

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

La place de l'enfant au sein de la procédure de rupture conjugale
de ses parents au regard du droit international et européen
Comparaison entre le droit belge et le droit italien

Mémoire réalisé par
Laurence BAGUETTE

Promoteur
Geoffrey WILLEMS

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée. *

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Mes premiers remerciements vont à mon promoteur Geoffrey Willems pour son accompagnement, sa disponibilité, son expertise et ses conseils avisés qui m'ont permis d'atteindre mes objectifs.

Un ringrazio particolare al Professore Michele Sesta e alla sua assistente, la Dottoressa Diletta Giunchedi, per il tempo che mi hanno dedicato e per tutto ciò che mi hanno insegnato sul diritto italiano.

Je tiens ensuite à remercier ma mère et Éric, mon père et Virginie ainsi que Lucile Cartiaux pour leurs relectures, leurs corrections et conseils judicieux ainsi que pour leur soutien indéfectible. Je remercie également mes frère et sœurs pour leur présence et leurs encouragements.

Merci à Monsieur de Briey sans qui je ne serais pas là où j'en suis aujourd'hui et sans qui je n'aurais pas abordé ce sujet, mais aussi pour son accompagnement tout au long de ma vie et particulièrement dans mes études.

Merci à mes amis d'avoir été là pour me soutenir. Merci à ma famille d'avoir cru en moi. Merci à Clément pour ses encouragements et son humour réconfortant.

Enfin, merci aux Rolling Stones, Guns 'n' Roses, Clash, Dire Straits, Neil Young, David Bowie, Janis Joplin et toute la bande de m'avoir motivée nuit et jour pendant mon travail.

« Elle croyait que ses responsabilités s'arrêtaient aux murs de la salle d'audience.

Mais comment auraient-elles pu s'arrêter là ? »

Ian McEwan, L'intérêt de l'enfant

Table des matières

Introduction	1
Partie 1. La place de l'enfant dans la rupture parentale dans le contexte international et national	5
Chapitre 1. Niveau international : Convention internationale des droits de l'enfant	5
Chapitre 2. Niveau européen	11
Chapitre 3. Niveau national : Garanties constitutionnelles	20
Partie 2. La place de l'enfant au sein de la rupture conjugale de ses parents : droit belge et droit italien sous l'influence du droit international	23
Chapitre 1. Mise en contexte : la rupture du lien conjugal	23
Chapitre 2. Comparution personnelle des parties à la procédure de rupture conjugale	26
Chapitre 3. Déjudiciarisation du litige	29
Chapitre 4. Dossier familial	37
Chapitre 5. Audition de l'enfant.....	39
Chapitre 6. Expertise	51
Chapitre 7. Moyens d'investigation du tribunal de la famille.....	58
Chapitre 8. Avis du Parquet	59
Conclusion	63
Bibliographie	67

Introduction

Pourquoi étudier la place de l'enfant dans la rupture parentale, dans les droits belges et italien et au regard du droit international ? Ce sujet s'impose à nous au regard de deux évolutions. Celle de la place de l'enfant dans nos sociétés, de la prise en compte de ses intérêts et de sa capacité d'avis, évolution récente reflétée par le droit de la famille et par d'autres pans du droit d'une part, et d'autre part celle de la mondialisation croissante incarnée par la multiplication des échanges internationaux, y compris matrimoniaux, qui motive notre intérêt pour le droit comparé.

À l'époque actuelle, beaucoup de mariages se soldent par un divorce. En Belgique¹ comme en Italie², plus de la moitié des couples mariés finissent par divorcer³ sans compter les couples en cohabitation légale ou les couples de fait. On assiste à une augmentation des procédures en justice pour organiser la séparation, tant au niveau patrimonial qu'au niveau personnel ainsi que pour définir le régime des enfants du couple qui se sépare. Lors de cette procédure, il est désormais convenu de réserver à l'enfant place centrale. Cependant, cette considération n'a pas toujours été de soi. La place de l'enfant n'a pas toujours été garantie et protégée comme elle l'est aujourd'hui : au cours du temps, elle a évolué parallèlement au statut de l'enfant dans la société.

L'enfant était initialement envisagé comme un adulte en devenir. Dans l'Antiquité, il devait être pris en compte et éduqué par la société dont il serait un jour le citoyen, et uniquement dans cet objectif. Platon envisageait même une éducation où les enfants étaient élevés en commun, au service de l'État, hors de toute vision de la famille.⁴ Plus tard, la famille a pris de l'importance : au Moyen-Âge chrétien, le modèle prédominant était celui de la Sainte Famille. Augustin d'Hippone et Thomas d'Aquin envisageait les enfants comme l'objectif premier du mariage. La famille était alors vue comme une cellule sociale dans laquelle la morale et le bien-vivre étaient prônés. Ce n'est qu'après la Renaissance, où l'on assiste à la naissance de la subjectivité et de l'individualisme, que l'enfant commence à être pris en compte comme

¹ Statistiques disponibles sur <https://statbel.fgov.be> (page consultée le 31 juillet 2018)

² Statistiques disponibles sur <https://www.istat.it> (page consultée le 31 juillet 2018)

³ F. COULONVAL, " Ce n'est pas parce que papa et maman divorcent que je dois divorcer " - *Analyse et bilan de la méthode du consensus dinantais. Faculté de droit et de criminologie*, Université catholique de Louvain, 2016. Prom. : Dandoy, Nathalie, p.10

⁴ J. FIERENS, « Photo de famille. L'image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge », *J.D.J* n°278, 2008, p.23

individu en tant que tel et non comme adulte en puissance. Il est considéré comme étant digne de respect, « *enfant-cristal* », doté d'une valeur personnelle.⁵ Lors de la période des Lumières, selon les contractualistes Locke et Rousseau, l'enfant est vu comme une personne, un individu bon par nature dont il faut prendre soin jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge adulte et ce au sein de la famille qui est elle-même le fruit d'un accord, d'un contrat. Il est alors perçu comme « *enfant logos* », doué de parole, qui existe et qui parle.⁶ On note néanmoins qu'à cette époque, l'enfant est toujours envisagé comme membre d'une famille, voire même en tant que force de travail rapportant un salaire. Le respect dévolu à l'enfant devient alors une valeur dont il faut faire un comportement obligatoire, pour protéger l' « *enfant comète* », digne d'être sujet de droit.⁷

Le droit s'intéresse à l'enfant à partir de 1913, avec la constitution de l'Association de protection de l'enfance.⁸ Il faut attendre 1989 pour que l'enfant se voie attribuer une reconnaissance au niveau juridique international et devienne objet de droit.⁹ L'évolution de la place de l'enfant dans la société lui a permis d'avoir aujourd'hui une place dans le droit, d'être un réel détenteur de droits propres. L'enfant est désormais intégré dans le cadre du procès civil. Cette intégration est liée à l'évolution de la société et à la reconnaissance croissante de l'enfant depuis environ trente ans.¹⁰

L'objectif de ce travail consistera à établir quelle est la place de l'enfant dans la procédure de séparation conjugale de ses parents ; nous nous interrogerons également sur la façon dont les ordres nationaux belge et italien ont établi cette place, en fonction de ce qui leur était imposé par le droit international et le droit européen. Nous allons, pour ce faire, analyser dans un premier temps les droits de l'enfant conférés par le droit international, européen et national. Il s'agira ici de proposer non seulement un catalogue des droits émis en amont d'un litige, au niveau international par la Convention des droits de l'enfant, au niveau européen par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et au niveau national par les droits constitutionnels, mais aussi d'examiner le contrôle mis en place pour vérifier

⁵ J. FIERENS, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages » in *Le droit de l'enfant au respect*, Limal, Anthemis, 2013, p.29

⁶ *Ibid.*, p.27

⁷ *Ibid.*, p.31

⁸ *Ibid.*

⁹ A.-C. RASSON, « IV - L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? » in *Human Rights as a Basis for reevaluating and reconstructing the law*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p.336

¹⁰ C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil » in *J.D.T.*, Larcier, 2009, p.485

l'application de ces droits, notamment le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'un contentieux se présente devant elle.

Après avoir étudié ces différents droits et leur applicabilité dans les ordres nationaux belge et italien, nous analyserons comment ces ordres nationaux ont procédé pour inclure ces droits dans la procédure en séparation conjugale d'un couple qui a des enfants et comment ces enfants se frayent une place dans cette procédure. Pour ce faire, nous analyserons les différents points de la procédure qui se réfèrent à l'enfant et dans lesquels le législateur a jugé nécessaire d'intervenir pour intégrer davantage l'enfant et lui offrir une place décisive, mais aussi une certaine protection pour éviter les dérives de cette position importante. Tout au long de cette analyse, nous comparerons la façon dont l'Italie et la Belgique ont inclus l'enfant dans la procédure et sur la manière dont les droits de l'enfant ont été incorporés dans les ordres internes. Enfin, nous tâcherons de dégager de cette analyse et de cette comparaison quelques pistes de réflexion.

Partie 1. La place de l'enfant dans la rupture parentale dans le contexte international et national

D'après Anne-Catherine Rasson, la protection des droits de l'enfant est étroitement liée à la conception de celui-ci dans la société.¹¹ Pendant longtemps, l'enfant n'était pas considéré comme un individu à part entière, susceptible d'avoir des droits propres. Petit à petit, l'enfant a pris une place plus importante dans la société et a été reconnu comme tel. Ce n'est qu'à partir de l'époque des Lumières qu'il se voit attribuer un statut de sujet de droit ; il va alors être envisagé comme une partie faible à protéger.¹² Selon Cécile De Boe, il y a eu une réelle évolution de la place de l'enfant au sein de la société ainsi que dans la famille lors de ces dernières décennies.¹³

Aujourd'hui, l'enfant est de plus en plus reconnu comme acteur et non plus simple sujet.¹⁴ L'enfant est donc davantage considéré pour ce qu'il est et non plus comme un adulte en devenir ; cela se traduit par une reconnaissance dans des textes internationaux qui visent à le protéger. Ces dernières années, de nombreux outils internationaux ont vu le jour avec comme objectif la reconnaissance et la garantie des droits de l'enfant.¹⁵ Cette reconnaissance internationale est accompagnée d'une reconnaissance au niveau national, en passant par le niveau européen.

Chapitre 1. Niveau international : Convention internationale des droits de l'enfant

Section 1. La Convention internationale des droits de l'enfant

L'assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention internationale des droits de l'enfant (ci-après « CIDE ») à New-York, en 1989. Depuis lors, la protection internationale des droits de l'enfant repose principalement sur cette convention. Il existe d'autres instruments de protection internationale des droits de l'enfant mais ceux-ci n'ont pas

¹¹ A.-C. RASSON, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'enfant : une utopie ? » in *Rev.trim.dr.h.*, 2016/106, p.482

¹² J.-L. RENCHON, « Les droits de l'enfant dans le conflit parental » in *Enfants, sujets de droits : rêve ou réalité ?*, ed. du Jeune barreau de Liège, Liège, 1995 p.154

¹³ C. DE BOE, *op.cit.*, p.485

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

l'étendue ni l'efficacité de la CIDE. On songe par exemple à la Convention de Genève des droits de l'enfant de 1924¹⁶, l'un des premiers instruments sur les droits de l'enfant, mise en place par la Société des Nations.¹⁷ Il y a ensuite eu la Déclaration universelle des droits de l'enfant, adoptée par les Nations Unies en 1959. On constate déjà, entre ces deux instruments, une avancée significative de la perception de de l'enfant dans la société et donc de sa reconnaissance et des garanties de ses droits. Malheureusement, ni la Convention de Genève, ni la Déclaration universelle des droits de l'enfant n'étaient contraignante. C'est pourquoi, en 1989, les États membres des Nations Unies décidèrent de créer un instrument contraignant. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant voit le jour et devient obligatoire pour les États signataires. Elle est aujourd'hui ratifiée par 159 États et est donc « *quasi-universelle* »¹⁸. Elle contient des droits fondamentaux généraux mais également des droits économiques, politiques et civils.

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant a été complétée par trois protocoles dont le troisième nous intéresse particulièrement. En effet, le but de cette convention contraignante étant d'être respectée ; il faut donc promouvoir une protection juridictionnelle. C'est ce qu'instaure le troisième protocole¹⁹, il a été créé dans le but d'établir une procédure de plainte individuelle en cas de violation des droits protégés par la convention.²⁰

Section 2. Comité des droits de l'enfant

Suite à l'établissement de la Convention internationale des droits de l'enfant, un comité a été mis en place pour veiller à sa bonne application. Le Comité des droits de l'enfant est composé de dix-huit experts indépendants qui se réunissent pour contrôler les rapports rendus par les États parties à la Convention internationale des droits de l'enfant. Tous les États parties doivent soumettre des rapports au Comité sur la façon dont les droits imposés par la Convention sont transposés en droit interne. Le Comité adresse ensuite des recommandations aux États. Il rend également des observations qui ont pour but d'interpréter les différents articles de la

¹⁶ Société des Nations, « Déclaration des droits de l'enfant », *Journal officiel*, suppl. spécial, n°21, 1924, p.43 ; A.-C. RASSON, *op.cit.*, p.485

¹⁷ A.-C. RASSON, *op.cit.*, p.482

¹⁸ *Ibid.*, p.485

¹⁹ Protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communication, 19 décembre 2009, A/HR/WG.7/1/CRP.2.

²⁰ A.-C. RASSON, *op.cit.*, p.483

Convention.²¹ Il s'agit donc d'une instance qui vérifie la correcte application des droits de l'enfant garantis par la Convention.

Section 3. Les droits reconnus par la Convention internationale des droits de l'enfant pertinents dans la procédure en séparation conjugale des parents

a) Non-discrimination

L'article 2 de la CIDE énonce un principe de non-discrimination entre les enfants. Les États parties doivent veiller à ce que ce principe soit mis en œuvre et respecté dans leur ordre juridique national et doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter que les enfants soient victimes de discrimination. L'article 2 peut être mis en contexte avec l'article 12 qui instaure un droit pour l'enfant à exprimer son opinion : chaque enfant doit avoir le droit d'exprimer son opinion et que cette opinion soit prise en compte sans discrimination de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinions politiques ou autres, d'origine nationale, ethnique ou sociale, de situation de fortune, de handicap, de naissance ou tout autre statut.²² D'après le Comité des droits de l'enfant, les États doivent être particulièrement attentifs au droit des filles d'être entendues et d'exprimer leur opinion car dans certains pays, le droit des filles à exprimer leur opinion prescrit à l'article 12 est compromis par des stéréotypes sexistes et une vision patriarcale de la famille.²³ Dans certains pays, les filles sont particulièrement susceptibles d'être victimes de discrimination liée au sexe.

b) Intérêt supérieur de l'enfant

L'article 3 de la CIDE prévoit dans son premier point qu'il faut prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants, quel que soit l'instance ou l'organe compétent. L'article poursuit avec un deuxième point qui instaure une garantie, obligation imposées aux États parties à la Convention de protéger l'enfant dans toute une série de situations. Enfin, le troisième point prévoit que les États parties veillent à ce que les institutions et services en charge d'enfants

²¹ Nations Unies, <https://www.ohchr.org> (page consultée le 4 juillet 2018)

²² Com. Droits de l'enfant, *Observation générale n°12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12, p.16

²³ *Ibid.*, p.17

respectent certaines normes mises en places par des autorités compétentes et instaurent un contrôle approprié. Bien qu'il n'existe pas de définition officielle, ni de réel consensus autour de son contenu, l'intérêt supérieur de l'enfant peut être compris comme la prise en compte de l'enfant et de son point de vue dans les décisions qui le concernent.²⁴ Le Comité des droits de l'enfant envisage l'intérêt supérieur de l'enfant comme une notion très large, qui doit donc être interprétée comme telle.²⁵

L'intérêt supérieur de l'enfant, cité au point 1 de l'article 3, teinte toute la Convention. Il émane de plusieurs dispositions, notamment l'article 9 lorsqu'il s'agit de séparer l'enfant de ses parents contre son gré ; l'enfant a le droit d'être en relation avec ses parents et il a le droit de maintenir des relations personnelles avec ses parents s'il ne vit pas avec eux, sauf si cela est contraire à son intérêt supérieur.²⁶ Ensuite, l'intérêt supérieur doit guider les États parties qui doivent s'assurer du bon développement de l'enfant et de la responsabilité des parents d'élever correctement leurs enfants.²⁷ L'article 21 prévoit que les parties doivent s'assurer de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'elles admettent et autorisent l'adoption.²⁸ L'intérêt supérieur est aussi pris en compte lorsque l'État prive un enfant de liberté et qu'il est séparé des adultes, selon l'article 37.²⁹ Enfin, l'article 40 prévoit que lorsqu'un enfant est suspecté ou accusé d'infraction pénale, les États parties à la Convention doivent veiller à ce que la cause soit entendue dans une procédure impartiale et avec un conseil juridique, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.³⁰

On peut mettre l'article 3 de la CIDE en contexte avec son article 12 : lorsque l'enfant est entendu dans une procédure qui le concerne, plusieurs paramètres sont à prendre en compte dont son intérêt supérieur. De façon générale, à chaque fois qu'il y a consultation d'un enfant, il faut que le juge ou les autorités qui procèdent à cette audition se demandent si cette mesure est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le prescrit de l'article 3 se présente donc sous forme individuelle dans ce cas-ci. Selon le Comité des droits de l'enfant, les articles 3 et 12 ne sont pas contradictoires, ils énoncent des principes complémentaires ; l'article 3 fixe un objectif

²⁴ M. MALLIEN, « Section II. - Le concept « intérêt de l'enfant » » in *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 114-123

²⁵ C. LAVALLEE, « Chapitre 2 - Le statut de l'enfant en droit international » in *La protection internationale des droits de l'enfant*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p.51

²⁶ Article 9.1 et 9.3 CIDE

²⁷ Article 18.1 CIDE

²⁸ Article 21 CIDE

²⁹ Article 37 c) CIDE

³⁰ Article 40.2, iii) CIDE

particulier et l'article 12 est une méthode pour l'atteindre. L'article 3 est également vu comme une condition à remplir pour pouvoir exécuter la modalité prévue à l'article 12.³¹

c) Droit de vivre avec ses parents

L'article 9 de la CIDE traite de l'obligation des États parties de veiller à ce qu'un enfant ne soit pas séparé d'un ou de ses parents contre son gré, sauf si cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant.³² Le point 2 de l'article 9 de la CIDE dispose que « *toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues* ». L'enfant peut donc être invité à être entendu. La rupture conjugale est la première cause de séparation possible entre un enfant et un de ses parents. Cet article a donc toute son importance lorsqu'il s'agit de prendre des décisions sur les modalités d'hébergement.

d) Droit d'exprimer son opinion

L'article 12 de la CIDE dispose que « *les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ». Le point 2 de l'article continue sur cette lancée, en prévoyant qu'« *à cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toutes procédures judiciaires l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisme appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation internationale* ».

On peut déduire de la phrase « *eu égard à son âge et à son degré de maturité* »³³ que l'enfant doit être entendu s'il est capable de discernement. Il se verra alors reconnaître un droit à l'audition lorsqu'il est concerné par la procédure.³⁴ La notion de discernement n'est cependant pas clairement définie. Il s'agit ici pour les États d'évaluer eux-mêmes la capacité des enfants à donner leur opinion de manière autonome.³⁵ La convention n'établit pas d'âge précis et ne

³¹ Com. Droits de l'enfant, *Observation générale n°12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12, p.16

³² Article 9.1 CIDE

³³ Article 12 alinéa 1 CIDE

³⁴ C. DE BOE, *op.cit.*, p.494

³⁵ Com. Droits de l'enfant, *Observation générale n°12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12, p.7

donne pas de définition de maturité. On peut en déduire que le juge doit faire une appréciation générale de « *son histoire, de son développement, de sa capacité à appréhender les événements qui le touchent, de la nature et la gravité de la question posée* »³⁶.

