

Le droit de l'enfant d'être entendu par le juge : entre murmures et tumultes

Le 28 mars 2024 a été promulguée une loi « portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses *lbis* ». Au terme d'un processus législatif particulièrement rapide, elle modifie sensiblement l'étendue, les modalités et les effets de l'audition de l'enfant visée aux articles 1004/1 et suivants du Code judiciaire.

Comme son intitulé l'indique, la loi du 28 mars 2024¹ vise *a priori* à apporter une série de modifications de nature à favoriser la numérisation de la justice. Elle concerne par conséquent divers aspects du droit : du droit collaboratif au contentieux, du droit civil au pénal en passant par le droit fiscal ou notarial, l'objectif est de poursuivre la transition d'un monde judiciaire qui change. Cependant, cette nouvelle loi « Pot-pourri » ne s'est pas cantonnée à une digitalisation de la justice, puisqu'elle a modifié les procédures qui affectent les plus jeunes acteurs du droit : les enfants². Outre la nouvelle obligation d'insérer dans les accords qui concernent un enfant mineur la mention expresse de la manière dont l'intérêt de celui-ci a été pris en compte³, elle réforme de manière substantielle la procédure de l'audition de l'enfant telle qu'organisée aux articles 1004/1 et suivants du Code judiciaire. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant et si possible de son opinion au sein du processus décisionnel permet de l'inscrire dans une relation triangulaire, si ce n'est tripartite⁴, qui se crée lorsque la famille rencontre le juge. Ainsi, à compter de l'instant où les enfants ont des droits, les procédures doivent composer avec ceux-ci, en ce qu'elles doivent permettre de prendre en considération leur intérêt et de leur donner l'occasion de s'exprimer. La modernisation digitale que poursuit la loi du 28 mars 2024 se veut donc être aussi une modernisation procédurale.

Le droit du mineur de s'exprimer devant le juge familial est déjà encadré par la loi depuis près de vingt ans. Emboîtant le pas de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁵, la loi du 30 juin 1994⁶ a reconnu, non sans lacunes, le droit fondamental de l'enfant d'être entendu⁷ par le juge⁸. Plus tard, la loi portant création d'un tri-

bunal de la famille et de la jeunesse⁹ a déplacé la disposition de l'article 931 aux articles 1004/1 et suivants du Code judiciaire, tout en précisant les contours et les modalités de ce droit de l'enfant. Face à certaines critiques émaillant ce processus de l'audition de l'enfant, le ministre de la Justice¹⁰ a créé dès le mois de juillet 2022 un groupe de travail composé de professionnels du monde judiciaire et d'académiques. Trois thèmes principaux y ont été abordés : le champ d'application du droit d'être entendu, les modalités de l'audition et ses conséquences. Les recommandations qui en ont résulté ont inspiré le législateur dans l'élaboration du projet de loi déposé en fin d'année 2023¹¹.

La loi du 28 mars 2024 se veut dès lors une mise à jour de la procédure d'audition de l'enfant¹². Elle vise à répondre aux critiques qui ont pu être émises à son égard et s'inspire de récentes études, notamment flamandes¹³. Par la présente contribution, nous présenterons comment elle entend réformer substantiellement le champ *ratione materiae* et *personae* et cherche à faciliter l'accès au juge pour les mineurs concernés par un contentieux. Nous exposerons également les différentes modifications relatives à la procédure dans la période pré-audition, notamment celles relatives à l'information de l'enfant de son droit. Enfin, nous aborderons les modalités pratiques touchant à la procédure d'entretien en tant que telle. Nous le verrons, certaines modifications restent légères, faute de moyens suffisants pour les contenir, tandis que d'autres risquent de faire grand bruit. De même, certaines mesures prévisiblement tumultueuses risquent d'affecter l'essence même de l'audition de l'enfant ou de porter atteinte aux droits fondamentaux des parties.

(1) Loi du 28 mars 2024 portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses *lbis*, *M.B.* 29 mars 2024. Initialement, la loi était datée au 27 mars 2024 ; voy. *erratum* du 4 avril 2024.

(2) Par le terme « enfant », ou « jeunes », nous entendons les mineurs d'âge, à savoir ceux âgés de moins de 18 ans ; article 388 de l'ancien Code civil.

(3) Voy. not., quant à la pratique des médiateurs ou des notaires, les modifications des articles 1288, 1733 et 1736 du Code judiciaire. Bien que ces modifications ne fassent pas l'objet de la présente contribution, nous pensons qu'il serait intéressant de développer un guide des bonnes pratiques à destination des praticiens.

(4) M. MALLIEN, « Les droits procéduraux de l'enfant au civil », in N. MASSAGER (dir.), *Le statut du mineur en droit civil et les droits de l'enfant*, Bruxelles, Larcier, 2024, p. 338.

(5) Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 29 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992 ; ci-après, la CIDE ; son article 12 prévoit en effet à

l'alinéa 2 que l'enfant a « le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire l'intéressant ».

(6) Loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce, *M.B.*, 21 juillet 1994.

(7) Avant cette modification, le droit belge permettait au mineur de s'exprimer pour des questions liées à sa famille sur invitation du juge uniquement ; en ce qu'il dépendait du bon vouloir du juge, ce n'était pas un droit ; articles 50 et 51 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965.

(8) Les juges compétents étaient le juge de la jeunesse et le président du tribunal de première instance statuant en référé.

(9) Publiée le 27 septembre 2013 au *Moniteur belge* ; elle cherchait, entre autres, à mettre un terme au morcellement des différentes compétences dans le contentieux familial et à centraliser auprès du tribunal de la famille nouvellement créé les ques-

tions relatives aux familles. Elle permit également la création d'une chambre de règlement à l'amiable pour développer les modes alternatifs de règlement de conflit (dits MARC) et favoriser les séparations non contentieuses ; projet de loi portant la création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53/0682 et *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1189 ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 170 et s.

(10) Le ministre de la Justice à l'initiative du projet de loi est Vincent Van Quickenborne.

(11) Projet de loi du 4 décembre 2023 portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses *lbis*, *Doc. parl.*, Chambre, 2023-2024, n° 3728/001, pp. 32 et s.

(12) Nous préférons l'allocution « d'entretien avec l'enfant » plutôt que celui « d'audition », ce dernier terme laissant penser qu'il s'agit davantage d'une mesure d'investigation qu'un droit subjectif de l'enfant de donner son point de vue au juge.

Cette lecture entre en conformité avec l'article 12 de la CIDE ; M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales » in J.-Y. HAYEZ, M. MALLIEN, S. VAN TRIMPONT et M. ZIANT-DUFRASNE (dir.), *L'hébergement de l'enfant : réflexions pluridisciplinaires*, Actes du colloque du 21 mars 2019 organisé par la Commission Famille du barreau de Mons, Limal, Anthemis, p. 19.

(13) Notamment une étude poussée réalisée par l'Ordre des barreaux flamands, le Gezinsbond et le « Vlaamse Kinderrechtencommissariaat » qui concerne des praticiens essentiellement flamands sur la période du 15 juin 2020 jusqu'au 23 avril 2021 ; « Het hoorecht van het kind voor nederlandsstalige familierechter », avec la collaboration de Charlotte Declerck (Université d'Hasselt) ; voy. https://www.kinderrechten.be/sites/default/files/2022-05/Rapport_Bevraging_Familierechters.pdf.

1 Des champs d'application élargis

A. Le législateur amplifie le champ d'application *ratione materiae*

Si la loi de 2013 limitait l'entretien du juge avec l'enfant directement concerné aux seules matières d'hébergement, d'autorité parentale et de droits aux relations personnelles, le paragraphe 1^{er} de l'article 1004/1 du Code judiciaire nouvellement formulé¹⁴ reconnaît à tout mineur le droit d'être entendu dans toutes les matières qui le concernent, à l'exception « des demandes liées aux obligations alimentaires et les demandes purement financières ou patrimoniales qui ne concernent pas directement le patrimoine du mineur ». Ce changement de paradigme répond au manque de conformité entre l'ancien régime et les dispositions internationales¹⁵ et constitutionnelles¹⁶.

En effet, le souhait du législateur de 2013 était de limiter l'audition de l'enfant à des matières spécifiques. Ces limitations furent proposées par le Conseil supérieur de la Justice. Il avait ainsi considéré que des législations spécifiques encadraient déjà en partie la participation de l'enfant pour certaines questions et qu'il valait mieux limiter le champ d'application du droit d'être entendu à ces matières seules. Il craignait qu'à défaut d'une telle délimitation, les « causes concernant les mineurs soient trop larges »¹⁷, tandis que ces trois matières suffisaient pour répondre aux questions relatives au milieu de vie de l'enfant, à son vécu ou aux relations entretenues avec ses parents¹⁸. Pourtant, l'article 12 de la CIDE, tout comme l'alinéa 2 de l'article 22bis ne se cantonnent pas à cette délimitation¹⁹, puisqu'ils prévoient explicitement et respectivement que l'enfant peut être entendu « dans toute procédure judiciaire l'intéressant²⁰ » et « sur toute question qui le concerne ». La doctrine avait donc soulevé ce souci d'alignement avec les dispositions supérieures, de telle sorte que plusieurs auteurs plaidaient pour l'accroissement des contentieux pour lesquels l'enfant pouvait être entendu²¹.

Ces critiques ont inspiré le ministre de la Justice lorsqu'il a proposé d'en étendre les matières. Comme exposé plus haut, le paragraphe 1^{er} de l'article 1004/1 du Code judiciaire prévoit désormais que tout mineur a le droit d'être entendu dans toutes les matières qui le concernent, sauf pour les demandes liées aux obligations alimentaires et celles purement financières ou patrimoniales qui ne concernent pas directement son patrimoine. La norme est éloquente. Il ne s'agit plus d'en limiter le champ en déterminant spécifiquement des matières,

mais d'en ouvrir celui des possibles en reconnaissant à l'enfant la possibilité de s'exprimer sur tout litige qui l'intéresse. Ce changement de paradigme permet ainsi de mieux refléter l'intention du législateur, à savoir qu'à compter de l'instant où le jeune est directement impacté par un contentieux, il a l'opportunité de demander à être entendu²².

Une telle approche implique nécessairement d'en interroger les limites matérielles.

