

Le statut juridique de la parole des mineurs connaît une évolution sans précédent

Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale ⁽¹⁾

par Thierry Moreau *

La parole est essentielle dans la vie d'un être humain. Elle le précède et elle lui est transmise par contagion. Au départ, le bébé naît avec la faculté de parler mais il ne parle pas. Il est un infans, un non parlant. Il acquiert l'usage de la parole parce que d'autres lui parlent en premier. Progressivement, à ce temps d'apprentissage, succède le temps de l'appropriation. Le jeune «pourra et devra lui aussi soutenir sa parole, donc se soutenir de son propre chef, assumer la responsabilité de son dire; c'est ce qu'on appelle la subjectivation, ou plus banalement devenir adulte» ⁽²⁾.

En ce qu'il nous permet d'être au monde, l'acte de signifier est aussi naturel que de respirer. Pourtant, le statut de la parole de tous ceux qui s'expriment n'est pas nécessairement identique. À toute époque, en tous lieux et à des niveaux très différents, il y a toujours eu des personnes plus autorisées à parler que d'autres. Le droit a consacré certaines de ces hiérarchies. Ainsi, pendant longtemps, il a cantonné la parole des mineurs dans une catégorie de seconde zone. Toutefois, depuis une vingtaine d'années, le statut juridique de la parole des mineurs connaît une évolution sans précédent.

Cette contribution s'attache aux aspects juridiques de la place reconnue à la parole de l'enfant. À cet égard, il n'est pas inutile de, préalablement, rappeler que le droit est une œuvre humaine et, plus précisément, l'expression d'un rapport au monde d'une majorité dans un temps et un espace donnés. Tel un bouclier, il protège les valeurs fondamentales d'une collectivité. Mais, parce qu'il est le gardien des valeurs fondamentales, le droit est également le glaive par lequel peut advenir le changement. Il est l'instrument par lequel une collectivité peut refaçonner la réalité en se conformant à une vision de celle-ci qu'elle juge plus juste. Le travail du juriste n'a donc pas pour finalité de dire la réalité de ce qui fait l'objet du droit mais seulement de rendre compte des lectures de cette réalité que mettent en jeu la règle, son application et son interprétation.

Dans cette perspective, je me propose d'examiner trois aspects de la question du statut juridique de la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale. La première partie a pour objet l'évolution de l'image de l'enfant véhiculée par le droit. Après avoir étudié le statut juridi-

que de l'enfant, la deuxième partie s'attache à un droit qui lui a été reconnu assez récemment : le droit de faire connaître son opinion par rapport aux questions qui l'intéressent. La troisième partie est consacrée à quelques questions critiques que pose, dans la vie familiale et sociale, cette place nouvelle reconnue à la parole de l'enfant.

I. L'image du mineur véhiculée par le droit

En droit, il n'est pas question d'enfant, d'adolescent ou de jeune. La notion de référence est le *mineur* qui évoque, en droit belge, un être humain âgé de moins de 18 ans ⁽³⁾. Or, il est évident qu'un enfant en bas âge n'est pas un adolescent âgé de 14 ans qui, lui-même, est fort différent d'un jeune âgé de 17 ans. Le seul

point commun qui, finalement, existe entre eux est le fait que leur âge se situe en-dessous d'un seuil fixé par la loi. Par la magie des mots, le droit réduit ainsi la complexité de la réalité à une notion qu'il présente comme simple et univoque. Si, pendant longtemps, cette mystification juridique n'a pas été remise en cause, l'analyse autorise de penser que tel n'est plus le cas aujourd'hui.

A. L'image du mineur véhiculée par le code civil

Celui que nous appelons enfant, adolescent ou jeune se trouve au cœur d'une tension dialectique. Il est à la fois *même* et *autre* que l'adulte. Il est *même* parce qu'il est, comme chacun, un être humain. Il est *autre* en raison des différences physiques, psychiques, matérielles et du manque d'expérience qui le distingue de l'adulte accompli. Ces différences factuelles sont, par ailleurs, susceptibles

* Professeur à l'U.C.L.; avocat au Barreau de Nivelles.

(1) Ce texte a également fait l'objet d'une publication dans les actes du colloque La place de la parole de l'enfant organisé les 15 et 16 avril 2005 par l'Institut d'Études de la Famille et de la Sexualité de l'UCL.

(2) J.P. LEBRUN, *L'avenir de la haine*, collection Temps d'arrêt, Communauté française, Bruxelles, 2006, p. 11.

(3) Voy. les articles 388 et 488 du code civil.

Une image du mineur paradoxale : juridiquement incapable et factuellement responsable

d'évoluer. Dans les premières années de la vie, il est facilement admis que le mineur se trouve dans une situation de faiblesse caractérisée. Mais par la suite, il n'est pas rare que l'adolescent acquiert «une image négative, un peu monstrueuse : trop vieux pour être cajolé, trop jeune pour être assimilé à un homme, il embarrasse, il provoque et fait peur»⁽⁴⁾.

À travers la notion de minorité, le code civil ne rend qu'imparfaitement compte de cette tension. Il véhicule une image du mineur qui ne souligne que la différence. Le mineur y est tenu comme un être inachevé : il n'est pas encore adulte; il n'a pas encore atteint ce stade de perfection. Il est seulement un citoyen en devenir. L'approche du code civil repose sur le postulat selon lequel un enfant doit passer par différents stades de développements, qualitativement inférieurs, avant d'atteindre le stade adulte⁽⁵⁾. Les mineurs sont des êtres faibles. Ils n'ont pas les mêmes capacités physiques et intellectuelles que les majeurs, ils font des erreurs et ils manquent d'expérience. Dans ces conditions, il s'impose de les guider, de les éduquer, de pourvoir à leur entretien et de les protéger afin qu'un jour ils deviennent de bons citoyens.

Pour permettre ce projet, le code civil frappe le mineur d'incapacité juridique. Par conséquent, il n'a pas la jouissance de certains droits et il ne peut pas exercer personnellement les droits dont il est titulaire, et ce jusqu'au jour où il accèdera à l'âge de la majorité civile. Durant ce temps, le mineur, quel que soit son âge, est placé sous l'autorité de ses parents ou de représentants légaux de substitution (tuteur, protuteur). En raison de son incapacité, il est également soumis au mécanisme de la représentation légale⁽⁶⁾.

Même si, dans le code civil, il n'est pas formellement contesté que le mineur serait un sujet de droits, ce statut lui est globalement dénié en raison du caractère général de l'incapacité juridique. Un mineur qui témoignerait concrètement d'une capacité de fait ou de discernement, reste juridiquement incapable. Il n'est donc pas pleinement acteur et sujet dans le champ du droit.

Techniquement, l'incapacité civile constitue une présomption. Il s'agit, comme le rappelle F. Tulkens, d'un «artifice technique qui permet de considérer

comme vrai ce qui peut tout aussi bien être faux et qui de plus pose comme vrai dans tous les cas ce qui n'est absolument pas vrai». La présomption ne correspond donc pas à la réalité. Elle n'est même pas une hypothèse concernant la réalité. La présomption est une «entorse à la vérité qui fonctionne comme moyen de réaliser certaines valeurs»⁽⁷⁾. En l'occurrence, l'incapacité civile, de même que les mécanismes de l'autorité parentale et de la représentation légale qui en découlent, ont la vocation de garantir l'ordre et la sécurité publique en assurant l'apprentissage et la protection des mineurs tant contre leur propre inexpérience que contre ceux qui voudraient abuser de leur état de faiblesse.

Si elle constitue sans doute un moyen utile pour atteindre les finalités fixées par les auteurs du code civil, la présomption d'incapacité civile du mineur ne traduit que très imparfaitement la réalité et la temporalité de l'enfant. D'un côté, cette présomption n'opère que par comparaison avec la capacité de l'adulte sans s'intéresser à la subjectivité propre du mineur. Elle ne lui permet pas de faire valoir personnellement dans le champ juridique ce qui lui est spécifique et qui le différencie de l'adulte. Au contraire, ce sont précisément ces éléments qui sont invoqués pour l'exclure de la scène juridique. De l'autre, la présomption d'incapacité ne permet pas de rendre compte de l'évolution de l'enfant, de ses passages et de ses expériences initiatiques. Durant toute la période de la minorité, le mineur est présumé incapable et, du jour au lendemain, lorsqu'il atteint l'âge de la majorité civile, il lui est reconnu une capacité pleine et entière.

Toutefois, le code civil n'a pas assuré jusqu'au bout la cohérence de l'image du mineur incapable, que ses parents forment et éduquent pour qu'il devienne, demain, un bon citoyen. Elle s'est fragmentée face à la question de la responsabilité. À l'incapacité civile, qui empêche le mineur de se prendre en charge et d'administrer son patrimoine, aurait dû logiquement correspondre l'irresponsabilité. S'il ne peut pas poser des actes juridiques, le mineur ne devrait pas non plus être tenu de répondre de son fait sur le plan juridique. Pourtant, en vertu du code civil, le mineur doué de discernement est civilement responsable de son quasi-délit ou de son délit⁽⁸⁾. Pour H. De Page, «si l'on peut choisir celui avec qui on contracte, on ne choisit pas celui qui vous blesse, vous diffame ou vous injurie. Le besoin de protection du mineur cède devant celui, plus important, de la victime»⁽⁹⁾. De même, lorsqu'il commet une infraction, le mineur doit répondre de son acte que ce soit devant les juridictions pénales avant la loi du 15 mai 1912 ou devant les juridictions de la jeunesse depuis. Dans le cadre de la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse, la procédure de dessaisissement peut même avoir pour effet de renvoyer le mineur du champ protectionnel vers le champ pénal.

Les règles qui admettent la responsabilité civile ou pénale du mineur démontrent que la cohérence ne doit pas être recherchée du côté de l'image qui est renvoyée au mineur, mais bien dans le souci de protection de la sécurité publique à travers, notamment, la figure de la victime. Le mineur, quant à lui, se voit signifier une image paradoxale de juri-

(4) A. GARAPON, «Les ambiguïtés du débat actuel sur les droits de l'enfant», *Enfance et violence, sous la direction de J. Rubellin-Devichi et M. Andrieux*, Lyon, P.U.L., 1992, p. 165.

(5) Sur les postulats qui soutiennent l'image du mineur que véhicule le code civil, voy. notamment G. CAPPELAERE, «Vers un code pénal de la jeunesse ? La responsabilité de l'enfant comme point de départ», *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 246.

(6) Sur le statut juridique du mineur, voy. notamment Th. MOREAU, «L'autonomie du mineur en justice», *L'autonomie du mineur, sous la direction de P. Jadoul, J. Sambon, B. van Keirsbliek*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1998, p. 161 et s.

(7) F. TULKENS, «Les impasses du discours de la responsabilité dans la repénalisation de la protection de la jeunesse», *La criminologie au prétoire, Gand, Story-Scientia*, 1985, p. 18; voy. également dans le même sens P. FORIERS, «Présomptions et fictions», *Les présomptions et les fictions en droit, Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 10.

(8) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 30, n° 17; P. MAHILLON, «La capacité du mineur non émancipé», *J.T.*, 1973, p. 532.

(9) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. I, p. 87, n° 80.

diquement incapable et de factuellement responsable.

B. L'image du mineur sujet de droits

En raison du caractère absolu de la puissance paternelle au XIX^{ème} siècle, le mineur, en cas d'abus, était placé dans une situation très difficile puisque aucune autorité ne pouvait intervenir. Progressivement, pour individualiser le mineur à protéger de ses mauvais parents, la jurisprudence a eu recours à une notion nouvelle : l'intérêt de l'enfant. Le XX^{ème} siècle a vu advenir le modèle protectionnel tout entier construit autour de ce concept. Il appartenait à l'État de soutenir les parents déficients ou de remplacer les mauvais parents pour atteindre l'objectif – qui lui n'avait pas varié – de faire en sorte que les jeunes deviennent de bons citoyens.

L'intérêt du mineur reposait sur l'affirmation que le mineur était un sujet de droits. Toutefois, les droits en question correspondaient surtout aux besoins spécifiques de l'enfant : entretien, instruction, protection, éducation, etc.⁽¹⁰⁾ Il ne s'agissait nullement de droits dont le mineur avait lui-même l'exercice. Par conséquent, la reconnaissance de l'intérêt du mineur et de sa qualité de sujet de droits n'était pas incompatible avec le maintien de l'affirmation de son incapacité juridique.

À la fin du XX^{ème} siècle, sur le plan juridique, une nouvelle manière de penser le mineur est venue compléter l'approche du code civil et le modèle protectionnel. Loin de les éliminer, elle s'est adossée sur ceux-ci. Cette nouvelle représentation du mineur s'est notamment élaborée en réaction aux limites des modèles précédents : faille que constitue la responsabilité du mineur, la violation de certains droits fondamentaux des mineurs (p. ex. placement sans possibilité de se défendre) et la maltraitance institutionnelle dont certains mineurs ont été victimes au nom de la protection. La qualité de sujet de droits du mineur a été affirmée d'une manière plus accomplie. Celle-ci s'est présentée comme l'autre face d'une même réalité qu'il s'agissait de prendre en compte. Un changement dans le vocabulaire utilisé la met

d'ailleurs en évidence : l'intérêt du mineur se complète par les droits de l'enfant.

