions allemandes n'avaient pas violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (en abrégé, « CEDH ») en refusant d'entendre une enfant âgée de seulement trois ans et demi. La psychologue désignée par le tribunal avait en effet considéré une éventuelle audition comme éprouvante, voire même « risquée » pour l'enfant¹⁷.

Dans un arrêt *M. & M. c. Croatie*, rendu le 3 septembre 2015, la Cour, saisie tant par l'enfant que par la mère, s'est toutefois dite, après s'être référée explicitement à l'article 12 de la CIDE, « particulièrement frappée de constater qu'après quatre ans et trois mois, la première requérante n'a toujours pas été entendue dans cette procédure et n'a donc pas eu la possibilité d'indiquer avec quel parent elle souhaitait vivre. [...] rien ne permettait de mettre en cause la présomption selon laquelle la première requérante, qui était alors âgée de douze

¹⁷ Cette cause avait trait à la demande d'un père d'obtenir des relations personnelles avec sa fille, née hors mariage (mais dont la filiation à son égard est établie). La demande du père avait été rejetée par les juridictions allemandes compétentes qui, par ailleurs, n'avaient pas estimé devoir entendre l'enfant. Ce dernier élément a, en l'espèce, été invoqué par le père qui alléguait que la privation de contacts entre l'enfant et lui, sans l'avoir entendue, constituait une violation des droits garantis par l'article 8 de la Convention. En l'espèce, la Cour a toutefois considéré qu'« il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments rassemblés par elles, y compris la manière dont les faits pertinents ont été établis [...] ». 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. [...] La Cour relève à cet égard que l'enfant était âgée d'environ trois ans et dix mois lorsque la procédure d'appel a débuté, et de cinq ans et deux mois au moment où le tribunal régional a rendu sa décision. La psychologue a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant d'accorder un droit de visite sans que les parents aient auparavant des échanges pour résoudre leur conflit, et ce, après avoir rencontré à plusieurs reprises l'enfant, la mère et le requérant, père de l'enfant. Consultée au sujet de l'audition de l'enfant par le tribunal, elle a expliqué de manière plausible que le fait même d'interroger l'enfant comportait pour celle-ci un risque que la prise de dispositions spéciales durant l'audience ne pouvait éviter – Cour eur. D.H., 8 juillet 2003, *Sahin c. Allemagne*, arrêt de grande chambre, www.echr.coe.int, pts 73-74. Si la Cour conclut, en partant de ces considérations, à l'absence de violation de l'article 8, elle conclut néanmoins à celle des articles 8 et 14 combinés pour d'autres motifs, liée à la discrimination constatée entre le requérant, en tant que père non marié, au regard du traitement plus favorable qui (à l'époque) aurait été réservé en Allemagne à un père divorcé – voy. pts 91-95 de l'arrêt.

ans, était capable de discernement et apte à exprimer librement ses opinions (voir l'Observation générale n° 12 (2009), § 20 [...]). En tout état de cause, plus d'un an et sept mois ont passé depuis sans qu'une mesure ait été prise ne serait-ce qu'en vue de l'observation de ladite instruction»¹⁸.

Plusieurs enseignements essentiels nous semblent devoir être tirés de cet arrêt. Tout d'abord, il est manifeste que la Cour reconnaît un *droit d'audition* qui s'étend au-delà d'un simple droit d'expression. En effet, l'arrêt stigmatise de manière explicite l'absence d'audition, mais il met également en avant que l'enfant n'a pu indiquer avec quel parent elle souhaitait vivre. Ceci signifie que l'audition n'implique pas seulement un devoir, pour le juge, de recueillir des informations auprès de l'enfant qui seront utiles à l'appréciation de son intérêt, mais également – et surtout – que celui-ci a le droit d'exprimer au magistrat un message déterminé¹⁹. Les juges strasbourgeois ne se sont cependant pas prononcés à propos d'un éventuel droit de l'enfant d'être entendu personnellement par le juge (la possibilité de l'être par un intermédiaire étant explicitement prévue par l'article 12.2²⁰).

Ensuite, et plus fondamentalement encore, il ressort de cet arrêt que non seulement l'article 12 de la CIDE, mais également l'Observation générale n° 12 des 25 mai et 12 juin 2009, servent ici de *directives d'interprétation* de l'article 8 de la CEDH (qui *in se* est la seule norme dont il incombe à la Cour de vérifier l'observation). Ceci a pour conséquence que l'article 8 de la CEDH doit être interprété, en ce qui concerne le droit d'audition de l'enfant, dans toute l'étendue qui est donnée à ce droit par l'article 12 de la CIDE et par les considérations émises par le Comité des droits de l'enfant dans l'Observation générale n° 12. Or, si des controverses ont pu exister à propos de l'effet direct de l'article 12 (bien que celui-ci semble désormais acquis²¹), il demeure constant qu'un tel effet doit être reconnu à l'ensemble de la Convention européenne des droits de l'homme et que les juridictions internes sont *de facto* tenues par l'étendue qui est reconnue par la Cour de Strasbourg aux droits qui y sont garantis²². Le juge belge semble donc obligé de reconnaître à l'enfant le droit d'audition tel qu'il est décrit dans ladite Observation générale.

Enfin, la Cour admet l'existence d'une « présomption » – sans doute réfragable – de l'existence de la faculté de discernement dans le chef d'un enfant âgé de

¹⁸ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, *M. & M. c. Croatie*, www.echr.coe.int, pt 184 de l'arrêt, qui conclut à la violation de l'article 8.

¹⁹ Ceci nous semble à rapprocher du droit de s'exprimer librement évoqué *supra*, section 1, § 1, A.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Cf. *infra*, section 1, § 1, D.

²² Voy. l'autorité de la chose « interprétée » reconnue par la Cour de cassation à la jurisprudence strasbourgeoise, Cass., 14 avril 1983, *J.T.*, 1983, p. 607, analysé par O. DE SCHUTTER, « La Coopération entre la Cour européenne des Droits de l'Homme et le Juge national », *Rev. b. dr. intern.*, 1997, p. 29, nos 38 et s.; N. DANDOY, « La portée des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme en droit interne belge », *J.J.P.*, 2002, pp. 248-252. Ces références sont également reprises in *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 106, note infrapaginale 290.

12 ans. En d'autres termes, il incomberait, le cas échéant, au juge de constater *in concreto* que l'enfant de cet âge ne possède pas encore cette faculté, ce qui ne semble possible qu'en le rencontrant ou par le biais d'une mesure d'investigation, comme une expertise judiciaire ou une étude sociale, voire par des éléments de preuve apportés en ce sens par les parents ou par l'un d'entre eux.

Tout ceci revient-il à considérer le droit de l'enfant, doté de discernement, à l'audition comme *absolu*? Certes non, puisqu'il se pourrait que l'audition de l'enfant s'avère contraire à son intérêt, qui demeure en tout temps le critère principal conformément à l'article 3.1 de la CIDE. Le Comité des droits de l'enfant a d'ailleurs lui-même rappelé, dans une Observation générale n° 14 du 29 mai 2013, que l'audition de l'enfant mentionnée à l'article 12 doit être comprise en rapport avec l'article 3.1. L'arrêt précité concerne une jeune adolescente dont rien ne semblait s'opposer à son audition, à l'inverse de l'arrêt *Sahin*²³, où, outre le jeune âge de l'enfant, les psychologues, suivis par les juridictions nationales et, finalement, par la Cour européenne des droits de l'homme, avaient mis en avant le caractère inapproprié, voire même « risqué », d'une telle entrevue. Sans doute les situations où l'enfant souhaite exercer son droit d'audition et où le juge constate néanmoins que celle-ci lui serait préjudiciable sont-elles rares. Il est permis de penser que tel serait éventuellement le cas si l'enfant était pris dans un conflit de loyauté particulièrement intense, voire mis sous pression par un des parents de s'exprimer « contre » l'autre parent, au péril de la relation avec celui-ci. Il appartiendrait, en tout état de cause, au juge de motiver ici également ce refus *in concreto*, sous peine de vider le droit d'audition de sa substance²⁴.

D. L'effet direct de l'article 12 de la CIDE devant le juge belge

Une des principales difficultés apparues dans le cadre de l'application de l'article 12 de la CIDE devant les juridictions appelées à statuer en matière d'autorité parentale et d'hébergement est celle de l'effet direct de cette disposition. En effet, après que de nombreuses juridictions ont considéré, en Belgique²⁵ comme à l'étranger, qu'un tel effet pouvait lui être reconnu, ouvrant ainsi la

²³ Cf. *supra*.

²⁴ À propos de la distinction entre la définition *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, voy. *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., pp. 123-124.

²⁵ En ce sens: Bruxelles, 22 avril 1997, J.L.M.B., 1999, p. 321; Gand, 13 avril 1992, R.W., 1992-1993, p. 329; Gand, 17 janvier 1994, R.W., 1995-1996, p. 1356; Gand, 26 juin 1995, R.W., 1995-1996 (abrége), p. 1357; Mons, 20 avril 1993, J.D.J., 1993, n° 126 et J.L.M.B., 1993, p. 784; Liège, 15 juin 1994, J.D.J., 1994, n° 137 – *contra*: Anvers, 14 avril 1994, J.D.J., 1995, 322. Voy. également T. MOREAU, « État des lieux de la réception de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence belge », J.D.J., 2006, liv. 257, pp. 20-21, qui cite les décisions susmentionnées; P. SENAËVE et S. ARNOEYTS, « Tien jaar Belgische rechtspraak inzake de aanwending van het IVRK », in P. SENAËVE et P. LEMMENS (éd.), *De Betekenis van Mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Anvers-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003, n° 256 et s. et les références y citées. Toutes les références reprises ici le sont également in *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., p. 200, note infapaginale 604.

voie à son invocation par tout justiciable devant les juridictions nationales, la Cour de cassation le lui a dénié laconiquement dans un arrêt du 10 novembre 1999²⁶ présenté par une certaine doctrine comme clôturant le débat à ce sujet. Pourtant, d'autres 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 369bis 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 stricte²⁷.

