

La capacité comme protection de l'enfant et ses droits ? Réflexions croisées à partir du droit civil et du droit protectionnel

PAR

Thierry MOREAU

Professeur extraordinaire à l'UCLouvain
Avocat au barreau du Brabant wallon

Jehanne SOSSON

Professeure extraordinaire à l'UCLouvain
Professeure invitée à l'UCLouvain Saint-Louis - Bruxelles
Avocate au barreau de Bruxelles

L'incapacité juridique est actuellement le principal moyen de protection juridique du mineur. Est-elle encore le moyen le plus adapté pour permettre à l'enfant d'être respecté comme enfant ? Telle est la question qui fait l'objet de la présente contribution.

La question est vaste et complexe. Nous n'avons pas la prétention de la traiter de manière exhaustive ni d'apporter des réponses définitives. D'une part, le sujet est trop vaste pour l'espace réservé à cet article. D'autre part, les réflexions qui vont suivre doivent se discuter non seulement dans la sphère juridique, mais également avec des chercheurs dans d'autres disciplines scientifiques et des acteurs de terrain. Notre ambition se limite à entamer l'exploration d'une question qui peut bousculer afin d'initier le débat.

Pourquoi nous posons-nous cette question ? Parce qu'il nous semble que, même si formellement l'incapacité reste la règle, l'examen des textes de droit et des pratiques semble s'en écarter ou la contourner de plus en plus régulièrement. Ce phénomène que nous aurons l'occasion d'illustrer peut, de manière schématique et réductrice, s'expliquer de deux manières. Soit il s'agit d'un relâchement ou d'une dérive qu'il faut redresser pour en revenir à la règle de départ. Soit, au contraire, il est le signe de la nécessité d'un changement de perspective dans la manière d'appréhender l'enfant dans le champ du droit.

Dans ce cas, il se justifie d'explorer de nouvelles pistes sur le plan juridique pour promouvoir cette nouvelle approche.

Nous n'examinons pas la première des deux options. Nous retenons uniquement la seconde. Il s'agit d'un choix qui, sans conteste, peut être critiqué. Nous le justifions par le fait que ce qui nous intéresse est d'explorer celles des deux pistes qui, juridiquement en tous cas, est en friche. Chercher comme s'engager dans l'inconnu, à poser des questions qui dérangent, à repérer les points de cécité, à questionner les évidences et les principes... On peut découvrir l'Eldorado comme on peut aboutir à une impasse. Quelle que soit l'issue, il y a généralement des enseignements à se confronter à l'inconnu. C'en est un qui nous motive dans ce choix que certains trouveront peut-être impertinent, décalé ou stupide.

Comment aborder et traiter la question ? Il nous semble qu'il nous faut d'abord chercher à comprendre comment le droit appréhende l'enfant. Ensuite, il nous faut situer le mécanisme de l'incapacité par rapport au résultat obtenu. L'analyse doit se poursuivre par un examen de la manière dont le mécanisme est mis en œuvre actuellement. Enfin, il faut se demander si d'autres mécanismes juridiques pourraient ou non s'avérer plus adéquats pour rendre compte de l'approche que le droit fait de l'enfant aujourd'hui.

Pour réaliser cette démarche, nous allons procéder comme suit. Dans une première partie (Section 1), nous allons confronter les caractéristiques de l'enfant avec des approches juridiques de celui-ci présentées sous forme de modèles apparus successivement dans le temps sans pour autant que les anciens aient complètement disparus. Dans une seconde partie (Section 2), nous observerons comment la cohabitation actuelle de ces différentes approches dans le même dispositif juridique interroge le mécanisme de l'incapacité juridique. Dans une troisième partie (Section 3), nous aborderons les exceptions apportées à l'incapacité civile en dressant un inventaire non exhaustif de celles-ci et en analysant les mécanismes utilisés pour les mettre en œuvre. Dans une quatrième partie (Section 4), nous nous risquerons à l'exercice qui consiste à penser ce que pourrait être un dispositif juridique où les mineurs ne sont pas frappés d'incapacité juridique.

L'une de nous est civiliste et familialiste et l'autre est pénaliste et s'intéresse au droit de l'aide et de la protection de la jeunesse. La présente contribution se nourrit de ces différents champs et d'échanges jamais terminés entre nous.

Section 1. L'enfant dans le champ du droit

§ 1. L'enfant est au cœur d'une tension dialectique

L'enfant est 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. L'enfant est, comme l'adulte, un être pensant et parlant. Mais l'enfant est aussi *autre* en raison de différences physiques, psychiques, matérielles, de son manque d'expérience, de son rapport au monde, de ses codes et langages... Ces différences factuelles évoluent au cours de la vie de l'enfant. Dans les premières années de la vie, il se trouve dans une situation de faiblesse caractérisée en raison de sa dépendance à l'adulte qui doit subvenir à quantité de ses besoins (nourrir, instruire, protéger...). Par la suite, il se distingue de l'adulte par son manque d'expérience, par son attrait pour l'inconnu, le risque et même la mise en danger, par un rapport au monde distinct de l'adulte, par ses codes propres... La différence du grand adolescent peut aussi parfois prendre *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*¹.

Depuis quelques années, s'ajoute une nouvelle forme de différence. Elle a notamment émergé en lien avec l'urgence climatique. Les jeunes la ressentent au plus profond d'eux-mêmes comme une menace pour leur avenir, alors que beaucoup d'adultes ne se mobilisent que fort peu. Juridiquement, n'est-il pas légitime que les responsables de demain puissent s'emparer de la question et imposer leurs choix en fonction des catastrophes qu'ils appréhendent et qu'ils veulent éviter plutôt que de rester dépendants des responsables d'aujourd'hui qui tergiversent ? La différence prend ainsi une forme nouvelle, car sur certaines questions les adolescents sont plus concernés, souvent plus informés, etc. Ce sont des mineurs qui, par exemple, sont à l'initiative de l'action qui a conduit la Cour suprême de Colombie à reconnaître la personnalité juridique à la forêt amazonienne². Ce sont également des mineurs qui ont introduit la requête devant la Cour européenne des droits de l'homme qui soutient que la politique climatique de 33 États parties est incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme³.

1. A. CARAPON, « Les ambiguïtés du débat actuel sur les droits de l'enfant », in J. RUBELLIN-DEVICHI et M. ANDRIEU (dir.), *Enfance et violence*, Lyon, PUL, 1992, p. 165.

2. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>.

3. Cour eur. D.H., *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et autres*, requête n° 39371/20. L'affaire est pendante devant la Grande Chambre.

Rousseau soulignait déjà cette tension dialectique en relevant que l'enfance était la condition de l'humanité : on ne peut pas être homme si on n'a pas été enfant⁴. L'enfance n'est pas une succession de seuils à franchir pour atteindre le stade parfait qui serait celui de l'adulte. Les stades par lesquels passe l'enfant, propres à chaque âge, sont tout aussi parfaits que le stade adulte mais différents. *L'enfant est notre semblable, non seulement dans le devenir humain qu'il porte en lui, mais dans son enfance même*⁵. Tout comme l'adulte, l'enfant a le droit d'être ce qu'il est. Sa manière d'être au monde et son opinion ont la même valeur que celles de l'adulte. Il s'agit plus de penser l'articulation entre l'enfant et l'adulte en termes d'équivalence qu'en termes de seuils à gravir.

Si l'enfant est un être humain comme l'adulte, il a droit au même respect que celui qui est dû à ce dernier. Il s'en déduit deux conséquences. D'une part, l'égalité dans la commune humanité fonde le respect des différences. L'enfant doit être tenu pour un enfant et non pour un mini-adulte qu'il n'est pas. D'autre part, cette égalité constitue également la limite des différences. L'enfant n'a pas à être exclu des scènes où il a la capacité d'être acteur.

La tension dialectique ne peut pas être vécue de manière épanouissante par l'enfant sans un engagement massif des adultes et de l'État. Il est l'avenir de la nation et, à ce titre, celle-ci doit investir pour faire de lui un acteur responsable. Tout commence donc par la solidarité sociale (la fraternité) sous ses multiples formes (famille, école...) sans laquelle les enfants ne sont pas en mesure de se développer. L'enfant devient ce qu'il reçoit, comme en témoigne l'histoire de Mowgli. La responsabilité est une maladie contagieuse que l'on acquiert en fréquentant des personnes responsables. Sans cette solidarité sociale, pas d'égalité possible, que ce soit une égalité entre l'adulte et l'enfant ou une égalité entre les enfants. La solidarité s'identifie au respect des différences. Elle permet à l'enfant d'être enfant. L'égalité intègre donc le respect de la différence des places et des responsabilités. Un enfant a besoin des adultes pour se développer et s'épanouir. L'engagement du monde adulte au profit de l'enfance est une condition *sine qua non* de la commune humanité. Enfin, l'égalité est la source des libertés entendues à la fois comme la limite des différences et le soutien dans le développement de l'enfant tenu comme un être unique qui se définit progressivement.

Les choses sont toutefois plus complexes en raison, notamment, de ce que le droit est le lieu de l'expression du pouvoir. Il garantit ses auteurs contre les menaces et les dangers, il rencontre leur besoin, il structure le maintien et

⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Émile, ou De l'éducation*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 133.

⁵ D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, p. 22.

la reproduction de l'espèce. Dans cette perspective, le droit doit contribuer à faire de l'enfant un bon citoyen, car il est celui qui devra assurer l'avenir paisible des puissants d'aujourd'hui et « payer les pensions de demain ». La solidarité s'articule autour de ce besoin des auteurs de la loi et n'a donc pas automatiquement l'enfant comme principal objet d'intérêt. Comme on pourra le constater plus loin, la prévention de la délinquance est probablement la principale source d'inspiration des dispositifs légaux qui concernent le statut juridique des enfants.

§ 2. La tension dialectique et droit

Le droit n'a pas toujours rendu compte de la même manière de la tension au cœur de laquelle se trouve l'enfant. De manière schématique, nous dégagons trois modèles : le modèle du Code civil de 1804 ou de la puissance paternelle (1), le modèle de la protection par l'État (modèle protectionnel au sens large) (2) et le modèle des droits de l'enfant (3). Chacun de ces modèles repose sur une vision de l'enfant et articule, d'une manière spécifique, les pôles de la tension.

Si ces modèles sont apparus successivement dans le temps, ils sont, à l'heure actuelle, imbriqués les uns dans les autres. Ils ne se sont pas suivis en se substituant l'un à l'autre, mais se sont superposés sous la forme de strates, le précédent servant d'appui au nouveau. Toutefois, en géologie, les strates qui se superposent ne couvrent pas nécessairement la même surface en sorte que, vue du dessus, des strates anciennes peuvent constituer le sol à certains endroits alors qu'à d'autres, elles forment le sous-sol comme l'illustre ces deux figures :



De la même manière, dans les textes et dans les pratiques, les modèles plus anciens n'ont pas complètement disparu. Ils cohabitent avec le plus récent dans le même système de droit. Par conséquent, les différentes visions de l'enfant qu'ils soutiennent sont toutes présentes, dans le même dispositif, en sorte que celui-ci renvoie une image fragmentée et peu cohérente de l'enfant.

A. Le modèle du Code civil de 1804 : protection par le père de famille

Le Code civil de 1804 donne de l'enfant la vision d'un être inachevé : il n'est pas encore adulte et n'a pas encore atteint le stade de perfection. La tension

est donc résolue en fixant la différence dans le présent et la similitude dans l'avenir. Le Code civil met l'accent sur la différence qui sépare les mineurs des majeurs. Les enfants 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'expérience⁶. Il s'impose donc de les guider, de les éduquer, de pourvoir à leur entretien et de les protéger.

Cette mise en avant de la différence prend deux formes qui se soutiennent mutuellement. D'une part, le mineur est frappé d'incapacité civile. Il ne peut pas exercer lui-même les droits dont il est titulaire. D'autre part, dans une vision aristotélicienne, le père est reconnu comme étant l'éducateur naturel et le plus adéquat de son enfant au terme du syllogisme suivant : le père aime son enfant et il ne peut donc vouloir que son bien ; le père est membre de la cité et, en raison de son attachement à celle-ci, il œuvre à sa prospérité et à sa sécurité ; en conclusion, le père cherche nécessairement à faire de son enfant un bon citoyen pour demain⁷. L'intérêt de l'enfant correspond ainsi à l'intérêt de la famille qui lui-même s'identifie à l'intérêt général⁸. Autrement dit, l'enfant ne se dissocie pas de ses parents. Il n'est vu que comme un élément constitutif de la famille sans personnalité autonome.

En raison de la présomption d'affection du père pour l'enfant, la puissance paternelle est absolue. Il n'y a aucun motif de se méfier de celui qui aime son enfant et qui veut son bien. Comme le père cherche dans l'éducation de son enfant ce qui profite à l'intérêt général, les auteurs du Code civil ont exclu un contrôle de l'autorité du père et ils ont consacré le caractère inviolable de la famille qui est présentée comme un cénacle sacré où l'État ne peut pas pénétrer⁹. Ainsi, le modèle du Code civil se justifie par la différence de l'enfant et

⁶ Sur les postulats qui soutiennent l'image du mineur que véhicule le Code civil, voy. not. G. CAPPELAERE, « Vers un Code pénal de la jeunesse ? La responsabilité de l'enfant comme point de départ », in Ph. MARIE (réal.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 246.

⁷ La puissance paternelle repose sur une juste présomption que le père n'usera de son autorité que par un sentiment d'affection et pour l'intérêt de l'enfant; qu'il n'agira que pour remettre dans le chemin de l'honneur, sans l'entacher, un enfant qu'il aime; mais que cette tendresse même l'oblige de corriger : ce sera en effet le cas le plus ordinaire, celui par conséquent que la loi doit supposer (Procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 8 vendémiaire an XI, in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Commentaire et complément des Codes français*, t. III, Bruxelles, Tarlier, 1836, p. 320. Dans le même sens, voy. le procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 20 brumaire an XI, *ibid.*, p. 326).

⁸ Voy. M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3, Bruxelles, Presses universitaires St-Louis, 1990, p. 29 et les réf. citées.

⁹ Procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 8 vendémiaire an XI et procès-verbal de la séance du Conseil d'État du 20 brumaire an XI, in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Commentaire et complément des Codes français*, t. III, op. cit., pp. 320 et 326.

la protection qu'elle requiert, alors que, de manière paradoxale, il ne permet juridiquement pas à ce dernier de faire appel à une aide extérieure s'il fait l'objet d'abus de son père.

Toutefois, dans cette approche, l'image du mineur comme être faible et inachevé ne tient pas jusqu'au bout. Elle disparaît devant la figure de la victime (voy. *infra*)¹⁰. Le mineur incapable est responsable de ses quasi-délits¹¹. Même s'il est représenté en justice, sa responsabilité civile peut être mise en cause dès qu'il a atteint l'âge de raison fixé aux environs de 7 ans. Au pénal, il doit répondre de ses délits. Au-dessus de l'âge de 16 ans, le mineur est assimilé à l'adulte. S'il est coupable, il sera condamné à une peine. En dessous de cet âge, s'il n'est pas établi qu'il a le discernement pénal (entendu comme l'intelligence de la criminalité de l'acte), il est acquitté et renvoyé à la discipline de son père. Par contre, s'il a le discernement, il peut être déclaré coupable et sanctionné pénalement¹².

Le souci de la sécurité publique qui justifie cette limite du respect des différences et qui est à l'origine d'une incohérence dans le statut du mineur sera un élément déterminant dans les transformations que subira, par la suite, la place reconnue à l'enfant sur le plan juridique.

B. Le modèle de la protection par l'État

L'avènement du modèle de la protection de l'État que nous qualifions de protectionnel (sans le réduire au droit protectionnel belge actuel au sens strict) trouve son fondement dans la remise en question du caractère absolu de la puissance paternelle qui s'opère à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle au nom précisément de la sécurité publique que l'on vient d'évoquer. L'idée s'impose progressivement que les pères peuvent être inadéquats¹³ et que le développement de la délinquance juvénile est lié aux mauvaises conditions d'éducation des mineurs¹⁴. Il s'avère donc nécessaire pour l'État de pénétrer

¹⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 87, n° 80.

¹¹ Voy. art. 1310 du Code Napoléon.

¹² Sur le régime applicable au mineur délinquant au XIX^e siècle, voy. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, *Le droit de la jeunesse en Belgique. Aide, assistance et protection*, Bruxelles, Larcier, pp. 22 et s.

¹³ L'État doit lutter contre la dépravation des mœurs et l'affaiblissement de l'esprit de famille et du sentiment de dignité paternelle (Projet de loi pour la répression du vagabondage et de la mendicité, Rapport fait au Sénat par M. ROBERTI, *Pasin.*, 1891, p. 458).

¹⁴ C'est parmi ces enfants, livrés à la corruption dès le premier âge et par ceux-là mêmes à qui la nature et la loi confèrent la mission de leur éducation, que se recrute l'armée du vagabondage, de la prostitution et du crime (Projet de loi pour la protection de l'enfance, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1889-1890, n° 302, p. 26).

dans les familles afin de contrôler ce qui s'y passe, d'y empêcher les abus et d'en combler les carences à titre curatif, mais aussi à titre préventif¹⁵.

Pour justifier ce contrôle social et cette police des familles, les juristes ont été contraints d'individualiser la personne de l'enfant au sein de la sphère familiale. Son intérêt ne correspond plus nécessairement à l'éducation que lui donnent ses parents. Le concept d'intérêt de l'enfant, au contenu vague et flou, est l'instrument juridique qui a permis cette individualisation. Toutefois, celle-ci se fait moins au bénéfice de l'enfant qu'au profit de l'État. Il est de l'intérêt de tous que le mineur reçoive une bonne éducation afin de devenir un bon citoyen. Par conséquent, si les parents ne s'acquittent pas adéquatement de cette tâche, les impératifs de la sécurité publique commandent que l'État prenne le relais : l'intérêt de l'enfant doit correspondre à l'intérêt de l'État même si la famille n'est pas en mesure de l'assurer¹⁶. Le nouveau modèle ne change donc pas l'objectif à atteindre (garantir la bonne éducation citoyenne et la sécurité publique), mais seulement la méthode pour l'atteindre : l'État met les familles sous tutelle pour prévenir la délinquance¹⁷ et l'éducation remplace la prison¹⁸. La déchéance des droits parentaux, la surveillance dans le milieu, l'assistance éducative, les diverses formes de placements et l'enfermement sont les principales mesures que le modèle protectionnel a, au fil du temps, instauré, d'une part, pour protéger les mineurs victimes de leurs conditions d'éducation ou se mettant eux-mêmes en danger, et, d'autre part, pour contrôler les mineurs dits « prédélinquants » et rééduquer les mineurs délinquants.

¹⁵ Il faut que des mesures préventives interviennent pour réformer les penchants vicieux alors qu'il est encore temps de les combattre (*Doc. parl., ibid.*).

¹⁶ Quand la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant sont menacées ; quand il est vrai de dire qu'en réalité il n'a pas de parents ou qu'il vaudrait mieux pour lui n'avoir jamais connu les siens, le législateur peut-il se détourner et refuser aux pouvoirs publics le droit de pénétrer dans le sanctuaire profané de la famille ? (Projet de loi pour la protection de l'enfance, Rapport fait au nom de la section centrale par M. COLAERT, séance du 27 avril 1892, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1892-1893, n° 159, p. 100).

¹⁷ Au fil des législations, les parents ont fait l'objet d'un contrôle sans cesse croissant. Réservée, au départ, à des situations exceptionnelles dans la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance (déchéance de l'autorité parentale), l'intervention étatique à l'égard des parents a progressivement connu une extension maximale d'abord au travers des situations de danger (la loi du 8 avril 1965 visait tant l'état actif [le mineur se met en danger] que l'état passif [le mineur est mis en danger]), puis, plus tard, au travers des simples situations de difficulté (le décret de la Communauté française du 4 mars 1991 et, aujourd'hui, le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse il ne faut même pas justifier d'une négligence ou une faute du mineur ou des parents pour justifier l'intervention des instances publiques d'aide volontaire).

¹⁸ Puisqu'il est encore susceptible d'amendement, on doit s'efforcer de l'empêcher de retomber dans la violation de la loi. Il faut donc regarder cette violation moins comme un fait punissable que comme un symptôme de son état moral et dès lors lui appliquer un traitement qui puisse avoir effet sur son individualité encore imprécise et malléable (intervention de H. CARTON DE WIART, ministre de la Justice, séance plénière de la Chambre du 2 avril 1912, *Pasin.*, 1912, p. 317).

Si le modèle protectionnel affirme le droit du mineur à la protection, celui-ci est surtout un prétexte pour pénétrer dans la sphère familiale. En effet, l'individualisation dont l'enfant fait l'objet se justifie plus par la nécessité pour l'État de garantir sa sécurité et « la reproduction de l'espèce » que par une volonté de reconnaître la qualité de sujet de droits à l'enfant. Le nouveau modèle repose, comme le précédent, sur le caractère inachevé du stade de l'enfance et sur la différence qui existe entre l'enfant et l'adulte. Le mineur est, comme il l'était déjà dans le Code civil, tenu pour une personne, c'est-à-dire un sujet de droit (au singulier). Par contre, il n'est pas reconnu comme un sujet titulaire de droits subjectifs (sujet de droits au pluriel) dont il aurait personnellement l'exercice. Aussi, lorsqu'il est question de droits de l'enfant dans le modèle protectionnel, il s'agit principalement de droits-créances qui prennent la forme d'obligations imposées aux adultes de combler les besoins auxquels les enfants ne peuvent pourvoir par eux-mêmes¹⁹.

À l'obligation des parents d'éduquer adéquatement leur enfant correspond, dans leur chef, l'autorité parentale qui prend la forme d'un droit-fonction. L'objectif de l'éducation qui se justifie par la différence est de conduire à la similitude, c'est-à-dire à l'autonomie et à la liberté. L'autorité est donc un modèle de relation qui doit tenir compte à la fois des besoins, mais également de la capacité de fait, c'est-à-dire du caractère progressif de l'acquisition de la similitude. Ce passage du droit absolu de la puissance paternelle au droit-fonction de l'autorité parentale est à l'origine d'une transformation des relations entre les enfants et les parents. Dans le modèle protectionnel, les mineurs acquièrent une certaine existence sur la scène juridique où ils peuvent être présents autrement qu'à travers leurs parents. Un certain espace de différenciation se dégage. Mais la logique n'est pas poussée jusqu'au bout. Tout comme sa famille, le mineur est placé sous la tutelle de l'État. Il ne peut pas lui-même saisir les instances protectionnelles. L'appréciation de la nécessité d'intervenir est laissée à la discrétion des autorités. Peu de place est réservée à la parole de l'enfant. Les adultes responsables savent ce qui est bon pour lui. Il peut être séparé de ses parents contre son gré, parfois même sans avoir la possibilité de se faire entendre.

¹⁹ À cet égard, voy. la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 qui garantit sous forme de droits ce qui constitue en réalité les besoins de l'enfant qu'il ne peut combler lui-même. Ce texte vise notamment l'interdiction de la discrimination, l'intérêt de l'enfant comme considération primordiale, une protection spéciale, une alimentation adaptée, des soins et une sécurité sociale, le logement, l'éducation, l'instruction, les loisirs, l'affection de ses parents...

C. Le modèle des droits de l'enfant

L'émergence du modèle des droits de l'enfant trouve notamment son origine dans la remise en cause d'une approche de l'enfant uniquement fondée sur la différence qui prenait la forme d'un paternalisme quasi absolu, même si, dans le modèle protectionnel, le paternalisme domestique a, en partie, fait place au paternalisme d'État. Le mineur ne disposait d'aucune garantie juridique lui permettant de faire valoir ses intérêts propres et sa vision de la situation. Il pouvait être étouffé par le paternalisme qui était censé le protéger. Des abus ont été dénoncés par certains acteurs du monde juridique²⁰, notamment les avocats²¹, mais, surtout, par des intervenants qui lui étaient extérieurs²². À partir des années 1970, un autre regard est progressivement porté sur l'enfant dans les sphères juridique et judiciaire, qui met en avant l'équivalence qui existe entre le stade de l'enfance et le stade adulte. La similitude n'est pas seulement à venir, elle est déjà présente, car l'enfant est un être humain au même titre que l'adulte. Il doit donc pouvoir exercer ses droits fondamentaux comme toute personne. La jurisprudence, puis le législateur, ont imposé des limites aux pouvoirs des instances et des juridictions en charge de la protection des mineurs délinquants et en danger en invoquant le respect dû aux droits fondamentaux

²⁰ À cet égard, deux arrêts de la Cour suprême des États-Unis ont joué un rôle essentiel. Il s'agit des arrêts *Kent* (383 U.S. 541 [1966]) et *Gault* (387 U.S. 1 [1967]) qui ont jugé contraire à la Constitution américaine le fait que les règles du procès équitable ne devaient pas être respectées dans le modèle protectionnel mis en œuvre aux USA : l'histoire de la juridiction pour mineurs a démontré qu'un pouvoir discrétionnaire illimité, même motivé par la bienveillance, est fréquemment un pauvre substitut par rapport aux principes et à la procédure... Les dérogations aux principes établis du procès équitable n'ont pas engendré une procédure éclairée, mais l'arbitraire (arrêt *Gault*, pp. 18-19). Sur ces arrêts et leur influence, voy. B.-S. ALPER, « L'affaire Gault : une mise à l'épreuve du tribunal de la jeunesse », *Rev. dr. pén. crim.*, 1971-1972, pp. 769-797 ; M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 142 ; A. MORIN, *Principes de responsabilité en matière de délinquance juvénile au Canada*, Montréal, W&L, 1992, pp. 25 et s. ; Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 549 et s.

²¹ Sur la naissance des permanences jeunesse, voy. « Défense des mineurs devant les juridictions de la jeunesse et droit des jeunes en Communauté française », *Protection de la jeunesse et droits de la défense*, Actes du colloque du 15 septembre 1990 aux Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, pp. 5 et s. ; B. CRESPIN, « Permanence d'avocats aux tribunaux de la jeunesse. Répondre aux carences », *Chronique de la Ligue belge de la défense des droits de l'homme*, novembre 1980, n° 4-5, pp. 16 et s. ; CJEF, *Le nouvel ordre protecteur*, Bruxelles, 1981, pp. 119 et s. ; P. HENRY, A. DELVAUX et Ph. JAMART, *Vade-mecum de l'avocat intervenant près du tribunal de la jeunesse*, éd. du Jeune barreau de Liège, 1987 ; J.-M. FREDERICK, « La défense des mineurs à Verviers », *J.D.J.*, 1989, n° 8, p. 13 ; I. DE JONGHE, « Rechtsbijstand voor minderjarigen bij de jeugdrechtsbank te Antwerpen », *Panopticon*, 1987, pp. 278 et s. ; Th. MOREAU, « Le rôle de l'avocat du mineur : les textes et la pratique », *J.D.J.*, 1999, n° 182, pp. 11 et s.

²² Voy. not. Conseil de la jeunesse d'expression française (CJEF), *Le livre blanc de la protection de la jeunesse*, 3^e éd., Bruxelles, CJEF, 1979 ; CJEF, *Le nouvel ordre protecteur*, op. cit. ; Service droit des jeunes, *Quinze ans après*, éd. Jeunesse et Droit, 1993 ; J.-P. BARTHOLOMÉ, « Service droit des jeunes - 10 ans », *J.D.J.*, 1988, n° 8, pp. 9 et s. ; « Des services A.M.O. comme les autres », *J.D.J.*, 1999, n° 183, p. 40 ; P. MARTENS, « Les vingt ans des services droits des jeunes », *J.D.J.*, 1999, n° 183, pp. 4 et s. ; J.-C. WALFISZ, *Engagez-vous qu'ils disaient. Histoire des services droits des jeunes*, Liège, éd. Jeunesse et Droit, 2011.

du mineur, et notamment le droit à un procès équitable, le droit à la liberté et le droit à la vie privée.

Dans le prolongement de cette approche, à la fin des années 1980, début des années 1990, s'amorce un mouvement à travers lequel le législateur et la jurisprudence ont concédé de plus en plus d'exceptions à la règle de l'incapacité civile permettant au mineur d'exercer lui-même certains droits subjectifs²³. En Belgique, en 1990, l'âge de la majorité civile a été abaissé de 21 à 18 ans réduisant d'autant la période où la différence des jeunes par rapport aux adultes est juridiquement reconnue, mais aussi garantie. De nouvelles formes de participation sont apparues comme le droit du mineur d'être entendu dans les procédures qui le concernent auxquelles il n'est pourtant pas partie²⁴.

La Convention des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 a consacré les droits fondamentaux du mineur et le regard nouveau porté sur l'enfant du point de vue juridique. Ce texte ne remet pas en question le droit de l'enfant à la protection. Son apport se situe au niveau de la forme que la protection doit prendre que le droit soumet à un double impératif. D'une part, qu'elle soit l'œuvre des parents ou de l'État, celle-ci ne peut avoir comme seule finalité que le respect de la qualité de sujet du mineur en ce qu'il est *même* et *autre* que l'adulte. D'autre part, elle ne peut être mise en œuvre qu'en respectant ses droits fondamentaux.

Reconnaître que l'enfant est un sujet à l'instar de l'adulte tout en étant différent de celui-ci a deux conséquences sur le plan juridique. D'une part, l'enfant et l'adulte sont égaux en droit. Tant le mineur que le majeur sont des sujets de droits à qui doit être reconnu, de manière équivalente, le bénéfice des droits humains. D'autre part, l'égalité en droit est le fondement du respect des différences factuelles qui caractérisent le mineur. En effet, si l'enfant n'est pas appréhendé dans sa spécificité, il n'est pas tenu pour un sujet de droits, mais un (mini) adulte qu'il n'est pas. Ce respect des différences peut prendre plusieurs formes sur le plan juridique : tantôt renforcer, au bénéfice de l'enfant, les droits fondamentaux reconnus à l'adulte, tantôt assouplir ces derniers, tantôt instituer des droits spécifiques propres à l'enfant. Mais l'égalité en droit est aussi la limite du champ des différences. En effet, enfermer l'enfant dans un traitement juridique à ce point différent que ses droits fondamentaux ne seraient plus garantis revient tout autant à nier sa qualité de sujet de droits que de ne pas

²³ Sur ces exceptions, voy. Th. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », in P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSLICK (dir.), *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1998, pp. 161 et s. ; C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *J.T.*, 2009, pp. 485 et s.

²⁴ Sur les spécificités de ce droit, voy. Th. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », *J.D.J.*, n° 257, 2006, pp. 23 et s.

respecter les différences. La tension entre l'enfant même et autre que l'adulte est donc permanente si on veut que l'approche juridique colle au plus près à la réalité de l'enfant.

Section 2. L'incapacité civile

L'institution de l'incapacité civile du mineur a persisté tout au long de la chronologie observée au point précédent. Il nous paraît donc utile de nous attarder sur les fonctions exercées par ce mécanisme dans les différents modèles.

§ 1. Un principe qui se maintient au fil de l'évolution

Le Code civil de 1804 frappe le mineur d'incapacité juridique dans une finalité de protection dont l'objet n'est pas nécessairement le mineur. Dans un modèle où l'enfant est sous la puissance quasi absolue du père, il se justifie que sa protection soit la personne de son père qui agit en son nom et pour son compte tout en étant le relais de l'État. À l'époque, l'incapacité civile se conjugue plus au temps de la protection de la sauvegarde du patrimoine, de l'intérêt général et de la sécurité publique qu'à celui de la protection de la personne de l'enfant qui pouvait d'ailleurs être embastillé dans les prisons de l'État par simple décision de son père²⁵.

L'incapacité prive le mineur de la jouissance de certains droits (p. ex. le droit de vote) et l'empêche d'exercer personnellement les droits dont il est titulaire, et ce jusqu'au jour où il accédera à l'âge de la majorité civile (art. 488 C. civ.). Le temps qui s'écoule avant cet âge est celui de la minorité. Il est censé correspondre à la durée nécessaire pour assurer la formation et l'éducation du mineur avant qu'il ne soit capable de vivre de manière adulte et autonome. 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 légale²⁶.

Le modèle protectionnel n'a pas supprimé le principe de l'incapacité, mais il a modifié la fonction paternelle. Le père se voit privé du droit d'emprisonner son enfant. Le droit de correction paternelle est transféré au juge des enfants.

²⁵ Art. 376 Code Napoléon : si l'enfant est âgé de moins de 16 ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois [...]. Art. 377 du même code : depuis l'âge de 16 ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention pendant six mois au plus. Il s'adressera au président du tribunal, qui [...] délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera.

²⁶ Sur le statut juridique du mineur, voy. not. Th. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », in P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBLOCK, *L'autonomie du mineur*, op. cit., pp. 161 et s.

Le modèle des droits de l'enfant ne supprime pas non plus formellement le principe de l'incapacité, mais le fait cohabiter avec le droit de l'enfant à l'épanouissement et à l'autodétermination incluant ainsi une certaine capacité d'exercice de ses droits fondamentaux. Il devient dès lors de plus en plus difficile de déterminer si l'incapacité est la règle ou l'exception.