La reconnaissance des droits de l'enfant a pris plusieurs formes dans le champ juridique.

Une première est l'accroissement des exceptions légales au principe de l'incapacité juridique. S'appuyant sur le fait que, tout en affirmant le principe de l'incapacité juridique du mineur, le code civil n'a jamais nié la capacité de fait qui pouvait être celle du mineur, le législateur a reconnu, au fil du temps, un nombre, toujours plus grand, d'hypothèses où celui-ci est admis à poser personnellement un acte juridique⁽¹¹⁾. Plusieurs techniques ont été utilisées. Dans certains cas, la loi a fixé un seuil d'âge à partir duquel elle reconnaît une capacité au mineur sur un objet limité (p. ex. consentir à son adoption, conduire un vélomoteur). Dans d'autres, elle a confié au juge ou à une autre personne le soin d'apprécier si, par rapport à l'objet qu'elle désigne, le mineur démontre une capacité effective (p. ex. le mineur peut introduire personnellement un recours contre la décision du conseiller ou du directeur de l'aide à la jeunesse pour autant que le tribunal de la jeunesse constate son discernement, la loi sur le droit des patients dispose que le mineur peut

exercer ses droits de manière autonome si le médecin le juge apte à apprécier raisonnablement ses intérêts). Enfin, la loi a parfois désigné des matières dans lesquelles le mineur doit nécessairement se voir reconnaître une capacité (p. ex. le mineur exerce personnellement l'autorité parentale sur son propre enfant).

Les droits de l'enfant ont également été reconnus par la jurisprudence. Dans diverses situations, des juges ont reconnu aux mineurs la faculté d'exercer eux-mêmes des droits jugés fondamentaux dans des situations où, sinon, l'application du principe de l'incapacité juridique aurait eu pour effet de les mettre en danger plutôt que de les protéger. Citons, à titre d'exemples, la reconnaissance du droit du mineur en conflit avec ses parents de saisir le juge pour leur demander des aliments⁽¹²⁾, du mineur indigent de solliciter personnellement une aide sociale⁽¹³⁾, du mineur renvoyé de contester la décision de l'établissement scolaire sur base de son droit à l'instruction⁽¹⁴⁾, du mineur victime d'abus sexuel intrafamilial de demander réparation, etc.⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾.

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que le mineur bénéficiait, comme toute personne, des droits garantis par la Convention européenne des

(10) À cet égard, voy. la Déclaration des droits de l'enfant des Nations unies du 20 novembre 1959.

(11) Sur les différents actes juridiques que peut poser seul le mineur non émancipé, voy. notamment P. MAHILLON, «La capacité du mineur non émancipé», op. cit., p. 530; H. DE PAGE, (mis à jour par J.P. Masson), Traité élémentaire de droit civil belge, op. cit., t. II, vol. 2, p. 1121, n° 1211; R.P.D.B., v° Minorité, tutelle, émancipation, op. cit., n° 45 et s.; F. RIGAUX, «Du temps des mineurs au temps des majeurs», Rev. trim. dr. fam., 1991, p. 106 et s. et les nombreuses références citées; G. CLOSSET, «La Convention des droits de l'enfant et la Belgique : Aspects de droit judiciaire», La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, sous la direction de M.T. Meulders-Klein, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 136; V. POULEAU, «Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé», Rev. trim. dr. fam., 1990, p. 3 et s.; Voy. également deux ouvrages collectifs qui abordent les dérogations au principe de l'incapacité civile du mineur dans diverses branches du droit. La majorité civile à 18 ans. Ses conséquences dans divers domaines du droit, actes de la journée d'étude organisée le 27 avril 1990 par la Conférence du Jeune Barreau de Nivelles en collaboration avec le Département de droit économique et social de la Faculté de Droit de l'U.C.L., ronéo; L'autonomie du mineur, sous la direction de P. Jadoul, J. Sambon, B. van Keirsbliek, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1998.

(12) J.P. St-Gilles, 23 avril 1985, J.J.P., 1987, p. 21; Civ. Liège, 5 décembre 1985, J.P. Liège (1^{er} canton), 23 mai 1986, obs. PETIT, J.L.M.B., 1987, p. 509; J.P. Huy (1^{er} canton), 26 juin 1986, J.L., 1986, n° 36; Civ. Liège (réf.), 8 juillet 1986, J.T., 1987, p. 147; J.P. Mons (2^{ème} canton), 11 juin 1987, J.D.J., 1988, n° 4, p. 25 et note RUCHARD; J.P. Etterbeek, 29 mars 1988, Rev. trim. dr. fam., 1988, 563; J.P. Mons, 19 avril 1989, J.D.J., 1989, n° 6, p. 34.; J.P. Wavre, 23 novembre 1989, Rev. trim. dr. fam., 1989, p. 51; Voy. également a contrario Civ. Anvers (7^{ème} ch.), 27 fév. 1990, R.W., 1989-1990, p. 1369, note J. Gerlo.

(13) C.E., 7 octobre 1988, J.T., 1989, p. 677, observations de F. Rigaux. Voy. également J.P. MOENS, «La capacité, pour le mineur, d'exercer seul son droit à l'aide sociale», Observations sous C.E., 7 octobre 1988 J.L.M.B., 1988, p. 1492.

(14) C.E., 22 février 1989, J.L.M.B., 1989, p. 826 et note Ch. Panier.

(15) Sur ces actions, voy. infra note 24.

(16) Pour une analyse approfondie et critique de ces questions, voy. Th. MOREAU, Les droits de l'enfant dans le champ de la protection de la jeunesse : émergence et significations (à paraître).

Le mineur sujet de droits, capable de les exercer, est le mineur doué du discernement

droits de l'homme et qu'il pouvait introduire personnellement un recours devant la Cour. À défaut, la minorité serait un facteur de discrimination prohibée par la Convention⁽¹⁷⁾. La jurisprudence de la Cour a toutefois mis en évidence que, si, en théorie, le mineur doit être mis sur le même pied que le majeur et bénéficier des mêmes droits et garanties, cette égalité en droit doit cependant respecter les différences factuelles qui existent entre les deux catégories sous peine de voir la qualité de sujet du mineur être déniée dans les faits. L'examen de la jurisprudence de la Cour permet de constater qu'il est généralement admis que la minorité peut, dans certains cas, constituer une raison objective et raisonnable qui autorise à traiter les mineurs d'une manière différente des majeurs, car «l'âge peut justifier des mesures protectrices à finalités précises»⁽¹⁸⁾. Tantôt cette protection prend la forme d'un renforcement des droits reconnus par la Convention pour tenir compte de la situation de faiblesse des mineurs dans certaines situations spécifiques. Tantôt, au contraire, des droits garantis par la Convention sont appréciés avec plus de souplesse pour mieux respecter les spécificités et les droits fondamentaux du mineur⁽¹⁹⁾.

Adoptée en 1989, la Convention relative aux droits de l'enfant traduit, sur le plan juridique, la figure complexe de l'enfant où ni sa différence ni sa ressemblance avec l'adulte ne prime, mais où ces deux aspects s'articulent dans une tension où la différence factuelle est respectée au nom de l'égalité en droit. La protection et l'émancipation de l'enfant sont présentées comme les deux faces d'une même réalité, l'une ne pouvant pas être dissociée de l'autre. Dans la Convention, l'enfant est tenu pour un sujet de droits. Le texte proclame les droits de l'homme de l'enfant. Certains de ces droits fondamentaux sont identiques à ceux garantis aux adultes par d'autres textes. D'autres droits sont spécifiques aux enfants pour tenir compte de leurs différences factuelles et garantir leurs particularités. L'approche éducative et protectionnelle est également présente au cœur de la Convention. L'article 3 qui la chapeaute dispose que l'intérêt de l'enfant doit toujours être privilégié. Ce texte rappelle donc la responsabilité des adultes dans la mise en œuvre de la Conven-

tion. Il leur appartient de faire des droits de l'enfant un moyen de lui reconnaître une plus large place d'acteur dans sa propre vie et de veiller à ce qu'ils ne deviennent pas l'aubaine par laquelle se décharger de leurs obligations. Comme le souligne Y. Lernaut, «si l'enfant devient acteur de sa protection, il faut craindre qu'il ne soit responsable de son action de protection à l'égard de lui-même et qu'en cas de défaillance il ne trouve personne qui le protège effectivement»⁽²⁰⁾. L'article 3 de la Convention impose de ne pas oublier la différence au nom de la consécration de la similitude. Pour respecter la spécificité des jeunes, il s'impose de nécessairement penser ces deux dimensions comme étant en tension.

L'analyse révèle toutefois que le mineur sujet de droits, capable de les exercer, est le mineur doué du discernement, c'est-à-dire celui qui présente une certaine capacité de fait. Comme on le verra ci-après, cette exigence démontre que le modèle des droits ne peut se penser indépendamment du modèle protectionnel. D'une part, elle confirme le caractère conféré des droits de l'enfant. Ils ont été revendiqués, admis, reconnus et concédés aux enfants par des adultes. D'autre part, le discernement est, à l'instar de l'intérêt du mineur, un concept à contenu variable qui suppose une appréciation discrétionnaire, voire arbitraire, de l'autorité par laquelle il lui est possible d'influer sur la portée et l'effectivité du droit de l'enfant.

C. Une image fragmentée, une cohérence à retrouver

La cohabitation, au sein du même dispositif juridique, du modèle du code civil, du modèle protectionnel et du modèle des droits de l'enfant contribue à renvoyer au mineur, sur le plan juridi-

que, une image de lui-même qui est morcelée. En fonction d'intérêts divers qui peuvent être autres que le sien, le mineur, lorsqu'il est doué d'un certain discernement, est tantôt présumé incapable, tantôt reconnu comme partiellement capable, tantôt tenu responsable.

Cette image fragmentée peut, sans doute, constituer un instrument susceptible d'initier le mineur aux paradoxes de l'existence et de la vie sociale. Mais, elle peut aussi signifier, pour lui, une absence de repère surtout si elle devient le moyen par lequel ceux qui sont en charge de cette initiation évitent de l'assumer et se protègent en ne s'ouvrant pas à l'altérité dont il est porteur.

Au sein de ce morcellement, la cohérence à trouver est d'abord une responsabilité des adultes. C'est eux et non les enfants qui sont les artisans de la transmission. Sur le plan juridique, par leur manière d'appliquer le droit, ils sont susceptibles de permettre au jeune de percevoir quelque chose de la tension qui sous-tend son statut. La reconnaissance des droits de l'enfant et, par le fait même, l'attribution d'une place à sa parole ont eu pour effet de souligner, avec encore plus de force, l'investissement essentiel des adultes dans son éducation. Ceux-ci ne peuvent plus se contenter de penser et agir pour lui au mieux de son intérêt, ils doivent aussi penser et agir avec lui en tenant compte de ses capacités. Le droit se prononce ainsi sur le contenu de l'éducation : elle doit respecter les droits de l'homme de l'enfant et, ce faisant, respecter la subjectivité de ce dernier. Si les modèles du code civil et protectionnel n'ont jamais empêché les adultes d'adopter pareille attitude, le modèle des droits de l'enfant l'a érigé en exigence.

(17) Voy. M. ENRICH MAS, «La protection des enfants mineurs en Europe», Bulletin des droits de l'homme, 2000, n° 9, p. 7; M. BUQUICCHIO-DE BOER, «Les enfants et la Convention européenne des droits de l'homme», J.D.J., juin 1990, n° 6, p. 3.

(18) J. VELU et R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 124. Dans le même sens, voy. U. KILKELLY, The Child and the European Convention on Human Rights, Vermont, Ashgate Dartmouth, 1999, p. 4 et s.; M. BUQUICCHIO-DE BOER, «Les enfants et la Convention européenne des droits de l'homme», op. cit., p. 3.

(19) Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à ces questions, voy. Th. MOREAU, Les droits de l'enfant dans le champ de la protection de la jeunesse : émergence et significations (à paraître).

(20) Y. LERNOUET, «L'enfant, auteur de sa protection», Droit de l'Enfance et de la Famille, n° 29, 1990/1, p. 111.

II. La place de la parole de l'enfant dans le champ juridique

Il me semble que, dans le champ juridique, on ne peut pas limiter le terme «parole» à la seule faculté de prononcer des sons. Il faut plutôt entendre par là toute forme de langage qui permet à un être humain de se faire comprendre et de s'exprimer à propos d'un objet. La parole est donc le moyen par lequel toute personne peut exprimer ce qu'elle a de profondément humain en elle en se détachant de ce qui fait l'objet de son propos et en prenant du recul. Elle suppose la capacité de se situer par rapport au manque, au vide, à l'insatisfaction, à la perte de l'im-médiat, à l'inadéquation, etc. En outre, en tant qu'elle est langage, la parole peut prendre la forme non seulement du dire, mais du silence, du geste, etc. Par conséquent, poser la question de la place de la parole de l'enfant dans le champ juridique revient à s'interroger sur la manière dont le droit prend au sérieux l'opinion de l'enfant quel que soit la forme par laquelle elle s'exprime.