Pour notre part, « cette lecture – stricte – de l'arrêt précité nous semble devoir être approuvée puisque la 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. [...] nous pensons également 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 »²⁸. J. 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 »²⁹. Tel est le cas lorsque le 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 à l'éducation et à l'hébergement de l'enfant, on aperçoit mal comment l'article 12.1 de la CIDE pourrait être interprété autrement que comme la reconnaissance à l'enfant du droit d'audition dans le sens – et avec les limites – susmentionnés, 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 donc fort logiquement que la Cour de cassation a, dans un arrêt du 6 octobre 2017, reconnu

²⁶ Cass., 10 novembre 1999, www.cass.be.

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

²⁸ *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., p. 201 et les références y citées – nous soulignons.

²⁹ J. VERHOEVEN, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 7.

implicitement, mais certainement, l'effet direct de l'article 12 de la CIDE³⁰, et a été suivie depuis lors sur ce point par des juridictions du fond³¹.

§ 3. L'audition de l'enfant en droit interne

Les deux principales dispositions dans l'ordre juridique interne belge sont – nous l'avons dit – les articles 22bis, alinéa 1^{er}, introduit dans la Constitution lors de sa révision du 22 décembre 2008, et 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire qui, depuis la loi du 30 juillet 2013 portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse, remplacent l'ancien article 931 du même Code. Considérées parfois comme une simple transposition de l'article 12 de la CIDE, elles ont pourtant leur portée et leur étendue propres.

A. L'article 22bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution

Ainsi en est-il de l'article 22bis, alinéa 1^{er}. Certes, les travaux préparatoires démontrent sans ambiguïté que l'intention du constituant de 2008 n'a pas été de conférer réellement de nouveaux droits par rapport à ceux déjà reconnus par la CIDE³². La promulgation dudit texte, voulue avant tout *symbolique et pédagogique*³³, est cependant loin d'être dénuée de conséquences pour les droits d'expression et d'audition de l'enfant.

Tout d'abord, force est de constater que le libellé même du texte – le droit d'expression y tient en une phrase – est bien plus succinct que celui de l'article 12 de la CIDE qu'il est censé transposer.

Ainsi, il n'est, par exemple, fait mention ni de l'étendue exacte du droit garanti ni du choix éventuellement laissé au législateur entre une audition directe ou indirecte. Puisque le texte ne mentionne pas explicitement l'*audition* de l'enfant, « une lecture restrictive de l'article 22bis de la Constitution qui consisterait par exemple à limiter ledit droit à la simple faculté d'adresser une lettre au juge – directement ou par l'intermédiaire d'un des parents – ne garantirait pas qu'il puisse être exercé effectivement. Un tel mode d'expression présente, en effet, un risque important que l'opinion exprimée ne soit pas réellement celle de l'enfant. Nous pensons dès lors, comme les auteurs précités, que la reconnaissance par le constituant du droit de l'enfant de s'exprimer sur toute question qui le concerne implique qu'il puisse être entendu *par une instance qui, si elle n'est pas celle qui prend la décision, transmettra cette opinion à celle-ci* »³⁴.

³⁰ Cass., 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247, note N. MASSAGER, et *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. MATHIEU.

³¹ Voy. p. ex., Trib. fam. Namur, 28 février 2019, *JDJ*, 2019, liv. 384, p. 35.

³² Voy. *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., p. 108 et les travaux préparatoires y cités sous la note infra-paginale 297.

³³ *Ibid.*, note infra-paginale 298, voy. not. l'opinion exprimée par J. VELAERTS et S. VAN DROOGHENBROECK sur ce point.

³⁴ *Ibid.*, p. 202 – nous soulignons.

La *condition de discernement* – qui, comme nous l'avons vu, constitue une limite importante aux droits reconnus par la CIDE – est *absente* du texte de l'article 22bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution. Aussi pouvons-nous constater, avec B. Van Keirsbilck et T. Moreau que « le droit à l'audition est donc constitutionnellement ouvert à tout enfant et la condition de discernement prévue [actuellement aux articles 1004/1 et 1004/2] du Code judiciaire est inconstitutionnelle. Par voie de conséquence, l'audition du mineur ne pouvant plus être refusée pour absence de discernement, tout enfant, quel que soit son âge, doit être entendu chaque fois qu'il le demande. Lui refuser l'exercice de ce droit est une violation de la Constitution et toute décision de refus d'entendre un enfant est [...] susceptible d'appel. Dans l'article 22bis de la Constitution, le discernement est un des deux critères avec l'âge, par rapport auxquels il faut apprécier les dires de l'enfant. Il ne s'agit donc pas d'une condition à remplir pour que l'enfant puisse être entendu, mais d'un critère d'appréciation à l'instar de l'âge et du degré de maturité dans l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant »³⁵. Ceci signifie donc que tout enfant qui en manifeste la volonté, de quelle manière que ce soit, a non seulement le droit de s'exprimer, mais bénéficie de toute l'étendue de ce droit reconnu à l'article 12 de la CIDE.

A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON rappellent par ailleurs qu'au-delà de l'étendue et de la portée des droits reconnus, leur constitutionnalisation implique d'autres conséquences, comme notamment la possibilité d'engager la responsabilité civile de l'État s'il y était contrevenu, celle de saisir la Cour constitutionnelle, l'apparition d'une obligation de *standstill*, etc.³⁶. Ces différentes conséquences génèrent, à leur manière, également un renforcement considérable des droits d'expression et d'audition de l'enfant puisqu'elles favorisent leur *effectivité* en rendant possible l'introduction de recours juridictionnels s'ils n'étaient pas respectés.

B. Les articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire

1. Le droit d'audition

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 personnelles, mais également le *droit de refuser* cette audition (ceci à la

³⁵ 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, cité également *ibid.* – dispositions légales actualisées par rapport au texte d'origine cité.

³⁶ 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, Buyant, 2011, pp. 1614-1615. *Adde*: *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., pp. 108-109.

différence de ce qui est le cas outre-Québécois, où l'article 388-1 du Code civil français³⁷ prévoit que le juge «apprécie le bien-fondé de [c]e refus». De plus, à l'instar du prescrit constitutionnel, le Code judiciaire ne conditionne pas l'audition par la faculté de discernement³⁸. 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)³⁹ à condition que l'enfant n'ait pas atteint l'âge de 12 ans. Ainsi, l'audition d'un enfant de moins de 7 ans a été refusée parce qu'il n'était pas encore suffisamment indépendant du parent qui l'hébergeait pour exprimer son propre ressenti⁴⁰. Il en a été de même pour un enfant de 10 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»⁴¹. 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 enfants⁴².

Dans un seul cas, l'audition demandée par l'enfant, même âgé de 12 ans ou plus, peut, elle aussi, être refusée : l'article 1004/1, § 4, permet au juge de *ne pas*

³⁷ 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. »

³⁸ Au contraire, l'article 1004/1, § 5, *in fine* du Code judiciaire prévoit même explicitement l'hypothèse où le juge constaterait, lors de l'audition, que l'enfant ne possède pas cette faculté.

³⁹ Art. 1004/1, § 2, C. jud.

⁴⁰ Bruxelles (42^e ch.), 21 juin 2016, 2016/FA/162, inédit, mentionné par P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 415, n° 786b.

⁴¹ 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.

⁴² *Ibid.*, pp. 655-656 et les entretiens avec des magistrats y cités.

accéder à la demande d'audition – y compris lorsqu'elle émane de l'enfant – si les deux conditions cumulatives sont réunies :

- 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 nouvelle audition⁴³.

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 pour deux raisons. D'une part, l'absence de refus possible par le juge d'entendre l'enfant lorsque celui-ci ou le ministère public sollicite cette audition contre son intérêt semble contraire à l'esprit de l'article 12 de la CIDE dont il convient de rappeler qu'il doit être lu conjointement avec l'article 3.1 de la même Convention⁴⁴. D'autre part, 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.

P. Senaëve 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 appel – 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»⁴⁵. En revanche, les parents qui avaient sollicité l'audition et se la sont vue refuser, ne disposent pas de droit d'appel⁴⁶.

Notons enfin que le législateur belge (contrairement à son homologue français⁴⁷) est allé plus loin que ce qui était requis par les articles 12 de la CIDE et 22bis de la Constitution⁴⁸ 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 eux aussi l'enfant, il ne peut, même dans ce cas (hormis les hypothèses visées ci-dessus), refuser de le rencontrer 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 sociaux⁴⁹ apparaît donc critiquable à cet égard.

⁴³ 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.

⁴⁴ Cf. *supra*, section 1, § 1, C.

⁴⁵ P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 417, n° 793 – nous traduisons.

⁴⁶ Art. 1004/1, § 2, *in fine*, C. jud.

⁴⁷ L'article 388-1 du Code civil français laisse au juge le choix de procéder lui-même à l'audition ou de la déléguer à une autre personne.

⁴⁸ Cf. *supra*, section 1, § 1, B.

⁴⁹ Bruxelles (3^e ch.), 17 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 113.

2. Le droit d'information du mineur 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'urgence⁵⁰, mais sans que la négligence de cette obligation puisse mener à la nullité du jugement⁵¹. La lettre que le premier adresse en ce sens au deuxième est accompagnée d'un « formulaire de réponse ». L'article 1004/2 du même Code⁵² 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)⁵³. Il s'agit d'une lettre du juge à l'attention du mineur. Celui-ci est appelé par son prénom et tutoyé. La lettre est accompagnée d'un talon de réponse (à renvoyer

⁵⁰ Gand (ch. fam.), 3 avril 2015, 2015/AR/966, inédit, mentionné par P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 414, n° 778.

⁵¹ *Ibid.*, mentionné par l'auteur précité, p. 414, n° 784.