L'incapacité doit donc aujourd'hui « se débrouiller » avec les trois modèles qui se superposent sans se substituer l'un à l'autre, rendant complexe l'analyse de sa fonction dès lors que, si le principe demeure, ses finalités fluctuent.

§ 2. Le mécanisme et effets

Même si, dans le Code civil de 1804 et le modèle protectionnel, 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 du discernement reste, en théorie, juridiquement incapable. Il n'est donc pas pleinement acteur et sujet dans le champ du droit.

Techniquement, l'incapacité civile prend la forme d'une présomption, c'est-à-dire 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 doit pas être traitée comme une description ou comme une hypothèse concernant la réalité. La présomption est une « entorse à la vérité » qui fonctionne comme moyen de réaliser certaines valeurs²⁷.

En sus, en ce qui concerne la présomption d'incapacité qui nous occupe, son caractère irréfragable empêche toute prise en considération d'une capacité de fait individuelle et, dès lors, enferme irrémédiablement le mineur dans la différence. Le principe de l'incapacité n'offre, par lui-même, aucune ouverture vers la similitude. Celle-ci ne peut advenir que si le législateur ou le juge introduisent des exceptions au principe d'incapacité.

Cette incapacité non questionnable s'accompagne de 0 à 18 ans d'une soumission à un régime de représentation légale. Paradoxalement, le mandat élimine le mandant. En effet, seules les personnes désignées par la loi peuvent non seulement exercer ses droits mais, en plus, décider s'il y a lieu ou non de les exercer, et ce en raison de l'articulation du mécanisme de la représentation légale avec celui de la puissance paternelle ou, plus tard, de l'autorité parentale.

²⁷ Fr. TULKENS, « Les impasses du discours de la responsabilité dans la repénalisation de la protection de la jeunesse », in *La criminologie au prétoire*, Gand, Story-Scientia, 1985, p. 18 ; voy. égal. dans le même sens P. FORIERS, « Présomptions et fictions », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 10.

Si la présomption d'incapacité civile constitue sans doute un moyen utile pour atteindre les finalités fixées par les auteurs du Code civil de 1804, elle 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 et au fait que le stade de l'enfance et celui de l'adolescence ont une valeur équivalente au stade adulte. 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. D'un autre côté, la présomption d'incapacité ne permet pas de rendre compte de l'évolution de l'enfant, de ses passages et de ses expériences initiales. 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. Le droit altère la réalité en maintenant, à quelques rares exceptions près, le principe de l'incapacité juridique durant toute la minorité. En raison du « mensonge légal » que constitue la présomption d'incapacité, même si, concrètement, il a autant de maturité que le majeur, le mineur n'est, par principe, pas admis à exercer les droits dont il est titulaire. Dans une telle perspective, le droit apparaît comme une affaire d'adultes où l'enfant se voit assigner une posture d'assujettissement et de soumission dans l'attente d'accéder à son tour au statut d'adulte pour être autorisé à « venir jouer dans la cour des grands ».

Parce qu'il est toutefois impossible de nier jusqu'au bout les facultés dont témoigne concrètement le mineur, la doctrine et la jurisprudence ont, très tôt, distingué l'incapacité naturelle de l'incapacité de protection²⁸. L'incapacité serait naturelle tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge du discernement²⁹. Une fois cet âge atteint, l'incapacité serait un mécanisme de protection pour protéger le mineur contre son inexpérience ou sa témérité³⁰. Le critère retenu

²⁸ Voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., op. cit., t. II, p. 9, n° 2bis, et p. 29, n° 15; P. MAHILLON, « La capacité du mineur non émancipé », J.T., 1973, p. 530; Ch. CAMPIONI, *L'État et l'enfant*, Bruxelles, éd. P. Van Fleteren, 1914, pp. 66-67.

²⁹ *Les Nouvelles*, Protection de la jeunesse, P. MAHILLON (dir.), Bruxelles, Larcier, 1978, n° 26. On considère généralement que l'incapacité naturelle est absolue. Théoriquement, c'est donc la nullité absolue qui doit être la sanction de tout acte posé par le mineur non doué de discernement sans l'intervention de son représentant puisqu'il y manque un élément essentiel, la volonté. Néanmoins, cette nullité est habituellement assimilée à une nullité relative (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., op. cit., t. I, p. 88, n° 81), c'est-à-dire qu'elle ne peut être soulevée que par les représentants légaux durant la minorité du jeune ou par celui-ci une fois qu'il est devenu majeur (art. 1304, al. 3, anc. C. civ.) et par ses héritiers.

³⁰ Dans le second âge, vers l'époque de la puberté, l'enfant a déjà observé, réfléchi. Mais c'est à ce moment même où l'esprit commence à déployer ses ailes, où nulle expérience n'a formé le jugement; c'est à ce moment où, faisant le premier pas dans la vie, livré sans défense à toutes les passions qui s'emparent de son cœur, vivant de désirs, exagérant ses espérances, s'aveuglant sur les obstacles, qu'il a surtout besoin

pour opérer la distinction entre les deux catégories est donc le discernement, notion sur laquelle nous reviendrons plus loin (voy. *infra*, Section 3, § 4, B). Toutefois, à ce stade, on peut déjà formuler deux observations. D'une part, cette notion n'est pas définie par la loi qui ne fixe pas non plus un âge précis à partir duquel le mineur est présumé en jouir, pas plus qu'elle n'en précise les conditions d'existence. C'est une question de fait laissée à l'appréciation discrétionnaire des cours et tribunaux en fonction des circonstances d'espèce, de l'âge de l'enfant, de son développement, de la nature et de l'enjeu de l'acte, etc.³¹. Le discernement n'est donc reconnu que par l'appréciation que porte un tiers sur les facultés de jugement de l'enfant. D'autre part, le discernement présente, dans son sens commun, une certaine parenté avec la capacité puisqu'il suppose chez celui qui en jouit l'aptitude à apprécier un objet à sa juste valeur. Pourtant, sur le plan juridique, la constatation du discernement dans le chef du mineur ne lui confère pas la pleine capacité juridique. Le discernement et la capacité sont donc des concepts qui ne s'identifient pas.

§ 3. Une incapacité au périmètre limité

L'image du mineur incapable, que ses parents forment et éduquent pour qu'il devienne, demain, un bon citoyen, ne résiste toutefois pas jusqu'au bout et elle cède sur deux plans.

Le premier est celui de la responsabilité et du crime que nous avons déjà abordé. La cohérence aurait voulu qu'à l'incapacité civile, qui empêche le mineur de se prendre en charge et d'administrer son patrimoine, corresponde l'irresponsabilité qu'elle soit civile ou pénale. 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, selon la jurisprudence et la doctrine, sur la base de l'article 1382 de l'ancien Code civil, le mineur doué de discernement

qu'une main ferme le protège contre ces nouveaux ennemis, le dirige à travers ces écueils, dompte ou modère à leur naissance ces passions, tourment ou bonheur de la vie, selon qu'une main maladroite leur aura donné une bonne ou mauvaise direction (Exposé des motifs du Titre IX du Livre I du Code civil par l'orateur du gouvernement Réal cité par Ch. CAMPIONI, *L'État et l'enfant*, op. cit., p. 66). Voy. égal. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., op. cit., t. I, p. 87, n° 80. À cet âge, l'incapacité n'a donc de sens qu'en tant qu'elle participe à la protection du mineur (L. MISSON, M. NÉVÉ et E. DUFRASNE, « La capacité d'ester en justice, de la femme mariée hier, du mineur aujourd'hui », *J.L.M.B.*, Centenaire, 1888-1988, p. 267). C'est la raison pour laquelle, lorsque le mineur pose seul un acte qui requiert normalement l'intervention de son représentant, la nullité de cet acte n'est que relative.

³¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., op. cit., t. I, p. 81, n° 78 et p. 87, n° 80; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4^e éd. (mis à jour par J.-P. MASSON), op. cit., t. II, vol. 2, p. 1132, n° 1215; P. MAHILLON, « La capacité du mineur non émancipé », op. cit., p. 530; V. POULEAU, « Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé », *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 5. Voy. égal. B. DUBUISSON, « Autonomie et irresponsabilité du mineur », in P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBLOCK (dir.), *L'autonomie du mineur*, op. cit., p. 83 et les réf. citées en note 4.

est civilement responsable de son quasi-délit³². 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*³³. De même, lorsqu'il commet une infraction, le mineur doit répondre de son acte sans représentation légale, que ce soit devant les juridictions pénales avant la loi du 15 mai 1912 ou devant les juridictions de la jeunesse depuis. Toutefois, aujourd'hui encore, via la procédure de dessaisissement, le mineur âgé de 16 ans accomplis peut encore, dans certains cas, se voir appliquer la procédure pénale et le droit pénal des adultes sans aucune protection particulière. Dans la procédure protectionnelle, que ce soit dans le cadre de l'action publique ou dans le débat sur les intérêts civils, le mineur n'est pas représenté devant les juridictions de la jeunesse et il doit se défendre en personne. En outre, la justice restauratrice, considérée actuellement comme étant la forme prioritaire que doit prendre la réaction sociale à la délinquance juvénile, suppose une capacité et une responsabilité dans le chef du mineur qui agit seul : il négocie avec des adultes, il signe des accords de médiation, il est pleinement acteur des concertations en groupe, il peut s'obliger à réparer le dommage, il développe des relations avec la victime et prend des engagements... L'enfant se voit ainsi signifier une image paradoxale de juridiquement incapable et de factuellement responsable³⁴.

Le second plan est celui de la présomption d'incapacité elle-même. Comme déjà relevé, en soi, elle ne permet aucune prise en considération de la capacité de fait du mineur. Toutefois, dans une série de domaines de l'existence, cette option est devenue intenable sur le plan pratique. La loi et la jurisprudence vont ainsi, au fil du temps, instituer ou reconnaître de plus en plus d'exceptions particulières à l'incapacité civile en reconnaissant au mineur la possibilité d'exercer certains droits en raison de ses facultés de jugement dont il jouit concrètement (voy. *infra*, Section 3).

Le droit renvoie ainsi aujourd'hui au mineur une image de lui-même qui est largement morcelée. En fonction d'intérêts divers qui, bien souvent, sont autres que le sien, le mineur est tantôt présumé incapable, tantôt reconnu comme partiellement capable, tantôt tenu responsable. La cohérence du dispositif ne semble pas devoir être recherchée du côté de l'image que le droit renvoie de

³² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., op. cit., t. I, p. 30, n° 17 ; P. MAHILLON, « La capacité du mineur non émancipé », J.T., 1973, p. 532.

³³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., op. cit., t. I, p. 87, n° 80.

³⁴ Sur ces questions, voy. Th. MOREAU, « Mineur incapable, mineur responsable. Quelques réflexions sur la place reconnue au mineur et à ses droits fondamentaux dans la réforme », in *Réforme du droit de la jeunesse. Questions spéciales*, C.U.P., vol. 97, 11/2007, Liège, Anthémis, 2007, pp. 151 et s.

lui-même à l'enfant, mais bien dans le souci de protection de l'intérêt général et de la sécurité publique. 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 le mineur, 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 sont porteurs les jeunes.

La reconnaissance de cette capacité partielle mais néanmoins de plus en plus large dans le chef du mineur, contemporaine du mouvement en faveur des droits de l'enfant, si elle peut être le moyen de lui reconnaître une plus large place d'acteur dans sa propre vie, peut également être l'aubaine pour le monde adulte de se décharger de ses obligations. Comme le souligne Y. Lernout, *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*³⁵. Il ne faudrait pas oublier la différence au nom de la reconnaissance de la similitude. Il s'impose, pour respecter la spécificité des jeunes, de penser ces deux dimensions comme étant en tension. Nous y reviendrons.

Section 3. Aujourd'hui, un mineur partiellement capable

Comme on vient de le relever, il existe de plus en plus de dérogations à la présomption d'incapacité d'exercice de ses droits par le mineur. Le phénomène, apparu à la fin des années 1980, n'a cessé de se développer accentuant ainsi la fragmentation de l'image du mineur dont le droit est porteur. Il s'observe dans toutes les branches du droit (droit civil, droit patrimonial, droit judiciaire, droit médical, droit social, droit du travail, droit commercial et financier, droit de l'aide et de la protection de la jeunesse, droits intellectuels, droit fiscal, etc.). En faire un inventaire totalement exhaustif n'est pas chose possible dans la présente contribution. Nous nous sommes limités à en relever certaines. Les unes sont l'œuvre du législateur (§ 1), les autres de la jurisprudence en droit interne (§ 2) ou devant la Cour européenne des droits de l'homme (§ 3). Nous proposons ensuite un relevé et une analyse des moyens techniques qui sont utilisés pour ainsi conférer cette capacité plus précoce au mineur (§ 4).

³⁵ Y. LERNOUT, « L'enfant, auteur de sa protection », *Dr. enfance et fam.*, 1990/1, n° 29, p. 111.

§ 1. Les dérogations décidées par le législateur

Nous avons décidé d'inventorier ces dérogations sous la forme de tableau. Celui-ci indique l'objet de la dérogation, le texte légal qui l'institue, sa date et le critère pivot utilisé pour déroger à l'incapacité du mineur (l'âge, le discernement ou tout autre facteur).

Nous avons veillé à indiquer, dans la dernière colonne du tableau lorsque la dérogation ainsi posée légalement aboutissait à conférer au mineur une véritable autonomie pour poser seul l'acte visé, « by-passant » en quelque sorte l'autorité parentale des parents.

	Matière	Source légale	Objet de la dérogation	Critère pivot	Autonomie totale du mineur ?
1.	Personne Constitution	Article 22bis, alinéa 1, de la Constitution Alinéa 2	Droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle Droit d'exprimer son opinion sur toute question qui le concerne. Droit à ce que son opinion soit prise en considération	Pas de critère pivot : « chaque enfant » Pas de critère pivot : « chaque enfant » Eu égard à son âge et à son discernement Pas de critère pivot : « chaque enfant » Pas de critère pivot : « chaque enfant »	
2.	Droit médical	Loi du 22 août 2002 sur les droits du patient, article 12, § 2	1. être associé aux décisions à prendre concernant sa santé selon son degré de maturité 2. exercer ses droits de patient de manière autonome (et donc notamment valablement consentir au contrat médical)	1. suivant son âge et sa maturité Appréciation = praticien professionnel 2. Patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts Appréciation = praticien professionnel PS « adolescents de 16 à 17 ans » considérés comme « ayant leur capacité de discernement » pour la vaccination Covid ³⁶	2. autonomie

³⁶ Recommandations en matière de vaccination pédiatrique contre le SARS-CoV-2 des enfants de 12 ans et plus en Belgique, https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/20210709_css-9655_conclusions-recommandations_vweb.pdf, p. 3 (consulté le 9.12.2023) ; pour un cas d'application, Trib. fam. Namur (1C ch.), 20 février 2022, *Act. dr. fam.*, liv. 5, p. 173, note M. KAMINSKI.

3.	Euthanasie	Loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs	Formuler une demande d'euthanasie (article 3, § 1 ^{er} , de la loi du 28 mai 2002) Sachant que les parents doivent marquer leur accord sur la demande du patient mineur (article 3, § 2, 7 ^o , de la loi du 28 mai 2002)	Le patient mineur doté de capacité de discernement se trouvant dans une situation médicale sans issue de souffrance psychologique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui entraîne le décès à brève échéance, et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable Appréciation = praticien professionnel	1. autonomie
4.	Prélèvement d'organes	Loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transposition d'organes	1. article 7, § 2 : consentir comme don- neur à un prélèvement d'organe au profit d'un frère ou d'une sœur 2. article 10, § 2, alinéa 2 : exprimer son opposition à un prélèvement d'organe après son décès 3. article 10, § 2bis : exprimer sa volonté expresse d'être donneur après le décès	1. personne ayant atteint l'âge de 12 ans qui est capable de manifester sa volonté Appréciation = médecin procédant au prélèvement 2. personne de moins de 18 ans capable de manifester sa volonté 3. toute personne capable de manifester sa volonté 2. et 3. appréciation = fonctionnaire communal ou médecin généraliste agréé réceptionnant le formulaire de manifestation de volonté ³⁷	1. autonomie 2. autonomie 3. autonomie

³⁷ L'Arrêté royal du 9 février 2020 relatif à l'enregistrement des déclarations de volonté concernant le prélèvement de matériel corporel humain, y compris les organes, après le décès, prévoit que les personnes visées à l'article 10, § 2, alinéa 2 (notamment) ne sont pas autorisées à manifester leur opposition ou accord express via l'auto-enregistrement électronique sur ehealth.fgov.be ou masante.be. Elles peuvent uniquement le faire en s'adressant à la commune ou à un médecin généraliste agréé. L'article 2, § 2, de l'arrêté royal prévoit que l'officier de l'état civil ou le médecin généraliste à qui est adressée une demande d'enregistrement doit vérifier l'identité du déclarant et lui communiquer toutes les informations disponibles permettant au déclarant d'exprimer sa volonté concernant le prélèvement d'organes après le décès à des fins thérapeutiques. On en peut logiquement en déduire que ceux-ci apprécient si le déclarant est ou non « capable d'exprimer sa volonté ».

5.	Prélèvement de tissus et cellules	Loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherches scientifiques, article 10 § 5, alinéa 2	Être informé des fins auxquelles le matériel corporel est conservé et donner son consentement préalable à cette utilisation et à ces fins, en cas de prélèvement de matériel sur un mineur tel qu'autorisé par l'article 10, § 3.	Personne mineure avec application de l'article 12 de la loi sur les droits des patients (article 10, § 3, al. 3) Donc le mineur 1. est associé à la décision suivant son âge et sa maturité 2. consent lui-même s'il peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts Appréciation = médecin pratiquant le prélèvement	2. autonomie
6.	Prélèvement de sang et dérivés de sang	Loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang, telle que modifiée par la loi du 19 mars 2013, article 9, alinéa 1	Donner son avis au médecin, celui-ci étant dans l'obligation de le recueillir pour effectuer, avec l'autorisation des représentants légaux, un prélèvement sur un mineur en cas d'extrême nécessité.	Mineur d'âge en mesure d'exprimer un consentement ou un avis Appréciation = médecin pratiquant le prélèvement	

7.	Expérimentations sur la personne humaine	Loi du 7 mai 2004 relatives aux expérimentations sur la personne humaine, article 7	- Le mineur est impliqué dans l'exercice du droit des parents de consentir à une expérimentation sur leur enfant mineur aux conditions de la loi. - Le mineur reçoit préalablement à l'expérimentation des informations adaptées à sa capacité de compréhension - La volonté du mineur est examinée et respectée par l'investigateur	- Tenant compte de son âge et de son degré de maturité - selon sa capacité de compréhension Appréciation = « personnel pédagogiquement qualifié » à qui il revient selon la loi de fournir ces informations au mineur (?) - dans la mesure où le mineur est capable de se former une opinion et d'évaluer les informations quant à sa participation à une expérimentation, à son refus d'y participer ou encore à son désir d'en être retiré. Appréciation = « investigateur », c'est-à-dire le médecin qualifié pour mener l'investigation (article 2, 17°)	
8.	Changement de sexe	Article 135/1, § 10, de l'ancien Code civil (issu de la loi portant dispositions diverses (...) du 8 juin 2018)	Faire devant l'officier de l'état civil une déclaration de sa conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement en vue d'une modification de l'enregistrement de son sexe.	Mineur doué de discernement à partir de l'âge de 16 ans + assistance des représentants légaux + attestation d'un pédopsychiatre qui confirme que l'intéressé dispose d'une faculté de discernement suffisante pour avoir la conviction durable que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement Appréciation = <i>pédopsychiatre</i>	

9.	Changement de prénom	Article 370/3, § 4, de l'ancien Code civil ³⁸	Demander à l'officier de l'état civil la modification de son prénom en cas de conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement, avec l'assistance de ses représentants légaux	À partir de l'âge de 12 ans	
		Article 349-2 de l'ancien Code civil ³⁹	Consentir à un changement de prénom(s) demandé au tribunal par les parents adoptifs	Avoir atteint l'âge de 12 ans	Autonomie
10.	Changement de nom	(article 313, § 4, 319bis, alinéa 3, 326/5, alinéa 3, de l'ancien Code civil ⁴⁰)	Se voir notifier ou signifier par l'officier de l'état civil la reconnaissance d'un de leur parent majeur donnant lieu à un changement de nom (reconnaissance maternelle, paternelle par un homme marié ou comaternelle.	Ayant atteint l'âge de 12 ans	
		(article 333, § 3, de l'ancien Code civil ⁴¹)	Se voir notifier par pli judiciaire le dispositif du jugement ou de l'arrêt qui donne lieu au changement de nom de leur père ou mère majeur.	ayant atteint l'âge de 12 ans	

³⁸ Issu de la loi du 8 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges.

³⁹ Issu de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption.

⁴⁰ Issus de la loi du 19 décembre 2023, M.B., 27 décembre 2023, p. 123028, art. 4, 5 et 6.

⁴¹ *Ibid.*, art. 8.

	(article 335, § 4, alinéa 1, et 335ter, § 3) ⁴²	Consentir à une modification de son nom lorsque sa filiation est modifiée.	avoir atteint l'âge de 12 ans	Autonomie
	(article 335sexies de l'ancien Code civil ⁴³)	Consentir à une modification de son nom consécutive à une modification du nom d'un parent dont il porte le nom ou une partie du nom	avoir atteint l'âge de 12 ans	Autonomie
	(article 370/4, § 1 ^{er} , alinéa 4, de l'ancien Code civil ⁴⁴)	- Consentir à l'extension du changement de nom obtenu par le parent dont il porte le nom ou une partie du nom, lorsque ce nom lui a été attribué après l'introduction par ce parent d'une demande de changement de nom par arrêté royal ou décision judiciaire	qui a atteint l'âge de 12 ans	Autonomie
	(article 370/8/1, § 3, alinéa 3, de l'ancien Code civil ⁴⁵)	- Consentir à l'extension du changement de nom demandé par le parent dont il porte le nom ou une partie du nom, lorsque l'officier de l'état civil a établi un acte de changement de nom dans la BAEC à la demande de ce parent.	ayant atteint l'âge de 12 ans	Autonomie

⁴² Ibid., art. 9.

⁴³ Ibid., art. 12.

⁴⁴ Tel qu'issu de la loi du 7 janvier 2024 modifiant l'ancien Code civil et le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue d'assouplir la procédure de changement de nom, M.B., 19 janvier 2024, p. 7479, art. 4.

⁴⁵ Ibid., art. 6.

11.	Funérailles et sépultures	Loi sur les funérailles et sépultures du 20 juillet 1971 articles 15bis et 21 Code de la démocratie locale et de la décentralisation (Région wallonne), article L 1232-17, § 2, et L 1232-23, § 1 ^{er} , al. 2	Informier par écrit l'officier de l'état civil de sa commune de ses dernières volontés concernant son mode de sépulture, la destination des cendres après crémation, le rite confessionnel ou non de ses obsèques.	16 ans (dès lors que l'acte doit satisfaire aux conditions de capacité des testaments)	Autonomie
12.	Carte d'identité	Arrêté royal du 10 décembre 1996 relatif aux différents documents d'identité pour les enfants de moins de douze ans, article 16bis tel que modifié par l'AR du 22 octobre 2013	Droit de disposer d'une carte d'identité électronique	Dès la naissance	
		Arrêté royal du 25 mars 2003 relatives aux cartes d'identité	Obligation/droit de disposer et d'être porteur de sa carte d'identité	15 ans	Autonomie
13.	Passeport	Code consulaire du 21 décembre 2013, article 61	Droit de disposer d'un passeport (dont la demande doit être faite par les représentants légaux)	/	

14.	Registres de la population	Arrêté royal du 16 juillet 1992 relatifs aux registres de la population et au registre des étrangers, article 7, § 3	Procéder à une première déclaration d'inscription dans le registre de la population, avec l'assistance de la ou l'une des personnes qui exercent l'autorité sur lui	Quitter pour la première fois la résidence parentale	
15.	Champ « numérique »	Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel	Consentir au traitement de ses données à caractère personnel dans le cadre de l'utilisation d'un service de la société de l'information (article 7) Retirer le consentement au traitement de données donné par un parent et demander l'effacement de toutes les données collectées par le passé (article 37)	Enfant âgé de plus de 13 ans	Autonomie
Liens familiaux					
16.	Filiation	1. Article 329bis, § 2, et 325/4 ancien Code civil ⁴⁶ 2. Article 328, § 1 ^{er} , ancien Code civil ⁴⁶	1. Droit de consentir à être reconnu (et de provoquer un contrôle judiciaire de son intérêt à être reconnu s'il refuse) Sauf si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que la personne mineure est privée de discernement 2. Reconnaître un enfant ¹	1. 12 ans accomplis Sauf exception : absence de discernement apprécié par le juge 2. capable de discernement Appréciation : officier de l'état civil ?	2. autonomie

⁴⁶ Issu de la loi du 6 juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci.

		3. Article 332quinquies, § 2, ancien Code civil ⁴⁶	3. Droit de s'opposer à l'établissement par voie judiciaire de sa filiation (et de provoquer un contrôle judiciaire de son intérêt à voir sa filiation établie judiciairement s'il s'y oppose)	3. 12 ans accomplis	3. autonomie
		4. Article 318, § 2, ancien Code civil ⁴⁶ 5. Article 325/6 ancien Code civil ⁴⁸ 6. Article 330, § 1 ^{er} , et 325/7, § 1, ancien Code civil ⁴⁶	4. Droit d'action en contestation de la filiation paternelle 5. Droit d'action en contestation de la filiation comaternelle 6. Droit de contester une filiation établie par reconnaissance ¹¹	4. au plus tôt le jour où il a atteint l'âge de 12 ans 5. au plus tôt le jour où il a atteint l'âge de 12 ans 6. au plus tôt le jour où il a atteint l'âge de 12 ans	4. autonomie ⁴⁷ 5. autonomie 6. autonomie
17.	Adoption	Article 348-1, alinéa 1 et alinéa 3, ancien Code civil ⁴⁹ Article 368-6 ancien Code civil ⁴⁸	Consentement à son adoption Faire une demande écrite à l'autorité centrale fédérale d'accès aux informations relatives à ses origines, demande devant être cosignée par son représentant légal. En cas de refus de celui-ci, l'autorité centrale fédérale décide, en tenant compte du degré de maturité de l'adopté, d'accorder ou non l'accès aux informations	Etre âgé de 12 ans au moins lors du prononcé de l'adoption Sauf si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que la personne mineure est privée de discernement Ayant atteint l'âge de 12 ans En cas de refus des parents, appréciation tenant compte du degré de maturité	Autonomie

⁴⁷ Nonobstant la possible représentation par un tuteur *ad hoc* (Trib. fam. Brabant Wallon (21^e ch.), 16 mai 2022, *For. fam.*, 2023, p. 26).
⁴⁸ Issu de la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente.
⁴⁹ Issu de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption.

18.	Droits et obligations envers son propre enfant - Autorité parentale - Obligations alimentaires - Nom - Filiation de son propre enfant - Adoption de son propre enfant	Pas de distinction mineur/majeur dans les dispositions suivantes : Articles 373 et 374 ancien Code civil Article 203 ancien Code civil Article 335 ancien Code civil Articles 312 et suivants ancien Code civil Article 343 ancien Code civil	Droit d'exercer l'ensemble des droits parentaux concernant son propre enfant Titularité et exercice de l'autorité parentale en qualité de parent ⁵⁰ Débiteur alimentaire envers son propre enfant Droit de faire avec l'autre parent le choix d'attribuer son nom à l'enfant Droit d'agir en établissement ou contestation de paternité en qualité de père ou de mère de son enfant Droit de consentir en tant que parent à la reconnaissance de son enfant Droit de consentir en tant que parent à l'adoption de son enfant	Qualité de père, mère ou coparente d'un enfant	Autonomie
19.	Tutelle	- Article 405, § 2, ancien Code civil ⁵¹	- S'adresser au Procureur du Roi aux fins de saisir le juge de paix en cas de conflit grave entre le mineur et le tuteur ou le subrogé tuteur	- 12 ans dans les affaires relatives à sa personne 15 ans dans les affaires relatives à ses biens	Autonomie

⁵⁰ En ce sens Civ. Charleroi (réf.), 22 février 1990, J.T., 1990, p. 646. H. De Pace, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. II, 4^e éd., Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 975, n° 1016, qui invoque pour fonder ce principe l'absence de condition de majorité fixée par la loi pour l'exercice de l'autorité parentale corroboré par le principe repris à l'article 442 ancien du Code civil selon lequel une tutelle ne s'ouvre « qu'à l'exception des père et mère » (actuellement repris à l'article 375, alinéa 2, de l'ancien Code civil).

⁵¹ Issu de la loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle.

