

Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

Géraldine MATHIEU

Chargée de cours à l'UNamur

Maîtresse de conférences invitée à l'ULiège

Directrice de l'Unité Droits de l'enfant du Centre de recherche V&S et Membre du CIDE

Anne-Catherine RASSON

Chercheuse et maîtresse de conférences à l'UNamur

Membre de l'Unité Droits de l'enfant du Centre de recherche V&S, de l'Institut Transitions et du CIDE¹

Tout État partie doit respecter et mettre en œuvre le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale, et est tenu de prendre toutes les mesures concrètes et délibérées requises pour la pleine mise en œuvre de ce droit².

III. La réception du droit fondamental de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne en Belgique : l'article 22bis de la Constitution et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle	180
1. Les droits constitutionnels de l'enfant et l'article 22bis de la Constitution	180
2. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle	182
Conclusion	188

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	167
I. La consécration de la primauté de l'intérêt de l'enfant comme droit fondamental	169
1. L'intérêt de l'enfant comme vecteur de l'individualisation de l'enfant dans l'ordre juridique	169
2. La primauté de l'intérêt de l'enfant comme droit fondamental	170
II. Le droit fondamental de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent, pierre angulaire du modèle des droits de l'enfant	171
1. L'article 3.1 de la CIDE et l'apport du Comité des droits de l'enfant	172
2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	175

Introduction

Le droit de l'enfant³ à ce que son intérêt⁴ supérieur soit pris en compte de manière primordiale dans toute décision qui le concerne est aujourd'hui devenu un principe juridique fondamental incontournable en droit de la famille⁵.

Pourtant, ce droit fondamental de l'enfant, de même que les garanties juridiques qui l'entourent, sont encore largement méconnus ou mal compris.

Comme « toutes les notions juridiques fondamentales des démocraties »⁶, la notion d'intérêt de l'enfant est une notion ouverte qui ne saurait par essence se laisser enfermer dans une définition qui la viderait de toute substance. Elle n'a pas de contenu précis mais

1. Les auteurs remercient vivement Nathalie Massager qui leur a suggéré la question de recherche traitée et a largement contribué aux réflexions qui suivent. Elles remercient aussi Anne Rassin-Roland pour sa précieuse relecture.
2. C.D.E., Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 2013, CRC/C/GC/14, § 13.
3. L'enfant s'entend ici de toute personne qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans, conformément à l'article 1^{er} de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée à New-York le 20 novembre 1989 (ci-après la « CIDE ») et aux articles 388 et 488 de l'ancien Code civil.
4. Jacques Fierens eut quant à lui préféré le concept de *respect* de l'enfant, « notion qu'appelle celle de dignité », à celui d'*intérêt* de l'enfant qui a, selon lui, « quelque chose de plus égocentrique, voire comme un petit accent capitaliste... » (J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *Le droit de l'enfant au respect*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 29 et 33). Il reste que c'est la notion d'intérêt de l'enfant qui est aujourd'hui plébiscitée. Sur la notion d'« intérêt », l'on renverra le lecteur à la thèse de doctorat de Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 247 à 257. Sur l'origine de la notion d'« intérêt », le lecteur peut se référer utilement aux travaux de B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant : Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, Paris, L'Harmattan, 2017, pp. 25 à 39.
5. Le droit de la famille est le droit qui régit les relations familiales qui regroupent elles-mêmes les relations au sein du couple (droit de la famille « horizontal ») et les relations parents-enfants (droit de la famille « vertical ») (F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, p. 255). Le contentieux relatif au droit de la famille étant extrêmement vaste, nous limitons notre propos à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la famille nucléaire, sans examiner les régimes juridiques relatifs au mariage et à la cohabitation sur le plan social ou fiscal. En matière de droit des étrangers, nous n'examinerons que la problématique des reconnaissances dites frauduleuses et n'aborderons pas les autres thématiques en lien avec le droit de la famille (telles que le regroupement familial, l'aide matérielle, ...).
6. J. FIERENS, « Grandir avec les droits de l'enfant : surmonter les obstacles pour un avenir durable », *J. dr. jeun.*, n° 337, 2014, p. 7.

donne « un sens et une mesure »⁷. Concept « souple et adaptable »⁸, l'intérêt de l'enfant se définit au cas par cas, en fonction des circonstances, du contexte et des besoins de l'enfant.

Le caractère malléable de la notion d'intérêt de l'enfant n'est évidemment pas exempt de critiques et en fait un principe juridique ambivalent⁹. Si l'intérêt de l'enfant a sans conteste été la notion clé dans le changement de paradigme à l'égard de l'enfance et a permis à de nombreuses reprises de renforcer les droits de l'enfant, il reste que la référence à l'intérêt de l'enfant dispense parfois de motiver en droit une décision, avec comme conséquence qu'un enfant peut se voir privé de ses droits fondamentaux. Il n'est pas rare non plus que l'intérêt de l'enfant soit manipulé et utilisé par une partie pour servir ses propres intérêts ou soit mobilisé à mauvais escient.

L'ambivalence du principe juridique de l'intérêt de l'enfant a ainsi pu être observée dans la jurisprudence judiciaire récente en matière familiale. Certains juges l'ont, par exemple, érigé en principe d'ordre public¹⁰, l'ont mobilisé même en dehors d'un cadre légal

explicite¹¹ ou ont dérogé en son nom à des règles de droit judiciaire¹² ou relatives à l'autorité parentale¹³, tandis que d'autres se sont montrés réfractaires à son égard en le reléguant au second plan¹⁴. La détermination concrète de l'intérêt de l'enfant fait par ailleurs l'objet d'interprétations divergentes¹⁵ ou place parfois le juge dans une situation inconfortable. A titre d'illustration, l'on peut évoquer un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 février 2019 dans lequel la Cour soutient que l'intérêt de l'enfant « n'est pas une norme précise, peut recouvrir différentes réalités, présente un caractère évolutif et culturel, voire une part de subjectivité, contient sa part d'incertitude qui n'est pas compatible avec des positions catégoriques et des affirmations péremptoires et que, pas plus que le législateur dans son travail normatif collectif (qui doit appréhender toutes les complexités diverses des vies familiales contemporaines), le juge chargé d'apprécier cette notion dans les causes particulières ne détient la vérité absolue et la connaissance de l'avenir »¹⁶.

A l'aune de ces constats, il nous a semblé pertinent de mener une étude dédiée à l'intérêt de l'enfant dans

7. *Ibid.* ; J. FIERENS, « Alpha ursae minoris – The North Star and the child's best interests among competing interests », *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2016, p. 39 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, pp. 425 à 436 ; A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? », *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 335 à 353.
8. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 32.
9. A.-C. RASSON, « 'L'intérêt de l'enfant', clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECOZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 159 à 198.
10. Bruxelles, 2 février 2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 566 : la Cour estime que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, notamment pour l'établissement, par voie de reconnaissance, de sa filiation paternelle, doit être considérée comme étant d'ordre public et qu'il convient dès lors d'écarter, en vertu de l'article 19 du Code de droit international privé, l'application d'une législation étrangère qui ne permettrait pas de le prendre en compte ; Trib. fam. Namur, 20 mars 2019, *Act. dr. fam.*, 2020, p. 192 : le juge considère que l'intérêt de l'enfant, garanti constitutionnellement, relève désormais de l'ordre public et, à ce titre, doit permettre au ministère public d'agir sur la base de l'article 138bis du Code judiciaire pour contester une reconnaissance de paternité dans un contexte où la filiation paternelle était sujette à caution et, de l'avis du Tribunal, devait dès lors être vérifiée dans l'intérêt supérieur de l'enfant.
11. Ainsi par exemple, en matière de gestation pour autrui, les Cours d'appel de Liège (Liège, 30 juillet 2020, *J.L.M.B.*, 2021/10, p. 437 et *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/1, à paraître) et de Mons (Mons, 2 novembre 2020, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/1, à paraître) ont accepté de reconnaître le lien de filiation établi à l'étranger entre l'enfant et la mère d'intention, par la voie de la transcription de l'acte de naissance, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto*, écartant ainsi la solution majoritaire ayant prévalu jusqu'ici de privilégier la voie de l'adoption (voir à propos de ces deux arrêts : J. MARY et G. MATHIEU, « Gestation pour autrui, filiation et droit international privé : vers une reconnaissance automatique de l'acte de naissance étranger ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/1, à paraître). Dans le même sens, la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 26 novembre 2020, inédit, R.G. n° 2019/FQ/18) a fait droit, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, à la demande du père d'intention visant à obtenir la reconnaissance en Belgique de l'acte de naissance de l'enfant né dans l'anonymat en France et mentionnant sa reconnaissance de paternité.
12. La Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 23 août 2019 (*Act. dr. fam.*, 2019, p. 348) déroge ainsi, au nom de l'intérêt de l'enfant, à la règle de l'appel différé d'une décision avant dire droit. Cet arrêt est critiqué par Arnaud Hoc au motif que l'intérêt supérieur de l'enfant ne serait qu'un droit substantiel et non procédural (A. HOC, « L'intérêt de l'enfant n'autorise, en matière familiale, aucune dérogation à la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit », *Act. dr. fam.*, 2019, p. 350). Nous ne partageons pas la position de cet auteur dès lors que, comme nous le développerons dans les lignes qui suivent, le concept d'intérêt supérieur de l'enfant constitue non seulement un droit substantiel mais aussi une règle de procédure.
13. Le Tribunal de la famille de Bruxelles, dans un jugement du 5 septembre 2016 (*Act. dr. fam.*, 2017, p. 28), n'a, en l'espèce, pas hésité à confier l'hébergement principal (sous la forme d'un droit aux relations personnelles) au beau-père de l'enfant, époux de la mère décédée, au mépris de l'autorité parentale exclusive du père, en se fondant sur le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits fondamentaux. Cette décision a toutefois été réformée par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 26 décembre 2016 (*Act. dr. fam.*, 2017, p. 33), la Cour estimant qu'il n'était pas justifié d'octroyer à un tiers, sous le vocable de « droit aux relations personnelles », ce qui en réalité constitue un hébergement principal. On peut aussi mentionner un jugement du Tribunal de la famille du Hainaut, division Charleroi, au terme duquel le juge a considéré que si « l'article 375bis du Code civil ne peut justifier un droit aux relations personnelles si large que l'enfant résiderait *de facto* en permanence ou de manière principale chez ses grands-parents », les articles 3.1 de la CIDE et 22bis de la Constitution sont « de nature à permettre l'attribution à des grands-parents d'une garde matérielle sous la forme d'un hébergement principal de leur petit-enfant dans des circonstances tout à fait spécifiques et exceptionnelles » (Trib. fam. Hainaut (div. Charleroi), 9 février 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/3, p. 781).
14. La Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 15 février 2019 (*Act. dr. fam.*, 2019, p. 167), refuse de faire droit à la demande d'adoption plénière intrafamiliale de l'ex-compagne de la mère de l'enfant au regard de l'application du droit français s'opposant à pareille adoption (compte tenu du refus de consentement de la mère et du fait qu'elles ne sont pas mariées), alors même que le droit belge eut permis pareille adoption dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour estime que « l'essence même des règles de conflit de lois invite à donner ce crédit au droit étranger et appelle à regarder les règles de droit matériel avec les lunettes du juge de l'autre État sans considérer d'emblée son propre droit matériel comme étant l'échelle de mesure de l'admissibilité d'une norme, que ce soit sous le vocable de l'intérêt de l'enfant ou celui de l'ordre public international ». La Cour considère que l'application de l'article 67, alinéa 3, du Code de droit international privé n'implique pas pour le juge de comparer la valeur du droit belge au droit français, ni de considérer que, dès lors que le droit français est plus restrictif que le droit belge, il y aurait lieu de l'écarter pour contrariété à l'intérêt de l'enfant. Elle réforme ainsi la décision du premier juge qui avait quant à lui écarté les dispositions du droit français sur la base de la clause d'exception estimant que leur application nuirait à l'intérêt supérieur de l'enfant compte tenu des circonstances propres à l'espèce, notamment l'existence d'un projet parental commun (Bruxelles, 15 février 2019, précité, p. 170).
15. Le Tribunal de la famille de Bruxelles, dans un jugement du 29 novembre 2019 (*Act. dr. fam.*, 2021, p. 21), refuse ainsi de prendre en compte la parole et le souhait répété d'un adolescent de 16 ans de retourner vivre en Espagne avec son père, considérant que ce dernier l'aurait instrumentalisé et que l'intérêt de l'enfant commande qu'il « soit protégé du conflit et non partie prenante à tous les aspects de la procédure ». La Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 10 juillet 2020 (*Act. dr. fam.*, 2021, p. 26), réforme ce jugement, estimant au contraire qu'aucun élément objectif ne permet d'établir que le point de vue exprimé par l'enfant ne soit pas réellement le sien et qu'il soit sous influence.
16. Bruxelles, 15 février 2019, précité, p. 167.

le domaine du droit de la famille et de réfléchir aux garanties qui permettent de protéger concrètement et effectivement le droit fondamental de tout enfant à voir son intérêt pris en considération de manière primordiale dans toute décision qui le concerne.

Dans une première partie, nous retracerons brièvement l'émergence de la consécration, en tant que droit fondamental, de l'intérêt supérieur de l'enfant. Nous approfondirons ensuite, dans une deuxième partie, plusieurs espaces normatifs et interprétatifs où le principe de l'intérêt de l'enfant s'est développé, lui offrant ainsi une substantielle épaisseur. Nous aborderons l'article 3.1 de la CIDE et les travaux du Comité des droits de l'enfant, d'une part, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part¹⁷. Dans une troisième partie, après un bref rappel relatif aux droits constitutionnels de l'enfant, nous étudierons la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière familiale. Enfin, nous concluons notre propos en formulant quelques recommandations et suggestions permettant de prendre l'intérêt de l'enfant réellement au sérieux et de le mobiliser adéquatement en toutes circonstances.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, une double précision méthodologique doit être posée. D'une part, notre étude ne vise pas l'exhaustivité et se concentre principalement sur les enseignements qui sont pertinents pour mieux comprendre et appréhender le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. D'autre part, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et les arrêts de la Cour constitutionnelle prononcés sur question préjudicielle sont contextualisés et limités à un aspect précis de la législation : « cette caractéristique explique les différences qui peuvent apparaître entre les appréciations de l'une et de l'autre au gré d'espèces qui sont rarement exactement semblables, ce qui rend les tentatives de systématisation périlleuses »¹⁸.

I. La consécration de la primauté de l'intérêt de l'enfant comme droit fondamental

1. L'intérêt de l'enfant comme vecteur de l'individualisation de l'enfant dans l'ordre juridique

Contrairement à ce que l'on croit parfois, la notion d'intérêt de l'enfant n'est pas née au XX^e siècle mais remonte à plusieurs siècles déjà¹⁹.

Comme Jean-Louis Renchon le souligne en effet très justement :

« Avec l'avènement des Lumières, les révolutions démocratiques et la proclamation de l'égalité de droit de tous les êtres humains, on conféra à l'enfant un statut d'être humain à part entière »²⁰.

L'individualisation de l'enfant au sein de sa famille a été notamment pensée par John Locke et Jean-Jacques Rousseau²¹. Le premier considérait ainsi que l'enfant est titulaire de droits dès sa naissance, même si sa vulnérabilité ne lui permet pas d'en faire usage tout de suite²² tandis que le second est le premier philosophe à avoir adopté un regard positif sur l'enfance, qu'il érige au rang de « condition de l'humanité »²³.

Inspirés par les philosophes du siècle des Lumières, les révolutionnaires ont permis la singularisation de l'enfant au sein de sa famille et ont instauré les prémisses d'un modèle protectionnel à son égard. Dans les discussions parlementaires au moment de la Révolution française, l'on voit apparaître les premières traces de la notion d'intérêt de l'enfant dans la sphère du droit²⁴.