⁵² « 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. »

⁵³ Arrêté royal 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 remets 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 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 [...] COMPLÈTE LE TALON CI-DESSOUS S.T.P. Renvoie-moi ce talon par la poste [...] / par e-mail [...]. »

dans les huit jours) où l'enfant 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.

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 établie. Une lettre est également adressée au parent concerné lui-même, insistant sur le choix libre de l'enfant d'être entendu ou non. Ledit courrier 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.

L'enfant est informé de son droit de refuser l'invitation à l'audition⁵⁴ – qui sera individuelle même si ses frères et sœurs sont conviés le même jour – et de ce que ses dires seront consignés dans un rapport qui « peut être utilisé » au cours de la procédure, que les parents et leurs avocats pourront lire, et de ce que « le juge n'est pas tenu de se conformer à ses demandes » (ce qui peut sembler critiquable à certains égards). Enfin, la lettre d'invitation contient aussi l'adresse du site de l'OBFG permettant à l'enfant de consulter un avocat afin que celui-ci puisse le renseigner sur l'étendue exacte de ses droits (mais il ne pourra cependant pas être assisté par cet avocat lors de l'audition⁵⁵).

3. 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 d'impressionner inutilement 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 toge⁵⁶.

Dans les faits, l'audition a lieu le plus souvent dans le bureau du juge, mais en principe jamais en salle d'audience⁵⁷ (même si rien ne l'interdit). Comme l'explique P. Senaëve, « 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 à 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.) »⁵⁸. L'audi-

⁵⁴ *Ibid.* et P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 414, n° 784, ainsi que l'arrêt inédit de la Cour d'appel de Gand du 3 avril 2015 (2015/AR/966) y mentionné.

⁵⁵ Cf. *infra*, section 1, § 3, B, 3.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Certains estiment cependant qu'une salle d'audience n'est pas forcément un lieu inapproprié pour une telle audition, P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, p. 430, n° 826.

⁵⁸ *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.

tion par lesdits moyens de communication nous semble cependant devoir être réservée aux situations d'éloignement géographique de longue durée. En effet, rien n'exclut, dans ce cas, qu'un tiers (par exemple, un des parents) puisse lire ou entendre les propos de l'enfant, voire même les enregistrer, ce qui n'apparaît guère compatible avec le droit à l'expression libre garanti à l'enfant par l'article 12.1 de la CIDE.

À cet égard, il semble intéressant de mettre en avant les pratiques des juges allemands du Tribunal de la famille de Tempelhof-Kreuzberg 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 à un petit jeu avec l'enfant afin de le mettre à l'aise et de briser un peu la glace. Il apparaît même que des juges s'assoyent par terre avec l'enfant pour participer quelques instants à la construction d'une tour de LEGO, si toutes les petites tables sont prises parce que plusieurs juges veulent entendre des enfants. Les enfants plus âgés peuvent aussi être entendus dans le bureau du juge »⁵⁹.

La mise en œuvre de ces pratiques allemandes permettrait sans doute davantage l'audition de *jeunes* enfants, qui, en Belgique, reste souvent refusée⁶⁰.

En ce qui concerne le *déroulement de l'audition* (qui, donc, est généralement réservée aux enfants plus grands), les juges (belges) 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'aise⁶¹. Certains magistrats demandent à l'enfant s'il préfère s'exprimer librement ou répondre à des questions (la deuxième option étant la plus fréquemment choisie par les enfants). D'autres lui posent la question liminaire : « Que veux-tu me dire⁶² ? ». Certains insistent davantage lorsque l'enfant ne veut pas parler, d'autres moins⁶³. Globalement, ces pratiques recensées des juges semblent respectueuses du droit d'expression libre reconnu par les articles 12.1 de la CIDE et 22bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution⁶⁴. Toutefois, la mise en œuvre de pratiques inspirées de celles d'outre-Rhin évoquées ci-dessus favoriserait sans aucun doute une meilleure

⁵⁹ J. DANCKAERTS, « Het "Kinderhaus" en het horen van kinderen in de familierechtbank van Tempelhof-Kreuzberg in Berlijn », *T. Fam.*, 2019, liv. 2, p. 30 – nous traduisons.

⁶⁰ Voy. C. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind? », *Liber amicorum P. Senaeve*, Kluwer, 2017, p. 241, n° 11 *in fine*.

⁶¹ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale: regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 657.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Cf. *supra*, section 1, § 1, A., et § 3, A.

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)⁶⁵.

Les travaux parlementaires démontrent sans ambiguïté que l'intention du législateur a consisté à ne pas permettre à l'enfant de se faire accompagner d'une *personne de confiance*⁶⁶, 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 2013⁶⁷. L'article 1004/1, § 5, précise que l'entretien 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 difficulté, ou lorsque le mineur parle uniquement une langue étrangère que le magistrat ne maîtrise pas »⁶⁸. Certains magistrats seraient favorables à la présence – pas forcément automatique – d'une telle personne de confiance, mais celle-ci devrait évidemment être indépendante et, dès lors, serait difficile à trouver⁶⁹. Une juge nuance ce propos en estimant que la présence d'une personne de confiance pourrait, dans certains cas, être indiquée, mais elle constate que celle-ci n'est jamais demandée dans la pratique⁷⁰.

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'enfant⁷¹. Contrairement à d'autres (qui n'y verraient qu'un « baby-sitter amélioré »)⁷² et d'une majorité de juges (mais pas tous)⁷³, 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 lorsque 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 les règles

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Pour la synthèse des travaux parlementaires, voy. P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, pp. 432-433, n° 831-834.

⁶⁷ Tel était notamment le cas à Gand – *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 209, n° 221.

⁶⁸ P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n° 835 – nous traduisons.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ C. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind? », *op. cit.*, n° 12.

⁷¹ P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n° 846-851.

⁷² *Ibid.*, n° 850.

⁷³ 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.

pourraient être affinées en fonction de cette éventuelle mission future) devrait le prémunir contre un tel risque.

Force est de constater que la solution retenue en France se trouve aux antipodes de celle en vigueur dans nos contrées, puisque l'article 388-1 du Code civil y 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 que celle choisie si celle-ci n'apparaissait « pas conforme à l'intérêt du mineur ».

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 instituant 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 l'autre option. Certains ont avancé que l'article 1004/1, § 5, du Code judiciaire ne contient (à l'inverse, p. ex., 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 »⁷⁴. 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 greffier⁷⁵. La pratique judiciaire semble, à l'instar des parlementaires, divisée⁷⁶ 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 juge⁷⁷. Une clarification *de lege ferenda* resterait cependant la bienvenue.

4. 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'enfant⁷⁸. Puisqu'il s'agit d'un rapport, et non d'un procès-verbal, il n'est pas nécessaire d'y retranscrire littéralement les pro-

⁷⁴ *Ibid.*; P. SENAËVE, « 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.

⁷⁵ *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.*

⁷⁶ P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n° 845 et les références y citées.

⁷⁷ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale: regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, pp. 659-660.

⁷⁸ *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 209, n° 221.

pos du mineur dont le résumé doit cependant revêtir une certaine *exhaustivité*⁷⁹.

Ce devoir de rapport exhaustif, voulu par le législateur de 2013, nous semble présenter l'inconvénient de priver 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 favorisée notamment par les pratiques gantoises évoquées. C'est pourquoi nous plaçons, avec d'autres⁸⁰, pour une solution qui permettrait d'assurer à la fois l'existence d'une telle « bulle de confidentialité » – consubstantielle du droit d'expression libre garanti par les articles 12 de la CIDE et 22bis de la Constitution⁸¹ – 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 (p. ex., 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)⁸².

Entre-temps, la solution prétorienne retenue *contra legem* – mais dans un souci de pragmatisme – par certains magistrats consiste à ne pas relater certains propos que l'enfant leur a tenus sous le sceau de la confidentialité⁸³.

Le rapport doit être *signé* par le juge et, s'il a assisté à l'entretien⁸⁴, par le greffier, mais il ne l'est pas par l'enfant⁸⁵. 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 »⁸⁶ (l'enfant doit donc se voir offrir la possibilité de rectifier ou de modifier ses propos s'ils ne reflètent pas sa pensée réelle). Enfin, le juge mentionne l'éventuelle absence de *discernement* de l'enfant⁸⁷.

⁷⁹ P. SENAËVE, « Hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n° 858. Voy. toutefois *ibid.*, n° 861.

⁸⁰ Observation générale n° 12, préc., et T. MOREAU et B. VAN KEIRSBILCK, « Une occasion manquée! Ou quand la Cour constitutionnelle oublie d'appliquer la Constitution au préjudice des mineurs », *op. cit.*, p. 35, dernière colonne.

⁸¹ *Cf. supra*, section 1, § 1, A., et § 3, A.

⁸² *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 211 et pp. 858-859.

⁸³ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale: regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, pp. 661-663.

⁸⁴ À ce propos, voy. *supra*, section 1, § 3, B., 3.

⁸⁵ Art. 1004/1, § 5, al. 2, C. jud.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Cf. infra*.

Section 2

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

Se pose à présent la question de la prise en considération de l'opinion de l'enfant et, plus précisément, de son incidence sur la décision du juge en ce qui concerne l'autorité parentale et l'hébergement. Si, comme nous l'avons longuement démontré, l'expression et l'audition constituent au moins autant des droits subjectifs garantis à l'enfant que des moyens d'accès à l'information offerts au juge, le recueil de son opinion peut être dicté par différentes finalités. Ainsi peut-il s'agir de permettre à l'enfant d'extérioriser son vécu face à un contentieux entre ses parents (souvent éprouvé douloureusement) et de se sentir écouté, de lui garantir une décision plus conforme à son intérêt (dont l'appréciation sera sans doute plus adéquate grâce à certaines informations qu'il lui aura fournies) ou de lui garantir une certaine autonomie dans l'un ou l'autre domaine. C'est la vérification de cette dernière hypothèse qui retiendra tout particulièrement notre attention.