Or, sur le plan juridique, la parole de l'enfant peut prendre de nombreuses formes : le fait de l'enfant auquel la loi reconnaît des effets juridiques (p. ex. le fait qualifié infraction), l'acte juridique autorisé par la loi (p. ex. la gestion d'un compte en banque), le consentement à un acte juridique qui le concerne (p. ex. le consentement à l'adoption), le droit d'agir personnellement en justice pour demander le respect de ses droits et le droit de faire connaître son opinion.

Il serait beaucoup trop long de procéder à l'inventaire et l'analyse détaillée de toutes les hypothèses dans lesquelles la parole de l'enfant est prise en considération. Je me suis donc limité à une seule de celle-ci : le droit de l'enfant de faire connaître son opinion sur les questions qui le concernent. Les motifs de ce choix sont triples. Tout d'abord, cette forme de reconnais-

sance de la parole de l'enfant est la plus récente. Elle date de la fin des années '80 et du début des années '90. Ensuite, elle a connu un développement considérable dans divers domaines juridiques. Enfin, elle se présente comme une forme particulièrement bien adaptée pour traduire la tension qui soutient la figure de l'enfant dans le champ juridique.

A. La reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu sur les questions le concernant

En se fondant sur le modèle du code civil, le droit n'a, pendant longtemps, pas pris en considération l'opinion de l'enfant dans le champ juridique. Même s'il n'était pas nié que, dans la réalité, les enfants parlent et pensent, en principe, leur parole ne pouvait s'exprimer juridiquement que par l'intermédiaire de leurs représentants légaux dans un système où, en définitive, tantôt ceux-ci, tantôt le procureur, tantôt le juge décidaient ce qui était le meilleur pour eux.

Il faut toutefois relever que, bien que le droit ne les y contraignait pas, il y a toujours eu des adultes et des autorités sociales et judiciaires pour exercer leur mission et prendre leur décision en se mettant à l'écoute des enfants et en tenant compte de leur opinion. Ni le modèle du code civil, ni le modèle protectionnel ne les en empêchaient.

Il existait également deux types d'exceptions au principe de l'impossibilité pour le mineur de faire entendre sa parole dans le champ juridique. Dans certaines hypothèses, la loi donnait aux autorités la faculté d'entendre l'enfant. Ainsi, le mineur pouvait, par exemple, être entendu dans le cadre d'une expertise ou d'une enquête sociale qui concernait sa famille. Il pouvait également être entendu par le juge de la jeunesse sur la base de l'article 51 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. On ne pouvait cependant pas parler d'un droit de l'enfant d'être entendu puisqu'il ne pouvait exiger de l'autorité ou

de l'intervenant qu'elle procède à son audition. Il était seulement invité à parler en vertu d'une décision discrétionnaire de ceux-ci. Dans d'autres hypothèses, la loi a imposé, à titre exceptionnel, de prendre la parole du mineur en considération. Ainsi, il pouvait se défendre personnellement devant le juge de la jeunesse lorsqu'il est poursuivi pour avoir commis un fait qualifié infraction. Il pouvait agir personnellement en justice dans les cas fixés par la loi. Il existait des actes où la loi requiert son consentement.

La reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu a renversé le principe. Dorénavant, il appartient aux instances qui doivent prendre une décision le concernant de préalablement écouter l'enfant et de prendre son opinion en considération. La principale source de ce nouveau droit est la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée, à l'O.N.U., en 1989.

1. L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et son impact en droit interne

L'approche fondée sur la philosophie du code civil a été profondément modifiée par l'adoption de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui dispose que :

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Ce texte traduit un nouveau rapport à l'enfant en ce qu'il fait du respect de son opinion une obligation juridique.

Dans le domaine de la maltraitance et des abus sexuels, la parole de l'enfant a également été prise plus au sérieux

Ni les parents ni les autorités ne peuvent éduquer et protéger l'enfant doué de discernement sans entendre son opinion et la prendre en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ⁽²¹⁾.

Ce nouveau droit de l'enfant a connu, en Belgique, sur le plan juridique et judiciaire, un développement rapide et considérable, spécialement dans les situations de séparations parentales ou d'interventions judiciaires au sein de la famille. Toutefois, malgré cet engouement, il s'avère que la reconnaissance de ce droit dans l'ordre juridique interne a souvent été assortie de limites qui ne figurent pas dans la Convention.

Au début des années '90, la jurisprudence a reconnu un effet direct en droit belge à la disposition de droit international conventionnel que constitue l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Les juges ont reconnu aux mineurs doués du discernement le droit d'intervenir volontairement dans les procédures relatives à la séparation de leurs parents afin de demander d'être entendu avant que le magistrat ne statue ⁽²²⁾. Ce faisant, les juges n'ont toutefois pas admis que, par l'utilisation du mécanisme de l'intervention volontaire, l'enfant devienne partie à la cause sur le fond du litige qui continue à n'opposer que ses parents ⁽²³⁾. Une fois son audition réalisée, son intervention perd tout objet et l'enfant ne peut plus participer au procès.

En 1994, le législateur belge a adopté plusieurs textes en vue de garantir, par des dispositions de droit interne, le principe énoncé par la Convention relative aux droits de l'enfant. L'article 951 du code judiciaire a été complété par le texte suivant qui en constitue les alinéas 2 à 7 :

Néanmoins, dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, à sa demande ou sur décision du juge, sans préjudice des dispositions légales prévoyant son intervention volontaire et son consentement, être entendu, hors la présence des parties, par le juge ou la personne désignée par ce dernier à cet effet, aux frais partagés des parties s'il y a lieu. La décision du juge n'est pas susceptible d'appel.

Lorsque le mineur en fait la demande soit au juge saisi soit au procureur du Roi, l'audition ne peut être écartée que par une

décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement du mineur. Cette décision n'est pas susceptible d'appel.

Lorsque l'audition est décidée par le juge, le mineur peut refuser d'être entendu.

Il est entendu seul sauf le droit pour le juge de prescrire dans l'intérêt du mineur qu'il devra être assisté.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. L'audition a lieu en tout endroit jugé approprié par le juge. Il en est établi un procès-verbal qui est joint au dossier de la procédure, sans que copie en soit délivrée aux parties.

Même si ce texte se rapproche de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, il n'en constitue pas une traduction fidèle puisque, notamment, il ne fait pas de l'audition de l'enfant une obligation juridique dans le chef des instances de décision.

Toujours en 1994, le législateur a introduit un article 56 bis dans la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. Ce texte dispose que *le tribunal de la jeunesse doit convoquer la personne de douze ans au moins aux fins d'audition, dans les litiges qui opposent les personnes investies à son égard de l'autorité*

parentale, lorsque sont débattus des points qui concernent le gouvernement de sa personne, l'administration de ses biens, l'exercice du droit de visite, ou la désignation de la personne visée à l'article 34. Si, quant à lui, ce texte fait bien de l'audition une obligation, il s'écarte de la philosophie de l'article 12 de la Convention en ce qu'il fixe le seuil du discernement à l'âge de 12 ans sans s'attacher à une approche plus empirique de cette question.

En 1994 encore, le législateur a modifié la loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse de manière à mettre fin au régime qui permettait au juge de la jeunesse de prendre une mesure provisoire (qui généralement se maintenait plusieurs mois, voire plusieurs années) sans entendre le mineur qui en faisait l'objet. Il a introduit un article 52 ter qui dispose, en son alinéa 1^{er} que *dans les cas prévus à l'article 52, le jeune ayant atteint l'âge de douze ans doit être entendu personnellement par le juge de la jeunesse avant toute mesure, sauf s'il n'a pu être trouvé, si son état de santé s'y oppose ou s'il refuse de comparaître*. Ici aussi, il faut constater que l'obligation pour le juge d'entendre le mineur est limitée à la catégorie de ceux qui sont âgés de 12 ans et plus.

(21) Auparavant, différents textes du Comité des ministres du Conseil de l'Europe avaient déjà souligné l'importance de reconnaître à l'enfant le droit d'être entendu. Ainsi, le principe 3 de la Recommandation R (84) 4 sur les responsabilités parentales dispose que «lorsque l'autorité compétente est appelée à prendre une décision en matière d'attribution ou d'exercice des responsabilités parentales et affectant les intérêts de l'enfant, celui-ci sera consulté si le degré de sa maturité par rapport à la décision le permet». Le principe 7 de la Recommandation R (87) 6 sur les familles nourricières dispose qu'avant qu'une décision ne soit prise par l'autorité compétente sur l'octroi de certaines responsabilités parentales aux parents nourriciers, «l'enfant devrait être consulté si le degré de sa maturité par rapport à la décision le permet». La Résolution (77) 33 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le placement des enfants recommande aux gouvernements des États membres d'encourager la participation de l'enfant à la gestion du placement et de lui donner la possibilité de discuter de sa situation en fonction de son degré de maturité.

(22) Mons, (Ch. Jeun.), 20 avril 1993, J.L.M.B., 1993, p. 784 et note Ch. Panier; Civ. Liège, 30 juin 1993, J.L.M.B., 1993, p. 1282; Civ. Nivelles (réf.), 21 mai 1993, J.D.J., 1994, p. 39; Civ. Nivelles (Réf.), 9 juillet 1993, J.D.J., n° 128, p. 31; Civ. Bruxelles (Réf.), 10 septembre 1993, J.D.J., n° 128, p. 30; Trib. Jeun. Liège, 30 juin 1993, J.D.J., n° 131, p. 40; Mons, 10 novembre 1993, Rev. rég. dr., 1993, p. 401; Civ. Namur (Réf.), 1^{er} mars 1994, J.D.J., n° 134, p. 42; Trib. Jeun. Liège, 7 mars 1994, J.L.M.B., 1994, p. 521; Trib. Jeun. Liège, 15 juin 1994, J.D.J., 1994, n° 137, p. 44; Trib. Jeun. Namur, 28 juillet 1994, J.D.J., 1994, n° 140, p. 38; Mons (Réf.), 19 oct. 1994, J.D.J., 1994, n° 140, p. 3. Le droit d'intervenir volontairement pour se faire entendre a cependant été refusé au mineur par la Cour d'appel d'Anvers. Voy. Anvers, 14 avril 1994, J.D.J., 1995, p. 322 et avis du ministère public.

(23) À cet égard, voy. notamment Liège (jeun.), 28 avril 2000, J.L.M.B., p. 1085; V. d'HUART, «Le mineur face à la justice : de l'audition à l'action», note sous Liège, 9 janvier 1996, J.L.M.B., p. 664 et s. Voy. également Civ. Marche, 9 juin 1999, J.D.J., 2000, no 192, p. 42. Suite à l'analyse de la demande de l'enfant, le juge estime que celui-ci, par son intervention volontaire, «ne revendique pas son droit subjectif d'être à nouveau entendu mais entend réclamer la suppression du droit aux relations personnelles avec son père». En conséquence le juge décide que l'intervention volontaire n'est pas, telle que formulée, recevable car elle reviendrait à faire du mineur une partie à l'ensemble du procès, le plaçant sur le même pied que ses parents. Pour le juge pareille place de l'enfant «devrait résulter d'un débat de société plutôt que d'une interprétation extensive de la Convention internationale».

Dans le domaine de la maltraitance et des abus sexuels, la parole de l'enfant a également été prise plus au sérieux. L'obligation d'écouter la parole de l'enfant et de la prendre en considération a été soutenue par le développement des connaissances et des techniques d'enquête. L'audition vidéofilmée, la formation des enquêteurs, les expertises de crédibilité, les études cliniques sont tous des éléments qui ont contribué à mieux recevoir la parole de l'enfant et à affirmer sa place dans le champ judiciaire. En outre, malgré que cette disposition ne reconnaisse pas au mineur le droit de devenir partie à la procédure dans laquelle il exprime son opinion, certaines juridictions ont, sur la base de l'article 12 de Convention relative aux droits de l'enfant, admis que le mineur puisse personnellement se constituer partie civile pour obtenir réparation ⁽²⁴⁾.

Avant l'introduction de l'article 37 nouveau dans le décret de la Communauté française ⁽²⁵⁾ du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse par le décret du 5 mai 1999, des tribunaux de la jeunesse ont déduit de la combinaison de l'article 12 de la Convention et du décret du 4 mars 1991 qu'un mineur âgé de moins de 14 ans pouvait introduire le recours prévu à l'article 37 ancien du décret lorsqu'il témoignait d'un discernement suffisant, alors pourtant que ce texte réservait formellement ce recours aux jeunes âgés de 14 ans accomplis ⁽²⁶⁾.