		- Article 479 ancien Code civil ⁵¹	- Requérir le Procureur du Roi à l'effet de saisir le tribunal de la famille au sujet de son émancipation lorsque le tuteur n'a pas fait diligence	- 15 ans (transposition de la condition d'âge pour obtenir une émancipation de l'article 477)	Autonomie
20.	Marriage	Article 145 ancien Code civil Article 148 ancien Code civil	Introduire devant le tribunal de la famille une demande d'autorisation de se marier avant la majorité (dispense d'âge) En cas d'obtention de la dispense, demander au tribunal d'autoriser son mariage à défaut de consentement du ou des parents ?	Existence de motifs graves appréciés par le tribunal de la famille Refus des deux parents ou si l'un parent refuse et l'autre est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté ou ne comparait pas : le refus doit être jugé abusif par le tribunal saisi de la demande de dispense Refus d'un des parents : le refus doit être jugé non fondé par le tribunal saisi de la dispense / (avoir été autorisé par le tribunal de la famille à se marier)	
21	Contrat de mariage	Articles 2.3.4 Code civil	S'il est autorisé par le tribunal de la famille à se marier, faire le choix d'un régime matrimonial ou modifier ce choix avant la conclusion du mariage, avec l'assistance de ses père et mère ou de l'un d'eux, et à défaut l'autorisation du tribunal		
22.	Audition dans le cadre d'une action judiciaire	Article 22bis, alinéa 2, Constitution	Droit d'exprimer son opinion sur toute question qui le concerne, droit à ce que son opinion soit prise en considération et à ce que la décision soit prise en considération primordiale de son intérêt	Tout mineur	Autonomie

	Audition par le tribunal de la famille	Article 1004/1 Code judiciaire	Droit d'être entendu dans les matières qui le concernent relatives à l'autorité parentale, à l'hébergement et au droit aux relations personnelles. Droit de demander son audition Droit de refuser d'être entendu Droit à voir ses opinions prises en compte selon son âge et son degré de maturité Droit à être informé sur son droit à être entendu Audition avant de désigner un tuteur ou d'homologuer la désignation d'un tuteur	Tout mineur Tout mineur Tout mineur s'il a atteint l'âge de 12 ans âgé de 12 ans	Autonomie Autonomie Autonomie Autonomie Autonomie
23.	Action en justice	Article 394 ancien Code civil	Droit d'introduire une requête en apposition de scellés	Extrême urgence	Autonomie
24.	Signification d'un acte de procédure	Article 1150 Code judiciaire	Droit de réceptionner la copie d'un acte de signification	16 ans	Autonomie
	Biens				
25.	Opérations liées à l'épargne	Loi du 30 avril 1958 relative à la capacité du mineur pour certaines opérations liées à l'épargne, article 2, alinéas 2 et 3	Se faire ouvrir un livret d'épargne, carnet de dépôt auprès d'un organisme bancaire sans l'intervention de son représentant légale Retirer seul les sommes inscrites au livret ou carnet qu'il a ouvert pour maximum 125 euros, sauf opposition de son représentant légal	/	Autonomie Autonomie mais avec opposition des parents possible

26.	Droit civil – patrimonial Actes non lésionnaires	Article 5.43 Code civil	La lésion est une cause de nullité relative en faveur du mineur non émancipé, pour toutes sortes de contrats (hormis les conventions matrimoniales) ⇒ - en l'absence de demande d'annulation : l'acte sortira ses effets - en cas de demande d'annulation mais en l'absence de lésion : l'acte sortira ses effets → capacité de fait à poser des actes juridiques non lésionnaires	Mineur non émancipé	
27.	Testament	Article 4.138 Code civil	Disposer par testament de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer	Mineur parvenu à l'âge de 16 ans	Autonomie (limitée sur le fond)
28.	Responsabilité civile				
	Jusqu'au 1 ^{er} janvier 2023	Article 1310 ancien Code civil Voir néanmoins en cas de poursuite au protectionnel l'article 61 de la loi du 8 avril 1965 (voy. n° 35.5)	Responsabilité pour ses délits et quasi-délits	/	

	À partir du 6 ^e mois suivant la publication au Moniteur de la loi portant le Livre 6 du Code civil	Article 6.10 Code civil Voir néanmoins en cas de poursuite au protectionnel l'article 61 de la loi du 8 avril 1965 (voy. n° 35.5)	Responsabilité pour tout dommage causé par sa faute ou par un autre fait générateur de responsabilité. Exception : le juge peut néanmoins décider que le mineur ne doit aucune réparation ou limiter cette réparation.	Mineur de 12 ans Exception : le juge statue selon l'équité, en tenant compte des circonstances et de la situation économique et financière des parties
29.	Aide à la jeunesse en Communauté française (mineurs en difficulté et en danger – aide volontaire) (région unilingue de langue française et Bruxelles)			
	L'enfant = la personne âgée de moins de 18 ans ou la personne âgée de moins de 20 ans pour laquelle une mesure d'accompagnement est sollicitée avant l'âge de 20 ans (article 2, 13 ^e , a, du Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse (CPAJPJ))			
29.1	Chez le conseiller de l'aide à la jeunesse	Se déduit de l'article 35 CPAJPJ	Introduire une demande d'aide auprès du conseiller	L'enfant sans distinction d'âge Autonomie
29.2	Chez le conseiller de l'aide à la jeunesse	Article 23 CPAJPJ	Signature d'un programme d'aide	L'enfant âgé d'au moins 14 ans L'enfant âgé au moins de 12 ans assisté par un avocat désigné d'office Autonomie
29.3	Chez le conseiller de l'aide à la jeunesse	Article 26 CPAJPJ	Demander une modification ou la fin d'un programme d'aide	L'enfant âgé d'au moins 14 ans L'enfant âgé au moins de 12 ans assisté par un avocat désigné d'office Autonomie

29.4	Chez le conseiller de l'aide à la jeunesse	Article 27 CPAJPJ + AG du 15 mai 2019	Prendre connaissance du dossier	L'enfant sans distinction d'âge Le conseiller peut refuser de tout le dossier ou certaines pièces du dossier si l'intérêt de l'enfant l'exige Consultation se fait en présence et avec l'accompagnement approprié du conseiller ou d'un délégué En cas de refus, droit d'introduire un recours devant le Conseil d'Erat Autonomie
29.5	Chez le conseiller de l'aide à la jeunesse	Article 21 CPAJPJ	Recevoir le programme d'aide	L'enfant Autonomie
29.6	Chez le conseiller de l'aide à la jeunesse	Article 22 CPAJPJ	Être entendu avant toute mesure	L'enfant sans distinction d'âge qui se déduit de l'expression "toute personne intéressée à l'aide" Autonomie
29.7	Chez le conseiller de l'aide à la jeunesse	Article 29 CPAJPJ	Introduire un recours devant le fonctionnaire dirigeant de l'administration de l'aide à la jeunesse	L'enfant sans distinction d'âge Autonomie
29.8	Chez le conseiller de l'aide à la jeunesse	Article 36 CPAJPJ	Introduire un recours devant le tribunal de la jeunesse d'une décision du conseiller concernant l'octroi, le refus ou les modalités de mise en œuvre d'une mesure d'aide individuelle	L'enfant âgé d'au moins 14 ans L'enfant âgé au moins de 12 ans assisté par un avocat désigné d'office L'enfant âgé de moins de 12 ans personnellement sauf s'il apparaît qu'il ne jouit pas du discernement suffisant quant à la question sur laquelle porte la contestation, le tribunal de la jeunesse devant alors surseoir jusqu'à la désignation d'un tuteur <i>ad hoc</i> Autonomie

30.	Protection de la jeunesse (mesures contraignantes) des mineurs en danger en Communauté française sur le territoire unilingue de langue française + voir <i>infra</i> procédure devant le juge de la jeunesse (JJ) et le tribunal de la jeunesse (TJ)				
	L'enfant = la personne âgée de moins de 18 ans (article 2, 13°, b, du CPAJPI)				
30.1	Devant le JJ	Articles 37 et 52 CPAJPI	Faire l'objet d'une mesure de placement en urgence pour 30 j. renouvelable 30 j.	L'enfant	
30.2	Devant le TJ	Article 51 CPAJPI	Faire l'objet d'une mesure d'accompagnement ou de retrait du milieu familial	L'enfant	
			Autoriser l'enfant à se fixer dans une résidence autonome ou supervisée	L'enfant s'il a plus de 16 ans	
30.3	Chez le directeur de la protection de la jeunesse	Article 44 CPAJPI + AG du 15 mai 2019	Prendre connaissance du dossier	L'enfant sans distinction d'âge Le directeur peut refuser de tout le dossier ou certaines pièces du dossier si l'intérêt de l'enfant l'exige Consultation se fait en présence et avec l'accompagnement approprié du directeur ou d'un délégué En cas de refus, droit d'introduire un recours devant le Conseil d'État	Autonomie
30.4	Chez le directeur de la protection de la jeunesse	Article 39 CPAJPI	Recevoir l'application de mesure	L'enfant	Autonomie
30.5	Chez le directeur de la protection de la jeunesse	Article 40 CPAJPI	Être entendu avant toute mesure	L'enfant sans distinction d'âge qui se déduit de l'expression "toute personne intéressée à l'aide"	Autonomie

30.6	Chez le directeur de la protection de la jeunesse	Article 46 CAPAJPI	Introduire un recours devant le fonctionnaire dirigeant de l'administration de l'aide à la jeunesse	L'enfant sans distinction d'âge	Autonomie
30.7	Chez le directeur de la protection de la jeunesse	Article 54 CAPAJPI	Introduire un recours devant le tribunal de la jeunesse contre une décision du directeur dans le cadre de la mise en œuvre des décisions du tribunal	L'enfant âgé d'au moins 14 ans L'enfant âgé au moins de 12 ans assisté par un avocat désigné d'office L'enfant âgé de moins de 12 ans personnellement sauf s'il apparaît qu'il ne jouit pas du discernement suffisant quant à la question sur laquelle porte la contestation, le tribunal de la jeunesse devant alors surseoir jusqu'à la désignation d'un tuteur <i>ad hoc</i>	Autonomie Autonomie
31.	Protection de la jeunesse (mesures contraignantes) des mineurs en danger sur le territoire de la région de Bruxelles-Capitale + voir <i>infra</i> procédure devant le juge de la jeunesse (JJ) et le tribunal de la jeunesse (TJ) Jeune = la personne âgée de moins de 18 ans ou celle de moins de 20 ans pour laquelle l'aide est sollicitée avant l'âge de 18 ans (article 2, 1°, de l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 29 avril 2004 (ord. 2004))				
31.1	Devant le TJ statuant au fond	Article 8 ord. 2004	Mesures faisant l'objet de l'article 10 ord. 2004 (1° à 5° et 7° à 10°) Permettre au jeune de se fixer dans une résidence autonome ou supervisée	Le jeune Le jeune âgé de plus de 16 ans	
31.2	Devant le JJ statuant sur une demande de mesures provisoires	Article 11 ord. 2004	Mesures faisant l'objet de l'article 10 ord. 2004 (1° à 5° et 7° à 10°) Permettre au jeune de se fixer dans une résidence autonome ou supervisée	Le jeune Le jeune âgé de plus de 16 ans	

31.3	Devant le JJ statuant sur une demande de mesure d'urgence	Article 9 ord. 2004	Mesures 7° à 10° faisant l'objet de l'article 10 ord. 2004	Le jeune	
32.	Protection de la jeunesse à l'égard des mineurs délinquants sur le territoire unilingue de langue française + voir <i>infra</i> procédure devant le juge de la jeunesse (JJ) et le tribunal de la jeunesse (TJ)				
	Le jeune = la personne poursuivie du chef d'un fait qualifié infraction commis avant l'âge de 18 ans				
32.1	Avant la saisine du TJ, mesures ordonnées par le parquet	Article 95 CPAJPJ Article 96 CPAJPJ Article 97 CPAJPC	Lettre d'avertissement Rappel à la loi Offre restauratrice de médiation	Le jeune	Autonomie Autonomie Autonomie
32.2	JJ à titre de mesure provisoire	Article 101 CPAJPJ	Mesures de - Surveillance - Prestation d'intérêt général max 30h - Accompagnement et guidance - Conditions au maintien dans le milieu de vie - Placement (famille d'accueil, services privés, IPPJ) Proposer une offre restauratrice de médiation ou de concertation restauratrice en groupe Examen de la faisabilité d'un projet écrit	Jeune âgé de 12 ans et plus Pour le jeune âgé de moins de 12 ans, uniquement surveillance, accompagnement et guidance Jeune âgé de 12 ans et plus (inclut la capacité de signer les accords avec la victime) Jeune âgé de 12 ans et plus	Autonomie Autonomie Autonomie

		Article 105 CPAJPJ	Mesure de placement en IPPJ à régime éducatif fermé	Même condition que pour le prononcé de la mesure au fond (voy. <i>infra</i>) + 2 conditions - le jeune doit avoir un comportement dangereux pour lui-même ou pour autrui - risque de récidive, de soustraction à la justice ou de collusion avec des tiers	
32.3	TJ au fond	Article 108 CPAJPJ Articles 115 à 117 CPAJPJ Article 118 CPAJPJ Article 124 CPAJPC	Mesures de - Réprimande - Surveillance - Prestation d'intérêt général max 150h - Accompagnement et guidance - Conditions au maintien dans le milieu de vie - Placement (famille d'accueil, services privés, IPPJ) Proposer une offre restauratrice de médiation ou de concertation restauratrice en groupe Projet écrit Mesure de placement en IPPJ à régime éducatif ouvert ou fermé	Jeune âgé de 12 ans et plus Pour le jeune âgé de moins de 12 ans, uniquement la réprimande. Le parquet peut renvoyer au conseiller de l'aide à la jeunesse Jeune âgé de 12 ans et plus (inclut la capacité de signer les accords avec la victime) Jeune âgé de 12 ans et plus (inclut la capacité de s'engager) Jeune âgé de 14 ans ou plus avec des conditions supplémentaires à remplir différentes suivant que le régime est ouvert ou fermé. L'âge peut descendre à 12 ans si le jeune a gravement porté atteinte à la vie ou à la santé d'autrui et que son comportement est particulièrement dangereux	Autonomie Autonomie Autonomie

33.	Protection de la jeunesse à l'égard des mineurs délinquants sur le territoire de la région de Bruxelles-Capitale + voir <i>infra</i> Il n'y a pas de définition légale dans 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 (loi 1965) Le mineur = la personne poursuivie du chef d'un fait qualifié infraction commis avant l'âge de 18 ans qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans au moment du prononcé de la mesure Le jeune = la personne poursuivie du chef d'un fait qualifié infraction commis avant l'âge de 18 ans qui a atteint l'âge de 18 ans au moment du prononcé de la mesure				
33.1	Avant la saisine du TJ, mesures ordonnées par le parquet	Article 45 ^{ter} loi 1965 Article 45 ^{ter} loi 1965 Article 45 ^{quater} loi 1965	Lettre d'avertissement Rappel à la loi Offre restauratrice de médiation	Le jeune	Autonomie Autonomie Autonomie
33.2	JJ à titre de mesure provisoire	Article 52 loi 1965 Article 52 ^{quinquies} loi 1965	Mesures de - Surveillance - Prestation d'intérêt général max 30h - Conditions au maintien dans le milieu de vie - Placement (famille d'accueil, services privés, IPPJ) Proposer une offre restauratrice de médiation	Jeune âgé de 12 ans et plus Pour le jeune âgé de moins de 12 ans, uniquement surveillance Pour le placement en régime éducatif ouvert, même conditions que pour la mesure appliquée au fond (voy. <i>infra</i>) Jeune âgé de 12 ans et plus (inclut la capacité de signer les accords avec la victime)	 Autonomie

		Article 52 ^{quater} loi 1965	Mesure de placement en IPPJ à régime éducatif fermé	Même condition que pour le prononcé de la mesure au fond (voy. <i>infra</i>) + 2 conditions - le jeune doit avoir un comportement dangereux pour lui-même ou pour autrui - risque de récidive, de soustraction à la justice ou de collusion avec des tiers	
33.3	TJ au fond	Article 37, § 2, loi 1965 Article 37, § 2 ^{bis} , loi 1965 Article 37, § 2 ^{ter} , loi 1965 Article 37, § 2 ^{quater} , loi 1965	Mesures de - Réprimande - Surveillance - Accompagnement éducatif intensif - Prestation d'intérêt général max 150h - Placement (famille d'accueil, services privés, IPPJ) Conditions au maintien dans le milieu de vie Projet écrit Placement en IPPJ à régime éducatif ouvert	Jeune âgé de 12 ans et plus Pour le jeune âgé de moins de 12 ans, uniquement la réprimande, la réprimande et l'accompagnement éducatif intensif. Le parquet peut renvoyer au conseiller de l'aide à la jeunesse Pour les jeunes âgés de 12 ans et plus Les conditions dans le milieu de vie incluent la possibilité d'accomplir un travail rémunéré (controverse sur le point de savoir s'il faut ou non respecter le droit du travail quant aux conditions d'âge) Pour les jeunes âgés de 12 ans et plus (inclut la capacité de s'engager) Pour les jeunes âgés de 12 et plus avec des conditions supplémentaires à remplir	 Autonomie

		Article 37, § 2 ^{quater} , loi 1965	Placement en IPPJ à régime éducatif	Jeune âgé de 14 ans ou plus avec des conditions supplémentaires à remplir L'âge peut descendre à 12 ans si le jeune a gravement porté atteinte à la vie ou à la santé d'autrui et que son comportement est particulièrement dangereux	Autonomie
		Articles 37 ^{bis} à 37 ^{quinqüies} loi 1965	Proposer une offre restauratrice de médiation ou de concertation restauratrice en groupe	Jeune âgé de 12 ans et plus (inclut la capacité de signer les accords avec la victime)	
34.	Droit pénal				
34.1	En matière de roulage	Article 56 CPAJ/PJ Article 36 ^{bis} loi 1965	Compétence des juridictions pénales de droit commun pour les infractions aux : - lois et règlements en matière de roulage - aux articles 418 à 420 du CP liée à la matière du roulage - infractions à la loi du 21 novembre 1989 sur l'assurance obligatoire Exceptions : - Le TJ est compétent si ces infractions en matière de roulage sont connexes à d'autres infractions - Les juridictions pénales peuvent renvoyer vers le TJ si une mesure éducative est plus adéquate - La loi sur la détention préventive ne peut pas être appliquée sauf en matière de délit de fuite	Le jeune ou le mineur âgé de plus de 16 ans et de moins de 18 ans au moment des faits	

34.2	Le dessaisissement	Article 125 CPAJ/PJ Article 57 ^{bis} loi 1965	Renvoi du dossier au ministère public qui peut saisir, suivant les cas la chambre spécifique du tribunal de la jeunesse ou, si les faits ne sont pas correctionnalisables, la cour d'assises spécialement composée. Application du droit pénal commun à l'exception de la peine de perpétuité	Le mineur âgé de 16 ans ou plus au moment des faits avec des conditions supplémentaires : - Constatation de l'inadéquation des mesures de protection de la jeunesse en fonction de sa personnalité et sa maturité - Conditions d'antécédents (différentes suivant les législations) - La réalisation d'une étude sociale et d'un examen médico-psychologique	Autonomie
35.	Droits procéduraux devant le juge de la jeunesse et le tribunal de la jeunesse : dans tous les cas réglés par la loi de 1965				
35.1	Age pour être déféré devant le JJ ou le TJ		La loi ne contient pas de seuil en-dessous duquel le mineur peut être déféré au JJ ou au TJ que ce soit un mineur en danger ou un mineur délinquant Le mineur est toujours partie à la procédure quel que soit son âge	Le mineur quel que soit son âge	Autonomie
35.2	Désignation d'un avocat	Article 54 ^{bis}	Au choix du mineur et sinon commis d'office par le bâtonnier à la demande du parquet	Le mineur quel que soit son âge	
35.3	Droit de recevoir la citation	Article 46	La citation doit être signifiée au mineur	Le mineur âgé de 12 ans et plus	

LARCIER-INTERSENTIA239

39.	Droit scolaire	Loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire, article 1, § 1 ^{er}	Obligation scolaire est à temps plein jusqu'à l'âge de quinze ans (ou maximum 16 ans pour atteindre la période de 13 années obligatoires)	15 ans (maximum 16 ans)	
40.	Droit du travail	Loi du 16 mars 1971 sur le travail des enfants, telle que modifiée par la loi du 5 août 1992, articles 6 et suivants	Principe : interdiction de faire ou laisser travailler des enfants, définis comme étant les mineurs âgés de moins de 15 ans ou qui sont encore soumis à l'obligation scolaire à temps plein → droit de travailler durant la période d'obligation scolaire à temps partiel jusqu'à 18 ans (articles 6 et 7.1) Exceptions pour certaines activités définies légalement (acteur, figurant, chanteur, musicien ou danseur à des manifestations de caractère culturel, scientifique, éducatif ou artistique, modèle... voy. article 7.2) avec dérogations individuelles accordées à certaines conditions (article 7.3) sur demande de l'organisateur de l'activité (article 7.6) Rémunération à virer sur un compte d'épargne individualisé, ouvert au nom de l'enfant dont les intérêts sont capitalisés (article 7.13) Possibilité pour l'enfant de recevoir, outre la rémunération, à l'occasion de l'exécution de l'activité par l'enfant, des cadeaux usuels, s'ils sont adaptés à son âge, son développement et à sa formation de l'enfant (article 7.14)	Principe : plus de 15 ans ou qui ne sont plus soumis à l'obligation scolaire à temps plein Exceptions : / Dérogations individuelles : limites temporelles variables selon l'âge de l'enfant (jusque et y compris 6 ans, de 7 jusque et y compris 11 ans, de 12 à 15 ans).	

Loi du 19 juillet 1983 sur l'apprentissage de professions exercées par les travailleurs salariés, article 4	Droit de conclure un contrat d'apprentissage	15 ans : avoir satisfait à l'obligation scolaire à temps plein			
Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail	- Capacité à conclure et résilier un contrat de travail moyennant l'autorisation expresse ou tacite des représentants légaux, ou à défaut, du tribunal de la jeunesse (article 43) Droit de percevoir la rémunération sauf opposition du ou des représentants légaux (article 44) Droit d'être autorisé par le tribunal de la jeunesse, à la requête du Ministère public ou d'un membre de la famille, à disposer de sa rémunération en tout ou en partie (article 45)	/			
Article 387 ancien Code civil	Jouissance par le mineur (et non les parents) des revenus produits par les biens acquis par un travail	/			
Dispositions diverses de droit du travail	Jeunes travailleurs : protection spécifique via des prescriptions particulières applicables portant sur le bien-être au travail, type de travail, temps de travail	15 ans (plus soumis à une obligation scolaire à temps plein)			

41.	Droit public	Loi du 1 ^{er} juin 2022 modifiant la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen en vue d'offrir aux citoyens la faculté de voter dès l'âge de 16 ans, article 2	Droit de vote pour l'élection du Parlement européen	16 ans accomplis au jour de l'élection	
42.	Hébergements touristiques	Loi du 1 ^{er} mars 2007 portant dispositions diverses, article 141	Assimilation du mineur non-accompagné de plus de 15 ans au majeur « voyageur » pour l'application de la réglementation relative à l'enregistrement et au contrôle des voyageurs résidant dans un service d'hébergement touristique.	15 ans	
43.	Accès discothèques et débits de boissons	Loi du 15 juillet 1960 sur la préservation morale de la jeunesse, article 1	Présence dans les salles de danse et les débits de boisson pendant qu'on y danse autorisée sans son représentant légal ou la personne à la garde de laquelle il a été confié.	16 ans	

44.	Vente d'alcool	Loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits, telle que modifiée par la loi du 10 décembre 2009, article 6, § 6.	Possibilité d'acheter de se voir servir ou offrir des boissons ou produits ayant un titre alcoométrique acquis supérieur à 0,5 % vol	16 ans	
45.	Conduite véhicule	Arrêté royal du 1 ^{er} décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière et de l'usage de la voie publique, article 8.2	Droit de conduire certains véhicules	- à 17 ans pour certains véhicules durant le suivi de formation (autobus, autocars, poids lourds...) ou qui suivent l'enseignement pratiques en vue de l'obtention d'un permis de conduire ; - à 16 ans pour les cyclomoteurs, les trottinettes électriques, les véhicules de catégorie G, les tracteurs, à diverses conditions ; - à 14 ans pour les conducteurs d'animaux de charge ou de monture ; - à 12 ans pour les conducteurs de monture à conditions d'être accompagné par un cavalier âgé de 21 ans au moins.	Autonomie
46.	Aide juridique légale	Article 508/13/1, § 4, Code judiciaire	Bénéficiaire de l'aide juridique de seconde ligne totalement gratuite	Tout mineur	

§ 2. Les dérogations qui sont l'œuvre de la jurisprudence en droit interne

De manière générale, en droit interne, la jurisprudence n'a jamais remis en question la minorité et l'incapacité civile d'exercice qui imposent que le mineur ne peut agir en justice que par l'intermédiaire d'un représentant, qu'il s'agisse de ses parents, de son tuteur, de son protuteur ou d'un tuteur *ad hoc* suivant les cas.

Toutefois, régulièrement, des mineurs – toujours avec l'aide d'adultes – revendiquent la reconnaissance de pouvoir personnellement exercer des droits alors que la loi ne leur reconnaît pas ce pouvoir, mais – observons-le – ne le leur interdit pas non plus formellement.

La reconnaissance pleine et entière de l'exercice d'un droit au mineur suppose que ce dernier puisse agir personnellement, sans l'intervention d'un représentant, pour le faire valoir devant le juge⁵².

C'est dès lors par le biais d'une reconnaissance d'une capacité à agir procéduralement devant les cours et tribunaux⁵³ que de nombreuses décisions de jurisprudence ont reconnu aux mineurs l'exercice de différents droits matériels.

Il faut insister sur le fait que cette reconnaissance est réservée à la catégorie des mineurs doués du discernement. Nous reviendrons sur la condition du discernement au point suivant.

De manière générale, ces exceptions semblent souvent reposer sur une des deux considérations suivantes. D'une part, il existe des actes qui ne sont pas de nature à causer préjudice au mineur. Il n'y a donc aucun risque à lui permettre de les poser. Au contraire, c'est même parfois utile pour renforcer sa protection, surtout dans des situations d'urgence. D'autre part, certains droits sont à ce point personnels au mineur qu'une autre personne ne peut pas les exercer à sa place.

Il est évidemment impossible d'examiner ici toutes ces décisions. Nous avons choisi de nous limiter à répertorier les principaux fondements juridiques sur

⁵² En ce sens, voy. not. Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 559 ; P. MARTENS, « La capacité judiciaire du mineur », *Kinderrechtengids*, Gand, Mys Breesch, 1990, deel 1.1.1, p. 14.

⁵³ Si la capacité juridique ne figure pas au rang des conditions de recevabilité d'une action en justice, elle pose un problème au niveau de validité de l'instance ; en effet, une action introduite par un incapable, en tant qu'acte qu'il ne pouvait poser sans l'intervention de son représentant légal, est frappée de nullité relative. Voy. not. C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *J.T.*, 2009, p. 486, n° 3 et p. 487, n° 6 et la jurisprudence et doctrine qui y sont citées ; voy. égal. M. MALLIEN, « Les droits procéduraux de l'enfant au civil », cet ouvrage.

lesquels reposent ces décisions, sachant que, régulièrement, certains se combinent entre eux.

A. Le caractère urgent et conservatoire de l'action

Étant donné que l'incapacité civile du mineur a pour objet de garantir sa protection, il a toujours été admis que le mineur pouvait accomplir seul les actes conservatoires, c'est-à-dire les actes qui n'engagent pas le patrimoine mais qui, au contraire, ont vocation de le préserver et de le protéger⁵⁴.

Sur le plan judiciaire, cette règle se traduit par la reconnaissance, dans le chef du mineur doué de discernement, de la capacité d'introduire lui-même une action en justice à titre purement conservatoire et à exercer les recours ordinaires lorsque les délais sont près d'expirer⁵⁵. De même, un mineur a été autorisé à pratiquer une saisie conservatoire sur les biens de son débiteur⁵⁶. Selon certains, ce principe se déduit également de l'article 1150 du Code judiciaire autorisant, en cas d'extrême urgence, le mineur à introduire personnellement une requête en apposition de scellés^{57 58}.

Une partie de la jurisprudence et de la doctrine a admis les actions des mineurs en référé en les assimilant aux actes conservatoires. D'une part, le juge des référés ne statue pas sur le fond du litige⁵⁹. D'autre part, l'urgence aurait pour effet que le refus de reconnaître au mineur un droit d'agir reviendrait à le priver de tout accès au juge pour faire valoir son droit matériel s'il doit attendre, sur le plan procédural, d'être autorisé ou assisté⁶⁰.

⁵⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. I, p. 81, n° 78 ; P. MAHILLON, « La capacité du mineur non émancipé », *J.T.*, 1973, p. 531 ; V. POULEAU, « Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé », op. cit., p. 24.

⁵⁵ C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », op. cit., p. 488, n° 13 ; P. MAHILLON, « La capacité du mineur non émancipé », op. cit., p. 531 ; L. MISSON, M. NÉVÉ et E. DUFRASNE, « La capacité d'ester en justice, de la femme mariée hier, du mineur aujourd'hui », op. cit., p. 264 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique. Aspects de droit judiciaire », op. cit., p. 137 ; Liège, 29 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 172 ; Liège, 25 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 640 ; Bruxelles, 30 octobre 1975, *R.W.*, 1976-1977, col. 1012.

⁵⁶ Trib. civ. Neuchâteau (saisie), 23 février 1981, *J.L.*, 1981, p. 201, note G.D.L.

⁵⁷ Voy. tableau *supra*, n° 24.

⁵⁸ À ce propos, voy. E. VIEUJEAN, Observations sous Trib. civ. Liège (réf.), 8 juillet 1986, *J.T.*, 1987, p. 147 ; P. MAHILLON, « La capacité du mineur non émancipé », op. cit., p. 531. Ces auteurs estiment cependant que l'article 1150 du Code judiciaire doit recevoir une interprétation restrictive. Dans le même sens, C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », op. cit., p. 489, n° 13.

⁵⁹ Voy. not. Gand, 30 novembre 2007, *R.D.J.P.*, 2008, p. 133.

⁶⁰ Pour la doctrine, voy. not. A. FETTEWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, éd. de la Faculté de Droit de Liège, 1987, p. 54, n° 47 ; L. MISSON, M. NÉVÉ et E. DUFRASNE, « La capacité d'ester en justice, de la femme mariée hier, du mineur aujourd'hui », op. cit., p. 264 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique. Aspects de droit judiciaire », op. cit., p. 140 ; V. POULEAU, « Les différents seuils d'accès à la capacité du mineur d'âge non émancipé », op. cit., p. 25 ; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, p. 176. Pour la jurisprudence, voy. not. Civ. Courtrai,

C'est notamment en recourant à la procédure en référé que plusieurs mineurs ont porté devant les tribunaux des actions en matière scolaire⁶¹. Ici, l'urgence est souvent liée à l'obligation scolaire et à la nécessité d'avoir rapidement accès à un établissement. Des mineurs ont également saisi le président du tribunal du travail en matière d'aide sociale⁶². Dans ce cas, l'urgence se justifie généralement par la nécessité, pour le mineur qui est sans aucune ressource, de disposer immédiatement du minimum vital.

B. La théorie des droits à ce point personnels

Pour certains juges, des droits sont « à ce point personnel » que seul leur titulaire, fût-il mineur, peut les exercer.

Déjà en 1931, la Cour de cassation a estimé que seul le mineur avait qualité pour se pourvoir contre une décision du conseil de milice en raison du caractère personnel des obligations de milice⁶³. Le Conseil d'État s'est prononcé dans le même sens⁶⁴. Cependant, il faut souligner que ces décisions ont été rendues sur des recours introduits par les parents. Il ne s'agissait donc pas tant d'ouvrir le prétoire au mineur, que d'en refuser l'accès aux représentants légaux.

Depuis, comme le souligne très justement P. Martens, la téléologie des règles de procédure s'est inversée : hier, elle consistait en une épreuve formaliste qui permettait au juge de ne pas être trop souvent dérangé, alors qu'aujourd'hui, il s'agit pour lui d'assumer le plus utilement le service public qui lui est confié⁶⁵. La théorie « des droits à ce point personnels » a été mobilisée pour permettre au mineur d'exercer personnellement certains droits plutôt que pour permettre à des juridictions de justifier de ne pas traiter leur cause.

Ainsi, en matière d'aliments, plusieurs décisions ont accueilli favorablement l'action dirigée par le mineur contre un ou ses deux parents sur la base de

30 janvier 1958, R.W., 1957-1958, col. 180 ; Trib. trav. Huy, 18 septembre 1974, J.L., 1974-1975, p. 61 ; Civ. Namur (réf.), 27 février 1987, J.L.M.B., 1987, p. 516 ; Civ. Namur (req. unil.), 28 janvier 1987, J.L.M.B., 1987, n° 4, p. 2. Voy. égal. l'ensemble des décisions et références citées par C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *op. cit.*, p. 488, n° 13, réf. infrapaginale 44. Cet auteur considère néanmoins ne pas pouvoir approuver cette jurisprudence, car, selon elle, le principe de l'incapacité est général et s'applique à toute procédure, qu'elle ait un effet au fond ou pas, et les seules dérogations à cette règle sont le fait de la loi. À cet égard, voy. not. les nombreuses décisions publiées dans le recueil *Le droit scolaire*, vol. 2, Liège, éd. Jeunesse et Droit, pp. 1 et s.

⁶² Trib. trav. Namur (réf.), 24 novembre 1993, J.D.J., 1994, n° 131, p. 36.

⁶³ Cass., 26 janvier 1931, *Pas.*, I, p. 48. Dans le même sens, voy. Cass., 23 juillet 1987, J.T., 1988, p. 341.

⁶⁴ C.E., arrêts n°s 2144 et 6897. Voy. égal. C.E., 29 juin 1999, T.B.P., 2000, p. 553.

⁶⁵ P. MARTENS, « La capacité judiciaire du mineur », *op. cit.*, p. 4 et décisions citées.

l'article 203 du Code civil⁶⁶. Ces décisions soulignent généralement qu'il s'agit d'une situation particulière dans la mesure où les représentants légaux du mineur sont également les débiteurs d'aliments, la loi n'ayant prévu aucun mode de représentation adapté du mineur dans le cas où celui-ci s'oppose à ses parents. Elles rappellent également que l'incapacité qui frappe le mineur doué de discernement est une protection qui ne peut se retourner contre lui. Elles insistent généralement sur le caractère urgent et nécessaire de la demande dans la mesure où le mineur est, par définition, sans ressource. L'urgence présente ainsi un caractère vital qui amène certains juges à considérer que le droit aux aliments est un droit attaché à ce point à la personne du mineur qu'il doit pouvoir agir lui-même en justice pour le faire respecter.

Pendant longtemps, le Conseil d'État a considéré qu'une requête signée par un mineur était irrecevable⁶⁷. Cette position était plus sévère que la solution de droit commun qui avait recours à l'exception dilatoire⁶⁸ et à la nullité relative⁶⁹. Cette jurisprudence se justifiait par le fait que, devant le Conseil d'État, toute question de recevabilité est d'ordre public et que, par ailleurs, le délai de recours de 60 jours rend impraticable la solution de l'exception dilatoire. En 1988, le Conseil d'État a cependant amorcé un revirement de jurisprudence et a reconnu au mineur le droit d'ester en justice en matière d'aide sociale. Ce dernier doit être réputé avoir le plein exercice de sa capacité juridique pour les actions en justice en rapport avec les actes qu'il est juridiquement capable d'accomplir sans

⁶⁶ 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^e canton), 11 juin 1987, J.D.J., 1988, n° 4, p. 25 et note RICHARD ; J.P. Etterbeek, 29 mars 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 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 ; Civ. Tournai, 16 décembre 2000, J.D.J., 2001, n° 206, p. 41 ; Civ. Gand (réf.), 16 mai 2002, R.W., 2002-2003, p. 1110. Voy. égal. *a contrario* Civ. Anvers (7^e ch.), 27 février 1990, R.W., 1989-1990, p. 1369, note J. GERLO. D'autres décisions ont néanmoins considéré que seul un tuteur *ad hoc* pouvait introduire une action alimentaire contre les représentants du mineur. Voy. Civ. Liège, 18 janvier 1993, J.D.J., 1993, p. 54 ; J.P. Molenbeek-St-Jean, 14 juillet 1989, J.D.J., 1990, p. 43 ; J.P. Huy (1^{er} canton), 5 novembre 1987, J.D.J., 1988, n° 2, p. 5 ; Civ. Bruxelles, 28 juin 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 562 ; Civ. Anvers, 27 février 1990, R.W., 1990, p. 1369, note J. GERLO.

⁶⁷ Sur cette jurisprudence, voy. P. MARTENS, « La capacité judiciaire du mineur », *op. cit.*, p. 4.