§ 1. Généralités

L'article 12 de la CIDE prévoit que «les opinions de l'enfant [sont] dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité eu égard à son âge». Ici également, l'effet direct du texte onusien ne fait guère de doute et est d'ailleurs actuellement reconnu par la Cour de cassation⁸⁸. La disposition apparaît en effet claire et précise puisqu'elle ne laisse pas d'autre choix aux autorités nationales que de «prendre dûment en considération» les opinions de l'enfant.

L'article 22bis de la Constitution précise, lui aussi, que ladite «opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement» alors qu'il ressort de l'article 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire que «les opinions du mineur sont prises en considération compte tenu de son âge et de son degré de maturité»⁸⁹. Il convient de déterminer scrupuleusement les contours du prescrit de ces dispositions dont les libellés sont fort semblables (à une nuance près⁹⁰).

§ 2. L'«opinion de l'enfant»

L'opinion se définit généralement comme «le sentiment particulier qu'on se forme d'une chose en la considérant en soi-même»⁹¹ ou l'«avis, [la] manière de penser»⁹².

⁸⁸ Cf. *supra*, section 1, § 1, D.

⁸⁹ Pour le libellé complet de ces textes, voy. *ibid.* – tableau 1.

⁹⁰ Cf. *infra*, section 2, § 4, A.

⁹¹ Dictionnaire Quillet de la langue française, Paris, Librairie Aristide Quillet, 1975.

⁹² Larousse de Poche, 2007.

Le texte anglophone fait usage du terme «*views*», ce qui met davantage encore l'accent sur l'aspect *perception*. À défaut de précisions contraires, rien ne permet de restreindre l'objet de cette perception, qui doit donc porter à la fois sur le vécu, sur le fonctionnement actuel de la famille et sur l'éventuelle évolution future que l'enfant appellerait de ses vœux.

Une difficulté particulièrement délicate apparaît cependant à cet égard. En effet, les articles 12.1 de la CIDE, 22bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution et 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire visent-ils l'opinion *exprimée* par l'enfant ou son opinion *véritable*, à laquelle le juge aurait accès (expertise judiciaire, étude sociale, affirmations non contestées et pièces des parties... mais aussi: le langage verbal de l'enfant, les sous-entendus, etc.)? Par exemple, aucun professionnel de l'enfant n'ignore le risque qu'un enfant clame haut et fort ne plus vouloir vivre avec un de ses parents, ni encore souhaiter le moindre contact avec celui-ci, alors qu'il désire en réalité exactement le contraire. De même, rien n'exclut que les dires de l'enfant soient dictés par une dette de loyauté ressentie par celui-ci à l'égard d'un de ses parents, d'un frère ou d'une sœur, etc.⁹³.

L'analyse textuelle des dispositions susmentionnées révèle que, si aucune d'entre elles ne fait mention de l'opinion «*exprimée*», toutes situent l'obligation de prendre en considération cette opinion juste après le droit d'expression. Sur le plan de l'opportunité, il serait permis de considérer que la prise en compte de l'opinion sous-jacente peut, dans certains cas, s'avérer plus conforme à l'intérêt de l'enfant, mais aussi d'avancer que le suivi de l'opinion exprimée témoigne d'une plus grande prise au sérieux de sa parole. Sans doute ce dilemme est-il dû, en partie, à ce que les dires de l'enfant peuvent être biaisés, étant donné que celui-ci sait que ses parents pourront en prendre connaissance⁹⁴.

La Cour de Strasbourg a conclu, dans un arrêt *Elsholz c. Allemagne* rendu le 13 juillet 2000, à la violation de l'article 8 de la CEDH, étant donné que les juridictions allemandes avaient refusé de rétablir les relations personnelles entre un père et son enfant sur la base de la seule audition du deuxième. La Cour a ainsi stigmatisé l'absence d'expertise afin de vérifier si l'opinion exprimée par l'enfant révélait bien ses «*véritables souhaits*» tenant compte de l'importance et de l'enjeu du litige⁹⁵. Sans doute serait-ce aller trop loin que d'extrapoler la portée de cet arrêt en considérant que les dires de l'enfant doivent être systématiquement accompagnés, voire vérifiés, par une mesure d'expertise. Il paraît cependant se déduire d'une lecture commune des dispositions précitées et de

⁹³ À propos des biais pouvant affecter la sincérité de la parole exprimée par l'enfant, voy. la contribution du professeur J.-Y. Hayez dans le présent ouvrage.

⁹⁴ Cf. *supra*, section 1, § 3, B., 4.

⁹⁵ Cour eur. D.H., 13 juillet 2000, *Elsholz c. Allemagne*, www.echr.coe.int, voy. spéc. les nos 52 et 53 de l'arrêt et les passages cités in *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, pp. 218-219.

L'article 8 de la CEDH, à la lumière de cet arrêt, qu'il incombe à tout le moins au juge une *obligation de moyen* consistant à tenter d'appréhender au mieux l'opinion *réelle* de l'enfant. Si tel est le principe, le professeur J.-L. Renchon relève toutefois que « certains auteurs soulèvent la question de savoir si les magistrats sont en mesure de "décoder" les dires de l'enfant et qu'un certain nombre d'entre eux expriment leur malaise à l'égard de cette fonction particulièrement complexe qui leur a été ainsi confiée »⁹⁶. Ce constat⁹⁷ soulève à la fois la question de la formation des magistrats familiaux et de leur outillage afin de discerner l'opinion de l'enfant. Il confirme l'importance, le cas échéant, d'accompagner l'audition d'une mesure d'expertise lorsque cela est utile et possible.

Notons enfin que le caractère trop « versatile » de l'opinion de l'enfant peut mener à ce que celle-ci ne soit pas prise en considération en tant que telle, mais à ce que le juge rende une décision laissant le plus d'options possibles à l'avenir⁹⁸.

§ 3. La « prise en considération »

A. Le principe

Le sens de la locution « prendre en considération » apparaît plus clairement à travers sa version anglophone « *given due weight* ». La mission du juge consiste donc bien à reconnaître un certain poids à la perception de l'enfant. Elle signifie tout d'abord que le juge doit tenir compte de tous les éléments factuels révélés par l'enfant – après en avoir bien évidemment apprécié la véracité et la pertinence – afin de déterminer au mieux son intérêt qui, conformément à l'article 3.1 de la CIDE, doit rester le principal critère.

Cependant, « il lui incombe [également] d'examiner si la décision voulue par l'enfant est conforme à son intérêt, mais également de vérifier si celui-ci subirait un préjudice si son opinion était suivie. Tel pourrait, par exemple, être le cas si l'enfant en était particulièrement frustré, voire traumatisé [...] »⁹⁹ ou s'il se trouvait prisonnier d'un conflit de loyauté vis-à-vis de ses parents (voire d'autres membres de son entourage). Cette nécessaire incidence de l'opinion de l'enfant – si elle n'est pas jugée contraire à son intérêt – a également été reconnue comme un droit fondamental de celui-ci par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt (déjà commenté¹⁰⁰) *M. & M. c. Croatie* du 3 septembre

⁹⁶ 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.

⁹⁷ Ce constat est corroboré par l'enquête menée par L. JACOBS, *ibid.*

⁹⁸ Réf. Liège, 26 août 2005, n° rôle 05/467/C, rép. 05/16019, inédit, citée et analysée in *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 305-306.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 214.

¹⁰⁰ Cf. *supra*, section 1, § 2, C.

2015. Ainsi, la Cour de Strasbourg, après s'être référée explicitement à l'article 12.1 de la CIDE et à l'Observation générale n° 12 du Comité onusien des droits de l'enfant de 2009¹⁰¹, approuve la jurisprudence des juridictions croates qui « respectent le souhait de l'enfant » doté de discernement – c'est-à-dire rendent une décision conforme à ce souhait – lorsque les parents présentent des aptitudes égales pour l'hébergement. En effet, pour la Cour, « un point de vue contraire viderait de son sens la règle voulant que les opinions de l'enfant soient dûment prises en considération »¹⁰². Interprétant à son tour les articles 3.1 et 12.1 de la CIDE, le Comité des droits de l'enfant, estime, dans son Observation générale n° 14, de 2013 que « toute décision qui ne tient pas compte de l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à sa 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 »¹⁰³.

Lorsque le juge se trouve à devoir statuer à propos d'une fratrie, cette nécessité de privilégier les intérêts des enfants peut impliquer, dans une recherche d'équilibre, de suivre l'opinion de l'un ou de plusieurs d'entre eux ou, au contraire, de ne pas la suivre afin d'éviter de rendre une décision qui serait défavorable à certains. De manière générale, « la prise en compte de la volonté [des enfants] peut également impliquer une mise en balance de certains éléments liés à [leurs] souhaits. Ainsi, le juge pourrait-il être amené à tenir compte des conséquences négatives liées à la prise d'une décision contraire à la volonté [des] enfant[s], mais également d'autres éléments (l'existence d'un risque ou l'absence de suivi scolaire, voire le niveau inadapté d'une école...) »¹⁰⁴.

B. Atténuation du principe : la volonté de l'enfant en concurrence avec d'autres critères

1. L'opinion et l'intérêt de l'enfant

a. Les principes

Tout ceci signifie-t-il que l'opinion de l'enfant doit *toujours être suivie* ?

La réponse à cette question se révèle assurément négative¹⁰⁵, puisque les situations où la prise d'une décision conformément à l'opinion de l'enfant s'avérerait contraire à son intérêt (qui doit rester le principal critère¹⁰⁶) peuvent être

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, *M. & M. c. Croatie*, www.echr.coe.int, n° 185 de l'arrêt.

¹⁰³ Observation générale n° 14 du 29 mai 2013 du Comité des droits de l'enfant des Nations unies, n° 53.

¹⁰⁴ *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁵ 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 », *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, Éd. Jeune barreau de Liège, 1995, p. 154, n° 32.