D'une part, le caractère souple de la norme ne laisse plus de doute quant à la possibilité de l'enfant d'être entendu concernant le choix de l'école, de la religion, d'activités extrascolaires... La question mérite en revanche d'être posée pour les demandes portant sur des éléments relatifs à l'état civil de l'enfant (filiation²³, adoption^{23bis}...) ²⁴. Selon nous, en ce que la disposition ne se limite plus à des matières déterminées, elle permet à l'enfant d'être entendu directement lorsqu'une disposition spéciale n'en offre pas la garantie. De la même façon, en ce qu'il revient expressément au juge chargé d'homologuer l'accord survenu lors d'une médiation, ou de toute autre MARC, de vérifier que l'intérêt de l'enfant a bien été pris en compte²⁵, rien n'empêche qu'il puisse entendre le jeune sur le fondement de l'article 1004/1 du Code judiciaire, et ce même si un accord parental est intervenu²⁶.

D'autre part sont *a priori* exclues les obligations alimentaires visées par les articles 203 et suivants de l'ancien Code civil, ainsi que les matières financières qui ne concernent pas le patrimoine de l'enfant mais exclusivement celui des parties. Ainsi, alors que le projet de loi initial excluait toutes les questions financières entre les représentants légaux²⁷ parties au litige, un amendement a offert au mineur l'opportunité d'être tout de même entendu si elles portent en partie sur ses biens. Etant donné que l'article 1004/1 nouveau ne désigne pas expressément un tribunal et qu'il ne se limite plus exclusivement à des questions familiales, il convient de s'interroger sur le tribunal compétent pour entendre l'enfant. À cet égard, on songe au juge de paix chargé des procédures d'autorisation relatives, par exemple, à l'acceptation d'une succession ou d'un legs, ou à la vente d'un bien immobilier qui lui appartiendrait²⁸. Serait-il également tenu au prescrit des articles 1004/1 et suivants du Code judiciaire, tel que l'information d'office de l'enfant de plus de 12 ans ?

Cette ouverture *ratione materiae* et la procédure d'entretien dans son ensemble doivent être envisagées dans une optique conforme à l'objectif de l'audition, élément aujourd'hui intégré explicitement dans un nouvel alinéa 3. Bien que cet objectif n'apparaissait pas clairement du libellé de l'ancienne disposition, l'audition de l'enfant se voulait déjà, sur le principe, être un droit subjectif pour l'enfant de faire connaître

(14) Que nous appellerons, par souci de concision, « 1004/1 nouveau ».

(15) Notamment l'article 12 de la CIDE précitée.

(16) Article 22bis, alinéa 2, de la Constitution. Il fait suite d'une révision de la Constitution du 22 décembre 2008, *M.B.*, 29 décembre 2008.

(17) Proposition de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53 739/001 ; proposition de loi ouvrant l'accès à la justice aux mineurs et instituant les avocats des mineurs, *Doc. parl.*, Sénat, n° 5-604/1 ; proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53 0682/006, p. 18.

(18) Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, amendements, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 53 0682/012, p. 5.

(19) En ce sens, voy. M. MALLIEN, « Les droits procéduraires de l'enfant au civil », *op. cit.*, p. 311.

(20) Comme le souligne l'observation générale n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, il faut entendre ces matières au sens large ; 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12.

(21) M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, pp. 11-12 ; N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *For. Fam.*, 2023, liv. 5, p. 18.

(22) Dans cet ordre d'idée, si le projet de loi initial prévoyait un régime d'exclusion pour les questions financières entre ses représentants légaux, il a été considéré que cette référence relative aux représentants du mineur serait trop limitative, puisqu'un mineur peut être concerné directement par des questions qui ne concernent pas nécessairement ou uniquement ses représentants légaux ; projet de loi portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses *lbis*, amendement n° 42, *Doc. parl.*, Chambre, 2023-2024, n° 3728/006, pp. 18-19.

(23) D'aucuns pourraient penser que l'enfant de moins de 12 ans qui n'a pas pu consentir à une reconnaissance de paternité ou de maternité, (article 329bis, § 2, alinéa 2, de l'ancien Code civil), ou qui n'a pas pu s'opposer à une action en recherche de paternité ou de maternité (article 332quinquies, § 2, de l'an-

ancien Code civil) pourrait être entendu en vertu de l'article 1004/1 nouveau du Code judiciaire. En ce que ces matières concernent l'enfant, cette hypothèse nous semble pertinente si l'on considère que l'enfant n'est pas une partie à la cause. Or, cette supposition peut entrer en contradiction avec l'article 332ter, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil, qui confère à l'enfant la titularité d'une action en recherche de paternité ou de maternité. Il conviendrait donc de clarifier si l'enfant de moins de 12 ans est, ou n'est pas, sur ces questions une partie à la cause, fusse-t-il représenté.

(23bis) L'on pense ici au mineur de moins de 12 ans qui n'a pas pu consentir à son adoption (article 348-1 de l'ancien Code civil). On peut cependant relever que l'article 1231-10 du Code judiciaire prévoit que l'adopté âgé de moins de 12 ans peut, s'il est considéré, au terme d'une étude approfondie, en état d'exprimer valablement son opinion sur le projet d'adoption, être entendu. S'il n'est pas considéré « en état », il peut demander dans les quinze jours au tribunal de la famille d'être convoqué afin que le magistrat apprécie lui-même sa capacité.

(24) M. MALLIEN, « Les droits procéduraires de l'enfant au civil », *op. cit.*, p. 312.

(25) Voy. les modifications concomitantes des articles 733, 733/1, 734/1, 734/2 et 1733, 1736 du Code judiciaire.

(26) N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *op. cit.*, p. 18 ; L'autrice en faisait déjà cette analyse dans le régime précédant la loi de 2024. Elle étendait également le respect du droit de l'enfant d'être entendu par le juge si l'une des parties fait défaut.

(27) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 127 ; L'exception concernait également les procédures relatives aux contributions alimentaires telles que celles visées à l'article 1321 du Code judiciaire.

(28) Par ailleurs, si la question relative de la contribution à la dette alimentaire (article 203bis de l'ancien Code civil) à charge des parents semble exclue, il est possible que l'obligation à la dette visée par l'article 203 de l'ancien Code civil, créance de l'enfant, puisse être considérée comme incluse dans le patrimoine du mineur, notamment lorsque le contentieux porte sur la détermination des besoins de l'enfant, « qui fondent le quantum de l'obligation alimentaire à charge des deux parents » ; N. MASSAGER, « La prise en considération de l'opinion de l'enfant mineur », *op. cit.*, p. 18.

son point de vue plutôt qu'un moyen de trancher le litige²⁹ ou une mesure d'investigation pour le juge³⁰. En effet, afin de protéger l'enfant du conflit et d'éviter de l'y impliquer outre mesure, il ne devrait pas être invité à « choisir » entre ses parents. Pourtant, le législateur de 2024 a laissé entendre que certains juges, sous l'ancien régime et faute de dispositions claires ou de formation adaptée, n'entendraient pas l'enfant³¹, ou se fonderaient sur la seule audition pour motiver leur décision. Il a donc voulu ne plus laisser de place à la moindre ambiguïté en rappelant *texto* l'objectif de l'entretien avec l'enfant : l'opportunité pour l'enfant d'adresser ses préoccupations au juge pour contribuer à la recherche de la solution la plus appropriée à son intérêt³². Le rôle de l'entretien avec l'enfant est donc bien qu'il puisse faire valoir ses besoins et souhaits sans qu'il ne doive jouer le rôle de témoin ou que ses propos ne servent de moyen d'investigation. Cette insertion explicite nous semble appropriée en ce qu'elle permet de s'aligner sur la lecture combinée des articles 3 (relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant) et 12 de la CIDE³³, de servir de piqûre de rappel pour le juge dans sa façon de procéder et de favoriser l'information parfaite de l'enfant quant à son rôle³⁴.

B. Le législateur étend le champ *ratione personae*

Au-delà de cet élargissement matériel, le législateur a voulu en ouvrir le champ personnel, notamment aux fins de se conformer à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³⁵. La Haute Cour avait en effet jugé, sur question préjudicielle, que les demi-frères et sœurs devaient avoir l'opportunité d'être entendus dans le contentieux d'hébergement relatif à leur demi-sœur. Par un raisonnement conciliant l'article 22bis alinéa second de la Constitution et l'article 12 de la CIDE³⁶, elle a déduit du droit des frères et sœurs à ne pas être séparés et à maintenir des relations personnelles³⁷ un prolongement procédural à être entendu³⁸. Le législateur a donc inséré un alinéa 2 à l'article 1004/1, § 1^{er}, afin que les fratries (entendues au sens de l'article 387sexiesdecies de l'ancien Code civil, c'est-à-dire les enfants ayant grandi dans une même famille et partageant un lien d'affection³⁹) soient réputées concernées par les questions d'hébergement relatives à l'un ou plusieurs d'entre eux. Une présomption d'intérêt ressort ainsi du libellé de cette disposition, pour cette seule question d'hébergement, pour tous (demi-)frères et sœurs.

Ces aménagements de la loi résultent du manque d'application pratique de l'enseignement de la Cour constitutionnelle. Les raisons peuvent être multiples : faible effectivité liée à sa qualité de question préjudicielle, n'impliquant qu'une autorité de chose jugée renforcée mais relative⁴⁰, obstacles structurels et pratiques lors de la requête introductive d'instance pour connaître la composition de la famille, les liens horizontaux entre les frères et sœurs et l'éligibilité de ceux qui devraient être informés de ce droit, ou encore crainte des juges d'allonger/d'aggraver inutilement le contentieux. La loi est à présent très

claire sur ce point : dès qu'il est question d'hébergement, la fratrie au sens large est réputée intéressée et doit *de facto* être informée de son droit à s'exprimer auprès du juge.

Plusieurs interrogations subsistent néanmoins : si le législateur prévoit expressément que cette présomption d'intérêt ne naît qu'en matière d'hébergement pour tout frère et sœur, comment la concilier à l'alinéa premier qui ouvre, comme vu plus haut, le champ à toute question indépendamment des questions financières qui ne les concerneraient pas directement⁴¹ ? Une lecture conforme au dispositif constitutionnel laisserait entendre que les frères et sœurs assimilés peuvent effectivement être entendus dans d'autres contentieux que le lieu de vie, considérant la portée large reconnue à la locution « toute question intéressant »⁴². Pour autant, en ce que la présomption ne porte explicitement que sur l'hébergement, les tribunaux saisis d'une demande d'audition émanant des frères et sœurs « assimilés »⁴³ pour toute autre question que celle-ci devront vérifier si ces derniers sont réellement intéressés. De plus, afin de contrôler s'ils peuvent bénéficier de cette prérogative, le juge devra s'assurer qu'ils répondent aux conditions de même foyer et de liens affectifs, conformément à l'article 387sexiesdecies, ce qui implique nécessairement un travail d'investigation préalable de la part des tribunaux. Cela pose aussi des questions pratiques relatives au formulaire d'information prévu par l'article 1004/2 du Code judiciaire (*cf. infra*)⁴⁴. Nous observons donc que les choix d'ouverture du législateur, ambitieux ou louables selon l'interprétation, ne pourront s'appliquer avec efficacité et sens qu'à condition que des investissements tangibles soient alloués aux institutions chargées de les appliquer.