L'article 12 précise également que l'enfant a le droit d'exprimer librement son opinion. D'après le Comité des droits de l'enfant, l'expression « *sur les questions qui l'intéressent* », signifie que c'est un droit que l'enfant peut choisir d'exercer ou non.³⁷ Les questions, les explications, les conditions qui sont fournies à l'enfant doivent être adaptées. L'opinion de l'enfant sera prise en considération en fonction de son âge et de son degré de maturité. Le poids donné à la parole dépendra donc de l'enfant entendu et de sa capacité à comprendre et évaluer ce qu'on lui demande et la situation qui l'entoure.³⁸

La jurisprudence a souvent considéré que cet article était d'application directe³⁹ ; de nombreuses décisions ont d'ailleurs été prises en fonction de cette considération⁴⁰ et certains juges se sont basés sur l'article 12 de la CIDE pour reconnaître un droit à l'audition à l'enfant concerné par la procédure.⁴¹

On peut considérer que l'article 9 de la CIDE est une « *application particulière* »⁴² de l'article 12 qui prévoit le droit pour l'enfant de donner son opinion et d'être entendu dans les décisions qui le concernent. L'article 9 ne vise que les procédures dans lesquelles une séparation de l'enfant de l'un ou des deux parents est envisagée.⁴³ Il n'y a donc pas ici de répétition entre les deux dispositions car l'article 9 permet à tout enfant de bénéficier d'une audition directe (par le juge lui-même, sans représentant), mais cela dans le cadre d'une procédure bien particulière qui peut requérir une telle audition. Il n'est pas question, dans l'article 9, de discernement, d'âge ou de maturité de l'enfant. Est-ce que cela signifie qu'il s'applique donc à tous les enfants ? Selon Gilberte Closset-Marchal, on peut conclure que même si un tel discernement n'est pas expressément requis par la disposition, la limite de discernement imposé

³⁶ F. DRUANT et K. JOLITON, « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ? », *J.D.J.*, 2002, p.34

³⁷ Com. Droits de l'enfant, *Observation générale n°12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12, p.16

³⁸ *Ibid.*

³⁹ F. DRUANT et K. JOLITON, *op.cit.*, p.34

⁴⁰ Cour d'appel de Liège, 17/12/2002, *J.L.M.B.*, 2003/36, p. 1577

⁴¹ C. DE BOE, *op.cit.*, p.494

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

par l'article 12 trouve à s'appliquer dans ce cas-ci également.⁴⁴ Il paraît logique de n'interroger que les enfants qui sont aptes à comprendre la situation dans laquelle ils se trouvent et à émettre une opinion susceptible d'éclairer le juge ou l'interlocuteur de l'enfant.

e) Autorité parentale conjointe

L'article 18 de la CIDE prévoit que les États doivent assurer au mieux la reconnaissance du principe de responsabilité commune des deux parents dans l'éducation et le développement de l'enfant. Les parents, ou les représentants légaux de l'enfant, doivent être guidés par l'intérêt supérieur de celui-ci.

Chapitre 2. Niveau européen

Section 1. Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants

Sous-section 1. Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants

La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants a été adoptée à Strasbourg en 1996 et est entrée en vigueur en 2000. Il s'agit d'une convention qui énumère des droits procéduraux. Selon son préambule, elle a pour but de « *faciliter l'exercice des droits matériels des enfants en renforçant et en créant des droits procéduraux qui peuvent être mis en œuvre par les enfants eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes* »⁴⁵. Il s'agit en effet de prendre en considération les droits de l'enfant, énoncés notamment par la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant, pour émettre dans cette convention la possibilité de les mettre en œuvre. La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants a été ratifiée par un certain nombre d'États membres du Conseil de l'Europe.⁴⁶ L'Italie l'a ratifiée le 4 juillet 2003 et elle y est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2003. La Belgique, en revanche, ne l'a pas encore ratifiée.

⁴⁴ 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'U.C.L., Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p.134 ; C. DE BOE, *op.cit.*, p. 494

⁴⁵ Préambule de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant ; Conseil de l'Europe, rapport explicatif sur la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant ; A.-C. RASSON, *op.cit.*, p.486

⁴⁶ Conseil de l'Europe, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/160/signatures>, page consultée le 4 juillet 2018

Sous-section 2. Droits reconnus par la Convention sur l'exercice des droits des enfants pertinents dans la procédure en séparation conjugale des parents

L'article 3 de la Convention énonce un droit pour l'enfant d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures. L'article 6 énonce une prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le processus décisionnel, impliquant une transmission des informations importantes à l'enfant et une consultation de l'enfant dans les cas appropriés qui lui permette d'exprimer son opinion. La Convention de Strasbourg de 1996 n'apporte ici aucune plus-value par rapport à la Convention internationale de 1989. En revanche, la Convention de Strasbourg énonce une série de garanties et de droits procéduraux intéressants. Dans son article 8, elle permet une possibilité d'autosaisine, une obligation pour les autorités d'agir promptement et la possibilité de désignation d'un représentant légal pour l'enfant. La Convention de Strasbourg prévoit également que les autorités priorisent et encouragent la mise en œuvre de la médiation ou de toute autre méthode de résolution des conflits. Malheureusement, cette Convention ne connaît pas un grand succès et son impact est limité, probablement à cause de l'absence de contrôle juridictionnel qui viendrait sanctionner sa violation.⁴⁷

Section 2. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Sous-section 1. La Cour européenne des droits de l'homme et le droit de la famille

La Cour européenne des droits de l'homme est compétente pour connaître des requêtes individuelles, que celles-ci soient introduites par des adultes ou par des enfants.⁴⁸ Malheureusement, les mineurs introduisent rarement des demandes par eux-mêmes, ils sont donc souvent dépendants de leurs parents ou tuteurs. Cependant, ce n'est pas parce que les enfants introduisent rarement eux-mêmes la demande que la Cour ne s'en préoccupe pas.⁴⁹

Selon Anne-Catherine Rassin, la Cour européenne des droits de l'homme a parmi ses objectifs de faire respecter et d'améliorer les droits de l'enfant sur le territoire du Conseil de

⁴⁷ A.-C. RASSON, *op.cit.*, p.486

⁴⁸ *Ibid.*, p.493

⁴⁹ G.THUAN, « Les droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'homme », disponible sur www.village-justice.com/articles/droits-enfant-Convention,7096.html (page consultée le 1^{er} juillet 2018)

l'Europe.⁵⁰ La Cour se préoccupe particulièrement des droits de l'enfant, prenant en compte sa vulnérabilité, « à travers la primauté qu'elle accorde à l'intérêt de l'enfant ».⁵¹ En effet, en appuyant sa jurisprudence sur les dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, notamment à travers l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par son article 3, la Cour confère à cette convention une portée qui dépasse le seuil interprétatif.⁵²

La Cour protège la vie privée et familiale par application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'interprétation de la Convention par la Cour est « *particulièrement dynamique et constructive* »⁵³, c'est pourquoi le champ d'application du droit au respect de la vie familiale répond à une logique d'extension constante depuis plusieurs années. Ce phénomène est lié au fait que la notion de famille elle-même évolue sans cesse et inclut aujourd'hui bien plus que les seules relations entre un couple de parents et leurs enfants. La Cour vérifie si les autorités nationales ont jugé les affaires qui se présentent en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme selon quatre critères : la proportionnalité (balance entre le droit invoqué par l'individu et l'objectif défendu par l'État lorsqu'il limite ce droit), la subsidiarité (question de légitimité du contrôle de la Cour), le choix porté sur la nature du contrôle (la Cour fait davantage un contrôle casuistique qu'abstrait) et le choix porté quant à la nature du contrôle (elle contrôle le fond principalement, la procédure accessoirement).⁵⁴

On remarque malgré tout que la Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle vigilant sur les garanties procédurales des parents comme des enfants. Au fil des arrêts qu'elle a prononcés, la Cour a déduit de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme certaines garanties procédurales à respecter.⁵⁵ La Cour considère en effet que le droit au respect de la vie familiale comprend le fait pour les parents d'être associés aux procédures concernant la famille et de participer aux décisions.⁵⁶ Les parents ont également le droit que leur procès soit traité dans un délai raisonnable.⁵⁷ La Cour se positionne également sur le sujet

⁵⁰ A.-C. RASSON, *op.cit.*, p.493

⁵¹ *Ibid.*, p.494

⁵² *Ibid.*, p.493

⁵³ G., WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Annales de Droit de Louvain*, 2016/76, p.4

⁵⁴ *Ibid.*, pp.10-12

⁵⁵ G.THUAN, « Les droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'homme », disponible sur www.village-justice.com/articles/droits-enfant-Convention,7096.html (page consultée le 1^{er} juillet 2018)

⁵⁶ Cour eur. D.H. arrêt McMichael c. Royaume-Uni du 24 février 1995, www.hudoc.echr.coe.int (8 juillet 2018)

⁵⁷ Cour eur. D.H. arrêt Plasse-Bauer c. France du 28 mai 2006, www.hudoc.echr.coe.int (8 juillet 2018) et Cour eur. D.H. arrêt Plaza c. Pologne du 25 janvier 2011, www.hudoc.echr.coe.int (29 juin 2018)

de la parole de l'enfant, même si la question de celle-ci n'est pas expressément traitée dans la Convention ; son approche reste cependant faite au cas par cas.⁵⁸

Sous-section 2. Arrêts de la CEDH

La Cour européenne des droits de l'homme porte habituellement son contrôle sur le fond mais s'est positionnée, dans quelques arrêts, sur la procédure et sur certaines garanties procédurales.

§1. Principe non absolu de l'audition de l'enfant

a) Arrêt Plaza c. Pologne⁵⁹

Le demandeur, M. Plaza, a épousé E.K. et de leur union est née une fille, K., en 1990. Le couple se sépare peu après. En 1992, la garde de l'enfant est accordée aux deux parents, mais son hébergement est accordé à la mère. Entre 1992 et 1997, la procédure continue et le couple arrive à un accord au sujet de la garde. Suite à cela, des manquements au respect de l'accord établi ont lieu de la part des deux parents. Plusieurs procédures sont lancées, l'une pour faire respecter les droits contenus dans l'accord, une autre concernant l'étendue des droits de garde et de visite, une troisième concernant la remise en cause de la paternité de M. Plaza et une dernière relative à la plainte du requérant concernant la violation de son droit à un procès dans un délai raisonnable. Lors des différentes procédures, K. a été entendue par le juge mais aussi par des experts dans le cadre d'un jugement. Les tribunaux ont tenté de concilier les parties et ont recouru à des expertises. Au fur et à mesure des procédures, K. grandit et est considérée comme de plus en plus apte à donner son opinion.

La Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit au respect de la vie familiale consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme doit rechercher l'équilibre entre les intérêts des individus et ceux de la communauté. Dans les cas où les enfants sont concernés, l'intérêt de l'enfant est d'une importance capitale ; il doit être considéré de façon primordiale et peut prévaloir sur l'intérêt des parents. En ce sens, il convient

⁵⁸ G.THUAN, « Les droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'homme », disponible sur www.village-justice.com/articles/droits-enfant-Convention,7096.html (page consultée le 1^{er} juillet 2018)

⁵⁹ Cour eur. D.H. arrêt Plaza c. Pologne du 25 janvier 2011, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

aux tribunaux d'évaluer si, dans une affaire de garde, le contact avec les deux parents doit être maintenu ou non. Les tribunaux doivent cependant tenir compte de l'opinion des enfants, de façon croissante en fonction de leur âge et de leur discernement. Ces opinions doivent donc être prises en compte tout en gardant à l'esprit le droit, pour les enfants, au respect de leur vie privée. Le rôle de la Cour est ici non pas de décider à la place des autorités nationales mais de vérifier l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

Habituellement, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est interprété de façon à inclure le droit pour un parent de maintenir une relation avec son enfant. Ce droit n'est malgré tout pas absolu, il s'agit encore une fois de faire une balance entre les intérêts des parties en cause. La Cour va donc analyser si les autorités nationales ont pris les mesures nécessaires pour faciliter les contacts, « *comme cela peut être raisonnablement exigé dans les circonstances particulières de chaque affaire* »⁶⁰. Dans le cas d'espèce, les autorités avaient l'obligation d'assurer le respect de l'accord conclu entre M. Plaza et son ex-épouse. Ce qui a posé problème pour l'application de l'accord par les autorités, c'est la mésentente entre les deux parents. Des experts ont été requis pour déterminer quel était le meilleur intérêt de l'enfant. La Cour a considéré qu'en l'espèce, les autorités nationales n'avaient pas outrepassé leur marge de manœuvre et qu'il n'y avait donc pas de violation de l'article 8 de la Convention.

b) Arrêt Sahin c. Allemagne⁶¹

Le requérant est M. Sahin, père de G. née hors mariage. Quelques années après la naissance de G., le couple se sépare, mais le requérant continue de s'occuper régulièrement de sa fille et à lui rendre visite. Du jour au lendemain, la mère interdit tout contact entre l'enfant et son père. La demande du père devant le tribunal de district fut rejetée sous prétexte que la mère pouvait prendre une telle décision puisqu'elle exerçait le droit de garde. Aucune audition de l'enfant n'avait été faite à aucun niveau. Devant la Cour d'appel, une expertise avait été demandée, mais aucune audition de l'enfant à propos du droit de visite en lui-même n'a été réalisée. Le tribunal avait décidé qu'il n'était pas obligé d'écouter l'enfant si cette audition pouvait s'avérer éprouvante au niveau psychologique pour celui-ci. Le requérant a essayé de porter l'affaire devant la Cour Constitutionnelle, mais celle-ci refusa d'examiner le recours.

⁶⁰ Traduction libre de Cour eur. D.H. arrêt Plaza c. Pologne du 25 janvier 2011, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

⁶¹ Cour eur. D.H. arrêt Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle, dans l'arrêt rendu, les dispositions de la CIDE applicables en Allemagne, notamment l'article 9 selon lequel l'enfant a le droit de garder des relations personnelles et des contacts directs avec ses parents si cela est dans son intérêt. La Cour rappelle qu'elle est là non pas pour se substituer aux autorités nationales, mais bien pour évaluer la mise en œuvre de la marge de manœuvre laissée aux autorités nationales. Elle a donc examiné si un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant et celui des parents a été respecté. Dans ce cas-ci, il avait été jugé par les juridictions nationales qu'il était inutile d'accorder un droit de visite au père tant que les tensions entre les parents n'étaient pas apaisées. Une thérapie familiale avait été envisagée, sans succès. La Cour a jugé dans ce cas précis qu'elle ne pouvait pas apprécier de façon satisfaisante si le processus décisionnel avait assuré la correcte prise en compte des intérêts du requérant. En ce qui concerne l'audition de l'enfant, la Cour estime que « *ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus d'entendre un enfant en audience lorsqu'est en jeu le droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde* ». Dans le cas d'espèce, la psychologue appelée dans le cadre d'une expertise n'avait pas jugé l'audition de l'enfant utile au vu des circonstances. La Cour considère que les juridictions nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en n'interrogeant pas l'enfant lors des différentes procédures.

c) Enseignements

La Cour européenne des droits de l'homme se positionne sur le fait d'entendre l'enfant. En effet, selon la jurisprudence européenne, lorsque l'enfant est doté de discernement et que son audition est un élément utile pour permettre au juge de prendre une décision réfléchie, en se positionnant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, cette audition doit être prise en compte et peut donc avoir un poids important dans le processus décisionnel. Lorsque l'enfant est doté de discernement, qu'il émet une opinion qui paraît personnelle et que cette opinion ne va pas à l'encontre de son intérêt supérieur, il n'y a pas de raison que le juge s'en écarte.⁶² En revanche, le Cour a jugé que selon les circonstances de l'espèce, il n'est pas toujours obligatoire pour les tribunaux nationaux d'entendre l'enfant dans chaque affaire qui le concerne. Il serait trop contraignant d'imposer une audition systématique de l'enfant ; celle-ci doit être envisagée au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce.

⁶² Cour eur. D.H. arrêt Plaza c. Pologne du 25 janvier 2011, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

§2. L'audition de l'enfant peut être écartée

a) Arrêt Sophia Gudrun Hansen c. Turquie

La requérante est mariée et a deux filles, V.A. née en 1981 et A.A. née en 1982. La famille vit en Islande, mais le père est un citoyen turc qui acquiert la nationalité islandaise trois ans plus tard, lors du mariage avec la requérante. En 1990, le père part en Turquie avec les deux filles et annonce à la requérante qu'il gardera les enfants. Des procédures sont entamées devant les juridictions islandaises et turques. Lors d'une audience devant le tribunal turc, les enfants ont déclaré vouloir rester chez leur père ; le juge a donc décidé de suivre cette opinion et d'accorder la garde au père.

La Cour considère que l'article 8 de la Convention implique le droit, pour les parents, d'obtenir des mesures leur permettant d'être réunis avec leurs enfants et qu'il y a une obligation de la part des États de garantir ces mesures. Cependant, cette obligation n'est pas absolue : les circonstances particulières du cas peuvent lever cette obligation. La Cour explique que, dans le cas d'espèce, les enfants ont subi des pressions, notamment car l'affaire a attiré les médias et le public. Néanmoins, les autorités n'ont pas pris de mesures pour permettre à la requérante d'avoir accès à ses enfants pendant la procédure. Il n'y a pas non plus eu de demande de recours à des services sociaux ou à des psychologues pour favoriser cet accès. La Cour juge ici que les enfants n'ont pas eu l'occasion de développer une relation avec leur mère, hors de toute pression.

b) Enseignements

Le juge national peut décréter que l'audition n'est pas utile, soit parce que l'enfant n'est pas doté de discernement, soit parce qu'il apparaît que l'enfant n'exprime pas son propre avis. Il s'agit ici pour la Cour de se positionner sur l'écartement de l'audition de l'enfant lorsque les conditions de cette audition ne sont pas satisfaisantes.⁶³ Lorsque l'enfant entendu est soumis à des pressions ou des manipulations de la part d'un des parents ou de l'extérieur, le juge peut décider de ne pas prendre en compte cette opinion. Lorsque l'enfant paraît manipulé par un de

⁶³ G.THUAN, « Les droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'homme », disponible sur www.village-justice.com/articles/droits-enfant-Convention,7096.html (page consultée le 1^{er} juillet 2018)

ses parents ou par la personne qui en a la garde, le juge peut soit écarter l'audition car celle-ci ne lui sera pas utile, soit choisir d'entendre l'enfant, mais de donner un moindre poids aux dires de celui-ci (*cf. infra*, arrêt C. contre Finlande).

§3. Le poids à donner à l'audition de l'enfant

a) Arrêt Hokkanen c. Finlande⁶⁴

Le requérant dans cette affaire est M. Hokkanen, père de S., née en 1983. M. Hokkanen était marié. Quelques années plus tard, la mère de l'enfant décède et l'enfant est prise en charge par ses grands-parents maternels. Cette solution est envisagée à la base comme arrangement provisoire mais les grands-parents décident de garder l'enfant. Le père va donc devant la préfecture pour demander la restitution de la garde, ce à quoi il lui est répondu que le requérant a consenti à l'arrangement accordant la garde aux grands-parents. Le tribunal d'arrondissement autorise la garde des grands-parents et accorde un droit de visite au père, qui n'est pas respecté par les grands-parents malgré une menace d'amende. La Cour d'appel déboute les grands-parents et la préfecture leur ordonne de rendre l'enfant sous peine d'amende. Le père a également demandé à plusieurs reprises à la police qu'on lui restitue sa fille et a déposé une plainte auprès du Chancelier de la Justice. En conclusion, les grands-parents ont donc la garde de l'enfant et le père a un droit de visite, droit auquel les grands-parents font obstacle.

Comme dans les autres arrêts concernant l'article 8 de la Convention, la Cour rappelle qu'il faut mettre en balance les intérêts des membres de la famille avec ceux de la société et qu'elle n'est pas là pour se substituer aux autorités nationales, mais pour évaluer la bonne mise en œuvre de la marge de manœuvre laissée à celles-ci. Elle rappelle que l'article 8 de la Convention implique d'une part le droit d'un parent d'être réuni avec son enfant si cela est dans son intérêt et d'autre part l'obligation pour les États de prendre des mesures pour garantir ce droit. Cependant cette obligation n'est pas absolue, et peut être adaptée au cas d'espèce. Au vu des circonstances de ce cas-ci, la Cour considéra qu'il y avait des motifs suffisants pour ne pas appliquer le droit de garde du père.