¹⁰⁶ Cf. *infra*.

nombreuses. Or il demeure constant que l'intérêt de l'enfant reste le premier critère en vertu notamment des articles 3.1 de la CIDE et 22bis, alinéa 4, de la Constitution¹⁰⁷, d'aucuns y ayant vu – sans doute à juste titre – un principe général de droit¹⁰⁸.

Il semble évident que le juge puisse s'écarter de l'opinion de l'enfant au nom de l'intérêt de celui-ci – par exemple, parce qu'il se trouve pris dans un conflit de loyauté envers ses parents respectifs ou parce que l'option qu'il préconise lui serait en réalité préjudiciable. Une question demeure toutefois, dont l'importance ne doit pas être sous-estimée. En effet, le juge peut-il également s'écarter de l'opinion de l'enfant lorsque celle-ci apparaît contraire à son intérêt défini *in abstracto*, ou uniquement lorsqu'il l'est à son intérêt établi *in concreto*? 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). 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 »¹⁰⁹.

Rien n'interdit, en général, au juge de fonder sa décision sur une définition *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant, hormis les cas où celle-ci se fonde sur des critères « discriminatoires »¹¹⁰. Cependant, le juge ne pourrait considérer *in abstracto* que l'opinion des enfants ne doit jamais intervenir dans un type déterminé de contentieux qui les concerne (p. ex., au motif que leur intérêt consiste en toutes circonstances à demeurer à l'écart du processus décisionnel jusqu'à un âge déterminé) sans vider de toute signification la locution « prise en considération » reprise aux articles 12 de la CIDE, 22bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution et 1004/1 du Code judiciaire. En d'autres termes, s'il est loisible au juge de s'écarter de l'opinion de l'enfant au nom de considérations abstraites valables pour de nombreux enfants d'un âge similaire, celles-ci ne peuvent le mener à réduire systématiquement à néant tout poids reconnu à cette opinion sans prendre appui sur des éléments liés à une appréciation *in concreto* dudit intérêt.

b. La pratique judiciaire

L'étude de la pratique judiciaire démontre une certaine frilosité de la part des juridictions en ce qui concerne la prise en compte de la parole de l'enfant, due probablement au moins en partie à la difficulté qu'ils éprouvent à décoder

¹⁰⁷ Pour une analyse et une démonstration juridique du caractère prioritaire du critère de l'intérêt de l'enfant, voy. *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., pp. 94-114.

¹⁰⁸ Voy. not. A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », R.G.D.C., 1988, p. 186.

¹⁰⁹ *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., p. 123.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 124-133.

celle-ci. Ainsi, « l'étude menée 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 »¹¹¹.

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 cas¹¹². 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'enfant¹¹³. 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 en ce sens [...] 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 »¹¹⁴.

Notre étude menée sur des jugements inédits rendus entre 2005 et 2009 par les juridictions familiales de Bruxelles, Gand et Liège en matière de contentieux civils entre les parents relatifs à l'éducation¹¹⁵, révèle que le critère de l'opinion de l'enfant est mobilisé dans 136 litiges au total, dont 104 (76,47 %

¹¹¹ M. MALLIEN, « La pratique judiciaire relative aux contentieux civils à propos de l'éducation et de l'hébergement de l'enfant bénéficie-t-elle aux forts ou aux faibles? », in *Liber amicorum J. Fierens*, à paraître, renvoyant à L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale: regards croisés sur les pratiques d'audition », op. cit., pp. 677-679.

¹¹² C. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind? », op. cit., p. 249, n^{os} 28-29.

¹¹³ *Ibid.*, p. 252, n^{os} 32-35.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 250-251, n^{os} 30-32, nous traduisons, et la nombreuse jurisprudence inédite y citée.

¹¹⁵ *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit. Les statistiques reprises dans les alinéas qui suivent n'apparaissent cependant pas dans cet ouvrage. Il y est référé dans les (quelques) cas contraires.

des cas) où il est retenu (il s'agit même du seul critère déterminant dans 24 décisions).

Parmi ces 136 décisions où le critère de l'opinion de l'enfant a été mobilisé, 3 concernent des enfants de moins de 6 ans. Il y est chaque fois retenu, comme dans 15 sur 19 litiges (78,95 %) ayant trait à des enfants de 6 à 11 ans et dans 67 sur 88 causes (76,14 %) relatives à la tranche d'âge supérieure (27 décisions ne mentionnent pas l'âge des enfants). Le critère intervient, par ailleurs, dans 40,12 % du nombre total des litiges recensés concernant des enfants de plus de 12 ans, dans 60,76 % de celui des causes relatives à des adolescents de plus de 14 ans et dans 65,22 % de celui des contentieux à propos de jeunes de 16 ou 17 ans. L'importance de l'opinion d'un enfant croît donc de manière importante avec l'âge, mais ne constitue pas un absolu pour les adolescents proches de la majorité.

Ladite opinion détermine le plus souvent l'issue du litige lorsqu'il s'agit d'un contentieux à propos du *pays de résidence*¹¹⁶, du *type de l'enseignement*¹¹⁷, des *internats*¹¹⁸, des *activités extrascolaires*¹¹⁹ et de *l'éducation quotidienne*¹²⁰. Cette tendance demeure lorsque sont seuls pris en considération les litiges concernant des enfants de 12 ans ou plus.

Les juges sont bien plus réticents à imposer à l'enfant de vivre dans un pays ou chez un parent déterminé, voire de pratiquer (ou de cesser) une activité contre son gré. L'accord de l'enfant – surtout une fois qu'il a atteint l'adolescence – semble constituer un élément essentiel dans ces domaines. La prise en considération de son opinion dans les litiges relatifs au *type d'enseignement* est souvent liée à la nécessité de stimuler sa motivation¹²¹ (d'autant plus que les litiges à propos de l'orientation d'études surgissent lorsque des problèmes se posent et qu'il est nécessaire, le cas échéant, d'encourager l'enfant à s'y réinvestir). Les magistrats sont, en revanche, moins réticents à refuser un *voyage* à l'enfant malgré ses souhaits¹²² ou à lui imposer une *école* contre son gré¹²³.

Ainsi, le président du Tribunal de première instance de Bruxelles, compétent à l'époque, a-t-il considéré, dans un litige relatif au choix d'école, comme « important que [le] choix [de l'enfant, 11 ans] soit respecté afin que son intégration dans sa nouvelle école se passe facilement et que les éventuels inconvénients pour les parents [soient] de moindre importance et ne justifient certainement pas qu'il serait dérogé au choix scolaire de T. »¹²⁴. Son homologue

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 440 et pp. 463-475 ainsi que la jurisprudence inédite y analysée.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 390 et pp. 400-403 ainsi que la jurisprudence inédite y analysée.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 357 et pp. 368-378 ainsi que la jurisprudence inédite y analysée.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 689 et 711 ainsi que la jurisprudence inédite y analysée.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 747 et pp. 754-760 ainsi que la jurisprudence inédite y analysée.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 368-375 et la jurisprudence inédite y analysée.

¹²² *Ibid.*, p. 580 et la jurisprudence inédite y analysée.

¹²³ *Ibid.*, pp. 300-306 et la jurisprudence inédite y analysée.

¹²⁴ Réf. Bruxelles (nl), 14 août 2008, n° rôle 08/1251/C, rép. 08/36961, inédit, traduction libre, cité *ibid.*, p. 304.

gantois a constaté, dans le même sens, « que [l'enfant, 11 ans également] a attribué lui-même ses résultats moins satisfaisants à un déficit de motivation pour l'option qu'il suivait. Tenant compte des éléments susmentionnés, en ce compris la nécessité d'une motivation suffisante dans le chef de R., le Tribunal est d'avis qu'il est indiqué d'inscrire R. pour l'année scolaire 2005-2006 dans l'option création »¹²⁵. Dans une autre cause, en matière d'hébergement cette fois, le juge a eu égard à ce que « l'adolescente désire elle-même retourner vivre chez son père car elle n'a pas trouvé ses repères à Bruxelles. Elle reconnaît également, lors de son audition, la « nécessité d'un cadre plus strict et contraignant, ayant des difficultés personnelles à s'imposer une discipline de travail »¹²⁶. De même, une demande de mise en place d'un hébergement égalitaire a été rejetée, car « les enfants ne sont pas demandeurs de l'hébergement égalitaire car leurs activités parascolaires (danse, musique, théâtre...) ont lieu près du domicile de leur mère »¹²⁷.

Pourtant, ici aussi, la pratique judiciaire démontre que l'opinion de l'enfant n'est pas toujours suivie, et qu'elle doit s'effacer face à son intérêt, qui demeure toujours le critère prioritaire. Un juge bruxellois a, par exemple, refusé de suivre l'opinion (par ailleurs, simplement alléguée par un des parents) d'une fillette de 6 ans afin de « lui laisser sa place d'enfant » et de lui éviter le poids de la décision¹²⁸. Par ailleurs, le souhait d'une adolescente de 13 ans, qui, trop contente de retrouver sa mère après dix ans d'absence de sa vie, voulait demeurer chez celle-ci, n'a pas été suivi. En effet, le Tribunal a constaté que ce désir était inspiré essentiellement par le manque éprouvé par l'enfant et l'éducation plus laxiste proposée par la mère, alors que le père s'en était occupé durant de longues années. Les considérations d'équité envers le père, mais aussi de continuité dans l'éducation et, plus implicitement, la stabilité des repères de l'adolescente, l'ont emporté – sans doute à juste titre – sur sa volonté (que le juge semble considérer comme quelque peu immature, même s'il ne le mentionne pas *expressis verbis*)¹²⁹.

Ces constats, et notamment l'incidence de l'âge, mais aussi de la détermination de l'enfant, sont largement corroborés par des entretiens semi-directifs menés avec des juges familiaux dans le cadre de la même étude. L'opinion de l'enfant y apparaît comme un critère largement examiné – mais pas toujours suivi (tant s'en faut) – par les magistrats¹³⁰.