⁶⁸ La doctrine et la jurisprudence reconnaissent au défendeur, assigné par un mineur agissant seul, le droit de soulever *in limine litis* une exception dilatoire, contraignant ainsi le mineur demandeur à régulariser la procédure en faisant intervenir son ou ses représentants légaux ou un administrateur *ad hoc*. Voy. not. C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », J.T., 2009, p. 486, n° 4 et la jurisprudence qui y est citée ; Th. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », in P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBLICK, *L'autonomie du mineur*, *op. cit.*, p. 166 ; voy. égal. M. MALLIEN, « Les droits procéduraux de l'enfant au civil », cet ouvrage.

⁶⁹ À défaut d'exception dilatoire soulevée par le défendeur, l'action est valablement introduite par le mineur. Voy. C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *op. cit.*, p. 487, n° 6 et les doctrine et jurisprudence qui y sont citées.

*l'intervention de ses représentants légaux*⁷⁰. Le Conseil d'État a considéré que le droit à l'aide sociale peut être exercé par toute personne qui se trouve dans un état de besoin et qu'il appartient aussi, à titre personnel, au mineur qui, ayant quitté à tort ou à raison sa famille, se trouve dans un état de besoin. Après la loi du 12 janvier 1993 contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire qui a supprimé les chambres de recours et a transféré leurs compétences en matière d'aide sociale aux juridictions du travail, certaines de celles-ci ont repris la jurisprudence du Conseil d'État et ont admis que les mineurs puissent les saisir directement sans l'intervention de leurs représentants⁷¹.

Dans un arrêt du 22 février 1989, le Conseil d'État a invoqué la théorie « des droits à ce point personnels » en matière scolaire⁷². Il a jugé qu'en raison du conflit d'intérêts qui peut exister entre ses représentants légaux et lui-même, [...] le mineur peut être admis à former un tel recours, éventuellement en concurrence avec ses représentants légaux, chaque fois que ce recours concerne des droits attachés à sa personne et que son âge permet de présumer qu'il est en mesure de les exercer avec discernement. Aujourd'hui, la haute juridiction administrative semble avoir une approche différente en cette matière. Elle rejette la requête d'un mineur de 17 ans concernant son inscription dans une école au motif que, dans les cas où la capacité d'ester en justice a été reconnue (obligations militaires et statut de protection internationale), il s'agit d'actes que le mineur peut poser seul dans certaines circonstances, de sorte qu'il peut aussi mener seul la procédure relative à ces actes. Comme il ressort également des dispositions du C. civ., les décisions relatives à l'éducation, la formation et les choix religieux et philosophiques ne sont pas « des droits strictement personnels » de l'enfant, mais il incombe essentiellement aux parents de s'en occuper (ensemble). Le requérant ne démontre pas que l'inscription dans l'école est un contrat avec la partie adverse qu'il pouvait conclure seul en tant que mineur, sans parler de l'avoir conclu seul⁷³.

Le Conseil d'État a, par contre, eu recours à la théorie des « droits à ce point personnels » pour justifier la recevabilité d'un recours introduit par un mineur âgé de 17 ans contre un ordre de quitter le territoire qui lui avait été signifié, alors qu'en application de la loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, aucun ordre de ce type ne peut être délivré à un mineur : [e]n principe, le mineur non émancipé n'a pas la capacité requise pour introduire personnellement une requête au Conseil d'État et doit, conformément

⁷⁰ C.E., 7 octobre 1988, J.T., 1989, p. 677, obs. Fr. RIGAUX. Voy. égal. J.-P. MOENS, « La capacité, pour le mineur, d'exercer seul son droit à l'aide sociale », obs. sous C.E., 7 octobre 1988, J.L.M.B., 1988, p. 1492.

⁷¹ C. trav. Liège, 19 octobre 1993, J.D.J., 1993, n° 130, p. 32 ; Trib. trav. Namur, 24 novembre 1993, J.D.J., 1994, p. 36 ; Trib. trav. Bruxelles, 19 avril 1994, J.D.J., 1995, p. 279.

⁷² C.E., 22 février 1989, J.L.M.B., 1989, p. 826 et note Ch. PANIER.

⁷³ C.E. (9^e ch.), 6 novembre 2018, Van Bael e.a. c. vzw Katholiek Secundair Onderwijs Mol, n° 242.839, disponible en ligne à l'adresse <http://www.raadvst-consetat.be>.

*au droit commun, être représenté par son père, sa mère ou son tuteur. En l'espèce, il faut toutefois considérer que la requête tendant à la suspension de l'exécution d'une décision rejetant, au stade de la recevabilité, la demande d'asile, est un acte qui revêt un caractère à ce point personnel qu'il peut être accompli par un mineur qui n'est plus un infans*⁷⁴.

Concernant la théorie des « droits à ce point personnels », la question principale est, évidemment, de savoir comment on détermine quels sont ces droits que seul son titulaire peut exercer puisque la loi n'en dresse pas une liste⁷⁵.

Il est évident qu'il existe des droits dont l'objet suppose qu'ils soient nécessairement exercés par son titulaire, même s'il est mineur. Tel est, par exemple, le droit de pouvoir donner son opinion sur toute question qui le concerne. Il est impossible que l'opinion du mineur émane d'une autre personne que lui⁷⁶. Peuvent figurer également dans cette catégorie de nombreux droits fondamentaux de l'enfant, tels les droits de la défense, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, le droit à la vie privée, le droit de connaître ses origines...

Dans d'autres cas, ce sont plutôt les circonstances qui font du droit en question « un droit à ce point personnel » et qui conduisent le juge à reconnaître au mineur le droit de l'exercer personnellement. Ce caractère est généralement conféré à certains droits dans des situations urgentes, de conflits d'intérêts avec les représentants légaux, de manquements des représentants légaux, d'absence de représentants légaux à leur obligation de protection, etc. qui confèrent un caractère « vital » à admettre l'action du mineur sans avoir recours à la solution de droit commun qu'est la représentation sous peine de priver le mineur du bénéfice de son droit. Le juge cherche ainsi à éviter qu'en raison des circonstances de l'espèce, une règle de procédure (l'absence de représentant), dont

⁷⁴ C.E., 11 juin 1996, n° 60.097, J.D.J., 1997, n° 170, p. 519. Dans les mois qui ont précédé cet arrêt, le Conseil d'État a, à plusieurs reprises, reçu des recours en suspension introduits par des mineurs contre des décisions de refus d'accès au territoire avec refoulement, sans cependant motiver ces décisions sur ce point. Voy. C.E., 21 décembre 1995, J.D.J., 1996, n° 153, p. 123 ; C.E., 22 janvier 1996, J.D.J., 1996, p. 176 ; C.E., 15 février 1996, J.D.J., 1996, p. 177 ; une même solution a été retenue pour une mineure âgée de 9 ans, à ceci près qu'au fond la demande de suspension a été rejetée. C.E., 26 septembre 1996, J.D.J., 1996, p. 484. La même solution a été retenue dans l'arrêt n° 67.630 du 4 août 1997, J.D.J., 1997, p. 518.

⁷⁵ F. RIGAUX, Observations sous C.E., 7 octobre 1988, J.T., 1989, p. 678. À titre d'exemple, il relève que le droit à la vie et au respect de l'intégrité physique est assurément attaché à la personne. Et cependant, il se conçoit malaisément en l'état actuel des textes que le mineur victime d'un accident ait le droit d'agir lui-même contre l'auteur du dommage dès lors que ses père et mère négligeraient d'exercer l'action. Dans le même sens, voy. G. CLOSSET-MARCHAL, « La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique. Aspects de droit judiciaire », *op. cit.*, p. 139. L'auteur estime que la théorie des droits personnels ne repose sur aucune base légale et que la notion de « droits personnels » est difficile à définir : « on pourrait, à la limite, considérer comme tels tous les droits extrapatrimoniaux ».

⁷⁶ Par contre, comme le prévoit l'article 12 du Convention relative aux droits de l'enfant, le mineur a le droit de ne pas exercer son droit directement et il peut choisir (mais on ne peut pas le lui imposer) de faire connaître son opinion par l'intermédiaire d'un représentant à qui il s'est confié.

l'objet est de protéger le mineur, ne se retourne contre lui en empêchant le respect d'un droit matériel.

C. La suprématie des normes internationales

Dans certains cas, les juges belges ont invoqué la reconnaissance de droits fondamentaux par les conventions internationales pour reconnaître au mineur le droit d'ester en justice afin d'en obtenir le respect⁷⁷.

La reconnaissance du droit dans un texte international directement applicable est parfois l'élément qui a été utilisé pour reconnaître le caractère « à ce point personnel » du droit qu'il ne peut être exercé que par le mineur⁷⁸.

Avant même la consécration par la loi et la Constitution du droit du mineur à être entendu, plusieurs juridictions se sont ainsi appuyées sur l'effet direct de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁷⁹ pour reconnaître au mineur doué de discernement le droit d'intervenir volontairement dans les procédures relatives à la séparation de ses parents afin de demander d'être entendu avant que le magistrat ne statue au fond concernant les modalités d'hébergement⁸⁰. En réalité, c'est tout autant leur caractère conservatoire que

⁷⁷ Il faut constater que ce motif n'a, chronologiquement, pas été le premier à être invoqué pour justifier la reconnaissance de l'exercice de ses droits fondamentaux par le mineur, à l'exception de la matière protectionnelle dans laquelle la Convention européenne des droits de l'homme a été massivement mobilisée. Dans les autres domaines du droit, l'argument de la suprématie des normes de droit international a surtout été utilisé par les juges internes après la ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant par la Belgique en 1991.

⁷⁸ Civ. Tournai, 19 décembre 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 41. La décision précise que l'incapacité relative dont est frappé le mineur doué de discernement ne peut faire obstacle à l'exercice par celui-ci d'actions relatives notamment à des droits qui lui sont personnels. Tel doit être le cas lorsqu'il s'agit du droit propre qui lui est reconnu notamment par l'article 203 du Code civil et par l'article 27 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. En outre, l'action alimentaire d'un enfant à l'égard de ses parents doit être considérée comme urgente par nature.

⁷⁹ Voy. dans cet ouvrage, G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND, « La refonte du statut du mineur en droit civil à travers le prisme des droits de l'enfant : l'apport de la CIDE et du Comité des droits de l'enfant », dans cet ouvrage, *supra*.

⁸⁰ 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 octobre 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. Même si depuis octobre 1994 (voy. *infra*), des dispositions de droit interne organisent le droit à l'audition de l'enfant dans les procédures qui le concernent sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours au mécanisme de l'intervention volontaire, de telles demandes sont encore introduites et déclarées recevables. Voy. Civ. Namur (réf.), 17 mars 1995, *J.D.J.*, 1995, p. 276 ; Mons, 5 juillet 1996, *J.D.J.*, 1997, p. 169 ; Mons, 15 septembre 1998, *J.D.J.*, 1999, n° 181, p. 41 ; Liège (jeun.), 28 avril 2000, *J.L.M.B.*, p. 1085. Certaines

la référence à la Convention qui a justifié la recevabilité de ces interventions volontaires à fin d'audition⁸¹. Les juges n'ont généralement 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 n'oppose que ses parents⁸². Une fois son audition réalisée, son intervention perdait tout objet et l'enfant ne participait plus au procès. En raison de l'effet direct de l'article 12 de la Convention, les juges ont été contraints de trouver une solution procédurale en droit interne pour permettre l'exercice du droit, car il aurait été inadmissible que le droit soit vidé de toute effectivité au motif que la procédure ne permettait pas au mineur d'avoir accès au prétoire. Le lien entre la reconnaissance du droit matériel et le droit d'ester en justice est donc très étroit, la procédure contribuant à l'exercice du droit matériel et ne pouvant avoir pour effet de le priver de sa substance.

Par contre, les juges belges n'ont généralement pas reconnu au mineur un droit d'intervention au fond dans les procédures opposant leurs parents concernant son hébergement, bien que l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que *toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues*⁸³. Si une partie de la doctrine soutient que le mineur ne peut pas être partie au procès sur le fond du litige⁸⁴, certaines juridictions⁸⁵ ont en revanche reconnu au mineur un tel

décisions ont déclaré de telles demandes irrecevables. Voy. Bruxelles, 3 février 1995, *Pas.*, 1996, II, p. 40 ; Liège, 9 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 510 ; Bruxelles, 9 février 1999, *J.T.*, 2000, p. 150 ; Civ. Charleroi (réf.), 7 avril 2000, *J.L.M.B.*, p. 569.

⁸¹ Mons, 10 novembre 1993, *Rev. rég. dr.*, 1993, p. 401 : en l'espèce, l'intervention de mineurs dotés de la capacité de discernement aux fins d'être entendus par le juge, doit être admise en raison du caractère strictement personnel de pareil droit et du caractère conservatoire de leur action.

⁸² À cet égard, voy. not. 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.*, pp. 664 et s. Voy. égal. Civ. Marche, 9 juin 1999, *J.D.J.*, 2000, n° 192, p. 42. Cette décision considère que l'enfant qui intervient volontairement *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 ».

⁸³ La Cour de cassation a cependant fait explicitement référence à cette disposition pour confirmer une décision de la cour d'appel de Gand qui empêchait un père de recourir à l'exécution forcée du droit aux relations personnelles qui lui avait été reconnu. Cass., 11 mars 1994, *Div. Act.*, 1996/8, p. 115. La Cour de cassation, sans l'affirmer formellement, semble donc bien avoir considéré que l'article 9 était directement applicable en droit interne.

⁸⁴ En ce sens : G. CLOSSET-MARCHAL, « La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique. Aspects de droit judiciaire », in *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, actes de la journée d'étude du 30 novembre 1990 organisée par le Centre de droit de la famille de l'UCL, Bruxelles, Story-Scientia, 1992 ; C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *op. cit.*, pp. 488-489, n° 13 ; A. NOTTET, *Le consommateur mineur*, Malines, Kluwer, 2013, pp. 115 et s., n°s 110 et s.

⁸⁵ Liège (jeun.), 28 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1087 ; Liège (jeun.), 30 juin 2000, *J.D.J.*, 2001, obs. F. DRUANT ; Liège (jeun.), 12 février 2002, *J.T.*, 2002, p. 407 ; Liège (jeun.), 4 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 455. La motivation de ces décisions est identique. Outre le droit reconnu par l'article 9 de la Convention, la Cour

droit d'intervention en vue, non plus d'agir à titre conservatoire pour demander une audition, mais bien pour participer à l'ensemble des débats sur les chefs de demande pour lesquels il justifie d'un intérêt incluant par ailleurs le droit d'introduire des recours contre la décision au fond.

À l'instar de la cour d'appel de Bruxelles⁸⁶, la Cour de cassation a, en revanche, à plusieurs reprises, refusé une telle solution. Elle a répété que *ni les articles 3, 9 et 12 de la CIDE, ni l'article 8 de la CEDH, ni l'article 22bis de la Constitution n'exigent que l'enfant mineur ait la possibilité d'intervenir en tant que partie et d'introduire une action dans les litiges entre ses parents concernant l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne, son hébergement ou l'exercice du droit aux relations personnelles par le parent qui n'a pas l'autorité parentale* et que, partant, *il n'est pas dérogé à l'incapacité juridique ou procédurale du mineur. Il s'ensuit que le mineur ne peut pas intervenir en tant que partie dans un tel litige et ne peut pas introduire une action*^{87,88}.

L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant a parfois servi de base pour reconnaître un droit d'ester en justice au mineur doué du discernement sur le fond du litige (et pas seulement un droit de faire intervention volontaire pour solliciter son audition) dans des procès pénaux relatifs à des

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. Toutefois la Cour estime qu'elle doit vérifier si le mineur jouit du discernement et si l'intervention ne nuit pas à ses intérêts pour la déclarer recevable alors que ces conditions ne sont pas prévues par l'article 9 de la Convention. Dans le cas d'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. Dans son arrêt du 12 avril 2002, elle reconnaît en revanche la capacité à agir par intervention volontaire à des mineurs requérants, âgés de 16 ans, 14 ans, 13 ans, 12 ans et presque 11 ans, dans la mesure où ils sont doués de discernement et où leurs intérêts ne sont pas susceptibles d'être lésés par leur intervention. Voy. égal. Gand, 28 janvier 2002, T.J.K., 2002, p. 128, note E. DE KEZEL.

⁸⁶ Voy. not. Bruxelles (ch. fam.) (42^e ch.), 16 novembre 2021, T. Fam., 2022, liv. 5-6, p. 155, note C. DECLERCK et G. MATHIEU ; Bruxelles (ch. fam.) (42^e ch.), 4 janvier 2022, T. Fam., 2022, p. 159, note C. DECLERCK et G. MATHIEU.

⁸⁷ Cass. (3^e ch.), 10 février 2020, Act. fam., 2021/1, p. 12, note M. COUNE ; R.A.B.G., 2020, p. 1281 ; R.W., 2021-2022 (somm.), p. 207 ; T. Fam., 2020, p. 198, note P. SENAËVE. Cass. (3^e ch.), 25 janvier 2021, T. Fam., 2022, p. 155, note C. DECLERCK et G. MATHIEU, R.W., 2021-2022 (somm.).

⁸⁸ Dans son arrêt du 10 février 2020, la Cour, dans un autre moyen, considère que la fin de non-recevoir résultant de l'intervention volontaire d'un mineur dans un litige entre ses parents concernant l'organisation de l'hébergement de l'enfant et l'exercice du droit aux relations personnelles n'a pas pour but de permettre au mineur de faire intervenir son représentant légal ou un tuteur *ad hoc* et n'est donc pas une exception dilatoire.

faits de maltraitance ou d'abus sexuels intrafamiliaux commis sur sa personne. Il a ainsi été admis à se constituer personnellement partie civile contre son ou ses représentants légaux⁸⁹. D'autres juridictions ont, au contraire, estimé que l'article 12 de la Convention ne reconnaissait pas dans le chef du mineur un droit d'action sur le fond du litige⁹⁰. En conséquence, en l'absence de toute dérogation légale au principe de l'incapacité, ces juridictions, dont la position est devenue majoritaire, ont jugé que le mineur n'était pas capable de se constituer directement partie civile même lorsqu'il existait un conflit d'intérêts entre lui et ses représentants légaux et que, dans ce cas, il devait faire valoir son droit à la réparation en se faisant représenter par un tuteur *ad hoc*⁹¹.

Dans une cause où l'enfant voulait faire intervention volontaire pour donner son opinion pour expliquer qu'il avait décidé seul de ne pas se rendre chez un de ses parents et que les poursuites diligentées du chef de non-présentation d'enfant contre l'autre parent le perturbait gravement, la Cour de cassation a jugé que *les dispositions, qui consacrent le droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure judiciaire l'intéressant, ne lui confèrent pas celui d'intervenir volontairement dans une procédure qui n'est pas de nature à porter directement atteinte à ses intérêts, telle une poursuite pénale mue à charge d'un de ses parents du chef d'infraction à l'article 432 du Code pénal pour en déduire que le juge appelé à statuer sur un délit de non-représentation d'enfant conserve donc le pouvoir d'apprécier souverainement la nécessité et l'opportunité d'entendre les mineurs d'âge visés par la décision judiciaire réglant le droit des parents aux relations personnelles*⁹².

⁸⁹ Corr. Liège, 1^{er} mars 1994, J.D.J., 1994, n° 136, p. 46 ; Corr. Namur, 30 juin 1994, J.L.M.B., 1994, p. 1143 ; Corr. 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 ; Corr. 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 la 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. Voy. égal. V. DOUILLIEZ, « La constitution de partie civile par un mineur d'âge », J.D.J., 1997, pp. 154-155.

⁹⁰ Bruxelles, 13 mars 1997, J.D.J., 1997, p. 295.

⁹¹ Par contre, faisant une application de la règle générale développée ci-dessus, la cour d'assises de Liège, dans un arrêt du 24 juin 1997 (J.D.J., 1997, p. 518) a considéré que la constitution de partie civile de deux mineurs d'âge était recevable car elle n'était pas contestée. Dans un arrêt du 23 octobre 2001, la même cour d'assises a considéré qu'en s'en référant en justice, la partie adverse soulevait implicitement mais certainement une contestation et a déclaré irrecevable la constitution de partie civile du mineur. C. ass. Liège, 23 octobre 2001, J.L.M.B., 2002, p. 161, obs. E. VIEUJEAN.

⁹² Cass., 26 mai 2010, Juristenkrant, 2010, n° 213, p. 8. Dans le même sens, voy. Corr. Nivelles, 20 décembre 2001, Rev. trim. dr. fam., 2003, p. 41.

§ 3. La capacité de fait du mineur à agir devant la Cour européenne des droits de l'homme

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne contient aucune disposition consacrée exclusivement aux mineurs⁹³. L'article 1^{er} dispose que les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1^{er} de la présente Convention. Les enfants sont inclus dans les termes « toute personne » (en anglais *everyone*) de sorte que les mineurs se voient reconnaître les mêmes droits que les adultes⁹⁴.

Parmi ces droits figure celui de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. La Convention, l'ancien règlement de la Commission et l'actuel règlement de la Cour ne contiennent aucune règle relative à la capacité juridique d'ester en justice.

La Cour et la Commission, du temps où elle existait, ont toujours admis que les recours soient, comme en droit interne, introduits par le représentant légal du mineur⁹⁵. Ce dernier est déterminé conformément au droit interne⁹⁶. Elles ont également admis que la requête soit introduite par un parent qui n'est plus titulaire du pouvoir de représentation⁹⁷. Enfin, sur la base de l'article 1^{er} de

⁹³ Par contre, certaines dispositions envisagent une protection particulière des mineurs. C'est notamment le cas de l'article 5.1.d relatif à la privation de liberté des mineurs et de l'article 6.1 à propos de la publicité des procès. L'article 2 du Protocole n° 1 assure le droit à l'instruction, ce qui est sans aucun doute un droit spécifiquement lié à l'enfance.

⁹⁴ Par ailleurs, même si elle n'est pas reprise à l'article 14 parmi les facteurs de non-discrimination par rapport à la garantie de la jouissance et de l'exercice des droits reconnus dans la Convention, la minorité pourrait sans aucun doute trouver sa place dans l'expression « toute autre situation ».

⁹⁵ Pour une analyse approfondie sur la qualité des requérants dans les affaires concernant les mineurs, voy. C. Mol, *The Child's Right to Participate in Family Law Proceedings – Represented, Heard or Silenced*, *European Family Law*, n° 52, Intersentia, 2022, pp. 139 et s. Voy. également I. BERRO-LEFEVRE, « L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.J.*, 2008/2, n° 272, pp. 35-38.

⁹⁶ Cour eur. D.H., 8 janvier 2013, A.K. et L. c. Croatie, § 47 ; Cour eur. D.H., 27 septembre 2011, *Diamante et Pellicioni c. Saint-Marin*, § 147 ; Cour eur. D.H., 8 octobre 2020, C. c. Croatie, § 55. Voy. également sur cette question les parties V.A et V.B de la contribution de G. WILLEMS dans le présent ouvrage qui aborde également les difficultés liées à la saisine de la Cour par un parent tant en son nom personnel qu'en qualité de représentant de son enfant. Il souligne, à juste titre, que ce parent, agissant au nom de son enfant aura bien entendu à cœur de poursuivre l'intérêt de celui-ci, mais sa perception de cet intérêt sera inévitablement influencée par ses propres intérêts qu'il souhaite voir prévaloir. Sur cette dernière question, voy. aussi Cour eur. D.H., 20 juin 2019, A. et B. c. Croatie.

⁹⁷ Dans ce cas, la Commission ou la Cour exige généralement la preuve que le mineur souhaite réellement être représenté par son auteur (M. BUQUICCHIO-DE BOER, « Les enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.D.J.*, février 2008, n° 272, p. 4 et les réf. citées. Voy. aussi U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Vermont, Ashgate Dartmouth, 1999, p. 124 et les réf. citées). À défaut, elles déclarent la requête irrecevable *ratione personae* (à titre d'exemple, voy. Cour eur. D.H., 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, § 50), ce qui constitue une décision qui n'est pas nécessairement à l'avantage du mineur (sur les difficultés liées à la représentation des mineurs devant la Cour, voy. K. REID, « Article 25 of the Convention: applications by children », in *L'éclosion du droit européen. Liber amicorum Carl Aage Norgaard*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 301 et s.). Dans son

la Convention, elles ont accepté d'être directement saisies par un mineur sans l'accord de son représentant légal⁹⁸. L'ancien article 25 de la Convention disposait que toute personne, sans distinction d'âge, pouvait saisir la Commission. Aujourd'hui, l'article 34 précise que la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique.

Par contre, il faut bien constater que la Cour n'a jamais cherché à impliquer le mineur dans la procédure lorsqu'il n'est pas requérant. Contrairement au droit garanti par l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant auquel elle fait pourtant régulièrement référence, la Cour ne procède jamais à l'audition de l'enfant dans les affaires qui le concernent ou ne l'invite pas à faire une intervention volontaire. Par contre, la Cour tient compte, de manière déterminante, de l'avis de l'enfant non requérant lorsqu'il a été recueilli dans le cadre de la procédure en droit interne⁹⁹. Tout en ne reconnaissant pas à l'enfant un droit à l'audition dans sa propre procédure, elle fait grief aux États de ne pas l'entendre dans les procédures de droit interne qui le concernent¹⁰⁰.

arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie*, la Cour a adopté une position moins exigeante à propos de la preuve de la volonté de l'enfant d'être représenté par le parent qui n'a plus l'autorité parentale dans l'hypothèse où c'est précisément la rupture entre l'enfant et le parent qui est contestée par le représentant légal (cette affaire concernait le placement d'un enfant imposé par la contrainte où la mère était privée de contact avec l'enfant). Le parent est autorisé à représenter l'enfant pour éviter que la Cour ne puisse pas connaître d'un recours que personne d'autre n'aurait intérêt à porter devant elle et que l'enfant serait incapable d'introduire. La Cour rappelle qu'en principe, une personne n'ayant pas, en droit interne, le droit de représenter une autre personne, peut tout de même, dans certaines circonstances, agir devant la Cour au nom de cette autre personne. En particulier, des mineurs peuvent saisir la Cour même, et à plus forte raison, s'ils sont représentés par une mère en conflit avec les autorités, dont elle critique les décisions et la conduite à la lumière des droits garantis par la Convention. A l'instar de la Commission, la Cour estime qu'en cas de conflit, au sujet des intérêts d'un mineur, entre le parent biologique et la personne investie par les autorités de la tutelle des enfants il y a un risque que certains intérêts du mineur ne soient jamais portés à l'attention de la Cour et que le mineur soit privé d'une protection effective des droits qu'il tient de la Convention. Par conséquent, comme l'a observé la Commission, même si la mère a été privée de l'autorité parentale, d'ailleurs l'un des faits générateurs du conflit qu'elle porte devant la Cour, sa qualité de mère biologique suffit pour lui donner le pouvoir d'ester devant la Cour également au nom de ses enfants afin de protéger leurs propres intérêts (Cour eur. D.H., 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, § 138).

⁹⁸ M. BUQUICCHIO-DE BOER, « Les enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 3 et réf. citées. Voy. égal., à titre d'exemples, Cour eur. D.H., 28 novembre 1988, *Nielsen c. Danemark* ; Cour eur. D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H., 28 novembre 1996, *Nsona c. Pays-Bas* ; Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, A. c. *Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H., 10 mai 2001, Z et autres c. *Royaume-Uni*.

⁹⁹ Cour eur. D.H., 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, § 61.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, M. et M. c. *Croatie*. La Cour a jugé qu'à la lumière de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant (voir les paragraphes 94 et 97 ci-dessus, et en particulier l'Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, § 32), la Cour estime que les mêmes principes s'appliquent mutatis mutandis à toute procédure judiciaire ou administrative ayant une incidence sur les droits des enfants découlant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En particulier, en pareil cas, on ne saurait dire que des enfants capables de discernement ont été suffisamment associés au processus décisionnel lorsqu'il ne leur a pas été donné la possibilité d'être entendus et d'exprimer leur opinion (§ 181). Elle ajoute que la première requérante, qui est une excellente

Enfin, la Commission et la Cour ne semblent pas subordonner la recevabilité de l'action à la constatation du discernement dans le chef du mineur. Par contre, l'appréciation du discernement a des incidences sur l'appréciation au fond. Face à la parole de l'enfant, la position de la Cour est très variable. Dans l'affaire *Nielsen c. Danemark* qui concerne le placement d'un mineur âgé de 12 ans dans un hôpital psychiatrique fermé décidé par sa mère, la Cour a eu peu d'égard à son ressenti et sa souffrance d'être enfermé dont il se plaignait, jugeant que, *par rapport à l'importance à accorder aux vues de l'intéressé sur son hospitalisation, il se trouvait encore à un âge où il est normal qu'un parent se prononce, au besoin, contre le gré de son enfant*¹⁰¹. Par contre, dans son arrêt *Hokkanen c. Finlande*, alors que l'enfant était âgé de 10 ans, la Cour 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 gré¹⁰² et n'aperçoit aucune raison de mettre cette appréciation en doute. De même, dans son arrêt *M. et M. c. Croatie*, concernant une enfant âgée de 9 à 13 ans durant la procédure en droit interne, la Cour approuve la jurisprudence des juridictions croates selon laquelle *dans les situations dans lesquelles les deux parents sont aussi aptes l'un que l'autre à s'occuper de l'enfant et où l'enfant est, compte tenu de son âge et de sa maturité, capable de discernement et apte à exprimer ses opinions, il y a lieu de respecter le souhait de l'enfant s'agissant du parent avec lequel il entend vivre* et indique qu'elle ne peut que souscrire à ce principe, estimant qu'un point de vue contraire viderait de son sens la règle voulant que les opinions de l'enfant soient dûment prises en considération¹⁰³.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne remet pas en question le fait que le point de départ du raisonnement doit être que le mineur est titulaire des droits reconnus par la Convention et qu'il peut, en principe, les exercer. Par contre, elle contient des appréciations parfois très différentes, d'une cause à l'autre, sur l'étendue de l'exercice par le mineur du droit matériel garanti par la Convention, car elle considère que la minorité peut,

élève et dont les capacités intellectuelles ont été jugées bonnes, voire supérieures à la moyenne, par les experts [...], avait neuf ans et demi au début de la procédure et est aujourd'hui âgée de treize ans et demi. Compte tenu de son âge et de sa maturité, il est donc difficile d'arguer qu'elle n'est ni capable de discernement ni apte à exprimer librement ses opinions. La Cour estime donc que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la méconnaissance du souhait exprimé par la première requérante de vivre avec sa mère s'analyse en une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée et familiale (§ 187). Voy. également la partie V de la contribution de G. WILLEMS dans le présent ouvrage ainsi que la contribution de M. MALLIEN, « Les droits procéduraux du mineur au civil », dans cet ouvrage, *infra*.

¹⁰¹ Cour eur. D.H., 28 novembre 1988, *Nielsen c. Danemark*, § 72.

¹⁰² Voy. égal. not. 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. Cour eur. D.H., 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, § 61.

¹⁰³ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, *M. et M. c. Croatie*, § 185.

dans certains cas, constituer une raison objective et raisonnable qui autorise à traiter les mineurs d'une manière différente des adultes au motif que l'âge peut justifier des mesures protectrices à finalités précises¹⁰⁴. Toutefois, les dérogations admises par la Cour au nom de la différence ont pu, suivant les arrêts, prendre des directions différentes. Dans certains cas, la Cour a accepté que puissent être adoptés des comportements à l'égard des enfants qui n'auraient pas été jugés acceptables à l'égard de personnes majeures¹⁰⁵. Dans d'autres, elle a jugé que

¹⁰⁴ 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*, op. cit., pp. 4 et s. Voy. égal. Comm. EDH, 14 décembre 1979, G. c. Suisse, n° 8500/79, D.R. 18, pp. 238 et s., où un mineur délinquant suisse devait travailler comme ébéniste durant sa détention. Il a invoqué une discrimination par rapport aux majeurs qui ne devaient pas travailler durant leur détention préventive. La Commission n'a cependant pas reçu la requête en considérant que la situation du mineur face à la justice est fondamentalement différente tant avant qu'après l'établissement du fait infractionnel. Sur cette décision, voy. M. BUQUICCHIO-DE BOER, « Les enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 3.