⁶⁴ Cour eur. D.H. arrêt Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

En ce qui concerne l'avis de l'enfant, la Cour d'appel avait jugé que l'enfant était « *devenue suffisamment mûre pour que l'on tint compte de son avis et qu'il ne fallait dès lors pas autoriser de visites contre son gré* ». La Cour européenne des droits de l'homme valide cette position.

b) Arrêt C. c. Finlande⁶⁵

La Cour Européenne des droits de l'homme a jugé, le 9 août 2006, une affaire entre le père de deux enfant, M. C. et l'État de Finlande. Il s'agit d'un homme marié avec M^{me} B. et de cette union sont nés deux enfants (T. né en 1987 et A. née en 1989). En 1993, le couple alors localisé en Suisse se sépare et B. (de nationalité finlandaise) retourne en Finlande avec les deux enfants, où elle réside avec L., sa nouvelle compagne. La garde des enfants est accordée à B., C. ayant donc un droit de visite. B. décède en 1999 et la garde des enfants est alors remise en question. En décembre 1999, la District Court attribue la garde à C. Le tribunal s'est interrogé sur la parole de T. dont l'attitude envers son père semblait avoir changé. Contrairement aux mois précédents, T. ne voulait plus avoir de contact avec son père, sans objectiver ses raisons. L. introduit ensuite un appel et en 2001, la Cour d'Appel conclut que C. et L. sont tous deux aptes à la garde des enfants et considère que le point de vue de A. et T. devait être pris en compte, compte tenu de leur âge, mais que ceux-ci avaient manifestement été influencés par L. La Cour d'Appel a donc jugé qu'elle n'était pas liée par l'opinion des enfants. L'affaire va jusque devant la Cour suprême qui décide que même si les enfants sont manifestement influencés, leur décision de rester avec L. peut quand même être une décision indépendante et que faire déménager les enfants n'était sans doute pas dans leur meilleur intérêt.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle que la marge d'appréciation à donner aux États varie en fonction de la nature du litige et des intérêts en jeu, et que dans ce cas-ci, il s'agit de rechercher un équilibre entre les intérêts des enfants et ceux des parents, l'intérêt supérieur de l'enfant peut outrepasser celui des parents.⁶⁶ La Cour précise que cet intérêt de l'enfant est défendu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'il est donc interdit pour les parents de prendre des mesures qui nuiraient à l'enfant.

⁶⁵ Cour eur. D.H. arrêt C. c. Finlande du 9 août 2006, www.hudoc.echr.coe.int (29 juin 2018)

⁶⁶ Cour eur. D.H. arrêt Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

En ce qui concerne le poids donné à la parole de l'enfant, la Cour précise ici que celle-ci avait été correctement examinée et prise en compte en première instance et en appel. La Cour suprême a accordé un poids décisif à la parole des enfants, en se référant au dispositif législatif finlandais qui empêcherait de prendre des décisions à l'encontre de la volonté des enfants de plus de 12 ans. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'en effet, il n'était sans doute pas du meilleur intérêt de l'enfant de prendre contre son gré une décision le concernant. La Cour d'appel avait précisé, dans son jugement, qu'elle n'était pas obligée de suivre les opinions d'un enfant, même si celui-ci avait plus de douze ans. La Cour suprême, elle, a donné une importance considérable à la parole des deux enfants en se basant principalement sur cet argument pour rendre son jugement, en omettant presque d'évaluer les droits de C. en tant que père. Il s'agit presque ici de ce que la Cour européenne des droits de l'homme qualifie de « *veto inconditionnel* » donné par les enfants. Dans le cas d'espèce, le juge a procédé à une audition des enfants, mais n'a pas fait appel à l'opinion d'un expert ou à d'autres éléments de preuve. La Cour européenne des droits de l'homme va jusqu'à dire que la décision a été prise de manière telle que le juge autorisait L. à manipuler les enfants et à priver C. de son rôle parental, tout cela sur simple base de l'opinion des enfants. La Cour conclut donc qu'il y a ici une violation de l'article 8 de la Convention au niveau de la prise en compte de la parole des enfants dans cette affaire, en ce sens qu'elle est envisagée comme l'unique critère pris en compte par le juge.

c) Enseignements

La Cour européenne des droits de l'homme se positionne ici sur le poids à donner à l'audition de l'enfant entendu dans une affaire qui le concerne. Lorsqu'un enfant est doté de discernement, que son avis est utile pour le juge et qu'il semble s'exprimer de façon personnelle, il n'y a pas de raison pour que le juge s'écarte de son opinion. En revanche, il convient pour le juge de ne pas faire des dires de l'enfant le seul et unique argument sur lequel il se base pour fonder sa décision. Il se doit d'examiner les autres éléments qui s'offrent à lui, surtout si ceux-ci sont dans l'intérêt de l'enfant.

Chapitre 3. Niveau national : Garanties constitutionnelles

Section 1. Belgique

La Constitution belge énumère les droits fondamentaux des Belges dans ses articles 8 à 32. Le nouvel article 22bis de la Constitution garantit des droits fondamentaux à l'enfant. Il a été réformé en 2008.⁶⁷ L'ancien article 22bis énonçait que: « *chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle* ». L'article 22bis envisage aujourd'hui l'enfant comme détenteur de droits, véritable sujet de droit. Il énonce des droits spécifiques, comme un droit à l'intégrité physique, un droit pour l'enfant d'exprimer son opinion, un droit à un bon développement et enfin une prise en compte de l'intérêt de l'enfant de façon primordiale.

Il est notamment consacré, dans cet article, un droit pour l'enfant de « *s'exprimer sur toute question qui le concerne, son opinion est prise en compte eu égard à son âge et à son discernement* ». Il s'agit ici d'une volonté d'inscrire le droit contenu à l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 dans la Constitution belge.⁶⁸ Le but de cette insertion était d' « *apporter une plus-value* »⁶⁹, d'apporter un effet direct aux dispositions de la CIDE qui n'en sont pas pourvues. Cependant, l'article de la Constitution n'a actuellement pas d'effet juridique supérieur à celui de l'article 12 de la CIDE. Il a néanmoins une valeur interprétative, même si les instances continuent à se baser davantage sur la CIDE elle-même plutôt que sur l'article 22bis de la Constitution.⁷⁰ Il faut toutefois noter que même si l'article n'ajoute rien, il s'agit ici d'une avancée symbolique dans la reconnaissance des droits de l'enfant.⁷¹

Il y a, dans l'article 22bis de la Constitution, une consécration de l'intérêt de l'enfant dans le quatrième alinéa : « *dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale* ». Nous avons ici une transposition de l'article 3 de la CIDE, qui impose de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent. En inscrivant ce droit dans la Constitution, cela signifie qu'il y aura un contrôle possible de la Cour constitutionnelle sur base

⁶⁷ Loi modifiant l'article 22bis de la Constitution, *M.B.*, 29 décembre 2008

⁶⁸ Révision de l'article 22bis de la Constitution, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2007-2008, no 52-175/1, p. 4.

⁶⁹ C. DE BOE, *op.cit.*, p.497

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, p.498

de ce critère.⁷² L'intérêt de l'enfant est donc un principe qui s'impose tant en droit international que dans la Constitution belge.

Section 2. Italie

La Constitution italienne consacre ses articles 1 à 12 aux principes fondamentaux, puis ses articles 13 à 54 aux droits et devoirs des citoyens. Contrairement à la Constitution belge, il n'existe pas, parmi ces articles énumérant les droits fondamentaux accordés aux Italiens, d'article spécifique concernant les enfants eux-mêmes. La Constitution comprend l'article 29 qui consacre le devoir, pour les parents, d'éduquer, d'instruire et d'élever leurs enfants, ainsi que l'article 37 qui prévoit que les conditions de travail d'une mère doivent être adéquates pour qu'elle puisse accomplir sa fonction familiale et qu'il y ait une protection spéciale assurée pour la mère et l'enfant. L'intérêt de l'enfant n'est donc pas une garantie constitutionnelle.

Section 3. Comparaison

On remarque ici que la prise de position est très différente entre les deux pays. Dans la Constitution belge, l'enfant est envisagé comme un individu à part entière, détenteur de ses propres droits. Dans la Constitution italienne, l'enfant est envisagé comme membre d'une famille, il n'est pas envisagé comme détenteur de droits, mais comme un objet de droit qu'il faut protéger. La conception de la Constitution italienne, en ce qu'elle n'envisage pas l'enfant comme un sujet de droit, nous semble donc un peu rétrograde, au regard de ce que font déjà certains États ainsi que des instruments internationaux reconnaissant les droits de l'enfant.⁷³ Il n'y a donc pas de prise en compte de la Convention internationale des droits de l'enfant dans la Constitution italienne.

⁷² C., AUGHUET, L., BARNICH, D., CARRE, N., GALLUS, G., HIERNAUX, N., MASSAGER, S., PFEIFF, N., UYTENDAELE, et A.-C., VAN GYSEL, T., VAN HALTEREN, « Chapitre 2 - Les enjeux et concepts fondamentaux » in *Traité de droit civil belge – Tome I : Les personnes. Volumes 1 et 2*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 577-600

⁷³ On peut aussi s'interroger sur le caractère discriminatoire de cet article, bien que ce ne soit pas l'objet de la présente analyse.

Partie 2. La place de l'enfant au sein de la rupture conjugale de ses parents : droit belge et droit italien sous l'influence du droit international

En analysant les différentes réformes du droit de la famille, l'on remarque aisément qu'il y a un glissement de cette justice vers quelque chose de nouveau. La justice familiale se veut protectrice de la partie faible et en particulier de l'enfant lorsque celui-ci est concerné par la procédure qu'entame ses parents ou son entourage. Nous sommes à une époque où, lors d'une séparation d'un couple qui a des enfants, il y a une prévalence et une mise en valeur du maintien du double lien parental. Pour cela, le juge pourra soit décider de demander une expertise dans le but d'adapter au mieux son jugement à la situation de l'enfant et décider en connaissance de cause, soit promouvoir un accès plus important aux experts qui favorisent l'adoption d'un accord entre les parties, comme la médiation, pour favoriser le dialogue.⁷⁴

Chapitre 1. Mise en contexte : la rupture du lien conjugal

Section 1. Belgique

Il existe en droit belge plusieurs modes de rupture conjugale. Si le couple est marié, les conjoints peuvent se séparer de fait ou recourir au divorce selon deux modes : le divorce pour désunion irrémédiable et le divorce par consentement mutuel. Le premier est prononcé, selon l'article 229§1^{er} du Code civil, lorsque la poursuite de la vie commune est rendue impossible par la désunion irrémédiable. Il peut être sollicité par l'un des époux, à condition qu'ils soient séparés de fait depuis un an au moins, ou qu'un délai procédural d'un an au moins soit respecté, ou qu'une désunion irrémédiable soit prouvée par un des époux. Dans ce dernier cas, la désunion sera considérée comme irrémédiable si une faute est reconnue, ou s'il est établi que la poursuite de la vie commune n'est plus possible. Il peut également être sollicité conjointement par les deux époux, s'ils sont séparés de fait depuis six mois ou s'il y a un délai procédural de trois mois.⁷⁵

⁷⁴ J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant : aspects juridiques » in *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.253

⁷⁵ G. HIERNAUX, « Titre II - Le divorce pour cause de désunion irrémédiable » in *Droit des personnes et des familles 2011-2016*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 173-217

Le divorce par consentement mutuel, quant à lui, doit être introduit par requête signée des deux époux, selon l'article 1288*bis* du Code judiciaire. Si le couple n'est pas marié mais vit en cohabitation légale, il peut procéder à une rupture de la cohabitation légale. Les causes de rupture de cohabitation légale sont reprises à l'article 1476§2 du Code civil (décès d'un des cohabitants, mariage d'un des cohabitants, cessation de commun accord ou cessation unilatérale) et la procédure est établie à l'article 1479 du Code civil.⁷⁶ Si les conjoints forment un couple de fait, aucune procédure n'est prévue par la loi et aucune formalité n'est nécessaire pour mettre fin à leur cohabitation ou à leur vie de couple.

S'agissant des mesures liées à la garde, l'hébergement et la contribution alimentaire des enfants, la procédure devant le tribunal de la famille reste la même, que le couple soit marié, en cohabitation légale ou de fait. Nous ne ferons donc pas la distinction, dans le reste de notre analyse, entre ces différentes procédures.

Section 2. Italie

Il existe, en Italie, plusieurs types de procédures lorsque les conjoints ne s'entendent plus. La séparation personnelle entre conjoints est une institution transitoire par laquelle le lien matrimonial est maintenu mais assoupli, en attendant que les parties décident soit de rompre le lien irréversiblement par un divorce, soit de se réconcilier. Cette séparation peut être consensuelle ou judiciaire, elle est réglée par les articles 150 et suivants du Code civil italien⁷⁷. La séparation personnelle était autrefois basée sur le régime de séparation pour faute, avant que le régime ne soit réformé en 1975. Depuis cette réforme, elle peut être demandée sur base du critère d'une impossibilité de vie commune.⁷⁸ La procédure a été modifiée en partie par la loi du 6 mars 1987 qui a abrogé les dispositions précédemment en vigueur pour instaurer le nouveau texte du Code de procédure civile. D'autres lois sont, depuis lors, venues modifier quelques dispositions, comme la loi du 1^{er} décembre 1970 ou celle du 14 mai 2005. D'après l'article 150 du Code civil, seuls les époux sont légitimes pour demander la séparation judiciaire

⁷⁶ G. HIERNAUX, « Titre III - Le divorce par consentement mutuel » in *Droit des personnes et des familles 2011-2016*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 218-241

⁷⁷ Article 150 du Code civil italien: "*E ammessa la separazione personale dei coniugi. La separazione può essere giudiziale o consensuale. Il diritto di chiedere la separazione giudiziale o la omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi*"

⁷⁸ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 7ed., CEDAM, Padova, p. 183

(que ce soit le divorce ou la séparation personnelle), conjointement ou individuellement. La demande de séparation judiciaire se fait au Président du tribunal compétent.⁷⁹

Le divorce est une institution qui coupe définitivement le lien conjugal ; il est régi par la loi n°898 de 1970 et ses modifications ultérieures ; la loi n°436 du 1 août 1978, la loi n°70 du 6 mars 1987, la loi n°80 du 14 mai 2005, la loi n°55 du 8 mai 2015. Selon le prescrit légal, le divorce peut être prononcé lorsque le juge constate que l'alliance spirituelle et matérielle entre conjoints ne peut être maintenue ou reconstituée⁸⁰, selon l'une des causes énoncées dans l'article 3 de la même loi. De manière générale, dans les différents ordres juridiques nationaux, il existe deux sortes de divorces ; le « divorce-remède » pour impossibilité de vie commune entre les époux et le « divorce-sanction », pour comportement inconciliable avec les droits matrimoniaux. Depuis la loi de 1970, en droit italien, le divorce, est davantage un divorce-remède.⁸¹

Il existe, en Italie, un problème de coordination entre le régime de la séparation personnelle et celui du divorce, car si la séparation personnelle est réglée par le Code civil, le divorce, lui, est réglé par une loi à part, ce qui peut créer des dissonances et des problèmes de coordination. Cependant, le juge compétent est le même pour les deux matières. La loi n°80 de 2005 a modifié d'une part les dispositions concernant la séparation personnelle : les articles 706 et suivant du Code de procédure civile, ainsi que les articles concernant le divorce : l'article 4 de la loi n°898 du 1 décembre 1970. Suite à ces modifications, on remarque qu'il n'y a pas de formulation unique pour les deux procédures, elles ont été considérées comme des disciplines distinctes, qui se recoupent sur certains points. Il y a cependant une identité entre les deux procédures sur la phase d'introduction et la compétence du tribunal.⁸²

⁷⁹ M.P. SUPPA, « La separazione giudiziale » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio*, CEDAM, 2009, p.439

⁸⁰ Article 1 de la loi italienne 898 du 1er décembre 1970: «*Il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile, quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo articolo 4, accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'articolo 3*».

⁸¹ V. ACHILLI, « Il procedimento di divorzio » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio*, CEDAM, 2009, p.654

⁸² V. ACHILLI, *op.cit.*, p.654

Chapitre 2. Comparution personnelle des parties à la procédure de rupture conjugale

Section 1. Belgique

Sous-section 1. Régime applicable avant la réforme du 30 juillet 2013

Il existait déjà, avant la réforme de 2013, une obligation de comparution personnelle des personnes demandant une rupture du lien conjugal. L'article 54 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse prévoit que les parties doivent, dans certains cas⁸³, comparaître en personne et dans d'autres cas, peuvent se faire représenter par un avocat. En 2007, le législateur a ajouté un article 1255§6 au Code judiciaire, obligeant la comparution personnelle des parties en cas de demande conjointe de divorce. Cette modification était faite dans le but de continuer la réforme commencée en 2005⁸⁴, à propos de la médiation familiale. En 2010⁸⁵ et 2011⁸⁶, l'article subit encore des modifications, en insérant la possibilité pour le juge d'obliger à comparaître personnellement en cas de divorce sollicité conjointement, mais aussi en vue de concilier les parties ou de proposer un accord en ce qui concerne la personne, les aliments ou les biens des enfants. On peut également constater que la comparution personnelle peut être requise dans le règlement des mesures provisoires durant l'instance en divorce.⁸⁷ Le but de ces réformes est de promouvoir, depuis 2007, les modes alternatifs de règlement des litiges.

Sous-section 2. Régime applicable après la réforme

Depuis la loi du 30 juillet 2013, en matière familiale, les parties ont l'obligation légale de comparaître en personne. Si elles ne le font pas, elles s'exposent à des sanctions qui vont d'un renvoi de la cause à une date ultérieure à la déchéance de la demande pour le demandeur

⁸³ Les cas prévus par le chapitre III du titre II de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

⁸⁴ Loi belge du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005

⁸⁵ Loi belge du 2 juin 2010 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la procédure en divorce, *M.B.*, 21 juin 2010

⁸⁶ Loi belge du 5 avril 2011 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la comparution personnelle et la tentative de conciliation en cas de divorce, en instaurant une information sur l'existence et l'utilité de la médiation en matière de divorce, *M.B.*, 16 juin 2011

⁸⁷ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille » in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, p.97

et au jugement par défaut pour le défendeur. La *ratio legis* de cette loi est qu'en droit de la famille, l'objectif est de « *responsabiliser les parents, (...) d'interroger les parties, d'apporter des précisions et de les inciter à se concilier ou d'entamer un processus de médiation familiale* »⁸⁸. Il y a donc un but général de promotion des modes alternatifs de résolution des litiges et surtout un but d'information des parties quant à l'intérêt de l'enfant, notamment.

Il existe des exceptions à ce principe de comparution personnelle. D'abord, le juge peut dispenser les parties de comparaître personnellement et les autoriser à se faire représenter par un avocat. Ensuite, les parties ne doivent pas comparaître si la demande porte sur « *une demande d'homologation d'un accord rédigé par un avocat, un notaire ou un médiateur agréé sur toutes les demandes formulées dans l'acte introductif d'instance* »⁸⁹.

Une loi entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014 est immédiatement venue compléter celle de 2013 en ajoutant que la nouvelle règle établie à l'article 1253ter/2 alinéas 1 et 2 n'était pas d'application lorsque l'audience concerne uniquement la mise en état de la cause.⁹⁰ Les parties doivent donc comparaître personnellement « *à l'audience d'introduction, dans les causes relatives aux résidences séparées, à l'autorité parentale, au droit d'hébergement, au droit aux relations personnelles avec un enfant mineur, aux obligations alimentaires* »⁹¹. Une dérogation peut être accordée dans certaines circonstances. Lorsque l'affaire concerne des enfants mineurs, la comparution personnelle des parents est requise pour l'audience d'introduction, mais également pour toutes les audiences « *au cours desquelles il est débattu des questions concernant les enfants, ainsi qu'aux audiences de plaidoiries* »⁹².