¹²⁵ Réf. Gand, 26 août 2005, n° rôle 05/401/C, rép. 12233, inédit, traduction libre, cité *ibid.*, p. 369.

¹²⁶ Trib. jeun. Bruxelles (fr., 16^e ch.), 30 juillet 2009, n° dossier 977/2005/16C, rép. 2089, cité *ibid.*, p. 755.

¹²⁷ Réf. Gand, 27 juin 2007, n° de rôle 04/640/C, rép. 07.10025, cité *ibid.*, p. 756.

¹²⁸ Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205.

¹²⁹ Réf. Bruxelles (nl), 23 avril 2008, n° rôle 08/553/C, rép. 08/29812, cité in *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, p. 758.

¹³⁰ *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*

2. L'opinion de l'enfant et les accords entre les parents

a. Les principes

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, aux loisirs, au pays de résidence ou à la religion, avant que l'un d'eux ne les conteste devant le tribunal de la famille. Ces « accords » antérieurs peuvent avoir pris la forme de véritables conventions – ce qui reste exceptionnel – auxquelles il est probable qu'une certaine force obligatoire doit être reconnue¹³¹. Le plus souvent toutefois, il s'agit de simples pratiques qui avaient cours à l'époque de la vie commune ou dans les temps qui ont suivi. Les parents peuvent ainsi avoir mis en place des modalités d'hébergement, choisi une religion pour leurs aînés ou une école pour l'enfant concerné par le litige. Dans les deux cas, se pose la question de savoir lesquels des accords parentaux et de l'opinion de l'enfant (lorsqu'elle s'en écarte) doit avoir priorité.

La réponse apparaît comme relativement évidente lorsque le juge constate que l'opinion de l'enfant coïncide avec son intérêt, qui, à nouveau, 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 potentiellement en concurrence.

Ainsi, « sur le plan juridique, deux thèses sont susceptibles d'être soutenues à propos de la prévalence – ou non – de la première par rapport aux deuxièmes. La première thèse, que nous qualifierons de “protectrice” et dont la décision précitée constitue une illustration, consiste à considérer que les accords parentaux doivent avoir priorité sur la volonté de l'enfant. 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 même de l'autorité parentale. Dans la mesure où la conclusion de conventions entre les parents, voire même l'adoption de pratiques communes, constitue un “mode de fonctionnement inhérent à l'autorité parentale”, ceux-ci doivent prévaloir sur la volonté de l'enfant. Suivant la deuxième thèse, qui pourrait être qualifiée d’“autonomiste”, priorité pourrait être donnée à la volonté de l'enfant, lorsque celui-ci est mature et doté de discernement, si les souhaits exprimés n'apparaissent pas contraires à

¹³¹ *Ibid.*, pp. 239-241, et J.-L. RENCHON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture du couple non marié », *Familie op maat – Famille sur mesure, rapports congrès des notaires, Knokke-Heist*, 22-23 septembre 2005, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 373. *Adde*: N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 280-282.

son intérêt. Dans cette optique, l'application des accords parentaux n'aurait de raison d'être qu'aussi longtemps que l'enfant ne possède pas la faculté de discernement nécessaire lui permettant de prendre lui-même les décisions relatives à sa vie et à son éducation. À l'appui de cette thèse, il pourrait être avancé que les droits à vocation de l'autonomie de l'enfant sont garantis par des dispositions internationales, dont l'article 12 de la CIDE [...], et constitutionnelle. Rien ne semble, par contre, indiquer que lesdites dispositions s'opposent à ce que les décisions soient prises par les parents – dont les responsabilités sont mentionnées à plusieurs reprises dans la CIDE – jusqu'à la majorité de l'enfant. Une position intermédiaire, qui emporte notre conviction, consisterait à présumer, mais seulement jusqu'à preuve du contraire, que la volonté de l'enfant mature coïncide avec son intérêt, qui doit avoir priorité sur les accords parentaux (qu'il s'agisse de conventions ou de simples pratiques communes). Or il est loisible au juge de l'apprécier librement en ayant égard à sa volonté. Le juge pourrait néanmoins s'écarter de la volonté de l'enfant et *appliquer* les accords parentaux, par exemple lorsqu'il semble que celui-ci est influencé ou, comme dans la décision commentée, s'appuie sur des convictions erronées¹³².

b. La pratique judiciaire

L'ordre de priorité à reconnaître entre l'opinion de l'enfant et les accords parentaux continue de diviser la jurisprudence. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a appliqué l'accord entre les parents, malgré la volonté contraire de l'enfant, suivant lequel celui-ci effectuait son cycle secondaire en français alors qu'il avait suivi les primaires en néerlandais. En effet, si la Cour relève que, « dans son audition au Tribunal, N. a exprimé son souhait de poursuivre sa scolarité en néerlandais, craignant, dans le cas contraire, de rencontrer des difficultés au cours de néerlandais », et que « ces craintes doivent être entendues », la haute juridiction estime qu'elles « ne sont pas suffisantes pour exclure un changement de langue de la scolarité »¹³³. Ce faisant, la cour d'appel se range parmi ceux qui considèrent les parents mieux placés que l'enfant lui-même, pour apprécier son intérêt (surtout si, comme en l'espèce, le motif sous-jacent avancé par ledit enfant ne convainc pas).

Pourtant, cet arrêt ne représente pas forcément un courant unanime parmi les juges familiaux comme le révèlent les solutions qu'ils retiendraient face à un *casus* relativement proche (même si, là également, les *desiderata* de l'enfant constitueraient seulement pour très peu d'entre eux un critère prépondérant face à l'accord parental)¹³⁴.

¹³² M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. CARRE, N. GALLUS, G. HIERNAX, M. MALLIEN, Th. VAN HALTEREN et G. WILLEMS, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 393-394 et les références y mentionnées.

¹³³ Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210.

¹³⁴ Voy., pour une analyse approfondie des réponses données par les juges et pour les statistiques relatives à celles-ci, *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 412-430 et *ibid.*, pp. 416-429 et 425-246.

La même priorité aux accords parentaux est reconnue par le Tribunal de la famille de Bruxelles qui, dans un litige relatif à la religion d'un adolescent, a considéré que, « si les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme conduisent à reconnaître une autonomie religieuse à l'adolescent, le rôle du guide reconnu par ces dispositions permet aux parents d'imposer une orientation religieuse à l'enfant ; il peut même être considéré que la volonté de l'enfant demeure un critère subsidiaire qui ne pourrait pas être opposé aux parents »¹³⁵.

Toutefois, ici également, les juges interrogés semblent très partagés face à un *casus* tendant à savoir s'il faut permettre à une adolescente de 14 ans (dont les parents – père athée et mère catholique, convertie à l'Islam après la séparation – avaient choisi qu'elle et ses frères seraient éduqués dans le catholicisme par tradition familiale) de suivre des cours de religion musulmane et d'arabe, ainsi que de porter le *tchador* (voile presque intégral, mais laissant le visage apparent)¹³⁶.

Force est de constater que la pratique judiciaire, ainsi relevée, se montre très frileuse et qu'elle s'inscrit plutôt dans une optique protectionniste plutôt qu'autonomiste. Cela nous paraît regrettable, dans la mesure où les droits à la prise en considération de l'opinion de l'enfant, analysés ci-avant, semblent inverser la perspective et considérer celui-ci comme un véritable acteur de son éducation. Le priver ainsi – hormis les cas où son intérêt nécessiterait le contraire – d'un rôle participatif au processus décisionnel dans une cause qui le concerne revient à le considérer comme un *infans*, un muet, jusqu'à sa majorité.

C. L'opinion de l'enfant comme seul critère déterminant dans certains cas

Comme nous l'écrivions précédemment déjà, « les articles 12 de la CIDE et 22bis de la Constitution semblent exclure que le juge s'écarte de l'opinion de l'enfant lorsque celle-ci constitue le seul élément objectif dont il dispose. Écarter ladite volonté comme critère déterminant sans le justifier par d'autres éléments [...] ne nous semble pas compatible avec l'obligation de prendre celle-ci "en considération". Toute autre solution reviendrait à ne reconnaître aucun poids à ladite volonté, ce qui serait contraire aux textes précités. En ce sens, la "prise en considération" de la volonté de l'enfant prévue par les articles 12 de la CIDE et 22bis de la Constitution implique une obligation de la suivre, mais uniquement lorsque le juge ne l'estime pas contraire à son intérêt [...] »¹³⁷. En d'autres termes, il incombe au juge de rendre une décision conforme aux souhaits de l'enfant, exprimés à travers son opinion, dans tous les domaines de sa vie et de son éducation (hébergement, religion, scolarité, loisirs...) chaque fois que ceux-ci – ou le suivi de ceux-ci – n'apparaissent pas contraires à son intérêt.

¹³⁵ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 4 avril 2018, *Act. dr. fam.*, 2018, liv. 5, p. 106.

¹³⁶ *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, pp. 663-674.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 216.

Il est même des cas de figure où le juge est *toujours* tenu de suivre l'opinion de l'enfant, sans devoir – ni pouvoir – s'en écarter au nom dudit intérêt. Le législateur a en effet prévu un certain nombre (croissant) de domaines relatifs à la vie de l'enfant, où celui-ci est tenu de marquer son accord. 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 »¹³⁸, 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 28 février 2014)¹³⁹, du prélèvement d'organes *in vivo* prévu par l'article 7 de la loi du 13 juin 1986¹⁴⁰, etc. 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 tous 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. Le contraste est marquant entre l'autonomie ainsi reconnue à l'enfant dans ces domaines – sans forcément avoir fixé un seuil cohérent et commun – et la frilosité dont la jurisprudence évoquée fait preuve en majorité.