Même si sous l'ère du Consulat, un modèle autoritaire est réinstauré, tant en politique que dans la famille, l'esprit du Code civil de 1804 laisse subsister en partie le modèle de protection de l'enfant de la Révolution française qui se traduit, par exemple, par la fixation de la majorité à 21 ans. « Malgré la connotation latine

17. Nous n'étudierons pas le droit de l'Union européenne, qui est moins pertinent dans notre étude portant exclusivement sur le droit de la famille. Relevons néanmoins que l'article 24.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (adoptée à Nice le 7 décembre 2000, *J.O.C.E.*, 2000/C 364/01, 18 décembre 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 conformément à l'article 6 du Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, 13 décembre 2007, *J.O.U.E.*, 2007/C-306/01, 17 décembre 2007) proclame que « dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».
18. A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de la famille », *A.D.L.*, vol. 75, 2015, p. 324.
19. Voir pour plus de détails sur l'histoire de l'intérêt de l'enfant : B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *op. cit.* ; M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », Ph. GERARD, F. OST et M. KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, vol. III, pp. 26 et s. ; Th. MOREAU, « L'intérêt et droits de l'enfant ou les deux éléments constitutifs du droit de l'enfant au respect. L'exemple du placement et de la privation de liberté », Th. MOREAU, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Le droit de l'enfant au respect*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 145 à 176 ; Th. MOREAU, « La réforme de la protection de la jeunesse », *J. dr. jeun.*, n° 260, 2006, pp. 4 et s. ; A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant, clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », *op. cit.*, pp. 159 à 175 ; F. TULKENS, « De la Belgique », *R.G.D.*, 1996, 27 (2), pp. 198 et s. ; D. YOUF, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesse en difficulté. Revue pluridisciplinaire de recherche*, n° 11, 2011 ; D. YOUF, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.
20. J.-L. RENCHON, « Les droits de l'enfant dans le conflit parental », *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité ?*, Liège, Edition du Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 154.
21. D'autres philosophes ont aussi contribué à cette évolution relative à l'enfance, comme Samuel von Pufendorf, Voltaire ou encore Emmanuel Kant.
22. B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *op. cit.*, p. 55.
23. D. YOUF, *Penser les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 21. L'auteur fonde sa réflexion à partir du célèbre ouvrage de J.-J. ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, Paris, Flammarion, 1966.
24. Voir Archives parlementaires, tome 45, p. 476 et p. 613 ; Archives parlementaires, tome 49, p. 333 et p. 436 ; Archives parlementaires, t. 50, p. 191 ; Archives parlementaires, t. 67, p. 484. Les archives parlementaires de la Révolution française sont disponibles sur le portail Persée (en partie) et sur le site internet de l'Université de Stanford. Voir aussi sur le sujet : E. MASSON, *La puissance paternelle et la famille sous la Révolution*, Faculté de droit de l'Université de Paris, Thèse de doctorat, www.archive.org, 1911.

de l'expression 'puissance paternelle', les rédacteurs ont voulu expressément se démarquer de l'institution romaine en prétendant privilégier la conception coutumière héritée du droit germanique, spécialement en refusant au père des droits absolus sur son enfant »²⁵. L'intérêt de l'enfant est régulièrement cité dans les débats parlementaires²⁶ et « n'a pas attendu la fin du XX^e siècle pour constituer l'énigmatique concept central du droit de la famille, de l'autorité parentale ou de la protection de la jeunesse »²⁷. La puissance paternelle est déjà pensée comme un droit-fonction, au bénéfice de l'intérêt de l'enfant²⁸, même si cela ne ressort pas formellement du texte²⁹.

Progressivement, un contrôle étatique du pouvoir des pères s'est imposé au nom de l'intérêt de l'enfant³⁰, lequel a ainsi « été le principal instrument par lequel l'État a pénétré dans la famille pour pallier (...) la dépravation des mœurs et l'affaiblissement de l'esprit de famille et du sentiment de dignité paternelle »³¹, parfois au mépris des droits³². L'intérêt de l'enfant se confond alors cependant essentiellement avec l'intérêt de l'État³³, de telle sorte que l'enfant est encore à cette époque assimilé à un objet de droits, « instrumentalisé non plus tellement pour le plus grand profit du père ou de la famille, mais pour celui de la nation toute entière »³⁴.

Petit à petit, on bascule ainsi vers un modèle au sein duquel le concept d'intérêt de l'enfant vise la protection de l'enfant. L'un des textes majeurs de ce modèle protectionnel, qui le porte, selon Françoise Tulkens, « à son expression la plus parfaite », est la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse qui « constitue une véritable loi de protection à l'état pur »³⁵, au cœur de laquelle se situe l'intérêt de l'enfant.

Si les prémisses d'un changement sont en marche³⁶, à ce stade, l'intérêt de l'enfant n'est donc pas érigé en droit fondamental de l'enfant et ce dernier n'est pas un véritable sujet de droits. L'enfant n'a en effet encore que très peu de possibilités pour revendiquer ses droits et se faire entendre. Comme le souligne Françoise Dolto en 1985, « la cause des enfants ne sera pas sérieusement défendue, tant que ne sera pas diagnostiqué le refus inconscient qui entraîne toute société à ne pas vouloir traiter l'enfant comme une personne dès sa naissance, vis-à-vis de qui chacun se comporte comme il aimerait qu'autrui le fasse à son égard »³⁷.

2. La primauté de l'intérêt de l'enfant comme droit fondamental

Petit à petit, des voix s'élèvent pour dénoncer les abus qui découlent du modèle protectionnel et revendiquer la reconnaissance de l'enfant comme une personne et non plus comme un citoyen en devenir³⁸. La fonction « subversive » de l'intérêt de l'enfant émerge et permet « tout naturellement la revendication de la transmutation de l'intérêt du mineur en droit subjectif de l'enfant »³⁹. Au fil du temps, juges et législateurs imposent le respect de ses droits fondamentaux, tel le droit à un procès équitable, le droit à la liberté ou le droit à la vie privée⁴⁰. Il ne s'agit cependant pas de dénier complètement les particularités inhérentes à l'enfant, sous peine d'en faire un mini-adulte. La notion d'intérêt de l'enfant se transforme paradigmatiquement. Elle vise désormais à ce que l'enfant soit appréhendé comme une personne titulaire de droits fondamentaux, tout en considérant son altérité et sa vulnérabilité.

L'adoption de la CIDE, le 20 novembre 1989, par l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'unanimité, permet la véritable transformation, la « révolution »⁴¹ de la place de l'enfant dans la sphère juridique. Elle a

25. J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *op. cit.*, p. 37. Voir aussi : A. DESRAYAUD, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica. La Revue*, 14-2, 2012, pp. 23 et 24.
26. *Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du projet de code civil*, Paris, Imprimerie de la République, 1803, p. 49 ; J.G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle. Commentaire et complément des codes français*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, t. III, pp. 336 à 338 et p. 341.
27. J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *op. cit.*, p. 39.
28. J.G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle. Commentaire et complément des codes français*, *op. cit.*, p. 341.
29. Th. MOREAU, « Préambule : L'évolution du concept d'intérêt du mineur sur le plan juridique », J. MARQUET et L. MERLA (dir.), *L'intérêt supérieur de l'enfant dans la mosaïque familiale : Ce que cela signifie pour les enfants*, Louvain-la-Neuve, UCLouvain, 2015, p. 7.
30. *Ibid.*, p. 7.
31. *Ibid.*, p. 9.
32. D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 345.
33. B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *op. cit.*, p. 61 ; Th. MOREAU, « Intérêt et droits de l'enfant ou les deux éléments constitutifs du droit de l'enfant au respect. L'exemple du placement et de la privation de liberté », *op. cit.*, p. 150. Michelle Perrot évoque un « intérêt de l'enfant » social plus qu'individuel (M. PERROT, « L'enfant révolutionné par la Révolution ? Parents et enfants au XIX^e siècle », P. LENOËL et M.-F. LEVY (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, Olivier Orban, 1993, p. 411).
34. M.-S. DUPONT-BOUCHAT, *op. cit.*, p. 49.
35. F. TULKENS, *op. cit.*, p. 199.
36. A.-C. RASSON, « 'L'intérêt de l'enfant', clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », *op. cit.*, pp. 169 à 171.
37. F. DOLTO, *La cause des enfants*, Paris, R. Laffont, 1985, p. 149. L'on peut cependant faire référence à deux arrêts de principe du début du siècle dernier qui démontrent la reconnaissance judiciaire du bénéfice des libertés constitutionnelles – en particulier la liberté de conscience – sans distinction d'âge : Trib. Dinant, 14 février 1907, *B.J.*, 1907, p. 651 ; Liège, 5 mai 1909, *Pas.*, p. 219. Voir not. à ce sujet, A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1605 ; K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 402.
38. Th. MOREAU, « Préambule : L'évolution du concept d'intérêt du mineur sur le plan juridique », *op. cit.*, p. 12.
39. *Ibid.*, p. 14.
40. *Ibid.*
41. J. ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant*, Sion, Institut international des droits de l'enfant, 2005, p. 6.

été signée par la Belgique le 26 janvier 1990, ratifiée le 16 décembre 1991 et est entrée en vigueur dans notre pays le 15 janvier 1992.

La CIDE est exceptionnelle à plus d'un titre : quasi universellement ratifiée⁴², elle contient à la fois des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels. Elle marque un tournant important par l'équilibre qu'elle instaure entre les deux pôles de l'enfant, à la fois semblable aux adultes car humain, et en même temps différent de ceux-ci car plus vulnérable. L'on retrouve ainsi dans la CIDE tout à la fois des droits « généraux », qui concernent tout le monde, et des droits « spécifiques » qui concernent spécialement les enfants⁴³.

Si la CIDE proclame toute une série de droits-créances, de « protection », elle reconnaît par ailleurs aux enfants des libertés individuelles : droit à la participation, liberté d'expression, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'association, droit à la vie privée, liberté d'aller et venir. Ces libertés sont certes exercées suivant l'évolution des capacités de l'enfant, mais il ne fait plus aucun doute que l'enfant visé par la CIDE est un sujet de droits qui, d'un côté, doit recevoir une protection spécifique à l'aune de sa fragilité, et, d'un autre côté, doit être encouragé à exercer, de façon progressive, son droit à l'autonomie et à l'autodétermination. L'enfant est désormais titulaire de droits fondamentaux et en détient aussi l'exercice, dans les limites de ses capacités.

Le fonctionnement même de la famille s'en trouve bouleversé : elle devient une « société individualiste égalitaire, où chacun y est reconnu dans sa dignité d'homme » ; le père « qui en constituait la clé de voûte » cède désormais la place à l'enfant qui occupe aujourd'hui la place centrale⁴⁴. Cette transformation des rôles dans la famille ressort aussi de la législation⁴⁵ et de la jurisprudence actuelle en matière de droits fondamentaux, tant de la Cour constitutionnelle que de la Cour européenne des droits de l'homme, comme nous le montrerons ultérieurement.

Dans le modèle des droits de l'enfant, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, devenu un véritable

droit fondamental, a été érigé comme la pierre angulaire de ces droits. Nous allons à présent examiner ce droit en profondeur, tel qu'il a été interprété par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies⁴⁶ et par la Cour européenne des droits de l'homme.

II. Le droit fondamental de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent, pierre angulaire du modèle des droits de l'enfant

Comme nous l'avons souligné en introduction, l'intérêt de l'enfant est une notion à géométrie variable qui n'est pas dénuée d'ambiguïté. Elle est par ailleurs le « point de vue d'adulte sur la situation de l'enfant »⁴⁷ tout en étant au cœur du modèle des droits de l'enfant dans lequel la participation de l'enfant est un véritable pilier.

Pourtant, la lecture des débats préalables à l'adoption de la CIDE montre que la proclamation de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant comme considération primordiale dans toute décision qui le concerne avait pour principal objectif de renforcer les garanties contenues dans les droits et « non pas d'en réduire la force ou l'applicabilité, [ou] encore moins d'imposer une approche paternaliste de dernier ressort qui pourrait contrecarrer valablement le respect des droits dans le traité »⁴⁸. Il reste que l'absence de précision sur l'articulation entre les droits fondamentaux de l'enfant et la prise en compte de ses intérêts, de même que la prééminence de ces intérêts, ont pu avoir comme conséquence, dans certains cas, de conduire au recul d'une protection concrète et effective des droits de l'enfant, « pour le bien de l'enfant ». Dans cette hypothèse, le risque que le modèle des droits humains s'efface au profit d'une vision paternaliste n'est pas nul⁴⁹.

Pour éviter cet écueil, l'interprétation du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies et la Cour européenne des droits de l'homme offre de précieuses balises.

42. Seuls les États-Unis, pourtant signataires, restent en défaut de ratification.

43. D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, op. cit., pp. 96 et 97.

44. *Ibid.*, p. 3.

45. L'on peut ainsi évoquer certaines règles qui prévoient que les enfants doivent donner leur consentement à partir d'un certain âge, comme en matière de filiation (voir not. l'article 329bis, § 2, alinéa 2, de l'ancien Code civil), voire disposent d'un véritable droit de veto, comme en matière d'adoption (voir les articles 348-1, alinéa 1^{er}, et 348-11, alinéa 1^{er}, du même code).

46. A propos du Comité des droits de l'enfant, voir *infra* le point II. 1. b.

47. Th. MOREAU, « Intérêt et droits de l'enfant ou les deux éléments constitutifs du droit de l'enfant au respect. L'exemple du placement et de la privation de liberté », op. cit., p. 154.

48. N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J. dr. jeun.*, n° 303, 2011, p. 24. Voir aussi D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, op. cit., p. 130.

49. N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », op. cit., p. 25 ; N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2016 ; A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant, clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », op. cit., pp. 176 et s.

1. L'article 3.1 de la CIDE et l'apport du Comité des droits de l'enfant

a. L'article 3.1 de la CIDE

La CIDE proclame dans son article 3.1⁵⁰ :

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

Lors de sa première réunion en 1991, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a érigé l'article 3.1 de la CIDE comme l'un des quatre principes généraux de la Convention, avec le droit à l'égalité et à la non-discrimination (art. 2), le droit à la vie, à la survie et au développement (art. 6) et le droit à la participation (art. 12). Ce choix n'a pas été expliqué et suscite encore aujourd'hui un questionnement. Nigel Cantwell⁵¹ s'inquiète ainsi d'une « espèce d'hierarchie qui va à l'encontre des droits humains », ceci d'autant plus « qu'il s'agit d'une disposition dont la portée voulue n'aurait jamais dû être perçue d'une façon aussi générale »⁵². Notons que le large sceptre de l'article 3.1 n'a pas non plus été discuté lors des travaux préparatoires de la CIDE et n'a donc pas été motivé⁵³. Seul le délégué vénézuélien avait demandé, en dernière minute et sans succès, des lignes directrices

plus claires pour interpréter la notion dans la pratique⁵⁴.

L'interprétation du Comité des droits de l'enfant y relative était donc cruciale.

b. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies

• Un organe aux triples missions

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies est l'organe chargé de surveiller l'application de la CIDE dans tous les pays qui l'ont ratifiée. Il est composé de 18 experts indépendants⁵⁵. Son rôle est triple⁵⁶.

Tout d'abord, en vertu de l'article 44 de la CIDE, les États doivent soumettre périodiquement des rapports au Comité des droits de l'enfant⁵⁷, lequel est chargé, à l'issue de l'examen de ces rapports, d'abord de formuler des observations finales dans lesquelles il attire l'attention sur les développements positifs et les points difficilement conciliables, voire inconciliables avec la CIDE, ensuite d'adresser des suggestions et des recommandations à l'État concerné⁵⁸.

Le Comité a par ailleurs reçu la compétence, suite à l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 19 décembre 2011, du Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications⁵⁹, de recevoir et d'examiner des plaintes individuelles d'enfants pour violation de leurs droits⁶⁰,

50. On relèvera que d'autres articles de la CIDE visent l'intérêt de l'enfant, soit en tant que droit fondamental, soit en tant que principe permettant de déroger à certains droits.

51. Nigel Cantwell est un expert international en matière de droits de l'enfant. Il a présidé le groupe des ONG qui ont participé à l'élaboration de la CIDE.

52. N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *op. cit.*, pp. 24 et 25. Le même auteur souligne l'incongruité du fait que la notion d'intérêt supérieur n'a été consacrée, sur le plan des droits humains, que vis-à-vis de l'enfant et non pour les autres catégories de personnes en situation de vulnérabilité (N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », *op. cit.*, p. 19).

53. B. BRAUCKMANN et S. BEHLOUL, *op. cit.*, p. 88 ; N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *op. cit.*, pp. 22 à 25. D'autres débats à propos de l'article 3.1 ont été menés, notamment sur le fait de déplacer la référence aux parents et aux représentants légaux en dehors de son champ d'application, ce qui a été fait dans l'article 18.1 de la CIDE, ou le fait de déterminer si l'intérêt supérieur de l'enfant était « une » considération primordiale ou « la » considération primordiale, la première expression ayant été retenue.

54. N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », *op. cit.*, p. 20.

55. Art. 43 de la CIDE.

56. Voir aussi A. GOUTTENNOIRE, « Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, acteur majeur de la protection effective des droits de l'enfant », *Rev. trim. dr. h.*, n° 102/2020, pp. 121 à 138 ; C. LAVALLEE, *La protection internationale des droits de l'enfant. Entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 2015, pp. 41 à 45.

57. Le processus de rapportage implique également la possibilité pour la société civile, les experts et les enfants de déposer des rapports alternatifs. Pour plus d'informations sur la procédure de rapportage, voir par exemple LA CODE, *Le processus de rapportage au Comité des droits de l'enfant : pourquoi, comment et quand ?*, juin 2018, www.lacode.be.

58. A ce jour, le Comité a déjà rendu quatre observations finales à l'égard de la Belgique, en 1995, 2002, 2010 et 2019. Ces observations sont disponibles sur le site du Comité des droits de l'enfant (http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=fr&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5) ou à l'adresse suivante : www.oejaj.cfwb.be/index.php?id=5390. Suite aux recommandations formulées par le Comité, certains progrès ont été réalisés par l'État belge. L'on citera à titre d'exemples la création de Commission nationale pour les droits de l'enfant en 2006, l'élaboration d'indicateurs nationaux des droits de l'enfant, les progrès réalisés dans la lutte contre la traite et l'exploitation sexuelle des enfants ou encore la suppression de la possibilité de placer un enfant en prison pendant une durée de 15 jours (abrogation de l'article 53 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse en 1999).

59. Résolution n° 66/138. Sur les enjeux liés à l'adoption de ce texte, voir : M. LANGFORD et S. CLARK, « The New Kid on the Block : A Complaint Procedure for the Convention on the Rights of the Child », *Working Paper n° 1, Socio-Economic Programme*, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, janvier 2010, www.jus.uio.no ; A.-C. RASSON, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'enfant : une utopie ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, liv. 106, pp. 481 à 521. Voir aussi le dossier spécial consacré à ce 3^e protocole dans le *J. dr. jeun.*, n° 328, 2013 (pp. 9 à 30).