Que ce soit en matière de maltraitance ou d'aide à la jeunesse, il y a eu, dans les deux cas, un glissement de l'affirmation d'un droit matériel (le droit de l'enfant de faire connaître son opinion) vers la reconnaissance d'un droit procédural (le droit d'action). Il s'agit en réalité d'une interprétation extensive de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui, en tant que tel, ne reconnaît nullement au mineur le droit d'ester en justice. Si le respect d'un droit matériel reconnu par le droit international peut amener le juge interne à devoir écarter une règle de procédure de droit interne ⁽²⁷⁾, ce n'est toutefois pas ce principe qui est appliqué dans les décisions qui viennent d'être commentées. Pour ce faire, il aurait sans doute été juridiquement plus correct que les juges s'appuient sur les dispositions de la Convention reconnaissant au mineur le droit matériel qu'il postulait plutôt que de considérer que l'article 12 de Convention ouvrait un droit d'ac-

tion pour réclamer le respect de ce droit. Ainsi, dans les affaires où les mineurs victimes de maltraitance ou d'abus se sont constitués partie civile, il aurait mieux valu leur reconnaître un droit d'action sur la base de son droit à la vie et à l'intégrité physique et sur l'interdiction des traitements inhumains et dégradants garantis par les articles 6, 34 et 37, a) de la Convention ⁽²⁸⁾. Dans les affaires relatives à l'article 37 du décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse, il aurait été plus indiqué de fonder le droit d'action des mineurs sur l'article 7 de la Convention qui leur garantit le droit d'être élevé par leurs parents et sur l'article 9 qui leur garantit à la fois le droit de ne pas en être séparé et le droit de participer aux délibérations dans toute procédure qui pourrait aboutir à une telle séparation.

Actuellement, un projet de loi est en débat au Parlement qui a pour objet d'instaurer une obligation à charge de toute juridiction qui traite d'une cause concernant un mineur de le convoquer pour l'entendre quelle que soit la matière faisant l'objet du litige ⁽²⁹⁾. Toutefois, ce texte n'impose cette obligation qu'à

l'égard des mineurs âgés de plus de 12 ans. Elle prévoit que le mineur âgé de moins de 12 ans qui le souhaite doit formuler lui-même la demande d'être entendu. Le juge a également la faculté de le convoquer. Ce texte est complété par un autre projet de loi qui prévoit que le mineur a droit d'être assisté par un avocat spécialisé en matière de jeunesse chaque fois qu'il est entendu ou qu'il est partie à une procédure judiciaire ou administrative ⁽³⁰⁾.

2. L'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant

L'article 9.2 de la Convention relative aux droits de l'enfant fait une application particulière du principe général proclamé à l'article 12 de la Convention. Il dispose que dans les procédures relatives à la séparation d'un enfant de ses parents, *toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues*.

Cette disposition offre plus de garanties à l'enfant pour faire valoir son opinion. Tout d'abord, elle n'impose pas la con-

(24) *Cor. Liège*, 1^{er} mars 1994, J.D.J., 1994, n° 136, p. 46. *Le tribunal a jugé que* «la constitution de partie civile de C. mineure d'âge, est recevable en application de l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant directement applicable dans l'ordre judiciaire belge. Son âge (16 ans) permet de présumer qu'elle est en mesure d'exercer les droits attachés à sa personne avec discernement, dans la mesure où elle est en conflit d'intérêt avec ses représentants légaux». *Voy. également Cor. Namur*, 30 juin 1994, J.L.M.B., 1994, p. 1143, *Trib. Cor. Bruxelles*, 23 mai 1995, inédit qui précise que cette jurisprudence doit être approuvée mais qu'en l'espèce le mineur ne dispose pas du discernement nécessaire; *Cor. Bruxelles*, 5 juin 1996, J.D.J., 1997, p. 164. Dans cette affaire, le président du tribunal de première instance de Bruxelles statuant sur requête unilatérale déposée sur base de l'article 584 du code judiciaire, avait cependant refusé au mineur la désignation d'un tuteur ad hoc pour se constituer partie civile contre un de ses auteurs, l'autre négligeant de diligenter l'action. Le tribunal correctionnel a alors accueilli la constitution de partie civile du mineur en nom personnel après avoir entendu l'enfant et estimé qu'il disposait d'un discernement suffisant. Voir également DOUILLEZ V., «La constitution de partie civile par un mineur d'âge», J.D.J., 1997, p. 154-155.

(25) Cette disposition a pour objet le recours qui peut être introduit devant le tribunal de la jeunesse contre les décisions du conseiller et du directeur de l'aide à la jeunesse.

(26) *Trib. Jeun. Liège*, 11 février 1997, J.D.J., 1997, p. 172; *Trib. Jeun. Mons*, 13 février 1997, J.D.J., 1997, p. 173. Cette jurisprudence a eu des prolongements importants sur l'action des conseillers de l'aide à la jeunesse. Ceux-ci doivent, depuis, vérifier si les jeunes âgés de moins de 14 ans ne sont pas doués d'un discernement suffisant les autorisant à participer directement à l'élaboration de l'accord d'aide. Dans ce cas, les conseillers ont l'obligation de recueillir l'accord écrit de ces jeunes car, à défaut, il leur suffit d'introduire un recours devant le tribunal de la jeunesse pour faire valoir que son consentement n'a pas été pris en considération. Or, le recours à l'article 37 (ancien ou nouveau) du décret pour ce seul motif se situe en marge de l'esprit du décret dont la ratio legis est de privilégier l'aide volontaire et la déjudiciarisation.

(27) Pour une application de ce principe, voy. C.A., 12 juillet 1996, n° 47/96, J.L.M.B., 1996, p. 1176 qui reconnaît aux familles d'accueil, sur la base du droit à la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit d'être partie à la cause dans les procédures protectionnelles.

(28) Ce droit est également garanti par d'autres textes internationaux ayant un effet direct, tels les articles 2 et 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles 6 et 7 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques.

(29) *Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge*, Doc. parl., Chambre, session 51, 19 décembre 2003, 0634/001. *Voy. également le projet de loi ouvrant l'accès à la justice aux mineurs*, Doc. parl., Chambre, session 51, 19 décembre 2003, 0643/001. Ce texte prévoit diverses hypothèses où des mineurs pourront agir personnellement en justice lorsque leurs représentants légaux manquent de le faire en leur nom.

(30) *Projet de loi instituant les avocats des mineurs*, Doc. parl., Chambre, session 51, 19 décembre 2003, 0644/001.

L'exigence du discernement comme condition de la jouissance du droit à l'audition

dition du discernement. Ce droit est reconnu à tout enfant qui est séparé d'un de ses parents sans autres conditions. Ensuite, *avoir la possibilité de participer aux délibérations et faire connaître leurs vues* est manifestement plus large que *le droit d'exprimer librement son opinion* garanti par l'article 12 de la Convention. En effet, la *participation aux délibérations* suggère que toutes les personnes intéressées soient, pour les questions qui les concernent directement, mises sur pied d'égalité et donc parties à la cause durant l'ensemble des débats. Enfin, la possibilité de recourir à l'audition indirecte est exclue.

Il faut constater qu'en Belgique, malgré que son champ d'application soit plus large, cette disposition n'a été que très peu mobilisée par la jurisprudence et a tout à fait été négligée par le législateur. Alors que, comme on l'a vu, des juges n'ont pas hésité à interpréter l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant de manière extensive pour reconnaître un droit d'action au mineur victime d'abus sexuels ou en matière d'aide à la jeunesse, il semble qu'en matière de séparation parentale, alors qu'une disposition de droit international accorde explicitement aux mineurs le droit d'être partie à la cause, les acteurs du monde judiciaire ne soient pas enclins à le mettre en œuvre. Il serait sans aucun doute intéressant de s'interroger sur les raisons qui expliquent des attitudes si différentes suivant les matières concernées.

Parmi les rares décisions qui ont fait application de l'article 9 de la Convention, on peut relever les arrêts du 28 avril 2000 et du 30 juin 2000 de la Cour d'appel de Liège⁽³¹⁾. Dans ces procédures, les mineurs ne sollicitaient pas leur audition à titre conservatoire mais ils demandaient à participer à l'ensemble des débats sur les chefs de demande pour lesquels ils justifiaient d'un intérêt. La reconnaissance de leur qualité de partie à la cause avait également pour conséquence de leur ouvrir le droit d'introduire un recours contre la décision au fond. Toutefois, ces décisions ont soumis l'intervention des mineurs à deux conditions qui ne sont pas prévues par l'article 9 de la Convention : ils devaient jouir du dis-

cernement et leur intervention dans le litige ne devait pas nuire à leurs intérêts⁽³²⁾. De telles conditions diminuent sensiblement l'effectivité de la reconnaissance du droit garanti par l'article 9 de la Convention puisque celle-ci dépend, en définitive, de l'appréciation discrétionnaire du juge sur le point de savoir si lesdites conditions sont remplies.

B. Les balises juridiques du droit d'être entendu

À partir de l'analyse de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, il se dégage notamment sept éléments qui permettent de cerner la portée juridique du droit de l'enfant d'être entendu.

1. L'exigence du discernement

L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant limite son application aux mineurs doués du *discernement*.

Un des principaux problèmes réside dans le fait que le discernement est une notion qui n'est légalement définie ni par la Convention relative aux droits de l'enfant ni par le droit interne. Il faut donc s'en tenir au sens commun, à savoir l'aptitude d'une personne de porter un jugement sur un objet déterminé. En outre, l'article 12 de la Convention semble indiquer que le discernement ne s'assimile ni à l'âge ni à la maturité de l'enfant puisque l'opinion exprimée par l'enfant doué du discernement lors de son audition doit être appréciée par rapport à ces deux

critères. Cette précision permet d'affirmer qu'au sens de la Convention, le discernement n'exige pas de l'enfant des facultés de jugement sur toute question abstraite qu'il pourrait rencontrer dans son existence ni une pleine maturité, mais seulement une capacité d'exprimer ce qu'il ressent et ce qui le touche à propos de ce qui fait l'objet de l'audition⁽³³⁾. L'enfant serait ainsi doué du discernement chaque fois qu'il est capable de se forger sa propre opinion sur une question concrète qu'il rencontre dans son existence. Par conséquent, il semble incompatible avec le texte de l'article 12 de la Convention de lier de manière uniforme le discernement à un âge déterminé. Au contraire, le discernement apparaît plutôt comme une réalité qui varie d'un enfant à l'autre en fonction de son développement, de son histoire, de sa capacité à appréhender les événements qui le touchent, de la nature et de la gravité de la question posée, etc.⁽³⁴⁾

En introduisant l'exigence du discernement comme condition de la jouissance du droit à l'audition, la Convention fragilise sensiblement l'effectivité de ce droit. En effet, si l'on s'en tient à une conception selon laquelle l'existence du discernement doit être appréciée par l'instance qui va l'entendre, il devient évident que c'est l'appréciation de celle-ci qui détermine l'existence même du droit. Si cette instance juge que l'enfant ne jouit pas du discernement, elle ne le prive pas seulement de l'exercice de son droit, mais de sa jouissance car le droit d'être entendu est, par nature, un droit lié à la personne de l'enfant, son opinion

(31) Liège (jeun.), 28 avril 2000, J.L.M.B., 2000, p. 1087; Liège (jeun.), 30 juin 2000, J.D.J., 2001, obs. F. Druant. La motivation de ces deux décisions est identique. Outre le droit reconnu par l'article 9 de la Convention, la Cour invoque également, à l'appui de sa décision, que «la qualité d'agir requise par l'article 17 du code judiciaire ne peut, en l'espèce, être déniée au mineur, même au-delà de son audition réalisée par le premier juge; si l'audition de l'enfant, autorisée par l'article 931, al. 3 du code judiciaire, ne lui confère pas la qualité de partie à la cause, cela ne lui interdit pas, pour intervenir aux débats en telle qualité, de recourir à d'autres moyens procéduraux, sous réserve d'en respecter les règles de fond et de forme (...) Le principe de l'incapacité du mineur non émancipé d'ester en justice autrement que par son représentant légal est battu en brèche par de multiples dispositions de droit interne, dont le décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse est particulièrement significatif, notamment en son article 37 nouveau».

(32) Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 30 juin 2000, l'intervention était faite par un mineur âgé de 7 ans. N'étant pas suffisamment éclairée sur ces conditions, la Cour a demandé à un expert de préalablement examiner l'enfant pour déterminer si et dans quelle mesure il était doué de discernement et d'indépendance, le véritable objet de l'intervention dans l'esprit du mineur et si l'intervention était susceptible de léser ses intérêts.

(33) M.F. LUCKER-BABEL, «Le droit de l'enfant de s'exprimer et d'être entendu», J.D.J., 1995, n°147, p. 307; Th. MOREAU, «Le rôle de l'avocat de l'enfant dans les procédures liées à la séparation de ses parents» Le divorce : nouvelles procédures (loi du 30 juin 1994), Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1995, p. 229.