2 La phase pré-entretien : l'information partiellement renforcée

La participation de l'enfant⁴⁵ aux procédures judiciaires implique trois éléments qui s'inscrivent dans un processus continu : l'information de l'enfant, le dialogue entre le mineur et l'adulte, qu'il soit juge ou le parent subsidiairement, sur fondement d'un respect mutuel, et la prise en considération de l'opinion de l'enfant compte tenu de son âge et de sa maturité.

A. L'information des parents quant au droit de l'enfant d'être entendu

En premier lieu, l'enfant doit recevoir une information claire et adaptée au sujet de l'objectif et des modalités de l'entretien⁴⁶. Cette informa-

(29) Proposition de loi n° 53 739/001 précitée, p. 5.

(30) En ce sens, M. MALLIEN, « Les droits procéduraux de l'enfant au civil », *op. cit.*, p. 322.

(31) Il se fonde sur l'étude du Kinderrechtencommissariaat, qui laisse entendre que seuls 27 % des juges de première instance (12 % en appel) accèdent toujours aux demandes de l'enfant ; C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », *T. Fam.*, Wolters Kluwer, 2022, liv. 7, p. 176 ; voy. aussi une autre étude antérieure, toute aussi éclairante, qui s'est déroulée en Wallonie et à Bruxelles : L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *R.T.D.F.*, 2017, pp. 655-656.

(32) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 127.

(33) Observation générale n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu précitée, pp. 16 et s.

(34) En effet, le juge a l'obligation d'informer l'enfant de cet objectif et

doit le lui rappeler au début de l'entretien (*cf. infra*).

(35) C. const., 21 avril 2022, question préjudicielle, n° 58/2022.

(36) G. CROMBEZ, « Du plus petit au plus grand : la reconnaissance accrue par la Cour constitutionnelle du droit des enfants et des fratries d'être entendus », note sous C. const., 21 avril 2022, *R.T.D.F.*, 2024, à paraître.

(37) Ceux-ci sont prévus par les articles 375bis et 387septiesdecies.

(38) Pour de plus amples informations sur le raisonnement de la Cour et ses implications, voy. M. MALLIEN, « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits », note sous C. const., *For. Fam.*, 2022/2 ; D. PIRE, « Pas de demi-mesure pour les demi-frères et sœurs », note sous C. const., 21 avril 2022, *J.L.M.B.*, 32/2022, p. 1434 ; G. CROMBEZ, « Du plus petit au plus grand : la reconnaissance accrue par la Cour constitutionnelle du droit des enfants et des fratries d'être entendus », *op. cit.*, à paraître.

(39) Cette situation ressortirait de la composition de ménage ; projet de loi n° 3728/001 précité, p. 127.

(40) M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 257-258 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 281-285.

(41) Une interprétation semblable avait pu être proposée par Michaël Mallien dans son interprétation de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 2022 ; M. MALLIEN, « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits », *op. cit.*, p. 80.

(42) M. MALLIEN, « La loi du 20 mai 2021 relative aux liens personnels entre frères et sœurs : de la poudre aux yeux ou une véritable tentative de renforcement et d'objectivation de la place de l'enfant au sein de la famille ? », *For. Fam.*, 2022, p. 5.

(43) M. MALLIEN, « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits », *op. cit.*, p. 80 ; « La loi du

20 mai 2021 relative aux liens personnels entre frères et sœurs : de la poudre aux yeux ou une véritable tentative de renforcement et d'objectivation de la place de l'enfant au sein de sa famille ? », *op. cit.*, p. 8.

(44) Didier Pire propose à ce sujet que le formulaire soit transmis aux frères et sœurs à la demande des parties lors de l'audience d'introduction, ou à la demande de l'enfant lors de son audition ; D. PIRE, « Pas de demi-mesure pour les demi-frères et sœurs », *op. cit.*, p. 1434 ; nous pensons, à tout le moins, qu'il conviendrait d'adapter le formulaire d'information à cette nouvelle règle ; voy. G. CROMBEZ, « Du plus petit au plus grand : la reconnaissance accrue par la Cour constitutionnelle du droit des enfants et des fratries d'être entendu », *op. cit.*, à paraître.

(45) Terme général et largement répandu par la pratique, bien qu'il ne figure pas en tant que tel dans le texte de la CIDE (mais transparaît dans l'observation générale n° 12 qui lui est liée) ou dans notre droit interne.

(46) Observation générale n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu

tion est distincte selon que l'enfant a moins ou plus de 12 ans. Cela fait dix années que l'enfant de plus de 12 ans est directement informé de son droit au moyen d'un formulaire dont le contenu est précisé à l'article 1004/2 du Code judiciaire. La loi de 2024 oblige dorénavant les tribunaux à aviser les parents que leur enfant peut demander à être entendu, indépendamment de son âge. C'est donc par le biais d'une information aux parents, dispensée par le juge, que le législateur veille à renseigner les enfants de moins de douze ans de leur droit d'être entendu.

L'un des chantiers du législateur de 2013 était d'informer le jeune de « la manière la plus simple et la plus complète possible »⁴⁷. Cette simplicité s'est incarnée dans un « modèle type » : un formulaire d'information établi par arrêté royal⁴⁸, auquel doit être joint un moyen de réponse accessible à l'enfant⁴⁹. Ainsi, ce formulaire est systématiquement envoyé aux enfants mineurs⁵⁰ directement concernés par la demande, facilement identifiables (généralement les enfants communs aux parties⁵¹) et pour autant qu'ils aient plus de 12 ans⁵². Cette modulation, ou restriction de l'information par l'âge résulte du souhait, intrinsèque à l'époque, qu'elle agisse comme un garde-fou d'une instrumentalisation possible des parents⁵³. Par ailleurs, ce seuil d'âge s'appuyait sur des législations étrangères et sur des arguments d'ordre psychosociaux⁵⁴. Le fait que seuls les enfants de plus de 12 ans⁵⁵ soient, *de jure*, informés de leur droit à la parole a fait l'objet de plusieurs critiques⁵⁶, notamment celle qu'il ne se conformait pas aux dispositions supérieures conventionnelles et constitutionnelles⁵⁷. L'article 12 de la CIDE accorde effectivement le droit d'exprimer son opinion à l'enfant doué de discernement⁵⁸ tandis que la Constitution belge le reconnaît à tout enfant (article 22*bis*, alinéa 2), de telle sorte qu'aucune de ces deux dispositions ne limite le champ d'application du droit de l'enfant d'être entendu à un âge déterminé. Or, en limitant l'information aux seuls titulaires du droit qui ont atteint un certain âge, on en réduit logiquement l'exercice en pratique. Des études laissaient ainsi entrevoir que des jeunes en dessous de ce seuil faisaient les démarches pour demander à être entendus, sans pouvoir cependant déterminer certainement si la demande émanait personnellement de lui ou d'un parent⁵⁹. Il semble également qu'il arrivait que l'avocat de l'enfant (s'il en a un), les conseils des parties, ou celles-ci directement, se chargeaient d'informer l'enfant de son droit. Il n'existait pas, en revanche, d'obligations dans leur chef.

Le législateur de 2024 a souhaité confirmer le rôle d'informateur du juge. Le nouveau paragraphe 3/1 de l'article 1004/1 du Code judiciaire exige des tribunaux qu'ils informent dorénavant les représentants légaux que leur enfant de moins de 12 ans peut adresser une demande pour faire connaître son point de vue. En revanche, la loi de 2024 ne prévoit nullement l'obligation pour les représentants d'en informer l'enfant (ce qui serait difficile à contrôler en pratique).

Les travaux préparatoires ont laissé entendre que cette information pouvait être diffusée aux parents dans la lettre de convocation qui leur était adressée. Il y serait précisé qu'ils peuvent effectuer cette demande au nom de leur enfant. Afin d'éviter une charge supplémentaire pour les magistrats, le législateur a suggéré dans les travaux préparatoires que l'envoi d'une mention type dans le courrier de convocation pourrait suffire⁶⁰. L'exposé des motifs a, en revanche, laissé entendre que cette « formalité », destinée aux parents, s'accompagnerait du formulaire prévu à l'article 1004/2 du Code judiciaire qui, quant à lui, est actuellement directement conçu et adressé à des enfants de plus de 12 ans⁶¹. Si l'on prenait les travaux préparatoires au pied de la lettre, il conviendrait de modifier le formulaire pour l'adapter à des enfants plus jeunes. Il faudrait donc éviter que cette « simple formalité », celle d'informer les parents, ne devienne une charge conséquente pour les cours et tribunaux s'ils devaient adapter les talons d'informations et de réponses aux âges et maturités de chaque enfant⁶². Ce travail requerrait en effet une formation spécifique de la part des magistrats et des greffiers⁶³ et un travail de recherche conséquent. Relevons tout de même que cette obligation d'informer les représentants légaux est louable, car elle confirme la tendance à reconnaître à tout enfant, sur le principe du moins, l'opportunité de faire connaître son point de vue sur des sujets qui le concernent, en ce compris lorsque les représentants ne sont pas toujours les parties au procès, et donc pas avertis que leur enfant peut demander à être entendu.

De plus, un alinéa second est accolé à ce nouveau paragraphe, indiquant que la demande à être entendu⁶⁴ doit préciser si elle émane du mineur lui-même ou d'un/des parents. Le choix d'ajouter cet alinéa s'explique par le fait que, dans la seconde hypothèse et seulement si l'enfant a moins de douze ans⁶⁵, le juge peut refuser de faire droit à l'audition⁶⁶. La décision de refus n'est susceptible d'aucun recours⁶⁷.

précitée, pp. 4 et 12.

(47) Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, Rapport, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53 0682/15, p. 102.