60. Les décisions du Comité sont disponibles à l'adresse suivante : <https://juris.ohchr.org/fr/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>. Pour les communications pendantes voir : <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/TablePendingCases.pdf>. Pour un guide pratique expliquant le mécanisme de plainte devant le Comité, voir : www.es.cr-net.org/fr/ressources/mecanisme-plaintes-cde.

des plaintes interétatiques ainsi que de mener des procédures d'enquête⁶¹. Chaque État doit signer et ratifier le protocole afin de permettre sa mise en œuvre⁶². La Belgique a signé ce protocole le 28 février 2012 et l'a ratifié le 30 mai 2014⁶³.

Enfin, le Comité publie régulièrement son interprétation des dispositions de la CIDE sous forme d'observations générales concernant des questions thématiques⁶⁴.

● La force obligatoire des travaux du Comité des droits de l'enfant

Si les constatations, observations générales et observations finales du Comité des droits de l'enfant en tant que « *soft jurisprudence* »⁶⁵ ne sont pas, suivant la doctrine classique, revêtues de la force obligatoire⁶⁶, elles relèvent néanmoins « du pouvoir implicite d'interprétation donné au Comité par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (...) et [permettent] d'inspirer le contrôle international ou interne de la Convention elle-même qui, pour sa part, a sans aucun doute des effets obligatoires »⁶⁷. Elles ont aussi le potentiel de faire effet de levier sur l'action étatique.

La Cour européenne des droits de l'homme est tout particulièrement dynamique sur ce point et s'appuie fréquemment sur les observations générales⁶⁸ et finales⁶⁹ du Comité⁷⁰. Or, l'influence de la jurisprudence – *hard* – de Strasbourg en Belgique est bien réelle, de telle sorte que l'on peut en déduire un « *caveat pragmatique* »⁷¹ à l'intention des autorités

politiques ou des juges : prendre en considération les observations du Comité des droits de l'enfant pourrait permettre, le cas échéant, d'éviter une sanction juridictionnelle *a posteriori* qui découlerait, par ricochet, des recommandations qui y sont contenues. Sébastien Van Drooghenbroeck propose ainsi de repenser la force contraignante de la « *soft jurisprudence* » à l'aune de certaines évolutions de la « *hard jurisprudence* », tant sur le plan international que national. Il déduit de son analyse que la « vision classique, opposant de manière binaire le *dur* au *mou* et récusant la possibilité de degrés tiers de juridicité – ni tout à fait *dur* mais pas complètement *mou* –, est (...) en passe d'être largement dépassée par les 'métissages juridiques' » auxquelles se livrent de plus en plus les juridictions⁷². Cette évolution pourrait ainsi venir bousculer à l'avenir certaines « idées reçues sur la valeur contraignante des constatations du Comité des droits de l'enfant » ou de ses observations : la *soft law* ne serait finalement « pas si *soft* »⁷³.

Les praticiens du droit ont donc tout intérêt à mentionner, à l'appui de leurs arguments, l'interprétation du Comité des droits de l'enfant lorsqu'il s'agit d'appliquer la CIDE, en mobilisant tant les décisions prises sur communication que les observations générales et finales⁷⁴.

● L'observation générale n° 14

Le 29 mai 2013, le Comité des droits de l'enfant a adopté l'observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale⁷⁵. Cette observation tente

61. Pour aller plus loin à propos de ce protocole, voir not. les références citées à la note 59 ; G. DE BECO, « The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure : Good News ? », *Human Rights Law Review*, 2013, pp. 367 à 387 ; S.C. GROVER, *Children Defending their Human Rights Under the CRC Communications Procedure : On Strengthening the Convention on the Rights of the Child Complaints Mechanism*, Springer-Verlag, Berlin, 2015 ; S. LEMBRECHTS, « Wiens klachtenrecht ? – Het kind-concept in het derde Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind betreffende de instelling van een communicatieprocedure », *T.J.K.*, 2012, pp. 96 et s. ; P. LIMSIIRA, « Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure », *Digest*, 2013, pp. 290 à 293 ; Rh. SMITH, « The Third Optional Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child ? – Challenges Arising Transforming the Rhetoric into Reality », *International Journal of Children's rights*, 2013, pp. 305 à 322 ; S. SPRONK, « Realizing Children's Right to Health- Additional Value of the Optional Protocol on a Communications Procedure for Children », *International Journal of Children's Rights*, 2014, pp. 189 à 204.
62. Le protocole ayant réuni dix ratifications en janvier 2014, il est entré en vigueur le 14 avril 2014, conformément à son article 19.1.
63. Conformément à l'article 19.2, il est entré en vigueur en Belgique trois mois après cette date, soit le 30 août 2014.
64. Ces observations générales sont disponibles sur le site www.ohchr.org/FR/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx.
65. Sur les concepts de « *soft jurisprudence* », qui inclut les observations des comités onusiens, et de « *hard jurisprudence* », voir S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? A propos de l'autorité de la 'jurisprudence' du Comité des droits de l'enfant », *L'étranger, la veuve et l'orphelin. Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECOZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 201.
66. A. GOUTTENGOIRE, *op. cit.*, p. 128 ; F. SUDRE & L. MILANO, H. SURREL (coll.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., Paris, PUF, 2019, p. 267.
67. J. FIERENS, « La protection de la jeunesse 'communautarisée' et l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'enfant – Partie I », *Act. dr. fam.*, 2019/9, pp. 303 à 305.
68. Voir not. les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 mars 2018 *Tlapak et autres c. Allemagne et Wetjen et autres c. Allemagne* aux termes desquels la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 de la C.E.D.H. par l'Allemagne suite au retrait partiel de l'autorité parentale et au placement d'enfants subissant des châtements à coups de baguette de la part de leurs parents appartenant au mouvement religieux des Douze Tribus. La Cour se réfère expressément, dans ces deux arrêts, à la CIDE (plus particulièrement à ses articles 3, 9, 19 et 37) et aux observations générales du Comité des droits de l'enfant n° 13 sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence (2011, CRC/C/GC/13) et n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (précitée) (arrêt *Tlapak*, §§ 59 et 60 ; arrêt *Wetjen*, §§ 37 et 38). Voir également l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015 qui conclut à la violation de l'article 8 de la C.E.D.H. en raison de l'insuffisante prise en compte de la volonté de l'enfant dans la détermination des modalités de son hébergement. La Cour se réfère cette fois expressément aux observations générales n° 8 sur le droit de l'enfant à une protection contre les châtements corporels et autres formes cruelles ou dégradantes de châtements (2006, CRC/C/GC/8) et n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu (2009, CRC/C/GC/12) (§§ 96 et 97).
69. Voir par exemple Cour eur. D.H., arrêt *Soares de Melo c. Portugal*, 16 février 2016, §§ 57 et 98.
70. Voir à cet égard : O. PRASONG, *La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Bordeaux, Université de Bordeaux, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01384603/document>, 2016, pp. 20 et 21.
71. S. VANDROOGHENBROECK, « L'autorité de la jurisprudence européenne et internationale. La prise en compte de la 'soft jurisprudence' », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 336.
72. S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ?... », *op. cit.*, 2020, p. 202.
73. *Ibid.*, p. 204.
74. Voir, pour des recommandations concrètes sur ce point : LA CODE, *Les recommandations du Comité des droits de l'enfant, un outil pour les avocat.e.s.*, février 2020, www.lacode.be.
75. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée.

d'expliciter ce que doit signifier, dans la philosophie des droits humains, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans toute décision qui le concerne. Il souligne que « du fait de sa souplesse, le concept d'intérêt supérieur de l'enfant est adaptable à la situation d'un enfant particulier et à l'évolution des connaissances sur le développement de l'enfant », tout en observant que le concept d'intérêt supérieur de l'enfant a déjà pu être manipulé et utilisé abusivement dans plusieurs circonstances⁷⁶.

○ L'intérêt supérieur de l'enfant, un droit aux trois dimensions

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

Premièrement, c'est un *droit de fond*, directement applicable : le droit à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant « soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions »⁷⁷.

Deuxièmement, c'est un *principe juridique interprétatif* fondamental suivant lequel lorsqu'une règle juridique peut être interprétée de plusieurs façons, c'est celle qui respecte le plus efficacement l'intérêt de l'enfant qui doit être choisie⁷⁸.

Troisièmement, c'est une *règle de procédure* qui impose aux États, lorsqu'une décision est prise, d'évaluer les incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés et puis de *déterminer* ce qui est le mieux en vue de la protection de leurs intérêts. Le Comité précise à cet égard que « les États parties doivent expliquer comment ce droit a été respecté dans la décision, à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels »⁷⁹. L'évaluation et la détermination de l'intérêt de l'enfant doivent nécessairement être concrètes et non simplement

théoriques. Il s'agit de déterminer la teneur de l'intérêt de l'enfant au cas par cas, selon les circonstances, le contexte et les besoins de l'enfant⁸⁰.

○ Un intérêt prépondérant mais non absolu

L'expression « une considération primordiale »⁸¹ signifie que les droits et intérêts des autres sont aussi importants que ceux de l'enfant mais que, dans la balance, un plus grand poids doit être accordé à ce qui sert au mieux l'intérêt de l'enfant car l'enfant est plus vulnérable que les autres⁸². Pour le Comité, « cette position forte est justifiée par la situation particulière de l'enfant : dépendance, degré de maturité, statut juridique et, fréquemment, impossibilité de faire entendre sa voix. Les enfants ont moins de possibilités que les adultes de défendre vigoureusement leurs propres intérêts et ceux qui sont associés aux décisions qui les concernent doivent connaître précisément leurs intérêts. Si les intérêts des enfants ne sont pas mis en exergue, ils tendent à être négligés »⁸³.

○ L'intérêt supérieur de l'enfant vise à renforcer les droits fondamentaux de l'enfant

Le Comité rappelle que l'intérêt de l'enfant sert à renforcer ses droits et jamais à les réduire ou les faire disparaître⁸⁴. Il souligne ainsi que « l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant ont pour objet d'assurer la jouissance pleine et effective des droits reconnus par la Convention et ses Protocoles facultatifs et le développement global de l'enfant »⁸⁵. Les droits de l'enfant, en ce compris la prise en compte de son intérêt, sont en effet universels, indivisibles, interdépendants et indissociables⁸⁶.

○ Les critères pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant

Pour guider l'autorité décisionnelle à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité identifie différents éléments qui doivent être pris en compte⁸⁷ et notamment l'opinion de l'enfant, son identité, la préservation de son milieu familial et le maintien de ses relations, la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant, la situation de

76. *Ibid.*, § 34.

77. *Ibid.*, § 6, a).

78. *Ibid.*, § 6, b).

79. *Ibid.*, § 6, c).

80. *Ibid.*, § 32.

81. On précisera toutefois que dans le domaine de l'adoption, l'intérêt de l'enfant n'est plus « une » mais « la » considération primordiale (art. 21 de la CIDE). Voir aussi sur ce point le § 38 de l'observation générale n° 14 précitée.

82. Jean Zermatten insiste à cet égard sur le fait que l'enfant n'est pas un être d'exception dont les droits et intérêts doivent toujours primer les droits et intérêts des autres personnes. Il rappelle que l'enfant « n'est pas une personne individualisée à l'extrême mais une personne membre de sa famille et membre de la communauté pour ne pas dire déjà citoyen en tous les cas futur citoyen, donc partie intégrante de l'État » (J. ZERMATTEN, *op. cit.*, p. 14).

83. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 37.

84. Dans son observation générale n° 13 (2011) sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violences, le Comité avait déjà souligné que « l'appréciation de l'intérêt supérieur d'un enfant par un adulte ne peut primer l'obligation de respecter tous les droits de l'enfant reconnus par la Convention » (§ 61).

85. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 82.

86. Voir sur les liens entre l'article 3.1, l'article 5 et l'article 12 de la CIDE : G. LANSDOWN, « Best interests of the child and the right to be heard », *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2016, pp. 31 à 35.

87. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, §§ 52 à 79.

vulnérabilité dans laquelle il se trouve, son droit à la santé et son droit à l'éducation⁸⁸.

Concernant la prise en compte de la parole de l'enfant, le Comité met en lumière le fait que l'article 3.1 de la CIDE entretient des liens tout particuliers, qu'il qualifie même d'« inextricables »⁸⁹, avec l'article 12 de la CIDE qui reconnaît à l'enfant le droit d'être entendu dans toute décision qui le concerne et celui de voir son opinion dûment prise en considération eu égard à son âge et sa maturité. Le Comité relève que « les deux articles ont des rôles complémentaires : le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour entendre l'opinion de l'enfant ou des enfants et la prendre en considération dans toutes les affaires qui les concernent, y compris pour l'évaluation de leur intérêt supérieur. Le paragraphe 1 de l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les prescriptions de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie »⁹⁰. Pour le Comité, « toute décision qui ne tient pas compte de l'opinion de l'enfant ou ne lui attribue pas le poids voulu eu égard à son âge et à son degré de maturité ne respecte pas le principe selon lequel l'enfant ou les enfants concernés doivent avoir la possibilité d'influer sur la détermination de leur intérêt supérieur »⁹¹. Il considère dès lors que « si la décision ne va pas dans le sens de l'opinion exprimée par l'enfant, il faudrait en indiquer clairement la raison »⁹².

Cette interprétation du Comité est tout particulièrement importante pour éviter une décision « adulte-centriste » qui, refusant d'entendre l'enfant et de l'appréhender comme un sujet de droits, le place à nouveau dans une position d'objet à protéger et non d'être humain titulaire de droits.

Le Comité des droits de l'enfant insiste aussi sur le fait de veiller à la dimension temporelle, dès lors que la perception du temps diffère suivant que l'on est enfant ou adulte : « les retards dans le processus de décision ou sa durée excessive sont particulièrement préjudiciables aux enfants – en constante évolution »⁹³. Il souligne en outre le lien entre la prise en compte de

l'intérêt de l'enfant et l'évolution de ses capacités et de son développement (voir l'article 5 de la CIDE) et précise qu'il est nécessaire de réexaminer cet intérêt « à intervalles raisonnables à mesure que l'enfant se développe et que sa capacité d'exprimer ses vues évolue »⁹⁴. Il relève enfin que le processus d'évaluation et de détermination de l'intérêt de l'enfant doit être réalisé par des professionnels qualifiés⁹⁵ et que toute décision qui concerne un enfant doit être « motivée, justifiée et expliquée ». Le raisonnement juridique doit ainsi être précis et exhaustif⁹⁶.

Concernant les relations familiales, qui constituent l'enjeu principal de notre propos, le Comité rappelle que la famille⁹⁷ constitue « l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants »⁹⁸. Il insiste sur le respect de l'article 9.1 de la CIDE qui consacre le principe du maintien de l'enfant dans son milieu familial, sauf si une séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il précise à cet égard qu'une séparation doit être une mesure de dernier ressort et ne devrait pas être autorisée si une mesure moins intrusive permet de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. En cas de séparation, le respect de l'article 9.3 de la CIDE exige en outre de préserver le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, le respect de son intérêt supérieur traçant encore une fois les limites de ce droit. Le Comité souligne enfin que le partage des responsabilités parentales rencontre en général l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁹ et que la préservation du milieu familial englobe « la préservation des attaches au sens large de l'enfant. Ces attaches le lient à sa famille élargie, dont les grands-parents, oncles et tantes, ainsi qu'à ses amis, à l'école et au milieu de vie de l'enfant au sens large »¹⁰⁰.

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

a. Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme et la CIDE

Au niveau du Conseil de l'Europe, il n'existe pas de convention générale dédiée à la protection des droits

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

89. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 43.

90. *Ibid.*

91. *Ibid.*, § 53. Voir aussi §§ 89 à 91.

92. *Ibid.*, § 97.

93. *Ibid.*, § 93.

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*, §§ 94 et 95.

96. *Ibid.*, § 97.

97. Le Comité prend soin de ne pas restreindre la notion de « famille » dans une acception étriquée mais reconnaît au contraire que ce terme doit s'interpréter de manière large « en englobant les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale » (C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 59).

98. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 59.

99. *Ibid.*, § 67.

100. *Ibid.*, § 70.

de l'enfant. Des conventions spécifiques ont été adoptées¹⁰¹, ce qui est évidemment positif. La protection des droits de l'enfant la « plus efficace » semble cependant découler de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰² (ci-après « C.E.D.H. »), telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, tout particulièrement depuis l'adoption de la CIDE ratifiée par tous les États du Conseil de l'Europe¹⁰³. La Cour de Strasbourg a ainsi jugé que :

« La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant énonce les droits fondamentaux des enfants et les normes que tous les États doivent se fixer pour que tous les enfants puissent exercer ces droits. (...) La Convention énumère les droits fondamentaux qui sont ceux de tous les enfants du monde – sans discrimination : le droit à la survie, le droit de se développer dans toute la mesure du possible, le droit d'être protégé des influences nocives, de la violence et de l'exploitation, et le droit de participer à part entière à la vie familiale, culturelle et sociale. Elle protège également les droits des enfants en établissant des normes en matière de santé, d'éducation et pour les services juridiques, civils et sociaux. Les États parties à la Convention sont tenus de concevoir et de mettre en œuvre toutes les mesures et politiques en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3) (...) »¹⁰⁴.

Depuis de nombreuses années déjà, la juridiction strasbourgeoise œuvre ainsi à l'amélioration de la protection des droits de l'enfant sur le territoire du Conseil de l'Europe. Grâce à son dynamisme interprétatif, elle offre une place de choix, dans sa jurisprudence, à la CIDE, combinant celle-ci avec les dispositions pertinentes de la C.E.D.H.¹⁰⁵. Elle considère à cet égard que les obligations que la C.E.D.H. impose aux États parties dans le domaine des droits de l'enfant doivent être interprétées à la lumière de la CIDE¹⁰⁶.