Si la demande se base sur l'article 1253ter/4, 1^o à 4^o du Code judiciaire, alors il faut une comparution personnelle à l'audience d'introduction. Si la demande vise un mineur, il faut une comparution personnelle à l'audience d'introduction, à toutes les audiences où sont discutées les questions relatives aux enfants ainsi qu'à toutes les audiences de plaidoiries. Il y aura également comparution personnelle des parties chaque fois que le juge le décide. En revanche, une comparution personnelle n'est pas nécessaire s'il y a un accord total sur tous les chefs de

⁸⁸ Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *Doc.parl.*, Ch. 2010-2011, n°53-0682/001, p.11

⁸⁹ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.99

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ J.-P. MASSON, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un Tribunal de la famille et de la jeunesse », *J.T.*, 2014/11, no 6555, p.95

⁹² *Ibid.*

demandes visés dans l'acte introductif et à condition que l'accord soit rédigé par un avocat, un notaire ou encore un médiateur agréé.⁹³

Section 2. Italie

Selon l'article 708 du Code de procédure civile pour la séparation personnelle et selon le paragraphe 7 de l'article 4 de la loi n°898 de 1970 pour le divorce, le Président du tribunal doit entendre les conjoints à l'audience d'introduction. Le but de cette mesure est de vérifier le consentement des époux à la séparation, mais surtout cela permet au Président d'estimer la possibilité d'envoyer l'affaire en conciliation.⁹⁴ Si la tentative de conciliation n'aboutit pas, le Président doit acter la volonté persistante des époux de se séparer et il peut prendre par ordonnance les mesures temporaires et urgentes qu'il juge opportunes dans l'intérêt des enfants du couple et des époux. Ces mesures pourront être révoquées par la suite par le juge du fond. Les époux doivent donc comparaître personnellement devant le Président, accompagnés ou non de leur conseil. Si un des conjoints ne se présente pas, le Président peut fixer une nouvelle date pour la comparution.

Pendant un certain temps, la jurisprudence italienne a été secouée par des divergences d'interprétation à propos du concept de phase introductive. La loi n°80 du 14 mai 2005 a tranché la controverse et dispose que la procédure de divorce est divisée en deux phases différentes : la phase d'introduction est dirigée vers une tentative de conciliation, et la seconde phase est celle de l'adoption des mesures urgentes visant le traitement ordinaire de l'affaire. Il est donc aujourd'hui prévu que les parties sont entendues individuellement puis conjointement lors de la première audience et qu'en cas de non-conciliation, le Président, après avoir entendu les conjoints et leurs conseils, prend les mesures provisoires et urgentes, notamment pour protéger l'intérêt des enfants.⁹⁵ Ces mesures concernent essentiellement la garde des enfants, l'allocation du domicile conjugal et les contributions économiques. Le Président organise également la suite de la procédure dans son ordonnance, en prévoyant par exemple l'audition de l'enfant, en nommant le juge d'instruction et en fixant l'audience de comparution.⁹⁶

⁹³ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.97

⁹⁴ M.P. SUPPA, « La separazione giudiziale » *op.cit.*, p.443

⁹⁵ V. ACHILLI, *op.cit.*, p.656

⁹⁶ *Ibid.*

Section 3. Comparaison

On peut remarquer que dans les deux régimes, la comparution personnelle est mise en place dans un but essentiellement de sensibilisation des parties, notamment par l'envoi de l'affaire en médiation ou en conciliation, mais aussi pour promouvoir une sensibilisation à l'intérêt des enfants. C'est également après une audience avec comparution personnelle que le juge de la famille en Belgique ou le Président du tribunal en Italie prend les mesures provisoires et urgentes. La comparution permet donc au juge de l'affaire d'avoir une meilleure vision de la situation familiale ainsi que des relations entre les membres de la famille et de pouvoir envisager de prendre des mesures pour aménager la situation.

Nous notons que l'obligation de comparution personnelle lors de la séance d'introduction est une réponse au prescrit de l'article 3 de la CIDE. En effet, c'est une façon pour le juge en charge de l'affaire de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, en envoyant l'affaire en conciliation ou en médiation. L'exigence internationale est donc remplie dans les deux ordres nationaux.

Chapitre 3. Déjudiciarisation du litige

La première intervention concernant la médiation en milieu familial dans l'Union européenne a été réalisée par le Conseil de l'Europe, dans la Convention européenne sur l'exercice des droits des mineurs, signée à Strasbourg en 1996. Cette Convention considère qu'en cas de conflit familial, il convient que les familles tentent de trouver un accord avant de porter l'affaire devant le juge. En effet, selon l'article 13⁹⁷ de cette convention, il est recommandé de mettre en place un mode alternatif de règlement des litiges pour éviter que les enfants aient à faire face à un juge dans une affaire judiciaire les concernant.⁹⁸ Dans sa Recommandation du 21 janvier 1998, le Conseil de l'Europe invite les États membres à promouvoir et à renforcer la médiation familiale. Il fait valoir que les différends de type familial impliquent des personnes qui ont des relations interdépendantes et continues. Le Conseil

⁹⁷ Article 13 de la Convention sur l'exercice des droits des enfants : « *Afin de prévenir ou de résoudre les conflits, et d'éviter des procédures intéressant les enfants devant une autorité judiciaire, les Parties encouragent la mise en œuvre de la médiation ou de toute autre méthode de résolution des conflits et leur utilisation pour conclure un accord, dans les cas appropriés déterminés par les Parties* ».

⁹⁸ G. VASSALLO, « La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e divorzio » in *La famiglia in crisi*, Padova, CEDAM, p.203

considère que le divorce et la séparation ont un impact important sur tous les membres de la famille, particulièrement sur les enfants ; il est donc nécessaire de favoriser la médiation et de l'améliorer. La Recommandation précise que le médiateur doit toujours mettre en avant l'intérêt supérieur de l'enfant.⁹⁹

La Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, signée par le Conseil de l'Europe à Strasbourg le 15 mai 2003, dispose que lors de la résolution des conflits dans le domaine des relations personnelles, les autorités judiciaires doivent prendre toutes les mesures possibles pour encourager les parents et les autres membres de la famille en relation avec l'enfant à recourir à la médiation ou à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges qui permettent de conclure des accords concernant les relations personnelles.

Nous sommes ici dans une vision idéologique ; selon le professeur Jean-Louis Renchon, la déjudiciarisation du litige est envisagée comme un idéal à atteindre et devrait faire ressortir chez les parents en conflit une envie, un besoin de dépasser ce conflit pour continuer à être de bons parents. C'est pourquoi dans la période actuelle, l'accord entre les parents est préféré à un mode d'exercice d'autorité parentale imposé par le juge. Cependant, cette idéologie n'a pas que des avantages ; elle présente le danger de la recherche d'un compromis à tout prix alors que certaines affaires ne s'y prêtent pas car certains parents ne sont pas disposés à l'accepter.¹⁰⁰

La déjudiciarisation est une solution libérale au litige familial. Il s'agit d'une « *récusation du principe d'autorité* », principe qui est aujourd'hui considéré comme dépassé, les juges se déclarant impuissants ou en tout cas moins performants que les parties elles-mêmes dans la recherche d'une solution.¹⁰¹

Section 1. Belgique

Les modes alternatifs de règlement des litiges sont de plus en plus mis en avant sur la scène judiciaire. Désormais, on prévoit la promotion de la médiation et de la conciliation lors de plusieurs étapes de la procédure. Dès l'introduction de la demande, le greffier a l'obligation

⁹⁹ « Conseil de l'Europe - Recommandation N° R (98) 1 du comité des ministres aux États membres sur la médiation familiale 21 janvier 1998 », *Journal du droit des jeunes*, 2008/8 (N° 278), p. 47

¹⁰⁰ J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant : Aspects juridiques », *op. cit.*, p.234

¹⁰¹ *Ibid.*, p.258

d'informer les parties de la possibilité d'une médiation, d'une conciliation ou d'un autre mode alternatif de résolution amiable des conflits.¹⁰² La comparution personnelle des parties peut également être prévue par le juge, « à la demande d'une des parties ou du Ministère public, ou s'il l'estime utile, notamment afin de concilier les parties ou d'apprécier l'opportunité d'un accord »¹⁰³. Lorsque le juge considère qu'il y a une opportunité de conciliation ou de médiation, qu'un accord peut être trouvé entre les parties, il peut surseoir à statuer pour permettre aux parties de « recueillir toutes les informations utiles »¹⁰⁴. D'après le Code judiciaire, « le dossier est alors renvoyé à la chambre de règlement à l'amiable du tribunal de la famille »¹⁰⁵. Le tribunal peut ensuite remettre l'affaire à une date ultérieure pour que les parties puissent examiner si un accord est possible, si une médiation est envisageable et si le renvoi en chambre de règlement à l'amiable est utile et bénéfique ou non.¹⁰⁶ Le juge a même la possibilité de prendre des mesures provisoires pour organiser la séparation¹⁰⁷ et puis envoyer les parties en médiation.¹⁰⁸ Le juge ne peut cependant pas imposer une médiation aux parties¹⁰⁹, il peut seulement leur proposer une réflexion sur la médiation jusqu'à l'audience suivante¹¹⁰.

Il est également possible pour les parties de saisir la chambre de règlement à l'amiable sans procédure pendante, à des fins de conciliation.¹¹¹ Il est aussi prévu que « tout au long de l'instance, les parties ou le magistrat ont la possibilité de solliciter le renvoi de leur cause devant la chambre de règlement à l'amiable »¹¹². Lorsque l'affaire arrive devant le juge de la chambre de règlement à l'amiable, s'il y a une audition de l'enfant, celle-ci sera réglée selon le régime de l'audition de l'enfant étudié ci-après¹¹³. Cependant, certains juges ne sont pas en faveur d'une audition de l'enfant dans le cadre de cette procédure. En effet, en raison de l'aspect confidentiel de la procédure devant la chambre de règlement à l'amiable, en cas d'échec de la

¹⁰² J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.101

¹⁰³ Article 1253ter/3§1 Code judiciaire belge

¹⁰⁴ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.102

¹⁰⁵ Article 1255 Code judiciaire belge

¹⁰⁶ Article 1253ter/3§2 Code judiciaire belge

¹⁰⁷ Civ. Mons, jeun., 5 décembre 2001, J.L.M.B., 2003, p. 996 ; Civ. Mons, jeun., 20 février 2002, J.L.M.B., 2003, p. 997

¹⁰⁸ G., HIernaux, « Partie XII - Les modes alternatifs de résolution des conflits – « M.A.R.C. » » in *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 878

¹⁰⁹ Civ. Verviers, jeun., 12 février 2002, J.L.M.B., 2003, p. 996 ; G., HIernaux, *op.cit.*, p. 877

¹¹⁰ Civ. Bruxelles, réf., 5 décembre 2003, *Rev. Trim. dr. fam.*, 2005, p. 501 ; G., HIernaux, *op.cit.*, p. 878

¹¹¹ N. UYTENDAELE, « Le règlement amiable des conflits familiaux », in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Larcier, 2015, p.75.

¹¹² Article 731 Code judiciaire belge

¹¹³ Articles 1004 et suivants Code judiciaire belge

conciliation, l'audition serait alors à refaire devant le juge du fond.¹¹⁴ En revanche, si le juge sursoit à statuer pour que l'affaire soit envoyée en médiation, le régime énoncé dans le Code judiciaire pour l'audition de l'enfant par le juge n'est plus d'application.

En ce qui concerne la médiation, une loi a été adoptée en 2005 pour répondre au prescrit du droit international, notamment à la Recommandation¹¹⁵ du Conseil de l'Europe de 1998. Cette loi encadre notamment la formation des médiateurs et expose le fait que le médiateur peut faire appel à des tiers ou experts, si besoin. Il existe donc un régime légal¹¹⁶ qui encadre la médiation, en particulier la formation des médiateurs et les protocoles de médiation. Aucune disposition, dans ce régime ne prévoit un entretien de l'enfant ou une audition de celui-ci. Pourtant, lorsqu'une affaire de divorce ou de séparation d'un couple ayant des enfants passe en médiation, il arrive que l'enfant soit entendu par le médiateur.¹¹⁷ Comme rien n'est prévu par le cadre légal, il n'existe pas de formalisme quant à l'invitation à entendre l'enfant, comme ce qui existe pour l'audition de l'enfant par le juge¹¹⁸ (*cf. infra*). Il s'agit donc d'une décision laissée à la discrétion du médiateur qui peut décider s'il entend l'enfant ou non, comment il le convoque, comment il procède à la « *rencontre* »¹¹⁹. Les critères d'écoute sont également laissés à l'appréciation du médiateur ; il doit donc statuer sur l'opportunité d'entendre l'enfant en tenant compte notamment de l'aptitude de l'enfant à être entendu. Aucune limite d'âge ou de discernement n'est fixée par la loi dans ce contexte ; le médiateur doit donc lui-même évaluer le discernement de l'enfant. Chaque médiateur a sa propre façon de procéder, mais les critères retenus par les médiateurs « *pour évaluer la pertinence d'entendre les enfants sont l'âge et le risque d'instrumentalisation* ».¹²⁰ Malgré cette vaste marge de manœuvre laissée aux médiateurs, il faut noter qu'un contrôle sera quand même exercé sur les différents choix faits par ceux-ci, via l'homologation de l'accord par le juge dans le cas où celui-ci est contraire à l'intérêt des enfants mineurs.¹²¹

¹¹⁴ L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *R.T.D.F.*, 2017/4, p.664

¹¹⁵ « Conseil de l'Europe - Recommandation N° R (98) 1 du comité des ministres aux États membres sur la médiation familiale 21 janvier 1998 », *Journal du droit des jeunes* 2008/8 (N° 278), p. 47

¹¹⁶ Articles 1724 à 1737 du Code judiciaire

¹¹⁷ L., JACOBS, *op.cit.*, p.670

¹¹⁸ Article 1004/2 Code judiciaire belge

¹¹⁹ L., JACOBS, *op.cit.*, p.672

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Articles 1733 et 1736 du Code judiciaire belge

En pratique, on remarque un certain parallélisme entre l'audition faite par le juge ou l'expert (*cf. infra*) et celle faite par le médiateur. Leur but est le même, à savoir tirer de cet entretien une vision plus globale de la situation de l'enfant au sein de sa famille, pour en faire ressortir la meilleure décision pour l'enfant, dans son intérêt. La façon de procéder peut également être assez semblable, si ce n'est que la médiation se distingue par son côté plus « *informel* »¹²². Le médiateur peut faire appel à un tiers s'il le souhaite, si la complexité le requiert et si les parties ont donné leur accord. Ce tiers peut être un autre médiateur, un expert, un psychologue, il peut varier selon les besoins du médiateur en charge de l'affaire.¹²³ En ce qui concerne le rapport d'entretien avec l'enfant, rien n'est prévu non plus dans le cadre de la médiation. Le médiateur décide de ce qui est utile de rapporter ou non, de ce qu'il veut garder confidentiel ou non.¹²⁴

Le fait pour le médiateur de procéder à l'audition de l'enfant lui permet non seulement de mieux situer les relations familiales et de mieux connaître la situation de l'enfant, mais cela permet aussi à l'enfant de se sentir écouté et d'être responsabilisé dans le processus familial.¹²⁵

Section 2. Italie

La loi n°285 du 28 août 1997 a marqué en Italie la première reconnaissance législative de la promotion des droits et des opportunités des enfants et adolescents, elle se réfère de manière expresse aux services de médiation familiale et de conseils pour les familles et mineurs pour traiter des difficultés relationnelles intrafamiliales. Par la suite, la loi n°154 du 4 avril 2001 prenant des mesures contre les violences intrafamiliales a inséré dans le Code civil italien l'article 342 qui prévoit que le juge peut demander l'intervention d'un centre de services sociaux ou d'un médiateur. L'Italie ratifie la Convention de Strasbourg de 1996 par l'adoption de la loi n°77 du 20 mars 2003, qui prévoit un recours à la médiation comme méthode pour résoudre les conflits familiaux afin d'éviter les procédures judiciaires impliquant des enfants mineurs. La loi n°54 du 8 février 2006 ajoute un deuxième paragraphe à l'article 155^{sexies} du Code civil ; qui prévoit que le juge peut surseoir à statuer sur la garde des enfants pour permettre

¹²² L. JACOBS, *op.cit.*, p.673

¹²³ Article 1728§2 Code judiciaire belge

¹²⁴ L. JACOBS, *op.cit.*, p.674

¹²⁵ N. BAUGNET, *La médiation familiale, Mode de règlement des conflits familiaux*, Bruxelles, De Boeck, 2008, pp. 45-46. ; L. JACOBS, *op.cit.*, p.670

aux parents de tenter une médiation. Cette mesure vise à protéger les intérêts moraux et matériels des enfants.¹²⁶

L'adoption de la loi n°54 de 2006 contenant des dispositions sur la séparation des époux et la garde partagée des enfants est considérée comme une des réformes fondamentales des dernières années en droit de la famille italien.¹²⁷ Cette loi a renversé la notion de garde et a établi le principe de garde partagée et de coparentalité. La garde exclusive est donc devenue l'exception. Ce droit était déjà consacré par la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, comme un droit fondamental de l'enfant. C'est cette Convention qui a inspiré la réforme italienne¹²⁸. Toute une série de droits y sont reconnus à l'enfant, y compris celui de maintenir des relations significatives avec les autres parents de chaque branche parentale et le droit d'écoute dans les procédures judiciaires concernant sa garde. Cette loi 54/2006 a également été révolutionnaire car elle introduit dans la procédure de séparation judiciaire le recours à la médiation familiale.¹²⁹

Le juge, s'il en voit l'opportunité, entend les parties, demande leur consentement et peut différer l'adoption des mesures visées à l'article 337ter¹³⁰ pour permettre aux conjoints de recourir à la médiation afin de parvenir à un accord. La phase de médiation est facultative car elle n'est envisageable que si le juge considère qu'il y a une réelle opportunité à cet envoi, après quoi il est nécessaire que les conjoints donnent leur accord. L'évaluation de l'opportunité de l'envoi en médiation est faite lors de la comparution personnelle des parties à l'audience d'introduction, au cours de laquelle le juge entend les parties et tente d'envisager les solutions possibles, en ayant comme critère principal l'intérêt de l'enfant lorsqu'un enfant est concerné.¹³¹ Nous sommes donc ici dans une réelle alternative au traitement du conflit par la justice.¹³²

La loi 54/2006, selon le paragraphe 2 de son article 4, s'applique en cas de procédure en divorce mais également en cas de dissolution, de cessation des effets civils ou de nullité du

¹²⁶ G. VASSALLO, *op.cit.*, p.203

¹²⁷ I. PUPOLIZIO, « La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e di divorzio » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio: il sistema delle tutele sostanziali e processuali*, Padova, CEDAM, p.156

¹²⁸ *Ibid.*, p.164

¹²⁹ G. VASSALLO, *op.cit.*, p.204

¹³⁰ Article 137ter Code civil

¹³¹ G. VASSALLO, *op.cit.*, p.208

¹³² I. PUPOLIZIO, *op.cit.*, p.143

mariage. En cas d'accord entre les parties à l'issue de la médiation, si cet accord remplit les conditions relatives à la dissolution du mariage et celles inhérentes aux enfants du couple, le juge renvoie la cause à la Chambre du Conseil qui le soumet à une procédure semblable à celle du divorce par consentement mutuel. En cas d'échec de la médiation, l'affaire retourne devant le juge qui l'a initialement proposée et celui-ci procèdera au divorce ou à la séparation judiciaire.¹³³

Il n'existe pas encore, hormis ce qui a été cité, de régime légal qui encadre la médiation familiale. Le fait pour le médiateur d'entendre les enfants ou non, la façon dont celui-ci doit procéder à l'audition de l'enfant, comment l'enfant devrait être invité à être entendu ; rien n'est encadré par une loi. Il y a cependant une proposition de loi sur « *l'institution de la figure de médiateur familial et les dispositions en matière de médiation familiale* »¹³⁴ qui a été communiquée au Président du Sénat le 8 février 2017 et qui attend actuellement d'être examinée par le Sénat. Cette proposition de loi dispose, dans un premier article, que cette loi soit envisagée pour correspondre au prescrit du droit international, particulièrement au paragraphe 3 de l'article 9 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, mais aussi à la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant de 1996 et à la Recommandation¹³⁵ du Conseil de l'Europe. Cette proposition de loi établit et règlemente la figure professionnelle du médiateur familial. Cependant, il est important de noter que cette proposition de loi ne règle pas la façon dont la parole de l'enfant doit être recueillie. On peut donc regretter que cette avancée législative ayant pour but de transcrire le droit international dans l'ordre italien n'aille pas jusqu'au bout du processus en y incorporant l'article 12 de la CIDE et en insérant dans le régime de la médiation familiale la manière d'auditionner les enfants mineurs concernés par l'affaire traitée.