(34) M.F. LUCKER-BABEL, «Le droit de l'enfant de s'exprimer et d'être entendu», op. cit., p. 307.

ne pouvant avoir une autre source que lui. Dans ces conditions, l'exigence du discernement fait du droit à l'audition un droit à l'existence aléatoire puisque tributaire de l'appréciation en opportunité et de l'intime conviction de l'instance face à laquelle il est invoqué⁽³⁵⁾.

Le mineur n'est donc pas titulaire d'un droit qu'il peut imposer, et ce d'autant plus que sa capacité de discernement est régulièrement appréciée à travers le prisme de son intérêt. Comme je l'ai souligné ci-dessus, il faut voir là la marque de l'approche protectionnelle. Tout se passe comme si le mineur avait le droit d'exprimer son opinion pour autant que, de l'avis de l'instance qui doit l'entendre, l'exercice de ce droit ne lui nuit pas. En d'autres termes, le mineur qui, aux yeux de l'instance compétente, n'aperçoit pas que la mise en œuvre de son droit lui serait préjudiciable, démontre qu'il n'est pas doué du discernement. Or, une telle conception du discernement peut conduire à une dérive regrettable qui résulte d'une confusion entre le fait de constater que le mineur jouit de la faculté de discerner et la manière dont il l'exerce⁽³⁶⁾. Il faut donc rester vigilant et veiller à ce que l'exigence du discernement reste un instrument au profit de l'enfant et qu'elle ne devienne pas un moyen de limiter inutilement l'exercice de ses droits.

Pour éviter cet écueil, le législateur national peut évidemment prévoir un âge à partir duquel le mineur est présumé avoir le discernement⁽³⁷⁾. Si le droit à l'audition est ainsi garanti pour les mineurs qui ont atteint l'âge fixé, le problème persiste cependant pour les mineurs qui ne l'ont pas atteint. En effet, il ressort de ce qui précède qu'au regard du texte de la Convention, le discernement n'est pas assimilable à un âge prédéterminé. Il existe donc une discrimination à l'égard des mineurs dont l'âge se situe en-dessous de celui retenu par le législateur et qui jouissent malgré tout du discernement. Ils peuvent, bien sûr, demander au juge national de les entendre sur la base de l'article 12 de la Convention qui est une norme supérieure. Mais le seuil d'âge fixé par la loi rend la reconnaissance de leur droit encore plus aléatoire, voire impossible. D'un côté, la loi est perçue comme l'expression de l'in-

térêt de l'enfant. En-dessous de l'âge légal retenu, le mineur est présumé ne pas être apte à apprécier son intérêt et il en est généralement déduit que l'audition ne peut pas lui être favorable. De l'autre, les mineurs les plus jeunes se voient imposer le fardeau le plus lourd puisqu'il leur est demandé de connaître le droit qui leur est garanti et, en outre, de faire concrètement la démonstration que la présomption implicite de la loi n'est pas fondée en ce qui les concerne.

En réalité, il n'y aurait pas beaucoup d'inconvénients de faire convoquer tout enfant, quel que soit son âge, par l'instance de décision de manière à lui permettre de s'exprimer s'il le souhaite. En tout état de cause, sa parole sera reçue par un interprète qui doit l'apprécier, conformément à l'article 12 de la Convention, en tenant compte de l'âge et du degré de maturité de l'enfant. Mais en systématisant la convocation sans la limiter par un seuil d'âge, le pouvoir discrétionnaire d'interprétation de l'autorité ne porte que sur ce qui a été dit et non plus sur le droit de le dire. En outre, comme il reste normalement une trace écrite de la parole qui aura été recueillie, un contrôle de l'interprétation par un autre juge est possible en cas de recours. Il n'en reste toutefois pas moins que, *de facto*, même ainsi limité, ce pouvoir discrétionnaire a tout autant pour effet de faire du droit de l'enfant d'être entendu un droit à exercice aléatoire.

2. Un principe général

L'article 12, § 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que l'enfant a *le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant*. L'article 12, § 2 précise qu'à *cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant*.

L'article 12, § 1^{er} de la Convention énonce un principe général qui doit juridiquement être mis en œuvre dans tous les domaines de la vie de l'enfant. Il peut s'exprimer sur *toute question l'intéressant*. Que faut-il entendre par cette expression ? En comparant le texte de la version française avec le texte anglais qui utilise le terme *affecting*, il est raisonnable d'interpréter ces termes de manière restrictive et de considérer qu'il s'agit des questions qui touchent directement l'enfant. Il faut donc un lien étroit entre l'enfant et la situation faisant l'objet de la procédure⁽³⁸⁾.

L'article 12, § 2 de la Convention n'est qu'une application du principe général aux procédures judiciaires et administratives. Le mineur doit être entendu dans toute procédure l'intéressant. Il est donc nécessaire, dans chaque espèce, de vérifier si l'objet de la procédure constitue, en tout ou en partie, une question qui concerne directement l'enfant. Ainsi, au regard de la jurisprudence et des évolutions législatives, il semble acquis, en droit belge, que les procédures relatives à l'organisation de l'hébergement de l'enfant rentrent dans le champ d'application de cette disposition. De la même manière, toutes les procédures d'aide et de protection de la jeunesse sont généralement considérées comme intéressant directement l'enfant puisqu'il en est toujours l'objet central. Mais qu'en est-il d'autres questions ? La procédure ayant pour objet la contribution alimentaire ou le partage des frais relatifs à son entretien et à son éducation ne concerne-t-elle pas directement l'enfant dans la mesure où son issue aura un impact sur sa situation matérielle ? L'enfant n'est-il pas, parfois, concerné par le partage des biens de ses parents puisqu'elle pourrait avoir pour conséquence qu'il soit privé d'objets qu'il affectionne particulièrement ? L'enfant ne peut-il pas deman-

(35) Dans le même sens, voy. I. THERY, «Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique», *Esprit*, 1992, n° 3-4, p. 17. À titre d'exemple, voy. Liège, 24 juin 1992, J.D.J., 1993, n° 123, p. 53. La Cour refuse la demande d'audition fondée sur l'article 12 de la Convention au motif qu'elle estime que le mineur n'est pas doué du discernement nécessaire.

(36) Pour un bel exemple d'application, mais à propos de l'article 9 de la Convention qui, pourtant, ne prévoit pas la condition de discernement, voy. Liège (jeun.), 30 juin 2000, J.D.J., 2001, n° 205, p. 42.

(37) À titre d'exemple, voy. l'article 56 bis de la loi du 8 avril 1965 et la proposition de loi en discussion au Parlement (voy. supra).

(38) M.F. LUCKER-BABEL, «Le droit de l'enfant de s'exprimer et d'être entendu», op. cit., p. 306.

L'ouverture du droit et du judiciaire au champ des sentiments de l'enfance

der d'être entendu dans la procédure pénale diligentée contre un de ses parents du chef de non présentation d'enfants, spécialement dans les hypothèses où il refuse personnellement de se rendre chez le parent plaignant ? Actuellement, ces questions paraissent trop téméraires aux yeux de la majorité des juges et elles reçoivent généralement une réponse négative. Il n'est toutefois pas exclu que, dans un avenir plus ou moins proche, la réponse à ces questions devienne positive dans la mesure où il paraît difficilement contestable qu'elle rentre dans le champ d'application de l'article 12 de la Convention. Au-delà de la proclamation formelle des principes de droit, il faut du temps pour qu'ils se métabolisent en changement culturel. Il est sans doute nécessaire que les instances compétentes s'affranchissent de la crainte que beaucoup ont encore de la parole de l'enfant et qu'elles découvrent l'utilité et l'apport de celle-ci en vue d'améliorer la qualité de leurs décisions.

3. Les caractéristiques du droit de l'enfant d'être entendu

Comme je l'ai déjà évoqué, sur le plan judiciaire, le droit à l'audition n'est pas assimilable au droit d'action. En effet, le droit à l'audition ne fait pas de l'enfant une partie à la cause, mais seulement un « *informateur* » privilégié, non sur les parties au procès, mais bien sur lui-même, son vécu et ses sentiments. L'audition n'équivaut pas non plus au consentement, car, à l'inverse de ce mécanisme juridique, l'opinion de l'enfant ne peut pas, par elle-même, provoquer un effet juridique tel que mettre fin à une procédure ou rendre impossible un acte juridique.

Pour l'enfant, être entendu est le moyen par lequel il peut s'exprimer sur les sujets et questions qu'il choisit à propos de ce qui fait l'objet de la procédure. En ce sens, l'audition n'est pas une mesure d'instruction. Elle n'a pas pour fonction de permettre à l'instance compétente de soumettre l'enfant à un interrogatoire pour apprendre des informations jusque là inconnues. Ainsi, l'audition directe (l'enfant est entendu par l'instance qui doit prendre la décision) n'est pas une comparution personnelle puisque cette

mesure n'est applicable qu'aux parties à la procédure, ce qui, par hypothèse, n'est pas le cas de l'enfant. L'audition de l'enfant n'est pas non plus un témoignage. Le témoin rapporte ce qu'il a vu ou entendu à propos d'une personne ou d'un événement. Tel n'est absolument pas l'objet de l'audition de l'enfant puisque celui-ci parle de lui et non des autres. Il exprime son opinion et ses sentiments sans souci d'objectivité à propos d'une question qui le touche de près, raison pour laquelle il ne prête pas serment. En outre, contrairement au témoignage, l'audition est un droit dans le chef de l'enfant. C'est la raison pour laquelle il peut, en toute impunité et à l'inverse du témoin, refuser d'être entendu.

L'audition indirecte (l'enfant est entendu par une autre instance que celle qui doit décider) ne peut pas non plus être confondue avec les mesures d'étude sociale et d'expertise. S'il est vrai que ces mesures d'investigation et d'instruction peuvent également impliquer des entretiens avec le mineur, il faut cependant bien les distinguer de l'audition. À l'occasion de ces mesures d'investigation, les propos de l'enfant sont recueillis au moyen d'une méthodologie propre et sont mis en relation avec d'autres éléments que réunit le travailleur social ou l'expert. Ces différents éléments, parmi lesquels la parole de l'enfant, font ensuite l'objet d'une analyse qui implique souvent une relecture ou une traduction des propos de l'enfant. Le rapport qui s'en suit ne reprend pas nécessairement l'intégralité de ce qu'a dit l'enfant ni les termes qu'il a utilisés. À l'inverse, l'objet de la mesure d'audition, même indirecte, est de recueillir la parole « *brute* » de l'enfant sans la soumettre à un décodage. Ce n'est pas à celui qui entend l'enfant, mais uniquement à l'instance de décision, qu'il appartient d'apprécier comment elle prend cette parole en considération. D'ailleurs le fait de procéder à l'audition de l'enfant dans une procédure n'exclut pas le recours à une étude sociale ou à une expertise. Toutes ces mesures sont complémentaires puisqu'elles n'ont pas le même objet. Il faut cependant relever que la frontière entre l'audition et ces deux autres mesures d'investigation n'est pas toujours facile à déterminer dans la pratique,

d'autant plus que, pour procéder à l'audition, les tribunaux désignent régulièrement les mêmes personnes que celles à qui ils confient les mesures d'étude sociale ou d'expertise.

L'audition est seulement une mesure au service de l'enfant. Elle doit lui permettre d'être acteur de son devenir. En effet, il est fréquent que les parties au procès et tous les intervenants judiciaires (juges, parquet, experts,...) fassent référence à la notion d'intérêt de l'enfant pour justifier leur prétention, leur avis ou leur décision. L'audition, en reconnaissant à l'enfant une place comme acteur dans le litige, les contraint à construire leurs appréciations et leurs décisions relatives à l'intérêt de l'enfant à partir du contenu de sa parole, élément dont personne ne peut plus faire fi et à l'égard duquel chaque adulte concerné doit se situer. La reconnaissance du droit à l'audition de l'enfant dans toutes les affaires qui l'intéressent traduit la volonté de ne plus seulement le considérer comme un objet d'éducation et de protection. Elle manifeste l'intention de lui reconnaître sa qualité de sujet pensant et parlant, acteur de sa propre existence. L'enfant est ainsi abordé comme étant le titulaire de droits, dont il n'a pas toujours l'exercice, mais à propos desquels il est capable de dire quelque chose. À travers l'audition, l'objectif n'est pas d'absolument vouloir considérer l'enfant comme un adulte mais, au contraire, de lui permettre de s'exprimer en tant qu'enfant à propos de la manière dont lui, enfant, vit et voit les choses. C'est l'ouverture du droit et du judiciaire au champ des sentiments de l'enfance.

4. Les droits qui découlent du droit de l'enfant d'être entendu

Le droit de l'enfant d'être entendu inclut non seulement son droit de s'exprimer librement sur l'objet d'une procédure qui le concerne directement, mais également le droit d'être écouté ainsi que le droit de voir son opinion prise en considération (voy. *infra*).

En outre, si l'audition est un droit pour l'enfant, il ne s'en déduit pour lui aucune obligation de s'exprimer. Le droit de parler lui confère également le droit de

Le mineur a aussi le droit d'être informé de toute décision relative aux questions sur lesquelles il a été entendu

Colloque

se taire⁽³⁹⁾. Le changement introduit par la Convention relative aux droits de l'enfant, consiste à ne plus pouvoir tenir l'enfant comme un être muet et passif par nature⁽⁴⁰⁾. Il doit pouvoir parler si tel est son désir, mais il n'y est pas contraint.