Philippe Bonfils et Adeline Gouttenoire en déduisent que, même si la CIDE « ne constitue pas une norme que la Cour européenne a le pouvoir de faire directement respecter, elle lui confère indirectement, en fait, une portée plus grande que celle d'une simple norme interprétative en l'intégrant dans le *corpus* de normes de référence qu'elle met en œuvre »¹⁰⁷. Comme nous l'avons en outre déjà souligné, la Cour n'hésite pas non plus à mobiliser directement les observations finales et générales du Comité des droits de l'enfant.

b. Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme et l'intérêt supérieur de l'enfant

Concernant plus particulièrement l'article 3.1 de la CIDE, l'on constate que la Cour européenne des droits de l'homme assure, au fil de ses arrêts, une protection particulièrement poussée des droits de l'enfant, compte tenu de sa vulnérabilité¹⁰⁸, à travers la primauté qu'elle accorde à son intérêt¹⁰⁹. Dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, elle déclare ainsi qu'« il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹⁰.

Dans son étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux droits de l'enfant, Orapi Prasang souligne que « l'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi devenu un critère majeur dans la protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme. Si cette notion s'applique dans tous les domaines, la mise en œuvre de cette notion par la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement visible dans le cadre de la protection de la vie familiale de l'enfant. A force de mobiliser la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, cet intérêt est devenu un axe majeur de la protection européenne dans le domaine familial »¹¹¹.

101. Voir par exemple : Convention européenne en matière d'adoption des enfants adoptée à Strasbourg le 24 avril 1967 et révisée le 27 novembre 2008 ; Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage adoptée à Strasbourg le 15 octobre 1975 ; Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants adoptée à Luxembourg le 20 mai 1980 ; Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants adoptée à Strasbourg le 20 janvier 1996 ; Convention sur les relations personnelles concernant les enfants adoptée à Strasbourg le 15 mai 2003 ; Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels adoptée à Lanzarote le 25 octobre 2007.

102. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée à Rome le 4 novembre 1950.

103. A. GOUTTENOIRE, « Les mineurs et la Convention européenne des droits de l'homme », *Mineurs et droits européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 9 ; O. PRASONG, *op. cit.*, pp. 20 et s.

104. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, §§ 39 à 41.

105. D. RIETIKER, « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse* analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux (Cour eur. dr. h. (gde ch.), *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010) », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 377 à 413, spéc. pp. 391 à 394 et 410 ; S. SMETS, « De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM », *T.J.K.*, 2013, pp. 82 à 89.

106. Voir not. : Cour eur. D.H., arrêt *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, § 72 ; Cour eur. D.H. arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, § 139 ; Cour. eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 septembre 2007, § 120 ; Cour eur. D.H., arrêt *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, § 42. Pour de plus amples développements, voir A. GOUTTENOIRE, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Le Monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2007, pp. 495 et s. ; U. KILKELLY, *The child and the European convention on Human Rights*, Aldershot, Ashgate, 1999 ; O. PRASONG, *op. cit.*, pp. 22 et s. ; S. SMETS, « De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM », *op. cit.*, pp. 82 et s. ; M. VERHEYDE, « Kinderen en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens », *Kinderrechtengids*, E. Verhellen (ed.), Malines, Kluwer, 2007, pp. 1 à 75.

107. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 43 et s. et les références citées.

108. B. BONNET, « L'utilisation de la CIDE par les juges européens », *Mineurs et droits européens*, Paris, Pedone, 2012, pp. 58 et 59 ; P. MARTENS, « La nouvelle controverse de Valladolid », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 319 à 322. Voir cependant, pour ce dernier, les nuances qu'il formule à l'égard de ce constat à la p. 313 s'agissant de la protection du droit à la vie familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un contexte de migration.

109. G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 76, 2016/1, pp. 29 et 44.

110. Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 135.

111. O. PRASONG, *op. cit.*, p. 26.

A titre d'illustration, la Cour considère de manière constante que lorsqu'un lien familial est établi entre un parent et un enfant, une importance particulière doit être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut, dans une juste balance des droits et intérêts de chacun, l'emporter sur celui du parent¹¹². Dans le contexte de l'adoption, elle estime même que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer tous les autres intérêts en présence¹¹³.

Dans la lignée de l'observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme prône par ailleurs une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et insiste sur la prise en considération de la spécificité de chaque cas au terme d'un examen minutieux des circonstances de la cause¹¹⁴. Comme le relève Geoffrey Willems dans son étude de la jurisprudence strasbourgeoise en matière de droit de la personne et de la famille, la Cour « charrie une rationalité juridique nouvelle » qui peut être résumée comme suit : « (1) le droit est désormais une affaire d'équilibre entre intérêts en concours (*proportionnalité*) ; (2) le droit doit constamment interroger sa propre légitimité (*subsidiarité*) ; (3) le droit tend à préférer les solutions au cas par cas à l'énonciation de règles générales et abstraites (*abstrait/concret*) ; (4) le droit tend à se montrer plus attentif aux conditions d'élaboration des normes et moins à leur contenu (*procédure/fond*) »¹¹⁵. L'auteur en déduit que « le 'plébiscite' par la Cour d'un modèle de justice 'casuistico-procédural' envoie (...) aux États un message assez clair. Ils sont progressivement poussés à préférer eux aussi les 'règles ouvertes' permettant une prise en considération des spécificités de chaque situation particulière aux règles générales et abstraites 'automatiques' ou 'absolues' dont la mise en œuvre est nécessairement 'mécanique', en assortissant pareille faveur de garanties procédurales de nature à contrer le risque d'arbitraire induit par la méthode du cas par cas (...) »¹¹⁶.

Enfin, comme nous l'approfondirons ci-dessous, la Cour européenne des droits de l'homme considère

que l'intérêt supérieur de l'enfant doit renforcer ses droits et non les réduire et que, dans l'évaluation et la détermination de cet intérêt, la parole de l'enfant est cruciale.

c. Analyse de deux arrêts

A défaut de pouvoir, dans le cadre limité de la présente contribution, approfondir l'ensemble de la jurisprudence strasbourgeoise faisant référence à l'intérêt de l'enfant dans le contexte des relations familiales¹¹⁷, nous avons fait le choix d'épingler deux arrêts en particulier : l'arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège* du 10 septembre 2019¹¹⁸ et l'arrêt *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004¹¹⁹. Le premier est particulièrement intéressant en ce qu'il met en évidence à la fois certaines dérives que peut impliquer le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale mais aussi le dynamisme de la Cour européenne en la matière. Le second arrêt a été retenu pour la mise en lumière qu'il réalise du lien inextricable qui existe entre la prise en compte de la parole de l'enfant et la détermination de son intérêt et du caractère par essence évolutif de ce dernier.

● L'arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège* du 10 septembre 2019 : la nécessaire balance des intérêts en jeu

Cette affaire s'inscrit dans un contexte de placement d'urgence en famille d'accueil, par les autorités norvégiennes, d'un enfant de trois semaines en raison des carences de la jeune mère de 23 ans mettant en danger la vie du bébé. S'en suit une longue procédure en justice au cours de laquelle les services de protection de l'enfance demandent une déchéance de l'autorité parentale de la mère et l'adoption subséquente par la famille d'accueil, au nom de l'intérêt de cet enfant jugé particulièrement vulnérable. Après un examen de l'intérêt de l'enfant, les juridictions norvégiennes décident de déchoir la jeune mère de son autorité parentale et d'autoriser les parents d'accueil à adopter l'enfant, âgé alors de trois ans, qui vit chez eux depuis le premier placement en urgence. La jeune

112. Cour eur. dr. h., arrêt *Johansen c. Norvège*, 27 juin 1996, § 78 ; Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France*, 26 février 2002, § 42 ; Cour eur. D.H., arrêt *Schwizgebel c. Suisse*, 10 juin 2010, § 95 ; Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 206.

113. Cour eur. D.H., arrêt *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, § 77 ; Cour eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 septembre 2007, § 133 ; Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 209.

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

115. G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 13.

116. G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat non publiée, Louvain-la-Neuve, 2014, p. 262.

117. Pour des études plus complètes en la matière, voir not. O. PRASONG, *op. cit.*, pp. 267 et s. ; G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, pp. 3 à 46 ; G. WILLEMS, S. CAP et N. DANDOY (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier, 2021, à paraître. En matière de filiation, voir aussi G. WILLEMS, « La filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.E.D.H.*, 2018/5, pp. 435 et s. et en matière d'origines et de parentalité, voir G. MATHIEU et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 35 à 94.

118. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019. Voir à propos de cet arrêt F. KRENC, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet-31 décembre 2019) », *J.T.*, 2020, pp. 395 et 396 ; A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant, clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », *op. cit.*, pp. 181 à 183 ; T. VAN HOF, « Europese rechtspraak Rechten van de mens in kort bestek : EHRM, 10 september 2019, nr. 37283/13, Strand Lobben e.a. t. Noorwegen », *R.W.*, 2020-2021/10, p. 399-400.

119. Cour eur. D.H., arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004. Voir à propos de cet arrêt : S. SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 32 à 35.

femme introduit alors un recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans son arrêt de Grande Chambre du 10 septembre 2019, la Cour européenne des droits de l'homme va considérer que la Norvège a violé l'article 8 de la C.E.D.H.¹²⁰. Dans son raisonnement, elle rappelle tout d'abord qu'en « ce qui concerne la vie familiale d'un enfant, (...) il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (...) »¹²¹. Elle note en même temps « que la recherche de l'unité familiale et celle de la réunion de la famille en cas de séparation constituent des considérations inhérentes au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 »¹²². Par conséquent, en cas de conflit, un juste équilibre entre les droits et intérêts en jeu doit être ménagé, même si une importance particulière est accordée à l'intérêt de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents¹²³.

Appliquant ces principes à l'affaire qui lui est soumise, la Cour constate que deux droits s'opposent : d'une part, le droit au maintien de la relation familiale, qui ne peut être brisé que pour des circonstances exceptionnelles, afin d'éviter qu'un enfant ne soit coupé de ses racines, d'autre part, le droit à la protection de l'enfant qui doit lui permettre d'évoluer dans un environnement sain, sans porter préjudice à sa santé et à son développement¹²⁴. Les États ont en outre une obligation positive de maintenir les relations entre l'enfant et ses parents en cas de placement en vue de faciliter la réunion de la famille dès que possible¹²⁵. Lorsqu'il s'agit d'une déchéance de l'autorité parentale accompagnée d'une autorisation d'adoption, qui entraîne la rupture définitive des liens juridiques des parents avec l'enfant, la Cour souligne que la décision doit être fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant car la réunification de la famille est définitivement exclue¹²⁶. Les États disposent certes d'une importante marge d'appréciation en la matière mais celle-ci n'est pas illimitée¹²⁷. Ils ont une obligation procédurale vis-à-vis des parents biologiques qui doivent pouvoir faire valoir leurs droits : « le respect

effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parent et enfant se règlent sur la seule base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple écoulement du temps »¹²⁸.

En l'espèce, la juridiction de Strasbourg considère que l'ingérence portée à l'article 8 de la C.E.D.H. était bien prévue par la loi et poursuivait un but légitime¹²⁹. Par contre, la Cour estime que la mesure n'était pas nécessaire dans une société démocratique et qu'elle était disproportionnée. Si l'intérêt de l'enfant était au cœur du processus, les autorités norvégiennes « n'ont pas cherché à se livrer à un véritable exercice de mise en balance entre les intérêts de l'enfant et ceux de sa famille biologique » mais « se sont concentrées sur les intérêts de l'enfant au lieu de s'efforcer de concilier les deux ensembles d'intérêts en jeu »¹³⁰. Elles n'ont par ailleurs « pas sérieusement envisagé la possibilité d'une réunion de l'enfant et de sa famille biologique »¹³¹. Concrètement, la Cour estime que la situation réelle de la mère biologique et, plus particulièrement, ses aptitudes parentales à l'époque considérée, n'ont pas été examinées avec suffisamment de soin¹³² et qu'en outre, la vulnérabilité de l'enfant aurait dû être appréciée de manière plus approfondie compte tenu de la gravité des intérêts en jeu¹³³ – la déchéance de l'autorité parentale et le placement en adoption. La Cour en déduit une violation de l'article 8 dans le chef *de la mère et de l'enfant* : tous leurs droits et intérêts n'ont pas été dûment pris en compte et la décision n'a pas été entourée des garanties proportionnées à la gravité de l'ingérence et des intérêts en cause¹³⁴.

L'arrêt *Strand Lobben* est intéressant en ce qu'il rappelle que s'il existe un large consensus autour de l'idée que les intérêts de l'enfant doivent primer, il ne faut pas pour autant nier les droits et intérêts des autres parties concernées : il convient de procéder à une pesée, à une balance de tous les droits et intérêts minutieuse, revêtue des garanties procédurales requises par la Cour, tout en accordant un poids plus important à l'intérêt de l'enfant¹³⁵. Ce faisant, comme le relève Frédéric Krenc, « conformément à une approche classique en matière de placement d'enfants,

120. Elle renverse ainsi la décision prise par la chambre qui avait conclu, à une courte majorité, à la non-violation de l'article 8 (Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 30 novembre 2017). Sur les divisions à l'égard du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme dans un domaine aussi sensible, tant au sein de la Cour qu'entre les États parties, voir F. KRENC, *op. cit.*, p. 395.

121. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 204.

122. *Ibid.*, § 205.

123. *Ibid.*, § 206.

124. *Ibid.*, § 207.

125. *Ibid.*, § 208.

126. *Ibid.*, § 209.

127. *Ibid.*, §§ 210 et 211. Frédéric Krenc souligne à cet égard que « cet arrêt de la grande chambre retient l'attention en ce que la Cour évite, depuis Strasbourg, de se substituer aux autorités internes, lesquelles sont mieux placées pour trancher des questions aussi délicates. Néanmoins, la Cour ne renonce point à son contrôle. Loin d'être marginal en l'espèce, celui-ci a même conduit à un constat de violation de la Convention » (F. KRENC, *op. cit.*, p. 396).

128. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, §§ 212 et 213.

129. *Ibid.*, § 214.

130. *Ibid.*, § 220.

131. *Ibid.*

132. *Ibid.*, §§ 221 à 223.

133. *Ibid.*, § 224.

134. *Ibid.*, §§ 225 et 226.

135. Dans le même sens, voir T. VAN HOF, *op. cit.*, p. 400.

la Cour a focalisé son attention sur le 'processus décisionnel' conduit en l'espèce »¹³⁶ et a exercé « un contrôle relativement poussé sur des mesures prises au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹³⁷. L'on peut également déduire de cet arrêt le fait que prendre en compte l'intérêt de l'enfant doit permettre de renforcer l'ensemble de ses droits, dans une vision holistique, et non de les réduire ou de les nier. Or, si l'enfant détient le droit fondamental d'être protégé, son droit de vivre avec ses parents est lui aussi consacré. C'est donc un équilibre proportionné entre l'ensemble des droits de l'enfant (et des autres protagonistes) qui doit être trouvé par les autorités.

Les conséquences de cette absence d'équilibre global des droits de l'enfant ont en outre un impact symbolique indéniable : lorsque la prise en compte de l'intérêt primordial de l'enfant se fait en violation de ses droits, l'on rompt en effet avec le modèle des droits humains dans lequel l'enfant est un sujet de droits fondamentaux et l'on revient vers un modèle paternaliste, qui perçoit l'enfant comme simple objet de protection.

● *L'arrêt Pini et autres c. Roumanie du 22 juin 2004 : la place de la volonté de l'enfant dans la détermination de son intérêt et le caractère évolutif de ce dernier*

Cette affaire concerne l'adoption de deux fillettes âgées d'une dizaine d'années, adoption qui impliquait leur déplacement de la Roumanie vers l'Italie où vivaient leurs parents adoptifs. Ces derniers allèguent devant la Cour européenne des droits de l'homme une atteinte à leur droit au respect de leur vie familiale en raison de la non-exécution par les autorités roumaines des décisions d'adoption, en dépit de leur caractère définitif¹³⁸. En l'occurrence, le désir des requérants de fonder une vie familiale avec les fillettes s'opposait au désir de celles-ci de demeurer en Roumanie dans le centre éducatif où elles étaient hébergées¹³⁹.

La Cour relève tout d'abord que, si l'intérêt des parents adoptants découlant de leur volonté de créer

une relation familiale avec les fillettes est légitime, il ne saurait jouir d'une protection absolue au titre de l'article 8 de la C.E.D.H. dans la mesure où il entre en conflit avec le refus de celles-ci d'être adoptées¹⁴⁰. Elle rappelle à cet égard l'importance qu'il convient de donner à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'à ses droits¹⁴¹ et souligne que cette importance se trouve accrue dans le cas d'une relation fondée sur l'adoption dès lors que l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille »¹⁴².