Il existe une controverse dans la doctrine italienne au sujet de l'opportunité pour le médiateur d'entendre les enfants d'un couple en conflit. Une majorité d'auteurs considère qu'il est préférable de ne pas impliquer l'enfant dans la médiation, en raison de sa fragilité et de sa position critique au centre du conflit entre ses parents. D'autres pensent qu'il est important que

¹³³ G. VASSALLO, *op.cit.*, p.212

¹³⁴ Proposition de loi sur l'institution de la figure du médiateur familial et dispositions en matière de médiation familiale, Traduction littérale: Disegni di legge, Istituzione della figura del mediatore familiare e disposizioni in materia di mediazione familiare, 6 marzo 2017, n°S.2686

<http://www.senato.it/versionestampa/stampa.jsp?url=/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/47676.htm>

¹³⁵ « Conseil de l'Europe - Recommandation N° R (98) 1 du comité des ministres aux États membres sur la médiation familiale 21 janvier 1998 », Journal du droit des jeunes 2008/8 (N° 278), p. 47

le médiateur rencontre les enfants pour se faire une meilleure idée du contexte familial mais aussi pour connaître leur avis quant à la séparation et pour trouver la meilleure réorganisation possible en ce qui concerne la famille.¹³⁶ Il y a donc un vide juridique quant à la façon de procéder et quant au traitement de l'audition de l'enfant dans le cadre d'une médiation familiale dans l'ordre italien. Le médiateur n'a pas de rapport à rendre, si ce n'est que l'accord peut être homologué par le juge une fois conclu. Si cela est nécessaire, il peut faire appel à des tiers¹³⁷, rien n'est balisé à ce sujet non plus. Face à ce manque d'encadrement, il est important que les médiateurs gardent à l'esprit l'intérêt de l'enfant comme ligne directrice.

Section 3. Comparaison

Le passage vers l'extrajudiciaire est de plus en plus fréquent, et encouragé dans la législation. Que ce soit dans l'ordre interne belge ou italien, nous observons développement des solutions alternatives aux tribunaux et la promotion de solutions extrajudiciaires qui laissent place à l'autonomie contractuelle. Une volonté manifeste de promouvoir la médiation et la conciliation se perçoit, y compris à l'intérieur du processus judiciaire.¹³⁸ En effet, il est prévu expressément, en Belgique comme en Italie, que le juge doit sensibiliser les parties à recourir aux modes alternatifs de résolution des conflits surtout lorsqu'il y a des enfants concernés par l'affaire. Ces deux pays souhaitent se conformer au droit international en favorisant la médiation et la conciliation. On remarque cependant que la volonté d'inclure la médiation dans le processus juridictionnel en Italie est davantage axée autour du principe d'intérêt de l'enfant. À la lecture des textes législatifs, il ressort que la médiation est fortement conseillée, mais davantage encore lorsqu'il y a des enfants concernés dans l'affaire, ce qui n'est pas spécialement le cas dans les textes belges. Il est d'ailleurs spécifié dans les textes italiens qu'il s'agit d'un prescrit du droit international, notamment de la Convention relative à l'exercice des droits des enfants¹³⁹, convention qui n'a pas été ratifiée par la Belgique.

Le même problème existe cependant des deux côtés : un manque d'encadrement dans la procédure de la médiation elle-même se fait ressentir. En Belgique, le régime légal est déjà établi et en Italie, il est sur le point de l'être, mais aucun des deux États n'a procédé à une

¹³⁶ I. PUPOLIZIO, *op.cit.*, p.190

¹³⁷ *Ibid.*, p.189

¹³⁸ G. WILLEMS, « Les mutations de la justice familiale », in *Le conflit familial : ses répercussions dans toutes les branches du droit*, Anthemis, Bruxelles, p.22

¹³⁹ Convention relative à l'exercice des droits des enfants, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996

règlementation de la mission du médiateur en elle-même, en ce compris l'audition de l'enfant. Ce manque d'encadrement est sans doute volontaire, ayant pour but de préserver le côté informel de la médiation pour que le médiateur soit libre de cerner au cas par cas les besoins de l'affaire. Il est parfois préférable de laisser au professionnel le soin de juger, au vu des circonstances de l'affaire, ce qu'il y a lieu faire avec les enfants concernés. On remarque, après avoir analysé les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (*cf supra*) que l'audition faite par le juge est encadrée mais cet encadrement varie au cas par cas car lorsqu'on est en présence d'un enfant, le sujet est sensible et mérite un encadrement flexible.

Chapitre 4. Dossier familial

Section 1. Belgique

La réforme introduite par la loi du 30 juillet 2013 avait pour but de faciliter les choses en centralisant la matière. Dans cette optique-là, il a été prévu qu'un dossier familial serait créé, regroupant toutes les demandes au tribunal de la famille entre des parties qui, soit ont au moins un enfant mineur commun, soit ont été mariées, soit ont été cohabitants légaux.¹⁴⁰ Les cohabitants de fait ont été exclus de cette énumération.¹⁴¹ Lorsqu'un juge a déjà été saisi et qu'un dossier familial a été créé, ce juge-là sera compétent pour les affaires ultérieures.¹⁴² Le but de cette modalité est que le juge connaisse mieux la famille, qu'il soit déjà au courant des affaires précédentes, qu'il y ait une économie de procédure. Le risque de cette modalité est que le juge, censé connaître la famille et leurs affaires déjà jugées, parte avec un *a priori*, un préjugé et ne soit dès lors plus totalement impartial.¹⁴³

En résumé, dans la mesure du possible, on applique l'article 90 alinéa 6 du Code judiciaire, c'est-à-dire la règle selon laquelle un seul juge s'occupe du dossier familial, plus connue sous l'appellation « une famille, un dossier, un juge »¹⁴⁴. Le juge qui s'occupe donc d'une première affaire s'occupera de la famille si d'autres affaires se présentent et si les critères du dossier familial sont remplis. Il y a cependant une incompatibilité si le juge a siégé dans la

¹⁴⁰ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.97

¹⁴¹ Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *Doc.parl.*, Ch. 2010-2011, n°53-0682/001, p.46

¹⁴² Article 629*bis* §1 Code judiciaire belge

¹⁴³ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.98

¹⁴⁴ V. WYART, « Chapitre IV - Une famille – un dossier – un juge : unicité et polyphonie » in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, p. 71-79

chambre de règlement à l'amiable, sauf s'il agissait uniquement pour acter un accord (article 79 du Code judiciaire), ou si le juge a siégé en matière protectionnelle pour la même famille (article 90 du Code judiciaire). Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il n'y a pas de problème d'impartialité du fait qu'un seul juge se voie attribuer un dossier familial en vertu de l'article 725*bis* du Code judiciaire.¹⁴⁵

Section 2. Italie

La modalité du dossier familial mis en place en Belgique, avec sa conséquence que chaque famille a un juge attribué, lié à son dossier, ne trouve pas son équivalent dans le régime italien.

Section 3. Comparaison

La réforme mise en place en Belgique a, entre autres, comme objectif de prendre en compte l'intérêt de l'enfant introduit par l'article 3 de la CIDE ainsi que figurant à l'article 22*bis* de la Constitution belge. Ce système n'est pas repris dans l'ordre juridique italien. Cependant, nous pouvons noter que la modalité du dossier familial a été très critiquée par la doctrine belge, notamment à cause d'un risque d'encombrement des greffes¹⁴⁶, de l'obligation pour le juge de traiter des documents inutiles¹⁴⁷ et un risque de manque d'impartialité ; il est également difficile de comprendre le champ d'application du dossier familial qui entraîne une saisie permanente¹⁴⁸, *etc.* Il sera possible, dans quelques années, d'analyser les retombées de la mise en place de ce dossier familial accompagné de la modalité « une famille, un dossier, un juge » et de voir si ce dispositif est vraiment profitable dans la résolution des contentieux familiaux. Il sera encore temps, après avoir vérifié que ce système est une réussite, que les pays autour de la Belgique s'en inspirent. Nous remarquons que cela constitue une avancée ayant un objectif honorable mais qu'il s'agit de voir si la mise en œuvre de ce mécanisme sera efficace pour atteindre correctement l'objectif de l'intérêt de l'enfant.

¹⁴⁵ V. WYART, *op.cit.*, p.71-79

¹⁴⁶ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.98

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.89

Chapitre 5. Audition de l'enfant

Le droit est aujourd'hui, selon Jean-Louis Renchon, dans une idéologie qui montre une volonté de reconnaître l'enfant ou l'adolescent comme doté de discernement et de parole, prêt à prendre des décisions le concernant, prêt à s'autodéterminer. L'idéologie prônée actuellement part du principe que l'enfant peut comprendre « *ce qu'il lui arrive et, dès lors, d'exprimer (...) une opinion juste sur ce qu'il convient de faire et d'entreprendre* »¹⁴⁹. On remarquera cependant qu'il y a, dans l'ordre juridique international mais également dans les ordres nationaux belge et italien, des limites quant à cette aptitude de l'enfant à émettre un tel avis. Cette limite prend notamment en compte le discernement de l'enfant et son âge.¹⁵⁰ Il s'agit cependant d'offrir à l'enfant une place dans l'affaire qui le concerne, un poids dans le débat.¹⁵¹

Section 1. Belgique

En 2013, il y a eu une réforme concernant l'audition de l'enfant en Belgique. Nous allons donc étudier le régime applicable avant la réforme, puis celui mis en place par la réforme pour analyser comment et en quoi le droit belge évolue et s'adapte au prescrit international et européen.

Sous-section 1. État des lieux de la législation avant la réforme

§1. Ancien article 931 du Code judiciaire

Avant la réforme de l'audition de l'enfant, celle-ci était considérée comme une exception au principe selon lequel un enfant ne peut pas témoigner dans une affaire où ses parents ont des intérêts opposés.¹⁵² L'audition de l'enfant apparaissait donc, d'après l'alinéa 3 de l'ancien article 931 du Code judiciaire, comme une exception plus large que le principe lui-même.¹⁵³

¹⁴⁹ J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant : aspects juridiques », *op.cit.*, p.234

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ J. -L. RENCHON, « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles relatives au droit de garde et au droit de visite », *R.T.D.F.*, 1983, p. 500

¹⁵² Ancien article 931 alinéa 1 Code judiciaire belge

¹⁵³ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.102

Selon l'alinéa 2 de l'ancien article 931 du Code judiciaire, « *le mineur peut, à sa demande ou sur décision du juge, sans préjudice de disposition légales prévoyant son intervention volontaire et son consentement, être entendu, hors de la présence des parties, par le juge ou la personne désignée par ce dernier à cet effet, aux frais partagés des parties s'il y a lieu* ». ¹⁵⁴ On peut en déduire que le mineur pouvait être entendu dans toutes les procédures le concernant. D'après l'ancien article 931 du Code judiciaire, il ne s'agissait donc ici que d'une possibilité d'entendre le mineur dans les procédures qui le concernent, non d'une obligation. Le mineur pouvait demander à être entendu ; le juge ne pouvait alors pas refuser cette audition, sauf s'il estimait que l'enfant n'avait pas une capacité de discernement suffisante. Le juge devait alors se justifier de cette décision dans un jugement spécialement motivé : « *Lorsque le mineur en fait la demande soit au juge saisi soit au procureur du Roi, l'audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement du mineur. Cette décision n'est pas susceptible d'appel* » ¹⁵⁵.

Cet article était très critiqué. On constate que le critère pris en compte pour l'audition de l'enfant était, dans ce cas-ci, le discernement de celui-ci. Il n'y avait cependant aucun conseil, aucune explication sur la façon d'apprécier ce discernement. Il existait, dans la mise en place pratique de l'article 931, quelques problèmes et imprécisions. ¹⁵⁶ D'abord, on pouvait s'interroger sur le contenu du procès-verbal de l'audition de l'enfant. En effet, l'article n'indiquait pas clairement si tous les dires de l'enfant devaient être rapportés dans le procès-verbal de l'audition, ou seulement ceux jugés utiles par le juge. Il n'était pas prévu de relecture ou signature de cette audition par l'enfant lui-même. Il était également d'usage que le procès-verbal soit joint au dossier, sans pour autant être communiqué aux parties, ce qui paraît contraire au principe des débats contradictoires. Il existait aussi un problème de précision quant à la possibilité pour l'enfant de demander une audition ; aucune formalité n'était prévue. ¹⁵⁷

L'ancien article 931 du Code judiciaire procédait à une intégration du droit international dans la législation belge. Il s'agissait en effet de créer un droit à l'audition pour l'enfant, comme prévu dans l'article 12 de la CIDE. L'audition demandée par l'enfant lui-même ne pouvait être refusée par le juge seulement si celui-ci trouvait que l'enfant n'avait pas le discernement

¹⁵⁴ F. DRUANT et K. JOLITON, *op.cit.*, p.34

¹⁵⁵ Ancien article 931 du Code judiciaire belge

¹⁵⁶ F. DRUANT et K. JOLITON, *op.cit.*, p.34

¹⁵⁷ *Ibid.*

suffisant pour être entendu.¹⁵⁸ Comme il s’agissait déjà à ce moment-là d’un droit consacré pour l’enfant, celui-ci pouvait refuser d’être entendu sans justification.¹⁵⁹ Cependant, l’on peut constater que l’ancien article 931 se voulait plus restrictif que le droit international. Alors que l’article 12 de la CIDE prévoit une audition directe, l’ancienne disposition du Code judiciaire prévoyait qu’il était possible de procéder à une audition indirecte, par un intermédiaire et/ou avec un porte-parole.¹⁶⁰ Ce qui posait problème également, dans cette mise en place du droit international en droit belge, est le caractère facultatif de l’audition de l’enfant dans l’ancien article 931 du Code judiciaire ; le droit consacré par le Code judiciaire n’était donc pas en conformité avec l’article 12 de la CIDE.¹⁶¹ Enfin, l’on peut relever, comme examiné dans le régime de l’audition de l’enfant prévu à l’article 931 du Code judiciaire (*cf supra*), que des imprécisions quant à la mise en œuvre pratique de ce droit à l’audition font émerger plusieurs questions sur l’étendue du pouvoir discrétionnaire du juge.¹⁶²

§2. Ancien article 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse

Cet article, aujourd’hui abrogé par la réforme du 13 juillet 2013, était d’application uniquement devant le tribunal de la jeunesse.¹⁶³ D’après cet article ; « *Le tribunal de la jeunesse doit convoquer la personne de douze ans au moins aux fins d’audition, dans les litiges qui opposent les personnes investies à son égard de l’autorité parentale, lorsque sont débattus des points qui concernent le gouvernement de sa personne, l’administration de ses biens, l’exercice du droit de visite, ou la désignation de la personne visée à l’article 34* »¹⁶⁴. On peut en déduire, d’après cet article, que le juge avait l’obligation de convoquer le mineur qui est concerné par la procédure, dans la limite des débats le concernant directement¹⁶⁵. L’enfant gardait le droit de refuser de se présenter.¹⁶⁶

Le critère utilisé ici n’était plus le discernement de l’enfant, mais bien son âge ; si l’enfant concerné par la procédure avait plus de douze ans, le juge était dans l’obligation de le

¹⁵⁸ Ancien article 931 du Code judiciaire belge

¹⁵⁹ C. DE BOE, *op.cit.*, p.271

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.495

¹⁶¹ Ancien article 931 du Code judiciaire belge

¹⁶² F. DRUANT et K. JOLITON, *op.cit.*, p.35

¹⁶³ C. DE BOE, *op.cit.*, p. 495

¹⁶⁴ Ancien article 56 de la loi belge du 8 avril 1965

¹⁶⁵ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.94

¹⁶⁶ C. DE BOE, *op.cit.*, p.496

convoquer. Si l'enfant avait moins de douze ans, le juge n'était plus dans l'obligation de le convoquer, c'était alors une simple faculté.¹⁶⁷

L'ancien article 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse procédait également à une intégration de la CIDE dans l'ordre national belge. L'aspect obligatoire de cette audition semblait correspondre davantage au prescrit du droit international. On remarque également ici la possibilité pour l'enfant de refuser d'être entendu, sans justification, ce qui prouve l'attribution d'un véritable droit à l'audition pour l'enfant. Il était également prévu dans ce cas-ci que le juge devait procéder à une audition directe, ce qui traduit plus fidèlement ce que le droit international veut imposer. Cependant, l'ancien article 56bis imposait une limite d'âge pour la convocation obligatoire de l'enfant, ce qui ne correspond pas totalement à ce que prescrit la convention internationale des droits de l'enfant. Le juge pouvait néanmoins appliquer l'ancien article 931 du Code judiciaire dans toutes les procédures non envisagées par l'ancien article 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse car l'obligation de convoquer l'enfant de plus de douze ans ne s'appliquait qu'aux procédures spécifiques consacrées par cet article.¹⁶⁸

Sous-section 2. Mise en place de la réforme

La réforme de 2013, au sujet de l'audition de l'enfant, a fait l'objet de nombreux débats.¹⁶⁹ On a pu examiner que le régime anciennement en vigueur comportait quelques lacunes et imprécisions et qu'il n'adaptait pas le droit international de façon optimale. C'est pourquoi la loi du 30 juillet 2013 organise une réforme de l'audition de l'enfant. Cette réforme introduit plusieurs changements ; l'ancien article 931 du Code judiciaire est modifié, l'ancien article 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse est abrogé et il est créé une nouvelle section spécifique consacrée à l'audition du mineur (qui contient les nouveaux articles 1004/1 et 1004/2).¹⁷⁰

Désormais, ce qui ressort de cette réforme peut se traduire en deux grands principes. Selon Jean-Pol Masson, le premier principe est que « *le mineur a le droit d'être entendu dans*

¹⁶⁷ F. DRUANT et K. JOLITON, *op.cit.*, p.35

¹⁶⁸ C. DE BOE, *op.cit.*, p.496

¹⁶⁹ Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Rapport fait au nom de la commission, *Doc., Parl.*, 2010-2011, n°5-115/4

¹⁷⁰ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.98

les matières qui le concernent, et qui sont relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à l'hébergement et au droit aux relations personnelles »¹⁷¹. Le second principe est que comme l'audition de l'enfant est un droit pour celui-ci, il a le droit de refuser d'être entendu.

L'article 1004/1 du code judiciaire mis en place par la réforme instaure un nouveau régime, il synthétise les anciens articles 931 du code judiciaire et de l'article 56bis de la loi sur la protection de la jeunesse.¹⁷² Il y a donc un but d'uniformisation de la matière.¹⁷³

Cet article dispose dans son premier alinéa que « *tout mineur a le droit d'être entendu par un juge dans les matières qui le concernent relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à l'hébergement ainsi qu'au droit aux relations personnelles. Il a le droit de refuser d'être entendu. Le mineur de moins de douze ans est entendu à sa demande (...). Le juge peut, par décision motivée par les circonstances de la cause, refuser d'entendre le mineur de moins de douze ans (...). La décision de refus n'est pas susceptible de recours* »¹⁷⁴. Le législateur a donc choisi de garder la conception du droit à l'audition pour l'enfant, droit que celui-ci peut refuser. On peut également noter que le législateur a pris soin, ici, de dresser l'étendue des affaires dans lesquelles l'enfant peut être entendu ; celle-ci a été restreinte avec la réforme. La proposition de loi parlait initialement d'ouvrir la possibilité d'une audition de l'enfant dans toute affaire civile.¹⁷⁵ On peut se réjouir de cette restriction car il y a certaines matières dans lesquelles demander l'avis de l'enfant n'a pas lieu d'être.