¹⁰⁵ Voy. Comm. EDH, 19 décembre 1974, X et Y c. Pays-Bas, n° 6753/74, D.R., p. 118. Une jeune fille âgée de 14 ans avait quitté le domicile parental en compagnie de son ami et avait été ramenée de force chez ses parents par la police. La Commission a considéré que, contrairement à ce qu'elle soutenait, cette décision ne violait pas son droit au respect de sa vie privée. En agissant comme ils l'avaient fait, les parents protégeaient la vie familiale de l'ensemble de la famille et le retour forcé de la jeune fille se justifiait par la protection de sa santé physique et morale conformément à l'article 8.2 de la Convention. Voy. Cour eur. D.H., 28 novembre 1988, *Nielsen c. Danemark*. L'enfant alléguait que son placement au pavillon de psychiatrie infantile avait méconnu l'article 5, § 1^{er}, de la Convention. Il se plaignait aussi d'une violation de l'article 5, § 4, affirmant n'avoir eu aucune possibilité d'introduire un recours devant un tribunal compétent pour statuer sur la légalité de sa détention. La Cour a constaté que l'admission et le séjour du requérant au pavillon de psychiatrie infantile furent décidés par la mère en vertu de son autorité parentale. Il fallait donc rechercher si l'article 5 s'applique aux restrictions à la liberté du requérant qu'a entraînées l'exercice des droits de la mère. La Cour décide que pour s'occuper d'un enfant et l'éduquer, ses parents ou l'un d'eux doivent d'ordinaire, par la force des choses, décider où il résidera et imposer, ou autoriser des tiers à imposer, diverses restrictions à sa liberté. Il lui faut par exemple, à l'école ou dans un autre établissement d'enseignement ou de loisirs, se plier à certaines règles qui limitent sa liberté, de mouvement ou autre. De même, il peut lui arriver de devoir être hospitalisé en vue d'un traitement médical. Elle rajoute toutefois, le titulaire de l'autorité parentale ne saurait jouir de droits illimités et il incombe à l'Etat de ménager des garanties contre les abus, ce qui correspond à la vision du modèle protectionnel. En l'espèce, la Cour s'est dite convaincue que la mère, en prenant sa décision sur les conseils de son médecin de famille et du professeur T., entendait protéger la santé de son fils. Il s'agit certainement là d'un but légitime de l'exercice de l'autorité parentale. Voy. Cour eur. D.H., 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*. Un mineur, âgé de 7 ans au moment des faits, se plaignait de la punition corporelle (trois coups de chaussure de gymnastique à semelle de caoutchouc sur le postérieur par-dessus son short) dont il avait fait l'objet de la part du directeur de l'école privée qu'il fréquentait. Il estimait que le traitement qu'il avait subi était contraire aux articles 3 et 8 de la Convention. Pour la Cour, « le traitement incriminé, encore qu'infligé par le chef d'un établissement privé, est de nature à engager la responsabilité du Royaume-Uni au regard de la Convention s'il se révèle incompatible avec l'article 3, l'article 8 ou les deux ». Néanmoins, au regard des circonstances de la cause, la Cour considère que le châtiment subi par l'enfant ne constitue pas une violation de ces dispositions notamment en raison du fait que la punition a été donnée conformément au règlement de l'établissement, qu'elle était modérée et n'a laissé aucune trace ou séquelle et qu'elle a été donnée en l'absence de témoins. Même si pour la Cour la notion de « vie privée » englobe l'intégrité physique et morale de la personne, elle estime néanmoins, eu égard au but et à l'objet de la Convention prise dans son ensemble et à la circonstance que la fréquentation d'une école par un enfant implique inévitablement une certaine ingérence dans la vie privée de celui-ci, que le traitement incriminé n'a pas nui à

traiter les mineurs comme des majeurs constituait une atteinte au respect des droits qui leur étaient garantis par la Convention¹⁰⁶.

§ 4. Les mécanismes utilisés pour reconnaître une certaine capacité avant l'âge de la majorité

Comme on vient de l'observer, la loi et la jurisprudence reconnaissent des exceptions ponctuelles à l'incapacité civile qui se justifient par la reconnaissance de facultés de jugement dans le chef du mineur. Cette reconnaissance s'opère principalement par le recours à deux techniques juridiques. La première est celle des seuils d'âge (A). La seconde est celle de la constatation que le mineur jouit du discernement (B). Il existe cependant une série de situations dans lesquelles les deux techniques sont combinées à des degrés divers (C). Nous allons nous arrêter quelques instants sur chacune de celles-ci.

A. La technique des seuils d'âge

En droit, l'âge est un critère qui peut se voir attribuer plusieurs fonctions. Il peut être le seuil à partir duquel des droits sont conférés à un être humain ou, au contraire, à partir duquel ils lui sont retirés, il peut être une circonstance aggravante en droit pénal, il peut justifier un dispositif de réaction sociale propre aux mineurs, il peut déterminer des catégories auxquelles sont conférés des avantages sociaux, etc.

Nous nous limitons, ici, à essayer de circonscrire certaines fonctions qu'opère l'âge par rapport à la minorité et à l'incapacité civile qui en découle.

Le seuil d'âge pivot est celui de la majorité. Il est le seuil à partir duquel, tant en droit civil qu'en droit pénal et en droit constitutionnel (majorité politique), le jeune est juridiquement adulte. À partir de cet âge, il peut donc, d'une part, exercer tous les droits reconnus à la personne et au citoyen et il doit, d'autre part, assumer les obligations qui leur sont assignées.

L'âge de la majorité exerce une triple fonction.

a) Une première se déduit de l'affirmation des auteurs du Code civil selon laquelle la distinction de ces deux périodes de la vie est généralement justifiée par la constatation que la maturité n'est pas innée. Elle serait, au contraire, le

¹⁰⁶ l'intégrité physique ou morale du requérant au point de relever de l'interdiction de l'article 8... Tout en ne voulant pas donner l'impression d'approuver de quelque manière le maintien du châtiment corporel dans le système disciplinaire d'une école.

¹⁰⁶ Voy. Cour eur. D.H., 16 décembre 1999, V. et T. c. Royaume-Uni, § 84. L'arrêt décide que lorsqu'un mineur est déféré devant une juridiction pénale ordinaire, il faut le traiter d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel, et de prendre des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à la procédure.

fruit d'un processus d'évolution sur le plan physiologique et social : [l]e citoyen naît dans l'État avec l'investiture des droits civils, mais il ne peut les exercer en naissant. Comme ses facultés physiques ne se développent que par degrés ce n'est aussi que par degrés que son discernement se forme, qu'il acquiert la connaissance des hommes et des choses, qu'il apprend l'art de gouverner ses affaires, et l'art plus difficile encore de se gouverner lui-même¹⁰⁷. En résumé, comme le souligne F. Rigaux, pour le droit, c'est le seul écoulement du temps qui transforme en majeur celui ou celle qui, jusqu'à l'heure fixée par la loi, était réputé mineur par celle-ci¹⁰⁸. Toutefois, la transformation du statut juridique par l'accession à un âge ne traduit pas adéquatement les raisons qui justifient son utilisation, à savoir que le passage de l'enfance au stade adulte se fait par une évolution lente et progressive. La technique présente donc notamment le défaut de ne pas prendre en compte la temporalité du mineur.

Pour tempérer cet inconvénient, nous avons observé que le législateur a fixé des seuils d'âge intermédiaires durant la minorité civile pour tenter de traduire cette temporalité. À partir de ceux-ci, les mineurs peuvent, tantôt exercer personnellement certains droits, tantôt devoir assumer certaines responsabilités, permettant ainsi à l'enfant d'acquérir une autonomie progressive¹⁰⁹. Toutefois, ces seuils intermédiaires reproduisent, pour l'objet limité qu'ils concernent, les mêmes inconvénients par rapport à la prise en compte de la temporalité.

En réalité, le seuil d'âge est une présomption au sens où nous l'avons défini plus haut. Il a pour fonction de traiter tous les mineurs de la même manière sans tenir compte de la réalité et, notamment, de sa capacité réelle de pouvoir exercer le droit reconnu ou d'assumer l'obligation qui lui est imposée. Ainsi, pour certains, le seuil peut être trop précoce en ce qu'ils n'ont pas encore, *de facto*, la conscience des enjeux et la capacité d'assumer la responsabilité de l'acte. Pour d'autres, il peut être trop tardif car, au contraire, ils jouissent déjà, avant cet âge, de la maturité nécessaire pour assurer l'exercice du droit.

La présomption opère une fonction de lissage qui profite plus à l'intérêt général qu'à chaque mineur en particulier. Il facilite la tâche des adultes en charge de la bonne application du droit en excluant toute nécessité d'apprécier la capacité de fait de l'enfant.

¹⁰⁷ Discours de TARRIBLE à la séance du corps législatif du 8 germinal an XI, in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Commentaire et complément des Codes français*, t. III, op. cit., p. 483. Le mineur sorti de l'enfance n'est qu'un interdit frappé par une disposition générale de la loi, qui est uniquement fondée sur les défauts ordinaires de la jeunesse, sur son état habituel. Il est à présumer que ces défauts s'affaibliront d'un jour à l'autre ; car chez le mineur les progrès de la raison doivent naturellement suivre ceux de l'âge (Exposé des motifs de EMMERY à la séance du corps législatif du 28 ventôse an XI, *ibid.*, p. 471).

¹⁰⁸ Fr. RIGAUX, « Du temps des mineurs au temps des majeurs », *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 106.

¹⁰⁹ P. SERVANT, « Minorité et seuils d'âge légaux », *Agora débats/jeunesses*, 2016/3, n° 74, pp. 113 et s.

b) Une deuxième fonction se déduit du constat de ce que le recours à la détermination de l'âge de la majorité ne semble pas avoir pour finalité première la protection des enfants. En effet, les promoteurs du recours à la technique des seuils d'âge insistent sur le lien qui existerait entre la durée de la période d'apprentissage qu'est le temps de la minorité et la complexité de la société dans laquelle évolue l'enfant. Selon eux, le processus de maturation serait d'autant plus long que la complexité de la vie sociale est accrue : *[d]ans les civilisations primitives, la coïncidence des âges de la majorité et de la puberté n'offre guère d'inconvénients parce que la vie sociale y est peu développée et que les jeunes gens sont protégés contre leur propre inexpérience par les conditions mêmes de la vie familiale, qui sont extrêmement rigides. Il n'en est plus de même avec le développement de la civilisation qui rend la vie juridique plus complexe et plus hasardeuse, et l'avènement de l'individualisme, qui entraîne la désagrégation de la vie familiale primitive*¹¹⁰.

Pourtant, l'histoire démontre que plus la société est devenue complexe, plus l'âge de la majorité a été fixé de plus en plus bas. Les raisons qui ont présidé à la fixation de l'âge de la majorité ne sont donc pas le temps nécessaire à l'apprentissage. Ainsi, déjà en 1804, les auteurs du Code civil ont justifié l'abaissement de l'âge de la majorité de 25 à 21 ans en fonction de l'intérêt général plus qu'en fonction de la protection de l'enfant : *l'interdiction des personnes jusqu'à 25 ans, la privation jusqu'à cet âge de l'exercice de leurs droits civils, est autant préjudiciable à leurs intérêts personnels que nuisible au grand intérêt de la société*¹¹¹ [...]. *L'incapacité civile résultant de la minorité, portée au-delà du vrai, mettait la société en perte réelle de toute la somme de travaux et de transactions qu'y eut versée l'individu paralysé par la loi*¹¹².

Dans le même sens, le choix de nombreux États, à partir des années 1970, d'abaisser à 18 ans l'âge de la majorité civile¹¹³ tend à démontrer que ce

¹¹⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4^e éd. (mis à jour par J.-P. MASSON), Bruxelles, Bruylant, t. II, vol. 2, 1990, p. 1118, n° 1207.

¹¹¹ Rapport fait au Tribunat par M. HUGUET le 3 germinal an XI (24 mars 1803), in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Commentaire et complément des Codes français*, t. III, op. cit., p. 418. Dans le même sens, voy. l'exposé des motifs fait par M. BERLIER au Corps législatif le 25 ventôse an XI (16 mars 1803) : « L'incapacité civile résultant de la minorité, portée au-delà du vrai, mettait la société en perte réelle de toute la somme de travaux et de transactions qu'y eut versée l'individu paralysé par la loi ».

¹¹² Rapport fait au Tribunat par M. HUGUET le 3 germinal an XI (24 mars 1803), in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Commentaire et complément des Codes français*, t. III, op. cit., p. 411.

¹¹³ La résolution n° 72 du 19 septembre 1970 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a invité les gouvernements à fixer l'âge de la majorité de préférence à 18 ans. En Belgique, le premier projet de loi visant à abaisser l'âge de la majorité civile à 18 ans a été déposé au Sénat par le ministre de la Justice Vanderpoorten le 22 novembre 1975 (*Doc. parl., Sén., sess. ord. 1974-1975*, n° 673/1). Plusieurs propositions de loi allant dans le même sens se sont ensuite succédé. À cette même époque, d'autres États ont fixé l'âge de la majorité civile à 18 ans : l'Angleterre en 1969, la France et la Suède en 1974, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie et le Luxembourg en 1975, l'Espagne en 1978, la Norvège en 1979 et les

seuil d'âge n'est pas, avant tout, fixé en fonction des facultés des jeunes de s'intégrer dans la vie sociale. En effet, alors que celle-ci devient socialement et juridiquement plus complexe, il est paradoxal de considérer que le mineur est plus vite qu'auparavant prêt à s'intégrer dans un monde plus exigeant à son égard. L'examen des propositions et projets de loi qui ont abouti, en 1990, en Belgique à l'abaissement de l'âge de la majorité civile à 18 ans illustre que la détermination de cet âge s'opère principalement en fonction de l'intérêt des classes dirigeantes dans la mesure où il renforce le modèle socio-économique dominant. Ainsi, lors des travaux préparatoires de la loi du 19 janvier 1990, il a été soutenu qu'un âge plus bas correspond mieux aux exigences économiques du monde d'aujourd'hui : *[i]l est nécessaire d'adapter la législation belge à l'évolution de la société. À 18 ans, les jeunes jouissent d'une grande indépendance. 18 ans est, en outre, un âge-clé parce qu'il correspond à la fin des études secondaires, à l'abandon éventuel de la maison familiale, au début du service militaire, au commencement de l'enseignement supérieur ou des activités professionnelles. Une série de lois ont d'ailleurs déjà accordé au jeune de 18 ans l'exercice de certains droits [...] L'abaissement de la majorité à 18 ans correspond à l'évolution sociale et à la volonté d'indépendance et d'émancipation des jeunes de cet âge*¹¹⁴. Cette équation initiale qui voudrait que l'indépendance de fait des jeunes doive être confirmée par le droit n'est cependant pas applicable à toutes les catégories de la population. Une fois l'âge de la majorité atteint, les inégalités qui affectent concrètement l'exercice des droits se révèlent et se renforcent. La fixation de l'âge de la majorité civile à 18 ans améliore surtout la situation juridique des jeunes qui disposent des ressources pour être autonomes dans la mesure où elle leur permet d'en bénéficier, alors qu'elle fragilise la situation de ceux qui ne les ont pas¹¹⁵. Paradoxalement, cette autonomie n'est pourtant que peu mobilisée par les jeunes qui en ont le plus de moyens ainsi que le démontrent l'allongement des études, la dépendance plus longue au milieu familial, etc. Par contre, les jeunes les plus précarisés sont livrés à eux-mêmes. Ils doivent se débrouiller seuls dans un contexte de pénurie

Pays-Bas en 1987. En Belgique, il a fallu attendre la loi du 19 janvier 1990 abaissant à 18 ans l'âge de la majorité civile (M.B., 30 janvier 1990). Sur la genèse de cette loi, voy. not. J. MOTTARD, « Rapport introductif », in *La majorité civile à 18 ans. Ses conséquences dans divers domaines du droit*, actes de la journée d'études organisée à Nivelles le 27 avril 1990 par la Conférence du Jeune barreau de Nivelles et le Département de droit économique et social de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, pp. 2 et s.

¹¹⁴ Proposition de loi abaissant à 18 ans l'âge de la majorité civile, *Doc. parl., Rapport*, Ch. repr., sess. ord. 1988-1989, n° 42/3, pp. 3-4.

¹¹⁵ Sur cette question, voy. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, « La majorité civile à 18 ans et le droit de la protection de la jeunesse », *J.T.*, 1991, p. 64. Voy. égal. CJEF, *Le livre blanc de la protection de la jeunesse*, Bruxelles, Centre national d'information des jeunes, 1979, pp. 74 et s. et pp. 94 et s. Cet ouvrage reprend notamment des paroles de jeunes placés en institutions qui soulignent eux-mêmes combien leur situation précaire sera encore plus difficile s'ils deviennent majeurs plus tôt.

d'emploi, de logement, etc. Ils perdent plus tôt l'aide que peut leur apporter l'État via les secteurs de l'aide à la jeunesse et de l'aide sociale générale. Au nom de leur capacité, ils bénéficient d'une moins grande solidarité sociale. En réalité, l'indépendance de fait s'avère être moins liée au choix de l'âge de la majorité qu'aux moyens dont le jeune jouit concrètement.

Dans le même sens, les travaux préparatoires de la Convention relative aux droits de l'enfant font apparaître que les besoins de ce dernier ne sont pas les seuls éléments pris en compte pour déterminer l'âge de la majorité. Plusieurs États ont fait valoir que l'âge de 18 ans était trop élevé pour déterminer le champ d'application de la Convention dans la mesure où leurs législations nationales retenaient un âge inférieur pour déterminer le seuil de la majorité. Il s'agissait notamment d'États défavorisés sur le plan économique qui estimaient ne pas être en mesure de supporter l'ensemble des obligations de protection imposées par la Convention durant une période si longue¹¹⁶. L'âge de 15 ans fut proposé par référence à celui qui avait été retenu par l'Assemblée générale des Nations unies à l'occasion de l'année internationale de l'enfant¹¹⁷. L'âge de 14 ans a été suggéré pour marquer la différence entre la notion d'enfant et celle de mineur, ce dernier statut pouvant permettre aux États qui le souhaitent d'instaurer une protection spécifique de la loi nationale pour une durée plus longue qui ne serait pas obligatoire¹¹⁸. Le choix de l'âge de 18 ans comme seuil plafond déterminant le champ d'application de la convention a été adopté sous la pression d'États nantis même si, en définitive, l'article 1^{er} retient l'âge de la majorité fixé par la loi nationale comme critère principal : *au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable*. Ces débats démontrent clairement que, dans chaque État, la fixation de l'âge de la majorité privilégie les intérêts dominants qui, eux-mêmes, varient dans l'espace en fonction de conditions et de circonstances qui sont indépendantes des mineurs.

Ce qui précède démontre ainsi que la technique des seuils d'âge assure également une fonction d'occultation de certains intérêts qui ne profitent pas prioritairement aux enfants.

c) Enfin, une troisième fonction qu'assure la technique du seuil d'âge est de cantonner le mineur dans la différence. La minorité fonde une conception « négative » du mineur au sens où il est considéré comme un être qui « n'est

¹¹⁶ Sh. DETRICK, J. DOEK, J. 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. 118.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 115.

¹¹⁸ *Id.*

pas encore ». Elle empêche de faire reconnaître la similitude et, ce faisant, elle peut aboutir à l'exclure plus longtemps qu'il ne le faut de la scène juridique alors que, de fait, il a la capacité de tenir son rôle.

À cet égard, il est intéressant d'observer qu'au fil des années, le législateur a progressivement abaissé les seuils d'âge à partir desquels il reconnaissait une certaine capacité au mineur dans certains domaines. Aujourd'hui, l'âge de 12 ans est majoritairement retenu (voy. notamment les dérogations légales à l'incapacité en matière civile visées aux numéros 4, 9, 10, 12, 16, 17, 22, et 30 du tableau ci-dessus), là où dans des législations plus anciennes, la limite était l'âge de 16 ou 15 ans (voy. les dérogations visées aux numéros 11, 12, 19, 24, 27, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43 et 44)¹¹⁹. Il s'en déduit une certaine incohérence. On a ainsi l'impression que, parfois, on reconnaît très tôt une capacité au mineur dans des domaines particulièrement délicats¹²⁰ alors que l'incapacité perdure dans son principe pour de nombreux actes simples de la vie quotidienne.

B. Le discernement

L'autre technique à laquelle tant le législateur que la jurisprudence ont recours pour reconnaître au mineur la capacité d'exercer certains droits est l'exigence que celui-ci jouisse du discernement.

Ce concept n'a toutefois reçu aucune définition légale ou jurisprudentielle. Il évoque les facultés de jugement de l'enfant. Par contre, le critère de référence à partir duquel les apprécier est flou et variable.

Le discernement de l'enfant se présente ainsi comme un concept protéiforme qui a été mobilisé de manières très différentes au cours de l'histoire et dans divers champs du droit. Il nous a paru utile de relever quelques éléments significatifs, mais parcellaires, de cette évolution (a) avant de nous interroger sur les fonctions qu'exerce la notion dans la reconnaissance d'un droit au mineur par la loi ou la jurisprudence telle que nous l'avons observée au point précédent (b).

¹¹⁹ Toutefois, l'âge de 16 ans a été retenu dans la récente loi du 8 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, comme critère pivot pour permettre à un mineur de faire une déclaration de changement de sexe (avec l'assistance de ses parents) fait exception à cette tendance. Quant à l'âge de 13 ans retenu pour le consentement d'un mineur au traitement de ses données à caractère personnel, il est issu de la transposition en droit interne, par la loi du 30 juillet 2018, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD).

¹²⁰ Par ex., euthanasie, santé, changement de sexe, changement de nom, action en matière de filiation, adoption, etc.

Avant de poursuivre, nous nous devons de faire une observation terminologique. Le discernement du mineur doit généralement faire l'objet d'une appréciation par un interprète. Il peut s'agir parfois d'un juge, d'une autorité d'aide ou de protection de la jeunesse, d'une autorité administrative, d'un médecin ou d'un professionnel d'un autre type désigné par la loi. Dans la suite, nous utiliserons le terme générique « d'interprète » chaque fois que la fonction d'interprétation n'est pas abordée en fonction d'un acteur particulier.

1. Le discernement au fil de l'histoire et des champs du droit

La présente section ne constitue pas une histoire de la notion juridique de discernement. Nous avons sélectionné quelques périodes lors desquelles la notion de discernement a été mobilisée dans certains champs du droit.

a) Le Code civil de 1804

Comme on l'a déjà souligné plus haut, dès 1804, la notion de discernement a été utilisée comme critère pour distinguer l'incapacité naturelle de l'incapacité de protection, celle-ci étant réservée au mineur qui a atteint l'âge du discernement. Par ailleurs, dans le droit de la responsabilité, seul le mineur doué du discernement peut, à cette époque, être tenu de son quasi-délit.

La notion n'avait aucun contenu légal et ne correspondait à aucun seuil d'âge fixé par la loi. L'appréciation du discernement est laissée tout entière à la discrétion du juge ou de l'intervenant qui, souvent, dans ces matières, ne dispose d'aucun élément relatif à la personnalité de l'enfant qu'il ne rencontre généralement pas. Il semble, par ailleurs, difficile de soutenir que la notion soit entendue dans son sens commun, à savoir le fait de jouir de ses facultés de jugement, de la maturité et de l'aptitude à apprécier un objet ou un enjeu à sa juste valeur. Le dictionnaire *Le Robert* définit le discernement comme la *capacité de l'esprit à juger clairement et sainement des choses*, mettant ainsi en évidence que, dans le langage courant, si les deux concepts ne sont pas synonymes, ils sont toutefois dans un lien étroit d'interdépendance. En droit civil, l'incapacité civile du mineur ne l'empêche pas de jouir du discernement. Simplement, cette réalité est « mise au frigo » par l'utilisation de la présomption irréfragable d'absence de discernement. Cependant, si le discernement ne lui confère pas automatiquement la capacité d'exercer ses droits, il est, par contre, généralement, une condition nécessaire dans les exceptions apportées à la présomption par le législateur et la jurisprudence.

Comme on l'a vu, dès 1804, le discernement confère la responsabilité au mineur malgré la présomption irréfragable qui fonde la minorité. Le mineur doué du discernement doit réparation du dommage causé par son fait. Par conséquent,

l'incapacité civile empêche le mineur de contracter et le discernement le contraint à réparer.

b) Le mineur et le modèle protectionnel

Toujours au XIX^e siècle, le concept de discernement a été mobilisé à l'égard des mineurs délinquants qui relèvent, à cette époque, du droit pénal¹²¹. Si le mineur jouissait du discernement, il pouvait être déclaré pénalement responsable et condamné à une peine. Si, au contraire, il ne jouissait pas du discernement, il était acquitté et renvoyé à la discipline du père, ou, à partir d'une certaine époque, confié à des institutions susceptibles de pallier les manquements du père dans sa fonction disciplinaire.

La loi pénale ne donnait pas non plus une définition du discernement. S'agissait-il de la seule conscience du bien et du mal ou, au contraire, de la connaissance de la criminalité de l'acte ? Cette imprécision sera à l'origine d'une instrumentalisation de la notion par certains magistrats qui inversaient l'ordre des questions. Plutôt que de s'interroger en premier lieu sur la question du discernement, ceux-ci examinaient d'abord si le jeune était dangereux et si les faits méritaient une peine. Ensuite, seulement, il se prononçait sur l'existence du discernement. Ainsi, plus les faits étaient graves, plus vite les jeunes étaient tenus comme doués du discernement.

Les promoteurs de la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance ont instauré une présomption irréfragable d'absence de discernement dans le chef du mineur délinquant qui sera reprise par toutes les législations protectionnelles jusqu'à aujourd'hui. En raison de cette présomption, qu'ils jouissent ou non concrètement du discernement, tous les mineurs sont frappés d'irresponsabilité pénale, c'est-à-dire qu'ils sont incapables de subir une peine¹²². En mettant ainsi la question du discernement « au frigo », le législateur s'est donné les moyens de réagir aux faits infractionnels commis par tous les jeunes puisque ceux qui ne jouissent pas du discernement ne sont plus acquittés¹²³.

¹²¹ Pour une présentation du dispositif légal applicable aux mineurs délinquants avant la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, voy. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, *Le droit de la jeunesse en Belgique. Aide, assistance et protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 15-34.

¹²² *Ibid.*, pp. 110 et s.

¹²³ La présomption d'absence de discernement n'a donc nullement pour objet d'apporter un éclairage ou une explication sur les causes de l'acte ou de confirmer une réalité naturelle selon laquelle les mineurs n'auraient jamais aucun sentiment de responsabilité ou de transgression de la loi ou de l'interdit. Nous ne disons nullement que nous considérons l'enfant comme incapable de discernement. Mais nous disons que cette question ne doit pas se poser et que la solution qu'elle comporte ne peut pas dominer le régime à appliquer à l'enfant traduit en justice (intervention de H. CARTON DE WIART, ministre de la Justice, séance plénière de la Chambre du 2 avril 1912, *Pasin.*, 1912, p. 318). Le recours à la présomption d'absence de discernement s'explique par les caractéristiques du modèle pénal qui sert de référence. Celui-ci est

Le corollaire est que la réaction sociale à la délinquance juvénile ne peut plus prendre la forme de la répression et de l'infliction d'une peine, raison pour laquelle le législateur a institué un dispositif de défense de la société fondé sur l'éducation en confiant au juge des enfants la fonction d'imposer des mesures éducatives qui, soit dit en passant, n'étaient pas nécessairement moins sévères que certaines peines.

La loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, et, par la suite, la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, et le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, n'ont donné aucun contenu légal au discernement pénal. En revanche, la Cour de cassation a jugé qu'il était un élément qui s'ajoute au libre-arbitre et qui se définit comme la *pleine intelligence de la criminalité de l'acte*¹²⁴. Dans cette acception, le discernement pénal est la faculté de se rendre compte du caractère illicite de l'acte et la possibilité de comprendre que cet acte constitue une atteinte à l'ordre juridique positif et passible d'une peine dont l'auteur de l'infraction est capable d'en comprendre le sens¹²⁵.

Il est très difficile de définir la portée exacte de la présomption d'absence de discernement en droit protectionnel comme le démontre les éléments suivants. Premièrement, le mineur délinquant qui fait l'objet de la présomption d'absence de discernement peut, par contre, faire personnellement l'objet d'une condamnation civile pour le dommage causé par le fait qualifié infraction. Or, nous l'avons vu, la responsabilité civile du mineur ne peut être engagée que s'il jouit du discernement. En outre, malgré la présomption d'absence de discernement dont il est frappé, cette condamnation civile est prononcée au terme d'un procès où il est partie en personne, sans application de la technique de la représentation légale. Deuxièmement, il existe une controverse sur le point de savoir si le discernement qui fait l'objet de la présomption s'assimile à l'ensemble de l'élément moral constitutif de l'infraction ou, seulement, à une partie de celui-ci. La première thèse aboutit à ne plus avoir que des infractions matérielles à charge des mineurs. La seconde, tout en excluant le mineur du champ pénal, continue à exiger de lui un certain degré de conscience et de volonté pour pouvoir déclarer l'infraction établie. Troisièmement, le juge de la jeunesse doit

construit sur le postulat de l'homme libre, conscient, autonome et volontaire. Plutôt que de tenter de faire correspondre l'enfant à cette définition, la loi de 1912 l'en a exclu et a instauré un modèle de défense sociale jugé plus efficace pour lutter contre la criminalité : *La répression pénale s'est avérée impuissante [...] La lutte contre le crime s'instituera désormais sur cette formule de défense qui se préoccupera moins du principe de la liberté individuelle que de la protection du groupe* (P. WETS, *Enfance coupable et tribunaux pour enfants*, Louvain, éd. de la Société d'études morales, sociales et juridiques, 1937, p. 12).

¹²⁴ Cass., 10 mars 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 140.

¹²⁵ Bruxelles, 9 novembre 1938, *R.D.P.C.*, 1939, p. 1521.

nécessairement prendre en considération le degré de discernement du mineur lorsqu'il doit déterminer la mesure éducative qu'il va lui appliquer pour que celle-ci puisse atteindre son objectif. Les mesures éducatives ont une fonction d'apprentissage qui suppose de mobiliser le discernement concret et la capacité de fait dont jouit le mineur en vue de l'amener à découvrir le sens des responsabilités. Quatrièmement, la présomption d'absence de discernement n'est pas cohérente avec la place que le mineur se voit assigner dans la procédure devant le tribunal de la jeunesse¹²⁶. Il est toujours partie en personne à la procédure, ce qui, généralement, ne peut être le cas que pour une personne douée du discernement. Par contre, au nom de la présomption d'absence de discernement, le législateur a prévu qu'en dessous de l'âge de 12 ans, il n'est pas obligatoire de le convoquer. Par ailleurs, quel que soit son âge, en raison de la présomption d'absence de discernement et de son incapacité à en comprendre le contenu, il n'a pas accès aux pièces du dossier qui concernent sa personnalité et son milieu, pièces qui sont pourtant essentielles dans une intervention éducative. Dans le même sens, à tout âge, il peut être exclu de certaines parties du procès si le tribunal de la jeunesse décide de se retirer en chambre du conseil au motif qu'il pourrait être impressionné par ce qu'il entendrait. Au regard de ces exclusions du mineur de la scène du procès en raison de la présomption d'absence de discernement, il est paradoxal que les mesures éducatives et les condamnations civiles soient prononcées contre lui directement. Cinquièmement, depuis l'adoption de la loi du 8 avril 1965, par le mécanisme du dessaisissement, le mineur peut être renvoyé par le tribunal de la jeunesse devant la chambre spécifique du même tribunal¹²⁷ qui applique le droit pénal et peut le condamner à une peine. Pour ordonner un dessaisissement, la loi n'impose pas au tribunal de la jeunesse de constater que le mineur jouisse du discernement. Il suffit qu'il constate que les mesures de protection de la jeunesse sont inadéquates, ce qui peut être le cas même si le mineur ne jouit pas du discernement. Par conséquent, s'il est démontré que, concrètement, le mineur dessaisi ne jouit pas du discernement, on pourrait se retrouver dans la situation où le juge pénal devrait l'acquitter.

c) La Convention relative aux droits de l'enfant et le discernement

La Convention relative aux droits de l'enfant ne fait qu'une seule fois référence à la notion de discernement, à l'article 12.1. Seuls les enfants doués du

¹²⁶ Sur ces différentes questions relatives à la procédure, voy. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, *Le droit de la jeunesse en Belgique. Aide, assistance et protection*, op. cit., pp. 819 et s. et notes citées.

¹²⁷ Avant la réforme de 2006, le mineur était renvoyé devant les juridictions pénales de droit commun.

Le corollaire est que la réaction sociale à la délinquance juvénile ne peut plus prendre la forme de la répression et de l'infliction d'une peine, raison pour laquelle le législateur a institué un dispositif de défense de la société fondé sur l'éducation en confiant au juge des enfants la fonction d'imposer des mesures éducatives qui, soit dit en passant, n'étaient pas nécessairement moins sévères que certaines peines.

La loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, et, par la suite, la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, et le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, n'ont donné aucun contenu légal au discernement pénal. En revanche, la Cour de cassation a jugé qu'il était un élément qui s'ajoute au libre-arbitre et qui se définit comme la *pleine intelligence de la criminalité de l'acte*¹²⁴. Dans cette acception, le discernement pénal est la faculté de se rendre compte du caractère illicite de l'acte et la possibilité de comprendre que cet acte constitue une atteinte à l'ordre juridique positif et passible d'une peine dont l'auteur de l'infraction est capable d'en comprendre le sens¹²⁵.