La protection de la vie familiale des adoptants trouve ainsi sa limite dans la prise en compte de l'intérêt de l'enfant¹⁴³. A cet égard, la Cour observe que si l'intérêt des mineures a fait l'objet d'une analyse par les autorités compétentes durant le processus d'adoption, cela ne peut exclure « un nouvel examen de tous les éléments pertinents à un moment ultérieur, lorsque des circonstances spécifiques l'exigent et lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu »¹⁴⁴. La Cour estime donc devoir prendre en considération les circonstances factuelles de la cause au moment où elle statue, étant entendu que la position des enfants quant à leur adoption a changé entre la décision prise par les autorités internes et le moment où la Cour était amenée à statuer¹⁴⁵. En l'espèce, les juges européens notent que les fillettes « préfèrent rester maintenant dans l'environnement socio-familial dans lequel elles ont grandi »¹⁴⁶, qu'elles « ont rejeté l'idée de rejoindre leurs parents adoptifs et de partir pour l'Italie dès lors qu'elles ont atteint un âge à partir duquel on pouvait raisonnablement considérer que leur personnalité était suffisamment structurée et qu'elles avaient acquis la maturité nécessaire pour exprimer leur avis quant au milieu dans lequel elles désiraient être élevées »¹⁴⁷. La Cour observe par ailleurs « que le droit roumain leur reconnaît expressément la possibilité d'exprimer un tel avis, car, d'une part, l'enfant pour lequel une procédure d'adoption est en cours doit obligatoirement y consentir à partir de l'âge de 10 ans, et, d'autre part, il est loisible aux enfants déjà adoptés qui ont atteint cet âge de demander la révocation de leur adoption »¹⁴⁸. La Cour en déduit que « l'intérêt des enfants imposait (...) de tenir compte

136. F. KRENC, *op. cit.*, p. 396. Voir dans le même sens T. VAN HOF, *op. cit.*, p. 400.

137. F. KRENC, *op. cit.*, p. 389.

138. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'en « s'abstenant, pendant plus de trois années, de prendre des mesures efficaces, nécessaires pour se conformer à des décisions judiciaires définitives et exécutoires, les autorités nationales ont privé, en l'occurrence, les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de tout effet utile » et a condamné la Roumanie sur ce grief (Cour eur. D.H., arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, §§ 174 à 189, ici § 188).

139. La Cour souligne à cet égard que les intérêts sont devenus concurrents entre les requérants et les deux mineures notamment en raison de lacunes dans la législation interne pertinente à l'époque des faits et que certaines mesures auraient pu permettre, le cas échéant, une plus grande convergence entre les intérêts des protagonistes concernés (*ibid.*, § 163).

140. *Ibid.*, § 155.

141. *Ibid.*

142. *Ibid.*, § 156.

143. S. SAROLÉA, *op. cit.*, p. 34.

144. Cour eur. D.H., arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, § 158.

145. S. SAROLÉA, *op. cit.*, p. 34.

146. Cour eur. D.H., arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, § 153.

147. *Ibid.*, § 157. Précisons sur ce point qu'au moment des adoptions, les enfants avaient 9 ans et demi et qu'elles n'avaient pas été entendues, le droit roumain prévoyant que le consentement des mineurs en matière d'adoption est exigé à partir de 10 ans, ce que la Cour a considéré comme étant un seuil d'âge raisonnable (*ibid.*, § 145).

148. *Ibid.*, § 157. Il faut aussi préciser que l'une des mineures avait obtenu la révocation de sa demande d'adoption, élément qui n'était pas négligeable selon la Cour (*ibid.*, § 160).

de leurs opinions dès lors qu'elles ont atteint la maturité nécessaire pour s'exprimer sur ce point »¹⁴⁹. Elle souligne que « le refus des mineures, constamment manifesté après qu'elles ont atteint l'âge de dix ans, de partir pour l'Italie pour rejoindre leurs parents adoptifs revêt à cet égard un poids certain »¹⁵⁰ car « une opposition consciente des enfants à l'adoption rendrait (...) improbable qu'elles puissent s'intégrer d'une manière harmonieuse dans la nouvelle famille adoptive »¹⁵¹.

La Cour conclut, dans ces circonstances, à la non-violation de l'article 8 de la C.E.D.H., considérant que « les autorités nationales ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit des requérants à nouer des relations avec les mineures adoptées trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants, nonobstant les aspirations légitimes des requérants de vouloir fonder une famille »¹⁵².

Deux éléments intéressants pour notre propos ressortent de l'arrêt *Pini*. D'une part, la Cour reconnaît incontestablement le caractère crucial de la volonté de l'enfant, pour autant que celui-ci dispose de la maturité suffisante, dans la détermination de son intérêt¹⁵³. D'autre part, elle appréhende l'intérêt de l'enfant comme un concept par essence évolutif¹⁵⁴. Loin d'être figé et abstrait, il est appelé à évoluer avec le temps, ce qui conduit la Cour à tenir compte des circonstances factuelles réelles et concrètes telles qu'elles existent au moment où elle est amenée à se prononcer.

III. La réception du droit fondamental de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne en Belgique : l'article 22bis de la Constitution et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Le droit fondamental de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent a aussi été reconnu

dans le contexte belge. Dans cette contribution, nous nous limiterons à approfondir sa réception par l'article 22bis de la Constitution et par la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence en matière familiale.

1. Les droits constitutionnels de l'enfant et l'article 22bis de la Constitution

Il ne fait évidemment aucun doute que l'ensemble des droits fondamentaux consacrés dans la Constitution appartiennent aux enfants comme aux adultes¹⁵⁵. Ces droits sont en effet reconnus à tous, sans restriction ; certaines dispositions les visent d'ailleurs spécifiquement¹⁵⁶.

Outre la protection générale dont ils bénéficient, les enfants, comme nous l'avons d'ores et déjà mis en évidence, se voient octroyer une protection spécifique de leurs droits fondamentaux. Celle-ci résulte de leur vulnérabilité et de leur incapacité générale à exercer eux-mêmes leurs droits¹⁵⁷ et doit trouver un juste équilibre entre protection et autonomie.

La protection spécifique des droits de l'enfant trouve un ancrage constitutionnel dans l'article 22bis de la Constitution, libellé comme suit :

« Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle.

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.

Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement.

Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant. »

Adopté le 23 mars 2000, l'article 22bis de la Constitution trouve son origine dans les événements tragiques vécus en Belgique en août 1996, dans le cadre de l'affaire Dutroux, et dans la réflexion qui a suivi concernant la place de l'enfant dans notre société en

149. *Ibid.*, § 164.

150. *Ibid.*

151. *Ibid.*

152. *Ibid.*, § 165.

153. Voir aussi, sur l'articulation entre la prise en compte de l'opinion de l'enfant et la détermination de son intérêt dans un contexte de séparation parentale conflictuelle, l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015. Il est intéressant de relever que dans cet arrêt, la Cour, pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, se réfère expressément à l'article 12 de la CIDE mais aussi au préambule du protocole facultatif du 19 décembre 2011 établissant une procédure de présentation des communications (Cour eur. D.H., arrêt *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015, § 171).

154. Cet élément fait aussi écho à l'observation générale n° 14 dans laquelle le Comité des droits de l'enfant relève qu'il faut réexaminer cet intérêt « à intervalles raisonnables à mesure que l'enfant se développe et que sa capacité d'exprimer ses vues évolue » (*cf. supra* le point II.1.b).

155. F. DELPERÉE, « La Constitution belge et la Convention relative aux droits de l'enfant », *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, M.-Th. MEULDERS-KLEIN (dir.), Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 89 à 91 ; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, *op. cit.*, p. 1604 ; W. VANDENHOLE, « Kinderrechten in universele en Europese mensenrechtenverdragen », *Kinderrechten in België*, W. VANDENHOLE (dir.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 3.

156. Voir par exemple l'article 24 de la Constitution.

157. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, pp. 5 et 24 ; F. DELPERÉE, « La Constitution belge et la Convention relative aux droits de l'enfant », *op. cit.*, p. 92 ; M. FREEMAN, *A Commentary on the United Nations Convention on the rights of the child. Article 3 : The Best Interests of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 9 ; R. SMITH, *op. cit.*, p. 306.

tant que sujet de droits et, plus particulièrement, la nécessité de lui garantir, effectivement, le droit au respect de l'intégrité¹⁵⁸. Il ne visait à l'origine que la protection de l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle¹⁵⁹ de l'enfant. Lors de cette révision constitutionnelle de 2000, le Constituant a mis l'accent sur la fragilité de l'enfant et son besoin de protection¹⁶⁰. Celui-ci est alors considéré comme un sujet vulnérable que la société et les personnes qui en ont la charge doivent protéger¹⁶¹.

L'article 22bis fut ensuite complété en 2008¹⁶² pour intégrer les principes généraux de la CIDE : permettre à l'enfant de s'exprimer sur toute question qui le concerne, son opinion étant prise en considération en tenant compte de son âge et de son discernement, garantir son droit au développement et veiller à prendre en considération de manière primordiale son intérêt dans toutes les décisions qui le concernent¹⁶³. Lors de cette révision constitutionnelle, l'équilibre entre le droit à l'autonomie de l'enfant et la protection qui lui est due est recherché. L'objectif général du Constituant est d'étendre la reconnaissance constitutionnelle des droits de l'enfant à ce qui constitue l'essence même de la CIDE¹⁶⁴ et à créer une « passerelle » entre la Constitution et la CIDE¹⁶⁵.

La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision qui le concerne est alors proclamée à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution et devient désormais une exigence constitutionnelle. Le contrôle de son respect par les normes législatives a été confié à la Cour constitutionnelle¹⁶⁶ en vertu de l'article 142 de la Constitution et de l'article 1^{er}, 2^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour constitutionnelle. Par ailleurs, « si la fonction naturelle de toute juridiction constitutionnelle est d'appliquer des normes tirées de la Constitution, l'exercice de cette mission peut l'entraîner à appliquer, par la médiation des normes constitutionnelles, des normes tirées de l'ordre juridique international »¹⁶⁷. Celles-ci ont alors une « fonction auxiliaire », soit complémentaire aux dispositions constitutionnelles¹⁶⁸, qui peut prendre deux formes distinctes, la méthode combinatoire¹⁶⁹ et la méthode conciliatoire¹⁷⁰. Sur ce fondement, l'article 3.1 de la CIDE a été intégré dans la jurisprudence de la Cour, ce depuis son arrêt n^o 62/94¹⁷¹.

Il convient dès lors de se pencher sur la manière dont notre juridiction suprême mobilise l'intérêt de l'enfant dans sa jurisprudence relative au droit de la famille, dans les limites méthodologiques exposées en guise d'introduction¹⁷².

158. A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, *op. cit.*, pp. 1608 et s.

159. La mention expresse de l'intégrité « sexuelle » à l'article 22bis de la Constitution est un choix symbolique du Constituant : « La Belgique est effectivement un pays traumatisé à cet égard, mais aussi un pays qui entend en tirer les leçons qui s'imposent » (*Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n^o 2-21/4, p. 53).

160. Voir not. *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n^o 2-21/4, pp. 5, 37, 40 et 48 et s.

161. Voir not. sur la révision de 2000 : A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, *op. cit.*, pp. 1608 à 1612 ; S. VANDROOGHENBROECK, « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexions au départ de l'article 22bis de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle », *Adm. publ.*, 2001, pp. 130 à 153 ; A. VANDAELE et M. VERHEYDE, « Artikel 22bis van de grondwet : een grondwettelijke bescherming in de kinderschoenen », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 543 à 557.

162. Voir not. sur la révision de 2008 : P. LEMMENS, « De rechten van het kind als grondrechten in de Belgische rechtsorde », *Kinderrechten in België*, W. VANDENHOLE (dir.), Anvers, Intersentia, 2008, pp. 55 à 58 ; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, *op. cit.*, pp. 1612 à 1616 ; A. VANDERHAEGHEN, « Kinderen hebben recht op een mening », *Juristenkrant*, 2009, n^o 183, p. 6.

163. Deux autres options avaient été envisagées dans les travaux préparatoires. D'une part, la première proposition de modification de l'article 22bis de la Constitution, déposée par Nathalie de T'Serclaes, contenait une énumération quasi exhaustive des droits supplémentaires de l'enfant (*Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n^o 3-265/1, pp. 1 à 5). D'autre part, un amendement avait été déposé, lequel énonçait un renvoi formel à certains textes internationaux dont la CIDE (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n^o 3-265/3, p. 45). Ces deux propositions n'ont pas été retenues par le Constituant qui a préféré la solution de Paul Lemmens, dont l'avantage était d'être succincte, tout en reprenant l'ensemble des droits consacrés dans la CIDE. Au surplus, « une disposition formulée en des termes généraux aurait l'avantage de pouvoir faire l'objet d'une interprétation évolutive » (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n^o 3-265/3, p. 42).

164. *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n^o 3-265/3, p. 41 ; *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n^o 3-265/1, p. 2.

165. *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n^o 52-0175/005, pp. 6 et 7.

166. Avant le 7 mai 2007, la Cour constitutionnelle se dénommait « Cour d'arbitrage ». Nous faisons cependant le choix d'utiliser uniquement l'expression « Cour constitutionnelle » dans cette contribution.

167. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 125.

168. Voir à ce sujet, *ibid.*, pp. 125 à 138 ; H. DUMONT et C. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 157 et 158.

169. La méthode combinatoire vise l'utilisation de la norme internationale « comme valeur de référence à la norme constitutionnelle » (M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 126). En ce qui concerne les droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle considère que lorsqu'elle « est appelée à vérifier le respect du principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec une disposition conventionnelle garantissant un droit fondamental, il suffit de constater que cette disposition conventionnelle est violée pour conclure que la catégorie de personnes dont ce droit fondamental est violé est discriminée par rapport à la catégorie de personnes auxquelles ce droit fondamental est garanti » (C.C., 3 décembre 2008, n^o 171/2008, B.2.1). La Cour a également jugé que « parmi les droits et libertés garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution figurent les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique » (C.C., 22 décembre 2011, n^o 197/2011, B.5).

170. La méthode conciliatoire concerne l'hypothèse dans laquelle « la norme internationale peut être utilisée comme modèle d'interprétation d'une norme constitutionnelle » (M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 132). La Cour constitutionnelle a, dans ce cadre, développé la théorie du « tout indissociable » : « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. (...) Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues » (C.C., 22 juillet 2004, n^o 136/2004, B.5.3 et B.5.4).

171. C.C., 14 juillet 1994, n^o 62/94 : le législateur « ne peut cependant traiter le père et mère de manière différente, sans justification suffisante. La situation de l'un et de l'autre doit en effet être considérée comme comparable en ce qu'ils contribuent à déterminer les caractéristiques génétiques de l'enfant et en ce qu'ils ont en principe une aptitude égale à apprécier l'intérêt de celui-ci. Il faut à cet égard tenir compte non seulement de l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui prescrit que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, mais aussi de l'article 7.1 de cette Convention, qui dispose que l'enfant a, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux » (B.4). Notons à cet égard que « l'intérêt de l'enfant » était déjà intégré dans des arrêts antérieurs mais comme simple valeur et non comme droit fondamental. Sur cette évolution jurisprudentielle, voir G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, pp. 425 à 436.

172. D'autres études ont déjà été réalisées en la matière. Sans pouvoir toutes les citer ici, voir not. P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 657 à 672 ; N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015 ; A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, *op. cit.*, pp. 323 à 344.

2. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Comme le soulignent Anne Rasson-Roland et Bernadette Renauld, l'influence de la Cour constitutionnelle sur le droit de la famille est relativement récente. C'est « par le prisme des règles d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution), du droit au respect de la vie privée et familiale (article 22 de la Constitution) et des droits de l'enfant (article 22bis de la Constitution) » que, petit à petit, le droit constitutionnel a encadré et impacté le droit de la famille¹⁷³. Notre regard se portera plus particulièrement sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par la haute juridiction dans ce contentieux.

a. La tendance générale en droit de la famille : la primauté de l'intérêt de l'enfant dans une balance concrète des droits et intérêts de chacun

A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle prône un contrôle de l'intérêt de l'enfant par le juge réalisé *in concreto*, compte tenu de tous les faits de la cause. On constate ainsi que le modèle de justice individuelle et procédurale mis en évidence dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, notamment quant à l'article 8 de la C.E.D.H., est aussi relayé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans de nombreux arrêts en matière de droit de la famille, elle impose dès lors au juge de procéder à une balance des intérêts en présence, en prenant soin de conférer à l'intérêt de l'enfant un poids plus lourd dans la balance, conformément à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution,

combiné avec l'article 3.1 de la CIDE¹⁷⁴. Comme le soulignait Paul Martens, en 2008 déjà, dans son étude dédiée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière familiale, « au fil des arrêts, le centre de gravité du contrôle de la Cour se déplaça vers l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁷⁵.

• Une « illustration paradigmatique » : le droit de la filiation

A l'inverse d'autres domaines du droit de la famille, tels l'autorité parentale, le droit d'hébergement ou encore l'adoption, le droit de la filiation ne s'est pas d'emblée construit autour de l'intérêt supérieur de l'enfant mais sur la base de choix posés en amont, par le législateur, au terme d'un subtil assemblage de différentes valeurs, évoluant au fil du temps : sécurité juridique, paix des familles, égalité des filiations, lien socio-affectif, lien biologique, égalité entre les parents, entre les couples mariés et non mariés, entre les enfants¹⁷⁶. C'est sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle¹⁷⁷ que l'intérêt de l'enfant est devenu le pilier central sur lequel se façonne aujourd'hui notre nouveau droit de la filiation¹⁷⁸.

La Cour a ainsi imposé un contrôle systématique et complet de l'intérêt de l'enfant, quel que soit son âge, dans le cadre d'une action en autorisation de reconnaissance ou en établissement judiciaire de la paternité intentée par le père biologique se heurtant au refus de consentement de la mère¹⁷⁹.