(48) La dernière version en date étant l'arrêté royal du 28 avril 2017 établissant le modèle de formulaire d'information visé à l'article 1004/2 du Code judiciaire, *M.B.*, 22 mai 2017 ; celui-ci reste cependant indicatif, les juges étant libres de s'en écarter sur la forme ; voy., pour les pratiques diverses : C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », *op. cit.*, p. 177.

(49) Article 1004/1, § 3, du Code judiciaire.

(50) Il est expédié à l'adresse de chacun des parents, à celle figurant comme domicile de l'enfant qui vit chez l'un d'eux exclusivement ou à l'adresse où réside l'enfant placé ; le greffe doit donc pouvoir exiger, lors du dépôt de la requête, le certificat de domicile des parents et du mineur et des indications sur son lieu de résidence ; J.-M. THIERY, « Les nouvelles dispositions du Code judiciaire relatives à l'audition de l'enfant mineur dans les matières familiales : une petite révolution », *L.P.J.*, n° 30, Bruxelles, Anthemis, 2014, p. 24.

(51) D. PIRE, « Pas de demi-mesure pour les demi-frères et sœurs », *op. cit.*, p. 1434.

(52) Il doit être écrit en un langage *child-friendly*. Même en cas d'ur-

gence, cette information s'impose au juge ; Gand, ch. fam., 3 avril 2015, RG n° 2015/AR/966 ; P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen » in *Handboek Familieprocecht*, Malines, Wolters Kluwer, 2017, p. 414.

(53) Certains y voyaient également une autre formulation de l'article 56*bis* de la loi du 8 avril 1965 qui obligeait le juge à « convoquer » l'enfant de 12 ans ; concernant les discussions parlementaires à ce sujet, voy. proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse n° 53 0682/012 précitée, p. 5 ; voy. projet de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1189/7, p. 64.

(54) L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, pp. 652-653 ; Il fut ainsi soutenu que cet âge s'alignait sur le niveau scolaire de l'enfant, l'entrée en humanité correspondant à sa capacité à prendre ses propres positions ; proposition de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus, rapport, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-115/4, p. 6.

(55) Dès lors, en se fondant sur un projet pilote hollandais, il avait été proposé d'abaisser l'âge à 8 ans. Cependant, cette idée fut rejetée au profit d'un compromis basé sur la pratique ; projet de loi n° 3728/004 précité, pp. 21-22.

(56) D.E.I.-Belgique le critiquait déjà en 2009, alléguant le caractère illusoire de la prise de connaissance de l'enfant d'être entendu au vu du manque d'instruction de la famille et du jeune ; B. VAN KEIRSBILCK, « L'audition de l'enfant en justice », Module pédagogique DEI, n° 2000/01, 2009, p. 5 ; L. RESSORT, « L'audition du mineur dans les procédures civiles liées à son hébergement : des avancées ? », *J.D.J.*, 2014, n° 337, p. 18 ; par ailleurs, certains magistrats ont considéré que cette procédure était trop compliquée pour le mineur de plus de 12 ans, qu'elle le plaçait dans une situation délicate puisqu'il lui revient la responsabilité de se présenter devant le juge ; L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 651.

(57) Alors que l'ONU aurait enjoint la Belgique à préférer la capacité de discernement à une limite d'âge pour l'information de l'enfant ; Projet de loi portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses *l'bis*, *Doc. parl.*, Chambre, 2023-2024, n° 3728/004, p. 21.

(58) Article 12, § 1, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant précitée ; ces propos doivent être nuancés puisque le Comité des droits de l'enfant précise qu'il ne doit s'agir nullement d'une « restriction », mais plutôt d'une présomption réfragable que l'enfant est doué de discernement, à charge de l'instance déci-

sionnelle de la renverser ; observation générale n° 12 précitée, p. 7.

(59) Service droit des jeunes, « L'audition civile du mineur : La voix des jeunes », Namur, 2017, pp. 76-78, à consulter sur <https://www.sdj.be/wp-content/uploads/2020/11/Ressource-Rapport-sur-laudition-du-mineur.pdf>.

(60) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 127.

(61) *Ibidem* ; En Flandres, une partie des juges envoyait déjà le formulaire à des jeunes de moins de 12 ans ; C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », *op. cit.*, p. 178.

(62) Alors qu'il avait déjà été considéré que cette lettre n'était pas adaptée à tous les enfants ; L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 651.

(63) Une crainte accentuée lorsque l'on sait que, sur les 21 greffiers supposés assister les juges au tribunal de la famille de Bruxelles, seuls 13 d'entre eux exercent actuellement.

(64) On en déduit que cette obligation de précision est particulièrement importante lorsque l'enfant a moins de 12 ans.

(65) La détermination de cet âge pivot se base sur les mêmes raisons que celles pour lesquelles le législateur de 2013 en limitait l'information (*cf. supra*).

(66) Par déduction, le libellé étant écrit de la sorte que le juge peut refu-

En revanche, cet âge ne constitue pas un obstacle si la demande émane directement du mineur, du ministère public ou du juge lui-même. Dans cette situation, ni l'âge, ni le discernement du jeune ne sont des conditions d'exercice du droit d'être entendu⁶⁸. Cette nouvelle disposition questionne : comment s'assurer de la bonne foi de cette information, sachant que la demande de participation est écrite et qu'une éventuelle manipulation parentale n'est observable qu'une fois que le jeune est face au juge ?

B. Modifications marginales quant au contenu du formulaire d'information

Concernant le contenu du formulaire en tant que tel, seule une modification marginale est à relever. L'article 1004/2 du Code judiciaire tel qu'il existait jusqu'alors énonçait qu'il doit mentionner le droit de l'enfant d'être entendu, la manière dont l'entretien se déroule et la manière d'accepter ou de refuser l'entretien. Depuis avril 2024, il doit également mentionner l'objectif de l'entretien, à présent prévu explicitement par l'article 1004/1, § 1^{er} nouveau, dont il a déjà été question ci-avant. Un ajout positif sur le principe mais qui reste cosmétique puisque l'arrêté royal qui en établit le modèle précisait déjà que l'entretien avait pour rôle de connaître les ressentis et les besoins de l'enfant.

Comme auparavant, une absence de réponse, par le mineur, au formulaire d'invitation, ne le prive aucunement de son droit d'être ultérieurement entendu⁶⁹. Le silence du jeune ne peut être compris comme un refus, mais peut signifier qu'il a souhaité un instant de réflexion.

C. Le juge est tenu de répondre aux questions de l'enfant dès l'information jusqu'à sa décision

Un nouvel article 1004/3 du Code judiciaire ajoute une obligation à charge du juge : celle de donner suite aux correspondances émanant de l'enfant aussi longtemps qu'il n'a pas pris de décision définitive sur le point litigieux pour lequel le mineur a été entendu. Le juge est tenu de cette obligation dès l'instant où le jeune est informé de son droit⁷⁰. Il va de soi que cet échange se fera compte tenu de son âge et de sa maturité.

Cette règle fait écho à une pratique fréquemment employée à Anvers par laquelle le magistrat familial faisait suite aux lettres ou courriers électroniques⁷¹ qu'envoyait le mineur. De prime abord, cette pratique nous semble conforme au souci d'information du mineur et facilite, voire humanise la rencontre entre les deux protagonistes. À notre sens, ces échanges ont pour seul rôle de rassurer l'enfant sur la tenue de l'entretien et éventuellement quant à l'évolution du litige entre les parties. De plus, ils pourraient peut-être permettre au juge d'évaluer en amont si la demande émane réellement de l'enfant.

Cependant, la nouvelle loi prévoit clairement que ces courriers ne remplacent pas l'entretien avec le magistrat⁷². Par conséquent, leurs contenus ne semblent pas être soumis aux mêmes garanties et exigences que l'article 1004/1 et suivants du Code judiciaire. Il en résulte que, même si le juge acquiert la conviction, en lisant le courrier de l'enfant, que c'est l'un de ses parents qui tient la plume, nous ne pensons pas qu'il pourrait refuser d'entendre l'enfant de moins de 12 ans, dès lors qu'il en fait expressément la demande. Selon nous, interdire l'accès au juge sur la base de ces doutes entrerait en contradiction avec

l'idée initiale qui est celle toujours faire droit à la demande d'audition lorsqu'elle émane de l'enfant. L'entretien permettra d'ailleurs de confirmer les suspicions d'une éventuelle manipulation parentale.

En outre, on peut s'interroger sur les conséquences de ces échanges épistolaires qui contiendraient des informations que l'enfant veut communiquer au juge sans cependant accepter d'être entendu. À notre avis, faute d'avoir pu s'assurer que ces informations émanent réellement de l'enfant, et en ce qu'il ne remplace pas l'audition, le juge ne pourrait pas en tenir compte dans sa décision, à moins qu'il ne les communique aux parties.

3 Le déroulement de l'entretien : des intégrations susceptibles de faire des étincelles !

A. L'obligation du juge d'entendre l'enfant

Le législateur a été sans équivoque lors de l'élaboration de la loi de 2024 : il faut en faciliter l'accès à l'enfant et le principe reste qu'il est nécessaire que le mineur fasse une demande pour être entendu⁷³. La demande volontaire de l'enfant doit être respectée : « le juge fait droit à la demande du mineur »^{74 75}. Cet engagement dorénavant textuel permet de compenser le fait que, sous le régime antérieur, certains magistrats ne donnaient pas nécessairement suite à la demande du jeune⁷⁶. Dès lors, il n'y a aujourd'hui plus de place à l'hésitation : le juge a l'obligation d'entendre le mineur qui en fait lui-même la demande, indépendamment de son âge⁷⁷. Une charge qui semble adéquate sur le principe, mais qu'il faut mettre en perspective avec le temps de préparation non négligeable que requiert cette procédure... un luxe qui manque parfois aux magistrats. Par ailleurs, il conviendra de se demander si ce changement serait de nature à augmenter substantiellement le nombre d'entretiens. Quoi qu'il en soit, cette obligation ne peut aller de pair qu'avec un investissement fonctionnel et structurel plus important et une formation adaptée et suffisante. À cet effet, une formation à l'audition des mineurs, supposée obligatoire pour les juges de la famille, est organisée par l'Institut de formation judiciaire. Des formations externes peuvent également être suivies. Il semble cependant que tous les magistrats n'ont pas pu faire cette démarche⁷⁸.