Enfin, le droit à l'audition suppose la reconnaissance de droits accessoires pour permettre sa mise en œuvre effective, sorte de compléments nécessaires du principe général. Ainsi, pour pouvoir s'exprimer en connaissance de cause, le mineur doit être informé des questions faisant l'objet de l'audition, des conditions de l'audition et ses modalités, et des conséquences éventuelles du fait de s'être exprimé. Le mineur a aussi le droit d'être informé de toute décision relative aux questions sur lesquelles il a été entendu. Le mineur doit également pouvoir être assisté par un avocat ou une personne de son choix. Cette assistance, qui est généralement reconnue à toute personne impliquée dans une procédure judiciaire ou administrative, permet, en outre, de surmonter certaines difficultés liées à son manque d'expérience et à son âge.

Même si elle n'a pas été signée par la Belgique, et même si elle n'est pas exempte de critique, il faut relever que la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996 présente l'avantage de reconnaître ces différents droits comme des facettes du droit à l'audition⁽⁴¹⁾. Ainsi, son article 3 dispose que l'enfant ayant un discernement suffisant *se voit conférer les droits suivants, dont il peut lui-même demander à bénéficier* : a) recevoir toute information pertinente, b) être consulté et exprimer son opinion, c) être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision. En outre, son article 5 invite les États parties à examiner l'opportunité de reconnaître aux enfants le droit de demander à être assistés par une personne appropriée de leur choix afin de les aider à exprimer leur opinion, le droit de demander eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, la désignation d'un représentant distinct, dans les cas appropriés, un avocat et le droit de désigner eux-mêmes leur propre représentant.

5. L'audition directe ou indirecte

L'article 12, § 2 de la Convention garantit à l'enfant *la possibilité d'être entendu (...) soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale*.

Ce texte pose deux questions distinctes. D'une part, qui, de l'enfant ou l'instance qui devra statuer sur la procédure, peut décider que l'audition sera directe ou indirecte ? D'autre part, en cas d'audition indirecte, qui peut choisir l'intermédiaire qui effectuera l'audition ? Ces deux questions sont toutefois liées entre elles par divers aspects, ce qui les rend d'autant plus complexes.

Concernant la première question, l'article 12, § 2 de la Convention n'est pas clair. Les termes *on donnera à l'enfant la possibilité d'être entendu (...) soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié* peuvent s'interpréter de deux manières différentes. Ce texte peut signifier que l'enfant est le seul qui peut choisir de s'exprimer lui-même ou de recourir à un intermédiaire. Dans ce cas, les règles de procédure de droit interne doivent toujours lui garantir la possibilité de s'adresser directement à l'autorité qui doit statuer. Le droit interne ne peut donc pas se limiter à prévoir une audition de l'enfant par un tiers que celui-ci soit désigné par la loi ou par l'instance qui doit décider. Mais l'article 12, § 2 de la Convention peut également s'interpréter dans un autre sens et signifier que le droit à l'audition de l'enfant est suffisamment garanti par une audition indirecte. Dans ce cas, le législateur national peut se

contenter de prévoir uniquement ce type d'audition. Il peut aussi organiser les deux types d'audition, directe et indirecte, en réservant à l'instance compétente le soin de décider celui auquel elle aura recours. Les travaux préparatoires de la Convention révèlent que l'intention de ses auteurs était de s'inscrire dans la ligne de la première interprétation⁽⁴²⁾. Si tel est le cas, les deux seuls domaines que l'article 12 de la Convention réserve aux législateurs nationaux sont les règles de procédure en vertu desquelles l'enfant peut choisir entre l'audition directe ou indirecte et celles fixant les modalités de chaque type d'audition. En 1994, lorsqu'il a modifié l'article 931 du code judiciaire, le législateur s'est toutefois écarté de la volonté des auteurs de la Convention en adoptant un texte qui dispose que *le mineur capable de discernement peut (...) être entendu (...) par le juge ou la personne désignée par ce dernier à cet effet*.

La réponse à la seconde question dépend en partie de la réponse réservée à la première. D'un côté, s'il appartient à l'enfant de décider du caractère direct ou indirect de l'audition, il paraît cohérent de considérer qu'il lui appartient également, en cas d'audition indirecte, de choisir le représentant ou l'organisme qui interviendra⁽⁴³⁾. Celui-ci est alors conçu comme une sorte de mandataire à qui l'enfant fait confiance pour porter sa parole auprès de l'instance qui statuera sur la situation. Ce rôle est régulièrement tenu par les avocats spécialisés dans la défense des mineurs ou par des associations qui assurent la défense des jeunes. Il se conçoit toutefois que le législateur national réserve ce rôle d'intermédiaire à des personnes qui présentent certaines qualités objectives, telles qu'une formation spécialisée ou l'ac-

(39) Pour des applications, voy., par exemple, Gand (jeun.), 17 janv. 1994, J.D.J., 1994, p. 382; Bruxelles, 31 oct. 1994, J.D.J., 1995, p. 189; Voy. également l'article 931, al. 5, du code judiciaire.

(40) M.F. LUCKER-BABEL, «Le droit de l'enfant de s'exprimer et d'être entendu», op. cit., p. 306.

(41) Avec plusieurs auteurs, on peut considérer que, de manière globale, ce texte se situe en recul par rapport à la Convention relative aux droits de l'enfant et à différentes normes de droit interne. D'une part, il s'attache principalement à l'exercice des droits, c'est-à-dire à des questions de procédure, et non aux droits substantiels. D'autre part, il introduit des limites, des compromis et des exceptions non prévus par la Convention relative aux droits de l'enfant, ce qui accentue encore plus la relativité de l'effectivité des droits substantiels qu'elle proclame. À ce propos, voy. notamment M.F. LUCKER-BABEL, «La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants. Un frein à l'écoute de l'enfant», J.D.J., 1996, n° 159, p. 404 et s.; J.P. ROSENCZVEIG, «La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants poursuit sa route», J.D.J., 1994, n° 139, p. 22 et s.; P. HENRY et V. d'HUART, «Droits des jeunes et droits de la défense», Les droits de la défense, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1997, p. 288 et s. Sur cette convention, voy. également S. DEMARS, «La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et la Belgique», Ann. Dr. Louv., 1996/1, p. 39 et s.

L'obligation d'expliquer à l'enfant comment il a été tenu compte de ce qu'il a dit

complissement d'un stage. Mais cela ne doit pas empêcher que le choix *intuiti personae* parmi ces personnes qualifiées continue d'appartenir à l'enfant. D'un autre côté, si l'audition indirecte peut être imposée par l'instance compétente et que seule celle-ci peut choisir l'intermédiaire, le risque devient grand de confondre l'audition avec d'autres formes d'investigations, telles l'expertise ou l'enquête sociale (voy. *supra*). En outre, le refus de laisser l'enfant choisir l'intermédiaire se présente, en fait, comme une atteinte à son droit de s'exprimer librement. En effet, le caractère indirect de l'audition impose que l'enfant ait confiance dans le tiers, qu'il ait le sentiment d'être compris correctement et qu'il soit rassuré quant au fait que l'intermédiaire rapportera fidèlement ses propos à l'instance de décision. L'expérience de la pratique démontre que le simple fait que le tiers lui est imposé peut amener l'enfant à douter de lui et, ainsi, ne pas oser se confier. Par conséquent, même dans l'hypothèse où l'audition indirecte peut être décidée par l'instance de décision, il serait sans doute plus conforme à l'esprit de la Convention de prévoir que l'enfant ait le choix de l'intermédiaire. Ce n'est que dans le cas où il ne fait pas choix d'un représentant qu'il pourrait alors lui en être désigné un.

6. L'expression libre de l'opinion

L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que l'enfant a le droit d'exprimer librement son opinion.

Cette exigence a pour corollaire dans le chef des instances compétentes l'obligation de prévoir des modalités d'audition la rendant possible, notamment quant au lieu d'écoute, aux techniques utilisées et aux garanties de compétence et d'éthique professionnelle⁽⁴²⁾. La liberté d'expression doit être garantie à l'enfant tant à l'égard de l'instance face à laquelle il s'exprime qu'à l'égard des tiers.

La liberté d'opinion de l'enfant pose notamment la question de l'influence négative de ses proches tantôt qualifiée de conflit de loyauté tantôt de manipulation. Rend-elle impossible la libre expression du mineur ou, au contraire, est-ce un des éléments que l'enfant doit pou-

voir exprimer «librement» à travers ses propos ?

Il est évident que l'enfant est, par nature, influençable. À défaut, il n'y aurait d'ailleurs aucune éducation et transmission possible. Mais sa nature influençable est également une des principales raisons qui justifient qu'il fasse l'objet d'une protection particulière. Ce souci de protection peut-il justifier que l'enfant soit privé de son droit de se faire entendre au motif qu'il répercute une manipulation dont il serait l'objet ?

Il est un fait que lorsqu'un enfant parle de lui, il exprime forcément quelque chose des influences, tant positives que négatives, qu'il subit. Un enfant sous influence témoigne donc, souvent sans le vouloir, de la manipulation dont il est l'objet. En pratique, certains considèrent que celle-ci démontre que le mineur n'est pas doué du discernement. Dans la mesure où un enfant est toujours, pour partie, le fruit d'influences que des adultes ont sur lui sans qu'il en ait pour autant conscience, cet argument paraît toutefois peu pertinent pour décider qu'il est ou non doué du discernement. D'autres estiment que le droit de l'enfant d'être entendu doit lui être refusé au nom de son intérêt supérieur. Cependant, l'article 12 de la Convention ne prévoit pas formellement que l'audition puisse être refusée à l'enfant, même au nom de son intérêt. Au contraire, dans l'esprit de la Convention, l'écoute de l'enfant est un élément essentiel pour déterminer son intérêt. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que le refus d'audition ne pro-

tège en rien l'enfant contre ces influences dont il continue à faire l'objet.

Si la manipulation du mineur par des tiers ou un conflit de loyauté ne peuvent, en eux-mêmes, justifier le refus d'entendre l'enfant, ils peuvent, par contre, être pris en considération dans l'appréciation qui est faite de la parole de l'enfant.

7. Le droit à une écoute compétente et le droit à une réponse

Au droit de l'enfant de faire connaître son opinion correspond une obligation dans le chef des instances concernées non seulement de l'écouter, mais de l'écouter avec compétence, et, également, de lui répondre⁽⁴⁵⁾.

D'une part, l'obligation de prendre l'opinion de l'enfant en considération exclut des attitudes tranchées qui consisteraient soit à toujours décider dans le sens de l'enfant, soit, au contraire, à ne jamais tenir compte de son point de vue. Celui qui écoute la parole de l'enfant doit le faire en lui accordant le poids qu'elle mérite à la fois au regard de la question qui fait l'objet de la procédure (plus l'objet est proche et lourd de conséquence pour l'enfant, plus son opinion doit être prise en considération) et en fonction de son évolution et de sa croissance (plus l'enfant grandit et mûrit, plus il est apte à assumer les conséquences de ses choix⁽⁴⁶⁾).

D'autre part, l'obligation de prendre l'opinion de l'enfant en considération comprend aussi l'obligation d'expliquer à l'enfant comment il a été tenu compte de ce

(42) Ch. DETRICK, J. DOEK, et N. CANDWELL, *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the «Travaux préparatoires»*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 224-229, et plus particulièrement les n° 235, 247 et 250; Voir également Th. MOREAU, «Le rôle de l'avocat de l'enfant dans les procédures liées à la séparation de ses parents», op. cit. p. 216.

(43) C'est également dans ce sens que se situe la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (art. 4 et 5).

(44) M.F. LUCKER-BABEL, «Le droit de l'enfant de s'exprimer et d'être entendu», op. cit., p. 308.

(45) À ce sujet, voir Th. MOREAU, «Le rôle de l'avocat de l'enfant dans les procédures liées à la séparation de ses parents», op. cit. p. 234; L. PARISEL, «Témoignage du psychanalyste en matière d'audition d'enfants», Le divorce : nouvelles procédures (loi du 30 juin 1994), Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1995, pp. 243-248. I. RAVIER, «L'audition en justice de l'enfant «partagé»», J.D.J., 1997, pp.152-154.

(46) C'est notamment la logique que développe l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 1121 (90) lorsqu'elle dispose que «les pouvoirs des parents et l'autorité d'autres adultes sur les enfants découlent d'un devoir de protection et ne doivent exister que dans la mesure où ils sont nécessaires à la protection de la personne et des biens de l'enfant (...) Ces pouvoirs diminuent à mesure que l'enfant mûrit et que l'enfant devient ensuite capable d'exercer un nombre croissant de droits». En ce sens, voy. également l'article 5 de la Convention des droits de l'enfant qui relève qu'il convient d'appréhender l'enfant d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

qu'il a dit et pourquoi la décision a ou non été prise dans le sens qu'il souhaitait. Cette réponse peut notamment se faire par le biais de la motivation de la décision.