Il est très difficile de définir la portée exacte de la présomption d'absence de discernement en droit protectionnel comme le démontre les éléments suivants. Premièrement, le mineur délinquant qui fait l'objet de la présomption d'absence de discernement peut, par contre, faire personnellement l'objet d'une condamnation civile pour le dommage causé par le fait qualifié infraction. Or, nous l'avons vu, la responsabilité civile du mineur ne peut être engagée que s'il jouit du discernement. En outre, malgré la présomption d'absence de discernement dont il est frappé, cette condamnation civile est prononcée au terme d'un procès où il est partie en personne, sans application de la technique de la représentation légale. Deuxièmement, il existe une controverse sur le point de savoir si le discernement qui fait l'objet de la présomption s'assimile à l'ensemble de l'élément moral constitutif de l'infraction ou, seulement, à une partie de celui-ci. La première thèse aboutit à ne plus avoir que des infractions matérielles à charge des mineurs. La seconde, tout en excluant le mineur du champ pénal, continue à exiger de lui un certain degré de conscience et de volonté pour pouvoir déclarer l'infraction établie. Troisièmement, le juge de la jeunesse doit

construit sur le postulat de l'homme libre, conscient, autonome et volontaire. Plutôt que de tenter de faire correspondre l'enfant à cette définition, la loi de 1912 l'en a exclu et a instauré un modèle de défense sociale jugé plus efficace pour lutter contre la criminalité : *La répression pénale s'est avérée impuissante [...] La lutte contre le crime s'instituera désormais sur cette formule de défense qui se préoccupera moins du principe de la liberté individuelle que de la protection du groupe* (P. WETS, *Enfance coupable et tribunaux pour enfants*, Louvain, éd. de la Société d'études morales, sociales et juridiques, 1937, p. 12).

¹²⁴ Cass., 10 mars 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 140.

¹²⁵ Bruxelles, 9 novembre 1938, *R.D.P.C.*, 1939, p. 1521.

nécessairement prendre en considération le degré de discernement du mineur lorsqu'il doit déterminer la mesure éducative qu'il va lui appliquer pour que celle-ci puisse atteindre son objectif. Les mesures éducatives ont une fonction d'apprentissage qui suppose de mobiliser le discernement concret et la capacité de fait dont jouit le mineur en vue de l'amener à découvrir le sens des responsabilités. Quatrièmement, la présomption d'absence de discernement n'est pas cohérente avec la place que le mineur se voit assigner dans la procédure devant le tribunal de la jeunesse¹²⁶. Il est toujours partie en personne à la procédure, ce qui, généralement, ne peut être le cas que pour une personne douée du discernement. Par contre, au nom de la présomption d'absence de discernement, le législateur a prévu qu'en dessous de l'âge de 12 ans, il n'est pas obligatoire de le convoquer. Par ailleurs, quel que soit son âge, en raison de la présomption d'absence de discernement et de son incapacité à en comprendre le contenu, il n'a pas accès aux pièces du dossier qui concernent sa personnalité et son milieu, pièces qui sont pourtant essentielles dans une intervention éducative. Dans le même sens, à tout âge, il peut être exclu de certaines parties du procès si le tribunal de la jeunesse décide de se retirer en chambre du conseil au motif qu'il pourrait être impressionné par ce qu'il entendrait. Au regard de ces exclusions du mineur de la scène du procès en raison de la présomption d'absence de discernement, il est paradoxal que les mesures éducatives et les condamnations civiles soient prononcées contre lui directement. Cinquièmement, depuis l'adoption de la loi du 8 avril 1965, par le mécanisme du dessaisissement, le mineur peut être renvoyé par le tribunal de la jeunesse devant la chambre spécifique du même tribunal¹²⁷ qui applique le droit pénal et peut le condamner à une peine. Pour ordonner un dessaisissement, la loi n'impose pas au tribunal de la jeunesse de constater que le mineur jouisse du discernement. Il suffit qu'il constate que les mesures de protection de la jeunesse sont inadéquates, ce qui peut être le cas même si le mineur ne jouit pas du discernement. Par conséquent, s'il est démontré que, concrètement, le mineur dessaisi ne jouit pas du discernement, on pourrait se retrouver dans la situation où le juge pénal devrait l'acquitter.

c) La Convention relative aux droits de l'enfant et le discernement

La Convention relative aux droits de l'enfant ne fait qu'une seule fois référence à la notion de discernement, à l'article 12.1. Seuls les enfants doués du

¹²⁶ Sur ces différentes questions relatives à la procédure, voy. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, *Le droit de la jeunesse en Belgique. Aide, assistance et protection*, op. cit., pp. 819 et s. et notes citées.

¹²⁷ Avant la réforme de 2006, le mineur était renvoyé devant les juridictions pénales de droit commun.

discernement ont le droit d'exprimer leur opinion sur les questions qui les concernent.

La Convention ne définit pas le discernement. Par contre, il se déduit du texte que le discernement ne s'assimile ni à l'âge ni à la maturité de l'enfant puisque l'opinion exprimée par l'enfant lors de son audition doit être appréciée par rapport à ces deux critères. Dans son observation générale n° 12 sur le droit d'être entendu, le Comité des droits de l'enfant précise qu'il s'agit de la capacité de l'enfant de se forger une opinion de manière autonome (n° 20) et de se forger de manière adéquate sa propre opinion sur la question qui fait l'objet de l'audition (n° 21).

Le Comité précise, en outre, que les États parties doivent présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer ; il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve préalable de ses capacités. En d'autres termes, l'enfant est, dans le cadre de l'application de cette disposition, mais également de l'ensemble des autres, présumé jouir du discernement sauf si le contraire est concrètement établi. Cette position qui prend la similitude comme point de départ est l'opposé de la présomption d'absence de discernement du Code civil et du Code pénal qui enferme le mineur dans la différence.

Par ailleurs, l'article 40, § 3, a) de la Convention qui traite des mineurs délinquants fait obligation aux États de s'efforcer d'établir un âge minimum en dessous duquel les enfants sont présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale. Même si cette disposition ne traite pas explicitement du discernement, elle pose deux questions en lien avec ce concept. D'une part, elle revient sur la question de la majorité pénale. Elle laisse ainsi entendre qu'en dessous d'un certain âge, un enfant n'a pas la capacité de discernement et de compréhension pour assumer les conséquences morales et psychologiques de la responsabilité pénale, ce qui sont précisément les motifs qui justifient la présomption d'absence de discernement qu'instituent les législations de droit interne belge relatives aux mineurs délinquants. D'autre part, cette disposition pose la question du seuil en dessous duquel un mineur ne peut jamais être appréhendé comme un délinquant, c'est-à-dire, en d'autres termes, la définition de la période de l'*infantia*. Durant cette période, même s'il commet un fait qui, en apparence, se présente comme une infraction, le mineur ne doit pas en rendre compte devant un tribunal parce qu'il n'a aucun discernement. Il peut seulement faire l'objet d'une aide s'il est dans une situation de difficulté ou de danger. Il n'a jamais vraiment été contesté que, parmi les mineurs qui sont présumés ne pas jouir du discernement pénal, seuls certains ont un degré de

discernement suffisant pour faire l'objet d'une intervention judiciaire éducative en réaction au fait infractionnel commis.

Depuis la réforme de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse en 2006, un seuil intermédiaire de ce type a été introduit dans les législations qui traitent, en Belgique, du régime applicable aux mineurs délinquants. L'article 37, paragraphe 2, alinéa 2, de la loi du 8 avril 1965 toujours applicable sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, mais abrogé en région unilingue de langue française, dispose que les seules mesures qui peuvent être ordonnées à l'égard d'un mineur âgé de moins de 12 ans au moment des faits sont la réprimande, la surveillance dans le milieu de vie par le service social compétent et l'accompagnement éducatif intensif par un encadrement individualisé d'un éducateur référent. Si aucune de ces trois mesures n'est jugée appropriée par le tribunal de la jeunesse, il doit renvoyer l'affaire au ministère public qui peut saisir les instances d'aide à la jeunesse de la Communauté française ou de la Communauté flamande. En région unilingue de langue française de la Communauté française, les possibilités du tribunal de la jeunesse sont encore plus réduites à l'égard du mineur âgé de moins de 12 ans qui est poursuivi pour un fait qualifié infraction. L'article 109 du Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse dispose qu'il ne peut prononcer qu'une réprimande. À défaut, il doit renvoyer l'affaire au ministère public, lequel peut signaler la situation au conseiller ou au directeur si celui-ci est déjà saisi sur la base de l'article 53, paragraphe 1^{er}, du Code. Le décret de la Communauté flamande du 15 février 2019 sur le droit en matière de délinquance juvénile introduit, quant à lui, une césure radicale. L'article 4, alinéa 2, dispose qu'en ce qui concerne une personne qui a commis un délit de mineur et qui, au moment des faits, n'a pas encore atteint l'âge de 12 ans, il existe au titre du présent décret une présomption irréfragable de non-responsabilité. Les faits, actes ou négligences dont la personne visée à l'alinéa 1^{er} est suspectée, ou sa situation de vie, peuvent donner lieu à son renvoi vers les services d'aide à la jeunesse conformément à l'article 47 du décret du 12 juillet 2013 relatif à l'aide intégrale à la jeunesse. La mise en perspective de ces régimes applicables aux mineurs âgés de moins de 12 ans au moment des faits avec la présomption d'absence de discernement dans le chef de tous les mineurs âgés de moins de 18 ans au moment des faits, amène à conclure qu'il y aurait deux présomptions d'absence de discernement différentes. La première concernerait tous les mineurs et porterait sur le discernement pénal. La seconde ne porterait que sur la catégorie des mineurs âgés de moins de 12 ans au moment des faits et porterait sur un discernement plus large sans qu'il soit réellement possible d'en donner une définition précise.

d) La prolongation des mesures éducatives de protection de la jeunesse jusqu'à l'âge de 20 ans

Dans les dispositifs applicables aux mineurs délinquants, la notion de discernement est également interrogée par le fait que, depuis l'abaissement de l'âge de la majorité civile à 18 ans, les différentes législations applicables aux mineurs délinquants permettent au tribunal de la jeunesse de prolonger l'application des mesures éducatives de protection de la jeunesse au-delà de l'âge de la majorité civile jusqu'à l'âge de 20 ans.

Cette prolongation révèle une instrumentalisation du discernement au profit de la sécurité publique. En effet, il n'est pas cohérent d'imposer à un majeur, présumé avoir le discernement pénal, une mesure éducative dont le fondement est l'absence de discernement dans son chef. La fiction est à son comble puisque, si après avoir atteint l'âge de 18 ans, le jeune commet une infraction alors qu'il fait l'objet d'une prolongation d'une mesure de protection de la jeunesse, il sera déféré devant les juridictions pénales ordinaires et encourra une peine. Il ne pourra toutefois pas réclamer son acquittement devant le juge pénal en se prévalant de la présomption d'absence de discernement qui justifie, pourtant, la mesure de protection de la jeunesse qui lui était appliquée au moment de la commission de l'infraction.

e) La justice restaurative comme modèle prioritaire de la réaction sociale à la délinquance juvénile

Tant la loi du 8 avril 1965 que la Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse font de la justice restaurative la forme prioritaire que doit prendre la réaction sociale à la délinquance juvénile¹²⁸.

Les offres restauratrices sont notamment la médiation et la concertation restaurative en groupe. Ces dispositifs supposent qu'on reconnaisse au mineur qu'il jouisse de facultés de jugement. En effet, il va devoir dialoguer, négocier, contracter et s'engager avec les autres parties alors qu'il est, dans le processus, la partie la plus faible.

f) L'aide à la jeunesse

Le champ de l'aide à la jeunesse aborde le discernement d'une manière encore différente. Le décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse avait fixé à 14 ans l'âge de « l'adolescence responsable ». Pour cette raison, le mineur âgé de 14 ans ou plus devait marquer son accord sur

¹²⁸ Voy. l'article 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'article 37, § 2, al. 3 de la loi du 8 avril 1965 et l'article 108 du Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse.

toute proposition d'aide du conseiller de l'aide à la jeunesse. Sans cet accord, le processus d'aide volontaire ne pouvait se poursuivre. Pour le législateur communautaire, à l'âge de 14 ans, le mineur jouissait donc irréfablement du discernement. Toutefois, le texte n'indiquait pas qu'en dessous de ce seuil d'âge, le mineur n'en jouissait pas. Au contraire, l'article 37 de ce décret permettait au mineur âgé de moins de 14 ans d'introduire personnellement un recours contre les décisions du conseiller ou directeur de l'aide à la jeunesse et d'être partie à la procédure sauf s'il apparaissait qu'il ne jouissait pas du discernement sur la question sur laquelle portait la contestation. Une fois encore, le texte ne donnait pas de définition légale du discernement qui était pourtant un critère central du dispositif.

Le décret du 18 janvier 2018 portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse a repris ce dispositif tout en abaissant l'âge à partir duquel le mineur doit donner formellement son consentement aux mesures proposées par le conseiller de l'aide à la jeunesse en le portant à 12 ans¹²⁹. Toutefois, pour les mineurs de 12 à 14 ans, il institue un dispositif très particulier en prévoyant que leur accord ne peut être reçu que si l'enfant est assisté d'un avocat¹³⁰. La singularité du système est que, selon le législateur, l'éventuel déficit de capacité ou de discernement du mineur âgé de 12 à 14 ans est compensé par la présence de l'avocat à ses côtés. Rien n'est toutefois moins sûr. L'article 2.20 du Code de déontologie des avocats indique que la mission de l'avocat de l'enfant consiste à assister, conseiller, représenter et défendre son client mineur. Il est donc son porte-parole et non un tuteur qui pense pour lui ou qui décide à sa place. Il n'a aucune autorité sur l'enfant qui, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, est celui qui, en dernier lieu, fait les choix et donne les instructions¹³¹. Par conséquent, on n'aperçoit pas en quoi la présence de l'avocat est de nature à pallier l'absence de discernement. Il ne lui appartient pas de se substituer à son client, de choisir pour lui ou de lui imposer une voie. L'enfant peut très bien refuser de suivre ses

¹²⁹ Il s'agit là de l'une des questions qui a suscité le plus de débats lors des travaux parlementaires. Les uns voulaient que le mineur puisse donner seul son accord à 12 ans (Commentaires des articles, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2017-2018, n° 467/1, p. 38). D'autres souhaitaient que le conseiller puisse, si le mineur était âgé de 12 à 14 ans, refuser que son accord soit nécessaire s'il constatait dans son chef une absence de discernement (Commentaires des articles, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2017-2018, n° 467/1, p. 38). D'autres soutenaient qu'il fallait conserver l'âge de 14 ans (Rapport, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2017-2018, n° 467/3, pp. 16 et 23).

¹³⁰ Sur ce dispositif, voy. Th. MOREAU, « Regard critique sur quelques dispositions relatives aux mineurs en difficulté et en danger dans le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse », in D. DE FRAENE (dir.), *Le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 117 et s.

¹³¹ Voy. not. Cour eur. D.H., 16 décembre 1999, V. et T. c. Royaume-Uni, § 90 ; 15 juin 2004, S.C. c. Royaume-Uni, § 29.

conseils, lui demander de se taire et/ou agir comme il l'entend. En réalité, les avocats d'enfant ont été instrumentalisés pour régler un débat politique sur la place qui doit être reconnue à l'enfant dans notre société. Par le dispositif institué, le législateur a évité de devoir se prononcer sur le fait de savoir si, en Communauté française, le mineur de 12 ans peut ou non être considéré pleinement comme un adolescent socialement responsable doué du discernement. Pourtant, dans le champ de l'aide sociale où s'inscrit l'aide volontaire, cette question est essentielle et aurait dû recevoir une réponse claire.

2. Les fonctions exercées par le discernement dans la reconnaissance d'un droit au mineur par la loi ou la jurisprudence

Le fait d'être doué du discernement peut être, à deux titres, une condition en lien avec l'exercice personnel d'un droit par le mineur.

D'une part, il peut être la condition à laquelle le législateur soumet l'exercice du droit matériel. On peut, par exemple, citer le droit du mineur de faire, avec l'assistance de ses représentants légaux, une déclaration en vue d'une modification de l'enregistrement de son sexe dans son acte de naissance qui est ouvert au mineur doué de discernement ayant atteint l'âge de 16 ans (art. 135/1, § 10, anc. C. civ.)¹³². Tel est également le cas du droit de faire connaître son opinion à l'égard de toute question qui le concerne que l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant garantit à tout enfant qui jouit du discernement.

D'autre part, les juridictions – à l'exception de la Cour européenne des droits de l'homme – font du discernement une condition générale préalable nécessaire pour lui reconnaître l'exercice de certains droits matériels qui ne lui sont pas conférés par la loi. Dans ce cas, le discernement est à la fois une condition d'accès à la justice et une condition à remplir pour exercer le droit matériel.

Dans les deux cas, le discernement ne fait l'objet d'aucune définition légale. La certitude s'arrête au fait que la notion évoque, de manière générale, la capacité de jugement de l'enfant. Au-delà, on est dans le domaine du flou. Les juges l'apprécient de manière discrétionnaire, voire arbitraire, tant en ce qui concerne sa définition théorique qu'en ce qui concerne le fait de déterminer si, concrètement, le mineur en jouit. Ainsi, en ce qui concerne l'action en justice introduite par un mineur, il n'est pas possible de savoir si la capacité de discernement exigée doit correspondre à un seuil unique, commun à toutes les actions judiciaires, ou si, au contraire, elle peut varier en fonction de l'objet de la demande. Aucun critère d'appréciation n'est fourni au magistrat. Il ignore s'il doit constater que le mineur jouit, dès avant l'accession à l'âge de la majorité,

¹³² Voy. *supra*, tableau, n° 8.

de la maturité et des facultés de jugement dont fait normalement preuve l'adulte sur toutes questions en général ou, si, au contraire, il doit uniquement constater que le mineur comprend ce qu'il fait en saisissant le juge de telle question particulière.

Par ailleurs, aucune méthode pour procéder à l'appréciation du discernement n'est fixée par la loi. Ainsi, certaines décisions se contentent d'affirmer que le mineur a ou n'a pas le discernement sans donner la moindre motivation. L'âge du mineur est un critère qui revient souvent. En toute logique, il ne peut cependant pas suffire car cela reviendrait à abaisser, *de facto*, l'âge de la majorité civile. Des juges se limitent toutefois à mentionner l'âge de l'enfant pour décider qu'il a le discernement¹³³. Le Conseil d'État a même jugé que la condition est remplie lorsque le mineur n'est plus un *infans*, sans faire correspondre un âge précis à cet état¹³⁴. Dans certains cas plutôt rares, le juge entend l'enfant pour se rendre compte par lui-même de son degré de discernement alors que la loi ne l'y contraint pas¹³⁵. On peut sans doute regretter que les juges n'aient pas plus souvent recours à cette pratique, car il paraît quand même fort difficile d'évaluer la capacité d'une personne sans jamais l'avoir rencontrée. Le juge se fonde parfois sur des éléments qui apparaissent dans le dossier sans pour autant que ceux-ci aient fait l'objet d'investigations spécifiques relatives au discernement de l'enfant¹³⁶. Si elle a le mérite d'indiquer les éléments que le juge prend en considération, cette pratique est critiquable dans la mesure où les informations à disposition du juge peuvent s'avérer lacunaires, non fondées, etc. Le discernement est parfois apprécié en fonction du contexte factuel qui entoure la demande¹³⁷.

Le discernement est une notion tellement floue que son appréciation peut créer des situations paradoxales. Si le mineur ne jouit pas du discernement, il doit nécessairement être représenté et si la représentation ne peut être assurée par les représentants légaux en raison d'un conflit d'intérêts ou en cas de

¹³³ En ce sens, voy. J.P. Etterbeek, 29 mars 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 563 ; J.P. Mons, 19 avril 1989, *J.D.J.*, 1990, n° 6, p. 34.

¹³⁴ Voy. C.E., 11 juin 1996, n° 60.097, *J.D.J.*, 1997, n° 170, pp. 519 et s.

¹³⁵ Voy. Corr. Bruxelles, 5 juin 1996, *J.D.J.*, 1997, n° 164, p. 169. Le tribunal a constaté que S.F. souhaitait se constituer partie civile vu l'absence de sa mère qui possède le droit de tutelle. Le tribunal, en audience, a entendu et a été d'avis qu'elle dispose d'une capacité de discernement suffisante.

¹³⁶ En ce sens, Corr. Bruxelles, 23 mai 1995, inédit, à propos d'un mineur âgé de 15 ans : [s]i cette jurisprudence doit être approuvée [ndr. relative au droit d'action du mineur], il appartient au tribunal de vérifier si, en l'espèce, le mineur possède le discernement nécessaire. Il ressort du dossier répressif que le mineur ne possède pas toutes ses facultés intellectuelles et est d'ailleurs, pour cette raison, placé dans un I.M.P. Par conséquent, le tribunal n'estime pas qu'il soit en possession du discernement nécessaire pour se constituer lui-même partie civile.

¹³⁷ J.P. Mons, 11 juin 1987, *J.D.J.*, 1988, n° 4, p. 3. Le juge indique que la situation de cette jeune fille n'est pas nécessairement la conséquence d'une attitude irréfléchie ou d'une insubordination.

négligence de ceux-ci, il faut procéder à la désignation d'un tuteur *ad hoc*. Certaines décisions, après avoir constaté que le mineur ne jouissait pas du discernement, lui ont reconnu le droit de solliciter lui-même la désignation de ce tuteur *ad hoc* en raison de l'urgence et du caractère conservatoire de la demande¹³⁸. Le mineur se voit ainsi reconnaître la capacité d'agir en justice pour demander un tuteur *ad hoc* qui constitue le remède au fait qu'il n'aurait pas la capacité d'agir au fond. Ces décisions sont étonnantes car elles laissent entendre que l'enfant a le discernement de comprendre qu'il n'a pas le discernement.

En raison des multiples imprécisions qui l'affectent, l'examen du discernement par le juge présente le risque de masquer une décision sur le fond. C'est le caractère déraisonnable ou insensé de la demande aux yeux du juge qui justifierait alors l'absence de discernement alors, pourtant, que le non-fondement d'une action ne signifie pas *ipso facto* que son auteur n'a pas de discernement.

Au regard de ces différents éléments, il apparaît que le discernement exerce une double fonction.

La première est une fonction promotionnelle et créatrice. Le discernement permet de prendre en considération la capacité de fait du mineur dans le champ du droit en lui ouvrant la scène juridique et judiciaire. Il contribue, de cette manière, au réalisme pragmatique qui contredit l'idée que le mineur ne pourrait jamais exercer un droit et/ou agir en justice, sauf à y être formellement autorisé par un texte. La notion de discernement contribue à démontrer qu'il est évident que, dans certains cas, le mineur est le mieux placé pour faire valoir et exercer ses propres droits.

La seconde fonction est d'être une soupape de sécurité. Elle est le moyen par lequel l'interprète peut rejeter une demande du mineur fondée sur un droit dont il ne veut pas connaître ou qu'il juge déraisonnable ou insensée. L'appréciation du discernement se présente ainsi comme un instrument par lequel le monde adulte s'assure de la maîtrise sur l'enfant et de ses droits. En effet, la décision qui constate la présence ou l'absence de discernement du mineur se focalise non sur l'objet de la demande, mais sur sa personne en émettant un jugement de valeur à son égard. L'exigence de discernement cantonne le mineur dans une place de seconde zone qui permet aux autorités de conserver une maîtrise quasi totale de la situation en exerçant un contrôle sur l'accès à la scène qui peut, par le caractère vague et flou de la notion, se fonder sur d'autres motifs, non avoués, que le seul respect de ses droits.

¹³⁸ Civ. Namur (req. unil.), 28 janvier 1987, *J.D.J.*, 1987, n° 4, p. 2 ; Civ. Bruxelles (req. unil.), 5 avril 1995, inédit ; Civ. Huy (req. unil.), 12 juin 1998, inédit.

En réalité, l'exigence du discernement comme condition préalable à remplir pour exercer un droit et/ou agir en justice rend aléatoire l'exercice de ses droits par le mineur. Celui-ci dépend de l'appréciation discrétionnaire que l'interprète fait de sa personne. Elle le maintient dans la différence puisque là où les droits du majeur s'imposent au juge, les siens n'existent que par son bon vouloir.

C. D'autres mécanismes par lesquels une capacité est reconnue au mineur

L'examen du tableau ci-dessus démontre que le législateur utilise parfois d'autres critères que des seuils d'âge ou la notion de discernement pour déterminer le moment à partir duquel il reconnaît la capacité du mineur dans un domaine particulier.

1. Le critère « chaque enfant »

La Constitution reconnaît à « chaque enfant » le droit d'exprimer son opinion sur toute question qui le concerne, de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement et à ce que son intérêt soit pris en considération de manière primordiale dans toute décision qui le concerne (voy. tableau, n° 1).

Toutefois, même si l'exercice du droit est formellement reconnu à « chaque enfant », ce n'est pas le cas dans la réalité. D'une part, certains de ces droits sont des droits-créances, c'est-à-dire des obligations dans le chef des adultes, à l'égard desquels le mineur ne dispose d'aucun moyen d'en obtenir le bénéfice si les adultes ne respectent pas leurs engagements.

D'autre part, si le droit d'exprimer son opinion est un droit subjectif et non un droit-créance, la reconnaissance générale de son exercice par « chaque enfant », est tempérée par le fait que la manière d'exercer le droit est soumise à l'appréciation d'un interprète (mécanisme examiné ci-dessous) avec pour effet que l'opinion de certains enfants ne sera pas prise en compte.

Dans d'autres dispositions légales, le critère de « chaque enfant » s'accompagne de l'exigence d'un état. Tel est le cas des mineurs qui deviennent parents (voy. tableau, n° 18). Tout enfant qui se trouve dans cette situation se voit reconnaître le droit d'exercer les droits parentaux. De même, cette qualité de parent lui permet de percevoir les allocations familiales pour son enfant (voy. tableau, n° 37).

Enfin, certaines dispositions légales confèrent un droit à tout enfant sans le préciser expressément. Ainsi, tout enfant, dès sa naissance, a le droit de disposer

d'une carte d'identité et que ce droit se transforme en obligation à l'âge de 15 ans (voy. tableau, n° 12). L'enfant a le droit de disposer d'un passeport sans qu'un âge ne soit fixé par la loi (voy. tableau, n° 13). Il en va de même du droit de faire ouvrir un livret d'épargne ou un carnet de dépôt auprès d'un organisme bancaire sans l'intervention de son représentant légal (voy. tableau, n° 25). Le mineur a également le droit de bénéficier, sans condition d'âge, de l'aide juridique légale (voy. tableau, n° 45).

2. La reconnaissance du droit soumise à une appréciation de l'interprète

Cette méthode consiste à reconnaître un droit à l'enfant pour autant que l'interprète constate dans son chef l'existence d'éléments fixés par la loi.

Dans ce cas, la capacité de l'enfant d'exercer son droit est limitée par un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, voire arbitraire, conféré par le texte à l'interprète. Ce pouvoir d'appréciation affecte l'effectivité du droit et son exercice par l'enfant est aléatoire.

Tel est le cas du droit de l'enfant d'exprimer son opinion visé à l'article 22bis de la Constitution dans la mesure où l'interprète doit prendre l'opinion de l'enfant « en considération eu égard à son âge et à son discernement ». Ce pouvoir conféré à l'interprète affecte la nature du droit dans la mesure où il devient un droit dont l'exercice est à géométrie variable.

3. La combinaison d'un seuil d'âge et du discernement

Le tableau ci-dessus démontre que la technique du seuil d'âge se combine de deux manières différentes avec le discernement.

1. Le législateur exige parfois que le mineur ait atteint un seuil d'âge et qu'en sus, il jouisse du discernement.

Tel est le cas lorsqu'il vise *une personne ayant atteint l'âge de 12 ans qui est capable de manifester sa volonté* (voy. tableau, n° 4).

En d'autres termes, le seuil d'âge ne confère pas, par lui-même, les facultés de discernement.

Une autre forme de cette combinaison est le système pratiqué en aide à la jeunesse en Communauté française, qui confère la capacité lui permettant de signer un programme d'aide chez le conseiller de l'aide à la jeunesse au mineur âgé de 12 à 14 ans pour autant qu'il soit assisté d'un avocat (voy. tableau, n° 29.2). En d'autres termes, il jouit de la capacité de discernement si un professionnel du droit, adulte par définition, veille à sa protection, ce qui est paradoxal par rapport à l'autonomie que suppose la reconnaissance du discernement.

Toujours en matière d'aide à la jeunesse, on constate, en matière d'accès au dossier du conseiller de l'aide à la jeunesse et du directeur de la protection de la jeunesse, le recours à un mécanisme qui a pour effet que l'enfant, quel que soit son âge, peut exercer son droit (voy. tableau, nos 29.4 et 30.3). Il consiste à prévoir que le conseiller ou le directeur ou un délégué soit présent lors de la consultation du dossier par l'enfant et que celui-ci assure un accompagnement approprié en lui fournissant toutes les informations nécessaires pour bien comprendre ce qu'il lit. Cependant, ce mécanisme est tempéré – et parfois réduit à néant – par un autre qui consiste à prévoir que le conseiller ou le directeur peut refuser l'accès à tout le dossier ou certaines pièces du dossier si l'intérêt de l'enfant l'exige¹³⁹.

On retrouve aussi un mécanisme du même type concernant le droit du mineur âgé de plus de 16 ans de faire déclaration de sa conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement en vue d'une modification de l'enregistrement de son sexe (voy. tableau, n° 8). En sus de l'âge, trois conditions supplémentaires doivent être remplies pour que le mineur se voit reconnaître cette capacité : 1° il doit être doué du discernement, 2° il doit être assisté de ses parents et 3° il faut l'attestation d'un psychiatre qui confirme que le mineur dispose d'une faculté de discernement suffisante pour avoir la conviction durable que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement.

2. Parfois la combinaison des deux critères constitue un mécanisme légèrement différent. L'âge institue une présomption réfragable et le discernement est le critère qui permet de la renverser. Tel est le cas aux articles 329bis, paragraphe 2, et 325/4 de l'ancien Code civil qui disposent que le mineur âgé de 12 ans accomplis a le droit de consentir à être reconnu sauf si le juge constate qu'il ne jouit pas du discernement (voy. tableau, n° 16). Tel est également le cas en matière de consentement à l'adoption (art. 348-1, al. 1^{er} et al. 3, anc. C. civ.) (voy. tableau, n° 17).

4. Les critères apparentés à celui du discernement

L'examen du tableau met en évidence que, dans certains cas, le législateur utilise, pour déterminer l'âge pivot, des termes autre que « discernement » qui, toutefois, en sont soit des synonymes, soit des notions apparentées.

¹³⁹ Nous reviendrons plus loin sur le problème lié à l'usage de la notion d'intérêt de l'enfant pour empêcher un mineur d'exercer un droit.

Par ces expressions, le législateur exige, pour qu'il puisse exercer son droit, que le mineur jouisse de certaines facultés de jugement lui permettant de prendre position quant aux enjeux qui font l'objet du domaine particulier dans lequel il lui reconnaît une certaine capacité d'exercice.

Tel est le cas des expressions suivantes :

- apte à apprécier raisonnablement ses intérêts (voy. tableau, n^{os} 2 et 6) ;
- suivant son âge et sa maturité (voy. tableau, n^{os} 2 et 6) ;
- capable de se former une opinion et d'évaluer les informations (voy. tableau, n^o 7) ;
- degré de maturité (voy. tableau, n^{os} 7 et 17).

Ces formules sont intéressantes car elles disent quelque chose de ce que la notion de discernement peut recouvrir lorsqu'elle est formellement utilisée par le législateur pour fixer le critère de l'âge pivot à partir duquel une capacité est conférée.

Dans le même sens, les articles 36 et 54 du Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse donnent également une indication sur l'objet du discernement quand ils précisent que le recours qu'ils instaurent est ouvert à l'enfant âgé de moins de 12 ans personnellement, sauf s'il apparaît qu'il ne jouit pas du discernement suffisant quant à la question sur laquelle porte la contestation.

5. Les critères qui n'ont que l'apparence de l'exigence du discernement

Le tableau met aussi en évidence que le législateur utilise des expressions qui, si elles donnent une apparence de parenté avec le discernement, en sont finalement fort éloignées.

Ce qui est exigé est moins de constater des facultés de jugement dans le chef du mineur qu'un état de fait qui ne suppose pas, en soi, de jouir de telles facultés.

Tel est le cas des expressions suivantes :

- capable de manifester sa volonté (voy. tableau, n^o 4) qui, en soi, est assez éloignée du discernement. En effet, à s'en tenir strictement aux termes utilisés, un mineur est capable d'exprimer sa volonté dès qu'il est en mesure de parler et d'indiquer ce qu'il veut même si ce qu'il veut peut paraître insensé ou déraisonnable ;
- en mesure d'exprimer un consentement ou un avis (voy. tableau, n^o 6). Exprimer un consentement ou donner un avis ne requiert pas le discernement. Autre chose aurait été d'exiger un avis sensé ou réfléchi ;

- selon sa capacité de compréhension (voy. tableau, n^o 7). Entre comprendre et discerner, il y a un fossé. Un mineur peut très bien comprendre ce qui est en jeu tout en ayant une très mauvaise capacité d'analyse et d'appréciation.