Toujours dans l'idée de soutenir la demande de l'enfant, les causes de refus de l'entendre ont été sensiblement limitées⁷⁹. En effet, alors que l'article 1004/1 ancien permettait au juge de refuser la demande si l'enfant avait déjà été entendu lors d'une instance précédente, l'article 1004/1, paragraphe 4, nouveau du Code judiciaire ne réserve cette possibilité que si, et seulement si, il a déjà été entendu antérieurement au cours de la même procédure et si aucun élément nouveau ne le justifie. Aussi, l'enfant doit encore pouvoir être entendu en appel, et ce même s'il a déjà fait usage de son droit en première instance. Cette modification est l'œuvre d'un amendement n° 42 dans lequel on peut lire que, bien qu'il faille « éviter qu'un enfant puisse, en demandant d'être auditionné plusieurs fois sans présenter d'éléments nouveaux, retarder la procédure », le droit d'être entendu doit être permis si l'enfant le souhaite et le simple fait que l'enfant change d'avis ou dé-

ser, sauf si la demande émane de l'enfant directement ou du parquet.

(67) Au vu de son absence de capacité judiciaire, il ne peut faire appel d'une telle décision ; « il faut donc pouvoir faire confiance aux juges, qui seront formées dans ce domaine » ; projet de loi n° 3728/004 précité, p. 31.

(68) Bien que ce critère soit encore empreint de restrictions, puisqu'il influe sur la prise en considération du juge de l'opinion de l'enfant pour prendre sa décision, qui doit en inscrire le manque dans le rapport d'audition.

(69) J.-M. THIERY, « Les nouvelles dispositions du Code judiciaire relatives à l'audition de l'enfant mineur dans

les matières familiales : une petite révolution », *op. cit.*, p. 24.

(70) Par déduction, puisque cette obligation figure également dans l'article 1004/2 du Code judiciaire.

(71) Cette pratique semble prendre de l'ampleur en Flandres : C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », *op. cit.*, p. 177.

(72) Article 1004/2, alinéa 2 nouveau, du Code judiciaire ; projet de loi n° 3728/001, *op. cit.*, pp. 130 et 445-446 ; projet de loi n° 3728/006, amendements précités, p. 24 ; cette information doit donc figurer dans le formulaire.

(73) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 127.

(74) À l'inverse, rappelons-le, lorsqu'elle émane de ses représentants légaux, le juge peut refuser d'y faire droit par décision motivée.

(75) Insertion textuelle de cette obligation dans le paragraphe 4 de l'article 1004/1 du Code judiciaire.

(76) Projet de loi n° 3728/003, amendement n° 30, p. 51 et n° 3728/006, amendement n° 42 précité, pp. 19 et 21.

(77) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 128 ; pour reprendre l'étude flamande de 2022, elle mettait en exergue que seuls 65 % des juges de première instance et 75 % de ceux de secondes instances accédaient par-

fois aux demandes des enfants ; C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », *op. cit.*, p. 176.

(78) L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *op. cit.*, p. 655 ; C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », *op. cit.*, p. 182.

(79) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 128.

sire ajouter quelque chose peut être considéré comme un élément nouveau⁸⁰. Cette lecture s'accorde avec celle de Michaël Mallien lorsqu'il a considéré que le critère de refus d'audition est davantage celui du manque de pertinence du propos que son inopportunité au regard de l'intérêt de l'enfant⁸¹.

Un autre ajout fondamental est la possibilité d'entendre l'enfant devant la Chambre de règlement à l'amiable. De la sorte, si le litige est soumis à cette chambre, le mineur y est entendu de préférence s'il n'a pas déjà été entendu par la chambre de renvoi et selon les mêmes modalités⁸². En ce cas, il ne sera pas entendu deux fois devant deux juridictions différentes, sauf changement de circonstances⁸³.

Enfin, rappelons que l'obligation pour le juge de répondre positivement à une demande d'audition émanant de l'enfant n'implique pas pour autant une obligation de suivre aveuglément ses souhaits. Si le jeune doit être entendu avec acuité et respect, qu'il convient à cet effet de lui poser des questions adéquates selon ses capacités, l'opinion du mineur doit être considérée compte tenu de son âge et de sa maturité⁸⁴, et relativement à une potentielle influence de ses parents⁸⁵. Le juge doit donc signaler au jeune que ses demandes ne seront pas nécessairement suivies, dès le début de l'entretien et dans un langage adapté, tout comme il a la charge de l'informer de l'objectif prévu au paragraphe 1^{er} et du fait qu'il n'a pas la responsabilité de trancher le litige⁸⁶ (ces informations figurent aussi dans le formulaire d'information vu plus tôt). Nous souhaitons néanmoins soulever un récent arrêt de la cour d'appel de Mons qui a accordé une place prépondérante à la parole de l'enfant⁸⁷, si ce n'est même « le » critère déterminant qui a permis de retenir l'existence de violences intrafamiliales⁸⁸. Dans cet arrêt, le juge a affirmé que la parole de l'enfant est « un critère à part entière dans la prise de décision, et non un élément à prendre en considération parmi d'autres »⁸⁹.

B. Des changements relatifs à la structure de la procédure : un lieu adéquat et la présence du greffier

L'article 1004/1, § 5, se scinde en 2 parties et porte sur la procédure d'entretien en tant que telle. Il fut essentiellement revu « de manière à rendre le texte plus lisible et cohérent »⁹⁰. L'article 1004/1, § 5 prévoit dorénavant que « le juge entend le mineur en un lieu adapté à l'audition de l'enfant », et non plus « en un lieu qu'il considère comme approprié ». Cette modification, légère sur le principe, n'impose aucune obligation dans le chef des tribunaux de la famille, mais veut encourager « à prévoir, par de petites modifications, un espace adapté aux enfants »⁹¹. Des initiatives judiciaires, fussent-elles légères, seraient donc bienvenues, même si la situation antérieure laissait apparaître qu'il était récurrent que les enfants soient entendus dans le bu-

reau du juge ou en chambre du conseil⁹². De plus, l'action ainsi demandée aux tribunaux doit nécessairement être soutenue par les pouvoirs publics afin de donner aux magistrats les moyens de leurs ambitions. Dès lors, des modèles tels que ceux mis en place en Allemagne, les « Kinderhaus »⁹³, inspirent mais nécessitent des moyens financiers et formatifs adéquats.

L'article 1004/1, § 5/1, tranche, quant à lui, également les interrogations autour de la présence du greffier et d'une personne de confiance. Ces deux points avaient déjà fait débat en 2013. Jusqu'ici, l'entretien se tenait à huis clos, entre le juge et le mineur, sauf décision contraire. Une proposition de loi de 2011 avait pourtant envisagé la présence du greffier⁹⁴, ainsi que celle d'une personne de confiance si l'enfant refusait la présence d'un avocat⁹⁵. Concernant la participation du premier à la procédure, l'absence de disposition claire confirmant explicitement la présence ou l'absence du greffier avait vu naître deux thèses doctrinales, l'une en faveur⁹⁶, l'autre l'excluant⁹⁷. Le ministre de la Justice avait pourtant précisé à l'époque que son absence se justifiait par le fait que l'audition ne donnait pas lieu à la rédaction d'un procès-verbal mais simplement d'un rapport rédigé par le juge⁹⁸. C'est pourquoi, selon nous, sauf dérogation motivée, l'entretien devait se dérouler en tête à tête⁹⁹. Il était cependant fréquent que les magistrats demandent au greffier d'être présents pour leur permettre une totale concentration au profit de la discussion avec le jeune¹⁰⁰.

Le législateur a modifié la disposition et le principe du huis clos, puisqu'à compter du 8 avril 2024, l'entretien se déroule hors la présence de quiconque « sans préjudice de l'article 168, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire », cet article portant sur le rôle du greffier. Ainsi, le législateur a considéré qu'il n'y avait pas de raison de déroger à la présence du greffier, en ce qu'elle est bénéfique puisqu'elle permet au juge de se consacrer entièrement à l'enfant sans devoir prendre des notes¹⁰¹. Il reviendra également au juge de déterminer la pertinence de la présence de tiers¹⁰². Cette modification nous semble présenter deux facettes : d'une part, il intègre clairement le greffier comme élément de la procédure d'audition et, en lui permettant d'exercer sa fonction d'assistance de justice, facilite le travail du juge pour discuter avec l'enfant, analyser avec plus de justesse son langage verbal et physique et, plus simplement, humanise la discussion. Cette solution répond en outre aux difficultés auxquelles le magistrat devait faire face lorsqu'il devait recevoir l'enfant, l'entendre et relater ses dires tout en faisant preuve d'empathie¹⁰³. D'autre part, selon le prescrit de l'article 168 du Code judiciaire, le greffier est tenu de dresser le « procès-verbal des instances » et s'assure « de l'authenticité des différentes formalités dont l'accomplissement doit être constaté »¹⁰⁴. Or, les règles relatives au rapport résultant de l'entretien sont d'une spécificité rare (*cf. infra*). On se questionne alors au sujet du rôle de cet as-

(80) Projet de loi n° 3728/006, amendement n° 42 précité, p. 19.

(81) M. MALLIEN, « Les droits procéduraux de l'enfant au civil », in *Le statut du mineur en droit civil et les droits de l'enfant*, op. cit., p. 323.

(82) Article 1004/1, § 4, alinéa 2, nouveau du Code judiciaire.

(83) Projet de loi n° 3728/006, amendement n° 42 précité, p. 20.

(84) À cet effet, le juge doit signaler, dans le rapport qui résulte de l'entretien, si l'enfant ne dispose pas du discernement nécessaire ; article 1004/1, § 5/3, alinéa 2, nouveau du Code judiciaire.

(85) Article 1004/1, § 6, alinéa 2, nouveau du Code judiciaire. ; Projet de loi n° 3728/006 précité, p. 21.

(86) Article 1004/1, § 5/2, alinéa 1, 1^o, 2^o et 3^o, et alinéa 2, nouveau du Code judiciaire.

(87) La Cour a procédé par une interprétation détaillée de la CIDE, ce qui souligne encore la reconnaissance de l'effet direct de son article 12.

(88) Notamment en fondant son raisonnement sur la notion de « contrôle coercitif » ; voy. au sujet de cette notion M. DENIS, « Le contrôle coercitif et ledit syndrome d'aliénation parentale (SAP), atelier du 19 février 2022 », in *Guide d'au-*

to-défense psychologique et juridique à destination des familles victimes de violences post-séparation et des professionnels.le.s qui les accompagnent, Bruxelles, 2022.

(89) Mons, 27 mars 2024, 33^e ch., RG n° 2023/TF/173, inédit.