On remarque, dans l'alinéa 2 de l'article, que le législateur a choisi de garder la limite d'âge imposée par l'ancien article 56bis de la loi sur la protection de la jeunesse ; « *le mineur de moins de douze ans est entendu à sa demande* »¹⁷⁶. Il n'y a donc plus d'obligation d'audition comme l'article 56bis le prévoyait mais la présomption de discernement à l'âge de douze ans est maintenue.¹⁷⁷ Si le mineur a atteint l'âge de douze ans, il est entendu soit à sa demande, soit à celle des parents, à la requête du Ministère public ou d'office. Il est informé d'office de son droit à être entendu par courrier. Le juge ne peut refuser de l'entendre si la demande a été faite

¹⁷¹ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.99

¹⁷² A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.103

¹⁷³ F. BOUCHAT, « Le tribunal de la famille : qu'est ce qui va changer concrètement », *J.D.J.* n° 337, 2014, p. 13

¹⁷⁴ Article 1004 alinéa 1 Code judiciaire belge

¹⁷⁵ Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Rapport fait au nom de la commission, *Doc., Parl.*, 2010-2011, n°5-115/4

¹⁷⁶ Article 1004 alinéa 2 Code judiciaire belge

¹⁷⁷ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.102

par l'enfant lui-même ou par le Ministère public. Il ne peut refuser que si la demande émane des parties et cette décision n'est pas susceptible d'appel. En ce qui concerne le mineur de moins de douze ans, il peut être entendu à sa demande, à celle de ses parents, de la personne qui demande un droit aux relations personnelles avec l'enfant, à celle du Ministère public ou du juge. Il suffit alors pour le juge de l'informer de son droit à être entendu.¹⁷⁸ L'âge de sept ans avait initialement été retenu lors des travaux préparatoires¹⁷⁹, mais celui-ci a été augmenté, en gardant la possibilité d'informer le mineur plus jeune. Certains parlementaires considéraient en effet que sept ans est un âge charnière beaucoup trop jeune. On peut en déduire que la limite d'âge a été choisie pour correspondre au prescrit de l'article 12 de la CIDE qui impose que les opinions de l'enfant soient « *prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* »¹⁸⁰.

Les alinéas suivants de l'article 1004/1 du Code judiciaire nous informent de quelques modalités pratiques pour la mise en œuvre de l'audition de l'enfant. En effet, l'ancien régime applicable était lacunaire et imprécis au sujet de l'information que le juge doit donner à l'enfant qui doit être entendu, ce que l'alinéa 3 de l'article ne manque pas de réparer.¹⁸¹ Le Roi établit le modèle de formulaire envoyé à l'enfant.¹⁸² Selon certains auteurs, cette solution permet que les intérêts de l'enfant et ceux du juge se rencontrent dans une solution adéquate et facile à mettre en œuvre. Pour d'autres auteurs et certains juges, cette solution obligatoire d'information peut s'avérer compliquée dans le sens où une lettre formatée est envoyée et le mineur doit répondre, ce qui ne favorise pas toujours une participation de celui-ci.¹⁸³ L'article continue à apporter plus de précision en indiquant, dans son alinéa 4, que le juge peut refuser d'entendre l'enfant si celui-ci a déjà été entendu préalablement dans la procédure. Lorsque le juge procède à l'audition, l'alinéa 5 de l'article précise qu'il peut le faire dans un « *lieu qu'il considère comme approprié* »¹⁸⁴ et « *hors de la présence de quiconque* »¹⁸⁵. Cette dernière modalité exclut donc la présence d'avocats, du Ministère public mais aussi du greffier, sauf si le juge y déroge par décision motivée. Le juge peut donc y déroger et autoriser, par exemple, la présence d'une personne de confiance. En effet, selon l'article 168 du Code judiciaire, le juge est autorisé à

¹⁷⁸ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.99

¹⁷⁹ Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. Parl. Chambre* 2010-2011, n° 0739/001, p.234

¹⁸⁰ Article 12 Convention internationale des droits de l'enfant

¹⁸¹ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.102

¹⁸² Article 1004/2 Code judiciaire belge

¹⁸³ L. JACOBS, *op.cit.*, p.656

¹⁸⁴ Article 1104/1 alinéa 5 Code judiciaire

¹⁸⁵ *Ibid.*

faire appel à un greffier, ce qui peut faciliter l'entretien dans certains cas. La plupart des juges restent cependant opposés à l'assistance de l'enfant par un avocat.¹⁸⁶

L'article précise ensuite ce que doit faire le juge avec le rapport issu de l'audition ainsi que les modalités qui s'y attachent. L'alinéa 6 de l'article 1004/1 rappelle que l'audition de l'enfant ne lui confère pas la qualité de partie¹⁸⁷. Il dispose également que le juge doit prendre en compte les opinions du mineur en fonction de son discernement, plus particulièrement en fonction « *de son âge et de son degré de maturité* »¹⁸⁸. Le juge doit évaluer ce discernement au moment où il interroge l'enfant et mentionne son avis dans le rapport d'audition. Le rapport d'entretien doit reprendre ce que l'enfant a dit durant l'audition. Selon certains juges, il est parfois préférable et dans l'intérêt de l'enfant de ne pas spécifier certains passages dans le rapport. Il y a alors lieu de faire une balance entre l'intérêt de l'enfant et le respect du contradictoire.¹⁸⁹ Le juge, après rédaction du rapport, doit informer l'enfant entendu de son contenu et vérifier que cela correspond aux opinions de celui-ci.¹⁹⁰

Les juges belges sont malheureusement très peu formés à pratiquer l'audition de l'enfant. Généralement, le juge qui interroge l'enfant commence par lui faire un rappel de ce pourquoi il est là, en tentant de lui expliquer les termes juridiques dans des mots simples et adaptés. Il convient d'expliquer à l'enfant dans quel cadre sa parole va être utilisée et qui va pouvoir y avoir accès. Certains magistrats expriment l'importance de mettre l'enfant à l'aise, en l'interrogeant d'abord sur des choses positives.¹⁹¹ L'objectif de cette audition est, pour le juge, de se faire une meilleure idée de l'intérêt de l'enfant dans le cas d'espèce. Cela permet également au juge d'avoir un autre point de vue sur la réalité familiale, hors des propos tenus par les parents qui sont en conflit. Le juge en charge de l'affaire est libre de donner le poids qu'il estime adéquat aux propos tenus par l'enfant entendu¹⁹², avec comme seule obligation, la prise en compte de l'opinion de l'enfant si celui-ci a plus de douze ans et est doté de discernement.

¹⁸⁶ L. JACOBS, *op.cit.*, p.658

¹⁸⁷ S. DEGRAVE, « L'audition de l'enfant », *J.T.*, 2012, n° 6480, p. 440

¹⁸⁸ Article 1004/1 alinéa 6 Code judiciaire belge

¹⁸⁹ L. JACOBS, *op.cit.*, p.663

¹⁹⁰ Article 1004/1 §5 Code judiciaire belge

¹⁹¹ L. JACOBS, *op.cit.*, p.662

¹⁹² Article 1004/1 §6 Code judiciaire « en fonction de son âge et de son discernement »

Cette réforme nous paraît donc aller dans le sens d'une amélioration générale quant aux lacunes et imprécisions du régime précédemment en vigueur. Elle apporte des précisions au niveau pratique. Cependant, l'on peut juger que la réforme va au-delà de ça ; l'enfant est ici mis au centre de cet aspect de la procédure. L'audition de l'enfant a pour but, pour le juge, de mieux cerner l'intérêt de l'enfant mais il ne faut pas que l'enfant se sente partie prenante.¹⁹³ Néanmoins, le but de l'audition n'est plus vu uniquement comme le fait d'apporter plus d'informations pertinentes au juge pour prendre sa décision mais bien comme le fait pour l'enfant de donner son avis, de lui donner un véritable droit à être entendu.¹⁹⁴ Le législateur a voulu, en adoptant la réforme, correspondre davantage au prescrit de l'article 22bis de la Constitution belge. Comme nous l'avons déjà vu, celui-ci prévoit dans son deuxième alinéa que « *chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne ; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement* ».

On remarque également que la place de l'ancien article 931 du Code judiciaire n'était pas appropriée ; le fait d'avoir placé l'audition de l'enfant dans une section spécifique est significatif de la précaution qui doit être de mise lorsqu'un enfant est entendu.¹⁹⁵ Il s'agit donc d'une amélioration du régime et d'une prise en compte plus adaptée de l'enfant.

Quelques similarités sont à noter entre cette procédure et ce que prévoit la Cour européenne des droits de l'homme prescrit à travers sa jurisprudence. En effet, en Belgique, l'audition n'est pas toujours obligatoire, ce qui fait référence à ce que la Cour enseigne dans son arrêt Sahin contre Allemagne¹⁹⁶. De plus, le juge décide du poids¹⁹⁷ qu'il donne aux propos de l'enfant qu'il a recueillis. Il décide donc au cas par cas à quel point il fonde sa décision sur l'audition de l'enfant.

La réforme a grandement amélioré le régime de l'audition de l'enfant. Elle a permis une harmonisation des pratiques et la mise en œuvre de l'audition. Cependant, des questions subsistent. Est-ce que cette réforme est suffisante pour correspondre au prescrit du droit international ? Est-ce que l'on peut vraiment considérer que la parole de l'enfant est libre ? On

¹⁹³ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.105

¹⁹⁴ Article 1004/1 alinéa 1 Code judiciaire belge

¹⁹⁵ Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Rapport fait au nom de la commission, *Doc., Parl.*, 2010-2011, n°5-115/4

¹⁹⁶ Cour eur. D.H. arrêt Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

¹⁹⁷ Cour eur. D.H. arrêt C. c. Finlande du 9 août 2006, www.hudoc.echr.coe.int (29 juin 2018) ; Cour eur. D.H. arrêt Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

ne peut éviter les conflits de loyauté pour l'enfant, on peut toujours craindre qu'il soit pris à partie par l'un de ses parents, ce qui peut causer plus de mal que de bien. Faut-il donc maintenir cette audition ? Si oui, sous cette forme ? On peut également se demander qui a le plus d'intérêt à cette audition ; le juge qui va pouvoir baser sa décision sur des éléments concrets ou l'enfant qui va pouvoir s'exprimer ?

L'enfant est de plus en plus considéré comme un sujet de droit, ce qui est une bonne chose, mais ne risque-t-on pas une instrumentalisation de celui-ci, par ses parents, par les avocats, voire par le juge ?

Section 2. Italie

Le législateur avait d'abord configuré l'audition de l'enfant avec l'article 155*sexies* du Code civil, introduit par la loi n°54/2006. Ensuite, la loi 219/2012 a introduit dans le Code civil l'article 315*bis*¹⁹⁸, considérant aujourd'hui l'audition comme un véritable droit pour l'enfant, qui a une valeur substantielle et non plus seulement processuelle, un droit qui s'impose dans les procédures qui concernent l'enfant.¹⁹⁹

Sous-section 1. Ancien régime

L'article 155*sexies* du Code civil²⁰⁰ prévoyait que le juge disposait de l'audition de l'enfant âgé de plus de douze ans ou plus jeune, si celui-ci a une capacité de discernement suffisante. Cette disposition avait été mise en place pour répondre à l'exigence internationale de la nécessité de l'audition du mineur dans toutes les procédures qui le concernent, formulée non seulement par la Convention internationale des droits de l'enfant des Nations Unies de 1989 dans son article 12, mais aussi par la Convention européenne sur l'exercice des droits de

¹⁹⁸ Article 315*bis* §3 du Code civil italien: "*Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*".

¹⁹⁹ M.P. SUPPA, « La separazione giudiziale » *op.cit.*, p.443

²⁰⁰ Article 155 *sexies* du Code civil italien : "*Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli*".

l'enfant signée à Strasbourg en 1996.²⁰¹ L'article a donc conformé le système juridique italien aux dispositions du droit international en vigueur, dont la jurisprudence a longtemps exclu la portée générale et l'application immédiate. Cette disposition s'appliquait à la procédure de séparation personnelles des époux, mais aussi à la procédure de divorce, de nullité du mariage, ou de toute procédure qui concerne une demande de garde des enfants.²⁰²

L'article 155*sexies* du Code civil nous informait que le juge « *dispose* » de l'audition du mineur, il n'était pas précisé si c'était une obligation pour le juge ou une simple faculté. On en déduit donc que c'était une faculté, le choix étant laissé à la discrétion du juge.²⁰³

Il s'agit cependant d'une règle importante qui peut entraîner des effets négatifs pour l'enfant lors de sa participation à la procédure, surtout s'il y a une prise de conscience de sa contribution décisive au jugement en matière de garde. Dans les cas opportuns, le juge pouvait, après l'audition des parties et après avoir obtenu le consentement de celles-ci, reporter l'adoption des mesures provisoires prévues à l'article 155 du Code civil afin que les parties aient une chance de trouver un accord quant aux enfants (en particulier en ce qui concerne les intérêts moraux et matériels de ceux-ci), suite à la consultation des avis des experts.²⁰⁴

Sous-section 2. Nouveau régime

La procédure de divorce fait expressément référence à l'audition des enfants mineurs, prévue aujourd'hui dans l'article 155*sexies* du Code civil et considérée comme obligatoire par les réglementations européennes qui traitent de la question. L'omission de cette formalité est un obstacle à la suite de la procédure. La Cour de cassation italienne considère²⁰⁵ qu'un manquement à l'obligation de l'audition du mineur entraîne un vice dans le principe du contradictoire. Les modalités de l'audition sont fixées par le Président, en respectant l'intérêt de l'enfant et les droits de la défense des parties.²⁰⁶

²⁰¹ SUPPA, M.P., « La separazione giudiziale » *op.cit.*, p.443

²⁰² CARNEVALE, V., « La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili » in *Diritto processuale di famiglia*, G. Giappichelli Editore, 20016, p.61

²⁰³ *Ibid.*, p.62

²⁰⁴ SUPPA, M.P., « La separazione giudiziale » *op.cit.*, p.443

²⁰⁵ Cass., 27 marzo 2017, n.7762/17

²⁰⁶ M. ROSSI, « Gli effetti della separazione nei rapporti con i figli » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio*, CEDAM, 2009, p.561

La loi 154/2013 a mis en œuvre le contenu de l'article 155*sexies* du Code civil dans le nouvel article 387*octies* du Code civil. Cet article régit la modalité d'écoute, selon laquelle le mineur qui a atteint l'âge de douze ans ou le mineur plus jeune lorsqu'il est capable de discernement est entendu par le Président du tribunal ou le juge en charge dans la procédure de l'affaire qui concerne l'enfant. Si l'audition est contraire aux intérêts du mineur ou manifestement inutile, le juge ne procède pas à l'audition en donnant un avis motivé. L'audition est menée par le juge qui peut, s'il le souhaite, faire appel à des experts, des auxiliaires, aux parents (même si ceux-ci sont parties à la procédure), ou encore au Ministère public. Ces différents acteurs peuvent participer à l'audition s'ils y sont autorisés par le juge, à qui ils peuvent proposer des questions s'ajoutant à l'audition.²⁰⁷

Avant d'entendre l'enfant, le juge l'informe de la nature de la procédure et des effets de l'audition. Il y a ensuite un enregistrement de l'audition dans un procès-verbal, qui contient également une description du comportement de l'enfant. Avant cette intervention législative importante, une partie de la doctrine avait reconnu cette obligation pour le juge d'écouter les enfants mineurs, non seulement dans la procédure en divorce, mais dans toute procédure du système judiciaire concernant l'enfant. La doctrine considérait déjà qu'il devait s'agir d'un véritable droit pour l'enfant et elle allait jusqu'à considérer que les enfants de couples séparés ou divorcés devaient être considérés comme des « *parties substantielles* »²⁰⁸ à la procédure.

Lors de la mise en place de ce régime d'audition comme obligation du juge, il a été établi que le juge n'est pas tenu de motiver la mesure selon laquelle il procède à l'audition ; il doit cependant justifier de manière adéquate la mesure selon laquelle un mineur de moins de douze ans n'est pas entendu.²⁰⁹

Un problème a été soulevé lors de la mise en place de l'article 155*sexies* du Code civil : celui des conséquences d'un défaut d'audition obligatoire par le juge du mineur de plus de douze ans, mais aussi de celle du mineur de moins de douze ans doté de discernement. La Cour de Cassation, interrogée sur le sujet, a jugé que le défaut d'audition des mineurs entrant dans le champ d'application de l'article 155*sexies* du Code civil est une violation du principe du

²⁰⁷ V. CARNEVALE, *op.cit.*, p.62

²⁰⁸ "Parti sostanziali", Traduction libre de V., CARNEVALE, *op.cit.*, p.62; G. RUFFINI, "Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore" in *Dir. Fam. e pers.*, 2006, p.1257

²⁰⁹ M. ROSSI, *op.cit.*, p.561

contradictoire et est contraire au principe du procès équitable.²¹⁰ D'après le texte de l'article 315bis du Code civil cité ci-dessus, l'audition de l'enfant est même, suite à cette opinion de la Cour de Cassation, un droit protégé par l'article 2 de la Constitution²¹¹, selon lequel la République italienne reconnaît les droits et les devoirs des citoyens.

Suite aux diverses modifications législatives, on comprend ici que l'audition de l'enfant n'est ni un témoignage, ni un interrogatoire. Il s'agit d'un instrument qui sert à recueillir les opinions du mineur et ses besoins et donc à acquérir les informations essentielles et indispensables pour prendre une décision dans son intérêt. L'audition doit avoir lieu de manière à garantir l'exercice effectif du droit de l'enfant à être entendu et à exprimer librement son opinion.²¹²

Section 3. Comparaison

Lorsqu'on compare les deux ordres législatifs, il ressort que les diverses modifications législatives ont été faites des deux côtés dans l'objectif de faire apparaître dans les ordres nationaux un réel droit à l'audition de l'enfant, tel que prescrit par le droit international. Les réformes ont permis d'encadrer la façon de procéder pour le juge de manière plus complète. Il y a beaucoup de similitudes entre le régime de l'audition de l'enfant en Italie et celui en vigueur en Belgique. Les réformes ont apporté des deux côtés des précisions sur les modalités et le déroulement de cette audition, comme le fait pour le juge d'être accompagné de tiers, ou encore les informations données au mineur qui va être entendu. Il y a également des ressemblances entre les deux régimes concernant les critères pour procéder à cette audition, à savoir l'âge et le discernement. Il y a donc là une transposition interne de l'article 12 de la CIDE qui prévoit que l'enfant a le droit d'exprimer son opinion, eu égard à son âge et à son degré de maturité. L'Italie et la Belgique ont donc fait le même choix d'établir une présomption de discernement à l'âge de douze ans, tout en laissant la possibilité au juge d'entendre un mineur plus jeune.

Il apparaît cependant qu'il y a une légère différence dans la conception du droit pour l'enfant à être entendu. Nous avons vu qu'il y avait dans chaque ordre national une transposition

²¹⁰ Cass., 15 settembre 2011, n.18867.

²¹¹ Article 2 Constitution italienne : « *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale* ».

²¹² V. CARNEVALE, *op.cit.*, p.60

de ce droit. À la lecture des différents auteurs, il apparaît que ce droit donné à l'enfant est obligatoire pour le juge dans l'ordre national italien. En effet, si l'enfant a plus de douze ans ou peut être jugé doté de discernement et que le juge ne procède pas à son audition, la Cour de Cassation considère qu'il y a un manquement au principe du contradictoire. La Cour de Cassation expose le fait que la violation du principe du contradictoire se fait par un manquement à l'obligation d'audition du mineur qui n'est pas motivé par l'absence du discernement qui pourrait le justifier lorsque le mineur porte des intérêts différents de ceux de ses parents.²¹³ On remarque ici que la jurisprudence italienne ne se positionne pas comme la jurisprudence européenne, qui considère que l'audition de l'enfant n'est pas une obligation générale et systématique.²¹⁴ La Cour européenne des droits de l'homme juge qu'en fonction du cas en question, imposer aux États membres d'auditionner l'enfant de façon systématique dans chaque affaire serait excessif. Il faut donc, selon elle, prendre en compte les circonstances du cas d'espèce ainsi que l'âge et la maturité de l'enfant concerné. La Belgique ne tranche pas cette question de façon aussi claire ; une obligation d'audition était émise dans l'ancien régime à l'article 56*bis* de la loi sur la protection de la jeunesse, mais la réforme de l'audition de l'enfant l'a supprimée.²¹⁵

Chapitre 6. Expertise

Le juge dispose de plusieurs moyens d'investigation, dont le plus important est l'expertise. L'expertise est, selon la plupart des juges, le meilleur moyen d'avoir une vision d'ensemble des relations familiales ainsi que des problèmes relationnels qui font surface.²¹⁶

Section 1. Belgique : l'expertise médico-psychologique

Le juge dispose de l'audition de l'enfant pour recueillir son opinion. Il peut également faire procéder à une étude sociale et soumettre l'enfant à un examen médico-psychologique. Il s'agit d'une enquête lui permettant d'obtenir davantage d'informations qui ne relèvent pas de sa compétence.²¹⁷ Le juge désigne un tiers pour procéder « à des constatations et donner un

²¹³ Cass., 21 octobre 2009, n.22238/2009

²¹⁴ Cour eur. D.H. arrêt Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, www.hudoc.echr.coe.int (30 juin 2018)

²¹⁵ A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille » *op.cit.*, p.102

²¹⁶ J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant : Aspects juridiques », *op.cit.*, p.256

²¹⁷ D. CARRE, « Expertise médico-psychologique ou pédopsychiatrique : les principes du Code judiciaire sont-ils solubles dans le droit de la famille ? », *Act. dr. fam.*, 2016/5, p. 94

avis motivé portant sur des questions d'ordre technique ou factuel »²¹⁸. Il est en effet prévu que le juge « *peut faire procéder à une étude sociale par l'intermédiaire du service social compétent et soumettre l'enfant à un examen médico-psychologique, lorsque le dossier qui lui est soumis ne lui paraît pas suffisant* »²¹⁹. Dans ce cas, le tribunal ne peut prendre sa décision qu'après avoir été mis au courant de l'avis du service social, sauf si cet avis ne lui parvient pas dans les délais fixés.²²⁰ Le juge peut ordonner une expertise, même si l'affaire n'est pas encore au stade d'être jugée au fond, en tant que mesure avant dire droit.²²¹ Le Tribunal de la famille n'est donc pas dénué d'outils pour parvenir à déterminer au mieux l'intérêt de l'enfant et répondre ainsi au prescrit de l'article 22 de la Constitution.