La Cour a en outre estimé que l'article 332quinquies de l'ancien Code civil, interprété en ce sens qu'il ne permet pas au juge de prendre en considération l'intérêt de l'enfant lorsque la mère¹⁸⁰ de celui-ci

173. A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 323.

174. Cette tendance ressort aussi d'arrêts prononcés dans d'autres domaines. A titre d'exemples, l'on peut citer la primauté de l'intérêt de l'enfant dans l'articulation du droit de l'enfant à une éducation de qualité *versus* la liberté d'enseignement de ses parents (C.C., 9 juillet 2009, n° 107/2009 ; C.C., 8 mai 2014, n° 80/2014 ; C.C., 21 mai 2015, n° 60/2015) ou l'obligation, pour les juges, de prendre en considération de manière primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de droit de la jeunesse (C.C., 22 décembre 2010, n° 154/2010 ; C.C., 28 février 2019, n° 36/2019 ; C.C., 29 août 2019, n° 118/2019 ; C.C., 29 août 2019, n° 119/2019 ; C.C., 11 février 2021, n° 22/2021). Voir en matière d'enseignement, E. BREMS, S. OUALD CHAÏB et S. SMET, « Les droits constitutionnels conflictuels », *Les droits constitutionnels en Belgique, Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 309 ; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », *Les droits constitutionnels en Belgique, Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, pp. 1175 et s. ; A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? », *op. cit.*, pp. 346 à 348 ; A. RASSON-ROLAND, « Une approche comparative des droits de l'enfant – Quelques variations sur *Les jeux d'enfants* », *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Anthemis, Limal, 2010, pp. 633 et s. et, pour le droit de la jeunesse, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en droit de la jeunesse à la lumière des droits de l'enfant », *Le Pli juridique*, n° 55, mars 2021, pp. 65 à 72.

175. P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *op. cit.*, p. 658.

176. L'expression est empruntée à Géraldine Rosoux (G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux dessinés par le juge constitutionnel belge. L'héritage de l'arrêt *Marckx* dans la jurisprudence constitutionnelle des droits fondamentaux », *La Cour constitutionnelle. De l'art de modeler le droit pour préserver l'égalité*, S. BOUFFLETTE (dir.), Limal, Anthemis, 2016, pp. 127 et 128).

177. Il faut souligner qu'en matière de filiation, la plupart des arrêts ont été rendus sur question préjudicielle. Comme précisé en introduction, « ceci a pour conséquence que la question posée à la Cour est toujours, d'une part, contextuée et, d'autre part, limitée à un aspect précis de la législation. Le même phénomène est tangible au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme, qui statue toujours dans le contexte d'une situation particulière. Cette caractéristique explique les différences qui peuvent apparaître entre les appréciations de l'une et de l'autre au gré d'espèces qui sont rarement exactement semblables, ce qui rend les tentatives de systématisation périlleuses » (A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 324). Sur le contrôle concret de la Cour, voir not. P. MARTENS, « Filiation et Cour constitutionnelle : contrepoint », *Cour constitutionnelle et droit familial*, N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 97 et 98.

178. Voir not. à cet égard : N. MASSAGER, « Le droit de la filiation après la loi du 21 décembre 2018 : l'intérêt de l'enfant redéployé », Bruxelles, Larcier, UB³, 2019, pp. 97 à 101.

179. C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010 et C.C., 3 mai 2012, n° 61/2012 (délai pivot d'un an) ; C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013 et C.C., 2 juillet 2015, n° 101/2015 et n° 102/2015 (contrôle marginal). Pour se conformer à ces arrêts, la loi du 21 décembre 2018 portant diverses dispositions en matière de justice a modifié les articles 329bis et 332quinquies de l'ancien Code civil. Le mot « manifestement » a ainsi été supprimé de même que la référence à l'âge de l'enfant (un an) pour la prise en compte de son intérêt. Pour une étude de la jurisprudence judiciaire sur cette question, voir T. WUYTS, « Biologisch ouderschap en de rol van het belang van het kind bij de vestiging van een afstammingsband », *T.J.K.*, 2021/1, pp. 78 à 80.

180. La question reste ouverte de savoir si pareil contrôle de l'intérêt de l'enfant se justifie dans l'hypothèse où l'action est initiée par l'enfant lui-même. Yves-Henri Leleu estime à cet égard que si c'est l'enfant qui agit, l'automatisme protecteur du droit à l'identité et à la connaissance des origines est « concevable sans incohérence, car l'enfant poursuit un but identitaire » alors que dans une recherche de paternité à la demande de la mère, « celle-ci poursuit un intérêt distinct de celui de l'enfant, qui ne saurait en soi primer celui du père biologique sauf à manquer à l'égalité des sexes » (Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 29, note 54). Nathalie Massager s'interroge toutefois, à juste titre, sur la ligne à adopter lorsque l'action est introduite par la mère en sa double qualité de parent et de représentante légale de l'enfant mineur. Si la désignation d'un tuteur *ad hoc* peut dans ce cas permettre de distinguer l'intérêt à agir des deux demandeurs, cette auteure estime que « pour s'assurer que l'action de l'enfant repose bien sur une volonté propre dans son chef, il serait cohérent (...) de ne lui accorder un droit d'agir en recherche de paternité qu'à partir de ses 12 ans, qui est le seuil retenu pour l'action de l'enfant en contestation » (N. MASSAGER, « De l'intérêt pour l'enfant de n'avoir pas de père », *Act. dr. fam.*, 2020, p. 18, note 9).

a introduit une action en établissement judiciaire de paternité contre le père biologique, en cas d'opposition de ce dernier, viole les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 8 de la C.E.D.H., tandis qu'interprété en ce sens qu'il permet au juge de prendre en considération l'intérêt de l'enfant dans pareille hypothèse, ce même article ne viole pas ces dispositions¹⁸¹. Une disposition ne prévoyant pas de contrôle de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'établissement de sa filiation doit dès lors pouvoir, aux yeux de la Cour, s'interpréter au regard de l'article 22bis de la Constitution comme permettant néanmoins pareil contrôle, sous peine de se voir refuser un label de constitutionnalité¹⁸².

En matière de filiation incestueuse, la Cour a censuré l'article 325 de l'ancien Code civil en ce qu'il empêchait de manière absolue le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constatait que l'établissement de la filiation correspondait à l'intérêt supérieur de l'enfant, considérant que la non-prise en compte réelle et effective de cet intérêt ne pouvait pas être justifiée par l'objectif de prohibition des relations incestueuses¹⁸³.

Statuant à la suite d'un recours en annulation contre la loi du 19 septembre 2017 relative aux reconnaissances frauduleuses¹⁸⁴, la Cour a considéré que la procédure telle qu'organisée par la loi ne permettait pas au juge « d'apprécier *in concreto* les intérêts des différentes personnes concernées et, notamment, l'intérêt primordial des enfants visés par un refus de l'officier

de l'état civil d'acter la reconnaissance en raison d'une présomption de reconnaissance frauduleuse »¹⁸⁵. Elle a ainsi décidé, dans l'attente d'une intervention du législateur pour combler cette lacune¹⁸⁶, que les parties intéressées devaient « avoir la possibilité d'introduire devant le président du tribunal de la famille un recours contre la décision de refus de l'officier de l'état civil » permettant ainsi au juge de « disposer d'un recours de pleine juridiction et de statuer en mettant en balance les différents intérêts en jeu » en prenant « en considération l'intérêt de l'enfant de manière primordiale »¹⁸⁷.

La Cour a également constaté l'inconstitutionnalité de la disposition de l'ancien Code civil qui implique l'impossibilité d'établir un lien de filiation paternelle en l'absence de lien biologique dans le contexte d'une procréation médicalement assistée hétérologue. La Cour a estimé qu'« [e]n faisant obstacle à l'établissement judiciaire de la paternité du co-auteur du projet parental ayant abouti, à l'issue d'une procréation médicalement assistée exogène, à la naissance de l'enfant, l'article 332quinquies, § 3, du Code civil porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant concerné, ainsi qu'à son droit à ce que soit pris en compte son intérêt supérieur »¹⁸⁸.

En sonnant le glas du caractère absolu de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une possession d'état dans les actions en contestation de la filiation¹⁸⁹, la Cour constitutionnelle a par ailleurs ouvert

181. C.C., 28 novembre 2019, n° 190/2019 et C.C., 18 juin 2020, n° 92/2020. Voir à propos de ces arrêts : M. BEAGUE, « L'intérêt de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité introduite par la mère à l'encontre d'un homme qui ne veut pas être père », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/4, pp. 988 et s. ; B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, « De biologische vader hoeft zich niet in de steek gelaten te voelen », *R.A.B.G.*, 2020/16, pp. 1311 à 1316 ; N. MASSAGER, « De l'intérêt pour l'enfant de ne pas avoir de père », *op. cit.*, pp. 16 et s. ; T. WUYTS, « Biologisch ouderschap en de rol van het belang van het kind bij de vestiging van een afstammingsband », *op. cit.*, pp. 71 et s.
182. Le Tribunal de la famille de Bruxelles, dans un jugement prononcé le 12 août 2019 (soit antérieurement aux arrêts de la Cour constitutionnelle), avait déjà pu considérer, sur la base de l'article 22bis de la Constitution, qu'il convenait de prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans toutes les demandes de filiation, en ce compris dans le cas où l'opposition émane du père recherché, malgré le silence de l'article 332quinquies à cet égard (*Act. dr. fam.*, 2020, p. 197 et *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/4, p. 1054).
183. C.C., 9 août 2012, n° 103/2012. Pour se conformer à cet arrêt, la loi du 21 décembre 2018 portant diverses dispositions en matière de justice a modifié l'article 325 de l'ancien Code civil (action en recherche de paternité) ainsi que les articles 314 (action en recherche de maternité) et 325/10 (action en recherche de comaternité) du même code : l'interdiction de l'établissement du double lien de filiation d'un enfant issu d'un inceste absolu reste le principe, mais le juge est désormais autorisé à y faire exception si cet établissement n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant.
184. Loi du 19 septembre 2017 modifiant le Code civil, le Code judiciaire, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et le Code consulaire, en vue de lutter contre les reconnaissances frauduleuses et comportant diverses dispositions en matière de recherche de paternité, de maternité et de comaternité, ainsi qu'en matière de mariage de complaisance et de cohabitation légale de complaisance.
185. C.C., 7 mai 2020, n° 58/2020, B.27.4. Voir à propos de cet arrêt : E. DE BOCK, « Grondwettelijk Hof eist volwaardige beroepsmogelijkheid in wet tegen schijnerkenningen », *Juristenkrant*, 2020, afl. 411, pp. 1 et s. ; O. DE CUYPER, « Les reconnaissances frauduleuses d'enfants au fil des récents rebondissements législatifs et jurisprudentiels », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/3, pp. 599 et s. ; M. GHARBI, « La Cour constitutionnelle se prononce (enfin) sur la loi portant la lutte contre les reconnaissances frauduleuses : tout va très bien Madame la Marquise... », *Act. dr. fam.*, 2020, pp. 173 et s. ; H. RIAD, « Beroep tegen De Wet betreffende 'schijnerkenningen' : plaatst het Grondwettelijk Hof het hoger belang van het kind op de tweede plaats ? », *T.J.K.*, 2020/3, pp. 167 à 171 ; P. SENAEVE, « Wijzigingen en reparaties in het personen- en familierecht. Commentaar bij De Wet van 31 juli 2020 (Wet Potpourri XI) », *T. Fam.*, 2020, pp. 232 à 240 ; L. VAN DRIESSCHE, « Het ene gezin is het ander niet : het verschil tussen afwegen en verzoenen van belangen », *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2021/1, pp. 23 et s.
186. Suite à l'arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, la loi du 31 juillet 2020 portant dispositions urgentes diverses en matière de justice a modifié l'article 330/2 de l'ancien Code civil qui dispose désormais que le refus de l'officier de l'état civil d'établir l'acte de reconnaissance est susceptible de recours par la personne qui veut reconnaître l'enfant pendant un délai d'un mois suivant la notification de la décision devant le tribunal de la famille, que les personnes dont le consentement à la reconnaissance est requis sont appelées à la cause et que le tribunal détermine s'il s'agit d'une situation telle que visée à l'article 330/1 de l'ancien Code civil en tenant compte des intérêts en présence et de l'intérêt de l'enfant de manière primordiale.
187. C.C., 7 mai 2020, n° 58/2020, B.28.2, qui renvoie à B.13. Nous regrettons par contre, comme nous le soulignerons ci-après, que la Cour ait estimé que l'officier de l'état civil pouvait se dispenser d'évaluer et de déterminer l'intérêt de l'enfant en la matière, sans égard aux articles 22bis, alinéa 4, de la Constitution et 3.1 de la CIDE.
188. C.C., 7 février 2019, n° 19/2019. Voir à propos de cet arrêt : G. WILLEMS, « La filiation après PMA à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : vers une consécration législative de la parenté intentionnelle ? », *J.T.*, 2019, pp. 455 et s.
189. C.C., 3 février 2011, n° 20/2011 ; C.C., 7 mars 2013, n° 29/2013 ; C.C., 9 juillet 2013, n° 96/2013 ; C.C., 9 juillet 2013, n° 105/2013 ; C.C., 7 novembre 2013, n° 147/2013 ; C.C., 19 septembre 2014, n° 127/2014 ; C.C., 25 septembre 2014, n° 139/2014 ; C.C., 12 mars 2015, n° 35/2015 ; C.C., 26 novembre 2015, n° 168/2015 ; C.C., 3 février 2016, n° 18/2016. Pour une critique de cette jurisprudence constante de la Cour au regard de la protection de l'intérêt de l'enfant, voir : N. GALLUS, « L'apport de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle au droit de la filiation », *Le Pli juridique*, mars 2021, pp. 24 à 26.

la porte à une balance des droits et intérêts à réaliser par le juge, que ce soit au stade de la recevabilité¹⁹⁰ ou du fondement¹⁹¹ de la demande, l'intérêt de l'enfant revêtant dans la balance un poids plus important que celui des autres protagonistes¹⁹².

De manière générale, depuis son arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013, la Cour répète de manière constante que lorsqu'il élabore un régime légal en matière de filiation, le législateur « doit permettre aux autorités compétentes de procéder *in concreto*¹⁹³ à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis »¹⁹⁴ et que dans cette balance, l'intérêt de l'enfant revêt un caractère primordial, « du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale », sans toutefois être absolu¹⁹⁵.

Enfin, comme le Comité des droits de l'enfant et la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle a également eu l'occasion de souligner l'importance du droit à la participation de l'enfant et son lien étroit avec la détermination de son

intérêt. Dans son arrêt n° 66/2003, prononcé en droit de la filiation, elle déclare ainsi :

« L'approbation, par la loi du 25 novembre 1991, de la Convention relative aux droits de l'enfant précitée ainsi que l'adoption de la loi du 30 juin 1994 montrent que le législateur entend imposer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant, le cas échéant en recueillant son avis propre lorsqu'il est capable de l'exprimer avec discernement, et en tout état de cause en invitant le juge à y être spécialement attentif »¹⁹⁶.

• De quelques autres illustrations

○ L'adoption

Dans le domaine de l'adoption, la plupart des arrêts récents prononcés par la Cour constitutionnelle se réfèrent également à l'article 22bis de la Constitution¹⁹⁷ et attestent d'une philosophie soucieuse de lever tout verrou absolu faisant obstacle à une protection effective de l'enfant¹⁹⁸.