(90) Projet de loi n° 3728/006, amendement n° 42 précité, p. 20.

(91) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 128.

(92) L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », op. cit., p. 656 ; Certains juges entendent encore l'enfant en salle d'audience ; C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », op. cit., p. 178.

(93) J. DANCKAERTS, « Het « Kinderhaus » en het horen van kinderen in de familierechtbank van Tempelhof-Kreuzberg in Berlin », *T. Fam.*, 2019, liv. 2, p. 30 ; M. MALLIEN, « Les droits procéduraux de l'enfant au civil », op. cit., pp. 330-331.

(94) En effet, dans le régime pré-2013, le greffier assistait effectivement le juge pour que celui-ci n'ait pas à prendre note et se concentre sur

l'audition.

(95) Proposition de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53 0739/001 ; Dans la proposition de loi faite dans la foulée par le Sénat, il était proposé que la personne de confiance puisse être l'avocat ; proposition de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge du 22 septembre 2010, *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-115/1.

(96) Puisque la manière dont le texte est rédigé n'en exclut pas explicitement sa présence. Il considère aussi que son absence donnerait au juge un pouvoir exorbitant ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », op. cit., p. 193.

(97) Suivant une lecture stricte du texte, seul le juge entend le mineur, hors de la présence de quiconque ; F. LALIÈRE, « Les trois niveaux de règles de procédure », in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Limal, Anthemis, 2014, p. 90.

(98) Proposition de loi n° 53 0682/15 précitée, déclaration du représentant de la ministre de la Justice,

p. 102.

(99) Interprétation concordante de la CODE, « Article 12 : le droit d'être entendu en justice », 2016, p. 5 ; à consulter sur <https://lacode.be/publication/article-12-le-droit-d-etre-entendu-en-justice/>.

(100) C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », op. cit., p. 179.

(101) Projet de loi n° 3728/006, amendements précités, p. 20.

(102) Le juge peut aussi autoriser, avec l'accord de l'enfant et par décision spécialement motivée, la présence de toute autre personne (stagiaire, magistrat en formation, etc.) ; projet de loi n° 3728/001 précité, pp. 128 et 129 ; par déduction des alinéas 1 et 4 du § 5/1 de l'article 1004/1 du Code judiciaire.

(103) J.-M. THIERY, « Les nouvelles dispositions du Code judiciaire relatives à l'audition de l'enfant mineur dans les matières familiales : une petite révolution », op. cit., p. 25.

(104) Article 168, alinéa 3, 3^o et 4^o, du Code judiciaire.

sistant de justice concernant la rédaction, étant donné que le juge est supposé vérifier de concert avec l'enfant si le rapport exprime correctement son opinion¹⁰⁵. Nous supposons que cette présence devra être discrète et sortir des schémas classiques de solennité pour éviter un stress inutile et néfaste à la liberté de parole de l'enfant.

C. La personne de confiance : informer, rassurer, expliquer

La nouvelle loi insère en outre la possibilité pour l'enfant de demander l'assistance d'une personne de confiance lors de l'audition¹⁰⁶. Celle-ci doit être désignée spécifiquement par l'enfant et le juge doit faire droit à cette demande (sauf dispositions contraires)¹⁰⁷. L'opportunité d'ajouter cette personne tierce à la procédure s'était déjà présentée en 2010¹⁰⁸, puis plus tard en 2014¹⁰⁹, en vain. L'objectif était de « mettre l'enfant à l'aise » afin qu'il parle plus facilement et plus ouvertement¹¹⁰, mais le risque d'une instrumentalisation supplémentaire de l'enfant fut considéré trop important¹¹¹.

Dès lors, afin de répondre à cette crainte, le législateur a assez strictement encadré la désignation de la personne de confiance. Premièrement, elle doit être majeure. Deuxièmement, elle ne peut être partie à la procédure ou être un parent au deuxième degré par rapport à une partie à la procédure (alinéa 3). Seuls sont exceptés les frères et sœurs majeurs du mineur concerné par l'entretien, dont la filiation est établie à l'égard des mêmes parents. *Stricto sensu*, les demi-frères et demi-sœurs sont donc exclus. Dans les travaux préparatoires, le Conseil d'État avait questionné les raisons de la différence de traitement instaurée entre les parents au deuxième degré et les frères et sœurs¹¹². Le législateur a justifié cette régulation en arguant que les pères, mères, coparents, grands-parents, oncles et tantes, sont davantage susceptibles de prendre parti et, *de facto*, de manipuler l'enfant, tandis que les frères et sœurs, en ce qu'ils sont affiliés aux mêmes parents, seraient garants d'une neutralité affective au même titre que l'enfant¹¹³. En revanche, peuvent être personne de confiance l'avocat du mineur (spécialisé en matière de jeunesse), un tuteur, un travailleur social, un enseignant ou un directeur d'école ou d'institution¹¹⁴.

Le législateur définit le rôle de la personne de confiance comme celle qui doit soutenir l'enfant pendant son audition. Concrètement, elle doit l'aider à prendre confiance et assurer une présence réconfortante lors de l'entretien. Elle joue également le rôle d'informateur quant au contenu de la décision prononcée par le juge¹¹⁵ et, à notre sens, s'assure que les informations relatives au déroulement de l'entretien et au contenu du formulaire d'information aient été claires compte tenu de son âge et de sa maturité. Cette présence nous semble bénéfique à la tenue de l'entretien, mais il reviendra au juge de s'assurer qu'elle n'affecte pas le discours de l'enfant ou ne perturbe la discussion avec le juge. Des aménagements pratiques (situation spatiale dans le lieu d'entretien, interactions avec l'enfant, information de son rôle...) doivent donc être pensés en amont. Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'une épaulement sur laquelle l'enfant peut s'appuyer et qu'un sourire susceptible de le rassurer est à accueillir dans une situation de stress et d'intensité émotionnelle¹¹⁶.

Notons tout de même que si le juge considère « qu'il obtiendrait de meilleurs résultats seul en auditionnant le mineur », il peut « décider »

à tout moment de poursuivre sans la présence de l'ensemble des acteurs vus plus haut¹¹⁷. Le juge peut également agir de la sorte s'il constate, durant l'audition, que la présence de la personne de confiance exerce une influence négative sur l'enfant ou qu'il n'est pas suffisamment impartial¹¹⁸. Nous souhaitons soulever que la sémantique semble laisser entendre une décision unilatérale du magistrat à ce sujet, ce qui contraste avec le projet de loi initial qui proposait plutôt qu'il « demande »¹¹⁹ de poursuivre l'entretien à huis clos et en concertation avec le jeune. La disposition finale ne laisse que peu de marge à l'avis de l'enfant. Une fois celui-ci informé, compte tenu de son âge et de sa maturité, du souhait du juge de poursuivre l'entretien en tête à tête, les seuls choix qui semblent lui être laissés est de s'aligner sur le souhait du magistrat ou de refuser de poursuivre. Dans ce dernier cas, le juge peut mettre fin à l'entretien. Il doit alors mentionner dans le rapport d'audition les raisons pour lesquelles l'entretien ne pouvait être poursuivi en présence des personnes concernées. Ainsi, si le législateur dit considérer que la présence de la personne de confiance est la règle et que son absence en est l'exception¹²⁰, nous espérons que les magistrats useront de cette faculté dans une démarche axée sur une concertation avec l'enfant plutôt que sous la forme d'un ultimatum. Il faut en effet éviter que l'enfant ait le sentiment d'être piégé.

4 Le rapport d'audition : place à la confidentialité !

Depuis dix ans, les discussions relatives au rapport résultant de l'entretien entre le juge et l'enfant sont tumultueuses. Difficile d'imaginer que la loi du 28 mars 2024 calme le jeu. En effet, l'enfant peut désormais préciser que tout ou partie des propos qu'il a déclarés durant son audition sont confidentiels, de telle sorte qu'ils ne figurent pas au dossier de la procédure. Par conséquent, les parents n'auront pas accès à ces informations, ce qui n'est pas sans poser question à l'égard des principes judiciaires fondamentaux.

A. Les enjeux en tension au travers du rapport d'audition

Le rapport d'entretien est un symbole des tensions qui peuvent naître entre les droits de l'enfant et ceux des adultes. D'une part le droit de l'enfant d'être entendu par le juge est un droit fondamental et conforme à son intérêt supérieur¹²¹ lui permettant de faire connaître ses besoins et son point de vue sur un contentieux qui le concerne. À cet effet, compte tenu de son autonomie grandissante, ses dires doivent pouvoir être considérés à leur juste valeur selon son discernement, de telle sorte que le juge doit les prendre en considération dans sa prise de décision, toutes proportions gardées de son âge, de sa maturité et d'une influence parentale.

D'autre part, les parties au litige familial, qui sont à l'initiative de l'instance et qui voient la décision judiciaire impacter substantiellement leur vie, sont également titulaires de droits fondamentaux procéduraux leur assurant un procès équitable et impartial¹²². Ils doivent en effet

(105) Article 1004/1, § 5/3, alinéa 1, nouveau du Code judiciaire.

(106) Article 1004/1, § 5/1, alinéas 2 et s., nouveau du Code judiciaire.

(107) Projet de loi n° 3728/004 précité, p. 31.

(108) Proposition de loi n° 5-115/1 précitée.

(109) Elle proposait également la présence d'un avocat de l'enfant ; proposition de loi modifiant le Code judiciaire en vue de compléter les dispositions relatives à l'audition du mineur, *Doc. parl.*, Chambre, 2014, n° 0685/001.

(110) Proposition de loi n° 5-115/1 précitée ; D. DELI, *loc. cit.*, n° 26 ; le législateur avait, à l'époque, préféré le terme « accompagner », en ce qu'« apporter assistance » avait une connotation d'incapacité d'agir du mineur.

(111) Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse n° 53 0682/015 précitée, p. 102.

(112) Avis du Conseil d'État n° 74.291/1-2-3 du 20 octobre 2023.

(113) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 129 ; Concernant les demi-frères et sœurs, il serait donc considéré qu'au vu du lien de sang spécifique avec un seul des deux parents, ils auraient plus de difficulté à assurer cette impartialité ?

(114) Projet de loi n° 3728/004 précité, p. 26 ; projet de loi n° 3728/006, amendement n° 42 précité, p. 20.