C. Un droit spécifique de l'enfant

Sur le plan judiciaire, le droit d'être entendu sur toute question l'intéressant est un droit spécifique au mineur. Il n'existe pas de droit équivalent pour le majeur.

Ce droit spécifique correspond au statut juridique particulier du mineur, ce qui explique sans doute la reconnaissance fort large qui a été la sienne. Il rend compte de la tension entre l'enfant *même* et *autre* que l'adulte et il permet ainsi de s'affranchir du modèle du code civil. À l'inverse de ce modèle qui n'accordait aucune place sur la scène judiciaire au mineur, le droit d'être entendu lui ouvre la porte du prétoire.

Toutefois, le mineur se voit reconnaître une place différente de celle occupée par les parties à la procédure. Elle se situe en tension entre deux pôles. Le premier est une approche émancipatoire de l'enfant. Il lui est reconnu, à l'instar de l'adulte, la qualité d'être pensant et parlant, autrement dit, une subjectivité propre. En élevant la possibilité pour l'enfant de donner son opinion au rang de droit subjectif, la Convention relative aux droits de l'enfant garantit le principe de l'égalité juridique formelle. Le mineur comme le majeur peut s'exprimer sur la scène judiciaire. Il ne s'agit plus d'une faveur laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'instance de décision. Le second pôle est le maintien de l'approche protectrice à travers la condition d'accès que constitue le discernement et l'appréciation que l'instance de décision doit faire de l'opinion de l'enfant en fonction de son âge et de son degré de maturité.

Sur le plan procédural, le mineur occupe donc une place qui correspond à sa spécificité. D'un côté, comme le majeur, il peut dire ce qu'il pense sur la question qui le concerne dans le litige. De l'autre, il n'est pas une des parties en litige, ce qui, sur le plan juridique, constitue une protection. En outre, même s'il s'agit parfois d'une fiction, ses intérêts sont sensés ne pas pouvoir être mis en péril puisque, par principe, la décision doit

être prise en respectant le critère de l'intérêt du mineur. Enfin, comme on le verra ci-après, l'enfant ne supporte pas la responsabilité de ses propos.

Il est fort probable que, si le droit garanti par l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant n'a pas connu un développement comparable à celui garanti par l'article 12, l'explication réside dans le fait que l'article 9 fait de l'enfant une partie à la cause dans les procédures qui ont pour objet sa séparation d'avec ses parents. Dans ce cas, la dimension protectrice peut apparaître, à première vue, moins bien garantie puisque, notamment, l'instance de décision ne peut plus recourir aux instruments de contrôle que constituent l'exigence du discernement et l'appréciation discrétionnaire de l'opinion de l'enfant. Cette perte de maîtrise du sort de l'enfant semble inquiéter. Est-ce toutefois justifié ? Existe-t-il une réelle raison de se méfier d'un mode de règlement des litiges concernant l'enfant qui respecte ses droits ? N'est-ce pas plutôt le changement de mentalité que suppose cette approche et les responsabilités nouvelles qu'il implique qui font peur ? Il est sans doute temps de se mettre à réfléchir aux moyens d'assurer la spécificité des places de chacun dans un débat relatif aux séparations familiales où tant les parents que les enfants seraient parties à la procédure. Tel est déjà le cas dans les procédures protectionnelles lorsqu'il est question de séparer un enfant de ses parents par une mesure de placement, et personne ne s'en plaint. Or, il n'y a finalement pas de différences essentielles entre cette situation et celle du choix des modalités d'hébergement en cas de séparation parentale ⁽⁴⁷⁾.

III. Quelques réflexions critiques

L'analyse qui précède m'inspire quatre réflexions autour du droit de l'enfant d'être entendu.

1. À propos de la place de l'enfant dans la famille et la cité

Au XX^{ème} siècle, on est passé d'une famille dont tous les membres étaient placés sous l'autorité du père, à l'ère de la démocratie familiale. La femme mariée a acquis la capacité juridique. La mère est devenue l'égale du père. La fonction parentale qui s'exerçait comme un pouvoir totalitaire a dû ensuite s'exercer sous le mode de la concurrence avant de s'exercer aujourd'hui de manière conjointe. L'enfant qui était soumis à la puissance de son père puis à l'autorité de ses parents s'est vu reconnaître des droits. Ce n'est donc plus le pouvoir et la force mais le respect mutuel et le dialogue qui président aux décisions familiales ⁽⁴⁸⁾.

La reconnaissance du droit de l'enfant à la parole a joué un rôle essentiel dans cette transformation car donner le droit de se faire entendre, c'est permettre le débat qui, lui-même, est le fondement de la démocratie.

Par la force des choses, cette nouvelle organisation de la famille impose de nouvelles compétences parentales. La modification de l'assignation des places pose en des termes inédits la question de la transmission des repères, des limites, des références. Les parents sont juridiquement confrontés à un défi nouveau : comment exercer démocratiquement l'autorité parentale ?

La même question se pose sur le plan social. Si l'intégration comprend une dimension d'assujettissement du mineur à ce qui le précède et le dépasse, elle est également porteuse d'une dimension d'émancipation, d'indépendance et de participation. Toutefois, celle-ci est peu présente dans le dispositif juridique actuel et, à la différence du majeur, le mineur ne se voit offrir que peu de possibilités de faire connaître sa voix sur ce qui fait sens pour lui. Les mineurs n'ont quasiment pas de lieu de participation à

(47) Au contraire, il n'est pas rare que des procédures protectionnelles aient pour objet les modalités d'hébergement de l'enfant chez ses deux parents lorsque, compte tenu du caractère aigu du litige, les décisions des juridictions civiles ne sont baffouées.

(48) À cet égard, la nouvelle formulation de l'article 371 du code civil, introduite lors de la réforme de l'autorité parentale par la loi du 13 avril 1995 sur la coparentalité, est particulièrement significative. Cet article qui prévoyait antérieurement que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » dispose, aujourd'hui, que « l'enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect ».

Le droit de l'enfant d'être entendu entretient des rapports paradoxaux avec la question de la responsabilité

la citoyenneté et ils sont donc contraints de s'exprimer par des actes, des attitudes, des manières d'être et de vivre, etc. Le défi pour l'avenir est de trouver comment permettre aux enfants de participer, dans le respect de leurs spécificités, à la vie sociale, économique et institutionnelle. À défaut, le droit de l'enfant à la parole sonnera creux. La société ne peut pas ignorer que c'est elle qui confère des droits à l'enfant. Pour que ceux-ci soient effectifs, ils doivent s'accompagner de politiques sociales et économiques bien concrètes favorisant leur mise en œuvre. Il ne suffit pas de proclamer des paroles sublimes, il faut passer à l'action crédible. Et sur ce point, il reste du chemin à faire.

2. L'opinion de l'enfant et sa responsabilité

Le droit de l'enfant d'être entendu entretient des rapports paradoxaux avec la question de la responsabilité.

D'une part, l'enfant ne semble encourir aucune responsabilité quant aux propos qu'il tient à l'instance qui l'entend. Ainsi, lorsqu'en matière de séparation parentale, l'enfant est l'auteur d'une fausse allégation d'abus sexuel, il ne doit nullement en rendre compte si celle-ci est découverte. Au contraire, il est fréquent qu'il continue, malgré tout, à être tenu pour un mineur en danger, le danger ayant toutefois changé de nature. Dans un premier temps, le danger était la situation d'abus sexuel. Par la suite, le signe du danger est le fait pour le mineur d'avoir soutenu une fausse accusation contre son parent.

D'autre part, la possibilité pour l'enfant d'exprimer son opinion peut être la source, pour lui, d'une responsabilité trop lourde à porter. En effet, si l'instance de décision s'aligne systématiquement sur la parole de l'enfant et qu'elle considère que cette parole est, en définitive, l'expression de l'intérêt du mineur, elle assigne alors à l'enfant une place qui n'est pas la sienne. Il devient l'auteur de la solution que les adultes ne veulent ou ne peuvent plus élaborer. Une telle responsabilité n'appartient toutefois pas à l'enfant.

À cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en

matière de placement en famille d'accueil interpelle et mérite qu'on s'y attarde quelque peu pour tenter d'en dégager la juste portée.

Dans différents arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme ne tient pas l'opinion de l'enfant comme un élément d'appréciation de l'intérêt du mineur parmi d'autres, mais comme l'élément déterminant. Dans certains cas, elle identifie même l'intérêt du mineur à l'opinion de l'enfant⁽⁴⁹⁾. Ainsi, dans son arrêt *Hokkanen c. Finlande*, alors que l'enfant était âgé de 10 ans, la Cour européenne des droits de l'homme constate que la Cour d'appel d'Helsinki *est parvenue à la conclusion que l'enfant était devenue suffisamment mûre pour que l'on tînt compte de son avis et qu'il ne fallait dès lors pas autoriser des visites contre son gré*⁽⁵⁰⁾. Elle n'aperçoit aucune raison de mettre cette opinion en doute et, par voie de conséquence, considère qu'il n'y a pas de violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à partir du moment où l'enfant a exprimé expressément ne pas vouloir de rencontre avec son père biologique⁽⁵¹⁾. Dans son arrêt *Bronda c. Italie*, la Cour décide que *bien qu'il faille ménager un juste équilibre entre l'intérêt de S. à demeurer placée et ceux de sa famille naturelle à vivre avec elle, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, aujourd'hui âgée de quatorze ans, a toujours manifesté fermement sa volonté de ne pas quitter la famille d'accueil. En*

l'occurrence, l'intérêt de S. l'emporte sur celui de ses grands-parents⁽⁵²⁾. Dans son arrêt *Gnahoré c. France*, la Cour souligne également que les autorités ont pris soin de s'enquérir de l'avis de l'enfant avant de prendre des mesures visant à restreindre, puis supprimer, les contacts avec son père⁽⁵³⁾. Dans sa décision *Gianoneli c. Italie*, la Cour déclare qu'il n'y a ni violation de l'article 6 ni violation de l'article 8 de la Convention dans une situation où une enfant âgée de 13 ans refuse de résider chez sa mère biologique en application d'une décision de justice, préférant continuer d'habiter chez sa mère nourricière⁽⁵⁴⁾.

La position adoptée par la Cour européenne dans ces arrêts semble, à première vue, s'écarter du principe selon lequel il n'appartient pas à l'enfant de décider des conditions de son éducation et de porter le poids de la décision qu'il appartient aux adultes de prendre. Mais il faut toutefois prendre en considération que ces arrêts ont été rendus à propos de situations extrêmes caractérisées par des violations répétées de la Convention. En effet, il s'agit de placements où, pendant de longues périodes, les enfants n'ont plus eu de contacts avec leur famille d'origine alors qu'en vertu de l'article 8 de la Convention, une telle mesure doit être un moyen de dernier recours et le plus temporaire possible durant lequel tout doit être mis en œuvre pour maintenir une relation épanouissante entre l'enfant et ses parents. La Cour est sensible au fait qu'en définitive, c'est le mi-

(49) On retrouve également une trace de cette tendance dans l'opinion dissidente du Juge Maruste dans l'arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* : « Là où les intérêts des parents sont en conflit, l'opinion et les préférences des enfants doivent être véritablement entendues et prises en considération dans les procédures et lors de l'adoption de décisions les concernant » (*Cour eur. D.H.*, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*).

(50) *Cour eur. D.H.*, 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, § 61. Cette affaire concernait un père qui, suite au décès de la mère, avait confié sa fille en bas âge aux grands-parents maternels. Lorsqu'il a demandé à récupérer sa fille, ceux-ci s'y sont opposés. Le père a obtenu plusieurs décisions de justice qui ordonnaient que sa fille lui soit confiée, mais les grands-parents ont refusé de les exécuter, allant jusqu'à s'enfuir avec l'enfant. Finalement, après avoir entendu l'enfant, la Cour d'appel d'Helsinki a donné raison aux grands-parents maternels. Voy. également notamment U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 118 et les décisions de la Commission qui sont citées dans lesquelles l'opinion de l'enfant est déterminante.

(51) Dans le même sens, la Commission a déclaré irrecevable la requête d'un père qui se plaignait de la décision judiciaire qui mettait un terme aux contacts avec sa fille, née après la séparation des parents, qui avait manifesté le désir de ne plus le voir et qui avait été jugée suffisamment mûre par le tribunal pour qu'il suive son opinion. (*Comm. eur. D.H.*, 17 janvier 1997, n° 28625/95, citée par M. BUQUICCHIO-DE BOER, « Les droits de l'enfant dans le cadre de la C.E.D.H., vus dans la perspective de la Convention des Nations unies », J.D.J., 1998, n° 174, p. 14).

(52) *Cour eur. D.H.*, 9 juin 1998, *Bronda c. Italie*, § 62.

(53) *Cour eur. D.H.*, 19 septembre 2000, *Gnahoré c. France*, § 61 et 63.