Les articles 962 et suivants du Code judiciaire règlent et encadrent l'expertise médico-psychologique. Le juge peut y faire appel mais cette mesure reste une faculté.²²² S'il désigne des experts, les parties doivent donner leur accord. Si les parties ne sont pas d'accord avec la désignation, l'expert ne pourra donner son avis que sur « *la mission prévue dans le jugement* »²²³. L'expert est, lors de litiges devant le Tribunal de la famille, un pédopsychiatre ou un psychologue qui va se pencher sur la situation des conjoints et de leurs enfants.²²⁴ Le code judiciaire ne règle pas de façon spécifique l'audition de l'enfant en elle-même dans le cadre de cette expertise, ni la façon dont l'enfant va être invité à être entendu.²²⁵

Selon Laure Jacobs, l'expertise médico-psychologique est divisée en trois étapes. L'expert procède d'abord aux entretiens ; il entend généralement d'abord les parents individuellement, puis les enfants individuellement, puis la famille ou les enfants ensemble. Il procède ensuite à une réflexion et enfin il rédige l'avis qu'il transmet au juge.²²⁶

Comme lors de l'audition du mineur faite par le juge (*cfr supra*) l'expert est normalement seul en présence de l'enfant, sauf s'il travaille avec un autre expert ou s'il entend la famille ensemble. Il n'est pas prévu, contrairement à l'audition²²⁷, que l'expert puisse faire

²¹⁸ D. CARRE, *op.cit.*, p.94

²¹⁹ Article 1253ter/6 alinéa 3 Code judiciaire belge

²²⁰ Article 1253ter/6 alinéa 1 Code judiciaire belge

²²¹ VAN GYSEL, A.-C., SCHYNS, I., « L'instruction de la cause » in *Le contentieux familial*, Anthemis, 2017, p.87

²²² Article 962 alinéa 1 Code judiciaire belge

²²³ Article 962 alinéa 2 Code judiciaire belge

²²⁴ D. CARRE, *op.cit.*, p. 97.

²²⁵ L. JACOBS, *op.cit.*, p.665

²²⁶ *Ibid.*, p.667

²²⁷ Article 1004/1 alinéa 6 Code judiciaire belge

appel à des tiers, comme par exemple une personne de confiance qui pourrait accompagner l'enfant. En ce qui concerne le rapport, contrairement à l'audition de l'enfant faite par le juge pour laquelle celui-ci retranscrit les seules déclarations de l'enfant, l'expert qui mène l'expertise médico-psychologique rend un rapport contenant son avis sur la situation de l'enfant, son analyse personnelle et ses « *observations sur le comportement non-verbal* »²²⁸ de l'enfant entendu. Cependant le rapport ne peut se contenter de relater l'avis de l'expert, il doit « *répondre aux observations des parties et doit s'appuyer sur les constatations de l'expert* »²²⁹. L'avis est donné à titre consultatif et le juge n'a pas d'obligation de le suivre.²³⁰

L'expert n'est pas tenu au secret professionnel à l'égard du juge dans ce cas précis, mais il ne rapporte au juge que ce qui est strictement nécessaire à la mission. Il dispose d'un rôle d'informateur pour le juge, tout en devant être un protecteur pour l'enfant et peut donc, dans cette optique-là, garder certaines informations ou certaines paroles de l'enfant pour lui. Il procède à son rapport et au choix du contenu de celui-ci en prenant toujours en compte l'intérêt de l'enfant.²³¹

L'objectif principal de cet entretien est de recueillir la parole de l'enfant pour connaître les relations qu'il entretient avec ses parents. L'expert doit cependant temporeriser les propos recueillis fonction d'une série de choses, comme le langage non-verbal, la cohérence des propos tenus par l'enfant ou une possible aliénation parentale.²³² Un autre objectif pour l'expert est de recueillir davantage d'informations sur la façon dont se déroule la vie familiale. Parce qu'elle permet également à l'enfant de se décharger d'un poids en parlant, l'expertise comporte un aspect thérapeutique, même si ce n'est pas le but de la mise en place de cette mesure.²³³ Certains experts renvoient même l'enfant ou la famille vers un thérapeute, suite à l'audition de l'enfant²³⁴ ou suite à l'expertise en général.²³⁵ Le poids que l'expert donne aux dires de l'enfant est à peu près le même que celui retenu par le juge dans la procédure d'audition consacrée aux articles 1004/1 et suivants du Code judiciaire. Toutefois, dans ce cas-ci, l'expert donne également son

²²⁸ L. JACOBS, *op.cit.*, p.668

²²⁹ D. CARRE, *op.cit.*, p. 95

²³⁰ Article 962 alinéa 4 Code judiciaire belge

²³¹ L. JACOBS, *op.cit.*, p.669

²³² *Ibid.*, p.680

²³³ D. CARRE, *op.cit.*, p. 98

²³⁴ L. JACOBS, *op.cit.*, p.681

²³⁵ Mons, 4 novembre 1997, *Rev.trim.dr.fam.*, 1999, p.279

avis au juge dans le rapport qu'il lui transmet. Le juge choisit, en vertu de l'article 962 du Code judiciaire, la valeur qu'il décide d'accorder à cet avis.²³⁶

On remarque qu'il s'agit une fois de plus ici d'une application du droit international, consacré par la Convention internationale des droits de l'enfant dans ses articles 9 et 12. L'expertise médico-psychologique est, en effet, un procédé différent de l'audition de l'enfant menée par le juge, mais qui permet d'arriver à un résultat similaire : obtenir et prendre en compte l'opinion de l'enfant par le biais de sa parole, afin que celle-ci constitue un élément essentiel et déterminant dans la décision finale. Il s'agit également de prendre en compte son intérêt supérieur de façon primordiale, comme l'impose l'article 3 de la Convention.

On remarque, avec ces mesures d'investigation, que l'on passe ici à un processus qui est davantage psychologique que juridique. D'un point de vue global, il y a une mouvance de la procédure devant le tribunal de la famille vers une psychologisation du contexte de la justice familiale, ce qui illustre une prise en compte des aspects psychologiques du conflit. Cela est pris en compte par le juge lorsque celui-ci s'aperçoit que son jugement ne règlera pas complètement le contentieux.²³⁷ Les critères pris en compte ne seraient alors pas uniquement les normes juridiques, mais également les émotions et le ressenti des personnes concernées. Dans le cadre des procédures de justice familiale, on constate en effet que des auxiliaires sociaux et médico-psychologiques assistent le juge pour évaluer les enjeux sociaux et médico-psychologiques du cas d'espèce.²³⁸

Section 2. Italie : l'expertise par les services sociaux et la CTU²³⁹

D'après le Code civil italien²⁴⁰ et la Cour de Cassation²⁴¹, le juge peut bénéficier de moyens d'investigations, d'office ou à la demande des parties. Ces moyens comprennent l'audition du mineur faite par le juge, mais aussi le fait pour le juge de s'entourer d'experts, ou de tenter une médiation. Avant de prendre des mesures temporaires, le juge d'instruction peut demander une enquête aux services sociaux territorialement compétents, si les mesures

²³⁶ L. JACOBS, *op.cit.*, p.683

²³⁷ P. VAN LEYSEELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p.202

²³⁸ J.-L. RENCHON, « Les évolutions de notre regard sur l'enfant », *J.T.*, 2012/19, n° 6479, p. 377-383.

²³⁹ "Consulenza Tecnica d'Ufficio"

²⁴⁰ Article 337octies Code civil italien

²⁴¹ Cass., 3 agosto 2007, n°17043

concernent des enfants mineurs. L'Italie connaît, depuis plusieurs années, une hausse du recours du juge à cette enquête des services sociaux et ce même avant l'audience présidentielle lorsqu'il y a une situation délicate ou conflictuelle susceptible d'affecter le développement serein des enfants.²⁴² Il s'agit donc d'une enquête applicable dans les situations particulièrement délicates, avant même la première audience de comparution.

Il existe également en droit italien une faculté pour le juge de demander une expertise appelée CTU (« Consulenza Tecnica d'Ufficio »²⁴³).²⁴⁴ C'est un outil d'enquête utilisé dans le domaine judiciaire, consistant en une évaluation spécialisée faite par un expert (souvent un psychologue, pédopsychiatre ou les services sociaux) à la demande du juge. Dans le domaine de la justice familiale, la CTU est utilisée pour fournir au juge des informations supplémentaires sur la famille, les liens entre ses différents membres ou leur situation.²⁴⁵ Le juge peut donc faire appel à un psychologue pour avoir un rapport concernant les liens entre les parents et l'enfant. Cet instrument est également utilisé pour sensibiliser les parents à l'intérêt de l'enfant et à son bien-être au sein de la famille.²⁴⁶

Le juge nomme un expert par ordonnance²⁴⁷ ; cet expert doit venir prêter serment lors d'une audience. Le juge établit une mission contenant une question spécifique à laquelle l'expert doit répondre dans son rapport d'entretien, spécifiant aussi les dates limites pour que l'expert rende son rapport. Lors de son expertise, le psychologue doit évaluer les compétences des parents en ce qui concerne les besoins de l'enfant. Il doit prendre en compte les relations familiales, la capacité des parents à s'occuper des enfants, le développement adéquat du mineur et voir si les parents peuvent y répondre. La CTU a pour but d'apporter des informations sur tous les aspects liés à l'enfant, la relation qu'il entretient avec ses parents, les qualités

²⁴² A. ARCERI, "Articolo 337-*octies*, Poteri del giudice e ascolto del minore" in Codice della famiglia, a cura di Michele Sesta, Giuffrè Editore, 2015, p.1346

²⁴³ "Consultation technique", Traduction libre

²⁴⁴F. DANOVI, "Lo scioglimento del matrimonio per pronunzia di divorzio" in *Trattato di diritto di famiglia, Volume terzo, La separazione personale dei coniugi, il divorzio, la rottura della convivenza nmore uxorio*, A cura di Giovanni Bonilini, Utet Giuridica, 2016, p.2672

²⁴⁵ Article 61 Code de procédure civile italien : «*Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli. La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente Codice* ».

²⁴⁶ V. CARNEVALE, *op.cit.*, p.54

²⁴⁷ Article 63 Code de procédure civile italien : «*Il consulente scelto tra gli iscritti in un albo ha l'obbligo di prestare il suo ufficio, tranne che il giudice riconosca che ricorre un giusto motivo di astensione. Il consulente può essere ricusato dalle parti per i motivi indicati nell'articolo 51. Della ricusazione del consulente conosce il giudice che l'ha nominato* ».

personnelles de chaque membre de la famille. L'expert peut également se baser sur l'environnement culturel et social dans lequel l'enfant évolue.²⁴⁸

La CTU est divisée en étapes. L'expert procède à des entretiens individuels avec les parents, le ou les enfant(s) mais également avec la famille élargie ou d'éventuels nouveaux partenaires des parents, si nécessaire. Il procède ensuite à une analyse des relations parents/enfant(s). Enfin, il rédige le rapport qu'il remet au juge.²⁴⁹ Il peut inclure dans son rapport un éventuel compte rendu de l'utilisation d'instruments empruntés au milieu clinique, s'il en a eu l'utilisation (tests spécifiques, par exemple). Les considérations de l'expert contenues dans le rapport doivent être appuyées par les motivations qui ont guidé ses opinions.²⁵⁰

Le rôle de l'expert est donc d'analyser les éléments en fonction de sa formation professionnelle tout en gardant à l'esprit que dans cette expertise, l'intérêt de l'enfant doit primer. Il doit donc recueillir les éléments utiles à l'expertise sur le terrain en procédant aux entretiens. Pour se faire, il peut, entre les méthodes qui s'offrent à lui, choisir les outils d'évaluation de manière pertinente, pour ensuite procéder à une analyse, faire un rapport dans le temps imparti par le juge, dans lequel il doit formuler son opinion.²⁵¹ La CTU offre une double plus-value à l'audition faite par le juge lui-même ; d'abord le conseil psychologique permet d'éviter une trop grande responsabilisation de l'enfant, l'audition extra-procédurale permet un contact moins traumatisant et plus informel entre l'enfant et la personne qui procède à l'audition. Ensuite, cette technique permet de peser les déclarations de l'enfant sous un angle davantage psychologique, ce qui permet de réduire le risque d'incompréhension ou d'instrumentalisation.²⁵²

En ce qui concerne l'entretien de l'enfant en lui-même, le but est de garantir à l'enfant le droit d'exprimer librement son opinion, conformément aux dispositions de droit international, notamment les articles 9 et 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, mais aussi la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant

²⁴⁸ F. DANOVI, *op.cit.*, p.2676

²⁴⁹ Article 62 Code de procédure civile italien : « *Il consulente compie le indagini che gli sono commesse dal giudice e fornisce, in udienza e in camera di consiglio, i chiarimenti che il giudice gli richiede a norma degli articoli 194 e seguenti, e degli articoli 441 e 463* ».

²⁵⁰ V. CARNEVALE, *op.cit.*, p.55

²⁵¹ F. DANOVI, *op.cit.*, p.2677

²⁵² A. ARCERI, *op.cit.*, p.1346

de Strasbourg du 25 janvier 1996, et conformément aux dispositions de droit national telles que la loi n°54 du 8 février 2006 et l'article 155^{sexies} du Code civil. Le but de cet entretien étant de recueillir les opinions de l'enfant mineur pour prendre en compte son intérêt. L'audition dans le cadre de l'expertise ne doit pas considérer l'enfant comme témoin ou comme élément probatoire. L'expert doit donc garantir à l'enfant un cadre adéquat pour procéder à son audition, il doit également avertir l'enfant des personnes qui pourront avoir accès à ses déclarations et de la manière dont celles-ci vont être utilisées dans le cadre de l'affaire, mais aussi de la nature et du contenu des décisions qui seront prises par le juge.²⁵³

Section 3. Comparaison

L'expertise médico-psychologique en Belgique et la CTU en Italie ont la même vocation : informer le juge dans des domaines qui sont hors de sa compétence. Il s'agit, dans les deux ordres juridiques, d'un moyen d'investigation efficace par lequel un expert va faire un rapport au juge sur la mission qu'il a menée au sein de la famille. Nous avons donc, des deux côtés, un respect et une transcription en droit interne du droit international, notamment de l'article 3 de la CIDE qui impose une considération primordiale de l'intérêt de l'enfant, mais aussi de l'article 9 et l'article 12 de la CIDE puisque, comme nous l'avons vu, l'expert peut entendre l'enfant dans certains cas. L'Italie remplit également ses obligations de respecter la Convention de Strasbourg relative à l'exercice des droits des enfants qui, dans son article 3, prévoit que l'opinion de l'enfant doit être prise en compte, Convention que la Belgique n'a pas ratifiée.

Les régimes d'expertise ne sont pas organisés exactement de la même manière en Belgique et en Italie mais il en ressort à peu près les mêmes modalités : l'expert est souvent un psychologue qui va procéder à des entretiens, ceux-ci ne sont pas expressément encadrés par le régime légal car il y a sans doute une volonté de rester informel pour favoriser une proximité avec les membres de la famille et expressément avec l'enfant. Cela permet aussi à l'expert d'utiliser des meilleurs outils à sa disposition pour rendre son avis. Ces outils étant en constante évolution, en ne figeant pas trop les modalités pratiques de l'expertise, le législateur autorise l'expert à recourir à toute amélioration ou innovation technique qu'il juge nécessaire ou opportune. Les procédés utilisés diffèrent donc de l'audition faite par le juge lui-même.

²⁵³ V. CARNEVALE, *op.cit.*, p.56

Chapitre 7. Moyens d’investigation du tribunal de la famille

Section 1. Belgique

L’article 1253ter/6 alinéa 1^{er} du Code judiciaire prévoit que lorsqu’un mineur est concerné par une demande, le tribunal a d’autres moyens d’investigation pour prendre sa décision que l’audition ou l’expertise déjà étudiées ci-dessus. Il peut faire procéder à des investigations utiles ou, par exemple, procéder à une enquête sociale dans le but de mieux connaître la personnalité de l’enfant et le milieu où il a été élevé, pour pouvoir déterminer au mieux son intérêt.²⁵⁴ Le but est que le juge prenne toujours une décision en ayant comme principal objectif l’intérêt supérieur de l’enfant.

On note également que le juge a le pouvoir de demander des renseignements au Ministère public²⁵⁵ et que depuis la réforme de 2013, ce champ d’action est élargi puisqu’il ne s’agit plus seulement d’une possibilité ouverte pour les affaires concernant l’exercice de l’autorité parentale, la résidence des époux et les obligations alimentaires. Aujourd’hui, des informations peuvent être requises par le juge au Ministère public de façon plus globale, lorsque l’affaire en cause traite des relations familiales en général.²⁵⁶

Nous avons déjà vu auparavant que le juge de la famille pouvait prendre des mesures à titre provisoire, selon l’article 1253ter/5 du Code judiciaire. Il apparaît, selon les travaux préparatoires de la loi introduisant la réforme²⁵⁷, que la liste énoncée à cet article est exemplative. Le juge peut donc prendre d’autres mesures avant de prendre une décision finale.²⁵⁸

Section 2. Italie

²⁵⁴ Article 1253ter/6 §1 Code judiciaire belge

²⁵⁵ Article 872 alinéa 1 Code judiciaire belge

²⁵⁶ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.104

²⁵⁷ Proposition de loi portant création d’un tribunal de la famille et de la jeunesse, Rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. Parl.*, Chambre, 2010_2013, n°53-0682/001, pp.59-124 ; Projet de loi portant création d’un tribunal de la famille et de la jeunesse, Addendum, *Doc. Parl.*, Sénat, 2010-2013, n°5-1189/4, p.18

²⁵⁸ J.-P. MASSON, *op.cit.*, p.104

Le juge dispose d'un moyen d'enquête mais, contrairement au droit belge, il s'agit d'une enquête essentiellement patrimoniale. Selon l'article 5 de la loi n°898 du 1^{er} décembre 1970 concernant le divorce et selon l'article 155 du Code civil concernant la séparation judiciaire, le juge peut demander à la police fiscale une enquête concernant le revenu, les avoirs, le niveau de vie des conjoints. Cela a été confirmé par la Cour de cassation.²⁵⁹ Le juge peut faire appel à la police fiscale pour mener cette enquête.²⁶⁰

On peut donc dire que l'accent n'est pas mis ici directement sur l'intérêt de l'enfant, contrairement à ce qui est fait en Belgique. Les moyens d'investigations accessibles au juge sont ici purement indicatifs et sont activables lorsque les parties n'apportent pas de preuves suffisantes sur leurs revenus.²⁶¹ Le juge peut cependant, comme en droit belge, prendre des mesures pour aménager la situation.