(115) *Ibidem* ; il faut cependant préciser que c'est le nouveau § 7 qui encadre cette information, et l'impute en principe à l'entourage de l'enfant. Les travaux préparatoires semblent

déterminer par le terme

« d'entourage » : l'avocat de l'enfant, tout membre de sa famille, un enseignant voire un accompagnant d'un centre PMS ; projet de loi n° 3728/001 précité, pp. 130, 131 et 445 ; à notre sens, la personne de confiance, qui a accompagné le jeune dans l'ensemble de la procédure d'audition et aura été au plus près de sa parole, est également concernée.

(116) Cette piste ressortait déjà d'une étude organisée par le Service droit des jeunes, « L'audition civile du mineur : La voix des jeunes », *op. cit.*, pp. 46-47, 81-82, 95.

(117) Article 1004/1, § 5/1, alinéa 4, nouveau du Code judiciaire.

(118) Projet de loi n° 3728/004 précité, p. 31.

(119) Cette modification fait état que le législateur ne voyait pas à qui le

juge devrait formuler la

« demande » ; projet de loi portant dispositions en matière de digitalisation de la justice et dispositions diverses *Ibis*, Rapport, *Doc. parl.*, Chambre, 2023-2024, n° 3728/007, pp. 40-41.

(120) Projet de loi n° 3728/006 précité, p. 26.

(121) Observation générale n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu précitée, pp. 16 et s.

(122) Article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; cet article consacre également, aux côtés de l'article 148 de la Constitution, la publicité des audiences avec possibilité d'huis clos, par décision spécialement motivée du juge, pour la protection de l'ordre public, des bonnes mœurs ou

pouvoir prendre connaissance de leurs arguments respectifs, de fait comme de droit, afin de se défendre à « armes égales »¹²³ et faire valoir, dans la liberté et l'égalité, tous les moyens aptes à soutenir leurs prétentions. Ainsi, le principe du contradictoire, principe général de droit hissé au rang de garantie fondamentale par la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁴ veut que chaque partie soit en mesure d'être entendue et assurée de la sorte la confrontation de ses prétentions. Cela implique que chaque partie puisse, sous le contrôle du juge, connaître et discuter les documents produits par l'autre, les témoignages déposés, et qu'elle puisse assister aux procédures de preuves...¹²⁵. Ce principe impose également des obligations au juge¹²⁶, puisqu'il doit notamment fonder sa décision sur les seuls faits présents dans le débat et est supposé écarter toutes pièces non communiquées, tout comme il doit transmettre aux parties les attestations qu'il aurait directement reçues de tiers (article 961/2 C. jud.). Il doit également permettre aux parties de s'exprimer chaque fois qu'il est amené à prendre une initiative dont l'influence sur le litige serait déterminante¹²⁷ (bien qu'il doive composer, aujourd'hui plus que jamais, avec les exigences de l'économie de la procédure¹²⁸). La Cour de cassation a également considéré que le juge était tenu de ces mêmes obligations lorsqu'il exerçait sa faculté de relever un fait ou une pièce adventice à l'appui de sa décision¹²⁹. En définitive, ce principe vise à assurer la qualité d'une décision rendue, maintenir la confiance du justiciable en la justice, apaiser le conflit, garantir une certaine paix sociale ou encore favoriser une démarche pédagogique à l'égard des parties.

B. Une modification tonitruante : la confidentialité des propos de l'enfant

Ces diverses considérations ont conduit à poser la question de la transmission de la parole de l'enfant aux parties. L'enfant n'étant pas lui-même une partie à la procédure, en ce compris pour l'audition¹³⁰, le législateur de 2013 s'était déjà demandé s'il valait mieux préférer une retranscription de ses dires au sens strict ou s'il était admis, dans un

souci de préserver l'enfant du conflit ou d'un sentiment de trahison à l'égard de ses parents, qu'il ne soit transmis qu'un « résumé » de l'entretien¹³¹. Le législateur avait préféré un « rapport d'audition » à un « procès-verbal »¹³² qui serait joint au dossier à la procédure¹³³. Cette alternative sémantique eut pour effet de concilier à la fois la transmission des dires de l'enfant aux parties sans pour autant imposer une retranscription *stricto sensu* des propos. De la sorte, le rapport devait « relate(r) les dires du mineur »¹³⁴, tout en permettant au magistrat, sur base du flou de la disposition, de décider ce qu'il y consignait¹³⁵. Il devait à cet égard informer le mineur, préalablement à l'entretien, que ses parents auront accès au contenu de ce rapport, et *a posteriori* de l'audition, devait vérifier de concert avec l'intéressé si les dires qui y étaient relatés exprimaient correctement ce qu'il fut déclaré. Cette solution visait également à éviter que le mineur n'ait l'impression d'être partie prenante au processus décisionnel ou que la situation fasse naître en lui un sentiment de culpabilité à l'égard du parent fragilisé par une décision judiciaire, ou de solidarité à l'égard du parent pour qui il aurait pris parti¹³⁶. Elle permettait également de le préserver de toutes reprécisions d'un des parents, sans pour autant empêcher ce dernier de faire valoir ses observations¹³⁷ ou de contester les faits présentés par l'enfant.

La dernière loi bouleverse cette solution. Alors que celle de 2013 a préféré le principe du contradictoire¹³⁸, celle de 2024 a inversé la tendance et fait « le choix de protéger le mineur, faisant prévaloir son intérêt supérieur »¹³⁹. Le nouveau paragraphe 5/3 de l'article 1004/1 est éloquent : le rapport relate les dires du mineur, « hormis les éléments qualifiés de confidentiels ». L'enfant est donc informé dès le début de l'audition qu'il a le droit de préciser ce tout ou partie des informations qu'il donnera peuvent être confidentielles et qu'elles ne figureront pas dans le rapport¹⁴⁰. Elles pourront toutefois être transmises au Parquet¹⁴¹. Le rapport est joint au dossier de la procédure, et l'enfant, les parents ainsi que le représentant légal (même non-partie) peuvent y accéder¹⁴².

des questions relatives à des mineurs ; O. VAN DER HAEGEN, « L'affaire DSK ou l'occasion de réfléchir à la publicité des audiences », *J.T.*, 2011, p. 474 ; M.-A. BEERNAERT et F. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 169-171.

(123) Le principe du contradictoire a également pour corolaire le respect du principe à l'égalité des armes, imposant aux parties de présenter sa cause et ses preuves « dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » ; J. VAN COMPERNOLLE, A.-L. FETTWEIS, « Chapitre 2 - Principes du contradictoire et de l'égalité des armes », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Procédure civile*, vol. 1, *Principes directeurs du procès civil - Compétence-Action-Instance-Jugement*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 56. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Droit judiciaire*, Syllabus de cours UCLouvain, 2023-2024, pp. 289-291.

(124) C.E.D.H., 21 mars 2000, *Dulaurs c. France* ; voy. J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi : le respect du droit de la défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office », in *Imperat lex-liber amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 282 et s. ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et jurisdiction*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LG-DJ, n° 331, 2004, pp. 313 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE et A.-L. FETTWEIS, « Chapitre 2 - Principes du contradictoire et de l'égalité des armes », *op. cit.*, p. 45.

(125) Articles 736, 740, 747 et 748

du Code judiciaire. ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Droit judiciaire*, *op. cit.*, p. 289.

(126) J. VAN COMPERNOLLE et A.-L. FETTWEIS, « Chapitre 2 - Principes du contradictoire et de l'égalité des armes », *op. cit.*, pp. 49 et s.

(127) Voy. par exemple : Cass., 22 janvier 2015, *R.D.J.P./P. & B.*, 2015, p. 105 ; Cass., 11 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1026.

(128) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Faire économie de la contradiction ? », note sous Cass., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 201 et s.

(129) Cass., 1^{re} ch., 16 mars 2012, RG n° C.08.0323.F-C.09.0590.F, concl. av. gén. J.-M. Genicot ; Cass., 28 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 552 et concl. av. gén. A. Henkes, obs J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier dans le respect effectif du contradictoire » ; obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, Cass., 14 septembre 2018, RG n° C.17.0577 ; La Cour a également considéré que, faute d'un débat contradictoire, le juge peut ne pas voir sa décision revêtue de l'autorité de la chose jugée ; Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002, p. 306 ; G. CLOSSET-MARCHAL et M. GRÉGOIRE, « La géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, p. 65, n° 118.

(130) Article 1004/1, § 6, nouveau du Code judiciaire ; tout au plus, elle serait considérée comme « tiers non étranger au procès » ; A. HOC et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Procédure civile*, vol. 2, *Voies de recours*, Bruxelles, Larcier, p. 53.

(131) Cette idée fut réaffirmée par la proposition de loi n° 0685/001 précitée, p. 5.

(132) Ce terme était employé dans le régime qui précédait la loi de 2013. Ainsi, l'ancien article 931 du Code judiciaire avait connu plusieurs critiques car il n'était pas évident si le juge devait y faire une retranscription, un simple compte rendu ou transmettre des informations ciblées ; P. HENRY et V. D'HUART, « Audition des mineurs et droits de la défense », *J.D.J.*, 1997, p. 200 ; il fut également le terme employé dans la proposition de loi initiale de 2013.

(133) Ancien § 5, alinéa 2, de l'article 1004/1 du Code judiciaire, devenu le § 5/3 du nouvel article 1004/1 du Code judiciaire.

(134) P. SENAËVE considère qu'il devait revêtir une certaine exhaustivité ; « Het hoorrecht van minderjarigen », *op. cit.*, n° 858 ; de même, il n'était, en théorie, pas possible pour le juge d'omettre une partie des propos ou de recevoir confiance de l'enfant ; F. LALIÈRE, « Les trois niveaux de règles de procédure », *op. cit.* p. 90.

(135) L'étude du Kinderrechtencommissariaat présente cependant une tendance nette des juges à relater fidèlement et littéralement les propos de l'enfant. En revanche, il apparaîtrait que lorsque l'enfant ne désirait pas transmettre des propos à l'un des parents, des juges ne rédigeaient pas de rapport. De plus, une nette majorité de ceux-ci en supprimaient certains passages à la demande de l'enfant, et une partie des magistrats procédaient de la sorte de leur propre initiative ; C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », *op. cit.*, pp. 180-181.

(136) N. MASSAGER, *Chronique de jurisprudence : droit des personnes*

et des familles (1999-2004), coll. Les dossiers de J.T., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 583 ; proposition de loi n° 53 0682/012, p. 5.

(137) Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 0682/001, pp. 19 et 49.

(138) *Ibidem*, p. 19.

(139) Projet de loi n° 3728/001 précité, p. 129.