§ 4. L'âge, le discernement et la maturité

A. Le discernement et la maturité

Parmi les principales limites à l'obligation de prendre en considération l'opinion de l'enfant, se trouvent l'âge, le discernement et la maturité. Si les libellés des articles 12.1 de la CIDE et 1004/1, § 6, du Code judiciaire sont rigoureusement identiques, l'article 22bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution ne conditionne pas la prise en considération de la parole de l'enfant par la « maturité », mais par le « discernement ». Comme nous l'avons vu, l'intention du constituant de 2009 n'a pas consisté à conférer d'autres droits que ceux déjà reconnus par la CIDE ou à en modifier la portée¹⁴¹. Cependant, une interprétation de ces dispositions suivant la méthode linguistique mènerait-elle au constat d'une portée différente du prescrit constitutionnel par rapport aux autres textes ? La réponse est fonction de la signification précise des termes utilisés.

Mieux que le législateur qui ne dit mot à propos de ce qu'il convient d'entendre par le « discernement », le professeur J.-Y. Hayez définit celui-ci, dans la

¹³⁸ À ce sujet, voy. Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 289 et s.

¹³⁹ *Ibid.*, 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.

¹⁴⁰ Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures, op. cit.*, pp. 299-300.

¹⁴¹ *Cf. supra.*

remarquable étude qu'il lui consacre (et qui, à notre avis, constitue une lecture obligée pour tous ceux qui recueillent et interprètent les opinions des enfants), comme « la faculté de bien apprécier les choses [...] ; la capacité de distinguer une chose d'une autre, et donc de choisir [...] ; la faculté de reconnaître la nature réelle d'une situation, finement, distinctement, via l'opération des sens et de l'esprit ». Plusieurs critères d'appréciation du discernement sont ainsi mis en avant, sans aucune prétention d'exhaustivité, par cet auteur : « l'appréhension des données d'une réalité concrète, matérielle, vivante ou humaine (soi-même ; individus ; famille ; groupe) ; la capacité d'en faire une représentation mentale de synthèse, qui en inclut les détails importants. Si ce sont des réalités humaines, en outre, "l'intelligence sociale" qui capte suffisamment bien les sentiments, les états d'âme, le monde intérieur et les idées dites ou non dites de soi ou d'autres, [la] capacité "d'évaluation morale" »¹⁴² et, de manière moins certaine, l'aptitude à faire des choix¹⁴³. L'appréciation de la faculté de discernement doit donc s'effectuer *in concreto*. Plus précisément, l'auteur précite propose cinq critères afin de procéder à cette appréciation : l'âge (étant entendu notamment qu'« une connaissance adéquate de la réalité externe concrète s'installe largement pendant l'âge de l'école primaire : les enfants de huit-neuf ans, d'intelligence normale et hors maladie, la connaissent bien »¹⁴⁴), l'impression générale d'(im)maturité, l'équipement en intelligence (qui s'avère plus réduit, sans être absent, en deçà de l'âge de 3 ans), les connaissances acquises, et, enfin, « la sérénité de l'ambiance ou l'existence d'émotions fortes dans le monde intérieur du mineur »¹⁴⁵.

La maturité est-elle si différente du discernement ? *Prima facie*, on pourrait le penser au regard de la définition même du terme « maturité »¹⁴⁶. Celle-ci concerne, en effet, un état plus général et accompli, alors que le discernement aurait trait à la clairvoyance qui, le cas échéant, pourrait ne porter que sur un des points particuliers en cause. Un enfant immature peut ainsi être doté de discernement. Suivant une telle analyse linguistique, ceci confère à l'article 22bis de la Constitution une portée plus large que celle des autres dispositions en ce qui concerne la prise en considération de l'opinion de l'enfant. Ceci étant, le Comité des droits de l'enfant, dans son Observation générale n° 12, semble reconnaître au terme « maturité » une signification relativement proche de celle

¹⁴² J.-Y. HAYEZ, « Le discernement chez l'enfant et l'adolescent », www.jeanyveshayez.net, consulté les 21 mars et 24 octobre 2019.

¹⁴³ *Ibid.* Voy. également la définition proposée par Th. Van Halteren (mais dans le cadre de l'article 328, alinéa 1^{er}, du Code civil) : « l'aptitude d'une personne à distinguer ce qui est ou non dans son propre intérêt » (Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, *op. cit.*, p. 280).

¹⁴⁴ J.-Y. HAYEZ, *La destructivité chez l'enfant et l'adolescent*, 2^e éd., Paris, Dunod, 2007.

¹⁴⁵ J.-Y. HAYEZ, « Le discernement chez l'enfant et l'adolescent », *op. cit.*

¹⁴⁶ « L'époque où l'homme a atteint son développement complet, physique et intellectuel » – *Dictionnaire Quillet de la langue française*, *op. cit.* ; « état de ce qui est parvenu à son complet développement » – *Larousse de poche*, 2007, *op. cit.* Notons que les articles 12.1 de la CIDE et 1004/1, § 6, du Code judiciaire mentionnent le « degré » de maturité, ce qui renvoie à un (des) stade(s) intermédiaire(s) entre l'absence totale de maturité et la maturité complète.

du « discernement » : « le degré de maturité fait référence à l'aptitude de l'enfant à comprendre et évaluer les implications d'une question donnée, et doit donc être pris en compte pour déterminer la capacité individuelle d'un enfant. Le degré de maturité est difficile à définir. Dans le contexte de l'article 12, c'est la capacité d'un enfant d'exprimer ses vues sur des questions d'une manière raisonnable et indépendante. Les incidences de la question sur l'enfant doivent également être prises en considération. Plus la question a des incidences importantes sur la vie de l'enfant, plus il est primordial d'évaluer précisément le degré de maturité de l'enfant »¹⁴⁷. Comme pour le discernement, la clairvoyance de l'enfant, ainsi que sa faculté de se forger une opinion indépendante et de l'exprimer, apparaissent comme les éléments déterminants pour la prise en considération de celle-ci. Il est donc raisonnable de reconnaître au terme « maturité » le même sens qu'à celui de « discernement »¹⁴⁸, comme le constituant de 2008 l'a d'ailleurs implicitement souhaité¹⁴⁹.

Le juge évitera le piège qui consisterait à estimer que l'enfant manque de maturité ou de discernement, voire qu'il est trop jeune pour en disposer, chaque fois que son opinion apparaît comme contraire à la perception que le magistrat retient de son intérêt. Comme l'écrit T. Moreau, l'appréciation du discernement et celle de l'intérêt de l'enfant constituent deux choses fondamentalement différentes¹⁵⁰. Dès lors, une « bonne pratique » à suggérer aux magistrats, voire même aux avocats qui leur feront état préalablement de leurs considérations en termes de conclusions, consisterait à vérifier d'abord si l'enfant dispose d'une faculté de discernement suffisante, et à déterminer ensuite si le prononcé d'une décision conforme à l'opinion exprimée rencontrerait aussi son intérêt¹⁵¹. Cette nécessaire distinction ressort d'ailleurs du libellé même de l'article 1004/1, § 5, alinéa 4, *in fine*, du Code judiciaire, puisqu'il y est imposé au juge de faire mention de l'absence de discernement, manifestée en cours d'entretien, dès le rapport d'audition, alors que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant a lieu généralement bien plus tard, à l'issue d'une mise en état de la cause parfois longue (et laborieuse).

B. L'âge

Si les différents textes précités mentionnent, à côté du discernement ou de la maturité, également l'âge comme condition de prise en considération de l'opinion de l'enfant, il ne semble pas s'agir là d'une restriction supplémentaire. En effet, ni les auteurs de la CIDE, ni le constituant et le législateur belge n'ont

¹⁴⁷ Observation générale n° 12, *op. cit.*, pt 30.

¹⁴⁸ Dans le même sens : Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, *op. cit.*, p. 288.

¹⁴⁹ Cf. *supra*, section 1, § 3, A.

¹⁵⁰ T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale », *op. cit.*, p. 30.

¹⁵¹ Voy., à ce sujet, *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 215.

prévu d'âge précis qui fixerait un seuil en deçà duquel l'opinion de l'enfant ne devrait pas être prise en considération. La condition de l'âge ne peut dès lors que se comprendre comme un rappel que la maturité et le discernement constituent des notions dynamiques qui s'inscrivent dans un processus de croissance psychologique, intellectuelle et sociale du jeune, et qu'elles doivent dès lors être appréciées comme telles par le juge.

L'âge n'apparaît donc pas comme une condition « autonome », puisque, même dans les domaines (médicaux) où le législateur a conféré un droit à l'autodétermination assez étendu à l'enfant¹⁵², aucun âge spécifique n'a été spécifié. La participation, en Communauté flamande, du jeune de 12 ans ou plus au choix de l'école secondaire où il sera inscrit constitue une exception à cet égard¹⁵³. D'autres existent à l'étranger. Ainsi, si le choix religieux demeure, en Belgique (comme en France)¹⁵⁴, l'apanage quasi exclusif des parents (même si la pratique démontre qu'en cas de litige entre ceux-ci, l'opinion d'adolescents s'avère parfois prépondérante aux yeux des juges¹⁵⁵), les législateurs d'autres pays européens ont prévu des « majorités spécifiques » dans ce domaine où l'enfant, à partir d'un certain âge, peut décider seul. Ainsi, en Allemagne, la *Gesetz über die religiöse Kinderziehung* du 15 juillet 1921 prévoit que le changement de religion ne peut être imposé à l'enfant à partir de l'âge de 12 ans et que celui-ci dispose du libre choix de l'adhésion à un culte à partir de 14 ans. L'article 300.3 du Code civil suisse reconnaît ce même droit à partir de l'âge de 16 ans.

§ 5. Représentation schématique

Le tableau suivant propose une approche synthétique de la place de l'opinion de l'enfant lors des contentieux à propos de l'autorité parentale et de l'hébergement, en fonction des principes évoqués¹⁵⁶.

¹⁵² Cf. *supra*.