Parfois, on retrouve ce type de critère combiné avec un seuil d'âge : une personne ayant atteint l'âge de 12 ans qui est capable de manifester sa volonté (voy. tableau, n^o 4).

6. La combinaison d'un seuil d'âge avec d'autres conditions qui ne réfèrent pas à la capacité du mineur

Le droit de l'aide et de la protection de la jeunesse contient de nombreuses dispositions qui reconnaissent au mineur la capacité de se voir imposer une mesure à partir d'un âge donné pour autant que d'autres conditions soient remplies.

Ce mécanisme est principalement utilisé en rapport avec des mesures contraignantes, parfois très sévères, qui peuvent être ordonnées à l'égard des mineurs en contravention avec la loi (p. ex. le dessaisissement, le placement dans une IPPJ à régime éducatif fermé) et portent atteinte à ses droits fondamentaux.

Les conditions qui s'ajoutent au seuil d'âge constituent une double limite. D'une part, il peut être prévu qu'en dessous d'un certain âge, en l'occurrence 12 ans, seules certaines mesures peuvent être imposées à l'enfant (voy. tableaux n^{os} 30 à 34). D'autre part, l'âge peut être le seuil à partir duquel certaines mesures peuvent être imposées au mineur pour autant que sa situation, ses antécédents judiciaires et/ou sa personnalité présentent certaines caractéristiques que le tribunal de la jeunesse doit constater (voy. tableau, n^{os} 32.2, 32.3, 33.2 et 33.3 concernant le placement en IPPJ).

Section 4. Réfléchir autrement la protection de l'enfant

Comme nous l'apprend ce qui précède, sur le plan juridique, protéger un enfant consiste tout autant à respecter ses droits que de lui apprendre les règles du monde qui le précède et à éviter qu'il ne soit victime de sa faiblesse ou de son manque d'expérience.

Dans cette perspective, ainsi qu'en témoignent les différentes dérogations dont elle fait aujourd'hui l'objet, l'incapacité civile se présente comme un mécanisme de protection peu satisfaisant. D'une part, dans différents domaines parmi les plus importants de l'existence du mineur et de son devenir, il lui est reconnu, tantôt par la loi, tantôt par la jurisprudence, une capacité d'exercer

ses droits et/ou de participer au processus décisionnel. D'autre part, l'incapacité civile est peu compatible avec la reconnaissance des droits fondamentaux de l'enfant. En effet, cette reconnaissance suppose que l'enfant puisse exercer lui-même ses droits, ce qui est précisément contraire à la finalité de l'incapacité.

Nous avons donc pensé qu'il était intéressant de réfléchir la place qu'occuperait le mineur dans le dispositif juridique si celle-ci n'était plus fondée sur l'incapacité d'exercice. L'idée est donc de repenser l'approche de l'enfant par le droit à partir du respect de la similitude qui existe entre l'enfant et l'adulte, à savoir l'égalité en droit, et non plus à partir de la différence.

Nous livrons ici la réflexion en l'état. Elle n'est pas aboutie. Elle a pour seule prétention d'introduire le débat. Il s'agit d'un essai et non d'un plaidoyer. À l'instar de l'explorateur, nous souhaitons nous engager dans l'inconnu afin d'en tirer certains apprentissages à propos de l'articulation des deux pôles de la tension que sont l'épanouissement et l'autodétermination, d'une part, et la protection, d'autre part.

Quatre points ont retenu notre attention dans la démarche. Le premier concerne la nécessité de créer deux catégories de mineurs dont la distinction s'articule autour de la capacité de fait et non d'une présomption d'incapacité (§ 1). Le deuxième a pour objet le renversement de la perspective à partir de laquelle devrait se penser la distinction entre les mineurs et les majeurs (§ 2). Le troisième est la méthode à appliquer pour garantir le respect de la nouvelle perspective (§ 3). Le quatrième a pour objet les potentiels dangers d'une telle approche si on n'y prend pas garde et les moyens de les prévenir (§ 4).

§ 1. La distinction de deux catégories de mineurs à partir de la capacité de fait

Ainsi que la jurisprudence et la doctrine l'ont mis en évidence, l'incapacité juridique ne se pense pas de la même manière pour les jeunes enfants et pour les mineurs doués du discernement (même s'il faut avoir à l'esprit toute l'ambiguïté qui se cache derrière ce mot). D'une certaine manière, l'incapacité naturelle correspond à une réalité là où l'incapacité de protection est une construction qui ne peut tenir que si on s'autorise à tordre la réalité par le mécanisme de la présomption. En effet, dans certains cas, des mineurs sont factuellement capables alors qu'on veut continuer à les tenir comme juridiquement incapables tout en admettant qu'ils peuvent être responsables.

Si, comme on se propose de le faire, on repense la place du mineur au sein du dispositif juridique à partir de sa capacité de fait et non plus d'une présomption irréfragable d'incapacité, il persiste une distinction à faire entre les mineurs.

D'une part, il y a la catégorie des mineurs qui ont une capacité de fait suffisante pour être acteur sur la scène juridique – catégorie que nous appellerons les « adolescents responsables » et, d'autre part, celle de ceux qui ne l'ont pas.

Il est important de noter, dès à présent, que, contrairement au régime fondé sur l'incapacité civile, ces catégories ne sont pas figées définitivement par le biais d'une présomption irréfragable. Comme on va le constater, elles ne constituent qu'une approche de départ qui peut aboutir à transférer le mineur d'une catégorie à l'autre en fonction d'un examen au cas par cas.

A. La catégorie des adolescents responsables est déjà, en partie, une réalité aujourd'hui

Comme le tableau le démontre, le droit protectionnel – qu'il s'agisse de l'aide à la jeunesse ou de la réaction sociale à la délinquance juvénile – a, dès à présent, institué un seuil d'âge intermédiaire qui divise les mineurs en deux catégories. Cet âge pivot, aujourd'hui fixé à 12 ans, est considéré comme celui de l'« adolescence responsable »¹⁴⁰. Il s'agit d'un âge charnière en dessous duquel le mineur est présumé ne pas du tout être en mesure de s'assumer seul dans la vie sociale. En droit de l'aide à la jeunesse, à partir de cet âge, l'enfant (accompagné d'un avocat tant qu'il n'a pas atteint l'âge de 14 ans), doit signer le programme d'aide pour que celui-ci puisse être appliqué. Dans le champ de la délinquance juvénile¹⁴¹, il s'agit de l'âge à partir duquel le mineur peut être soumis à une intervention judiciaire complète, faire l'objet de mesures adaptées ou spécialisées et s'engager dans les offres restauratrices. Le mineur délinquant qui a atteint l'âge de 12 ans est jugé capable d'assumer une certaine responsabilité en sorte qu'il doit rendre des comptes dans un dispositif extrajudiciaire (les offres restauratrices) ou judiciaire adapté. Cette responsabilité s'appuie, elle-même, sur la reconnaissance d'un certain discernement dans son chef qui,

¹⁴⁰ Projet de décret relatif à l'aide à la jeunesse, Commentaire des articles, *Doc.*, Cons. Comm. fr., sess. ord. 1990-1991, n° 165/1, p. 14. À l'époque, l'âge de « l'adolescence responsable » a été fixé à 14 ans. Il a été abaissé à l'âge de 12 ans lors de l'adoption du décret du 18 janvier 2018 de la Communauté française portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse. Sur les débats et les avis de divers spécialistes auditionnés à propos du choix de cet âge, voy. *Projet de décret portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse*, Commentaires des articles, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2017-2018, n° 467/1, p. 38 et Rapport, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2017-2018, n° 467/3, pp. 16 et 23.

¹⁴¹ Il est intéressant d'observer que la question d'un tel âge intermédiaire a été posée à la veille de l'adoption tant de la loi du 15 mai 1912 que de celle du 8 avril 1965. Le projet de loi du 10 août 1889 pour la protection de l'enfance proposait de fixer cet âge intermédiaire à 10 ans (*Exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1889-1890, n° 302, pp. 26 et s.). L'article 57 de la proposition de loi Terwangne du 22 juin 1960 prévoyait qu'un mineur de moins de 14 ans ne pouvait pas être poursuivi du chef d'un fait qualifié infraction. Il ne pouvait être considéré que comme un mineur en danger (*Proposition de loi sur la protection de la jeunesse*, *Développements*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1959-1960, n° 567/1, pp. 2 et s.).

par définition, ne correspond pas au discernement exigé par le droit pénal pour pouvoir imposer une peine à un majeur. Il s'agit d'un degré moindre du discernement à mettre en relation avec l'affirmation, souvent entendue, selon laquelle « les mineurs ont quand même conscience de ce qu'ils font » même s'ils ne sont pas pénalement responsables. Pour cette raison, le régime qui peut leur être imposé doit être conforme à l'article 40, paragraphe 1^{er}, de la Convention relative aux droits de l'enfant qui impose aux États de prévoir à l'égard des mineurs délinquants une intervention qui prenne la forme d'un « traitement » « qui tienne compte de son âge » dans le but de « favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle », de renforcer les droits et libertés d'autrui, « de faciliter sa réintégration dans la société » et « de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci »¹⁴². Si le mineur jouit d'un certain discernement qui lui confère un certain degré de responsabilité, il n'est toutefois pas un adulte et on ne peut pas lui demander de trouver du sens à la peine qui, selon la Cour de cassation, se caractérise [...] par son caractère afflictif, qui consiste dans la privation d'un bien, l'imposition d'un mal ou d'une souffrance [...] la peine présente un caractère infamant qui consiste dans une marque de réprobation sociale, un blâme, une stigmatisation, une atteinte à l'honneur et à la réputation de la personne¹⁴³.

Le nouveau droit de la responsabilité civile en discussion au Parlement retient également l'âge intermédiaire de 12 ans pour distinguer deux catégories de mineurs en fonction de leur capacité d'assumer une certaine responsabilité (voy. tableau, n° 29). Le futur article 6.10 du Code civil dispose que le mineur de douze ans ou plus est responsable du dommage causé par sa faute ou par un autre fait générateur de responsabilité. Il prévoit toutefois un mécanisme de protection : le juge peut néanmoins décider que le mineur ne doit aucune réparation ou limiter cette réparation. Il statue selon l'équité, en tenant compte des circonstances et de la situation économique et financière des parties¹⁴⁴. Concernant cette disposition en projet, le Conseil d'État a souligné qu'elle instaure une présomption de discernement pour les enfants de douze ans et plus (et une présomption d'absence de discernement pour les enfants de moins de douze ans). Le commentaire de l'article explique que la proposition

¹⁴² Dans ces conditions, il est évident que la nécessité de fixer un âge intermédiaire et le choix de cet âge sont étroitement liés à la nature de la réaction sociale et des mesures concrètes qui pourront être prises à l'égard du mineur. Dans l'absolu, dans un modèle où les mesures qui sont appliquées à l'égard du mineur délinquant seraient, réellement, des mesures d'aide, le besoin de recourir à un âge intermédiaire n'existe pas. En effet, ce n'est pas le fait commis qui motive l'aide, mais la situation concrète vécue par le mineur. Si la finalité de l'intervention est l'aide et le soutien, ce dernier n'est donc pas amené à supporter une responsabilité ni à rendre des comptes. À l'inverse, dans un modèle plus sanctionnel ou d'inspiration pénale, la fixation d'un tel âge est nécessaire, puisque la mesure dont peut faire l'objet le mineur est principalement justifiée par l'infraction mise à sa charge et la responsabilité qui lui est imputée.

¹⁴³ Cass., 12 octobre 2022, P.22.0851.F/1.

¹⁴⁴ Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, articles adoptés en première lecture par la Commission de la justice, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord., n° 55-3213/008, p. 7.

est partie du principe selon lequel les mineurs de douze ans et plus auraient « le contrôle de leurs actes et seraient conscients de leur portée » et que « la détermination de la responsabilité à l'âge de douze ans est en phase avec l'âge auquel, en droit de la famille, certaines capacités sont accordées au mineur. [...] ». Il est vrai que la jurisprudence constate habituellement que les mineurs de douze ans et plus disposent de la capacité de discernement¹⁴⁵. Il faut cependant tenir compte de l'article 22bis de la Constitution, dont l'alinéa 4 impose aux autorités – en ce compris judiciaires – de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant et dont l'alinéa 5 donne au législateur la mission de garantir une telle prise en compte. C'est d'ailleurs en vue de concrétiser ces alinéas que de nouvelles capacités ont été accordées aux mineurs en droit de la famille¹⁴⁶. Le Conseil d'État souligne ainsi deux points essentiels sur lesquels nous allons revenir plus loin. D'un côté, l'intérêt de l'enfant exige qu'il lui soit reconnu la possibilité d'exercer ses droits. De l'autre, l'intérêt de l'enfant commande de ne pas imputer au mineur des responsabilités qu'il ne sait pas assumer.

B. De quelle responsabilité est-il question ?

De ce qui précède, il se dégage ainsi un lien entre la responsabilité, le discernement et la capacité. On a déjà pu observer combien le discernement et la capacité qui en découle sont des concepts difficiles à cerner. Il en est de même pour la responsabilité. A. Giuliani précise que s'il y a un thème qui reflète l'extrême complexité de l'action humaine, c'est celui de la responsabilité. Dans ce secteur, nous devons nous défier des idées claires et évidentes. [...] La responsabilité est le champ idéal pour démontrer que les prémisses philosophiques conditionnent la structure et les solutions de la science juridique¹⁴⁷. P. Ricoeur relève que d'un côté, le concept paraît encore bien fixé dans son usage juridique classique : en droit civil, la responsabilité se définit par l'obligation de réparer le dommage que l'on a causé par sa faute et dans certains cas déterminés par la loi ; en droit pénal, par l'obligation de supporter le châtement. [...] Mais d'un autre côté – ou plutôt de plusieurs côtés à la fois –,

¹⁴⁵ Mons (2^e ch.), 24 septembre 2002, Bull. ass., 2004, liv. 2, p. 343 (mineur de 14 ans) ; Anvers, 10 janvier 2018, n° 2015/AR/1112, R.G.D.C., 2021, liv. 7, p. 403 (mineur de 13 ans) ; Civ. Termonde, 3 mars 1995, T.G.R., 1995, p. 169 (mineur de 11 ans) ; Civ. Louvain, 21 septembre 1994, R.G.A.R., 1996, n° 12.696 (mineur d'une dizaine d'années) ; Corr. Louvain, 25 juin 1991, Bull. ass., 1991, p. 946 (mineur de 12 ans) ; C. MELOTTE, « La responsabilité du fait des enfants », in J. WILDEMEERSCH et J. LOLY, Responsabilités autour et alentours du mineur, Limal, Anthemis, 2011, pp. 149-182, spéc. p. 157.

¹⁴⁶ Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, Avis du Conseil d'État, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord., n° 55-3213/002, p. 11.

¹⁴⁷ A. GIULIANI, « Imputation et justification », in La responsabilité, Archives de philosophie du droit, n° 22, Paris, Sirey, 1977, p. 85. P. CORNIL, « L'impasse de la responsabilité pénale », Rev. dr. pén. crim., 1962, p. 1. L'auteur souligne que le sujet est difficile par son ampleur et sa complexité, mais surtout parce que son évocation est mêlée, de nos jours, à des problèmes moraux et philosophiques qui empêchent de l'examiner de sang-froid et sans idée préconçue.

le flou envahit la scène conceptuelle. D'abord on est surpris qu'un terme aussi ferme au plan juridique soit d'origine si récente et sans inscription marquée dans la tradition philosophique. Ensuite, on est embarrassé par la prolifération et la dispersion des emplois du terme dans son usage courant, et cela bien au-delà des limites assignées par l'usage juridique. L'adjectif responsable entraîne à sa suite une diversité de compléments : vous êtes responsable des conséquences de vos actes, mais aussi responsables des autres, dans la mesure où ils sont mis à votre charge ou à votre soin, et éventuellement bien au-delà de cette mesure. À la limite vous êtes responsables de tout et de tous¹⁴⁸.

La responsabilité est un concept qui peut avoir des sens différents suivant les disciplines (droit, psychologie, sciences sociales, pédagogie...). En outre, au sein d'une même discipline, telle que le droit, le terme peut être utilisé avec des sens différents : dans un premier sens, un individu responsable est celui qui est capable de prendre une décision, qui est réfléchi et pèse les conséquences de ses actes : on dit de lui qu'il agit en homme responsable. Le deuxième sens est un peu différent. On ne se réfère plus à l'aptitude à agir mais plutôt aux conséquences de l'action. L'individu responsable est alors celui qui doit répondre de ses actes, réparer une faute¹⁴⁹.

Dans ce second sens, à savoir celui où le responsable est tenu de rendre des comptes, la responsabilité peut avoir, là aussi, deux sens différents suivant le moment qui fait référence. Lorsque le regard est tourné vers le passé, la responsabilité consiste à imputer la faute, ce qui ne peut être fait que si l'auteur a une certaine capacité de comprendre et/ou de vouloir ce qu'il a fait. Cette capacité est régulièrement qualifiée de discernement, ce qui ne fait que renforcer le lien entre les deux concepts. Lorsqu'au contraire, le regard est tourné vers l'avenir, la responsabilité se présente plutôt comme une aptitude à réparer et/ou subir la sanction en en comprenant le sens.

Cette double manière d'appréhender le lien entre la faute et la responsabilité est la source de l'ambiguïté du terme « responsabiliser » dans le champ de l'éducation. Il peut à la fois signifier « imputer une responsabilité » et « apprendre la responsabilité ». Dans chacune de ces acceptions, la notion de discernement est mobilisée de manière différente.

Imputer une responsabilité relève de la similitude. Il s'agit d'une opération juridique qui est appliquée aux adultes comme aux mineurs. Toutefois, suivant les conséquences de la déclaration de responsabilité, le mineur doit être plus ou moins protégé pour éviter que ses spécificités ne soient pas garanties¹⁵⁰.

¹⁴⁸ P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, pp. 41-42.

¹⁴⁹ R. NÉRAC-CROISIER, « Irresponsabilité ou responsabilité des mineurs », in R. NÉRAC-CROISIER, *Le mineur et le droit pénal* (dir.), Paris, L'Harmattan, 1997, p. 134.

¹⁵⁰ En ce sens, le 4^e du Titre préliminaire de la loi du 8 avril 1965 dispose que les mineurs ne peuvent, en aucun cas, être assimilés aux majeurs quant à leur degré de responsabilité et aux conséquences de leurs

Deux mécanismes se combinent généralement pour assurer cette protection. Le premier est, comme on vient de le voir, la fixation d'un seuil de discernement minimum qui devient ainsi une condition d'existence de la responsabilité. Si la chose est théoriquement facile à concevoir, elle est, par contre, difficile à concrètement mettre en œuvre compte tenu de l'imprécision de la notion. On en veut pour preuve que, d'une part, l'absence de discernement est l'élément qui fonde le non-accès à la majorité, qu'elle soit civile ou pénale et que, d'autre part, le discernement est aussi la notion qui fonde la distinction entre les deux catégories de mineurs. Il y aurait ainsi des mineurs présumés ne pas avoir le discernement de l'adulte mais présumés jouir d'un discernement suffisant que n'ont pas encore d'autres mineurs. Le second mécanisme est une adaptation des conséquences de la déclaration de responsabilité qui tienne compte des spécificités de l'enfant et, notamment, de son absence ou de son manque de discernement.

Par contre, apprendre la responsabilité relève de la différence. Il s'agit d'un processus éducatif. Le discernement est, ici, l'instrument qui est mobilisé pour permettre au mineur de progresser. Il se présente comme sa capacité de fait *in concreto* à partir de laquelle le travail d'initiation peut s'opérer. Le développement de cette capacité est l'objectif recherché. Il doit permettre de réduire la différence et tendre vers la similitude.

Comme le révèle notamment le champ de la protection de la jeunesse, dans la pratique, la confusion est au rendez-vous, car les plans éducatifs et juridiques s'entremêlent. On ne sait plus s'il faut sanctionner le mineur parce qu'il est responsable ou si la sanction doit viser à le responsabiliser. On en arriverait à décréter qu'un jeune est responsable parce qu'il est capable de devenir responsable. En pratique, il n'est d'ailleurs pas rare d'entendre des réquisitoires fort confus où le parquet soutient à la fois que le mineur doit être sanctionné parce qu'il est responsable de ce qu'il a fait, et que la sanction doit être éducative pour le responsabiliser aux conséquences de son acte. Comme le souligne R. Nérac-Croisier, le raisonnement est fallacieux « puisqu'il aboutit à faire, par avance, subir au mineur les conséquences de ce qu'il est supposé apprendre »¹⁵¹. On glisse perpétuellement du sentiment de responsabilité et

actes. Toutefois, les mineurs ayant commis un fait qualifié infraction doivent être amenés à prendre conscience des conséquences de leurs actes. L'article 1^{er}, 9^e, al. 2 du Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse dispose, quant à lui, que les mineurs ayant commis un fait qualifié infraction ne peuvent en aucun cas être assimilés aux majeurs quant à leur degré de responsabilité et aux conséquences de leurs actes.

¹⁵¹ R. NÉRAC-CROISIER, « Irresponsabilité ou responsabilité des mineurs », in R. NÉRAC-CROISIER, *Le mineur et le droit pénal* (dir.), op. cit., p. 146. Voy. aussi A. MASSON, « Du tomber en responsabilité à l'advenir

du sens des responsabilités qui sont des réalités humaines, sociales, culturelles et psychologiques, qui est un instrument technique, et *vice versa*.

C. Deux catégories fondées sur une présomption réfragable

Pour limiter au mieux ces zones de confusion, nous sommes d'avis que, même si le mécanisme n'est pas sans défaut, il est préférable de diviser les mineurs en deux catégories à partir d'un seuil d'âge qui serait celui de 12 ans.

Le choix de cet âge se justifie par deux raisons principales. D'une part, il est, aujourd'hui, l'âge qui est le plus souvent retenu par la loi et la jurisprudence comme seuil pour conférer la capacité aux mineurs dans des domaines particuliers. D'autre part, il s'agit d'un seuil déjà assez bas dans un monde dont les enjeux sont de plus en plus complexes.

Ce seuil d'âge aurait pour fonction d'indiquer l'orientation du travail de l'interprète adulte quant à la capacité du mineur d'être ou non acteur dans le champ juridique à propos de situations ou de questions qui le concernent.

En dessous de l'âge de 12 ans, le mineur ferait l'objet d'une présomption réfragable d'incapacité d'exercice. En d'autres termes, la présomption inscrit le mineur dans le champ de la différence et la protection du mineur prend la forme de la reconnaissance d'une capacité concrète suffisante pour lui permettre d'exercer son droit s'il s'en avère capable *in concreto*. À l'inverse, au-dessus de l'âge de 12 ans, le mineur ferait l'objet d'une présomption réfragable de capacité d'exercice. Ce serait le champ de l'adolescence responsable. Ici, la présomption l'inscrit dans la similitude et la protection prend la forme de la constatation, par l'interprète d'un manque de capacité suffisant.

La minorité aurait ainsi en commun l'obligation des adultes de tenir une fonction d'initiateur. Par contre, le seuil de l'adolescence responsable modifierait la manière d'exercer la fonction. Si la mission éducative reste constante et nécessaire, la manière de la mettre en œuvre se transforme. En dessous du seuil, l'initiateur doit vérifier l'existence d'une éventuelle capacité en vue de ne pas enfermer le mineur dans une différence qui ne se justifie pas. Par contre, au-dessus du seuil, il doit s'assurer que le mineur n'est pas contraint d'assumer une capacité trop lourde pour lui.

responsable », in F. DIGNEFFE et Th. MOREAU (dir.), *Responsabilité et responsabilisation dans la justice pénale. Actes du colloque organisé à l'occasion du 75^e anniversaire de l'École de criminologie de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Larcier - de Boeck, 2005, pp. 167 et s.

§ 2. La capacité de fait et la distinction entre mineurs et majeurs

Comme on vient de le voir, si on prend au sérieux l'affirmation selon laquelle les jeunes sont des sujets de droits, il faut remettre en question de manière radicale la perspective classique qui, durant tout le temps de la minorité, pense le mineur à partir de la différence. L'introduction de la catégorie de l'adolescence responsable renverse cette perspective. Elle consiste à tenir pour acquis que les jeunes sont capables de poser des actes, sauf lorsqu'il est concrètement démontré qu'il faut agir en leur lieu et place pour éviter que ne se produise une situation qui serait gravement préjudiciable à leurs droits¹⁵².

Concrètement, instituer l'adolescence responsable revient à considérer qu'à partir de l'âge de 12 ans, le mineur peut exercer ses droits mais avec deux limites. D'une part, il peut refuser de le faire et préférer être représenté par ses représentants légaux. D'autre part, il doit exister des mécanismes qui peuvent limiter cette capacité d'exercice s'il est démontré concrètement, par l'application d'une méthode rigoureuse, que le choix fait par le mineur nuit au respect de ses droits.

La capacité de fait reconnue à l'enfant n'a donc pas pour corollaire qu'automatiquement il devient pleinement responsable de tous ses choix et de tous ses actes. La responsabilité doit s'apprécier à l'aune de la capacité réelle quelle que soit la situation : la négociation d'un contrat, le consentement à un acte, un choix à opérer, l'imputation d'une faute, le prononcé d'une sanction, la détermination d'une réparation. Il est essentiel de prendre en considération que la capacité de fait et la responsabilité sont deux concepts autonomes. Être en mesure d'exercer un droit ne suppose pas que l'intéressé soit nécessairement capable d'assumer les conséquences d'un mauvais choix, d'une erreur ou d'un passage à l'acte. On peut apprendre de ses erreurs. Par ailleurs, l'origine de la faute peut également trouver sa source dans l'action éducative elle-même, ce dont l'enfant n'est pas responsable. La responsabilité se présente plutôt comme une maladie contagieuse qu'on attrape au contact de personnes responsables, tout comme on parle sa langue maternelle parce que d'autres nous ont d'abord parlé avec celle-ci. Dans cette approche, devenir responsable n'est pas le résultat d'une maturation progressive et linéaire, mais le fruit d'expériences humaines

¹⁵² Voy. en ce sens not. G. DE BOCK, « Naar een nieuw jeugdrecht », in *Rechten en plichten van jongeren*, Bruxelles, Studiecentrum voor jeugdmisdadigheid, n° 49, 1980 ; G. DE BOCK, *Overheen recht en jeugd. Een bijdrage tot het uitvinden van nieuw jeugdrecht*, Anvers, Kluwer, 1982. Ses travaux seront prolongés par ceux d'E. VERHELLEN. Voy. not. *In interactie: jeugdbescherming en interactionisme*, Antwerpen, De Sikkels, 1978. Ce dernier s'inscrit clairement dans ce qu'on a pu appeler le mouvement des droits de l'enfant. Pour un résumé de ce courant de pensée, voy. E. VERHELLEN, F. SPIESSCHAERT et G. CAPPELAERE, « Le mouvement des droits des enfants », *J.D.J.*, 1989, n° 2, pp. 1 et s. G. DE BOCK, *Overheen recht en jeugd. Een bijdrage tot het uitvinden van nieuw jeugdrecht*, op. cit., p. 81.

qui s'abattent sur le jeune, qui le dépassent et qui, avec le soutien des adultes, vont le transformer et l'amener à tenir une place différente au sein du groupe. De novice, le jeune devient initié. Cet apprentissage s'opère notamment par la mobilisation de sa capacité de fait, mais pas seulement. La capacité personnelle est donc un élément nécessaire pour devenir responsable mais pas suffisant. Il faut également recevoir des éléments transmis par des tiers¹⁵³.

Penser la minorité à partir de la capacité de fait du mineur ne revient donc pas à l'assimiler au majeur. Ce serait le trahir, car un enfant n'est pas un mini-adulte. Si cette perspective suppose de s'interdire de penser les enfants à partir de leur incapacité et/ou de leur irresponsabilité, elle suppose également de refuser de décharger les adultes de la responsabilité d'être des initiateurs et des éducateurs.

En réalité, appréhender l'adolescent responsable à partir de sa capacité de fait est une tâche plus lourde pour les adultes que de se réfugier derrière une présomption irréfragable. Cette approche est certainement plus cohérente et plus épanouissante pour le mineur, mais elle est plus exigeante pour les adultes en charge de son éducation. Construire le régime juridique des enfants à partir de ce qu'ils sont concrètement capables de penser, de dire et de faire, revient à conférer aux parents, aux professionnels de l'éducation et à l'État l'obligation de mettre en œuvre leur fonction d'apprentissage et d'éducation en liant le soutien à l'auto-détermination et la protection, dans une alchimie à toujours réinventer là où, auparavant, le droit n'exigeait que de garantir la protection. L'institution de l'autorité éducative est ainsi questionnée sur le plan juridique. Le concept d'autorité parentale se voit transformé et limité par celui de « responsabilité d'élever l'enfant » utilisé dans la Convention relative aux droits de l'enfant. La fonction éducative ne peut plus prendre une forme qui fait fi du dialogue. L'autorité n'est plus un pouvoir conféré par un tiers extérieur sur l'enfant, mais une crédibilité que l'enfant reconnaît à son éducateur. Elle prend la forme de l'autorité dont fait preuve le metteur en scène qui, tout en étant le garant de la cohérence du projet, guide les acteurs pour les aider à se révéler et à s'emparer de la pièce alors que lui est absent de la scène. La fonction éducative est ce qui permet de faire tenir ensemble la similitude et la différence des places nécessaires entre les adultes et les enfants. Elle est un droit de l'enfant qui a, avant tout, besoin, d'une part, de parents et d'éducateurs crédibles qui ne démissionnent pas et, d'autre part, d'éducateurs qui ne démissionnent pas et de relations éducatives qui s'articulent sur le mode de l'équivalence, de l'estime

¹⁵³ Voy. A. MASSON, « Du tomber en responsabilité à l'advenir responsable », *op. cit.*, pp. 167 et s.

réciproque et de la démocratie où la parole de chacun est prise en considération pour ce qu'elle est.

L'enfant ne peut donc plus être tenu comme un objet d'éducation exclu de l'élaboration des décisions qui le concernent. De tels processus présentent une dimension « terroriste » par rapport à la personne et au vécu de l'enfant, surtout lorsque les décisions sont prises par des personnes ou des autorités tierces qui connaissent très peu, parfois rien, de sa réalité. Le changement de perspective que nous envisageons n'a évidemment pas pour objet d'aboutir à une « dictature de l'enfant ». Dans une réflexion sur les caractéristiques d'une vie familiale de nature démocratique, il ne se conçoit pas de remplacer un modèle « autoritaire » par un autre. La famille doit tout autant être le lieu où l'enfant peut se découvrir et s'épanouir que le lieu de l'apprentissage du respect mutuel que se doivent les membres de la famille. La tâche est lourde pour les adultes, car ils portent le poids des deux mouvements : rendre possible la découverte par l'enfant de ce qu'il a d'unique et lui apprendre les règles du monde dans lequel il est né. Elle est d'autant plus lourde que la gratitude n'est fonctionnellement pas au rendez-vous, la logique de la transmission voulant que l'enfant paye sa dette à sa propre progéniture.

L'approche reposant sur la capacité de fait ne doit pas non plus se penser uniquement en rapport avec les situations individuelles. Les enfants devraient pouvoir exercer leurs droits de manière collective, que ce soit dans la détermination des lois ou leur mise en œuvre, dans des actions collectives, dans l'expression d'opinion et, pour certaines questions en tous cas, dans une participation aux choix politiques. Comme on l'a déjà souligné, il ne nous semble pas déplacé de considérer que les enfants aient leur mot à dire sur les choix à faire en matière climatique ou de développement durable dès lors qu'ils sont, bien plus que les adultes d'aujourd'hui, ceux qui devront « faire avec » les choix posés *hic et nunc*.

Fonder la minorité sur la reconnaissance de la capacité de fait suppose, enfin, de faire œuvre créative en vue d'instituer des mécanismes de différentes natures dans le but d'optimiser l'approche au bénéfice des enfants. Les finalités à atteindre sont diverses. Il faut éviter de reconnaître à l'enfant une capacité plus large qu'elle ne l'est en réalité. Il faut pouvoir interpeller l'enfant qui semble prendre une voie qui lui est préjudiciable tout en l'entendant dans sa singularité. Il faut interdire les « abus de capacité » dans le chef des adultes. Il faut également permettre aux enfants de réclamer le respect de leurs droits qu'ils sont capables d'exercer. Il faut soutenir les parents et les autres éducateurs dans la forme nouvelle que prend leur fonction qui suppose un engagement très

exigeant¹⁵⁴. Ces mécanismes juridiques nouveaux sont coûteux, que ce soit sur le plan financier, en temps ou en énergie.