(140) L'article 871bis du Code judiciaire porte sur la notion de confidentialité. Il prévoit notamment au paragraphe 2 que pour conserver la confidentialité d'un secret d'affaire utilisé ou mentionné dans une procédure, le juge peut, à la demande d'une partie ou d'office

« 1° restreindre aux personnes ou catégories de personnes qu'il désigne expressément l'accès à tout ou partie des documents contenant des secrets d'affaires (...) produits (...) par des tiers ; 2° (...) l'accès aux audiences (...) ainsi qu'aux procès-verbaux ou notes d'audience [...] ». Enfin, c'est au juge qu'il revient de considérer le caractère proportionné de la mesure, eu égard de la nécessité de garantir le droit à un recours effectif, l'accès à un tribunal impartial et l'intérêt des parties (§ 3).

(141) Article 1004/1, § 5/2, 4^o, nouveau du Code judiciaire ; les travaux préparatoires ne donnent pas plus d'informations.

(142) Article 1004/1, § 5/3, alinéa 3, nouveau ; si nous considérons positivement l'opportunité pour le représentant légal de connaître le contenu de l'audition, en ce qu'il peut assurer une protection supplémentaire pour l'enfant, nous pensons tout de même qu'il faut éviter d'agrandir le conflit familial à des agents extérieurs

Ce choix législatif fort a peut-être le mérite d'unifier une pratique qui, comme vu plus haut, pouvait être variable en termes de contenu. Par ailleurs, il met au premier plan la protection de l'enfant et, à première vue, la reconnaissance de son autonomie. En effet, il ne semble pas être laissé de marge au manoeuvre au juge lorsque l'enfant souhaite qu'une information soit confidentielle. L'enfant apparaît donc comme le seul maître de ce qu'il souhaite transmettre comme information aux parties au litige. Pour autant, nous nous interrogeons quant au fait qu'il puisse concevoir à tout âge la portée du terme « confidentiel », des conséquences que ce choix peut avoir sur la tenue de la procédure et sur les potentielles difficultés du juge pour asseoir sa décision sur les propos souhaités « secrets ». Par conséquent, compte tenu du devoir du juge d'informer l'enfant selon son âge et sa maturité quant à la portée de son droit d'être entendu, il conviendra qu'il explique à l'enfant les implications de propos déclarés confidentiels.

Par ailleurs, nous nous questionnons au sujet de la possibilité qu'a le Parquet de connaître le contenu des données confidentielles¹⁴³. La première réflexion est pratique : dès lors que l'information confidentielle sera omise du rapport, on peut supposer qu'afin de la communiquer au Parquet, le juge (ou le greffier) devra dresser un second rapport, complet, ou un rapport annexe, limité aux seules informations gardées secrètes. La seconde réflexion concerne le sort réservé par le ministère public à cette information. Etant donné qu'il n'est plus systématiquement¹⁴⁴ présent à l'audience¹⁴⁵, nous supposons que ces informations seront destinées à fonder une démarche d'aide ou à la prise d'une mesure de nature protectionnelle. Qu'en sera-t-il alors du caractère confidentiel des propos de l'enfant ?

5 Les difficultés à trouver un équilibre entre les droits de l'enfant et de l'adulte

Les tensions soulevées plus haut et les difficultés à faire *consensus*¹⁴⁶ sur le contenu du rapport illustrent la difficulté à faire coexister les droits des enfants et des adultes, à faire respecter les besoins des premiers malgré le conflit qui existe entre les seconds, à laisser de la place au plus petit sans que les querelles des plus grands n'en prennent de trop. La crainte de l'enfant à l'égard de la réaction de ses parents et les difficultés à rendre sa parole réellement libre sont autant d'arguments solides en faveur d'une « bulle de confidentialité »¹⁴⁷. À l'inverse, le caractère pédagogique de la transmission de la parole de l'enfant aux avocats (pour relever des incohérences, les contradictions) ou aux parents peuvent également être des raisons solides pour que des propos ne soient pas tenus secrets.

Quelles vont être dorénavant les conséquences, en termes de droits procéduraux des uns et des autres, de la divulgation par l'enfant au juge de propos confidentiels ? Ce dernier sera-t-il en mesure de les prendre en compte pour fonder sa décision ? Au nom du principe du respect de la contradiction, la réponse devrait être négative. Aux yeux du respect du droit de l'enfant d'être entendu, elle pourrait être positive¹⁴⁸.

Quoi qu'il en soit, la loi du 28 mars 2024 a clairement fait passer ce principe au second plan par rapport au droit de l'enfant d'être entendu. Il n'en demeure pas moins que le juge reste tenu par une obligation de motivation et qu'il sera bien en peine de justifier sa décision si celle-ci

ne se fonde que sur les propos confidentiels du mineur. On espère dès lors qu'il trouvera dans le dossier d'autres moyens pour appuyer sa décision. Sa tâche requerra à tout le moins des qualités d'équilibriste entre préservation du meilleur intérêt de l'enfant et garanties d'un procès équitable. De surcroît lorsqu'un enfant est au centre d'un conflit familial, la décision du juge dépasse sans doute des considérations strictement juridiques. Elle devrait en effet permettre aux individus en conflit de questionner leur comportement et de travailler dans la mesure du possible au bien-être de l'enfant. Ces observations nous mènent à réfléchir au caractère pédagogique de l'instance familiale et au rôle du juge : rendre le droit, résoudre le conflit mais aussi apaiser tant faire se peut le conflit et le climat familial.

6 Conclusion

La loi du 28 mars 2024 est bien une mise à jour de la procédure d'audition de l'enfant. Elle permet d'aligner les articles 1004/1 et suivants, à plusieurs égards, aux pratiques et aux textes supérieurs. Elle a ainsi murmuré à l'oreille des juges qu'il est opportun d'adapter les modalités de l'audition en adéquation avec la CIDE, que ce soit quant au lieu, pour les échanges écrits qu'ils doivent entretenir avec l'enfant jusqu'à ce qu'ils prennent leur décision, ou encore quant aux informations qu'ils doivent donner à l'enfant avant et pendant la procédure. Elle a clamé haut et fort qu'il faut faciliter l'accès de l'enfant au juge, en termes de connaissance et d'exercice de son droit d'être entendu, en ouvrant les champs *ratione materiae* et *personae* et en limitant les causes de refus. Le législateur en a aussi modifié la structure, en offrant la possibilité à l'enfant de désigner une personne de confiance et en y intégrant plus clairement le greffier. Plus qu'un *aggiornamento*, cette loi est sans doute au départ d'une révolution prévisiblement tumultueuse. Une révolution qui étend le champ de la parole de l'enfant hors du contentieux judiciaire, déjà. Une évolution qui se fonde sur de bonnes intentions, mais qui ne mène peut-être pas nécessairement qu'à des améliorations. Au-delà des difficultés pratiques et structurelles qui risquent de rendre certains éléments de la réforme inapplicables, un choix tel que celui de la confidentialité lèvera sans nul doute des interrogations pragmatiques, voire déontologiques.

Certes, le choix de la confidentialité semble protéger de prime abord l'enfant. Oui, il peut favoriser une parole plus libre de sa part. Effectivement, l'enfant mérite que des aménagements soient pris à son égard pour qu'il exerce pleinement ses droits. Mais le respect total et sincère des droits fondamentaux de l'enfant ne peut aller de pair qu'avec le respect des droits fondamentaux de tout un chacun. Sinon, certains crieront à l'enfant-roi. Autrement, certains dévaloriseront sa parole et ses choix. Accompagner l'enfant sans se substituer à lui et sensibiliser les parents à pouvoir le laisser exprimer ses besoins sans l'inclure outre mesure dans le conflit dans lequel il se trouve doivent rester les lignes directrices du droit de l'enfant d'être entendu. Il faut donc pouvoir lui laisser la parole, la considérer avec sincérité en gardant à l'œil sa vulnérabilité, et s'enquérir avant tout de la meilleure façon d'apaiser le climat familial.

Gauthier CROMBEZ
Faculté de droit et de criminologie
Docteurant F.S.R.

initialement ; évidemment, seules les parties auront accès au dossier familial dans l'ensemble (article 725 du Code judiciaire).

(143) Article 1004/1, § 5/2, 4^o, in fine nouveau du Code judiciaire.

(144) Depuis la réforme de 2015, la tendance à l'économie de la mobilisation du Parquet (pour gain de temps et d'énergie) a atténué sa compétence d'avis à des matières déterminées et soumise à son appréciation (articles 764 et 765/1, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire) ; loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant dispositions diverses en matière de justice, M.B., 22 octobre 2015 ; voy.

A. MASCHIETTO, F. REUSENS et J. VANDERSCHUREN, « L'avis du ministère public auprès des juridictions familiales », in *Le tribunal de la famille : des réformes aux bonnes pratiques*, coll. Les cahiers du CeFAP, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 208-212.

(145) Le Parquet peut intervenir par voie d'avis (article 138bis, § 1^{er}, C. jud.) devant le juge de la famille. Si la communication des affaires le concernant est obligatoire, à peine de nullité, il lui est laissé l'opportunité de rendre avis au juge, sous réserve qu'il doive communiquer de façon appropriée et conforme au contradictoire « toutes les informations

pertinentes » ; article 765/1 du Code judiciaire ; Sur ces questions, voy.

G. CLOSSET-MARCHAL, « Le ministère public dans le procès civil », R.G.D.C., 2016, p. 396 ;

A. MASCHIETTO, F. REUSENS et J. VANDERSCHUREN, « L'avis du ministère public auprès des juridictions familiales », *op. cit.*, pp. 208 et s. (146) Le projet de loi n^o 3728/001 précité soulève l'absence d'unanimité des magistrats sur la question, p. 129.

(147) M. MALLIEN, « Les droits procéduraux de l'enfant au civil », in *Le statut du mineur en droit civil et les droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 333.

(148) Rappeler-le au besoin, les

propos de l'enfant ont une portée limitée relativement à son âge, sa maturité et toute manipulation parentale. Il faut tout de même noter que, selon l'étude du Kinderrechtencommissariaat, la moitié des juges qui avaient été interrogés faisaient mention de l'audition dans leur décision, et près de 75 % d'entre eux prenaient en compte les informations que l'enfant ne souhaitait pas partager ; C. DECLERCK et U. CERULUS, « Het hoorrecht van het kind voor de Nederlandstalige familierechters : resultaten van een praktijkbevraging », *op. cit.*, p. 182.