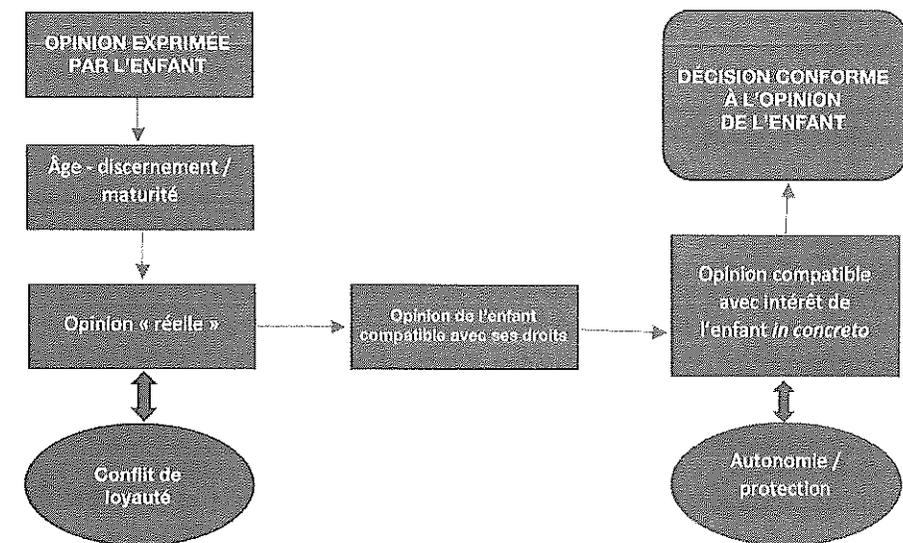
¹⁵³ *Ibid.* Nous n'évoquons pas ici les décisions relatives à l'état de l'enfant, à son patrimoine, etc., à propos desquelles nous nous permettons de renvoyer à l'excellente étude de Th. VAN HALTEREN, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures*, op. cit., pp. 278-325.

¹⁵⁴ Voy., à ce sujet, notre analyse de la liberté religieuse de l'enfant en droits belge et français, ainsi que l'incidence de cette liberté pour les contentieux civils entre les parents à propos de la religion de l'enfant, in *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., pp. 223-226 et les références y citées.

¹⁵⁵ Cf. *supra*, section 2, § 3, B, 2, b.

¹⁵⁶ Pour une méthode bien plus étendue, globale et approfondie, intégrant de nombreux critères d'appréciation (en vigueur de *lege lata* et/ou retenus par la pratique judiciaire), voy. *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., pp. 833-848.

Tableau 2 – Présentation synthétique de la place de l'opinion de l'enfant



Suivant ce schéma, le juge vérifie, à l'aune de l'âge de l'enfant, après avoir entendu son opinion, si celui-ci possède le discernement et la maturité nécessaires. Il tentera, dans la mesure du possible, d'appréhender les souhaits réels de l'enfant et de ne pas s'arrêter à ce qu'il exprime. L'opinion de l'enfant ainsi révélée, le juge vérifiera si celle-ci n'est pas biaisée par un conflit de loyauté et si elle est compatible avec les droits à vocation de sa protection. Le juge évitera, par exemple, de confier l'enfant, même s'il en a manifesté le désir, à un parent qui le mettrait en danger ou qui ne le scolariserait pas. Ensuite, le juge examinera si l'opinion exprimée par l'enfant n'est pas contraire à son intérêt, qui idéalement devrait être examiné *in concreto* (même si rien ne lui interdit – sauf cas particuliers – de s'appuyer sur une définition *in abstracto* de cet intérêt). La pratique judiciaire révèle, à cet égard, une variation entre des approches plus autonomistes, qui laissent une plus grande place aux *desiderata* de l'enfant, et des approches plus protectrices où demeure une prépondérance de l'avis des adultes. Les tenants de l'approche protectrice écarteront aussi l'opinion de l'enfant au profit des accords parentaux, à moins que l'intérêt de l'enfant ne requière que son opinion soit suivie. Si cette opinion de l'enfant n'est contraire ni à ses droits ni à son intérêt – voire aux accords parentaux –, il conviendrait que le juge rende une décision conforme à celle-ci.

Conclusion

L'analyse des règles de droit qui encadrent l'audition de l'enfant et la prise en considération de sa parole révèle l'existence de points de tension entre ces deux conceptions qui, à l'extrême, apparaissent antagonistes. La première place le point de gravité sur la fonction parentale et part du postulat selon lequel les adultes sont mieux à même de déterminer ce à quoi correspond l'intérêt de l'enfant. La deuxième conçoit, au contraire, l'enfant comme un acteur de son éducation. L'autorité parentale ne constituerait alors qu'un régime subsidiaire ne visant qu'à suppléer temporairement à l'immaturité du jeune dans les seuls domaines où celui-ci demeure, pour l'instant, encore incapable de discerner pleinement son propre intérêt. Dans cette deuxième optique, la prépondérance de l'opinion des parents – mais de celle du juge aussi – sur celle de l'enfant a vocation à s'effacer progressivement au fur et à mesure où l'enfant croît en maturité et en discernement, et ce, bien avant le seuil de la majorité civile.

Si, pour notre part, nous nous situons aisément dans cette deuxième optique, il serait inexact de considérer que ceux qui se rapprochent davantage de la première se sentent concernés principalement par les intérêts des parents. Au contraire, leur argumentation est généralement inspirée du souci constant de préserver l'enfant de conflits de loyauté susceptibles de naître lorsqu'il serait indirectement appelé à décider (par l'intermédiaire de la prise en considération – quelquefois déterminante – de son opinion) face à des demandes qui, pour ses parents respectifs, représentent le plus souvent un enjeu émotionnel important. Par ailleurs, rien ne permet de considérer *in se* comme anathème de laisser une place à l'intérêt des parents.

Ceci étant, nous pensons, pour notre part, que l'institution même de l'autorité parentale garde pour raison d'être essentielle de pallier le manque de maturité et de discernement du mineur et que ces aptitudes s'acquièrent progressivement au fil de l'enfance et de l'adolescence. De ce point de vue, il apparaît logique de ne pas considérer l'accès à la majorité comme une barrière absolue. Au contraire, celle-ci nous semble devoir être perçue comme l'aboutissement d'un processus évolutif de croissance en maturité faisant perdre, progressivement et dans certains domaines, la raison d'être de son incapacité. Une telle vision ne peut, bien sûr, être teintée d'angélisme en faisant l'impasse sur le risque réel que l'opinion de l'enfant ou de l'adolescent soit influencée, voire dictée, par un parent, par un membre de l'entourage ou par une dette de loyauté. De même, rien n'exclut que l'opinion du mineur soit contraire à son intérêt et inspirée par d'autres considérations, comme le manque de goût pour l'étude ou le désir de vivre chez le parent le plus laxiste. Il est donc évident que le juge doit pouvoir s'écarter de l'opinion de l'enfant lorsque celle-ci s'avère contraire à son intérêt apprécié *in concreto*. Considérer que le juge puisse y déroger en fonction de cet intérêt déterminé *in abstracto* (bien que, comme nous l'avons vu, rien ne le lui interdit *de lege lata* – sauf exception), nous semble plus

délicat puisqu'il s'agit alors de placer les conceptions et valeurs du juge au-dessus de celles de l'enfant. Il se trouve ici, encore une fois, matière à plaider en faveur d'une plus grande interdisciplinarité, associant pédopsychiatres, psychologues, académiques et praticiens, comme l'a fait le barreau de Mons lors du colloque du 21 mars 2019.

La législation et la pratique judiciaire actuelles – nous l'avons vu également – révèlent un certain nombre de points délicats et d'incohérences. La deuxième apparaît souvent frileuse par rapport aux droits fondamentaux de l'enfant, reconnus dans la première, et reste souvent prête (bien que ce constat ne vaille évidemment pas pour tous les magistrats ni dans toutes les causes qui leur sont soumises) à voir dans l'expression de l'opinion de l'enfant une voie d'accès à l'information parmi d'autres. Les législations nationales et internationales ne sont, elles non plus, pas exemptes de zones d'ombre. Ainsi voit-on, dans certains textes, le droit d'audition – ou le droit à une nouvelle audition – conditionné par le discernement et la pertinence, dont la prétendue absence peut donner lieu à un refus d'entendre l'enfant, sans qu'on aperçoive comment le juge peut aboutir à un constat suffisamment sûr à cet égard avant même que la rencontre n'ait eu lieu. De même, la consignation des dires de l'enfant dans le rapport promis à la lecture des parents et de leurs conseils donne priorité au principe du contradictoire – et, donc, aux droits des adultes – par rapport à la possibilité, pour l'enfant, de s'exprimer librement et sincèrement dans un espace de confidentialité.

Pourtant, la promulgation des textes analysés dans la présente contribution constitue davantage une révolution copernicienne qu'une simple évolution cosmétique, puisque les droits de l'enfant à l'expression, à l'audition et à la prise en considération de son opinion se trouvent désormais formellement garantis. Toutefois, il s'agit d'une révolution inachevée, tant au niveau des textes qu'au niveau de la pratique judiciaire.

Émettons donc le vœu que le législateur et les praticiens puissent garder à l'esprit la parole de ce grand inspirateur des droits de l'enfant que fut le docteur Janusz Korczak (mort dans le camp de Treblinka en 1942) : « Vous dites : "C'est épuisant de s'occuper des enfants". Vous avez raison. Vous ajoutez : "Parce que nous devons nous mettre à leur niveau. Nous baisser, nous pencher, nous courber, nous rapetisser". Là, vous vous trompez. Ce n'est pas tant cela qui fatigue le plus que le fait d'être obligé de nous élever jusqu'à la hauteur de leurs sentiments. De nous élever, nous étirer, nous mettre sur la pointe des pieds, nous tendre. Pour ne pas les blesser »¹⁵⁷.

¹⁵⁷ J. KORCZAK (*1878, † Treblinka, 1942), prologue de *Quand je redeviendrai petit*, trad. AJFK, révisée en 2007, www.korczak.fr, consulté le 20 mars 2019.