(54) *Cour eur. D.H.*, 29 août 2002, *Gianolini c. Italie*, décision sur la recevabilité.

neur, et non les experts, les travailleurs sociaux et les décideurs professionnels, qui porte au quotidien le poids de la décision qui sera prise. Pour cette raison, elle semble d'avis que s'aligner sur la demande de l'enfant est la moins mauvaise solution lorsque la situation est la conséquence des manquements des instances qui avaient, pourtant, pour mission de le protéger et de faire respecter ses droits fondamentaux. Mais ce faisant, il ne faut toutefois pas occulter que l'opinion du mineur est le paravent qui masque les violations du droit à la vie familiale commises antérieurement par les autorités durant le placement⁽⁵⁵⁾. En effet, la parole de l'enfant ne peut pas être dégagée du contexte dans lequel elle est émise. Dans les situations examinées par la Cour, elle constitue le fruit logique du processus de rupture qui s'est mis en place et non une opinion libre et vierge de toute influence. Par conséquent, le fait pour la Cour de s'aligner sur l'opinion de l'enfant confirme qu'en cas de violation de son droit à la vie familiale, quand le mal est fait, il n'y a généralement plus moyen de revenir en arrière ou de réparer le dommage⁽⁵⁶⁾. La Cour semble alors privilégier la parole de l'enfant comme s'il s'agissait du meilleur moyen de l'aider dans la situation qu'il connaît. Elle accepte qu'il demande le maintien de la rupture pour d'autres raisons que celles qui ont conduit au placement. Dans une logique tout à fait compréhensible, placé en famille d'accueil, il n'est pas rare que l'enfant cherche à ne pas perdre la proie pour l'ombre et qu'il préfère rester dans la famille d'accueil qu'il connaît et dans laquelle il se sent bien plutôt que d'envisager son avenir avec ses parents d'origine qu'il ne connaît pas ou très peu dans des conditions incertaines.

3. Le risque d'une extension du contrôle social des familles

L'histoire du droit de la jeunesse enseigne que, pour pénétrer dans la famille, qui jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle était un sanctuaire inviolable, l'État a individualisé l'enfant par rapport à ses parents. En reconnaissant à l'enfant le statut de personne ayant des besoins propres, il

s'est arrogé le droit de mettre sous tutelle ou d'écarter les parents qui les éduquaient mal.

La reconnaissance des droits de l'enfant, et notamment le droit d'exprimer son opinion à toute instance qui doit prendre une décision le concernant, renforce le respect de la subjectivité de l'enfant. Mais cette individualisation accrue de l'enfant ne va-t-elle pas permettre à l'État de contrôler encore plus la famille ? I. Théry pose d'ailleurs l'hypothèse que les droits de l'enfant ne sont «rien d'autre que le cheval de Troie d'une incroyable immixtion de l'État dans les familles et la vie privée» et l'instrument d'un «paternalisme d'État»⁽⁵⁷⁾. Là où, précédemment la puissance publique ne pouvait pénétrer dans la famille, au nom de l'intérêt du mineur, que lorsque ce dernier était en danger, aujourd'hui, elle est amenée à connaître des relations familiales dès qu'il existe un conflit de droits ou une difficulté dans leur mise en œuvre⁽⁵⁸⁾.

La possibilité ainsi accrue pour la puissance publique de s'introduire au sein de la famille souligne la tension dialectique qui est au cœur de la fonction parentale : d'un côté la liberté des parents dans l'éducation de leurs enfants; de l'autre, l'obligation de respecter la subjectivité des enfants. En d'autres termes, le contrôle des parents par la puissance publique devrait avoir pour objet d'éviter que l'exercice de leur liberté éducative ne porte atteinte à la subjectivité de leurs enfants. Si, juridiquement, la règle est la liberté éducative des parents et l'exception l'intervention étatique, un des risques du modèle des droits de l'enfant est de voir, en réalité, le principe s'inverser et ainsi de réduire sensiblement la liberté des parents. En effet, la reconnaissance des droits de l'enfant

multiplie les occasions pour l'État d'intervenir dans la famille puisque la violation de chaque droit peut s'interpréter comme une atteinte à la subjectivité de l'enfant.

Pour éviter une telle dérive, il est urgent de repenser la fonction parentale et les repères qui déterminent le champ de la liberté éducative. Mais tout dépendra également du soutien et des initiatives concrètes dont bénéficieront les parents pour mettre en œuvre, par eux-mêmes, leurs responsabilités éducatives. Un juste respect des droits et de la personne de l'enfant passe par le renforcement et le développement de politiques sociales dont l'objet est d'améliorer la situation des parents et le dispositif institutionnel qui collabore à leur fonction éducative (lieux spécifiques d'assistance, de soutien et de réflexion par rapport à la parentalité, écoles, crèches, services de première ligne, maisons de jeunes, clubs de sports et de loisirs, lieux de formation culturelle, philosophique et religieuse, etc.). À défaut, ils ne seront pas en mesure de tenir leur place de manière crédible et de soutenir le débat que suppose la reconnaissance de droits dans le chef de l'enfant.

4. Une obligation renforcée pour les adultes de tenir leur place

Le droit de l'enfant de pouvoir faire connaître son opinion consacre une obligation dans le chef des adultes concernés de rentrer en dialogue avec lui. Mais il importe d'observer que ce dialogue ne délie pas ces adultes de leur obligation de conserver leur place. Ils doivent continuer d'assumer leurs responsabilités, ce qui a plusieurs conséquences.

(55) À cet égard, voy. l'opinion dissidente du Juge de Meyer à l'arrêt Hokkanen c. Finlande.

(56) Ces difficultés sont relevées par la Juge Tulkens dans son opinion dissidente à l'arrêt Gnahoré c. France : «Le fait que le fils du requérant était fortement troublé à l'idée de rencontrer son père et était même, en 1993, opposé à le rencontrer peut certes être un élément important. Il ne nous paraît cependant pas suffisant en lui-même pour justifier le maintien de l'absence de contact car, éloigné progressivement de sa famille d'origine, on peut comprendre que l'enfant développe des stratégies adaptées à son nouveau milieu de vie. En outre, une telle situation a peut-être mis la famille d'accueil, où l'enfant a été placé, dans une situation délicate. En effet, dans la logique du placement familial, la famille d'accueil n'est pas une famille de substitution mais plutôt une famille-relais, une famille-auxiliaire. Le maintien de liens de l'enfant avec la famille d'origine fait donc partie intégrante de cette forme de placement qui doit gérer une relation triangulaire entre l'enfant et ses deux familles, avec des droits égaux pour tous. Briser ces liens peut représenter, pour l'enfant, une forme de *maltraitance sociale*» (Cour eur. D.H., 19 septembre 2000, Gnahoré c. France, opinion dissidente du Juge Françoise Tulkens à laquelle se rallie le Juge Loukis Loucaides).

(57) I. THERY, Le démantèlement, Paris, Éd. Odile Jacob, 1993, p. 364.

L'engagement des aînés est la condition de l'engagement du jeune

Tout d'abord, il leur appartient de rendre le dialogue possible. Comme les droits sont conférés aux enfants par le monde des adultes, ceux-ci ont l'obligation de les rendre compréhensibles et accessibles aux jeunes. Ainsi, il est notamment nécessaire qu'ils se mettent au niveau de l'enfant lorsqu'ils l'entendent sans le traiter comme un mini adulte. À cette fin, ils ont l'obligation de se former et d'utiliser les outils adéquats (techniques d'entretien, supervision, etc.).

Ensuite, même si l'enfant peut exprimer son opinion, il appartient aux adultes de décider. Faire de l'opinion de l'enfant la solution du litige revient, comme on l'a vu, à faire de l'enfant l'auteur d'une décision que les adultes n'ont pas su ou n'ont pas voulu prendre. Cette démission des adultes n'est pas compatible avec la place que l'enfant occupe dans le champ juridique et reviendrait à lui faire tenir un rôle qui n'est pas le sien. D'objet ou d'enjeu du litige, il deviendrait la source de la solution. En réalité, la seule finalité de l'obligation d'entendre l'enfant est de rendre impossible l'élaboration d'une décision qui le concerne sans prendre en considération ce qu'il en pense. Mais l'écoute de l'enfant ne peut pas avoir pour effet de déplacer les responsabilités. Au contraire, prendre la parole de l'enfant au sérieux contraint tous les adultes concernés par le litige (parties, procureur, juge) à assumer, avec encore plus de force, la place et les responsabilités qui sont les leurs à l'égard de l'enfant. À défaut, le dialogue qu'introduit l'audition de l'enfant risque de n'être pas significatif pour celui-ci.

Enfin, il faut éviter que les droits de l'enfant ne deviennent un moyen pour l'État de se désengager. Il ne suffit pas de proclamer formellement que l'enfant a un droit à la parole. Il faut que ce droit soit effectif, ce qui signifie notamment, dans le chef de la puissance publique, une obligation de se donner les moyens de recueillir la parole de l'enfant dans les meilleures conditions en investissant dans les méthodes de recueil et d'interprétation de cette parole. Mais il faut également éviter une autre forme de désengagement de l'État qui consisterait à déduire du fait que l'enfant a le droit à la parole la conséquence qu'il a une capa-

cité plus grande que ce qu'elle n'est en l'assimilant quasi à un adulte et en diminuant d'autant l'investissement dans les politiques de soutien à la jeunesse.

Conclusion

Le droit renvoie au mineur une image de lui-même qui est morcelée : tantôt incapable, faible, en créance de protection et d'intégration, tantôt débiteur de responsabilité, capable et fort, voire menaçant. Seule la relation avec un adulte responsable, qui tient sa place, peut lui faire saisir progressivement la cohérence qui réside dans la tension entre ces deux pôles. La reconnaissance des droits de l'enfant intervenue dans le dernier quart du XX^{ème} siècle fait de cette attitude une obligation juridique dans le chef des adultes. Ils sont sommés de témoigner de cette cohérence en respectant les particularités de l'enfant au nom du principe d'égalité qui les unit.

Le droit du mineur d'être entendu constitue une des formes que prend cette nouvelle obligation. Comme tout être humain l'enfant est un être parlant. Il doit donc pouvoir s'exprimer dans tous les litiges qui le concernent. Mais, en parlant, il exprime ce qu'il est, c'est-à-dire un être qui n'est pas un adulte. Dans cette expérience qui consiste à parler à l'occasion d'un litige d'adultes, il ne peut pas être tenu pour autre que ce qu'il est. Lui imposer de se taire reviendrait à nier sa qualité d'humain. En outre, ce serait lui refuser la possibilité d'apprendre à investir sa parole, à en mesurer le poids. Accorder nécessairement à sa parole le même statut que celle des majeurs reviendrait à le traiter comme l'adulte qu'il n'est pas. Les conditions légales de mise en œuvre du droit à l'audition qui ont été analysées ont pour finalité de réaliser ce délicat équilibre. Comme on l'a vu, ces différentes techniques juridiques ne sont toutefois pas parfaites et elles requièrent une vigilance toute particulière de la part de ceux qui les mettent en œuvre pour éviter des dérives malencontreuses.

Enfin, la reconnaissance du droit de l'enfant de pouvoir s'exprimer contraint de

repenser sa place au sein de notre société. Il est un fait qu'aujourd'hui l'image de l'enfant innocent et incapable est une fiction qui ne tient quasi plus. De plus en plus tôt, l'enfant est un acteur décisif de son existence. Il doit, dans différents domaines de sa vie, faire des choix, prendre des options, conclure des contrats, tenir des engagements, vivre des deuils, etc. pour s'intégrer dans le monde qui est le sien. Malgré le soutien qui peut lui être apporté, il assume une part de sa protection. En d'autres termes, il doit aussi compter sur lui-même pour faire son trou et améliorer sa situation. Mais, même si tout cela lui est demandé – et surtout parce que tout cela lui est demandé –, il ne peut pas être livré à lui-même. D'une part, il faut prendre en considération les conditions d'existence concrètes qui sont les siennes et les difficultés et les injustices sociales dont il peut être l'objet. D'autre part, pour apprendre à assumer ce rôle d'acteur, pour se responsabiliser, il doit pouvoir s'appuyer sur des initiateurs dont la fonction est de l'aider à assumer les expériences humaines qui s'abattent sur lui, qui le dépassent et qui, avec le soutien de ceux-ci, vont le transformer et l'amener à tenir une place différente au sein du groupe. L'engagement des aînés est la condition de l'engagement du jeune. Ils lui transmettent la logique du monde qui le précède en manière telle qu'il pourra se structurer et s'épanouir par rapport à cet impératif.

Le droit du mineur d'être entendu est une condition nécessaire mais pas suffisante. Comme on l'a vu, il suppose en outre un engagement des adultes dans différents domaines. Il est aussi une invitation qui leur est faite d'être attentifs au vécu qui sous-tend la parole de l'enfant. Ils ont la responsabilité d'en chercher le sens profond par delà les mots pour permettre à l'enfant de se dire et de se découvrir.