La Cour a ainsi pu juger que la mesure qui érige le refus de consentement de la mère en fin de non-recevoir, sauf si la mère s'est désintéressée de l'enfant ou

190. En ce sens : Gand, 19 mars 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 96 et R.A.B.G., 2016, p. 281 ; Liège, 3 juin 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 98 ; Trib. fam. Bruxelles, 27 avril 2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 885 ; Bruxelles, 25 octobre 2018 (affaire « Boël »), *Act. dr. fam.*, 2018, p. 236, note J. FIERENS et J.T., 2019, p. 184 ; Gand, 18 février 2019, R.A.B.G., 2019, p. 1234.
191. En ce sens : Trib. fam. Hainaut, 25 février 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 289 ; Mons, 30 novembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 105 ; Liège, 1^{er} juin 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 114 ; Trib. fam. Hainaut, 27 juin 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 662.
192. Sur la balance des intérêts à opérer par le juge en cas de contestation par le père biologique de la paternité du père légal, voir M. BEAGUE, « La filiation paternelle en tension : la place du père biologique en droit de la filiation et la mise en balance des intérêts en présence par le juge », note sous Liège, 1^{er} juin 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, pp. 124 et s. ; Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, pp. 9 et s. ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 587 et s., spéc. pp. 591 à 596 ; L. VAN DRIESSCHE, « De grote afstammingspuzel : de rol van het bezit van staat in 2-in-1 procedures », *T. Fam.*, 2021, pp. 78 à 86. On relèvera dans ce contexte que l'intérêt de l'enfant se décline notamment au travers de l'émergence de son droit de connaître ses origines. Ce droit joue désormais un rôle fondamental dans l'arbitrage des différents intérêts en jeu et sa préservation est susceptible d'influencer directement l'issue d'une action en contestation de la filiation intentée par celui qui revendique la paternité, impliquant tantôt de faire coïncider la filiation biologique et la filiation juridique, au détriment de la vérité socio-affective, tantôt de maintenir la filiation juridique correspondant au lien socio-affectif au détriment de la vérité biologique dès lors que l'enfant est mis au courant de son histoire (voir par exemple Mons, 30 novembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 105 versus Liège, 1^{er} juin 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 114, note M. BEAGUE). Sur le droit de connaître ses origines, voir G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014.
193. L'examen concret de l'intérêt de l'enfant en matière de filiation était déjà exigé depuis l'arrêt n° 66/2003 dans lequel la Cour déclare que « si, en règle générale, on peut estimer qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa double filiation, on ne peut présumer de manière irréfutable que tel soit toujours le cas » (C.C., 14 mai 2003, n° 66/2003, B.5). On notera que la Cour de cassation semble elle aussi reconnaître la pertinence d'une évaluation concrète de l'intérêt de l'enfant. Elle juge ainsi, dans un arrêt du 6 octobre 2017, que « contrairement à ce que soutient le moyen, l'arrêt attaqué n'érige pas ainsi en règle absolue qu'il est de l'intérêt de tout enfant de connaître la vérité sur ses origines paternelles mais considère, au vu des circonstances concrètes de la cause, qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'avoir connaissance de sa filiation biologique malgré sa filiation légale doublée d'une filiation socio-affective au sein de la cellule familiale créée par les demandeurs » (Cass. 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247, note N. MASSAGER et *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. MATHIEU).
194. C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.7. Voir aussi C.C., 19 mars 2015, n° 38/2015, B.4.3 ; C.C., 2 juillet 2015, n° 101/2015 et n° 102/2015, B.8 ; C.C., 24 septembre 2015, n° 126/2015, B.4.3 ; C.C., 25 mai 2016, n° 77/2016, B.5 ; C.C., 16 février 2017, n° 24/2017, B.5 ; C.C., 1^{er} février 2018, n° 11/2018, B.7. Dans le même sens, voir N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », *Cour constitutionnelle et droit familial*, N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 45 et 46 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, pp. 435 et 436 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs. Étude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle – n° 46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *J.T.*, 2013, pp. 673 à 679 ; A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, *op. cit.*, pp. 336 et s. On relèvera toutefois que dans un arrêt n° 48/2014 du 20 mars 2014, la Cour constitutionnelle a pu considérer que le principe de la prise en compte, dans une balance réalisée *in concreto*, des intérêts de toutes les parties concernées n'était pas absolu et ne s'appliquait notamment pas à l'action en établissement judiciaire de la paternité intentée par l'enfant majeur à l'égard de son père biologique. Pour la Cour, « le législateur a raisonnablement pu considérer, dans les limites de la marge d'appréciation précitée, que, dans une procédure judiciaire d'établissement de la filiation, le droit de chacun à l'établissement de sa filiation doit l'emporter, de façon générale, sur l'intérêt de la paix des familles et de la sécurité juridique des liens familiaux et, en particulier, sur le droit des personnes apparentées au père biologique à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à leur vie privée et familiale » (C.C., 20 mars 2014, n° 48/2014, B.10).
195. C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.10. Cet arrêt a eu « un effet 'domino' puisque la Cour a confirmé cette jurisprudence à deux reprises, en utilisant la procédure préliminaire » (A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 343, qui font référence à C.C., 2 juillet 2015, n° 101/2015 et n° 102/2015).
196. C.C., 14 mai 2003, n° 66/2003, B.4.3. La Cour a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt rendu en matière d'euthanasie des mineurs, qui s'écarte de notre champ de recherche mais qui est particulièrement éclairant : « Tant l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution que l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant imposent à toutes les institutions qui prennent des mesures vis-à-vis des enfants de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant. L'article 22bis, alinéa 5, de la Constitution donne par ailleurs au législateur compétent la mission de garantir que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération de manière primordiale. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, il faut notamment tenir compte de l'opinion de celui-ci, eu égard à son âge et à son discernement' (article 22bis, alinéa 2, de la Constitution) » (C.C., 29 octobre 2015, n° 153/2015, B.11.3).
197. Voir not. C.C., 12 juillet 2012, n° 93/2012 et n° 94/2012 ; C.C., 25 juin 2015, n° 94/2015 ; C.C., 16 février 2017, n° 25/2017 ; C.C., 13 juillet 2017, n° 95/2017. Dans ses arrêts antérieurs, la Cour considérait déjà que l'intérêt de l'enfant était la considération primordiale en matière d'adoption (voir C.C., 20 mai 1998, n° 50/98 et C.C., 3 octobre 2001, n° 117/2001).
198. L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 142.

en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, et qui ne laisse donc au juge aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour apprécier, le cas échéant, le caractère abusif de ce refus de consentement, n'est pas raisonnablement justifiée et n'est dès lors pas compatible avec l'article 22*bis* de la Constitution¹⁹⁹. La préséance accordée à l'intérêt de l'enfant présuppose donc que le juge puisse apprécier *in concreto* si le refus de consentement opposé par le parent d'origine n'est pas abusif.

La Cour a également considéré qu'il ne pouvait être question de faire primer les effets juridiques d'un empêchement absolu à mariage existant entre les candidats adoptants sur l'intérêt de l'enfant candidat à l'adoption, constatant ainsi l'inconstitutionnalité de l'article 343, § 1^{er}, b), de l'ancien Code civil²⁰⁰.

Elle a encore pu préciser dans un arrêt n° 11/2018 du 1^{er} février 2018 que « tant le ministère public que les juridictions doivent appliquer l'article 347-1, 3°, du Code civil²⁰¹ à la lumière de l'intérêt de l'enfant, tel qu'il est garanti par l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution et par l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant. Par conséquent, une nouvelle adoption doit être requise et autorisée chaque fois que l'exige une mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant étant pris en compte de manière primordiale »²⁰².

o L'autorité parentale

C'est aussi sur le fondement des droits de l'enfant, et notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant, que la Cour, dans un arrêt déjà ancien du 8 octobre 2003²⁰³, a estimé inadmissible la différence de traitement qui découle de l'application des articles 371 à 387*bis* de l'ancien Code civil entre l'enfant dont la filiation juridique est établie à l'égard de ses deux parents et l'enfant qui n'a qu'un seul parent à l'égard duquel la filiation est établie mais a vécu de manière durable au sein du ménage formé par ce parent et par un tiers qui assument tous deux la charge de l'entretien de l'enfant. En l'occurrence, il s'agissait d'un enfant élevé par deux femmes, dont l'une était sa mère et l'autre n'avait pas de lien juridique avec lui, à une époque où l'homoparentalité n'était pas encore admise en Belgique. La Cour a prononcé ici un arrêt « lacune » en faisant appel au législateur pour combler le vide de

la loi : il lui appartient de préciser sous quelle forme, à quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à d'autres personnes qui n'ont pas un lien de filiation avec lui²⁰⁴.

La prééminence de l'intérêt de l'enfant de même que l'évaluation concrète des droits et intérêts en balance ont également été mises en exergue par la Cour dans son arrêt n° 36/2019²⁰⁵ relatif au statut des accueillants familiaux. La Cour a estimé que « le législateur, lorsqu'il élabore un statut légal pour les accueillants familiaux, doit permettre aux autorités compétentes de procéder *in concreto* à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis. Il y a toutefois lieu d'avoir égard à la circonstance que le placement familial est une mesure dont l'objet est précisément la protection de l'enfant, de sorte que, dans la balance de tous les intérêts en présence, l'intérêt de l'enfant revêt nécessairement et dans tous les cas une place prépondérante »²⁰⁶. A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, la juridiction constitutionnelle considère que « l'intérêt supérieur de l'enfant peut, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents »²⁰⁷ et qu'il est déterminant dans toutes les mesures en matière d'accueil familial²⁰⁸. Partant, la Cour a annulé l'article 387*octies* de l'ancien Code civil inséré par l'article 10 de la loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux. Elle a considéré qu'en ce que cette disposition permettait au juge d'ôter aux parents, contre leur gré et sans qu'il y ait urgence, la compétence de prendre certaines, voire toutes les décisions importantes pour la vie de leur enfant (à l'exception des droits et des devoirs relatifs à l'état de la personne de l'enfant), la mesure attaquée constituait une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie familiale tant des parents que de l'enfant concernés.

b. Quelques notes discordantes

Si l'on a pu montrer que la Cour constitutionnelle a intégré et balisé le droit fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière familiale, on ne peut toutefois manquer de relever qu'il arrive à la Cour d'adopter une certaine ambivalence et de s'écarter de

199. C.C., 12 juillet 2012, n° 93/2012, B.14; C.C., 25 juin 2015, n° 94/2015, B.23. Pour tenir compte de ces arrêts, le législateur a adopté la loi du 20 février 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne l'adoption.

200. C.C., 16 février 2017, n° 25/2017 et C.C., 13 juillet 2017, n° 95/2017, B. 9.2.

201. Cette disposition prévoit qu'une personne qui a déjà été adoptée, de manière simple ou plénière, peut être adoptée une nouvelle fois, de manière simple ou, s'il s'agit d'un enfant, de manière plénière, si toutes les conditions requises pour l'établissement de la nouvelle adoption sont remplies et que des motifs très graves commandent qu'une nouvelle adoption soit prononcée à la requête du ministère public.

202. C.C., 1^{er} février 2018, n° 11/2018, B.8.2.

203. C.C., 8 octobre 2003, n° 134/2003.

204. *Ibid.*, B.7.

205. C.C., 28 février 2019, n° 36/2019.

206. *Ibid.*, B.18.3.

207. *Ibid.*, B.21.

208. *Ibid.*, B.23.2.

sa ligne de conduite, ce qui porte atteinte à la protection actuelle et effective de l'intérêt de l'enfant et réintroduit de la confusion.

Ainsi, si une action en contestation de la filiation est déclarée irrecevable car introduite tardivement par la mère, le père ou l'homme qui revendique la paternité, la Cour constitutionnelle considère qu'il n'y a pas de violation de leurs droits fondamentaux²⁰⁹. Il en découle une impossibilité absolue pour le juge d'examiner concrètement les droits et intérêts des protagonistes même si un enfant mineur est concerné et se trouve dans l'impossibilité d'agir à défaut d'avoir atteint l'âge de 12 ans²¹⁰. Si la haute juridiction a déjà eu l'occasion de souligner que l'enfant conservait la possibilité de contester sa filiation ultérieurement²¹¹, il n'en reste pas moins que dans ces hypothèses, l'intérêt concret et primordial de l'enfant n'est pas pris en considération par le juge au moment où il doit statuer ce qui peut dès lors engendrer une violation des droits de l'enfant.

L'arrêt n° 87/2016 du 2 juin 2016 en est une illustration particulièrement édifiante. Dans cette affaire, la Cour a pu considérer que l'article 22bis de la Constitution, qui était ici spécialement visé dans la question préjudicielle, n'était pas violé au motif que le non-respect de l'intérêt de l'enfant n'était que temporaire. Le litige soumis au juge *a quo* portait sur une action en contestation de la présomption de paternité intentée par le père biologique d'un enfant âgé de 7 ans, dans un contexte très particulier : cet enfant était né et avait grandi au sein d'une cellule familiale composée de sa mère et de son père biologique et n'avait jamais noué de lien avec son père légal. Au moment où l'action est intentée, il était hébergé exclusivement par son père biologique, qui exerçait *de facto* à son égard « une autorité parentale » particulièrement importante, tandis que la mère ne disposait que d'un droit de visite limité exercé via un « espace-rencontres ». Dans ce contexte, la question préjudicielle posée à la Cour par le juge *a quo* portait notamment sur la compatibilité de l'article 318, § 2, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil

avec l'article 22bis de la Constitution en ce qu'« il érige en fin de non-recevoir absolue l'action en contestation de paternité non intentée dans le délai légal, sans possibilité pour le juge saisi de pareille demande d'apprécier si, compte tenu des intérêts en présence (et singulièrement l'intérêt supérieur de l'enfant) et du comportement des parties, la vérité biologique ne doit pas coïncider avec la réalité socio-affective vécue par l'enfant concerné ». La Cour rappelle, suivant sa jurisprudence constante, que l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale, même s'il n'a pas un caractère absolu, parce que l'enfant représente la partie faible dans la relation familiale. Or, dans le cas d'espèce, l'article 318, § 2, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil avait pour effet de priver temporairement l'enfant de son droit à l'identité et de la possibilité de voir son intérêt pris en compte dans la mise en balance par le juge des différents intérêts en présence²¹². La Cour ne remet toutefois pas en cause cette situation au motif que l'enfant, représenté par un tuteur *ad hoc*, pourra introduire une action en contestation de paternité dès qu'il aura atteint l'âge de 12 ans. L'enfant se voit donc privé d'une prise en considération de son intérêt au motif que cette privation n'est que « temporaire ». A notre estime, pourtant, le respect de l'intérêt de l'enfant s'impose *hic et nunc* et ne peut être tributaire de la non-diligence d'un adulte qui aurait omis d'agir dans le bref délai qui lui est alloué : une violation de cet intérêt ne peut se justifier au seul motif qu'elle n'est que temporaire.

La Cour considère également que le fait d'exiger, dans le chef de l'auteur de la reconnaissance²¹³ ou de la mère²¹⁴, la preuve d'un vice de consentement pour que leur action en contestation soit jugée recevable ne viole pas leurs droits fondamentaux. La Cour estime à cet égard que « des lors que d'autres personnes peuvent introduire une action en contestation de la reconnaissance sans être soumises à la même condition de recevabilité, à savoir, l'enfant et l'homme qui revendique la paternité, le législateur permet au juge d'examiner le fond de la contestation de paternité et de mettre en balance *in concreto* les intérêts

209. C.C., 3 février 2011, n° 20/2011 ; C.C., 28 mars 2013, n° 46/2013 ; C.C., 17 octobre 2013, n° 139/2013 ; C.C., 5 décembre 2013, n° 165/2013 ; C.C., 29 janvier 2014, n° 16/2014 ; C.C., 20 mars 2014, n° 46/2014 ; C.C., 25 septembre 2014, n° 139/2014 ; C.C., 9 octobre 2014, n° 145/2014 ; C.C., 2 juin 2016, n° 87/2016. Voir not. à propos de ces arrêts : N. GALLUS, « L'apport de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle au droit de la filiation », *op. cit.*, pp. 26 et 27.

210. La Cour a jugé à cet égard que le fait de prendre en compte la capacité de discernement de l'enfant pour ne pas l'autoriser à introduire une action en contestation de paternité avant l'âge de 12 ans était compatible avec l'article 22bis de la Constitution qui précise expressément que l'opinion de l'enfant est prise en compte eu égard à son âge et à son discernement (C.C., 2 juin 2016, n° 87/2016).

211. Voir not. C.C., 28 mars 2013, n° 46/2013, B.11. Notons que les délais imposés à l'enfant majeur pour agir en contestation de la présomption de paternité du mari de sa mère ou en contestation de la paternité établie par reconnaissance ont été déclarés inconstitutionnels (C.C., 31 mai 2011, n° 96/2011 ; C.C., 3 février 2016, n° 18/2016 ; C.C., 25 mai 2016, n° 77/2016 ; C.C., 14 décembre 2016, n° 161/2016). Par un arrêt n° 142/2019 du 17 octobre 2019, la Cour a toutefois précisé que l'action en contestation de paternité introduite par l'enfant reste en principe soumise au délai de droit commun prévu par l'article 331ter de l'ancien Code civil (délai trentenaire). La question se pose désormais de savoir si le point de départ du délai trentenaire doit s'entendre au sens de l'article 331ter de l'ancien Code civil (à savoir « à compter du jour où la possession d'état a pris fin ou, à défaut de possession d'état, à partir de la naissance, ou à compter du jour où l'enfant a commencé à jouir d'une possession d'état conforme à l'état qui lui est contesté, sans préjudice de l'article 2252 [du Code civil] ») ou si ce point de départ s'entend du jour où l'enfant découvre que son père légal n'est pas son père biologique. La réponse à cette question n'est à ce jour pas tranchée. Voir à cet égard N. MASSAGER, « Tout est devenu flou... », note sous C.C., n° 142/2019, 17 octobre 2019, *Act. dr. fam.*, 2020, pp. 10 et s. et, plus largement sur les arrêts en matière de prescription, G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle – Cohérence : 'Rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles' (Le Grand Robert) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/4, pp. 1045 à 1053 ; G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle : l'Enfant Roi », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016/2, pp. 368 à 380 ; G. MATHIEU, « L'intérêt de l'enfant en sursis », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, pp. 90 à 93.

212. Le maintien de la filiation légale ne rencontrait pourtant, *a priori*, aucun intérêt : ni celui de l'enfant, ni celui du père biologique, ni celui du père légal, ni celui de la mère.

213. C.C., 25 septembre 2014, n° 139/2014 ; C.C., 19 mars 2015, n° 38/2015.

214. C.C., 24 septembre 2015, n° 126/2015.

des différentes personnes concernées »²¹⁵. Il reste que si l'enfant n'est pas en âge d'agir ou que le père biologique n'agit pas, l'irrecevabilité de la demande empêche le juge de procéder à une balance des intérêts de toutes les parties et de tenir compte de l'intérêt primordial de l'enfant.