Ce coût constitue une des différences entre un dispositif fondé sur la capacité de fait et le mécanisme de l'émancipation que nous n'avons pas évoqué jusqu'ici, et ce pour deux raisons. La première est que le mécanisme n'est quasiment plus jamais utilisé. La seconde est qu'il s'agit d'un tout ou rien. Plus précisément, l'émancipation met fin radicalement à certains aspects de la présomption d'absence de discernement et reconnaît une capacité qui, elle-même, prend la forme d'une présomption irréfragable ce qui la distingue radicalement d'une approche fondée sur la capacité de fait. En réalité, c'est le caractère irréfragable de la présomption de discernement découlant de l'émancipation qui empêche de prendre réellement en compte la capacité de fait puisque si l'interprète constate, dans un cas individuel sur un point précis, une absence de capacité de fait, l'émancipation ne lui permet pas de revenir à une protection qui s'inspire de l'incapacité. Présumer irréfragablement la capacité, ce n'est pas plus tenir compte de la capacité de fait que de présumer l'absence de discernement pour fonder la minorité. L'émancipation enferme le mineur dans la similitude sans plus laisser de place pour les différences factuelles.

§ 3. La méthode « intérêt supérieur de l'enfant »

Le changement de perspective proposé au point précédent revient à prendre l'enfant là où il est sachant qu'il doit, simultanément, découvrir le sens de ses choix et de ses actes et en assumer les effets sans en être prisonnier. Le point pivot entre la capacité et l'incapacité de fait est le manque d'initiation, d'apprentissage et de maîtrise. Il ne s'agit plus de fixer de manière générale un seuil que le mineur n'a, par définition, pas encore atteint, mais, plutôt, d'examiner, au cas par cas, s'il n'est pas trop exigé de lui pour occuper la place qui est *de facto* la sienne. Pour l'initiateur et/ou l'interprète, la mission est double. D'une part, il doit s'investir pour permettre au mineur de tenir sa place d'individu capable et, d'autre part, il doit être en mesure d'évaluer qu'il n'est, au regard des circonstances concrètes, pas demandé à l'enfant plus qu'il ne sait assumer.

¹⁵⁴ Pour rappel, l'article 18 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que : [l]a responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents [...] les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant. Dans le même sens, l'article 5 de la Convention dispose que les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

La présence d'un interprète est donc nécessaire, ce qui est plutôt positif dans un modèle fondé sur l'initiation. Toutefois, l'interprétation peut s'opérer de différentes manières et s'articuler autour de différentes finalités. Or, un modèle de protection de l'enfant qui repose sur la reconnaissance de sa capacité de fait et rien que sur sa capacité de fait doit contraindre l'interprète à se cantonner dans ce champ. D'où le caractère essentiel de la méthode qui doit conduire l'interprétation. L'interprète exerce sa fonction par rapport à une référence et celle-ci est garantie par le respect de la méthode.

Pour tenir la posture qui doit être la sienne dans un modèle fondé sur le respect de la capacité de fait, l'initiateur et/ou l'interprète doit se contraindre à appliquer « la méthode de l'intérêt supérieur de l'enfant » qui permet de garantir autant le respect de la similitude en droits que celui des différences en fait et d'ainsi favoriser au mieux une émancipation protégée du mineur.

L'intérêt de l'enfant se présente comme le principe premier tant dans le modèle protectionnel (A) que dans le modèle des droits de l'enfant (B). Toutefois, comme on va l'observer, sous ce même vocable, se cachent deux réalités très différentes.

Il nous semble essentiel de bien les distinguer afin d'éviter la confusion. Dans une approche qui privilégie la capacité de fait de l'enfant, il ne suffit pas d'invoquer formellement l'intérêt supérieur de l'enfant de manière incantatoire pour être certain de lui garantir tant l'épanouissement que la protection auxquels il a droit. Seule une application rigoureuse de « la méthode de l'intérêt supérieur de l'enfant » qui se déduit de la reconnaissance de ses droits est susceptible d'offrir cette protection.

A. Du concept vague et flou du modèle protectionnel...

Comme on l'a vu, dans le modèle protectionnel, d'un point de vue juridique, l'intérêt supérieur du mineur est formellement la pierre angulaire sur laquelle repose la lutte contre l'inadaptation des enfants et de leur famille. Cette notion traduit la volonté de cibler l'intervention autour de la personne du mineur. Toutefois, même si le mineur occupe la place centrale, *ce n'est plus en tant que sujet de droit, mais en tant que sujet, voire simple "support", d'intérêts dont l'appréciation et la maîtrise lui échappent entièrement, et dont un nombre de plus en plus étendu de personnes, y compris le ministère public, sont censés assurer la protection*¹⁵⁵. Ce qui domine dans le modèle protectionnel, c'est une logique d'intérêts et non une

¹⁵⁵ M. VAN DE KERCHOVE, « Les mineurs à l'intersection de quatre modèles principaux d'intervention », in C. ELIAERTS et al. (eds), *Van jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht?*, Antwerpen-Arnhem, Kluwer-Gouda Quint, 1990, p. 217.

logique de droits subjectifs¹⁵⁶. L'intervention n'a donc pas pour principal objet le respect des droits des mineurs, mais la nécessité de corriger une situation problématique en vue de la faire correspondre à un type moyen d'individus, de comportements et de situations, qui fluctue en fonction de l'espace et du temps, et auquel la science tente de donner une apparence d'objectivité¹⁵⁷. Cette exigence de normalité ne peut être que très difficilement appréhendée dans une loi transcendante qui se caractérise par sa permanence, sa généralité et sa rareté et qui met une distance symbolique entre l'ordre juridique et l'ordre social¹⁵⁸. Au contraire, l'exigence de normalité postule un lien permanent avec le champ social auquel elle s'applique. L'intérêt du mineur traduit cette référence à la normalité. Le caractère vague et flou du concept (on parle de concept à contenu variable) a pour effet que le texte de la loi perd de son épaisseur de transcendance pour devenir un simple habit qui donne à la norme l'apparence de la transcendance.

Dans cette approche, la notion d'intérêt supérieur du mineur se caractérise donc par son imprécision, son ubiquité et sa souplesse¹⁵⁹. Elle ne peut se comprendre qu'en relation avec le temps et prétend pouvoir traduire l'évolution de l'enfant vers l'âge adulte. Selon J. Carbonnier, l'intérêt de l'enfant est un intérêt spécifique, propre à l'enfant en tant que jeune, ce qu'on appelle parfois son intérêt éducatif [...]. Son intérêt, il ne sait pas l'apprécier lui-même, et ce n'est pas au surplus son intérêt de l'instant présent, c'est bien plutôt son intérêt à venir, son intérêt d'homme dans un futur indéterminé¹⁶⁰. En d'autres termes, les adultes d'aujourd'hui auraient la responsabilité de voir en l'enfant l'adulte de demain. Si, incontestablement, cette approche correspond à une des dimensions de l'éducation et même à un aspect de l'émancipation des jeunes, cette projection vers l'avenir est également un instrument de protection du monde des adultes qui évite ainsi d'être remis en question.

Dans le champ judiciaire, le caractère variable et flou de l'intérêt supérieur du mineur en fait, en réalité, un concept purement formel. Combiné avec le fait que la notion, à elle seule, constitue le fondement de la décision du juge, le caractère variable et flou confère au magistrat un pouvoir discrétionnaire très étendu qui tend vers l'arbitraire. Par ailleurs, reposant sur une pure appréciation

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ M. VAN DE KERCHOVE, « À propos d'une clôture », in *Dix ans... devant soi*, Liège, éd. du Jeune barreau, 1989, pp. 230-231.

¹⁵⁸ D. LOCHAK, « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *R.I.E.J.*, 1984, n° 13, p. 83. Voy. aussi M. VAN DE KERCHOVE, « À propos d'une clôture », in *Dix ans... devant soi*, op. cit., p. 230. Sur cette question, voy. égal. P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*, Paris, Fayard, 1989.

¹⁵⁹ Fr. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 185.

¹⁶⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille, les incapacités*, Paris, PUF, 1983, p. 370.

de fait, cette interprétation ne peut faire l'objet d'aucun contrôle de légalité, notamment par la Cour de cassation. Ainsi, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, des juges se sont écartés de la loi ou d'un droit reconnu au mineur sans qu'aucune censure ne soit possible¹⁶¹. Dans le même sens, par son caractère variable et flou, l'intérêt du mineur permet de fonder des décisions judiciaires non plus sur le droit, mais sur des approches relevant de la psychologie, de l'éthique et même des sentiments, ce qui est en phase avec la conception paternaliste de la fonction du juge protectionnel ou du juge de la famille¹⁶². Paradoxalement, le caractère vague et flou de l'intérêt supérieur de l'enfant, pierre angulaire du modèle protectionnel, est devenu l'instrument de sa remise en question et de la revendication d'une reconnaissance plus marquée de la personne du mineur comme enfant *hic et nunc* et non pas seulement comme citoyen en devenir. L'extension maximale du champ d'intervention et le contrôle social qui en découle, les pratiques d'enfermement, de répression et de rétribution sans garantie de procédure, les décisions relatives à l'hébergement sans écoute du mineur, etc., seront progressivement perçues comme des atteintes inadmissibles aux droits fondamentaux de l'enfant qui est avant tout un être humain comme l'adulte. On découvre qu'au nom du bien, le modèle protectionnel peut produire le pire. C'est parce que le fondement de l'intérêt juridiquement pertinent peut sans doute être cherché du côté de la liberté¹⁶³ que ces pratiques extrêmes seront dénoncées et critiquées à travers la fonction subversive de l'intérêt de l'enfant dont le prolongement sera tout naturellement la revendication de la transmutation de l'intérêt du mineur en droit subjectif de l'enfant.

¹⁶¹ À ce sujet, voy. not. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, *Le droit de la jeunesse en Belgique. Aide, assistance et protection*, op. cit., p. 1006 et pp. 1021 et s. ; Fr. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, op. cit., p. 74 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *R.G.D.C.*, 1988, pp. 196 et s. Voy. aussi Civ. Bruxelles, 16 juin 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 766.

¹⁶² Fr. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, op. cit., p. 185. Voy. égal. J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 104 et 111. J. Carbonnier relève notamment que ce concept à contenu variable a l'originalité de n'être pas, comme ailleurs, du moins pas exclusivement, un instrument d'adaptation rationnelle, mais d'inclure au moins une part de variabilité sentimentale. Variabilité humide ? Mouillée d'affectivité ? Il ne me conviendrait pas de forcer la note pittoresque. Plus sobrement, j'avancerai ceci : que dans la triade des jugements, classique en sociologie – magique, charismatique, logique – c'est par prédilection le jugement charismatique, plutôt que logique, qu'attirent à elles les notions à contenu variable du droit familial. L'analyse technique nous aura ainsi amenés au contact d'un problème de philosophie, infiniment plus vaste : le rôle du sentiment dans le droit. Le droit étant humain et l'homme étant sensible non moins qu'intelligent, il serait humain, pas trop humain, que le cœur eût sa place dans le droit au même titre que la raison. Ce serait une nouvelle ligne de recherches à entamer : la logique du cœur (pp. 111-112).

¹⁶³ Fr. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, op. cit., p. 185.

B. ... à la rigueur de la méthode du modèle des droits de l'enfant

Comme on l'a déjà plusieurs fois rappelé, le modèle des droits de l'enfant repose sur l'obligation de respecter la tension dialectique entre l'enfant *même* et *autre* que l'adulte. Juridiquement, la tension prend la forme de l'articulation des *droits de l'enfant* et de l'*intérêt de l'enfant* comme étant les deux faces d'une même pièce. Loin de s'exclure, ces deux concepts se soutiennent mutuellement même si, historiquement, celui de *droits de l'enfant* est apparu près d'un siècle après la reconnaissance de l'*intérêt de l'enfant* afin de réagir aux abus auxquels pouvait conduire une vision de l'enfant exclusivement fondée sur la différence. Pour articuler concrètement ces deux concepts entre eux au cœur d'une même réalité, le modèle des droits de l'enfant contraint l'interprète à adopter une posture de Janus, dieu de la transition, qui par ses deux têtes a un double regard sur ce qui l'entoure.

Suite à la reconnaissance des droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant ne se présente plus comme un trésor caché dont certains, tels des prêtres de l'invisible, se verraient reconnaître plus de capacités et de qualités pour le découvrir que d'autres. Il se présente plutôt comme une méthode concrète à appliquer par ceux qui sont en charge de l'enfant dans le cadre d'un processus de recherche collective. À chaque situation problématique ne correspond donc pas une seule solution qui s'identifierait à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dernier se présente plutôt comme une *manière de penser et d'agir* en accompagnant un enfant sur le chemin incertain de son existence et de sa prise en charge.

Ce passage d'une notion substantielle à un concept fonctionnel trouve son fondement dans la reconnaissance des droits fondamentaux de l'enfant. Ceux-ci présentent la caractéristique d'être nommés et la Convention des droits de l'enfant en dresse un inventaire. Pour une partie, ces droits sont identiques aux droits fondamentaux reconnus aux majeurs. Ils peuvent être directement exercés par les enfants et permettent ainsi l'expression de leur subjectivité. Ils sont des vecteurs d'émancipation. Pour une autre partie, il s'agit de droits spécifiques aux enfants. Ceux-ci permettent de garantir le respect des différences. Ces droits-créances sont constitutifs d'une protection adéquate dont l'objet est de répondre aux besoins des enfants auxquels ils ne peuvent pas répondre par eux-mêmes.

Placé au faîte de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'article 3 fait de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans toute situation qui le concerne. Il indique ainsi que la première fonction de l'intérêt de l'enfant est d'être *un droit matériel*. Il s'agit du droit de l'enfant

à voir ses droits être respectés¹⁶⁴. L'intérêt supérieur de l'enfant est l'engagement des adultes de respecter les droits de l'enfant, ce qui exclut la possibilité de l'invoquer pour justifier de s'en écarter comme cela a pu se pratiquer sous l'empire du modèle protectionnel. L'intérêt de l'enfant entendu comme droit matériel constitue un double impératif. D'une part, il affirme la nécessité d'un traitement juridique différencié de l'enfant par rapport à l'adulte pour le respecter en tant qu'enfant. D'autre part, il exclut d'imposer à l'enfant un traitement différencié au-delà de ce qui est nécessaire sous peine de ne plus le traiter comme un être humain.

La deuxième fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être *un principe d'interprétation* qui contraint les parents et les autorités à respecter les spécificités de l'enfant et à en tenir compte dans l'implémentation des droits de l'enfant. Tant au niveau des droits matériels qu'au niveau des droits procéduraux, l'intérêt de l'enfant suppose une mise en œuvre adaptée, ce que traduit parfaitement l'expression *child friendly*¹⁶⁵. À titre d'exemple, ce principe peut conduire tantôt à supprimer ou aménager des garanties jugées essentielles pour les adultes, tantôt à les renforcer¹⁶⁶. Il doit également guider les choix à faire

¹⁶⁴ Selon le Comité des droits de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant vise à assurer la réalisation complète et effective de tous les droits reconnus dans la Convention. Il ajoute que l'appréciation de l'intérêt supérieur d'un enfant par un adulte ne peut primer l'obligation de respecter tous les droits de l'enfant reconnus par la Convention (Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, § 4).

¹⁶⁵ En ce sens, voy. not. Conseil de l'Europe, Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants (adoptée par le Comité des ministres le 17 novembre 2010), disponible sur le site du Conseil de l'Europe.

¹⁶⁶ Les arrêts *V. et T. c. Royaume-Uni* rendus le 16 décembre 1999 par la Cour européenne des droits de l'homme illustrent bien cette manière d'aborder la différence. L'affaire concerne le procès d'un mineur de 11 ans jugé pour un meurtre par une juridiction pour adultes. La Cour a décidé que déférer un enfant, même s'il n'est âgé que de 11 ans, devant une juridiction pénale ordinaire ne constituait pas en soi une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Toutefois, elle a précisé que, dans ce cas, il était *essentiel de traiter un enfant accusé d'une infraction d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel, et de prendre des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci* (§ 84). En ce sens, il s'imposait de *conduire le procès de manière à réduire autant que possible l'intimidation et l'inhibition de l'intéressé* (§ 87). La Cour a ainsi décidé que, pour rencontrer cette exigence, il fallait renoncer à des modalités passant généralement pour protéger les droits des adultes traduits en jugement, telles que la *publicité des débats* (§ 85). À l'inverse, la Cour n'a admis aucune différence de traitement dans le respect des droits de la défense. Même si le mineur n'a pas la même maturité qu'un adulte, il doit pouvoir *donner des instructions éclairées à ses avocats et il ne suffisait pas que le requérant fût représenté par des avocats compétents et expérimentés* (§§ 89 et 90). Au besoin, des dispositions complémentaires doivent donc être prises pour garantir un respect effectif et adapté des droits de la défense de l'enfant. Pour une réflexion à propos d'un nécessaire aménagement du principe du contradictoire dans les procès où les parents et l'enfant sont tous parties à la cause, voy. C. MOREAU et Th. MOREAU, « Paroles de jeunes sur leur droit d'être entendus dans le champ de l'aide et de la protection de la jeunesse en Belgique francophone. Mise en lumière de quelques angles morts », *J.D.J.*, n° 403, 2021, pp. 3-16.

en cas de conflits de droits¹⁶⁷ ou dans les situations auxquelles les droits de l'enfant n'apportent aucune réponse claire. Cette deuxième fonction met en évidence que la méthode requiert encore, de la part de l'adulte responsable, une interprétation discrétionnaire, au cas par cas, qui, toutefois, est considérablement réduite par la première fonction. Celle-ci commande de retenir une interprétation qui, d'un côté, se rapproche au plus près de l'esprit qui se déduit des droits de l'enfant et, de l'autre, permette au plus vite, en cas de conflits de droits, de revenir à une situation où l'ensemble des droits de l'enfant sont respectés. En outre, cette fonction d'interprétation invite l'interprète à se remettre régulièrement en question lorsqu'une atteinte aux droits s'étend sur une certaine durée, tout comme elle les somme de répondre aux interpellations de l'enfant, de ses parents ou d'autres acteurs concernés.

La troisième fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être une règle de procédure à plusieurs facettes soulignant ainsi l'aspect coconstruit du contenu donné à la notion. Premièrement, elle impose à l'interprète d'explicitier la conception qu'il se fait de ce qui est le plus profitable pour l'enfant, les critères d'évaluation qu'il retient et l'articulation qu'il fait entre l'intérêt de l'enfant et les autres valeurs primordiales avec lesquelles celui-ci est mis en balance¹⁶⁸. Deuxièmement, cette dimension procédurale impose la participation de tous les acteurs concernés, et notamment de l'enfant et des parents, au processus décisionnel et au débat qui conduira à déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Chacun doit pouvoir s'exprimer et son opinion doit être prise en considération, ce qui suppose, entre autres, que l'enfant reçoive une réponse compréhensible. Troisièmement, cette dimension procédurale impose que soient mises en œuvre un maximum d'investigations permettant d'alimenter le débat afin de prendre la décision la plus éclairée qui soit. Elle confère aussi aux différents acteurs concernés le droit d'en solliciter auprès des autorités. Quatrièmement, la fonction procédurale contraint les institutions et les autorités à la créativité pour mettre en place des dispositifs de protection contre l'abus qui n'enferment pas le mineur dans la différence et qui favorise l'exercice de ses droits par l'enfant. Celle-ci peuvent notamment prendre la forme de l'assistance du mineur par des professionnels compétents, de mécanismes particuliers d'annulation de certains actes et de réparation en cas d'abus, etc.

¹⁶⁷ Tel est, par exemple, le cas lorsqu'un enfant est maltraité en famille. Il existe un conflit entre le droit à vivre en famille et le droit de ne pas faire l'objet de traitement inhumain et dégradant.

¹⁶⁸ À cet égard, il importe de relever que, dans l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, il est clairement précisé que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale (et non la considération primordiale) dans toutes les décisions qui concernent les enfants. Le seul cas où l'intérêt de l'enfant est retenu comme la considération primordiale et non comme une parmi d'autres, est l'hypothèse de l'adoption visée à l'article 21 de la Convention.

À travers ces trois fonctions, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant renvoie les adultes et les autorités publiques à leurs responsabilités et met en évidence que les droits de l'enfant ne peuvent être pleinement garantis sans leur intervention. Toutefois, ils ne peuvent pas intervenir selon leur conception personnelle de ce qui serait bon pour l'enfant. Ils doivent respecter la méthode qui consiste, d'une part, à interdire que soit donné à l'intérêt supérieur du mineur une interprétation incompatible avec le respect de ses droits et, d'autre part, à chercher la voie qui optimalise le mieux les droits reconnus à l'enfant.

§ 4. Les dangers d'une approche fondée sur la capacité de fait de l'enfant et une responsabilité renforcée des adultes

L'approche de l'enfant fondée sur sa capacité de fait est probablement plus respectueuse de ses droits puisqu'elle se décline à partir de la similitude et non de la différence. Toutefois, il faut être réaliste et constater que cette approche a ses faiblesses.

Comme nous l'avons vu, la protection de l'enfant exige un investissement massif des adultes dans une telle approche. Il en coûte plus à ceux-ci de soutenir un jeune dans la prise en main de sa destinée plutôt que d'agir en son lieu et place. Les adultes ne peuvent plus s'abriter derrière une présomption irréfutable d'absence de discernement qui exclut l'enfant de la scène juridique. Il est présent, il faut le prendre là où il est, le respecter et le soutenir. Apprentissage et émancipation vont de pair et cela nécessite un ajustement perpétuel des initiateurs qui est coûteux en temps, en énergie et en moyens.

Le système ne peut donc tenir que s'il reçoit les moyens de sa politique. On ne peut se complaire seulement dans les sphères sereines du droit¹⁶⁹. Les droits de l'enfant ne sont pas seulement un peu d'encre sur du papier. Ils sont conférés par le monde adulte¹⁷⁰ qui, ce faisant, s'oblige à mettre en œuvre les programmes sociaux et économiques nécessaires pour les rendre crédibles et garantir leur effectivité¹⁷¹. Ils doivent prendre la forme tant du soutien aux parents¹⁷² et aux

¹⁶⁹ M. DUBOIS, « La loi du 15 mai 1912. Son application, ses résultats, ses lacunes », *Rev. dr. pén. crim.*, 1907-1957, n° jubilaire, pp. 234 et s.

¹⁷⁰ Sur cette question, voy. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, *Le droit de la jeunesse en Belgique. Aide, assistance et protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 254 et s.

¹⁷¹ L'effectivité d'un droit subjectif peut être définie comme le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit (A.J. ARNAUD [dir.], *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, v° effectivité, p. 217). Mesurer le degré d'effectivité permet donc d'évaluer la réception et la mise en œuvre des normes juridiques dans la réalité sociale qu'elles sont censées ordonner (*ibid.*). Pour être effectif, un droit doit donc non seulement être reconnu et énoncé dans les textes, mais il doit, en outre, concrètement exister et être utilisé dans les faits.

¹⁷² En ce sens, l'article 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties accordent l'aide appropriée

éducateurs que de moyens, de toutes natures, donnés directement aux enfants. En sus, il faut également que les parents et les éducateurs aient, chacun, individuellement, les ressources personnelles et/ou la possibilité d'investir le temps et l'énergie nécessaires.

Face à de telles exigences, le principal danger est le désinvestissement car, dans ce cas, l'enfant se retrouve seul avec sa capacité et ses droits sans les moyens de les mettre en œuvre et de les faire respecter.

Le danger est bien réel. En effet, dans les temps difficiles actuels, la tentation est grande, pour soulager l'économique et le social qui sont bien concrets, d'invoquer le juridique qui lui n'est que formel pour enjoindre aux jeunes de s'en sortir par eux-mêmes au motif que la loi leur confère les droits et les reconnaît capables de les exercer. Paradoxalement, la reconnaissance de la capacité de fait qui exige un investissement massif des adultes peut facilement se transformer en argument pour justifier un désinvestissement de l'État comme de chaque adulte responsable dans le soutien aux jeunes.

Ce dévoiement des droits de l'enfant peut prendre différentes formes dont il n'est pas rare de constater qu'elles s'imbriquent les unes dans les autres¹⁷³.

Une de celles-ci est bien visible. Elle consiste à soutenir de manière explicite que, juridiquement, il existe d'autres intérêts ou d'autres valeurs tout aussi prioritaires, sinon plus, que le respect des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur. Ce dernier est ainsi mis en concurrence avec l'ordre et la sécurité publique, la régularité du séjour, le coût des soins de santé, etc.

Une autre est plus pernicieuse. Elle prend la forme du managérialisme qui envahit progressivement tous les champs de l'activité humaine¹⁷⁴, en ce compris l'éducation et l'aide et la protection de la jeunesse. Sa règle d'or est de solutionner les problèmes de manière efficace au plus vite et au moindre coût. Une telle logique est incompatible avec celle de l'initiation qui suppose le temps de l'écoute, du partage, de l'échec, de la réflexion... Les méthodes d'intervention et de soutien sont ainsi contaminées par une logique économique. L'initiateur n'a pas d'autre choix que de faire avec ce qu'il a, tout en dénonçant, de manière incantatoire, le manque de moyen et les pertes de sens que cela entraîne pour l'avenir des jeunes.

aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant.

¹⁷³ Voy. en ce sens, Th. MOREAU, « The risks of unanticipated consequences from children's participation in the justice system », in M. PARÉ, M. BRUNING, Th. MOREAU et C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Children's access to Justice. A critical assessment*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 241 et s.

¹⁷⁴ À ce propos, voy. D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Namur, Presse universitaire de Namur, 2010.

Une autre forme encore est l'instrumentalisation des droits de l'enfant au profit d'autres intérêts que les siens. La repénalisation du dispositif applicable aux mineurs délinquants l'illustre parfaitement¹⁷⁵. Par un raccourci au fondement douteux, il est soutenu par certains que, puisque les enfants se voient reconnaître les mêmes droits que les majeurs, ils doivent assumer les mêmes responsabilités que ceux-ci. Par conséquent, s'ils violent la loi pénale, ils peuvent faire l'objet de mesures plus répressives. Il est parfois incompréhensible, pour ceux qui ont milités pour que les enfants délinquants se voient reconnaître les droits les plus fondamentaux, de découvrir que leur revendication au profit des jeunes se retournent contre eux¹⁷⁶.

Il faut également souligner une forme de danger qui renvoie au sens des responsabilités de chaque intervenant ou interprète. Comme on l'a vu, la reconnaissance des droits de l'enfant n'a pas fait disparaître la logique d'intérêt dans le règlement des situations problématiques concernant des enfants. Elle est plutôt venue l'ajuster et fixer des limites à l'étatisme qu'elle peut engendrer par l'exigence du respect de l'individu. Le recours à des notions métajuridiques reste de mise. La méthode à suivre pour déterminer l'intérêt supérieur du mineur exposée ci-dessus n'exclut pas totalement une appréciation discrétionnaire (personnelle) de l'interprète. Elle reste nécessaire pour, par exemple, préciser le contenu de certains droits, choisir l'option la plus favorable à l'enfant dans un conflit de droits ou déterminer si une situation met concrètement ou non un enfant en danger. De la même manière, le discernement est également un concept vague et flou qui repose sur une pure appréciation de fait alors qu'il constitue régulièrement une condition qui doit être remplie pour que l'enfant puisse exercer certains de ses droits¹⁷⁷. Donner un contenu à ces concepts consiste à exprimer une opinion sur le rapport au monde, sur ce qu'est l'homme, sur ce qu'il convient de faire ou d'être, sur les valeurs, sur l'organisation de la vie en société, etc. Leur interprétation dépasse le cadre du droit. Elle renvoie à des questions qui relèvent de la philosophie, de la culture, de la morale ou de l'éthique personnelle. Les droits de l'enfant subissent ainsi

¹⁷⁵ À ce propos, voy. not. D. KAMINSKI, « Juger le fait, juger la personne... ou échapper à ce dilemme ? », *J.D.J.*, 2001, n° 209, pp. 8 et s.

¹⁷⁶ Voy. en ce sens, Th. MOREAU, « Les risques d'effets pervers de la participation des enfants à la justice », in M. PARÉ, C. SIFFREIN-BLANC, M. BRUNING et Th. MOREAU (dir.), *Accès des enfants à la justice : bilan critique*, Paris, Dalloz, 2022, pp. 222 et s.

¹⁷⁷ Voy. Th. MOREAU, « Tomber en responsabilité et advenir responsable. Un casse-tête juridique », in Fr. DIGNEFFE et Th. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, actes du colloque organisé à l'occasion du 75^e anniversaire de l'École de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier/de Boeck, 2005, pp. 193 et s. ; M. COUNE, « L'enfant et son avocat dans les procédures civiles », *J.L.M.B.*, 2020, pp. 1602 et s.

une certaine dilution provoquée par les options des adultes qui, d'une part, les leur ont conférés et, d'autre part, peuvent les interpréter¹⁷⁸.

Sans doute la reconnaissance des droits de l'enfant a-t-elle imposé des balises à l'appréciation discrétionnaire quasi arbitraire du modèle protectionnel en lui substituant une *appréciation discrétionnaire de référence* dans laquelle l'interprète doit justifier le contenu de son appréciation par rapport à une référence qui lui est extérieure, à savoir, précisément, les droits de l'enfant. Cependant, la seule reconnaissance formelle de cette méthode ne constitue pas une garantie suffisante pour éviter des dérives qui consisteraient soit à revenir vers une interprétation discrétionnaire qui s'écartere de la référence, soit à instrumentaliser les droits de l'enfant au profit d'autres intérêts que le sien.

Conclusion

Nous avons entamé notre périple en nous posant la question de savoir si l'incapacité juridique était, en droit, encore le moyen le plus adapté pour permettre à l'enfant d'être respecté comme enfant.

Tout au long du parcours, nous avons pu relever que, dans le champ du droit, le mineur a surtout été considéré comme un être différent de l'adulte. La similitude a, ensuite, été prise en considération par la reconnaissance formelle des droits de l'enfant.

L'égalité en droits des enfants et des adultes ne doit toutefois pas gommer les différences mais, au contraire, être la source de leur respect. Dans cette perspective, la présomption d'absence de discernement et l'incapacité qui s'en déduit enferme le mineur dans la différence, notamment par son caractère irréfragable. Le mécanisme ne peut donc pas rendre compte de la tension dialectique que la différence entretient avec la similitude.

L'approche du Code civil et du modèle protectionnel « craque » progressivement, comme en témoignent les nombreuses dérogations à l'incapacité civile instituées par la loi ou reconnues par la jurisprudence. La reconnaissance de la similitude s'impose à travers celles-ci.

C'est pour cette raison qu'il nous a semblé intéressant de s'interroger sur un mécanisme qui serait plus en phase avec cette évolution. Nous avons relevé qu'un système fondé sur la reconnaissance de la capacité de fait ne laisse plus de place aux présomptions irréfragables, qu'il s'agisse de la catégorie que nous

¹⁷⁸ Sur cette question, voy. A. MASSON, « Du tomber en responsabilité à l'advenir responsable », in Fr. DIGNEFFE et Th. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 169 et s.

avons qualifiée « d'adolescents responsables » abordés à partir de leur similitude ou des mineurs plus jeunes qui sont prioritairement appréhendés à partir du respect de leur différence. La nécessité de se référer à la capacité de fait contraint toute autorité et tout intervenant à tenir compte, au cas par cas, de là où en est concrètement le mineur dans son évolution pour lui permettre d'exercer ses droits tout en ne faisant pas fi de ses particularités. Nous sommes d'avis qu'il faut approfondir la réflexion et mettre cette approche à l'épreuve. Ce travail vaut la peine, car il permet une approche plus cohérente des jeunes dans le champ du droit ce qui rejoint leur besoin d'avoir en face d'eux des initiateurs adultes crédibles.

Nous nous permettons d'insister sur ce que nous avons appelé la « méthode de l'intérêt supérieur de l'enfant ». Elle contraint l'initiateur et/ou l'interprète à s'écarter d'une appréciation fondée sur son jugement personnel, son histoire, sa culture, son milieu social... Il faut le dire et le répéter, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas ce qu'ils pensent être bon pour le mineur. L'intérêt supérieur du mineur est de respecter les droits de l'enfant dont l'inventaire le plus complet est sans doute la Convention relative aux droits de l'enfant, et ce dans une approche *child friendly*, c'est-à-dire respectueuse de la tension entre la similitude et la différence.

Favoriser la capacité des enfants ne peut toutefois pas devenir un piège pour ceux-ci. Ils n'ont pas à se voir conférer une capacité et une responsabilité plus grandes que celles qu'ils sont en mesure d'assumer. Reconnaître leur capacité de fait ne peut pas aboutir à reconnaître plus que cela. Pour garantir cette limite, la proclamation formelle de la primauté des droits de l'enfant et de la méthode de l'intérêt supérieur de l'enfant qui l'accompagne est une condition nécessaire mais pas suffisante. Il faut en sus, pour éviter les effets pervers, s'intéresser à l'au-delà des droits, c'est-à-dire à tout ce qui est nécessaire pour assurer leur effectivité. C'est là que se situe le principal enjeu, car un droit sans effectivité n'est pas un droit et une capacité sans droit ne sert à rien.