Dans le domaine de la migration, l'ambivalence de la Cour s'est aussi montrée saillante²¹⁶. Dans l'arrêt susmentionné n° 58/2020 en matière de reconnaissances frauduleuses, la Cour rappelle certes, dans un premier temps, sa position de principe suivant laquelle « toutes les institutions qui prennent des mesures vis-à-vis des enfants » doivent « prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant »²¹⁷. Toutefois, la Cour estime que l'absence de prise en compte de cet intérêt par l'officier de l'état civil, au stade de la procédure administrative, ne constitue pas une violation des droits fondamentaux de l'enfant²¹⁸. Elle considère, d'une part, qu'il convient d'examiner le dispositif dans son ensemble et qu'il n'est pas inconstitutionnel que le contrôle de l'intérêt de l'enfant soit réalisé en aval par le juge, d'autre part, qu'en cette matière, l'officier de l'état civil n'apprécie pas la demande de reconnaissance en opportunité. Cette position de la Cour ne manque pas de surprendre étant entendu que les libellés de l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution et de l'article 3.1 de la CIDE visent toutes les décisions qui concernent les enfants et ne limitent pas l'obligation d'évaluer et d'examiner l'intérêt de l'enfant aux seules autorités judiciaires. L'article 3.1 cite à cet égard formellement les « institutions publiques de protection sociale » et les « autorités administratives » tandis que le Comité souligne que les institutions publiques ou privées de protection sociale « doivent s'entendre de toutes les institutions dont les activités et les décisions ont des incidences sur les enfants et sur la réalisation de leurs droits »²¹⁹. Le Conseil des ministres avait lui-même reconnu que l'officier de

l'état civil devait contrôler l'intérêt supérieur de l'enfant au moment de la prise de décision²²⁰. Dans son observation générale n° 14, le Comité des droits de l'enfant précise encore que l'article 3.1 « impose aux États une obligation juridique stricte et signifie qu'ils n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant et de lui attribuer le poids requis en tant que considération primordiale »²²¹. Il considère que le champ d'application de la notion d'« autorités administratives » visée à l'article 3.1 doit être interprété de façon « très vaste » et couvrir « tous les échelons », et relève que « les décisions concernant des cas individuels prises dans ces domaines par les autorités administratives doivent être guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'évalué, comme toutes les mesures d'application »²²². Précisons enfin que le contrôle dont question par l'officier de l'état civil n'est pas purement formel, contrairement à ce qui est retenu par la Cour, et qu'il implique, à notre estime, un contrôle d'opportunité²²³. Il s'en déduit que la Cour constitutionnelle, en admettant que l'intérêt de l'enfant ne soit pas examiné dans la phase administrative en cette matière, s'abstient selon nous de condamner une violation manifeste des droits de l'enfant²²⁴.

Nonobstant ces notes discordantes, que l'on ne peut que regretter, la tendance générale de la jurisprudence de la haute juridiction relative au droit de la famille semble très claire et l'on ne peut que s'en réjouir : chaque juge est tenu de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt supérieur de l'enfant dans une balance des intérêts réalisée *in concreto*. La loi que le juge doit appliquer ne peut pas faire écran à cet égard et doit être interprétée conformément à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution, combiné avec l'article 3.1 de la CIDE. Si elle est directement en contradiction avec cet article, il revient alors au juge de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle²²⁵.

215. C.C., 25 septembre 2014, n° 139/2014, B.30.6. Dans le même sens : C.C., 19 mars 2015, n° 38/2015, B.7.5 et C.C., 24 septembre 2015, n° 126/2015, B.7.5.

216. Cette ambivalence dans le domaine de la migration ressort aussi de l'étude d'autres arrêts de la Cour constitutionnelle en dehors du contentieux familial. Voir par exemple C.C., 19 décembre 2013, n° 166/2013, B.11 et B.12 et les développements de J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « 'On n'enferme pas un enfant. Point' Jacques Fierens, une voix pour les sans-voix » *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 215 à 218 ; G. HAUMONT, « Sa langue vers l'autre. Itinéraires de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le raisonnement du juge constitutionnel belge en matière de droits fondamentaux des étrangers », *R.B.D.C.*, 2020/2, pp. 119 à 168 ; A.-C. RASSON, « 'L'intérêt de l'enfant', clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », *op. cit.*, pp. 183 à 186 ; H. RIAD, « België kiest opnieuw voor de opsluiting van gezinnen met kinderen », obs. sous C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, *Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten*, 2014/2, p. 205 ; B. VAN OVERSTRAETEN et P. DEBUCQUOIS, « Droit des étrangers, étranges droits », *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 274.

217. C.C., 7 mai 2020, n° 58/2020, B.13.1 et B.13.2.

218. *Ibid.*, B.17.4.

219. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 26.

220. C.C., 7 mai 2020, n° 58/2020, A.6.2.

221. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 36.

222. *Ibid.*, § 30. Relevons aussi que dans les travaux préparatoires de l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution, il n'est pas mentionné que certaines autorités pourraient être dispensées d'examiner l'intérêt de l'enfant. Au contraire, comme nous l'avons déjà mis en évidence, l'objectif de l'article 22bis est d'intégrer, au titre II de la Constitution, les principes généraux de la CIDE et notamment son article 3.1.

223. Voir pour plus de développements, A.-C. RASSON, « Les reconnaissances frauduleuses et la Cour constitutionnelle : une première rupture dans la protection des droits fondamentaux de l'enfant en matière de filiation ? », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2020, pp. 27 et 28.

224. Dans le même sens, voir not. B. VAN KEIRSBLICK, « L'intérêt de l'enfant à la sauce Covid », *J. dr. jeun.*, n° 393, 2020, p. 1. Cette inconstitutionnalité de la loi avait déjà été relevée par la section de législation du Conseil d'État (*Doc. parl.*, n° 54-2529/001, pp. 61 à 66) de même que dans la doctrine (not. N. GALLUS, « Reconnaissance de filiation frauduleuse », *Act. dr. fam.*, 2018/5, p. 101 ; J. VERHELLEN et S. DEN HAESE, « De wet frauduleuze erkenningen – Nieuw hoofdstuk in de strijd tegen het gebruik van het familierecht voor verblijfsrechtelijke doeleinden », *R.W.*, 2018-2019, n° 43, p. 1694).

225. Voir l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. On relèvera qu'une lacune législative peut également s'avérer inconstitutionnelle. Si c'est au législateur que reviendra, dans la plupart des cas, le soin d'y remédier, le juge saisi du litige pourrait être amené à corriger lui-même cette inconstitutionnalité si le constat posé par la Cour est exprimé en des termes suffisamment précis et complets qui permettent l'application de la disposition en cause dans le respect des normes de

Conclusion

Comme nous avons pu le démontrer au fil des pages qui précèdent, malgré quelques exceptions, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu un droit fondamental des enfants qui « surplombe » les relations familiales²²⁶.

Nous reconnaissons que ce principe contient une part d'ambivalence et nous comprenons que certaines juridictions peuvent se sentir désarmées lorsqu'elles doivent le mettre en œuvre. La Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 15 février 2019, illustre bien cette difficulté dans l'extrait déjà cité en guise d'introduction :

« L'intérêt de l'enfant n'est pas une norme précise, peut recouvrir différentes réalités, présente un caractère évolutif et culturel, voire une part de subjectivité, contient sa part d'incertitude qui n'est pas compatible avec des positions catégoriques et des affirmations péremptoires et que, pas plus que le législateur dans son travail normatif collectif (qui doit appréhender toutes les complexités diverses des vies familiales contemporaines), le juge chargé d'apprécier cette notion dans les causes particulières ne détient la vérité absolue et la connaissance de l'avenir »²²⁷.

Néanmoins, nous avons cherché à démontrer que si, certes, l'intérêt de l'enfant est une notion ouverte, il existe des lignes directrices claires qui peuvent soutenir les autorités (législatives, exécutives, judiciaires) ou les particuliers dans le délicat exercice d'évaluer et de déterminer l'intérêt de l'enfant.

Premièrement, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant exige de respecter les droits fondamentaux de l'enfant.

Deuxièmement, les droits et intérêts de l'enfant doivent recevoir un poids primordial lorsqu'ils entrent en conflit avec d'autres droits et intérêts, à l'aune de sa vulnérabilité.

Troisièmement, c'est un respect concret et effectif de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est attendu. Si, bien

évidemment, le législateur doit pouvoir poser des choix qui correspondent, en théorie, à l'intérêt des enfants, il doit aussi anticiper le fait que cet intérêt soit ensuite concrètement réévalué par les autorités au regard des circonstances spécifiques, de la situation de l'enfant concerné, de son développement, de ses capacités et de sa temporalité. C'est bien la vie réelle qui est au cœur des principes développés dans notre étude.

Quatrièmement, une place toute particulière doit être réservée à la parole de l'enfant. S'il ne peut être assimilé à un mini-adulte, l'enfant doit, au regard de son discernement et de son développement, être associé à la décision prise par les adultes et avoir une place comme sujet de droits humains.

C'est à ces quatre conditions que le principe juridique de l'intérêt supérieur de l'enfant pourra rencontrer son objectif principal : renforcer les droits fondamentaux de l'enfant tels que consacrés par la CIDE et, dans le contexte belge, par l'article 22*bis* de la Constitution. Par contre, utilisé à mauvais escient et instrumentalisé, il permettra de justifier un retour vers un modèle dépassé aujourd'hui, paternaliste et essentialiste, au sein duquel l'enfant est à nouveau considéré comme objet de droits.

Pour mettre en œuvre ces recommandations, le Comité des droits de l'enfant, dans ses observations finales de 2019, invite la Belgique à « élaborer des procédures et des critères visant à aider toutes les personnes ayant autorité à déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans tous les domaines et à le prendre en compte en tant que considération primordiale »²²⁸. L'élaboration d'un outil concret à partir des lignes directrices relevées tout au long de cette étude nous semble ainsi devoir être une priorité.

Nous invitons par ailleurs les praticiens à mobiliser l'intérêt supérieur de l'enfant devant les autorités qui doivent prendre des décisions concernant des enfants. Devant le juge, il peut être opportun de se référer à la doctrine *Waleffe*²²⁹, de proposer de poser une question préjudicielle²³⁰ à la Cour constitutionnelle²³¹ lorsqu'un texte législatif ne prévoit pas la prise en compte de manière primordiale et concrète de l'intérêt de l'enfant²³², en se fondant sur l'article 22*bis*, alinéa 4,

référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle (C.C., 25 juin 2015, n° 94/2015, B.11).

226. L'expression est empruntée à Paul Martens qui écrit, au terme de son analyse relative à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en droit de la famille, que « la famille est devenue l'instrument du droit au bonheur, avec pour surplomb l'intérêt de l'enfant » et que « dans ce cas elle se porte plutôt bien » (P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *op. cit.*, p. 672).
227. Bruxelles, 15 février 2019, précité, p. 167.
228. C.D.E., Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapports périodiques, 2019, CRC/C/BEL/CO/5-6, § 17.
229. L'article 22*bis* de la Constitution se voit incontestablement reconnaître « un effet de directive interprétative des textes infraconstitutionnels » (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 0175/005, p. 32) conformément à la doctrine *Waleffe* (Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, pp. 560 et s.). Voir sur la question de l'interprétation de la Constitution, H. DUMONT et C. HOREVOETS, *op. cit.*, pp. 171 et s.
230. Ou bien évidemment d'introduire un recours en annulation (et en suspension) devant la Cour constitutionnelle si les conditions de recevabilité sont réunies.
231. Les praticiens trouveront de précieux conseils à cet égard dans l'ouvrage de M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 214 à 236.
232. L'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle priorise en effet le contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité (voir à ce sujet H. DUMONT et C. HOREVOETS, *op. cit.*, pp. 162 à 166 ; C. HOREVOETS, « Concours de droits fondamentaux et répartitions des compétences entre juridictions dans le contrôle de compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux », *Le droit européen et international devant le juge national*, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Bruxelles Larcier, 2014, pp. 108 et 109). Rappelons que le juge peut cependant s'abstenir de poser une question préjudicielle à la Cour s'il considère que la disposition de la Constitution n'est manifestement pas violée ou, à l'inverse, si un arrêt de la Cour constitutionnelle ou d'une juridiction internationale a déjà fait apparaître la violation de manière manifeste (art. 26, § 4, al. 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989). D'autres exceptions sont aussi visées à l'article 26, §§ 2 et 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

de la Constitution²³³, de demander l'écartement d'un acte administratif (réglementaire ou individuel²³⁴) qui porte atteinte au principe de l'intérêt primordial de l'enfant²³⁵, en application de l'article 159 de la Constitution, ou de plaider l'effet direct de l'article 3.1 de la CIDE et de l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution si cela s'avère pertinent²³⁶. Il semble en effet pouvoir se déduire de la jurisprudence dynamique de la Cour constitutionnelle en la matière qu'il s'impose aujourd'hui « au juge de vérifier dans toute décision qui concerne les enfants si une balance a été opérée entre les droits et intérêts des différentes parties et si, dans cette balance, au regard de la vulnérabilité de l'enfant, son intérêt a été une considération primordiale (mais non absolue). Comment pourrait-il satisfaire cette exigence en refusant de reconnaître un effet direct à l'article 3.1 ou 22bis, alinéa 4, de la Constitution ? Il s'agit là d'un indicateur important permettant de croire qu'un droit subjectif fondé sur ces dispositions peut être revendiqué devant le juge aujourd'hui »²³⁷.

Selon la métaphore poétique de Jacques Fierens, l'intérêt de l'enfant peut être comparé à « l'Etoile polaire qui guide le juge, le législateur, et toute personne impliquée dans la vie des enfants »²³⁸ :

« Les intérêts divergents sont presque aussi nombreux que les étoiles du ciel, mais l'enfant occupe une place

centrale, sa brillance est un repère plus important que tous les autres. Parfois, on ne voit plus que lui, comme si la nuit ne comptait que l'étoile polaire, ce qui serait évidemment une illusion. (...) L'intérêt supérieur de l'enfant fait au contraire partie d'une constellation, qui fait partie d'un système, qui fait partie d'un univers ; il contribue à dessiner des formes harmonieuses, jolies comme une petite ourse blottie contre la Grande Ourse. Il entretient des rapports avec les autres étoiles qui ne s'opposent pas à lui »²³⁹.

Espérons que, de la même manière que l'Etoile polaire brille harmonieusement dans un ciel étoilé, le principe de l'intérêt primordial de l'enfant continuera à irradier le droit de la famille, dans le respect des garanties énoncées au fil des pages de cette contribution, et que nous aurons, modestement, contribué à renforcer la compréhension de ce principe juridique à la fois subversif, ambivalent et vecteur de l'effectivité et du renforcement des droits fondamentaux de l'enfant, à l'aune de sa vulnérabilité qui exige un juste équilibre entre son besoin de protection et son droit à l'autonomie.

233. Il est en effet plus utile de poser la question préjudicielle au regard de l'article 22bis de la Constitution plutôt que d'invoquer le principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution). De cette façon, la Cour constitutionnelle sera directement confrontée au cœur du problème sans devoir procéder à une gymnastique intellectuelle peu utile, voire se retrouver dans l'impossibilité de statuer sur les droits de l'enfant. Dans un contentieux de droit familial, il y aura sans doute un conflit de droits à résoudre mais la mission du juge constitutionnel sera « précisément de rechercher un équilibre entre ces droits. Le recours aux règles d'égalité et de non-discrimination reste certes une possibilité et ces dispositions de longue portée permettent au juge constitutionnel de tenir compte des droits et libertés, mais les comparaisons entre, par exemple, le mari de la mère et le père d'un enfant né hors mariage ou entre un enfant de moins d'un an et un enfant de plus d'un an appellent souvent des raisonnements plus 'artificiels' qui laissent parfois des zones d'ombre. 'Comparaison, poison', dit l'adage populaire » (A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, p. 596. Voir aussi A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 333).
234. Si le Conseil d'État refuse qu'un acte administratif individuel définitif soit écarté, en vertu de l'article 159 de la Constitution, après l'expiration du délai dans lequel il aurait pu être contesté par la voie d'un recours en annulation (C.E., *Harlez*, n° 215.678, 10 octobre 2011), la Cour de cassation admet cette non-application tant à l'égard des normes réglementaires que des actes administratifs individuels (Cass., 12 septembre 1997, *J.T.*, 1997, p. 840 ; Cass., 8 janvier 2015, n° C.13.0546.F, <https://juportal.be>) quand ils violent une norme supérieure (en l'espèce, pour notre propos, l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution).
235. Voir solliciter une annulation (et une suspension) devant le Conseil d'État si les conditions de recevabilité sont rencontrées.
236. La Cour de cassation refuse néanmoins, depuis 1999, un effet direct à l'article 3.1 de la CIDE (Cass., 31 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 195 ; Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 588 ; Cass., 10 novembre 1999, *Pas.*, 1999 p. 1481 ; Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 712) et ne s'est pas encore formellement prononcée s'agissant de l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution. Nous espérons néanmoins un revirement jurisprudentiel à l'aune des évolutions récentes relatives à l'intérêt de l'enfant, revirement qui semble avoir été implicitement amorcé dans un arrêt du 10 février 2020 : « Ni les articles 3, 9 et 12 de la CIDE, ni l'article 8 de la C.E.D.H., ni l'article 22bis de la Constitution n'exigent que l'enfant mineur ait la possibilité d'intervenir en tant que partie et d'introduire une action dans les litiges entre ses parents concernant l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne, son hébergement ou l'exercice du droit aux relations personnelles par le parent qui n'a pas l'autorité parentale » (Cass., 10 février 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, liv. 1, p. 12, note M. COUNE). Si, certes, le moyen est *in fine* rejeté, la Cour de cassation n'a pas déclaré les articles visés irrecevables. Voir sur la question de l'effet direct de l'article 3.1 de la CIDE et de l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution J. FIERENS, « La protection de la jeunesse 'communautarisée' et l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'enfant – Partie I », *op. cit.*, p. 304 ; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne », *Semper perseverans : liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, pp. 739 à 751 ; M. VERHAEGEN, « L'intégration des droits de l'enfant dans la Constitution. Un progrès ? », *J. dr. jeun.*, n° 298, 2010/8, p. 18).
237. A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne », *op. cit.*, pp. 749 et 750.
238. J. FIERENS, « Grandir avec les droits de l'enfant : surmonter les obstacles pour un avenir durable », *op. cit.*, p. 7.
239. J. FIERENS, « Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents », *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 2017, p. 39.