Section 3. Comparaison

Il y a ici une large différence entre la procédure belge et la procédure italienne. En effet, le juge belge dispose de moyens d'investigation mis à disposition pour approfondir sa connaissance de la situation familiale et avoir une meilleure perception des relations entre les membres de la famille. Il y a, dans la mise en place de ces moyens d'investigation, une volonté de remplir cette prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, énoncée par le droit international et européen. Le juge peut en effet prendre toute mesure jugée utile. Le régime italien ne prévoit pas de moyen d'investigation répondant à cet objectif. En effet, les moyens mis en place dans la procédure italienne ne répondent en rien au prescrit du droit international concernant l'enfant. Il s'agit cependant dans les deux cas d'une façon, pour le juge, d'avoir davantage d'informations pour rendre son jugement.

Chapitre 8. Avis du Parquet

Section 1. Belgique

²⁵⁹ Cass, première section civile, N°5094 du 5 mars 2014

<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/famiglia/2014-03-07/divorzio-indagini-patrimoniali-qual-165055.php?uuid=ABZfRPD>

²⁶⁰ V. CARNEVALE, *op.cit.*, p.55

²⁶¹ *Ibid.*, p.54

Dans la procédure de droit commun, le Ministère public intervient en matière civile, soit dans les cas spécifiés par la loi, soit chaque fois que l'ordre public exige son intervention selon l'article 138*bis* §1 du code judiciaire. En ce qui concerne le tribunal de la famille, celui-ci communique la cause au Ministère public pour toutes les demandes relatives aux mineurs, ainsi que tout ce qui est requis par la loi d'après l'article 138§1/1 du code judiciaire.²⁶²

D'après la nouvelle loi du 19 octobre 2015, le Ministère public doit agir à chaque fois que l'ordre public l'exige, par voie d'action, de réquisition ou d'avis. En matière civile, le Ministère public est amené, au-delà des avis, à introduire certaines actions (rectification d'actes d'état civil, action en annulation de mariage dans le cadre des mariages simulés, *etc*). Le changement fondamental de la réforme est une révision de la notion de communicabilité. Désormais, sauf pour les exceptions, il suffit pour respecter le prescrit légal que le Ministère public prenne connaissance des dossiers dits « communicables » et que sur cette base, il évalue l'opportunité de rendre un avis en fonction des informations dont il dispose. S'il décide de rendre un avis, il choisit entre l'avis écrit ou l'avis oral, rendu à l'audience. Dans le cadre des affaires familiales, le Ministère public se verra communiquer l'affaire dans quatre cas : si la demande porte sur une matière²⁶³ visée par l'article 764 alinéa 1 du code judiciaire, s'il s'agit d'une affaire concernant un mineur d'âge, si le Ministère public recourt à son pouvoir d'évocation et enfin si le juge de la famille en fait la demande.

Le Ministère public apprécie ensuite l'opportunité de son intervention, sauf dans les cas où son intervention est obligatoire. Nous citerons, à titre d'exemple, les constats d'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale ou les refus de célébration de mariage. En ce qui concerne les matières relatives à l'autorité parentale, au droit aux relations personnelles, à la filiation, le parquet exercera son choix de rendre un avis ou non.²⁶⁴

Section 2. Italie

L'intervention du Ministère public est obligatoire dans la procédure en divorce, d'après l'article 5 §1 de la loi n°898 du 1^{er} décembre 1970, qui réaffirme le principe prévu à l'article 70

²⁶² A.-C. VAN GYSEL, « Chapitre V - La procédure devant le Tribunal de la Famille », *op.cit.*, p.106

²⁶³ Nous citerons à titre d'exemple les demandes relatives à l'état des personnes, les demandes relatives aux actes de l'état civil, les demandes en requête civile.

²⁶⁴ A.-C. VAN GYSEL, J. SAUVAGE, « Chapitre III. L'introduction de la procédure devant le tribunal de la famille » in *Le contentieux familial*, Limal, Anthemis, 2017, 71-82

du Code de procédure civile. Selon l'article 71 du Code de procédure civile, le juge a l'obligation de communiquer les documents de procédure au Ministère public dans chaque cas pour lequel l'intervention de ce dernier est nécessaire. L'intervention du Ministère public doit avoir lieu après l'audience présidentielle (audience d'introduction). Le Président doit informer le Ministère public de l'appel et du décret qui fixe l'audience. S'il y a une omission de transmission au Ministère public, cela entraînera la nullité de la procédure. Lorsque l'intervention du Ministère public est requise par la loi, il est considéré que cette obligation est respectée si le Ministère public a eu l'occasion d'exercer les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 72²⁶⁵ du Code de procédure civile, même s'il n'a pas présenté de conclusions écrites ou orales. Le Ministère public intervenant en justice peut, dans la limite des questions des parties, produire des documents, produire certaines preuves et présenter des conclusions. Cette disposition est inefficace si cela touche aux intérêts des enfants, que ce soit lorsque le Ministère public s'est prononcé sur une question de garde des enfants, de leurs intérêts patrimoniaux ou de leur entretien.²⁶⁶

Dans le cadre de la procédure en divorce, les lois régissant la procédure considèrent le Ministère public comme une « partie adverse » aux parents, qui détient un droit à faire appel si cela concerne l'intérêt des enfants concernés par l'affaire. Si une des parties fait appel d'une décision de première instance, l'acte d'appel doit être notifié au procureur de la République du tribunal compétent. La jurisprudence, reconnaissant que le procureur est nécessaire en tant que « partie adverse » dans une procédure de divorce avec des enfants mineurs, considère que le recours doit lui être notifié. En cas de manquement, le tribunal de seconde instance doit ordonner l'introduction du contradictoire, conformément à l'article 331 du Code de procédure civile.²⁶⁷

²⁶⁵ Article 72 Code de procédure civile italien: « Il pubblico ministero, che interviene nelle cause che avrebbe potuto proporre, ha gli stessi poteri che competono alle parti e li esercita nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime. Negli altri casi di intervento previsti nell'articolo 70, tranne che nelle cause davanti alla Corte di cassazione, il pubblico ministero può produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni nei limiti delle domande proposte dalle parti. Il pubblico ministero può proporre impugnazioni contro le sentenze relative a cause matrimoniali, salvo che per quelle di separazione personale dei coniugi. Lo stesso potere spetta al pubblico ministero contro le sentenze che dichiarino l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali, salvo che per quelle di separazione personale dei coniugi (...)».

²⁶⁶ V. ACHILLI, *op.cit.*, p.659

²⁶⁷ *Ibid.*

Cette obligation n'a pas lieu d'être lorsqu'il n'y a pas d'enfants mineurs.²⁶⁸ Dans ce cas-ci, le Ministère public n'a plus cette position de partie adverse et il n'y a plus cette nécessité de rétablir le contradictoire car le rôle du parquet n'est plus nécessaire.²⁶⁹

Section 3. Comparaison

Une fois de plus, les deux ordres nationaux ont la même vocation : faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une préoccupation primordiale. Cependant, la façon dont cette vocation est mise en œuvre est un peu différente entre les deux pays. La Belgique connaît, depuis la réforme de 2015, la notion de communicabilité des affaires au Ministère public. Lorsque l'affaire concerne des enfants mineurs, elle est obligatoirement communiquée au Ministère public et celui-ci peut ensuite juger de l'opportunité de rendre son avis. On remarque que le système italien fonctionne approximativement de la même manière, en ce sens que ce n'est pas formulé exactement comme ça l'est en Belgique mais que le processus est le même. Il y a également une communicabilité qui se fait et qui est obligatoire, et on considère que le Ministère a eu l'occasion d'exercer ses pouvoirs même s'il ne rend pas d'avis, ce qui correspond à juger de l'opportunité de rendre cet avis. De part et d'autre, il y a une considération majeure de la place de l'enfant dans la procédure. Cette dernière est renforcée si l'affaire concerne des enfants. Il y a donc à nouveau une transcription du droit international dans les deux ordres juridiques nationaux.

²⁶⁸ Article 5 loi italienne n°898 du 1^{er} décembre 1970

²⁶⁹ V. ACHILLI *op.cit.*, p.661

Conclusion

Après avoir étudié les points de procédure qui se réfèrent à la place de l'enfant lors de la rupture conjugale des parents, il semble évident que l'enfant occupe aujourd'hui une position décisive dans la procédure. Il est en effet au centre des préoccupations dans la plupart des étapes de la prise de décision par le juge. Tout au long de la procédure, le but est de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant grâce à plusieurs mécanismes mis en place comme l'audition de l'enfant, l'expertise ou l'envoi en médiation ou en conciliation. Tous ces mécanismes sont aujourd'hui établis légalement, de façon plus ou moins complète. Il faut cependant que le juge y recoure en pratique.

Nous avons soulevé, au long de cette analyse, que la prise en compte de la parole de l'enfant est devenue au fil des réformes un outil incontournable pour que le juge puisse se faire une meilleure idée de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, après avoir examiné les différents procédés d'écoute de l'enfant, nous avons pu remarquer des divergences de régime. L'audition devant le juge est beaucoup plus règlementée et d'une manière beaucoup plus formelle que l'audition devant un expert ou en médiation, notamment au niveau de l'invitation et du rapport. Toutefois, le juge bénéficie d'un meilleur encadrement car il est moins formé, moins outillé que le médiateur ou l'expert. Malgré les mécanismes mis en place pour que l'audition se passe au mieux dans les trois régimes proposés, un problème de fond persiste : le risque, pour l'enfant, d'être l'objet de manipulation ou d'être pris dans des conflits de loyauté. C'est en partie pour cela que le juge peut tempérer le poids qu'il donne à l'opinion recueillie mais il ne pourra malheureusement pas toujours discerner ce que l'enfant pense réellement. Il est alors sans doute préférable de laisser le juge auditionner avec un psychologue de façon systématique ou de directement faire appel à un expert. Le recours à l'opinion de l'enfant exprimée en médiation offre qu'il y a moins de risque pour l'enfant d'être pris dans des conflits de loyauté car le but est, pour les parents, de trouver une solution qui prenne en compte l'intérêt de tous les membres de la famille.²⁷⁰ Nous ne plaidons cependant pas en faveur d'une harmonisation des procédés. En effet, chaque acteur (juge, expert, médiateur) a une fonction différente et chaque procédé apporte une particularité précise, c'est pourquoi il existe des régimes différents. Néanmoins, chacun de ces procédés présente des défauts et peut être amélioré.

²⁷⁰ L. JACOBS, *op.cit.*, p.689

Les différentes réformes étudiées ont permis d'accorder à l'enfant une place décisive. Il convient ici de s'interroger sur cette place ; les réformes qui ont pour objectif de promouvoir les droits de l'enfant ont toute leur importance, mais maintenant que l'enfant est au centre des préoccupations, on peut se demander si cette place n'implique pas certaines dérives possibles ainsi qu'un danger pour l'enfant non seulement d'un risque de manipulation mais aussi une certaine pression de devoir se positionner par rapport au conflit et donc par rapport à ses parents. Le problème est que l'enfant peut être vu comme devant être protégé à cause de son jeune âge et de sa vulnérabilité. Nous notons donc ici une réelle avancée et une volonté de prendre en compte l'intérêt supérieur, à cause de cette vulnérabilité et de cette protection à lui accorder. Toutefois, cette prise en compte peut, dans certains cas, s'avérer néfaste ; nous sommes face à un certain paradoxe. Les outils mis en place pour favoriser l'inclusion de l'enfant dans le processus décisionnel sont donc à utiliser avec la plus grande précaution.

Il est intéressant de se pencher sur les différences entre la procédure belge et la procédure italienne, bien que celles-ci soient relativement semblables. Il y a d'abord un positionnement différent des deux États quant à l'intégration dans la Constitution d'une reconnaissance des droits de l'enfant. La Constitution belge devance ici l'Italie dans la prise en compte de l'enfant en lui proposant une réelle place d'acteur de ses droits. Cependant, dans la suite de l'analyse de la procédure, nous avons pu remarquer que cela n'empêchait pas la procédure italienne d'intégrer l'enfant, presque de la même manière que la Belgique, grâce à la transposition du droit international et européen. Il y a ensuite, dans la mise en place des différents outils, quelques légères différences entre l'Italie et la Belgique. Que ce soit au niveau de la réglementation de la médiation, du dossier familial, des moyens d'investigation mis à disposition du juge, l'on remarque que l'Italie n'est pas aussi avancée que la Belgique. Bien que ces différences soient peu significatives, elles traduisent peut-être une divergence dans la perception de la famille dans la société belge et dans la société italienne, qui serait donc traduite, de façon légère et dans la limite du possible imposée par le droit international, dans les ordres juridiques respectifs. Il serait dès lors intéressant d'approfondir l'analyse de comparaison entre les deux pays pour vérifier si cette différence transparait au niveau du fond des jugements en la matière. En Italie, bien que l'hébergement égalitaire soit prôné comme en Belgique, il apparaît qu'en pratique, celui-ci est souvent accordé aux mères.²⁷¹ Il serait donc intéressant d'analyser

²⁷¹ S. STEFANELLI, « Capitolo terzo - Responsabilità genitoriale e affidamento » in *La filiazione e i minori*, Milanofiori Assago, Kluwer, 2015, pp. 477-535.

pourquoi il y a un léger retard dans la procédure et quelle est la motivation de cette conception familiale en Italie.

En étudiant la procédure applicable en Belgique et en Italie, on constate que les deux régimes sont semblables sur beaucoup de points. De tradition civiliste, les ordres internes belge et italien ont choisi les mêmes outils pour répondre à leurs obligations de transposition du droit international et européen. S'il y a quelques différences dans la mise en place de ces outils, celles-ci ne sont que mineures en comparaison d'autres ordres juridiques. On peut par exemple s'interroger sur les différences entre la procédure choisie par les États belge et italien et la procédure applicable dans des pays de *Common Law* tels que le Royaume-Uni. Lors du processus décisionnel, le juge anglais dispose d'une beaucoup plus vaste marge de manœuvre beaucoup plus vaste pour organiser l'hébergement et la prise en charge des enfants. Le juge anglais bénéficie d'une très grande discrétion quant au processus à adopter et quant aux décisions à prendre lorsqu'il est face à la séparation conjugale d'un couple parental. Cette grande flexibilité est conditionnée par l'intérêt de l'enfant, qui doit primer avant toute chose.²⁷² Les juges belges et italiens sont davantage encadrés par le régime procédural et disposent d'une marge de manœuvre plus modérée.

La place de l'enfant est toujours en évolution, elle est au centre des préoccupations et fera encore sans doute l'objet de réformes à venir, notamment grâce à la mondialisation des solutions.

²⁷² G. WILLEMS, « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion sur l'équilibre entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », *R.D.I.D.C.*, 2016/4, p.604

Bibliographie

Législation

- Droit international

Convention des droits de l'enfant, signée à Genève le 26 septembre 1924

Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989

Préambule de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant ; Conseil de l'Europe, rapport explicatif sur la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant

Protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communication, 19 décembre 2009

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12

- Droit européen

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028

Convention relative à l'exercice des droits des enfants, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996

Rec. N°278 du Comité des ministres aux États membres sur la médiation familiale, du 21 janvier 1998, *J.D.J.* n°278, p.47

- Droit belge

Constitution belge de 1830

Code civil de 1804, articles 229, 1476, 1479

Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, art. 56bis, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014

Code judiciaire de 1967, articles 79, 90, 138, 138*bis*, 168, 629*bis*, 725*bis*, 731, 764, 872, 962, 1004, 1004/1, 1253*ter*, 1255, 1724 à 1737, ancien article 931

Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434

Loi du 25 novembre 1991 portant approbation de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989, *M.B.*, 17 janvier 1992, p. 80

Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005

Loi modifiant l'article 22*bis* de la Constitution, *M.B.*, 29 décembre 2008

Loi du 2 juin 2010 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la procédure en divorce, *M.B.*, 21 juin 2010

Loi du 5 avril 2011 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la comparution personnelle et la tentative de conciliation en cas de divorce, en instaurant une information sur l'existence et l'utilité de la médiation en matière de divorce, *M.B.*, 16 juin 2011

Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, p.68429

Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015, p.65084

Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Rapport fait au nom de la commission, *Doc., parl.*, Sen. 2010-2011, n°5-115/4

Révision de l'article 22*bis* de la Constitution, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2007-2008, n°52-175/1, p. 4

Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *Doc.parl.*, Ch., 2010-2011, n°53-0682/001, p.11

Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, Rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., 2010-2011, n°53-0682/001, pp.59-124

Projet de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, Addendum, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2013, n°5-1189/4, p.18

Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. Parl. Chambre* 2010-2011, n° 0739/001, p.234

- Droit italien

Costituzione della Repubblica Italiana del 1948

Codice di procedura civile del 28 ottobre 1940, articoli 62, 63, 71, 72, 331, 708

Codice civile del 1942, articoli 315*bis*, 137*ter*, 150, 155, 155*sexies*, 315*bis*, 342

Legge n°898 du 1 dicembre 1970, sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, *Gazzetta Ufficiale n°306*, 3 dicembre 1970

Legge n°436 del 1 agosto 1978 sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio, *Gazzetta Ufficiale n°227*, 16 agosto 1978

Legge n°74 du 6 marzo 1987 sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio, *Gazzetta Ufficiale n°58*, 11 marzo 1987

Legge n°285 du 28 agosto 1997, Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza, *Gazzetta Ufficiale n°207*, 5 settembre 1997

Legge n°154 du 4 aprile 2001, Misure contro la violenza nelle relazioni familiari, *Gazzetta Ufficiale n°98*, 28 aprile 2001

Legge n°77 du 20 marzo 2003, Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, *Gazzetta Ufficiale n°91*, 18 aprile 2003

Legge n°80 del 14 maggio 2005, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di

procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, *Gazzetta Ufficiale n°111*, 14 maggio 2005

Legge n°54 del 8 febbraio 2006, Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, *Gazzetta Ufficiale n°50*, 1 marzo 2006

Legge n°219 del 10 dicembre 2012, Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, *Gazzetta Ufficiale n°293*, 17 dicembre 2012

Decreto legislativo n°154 del 28 dicembre 2013, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, *Gazzetta Ufficiale n°5*, 8 gennaio 2014

Legge n°55 du 8 maggio 2015, Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi, *Gazzetta Ufficiale n°107*, 11 maggio 2015

Disegni di legge, Atto Senato, Istituzione della figura del mediatore familiare e disposizioni in materia di mediazione familiare, 6 marzo 2017, n°S.2686, <http://www.senato.it/versionestampa/stampa.jsp?url=/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/47676.htm> (page consultée le 13 juin 2018)

Jurisprudence

- Droit européen

Cour eur. D.H. arrêt Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994

Cour eur. D.H. arrêt McMichael c. Royaume-Uni du 24 février 1995

Cour eur. D.H. arrêt Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003

Cour eur. D.H. arrêt Plasse-Bauer c. France du 28 mai 2006

Cour eur. D.H. arrêt C. c. Finlande du 9 août 2006

Cour eur. D.H. arrêt Plaza c. Pologne du 25 janvier 2011

- Droit belge

Civ. Mons, jeun., 5 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 996

Civ. Mons, jeun., 20 février 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 997

Civ. Verviers, jeun., 12 février 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 996

Civ. Bruxelles, réf., 5 décembre 2003, *Rev. Trim. dr. fam.*, 2005, p. 501

- Droit italien

Cass., 3 agosto 2007, n°17043

Cass., 21 ottobre 2009, n.22238/2009

Cass., 15 settembre 2011, n.18867

Cass., 5 marzo 2014, n°5094

Cass., 27 marzo 2017, n.7762/17

Doctrine

- Droit belge

AUGHUET, C., BARNICH, L., CARRE, D., GALLUS, N., HIERNAUX, G., MASSAGER, N., PFEIFF, S., UYTTENDAELE, N. et VAN GYSEL, A.-C., VAN HALTEREN, T., « Chapitre 2 - Les enjeux et concepts fondamentaux » in *Traité de droit civil belge – Tome I : Les personnes. Volumes 1 et 2*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 577-600

AUGHUET, C., BARNICH, L., CARRÉ, D., GALLUS, N., HIERNAUX, G., MASSAGER, N., PFEIFF, S., UYTTENDAELE, N. et VAN GYSEL, A.-C., VAN HALTEREN, T., « Chapitre 6 - L'entente perturbée du couple » in *Traité de droit civil belge – Tome I : Les personnes. Volumes 1 et 2*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 389-400

AUGHUET, C., BARNICH, L., CARRÉ, D., GALLUS, N., HIERNAUX, G., MASSAGER, N., PFEIFF, S., UYTTENDAELE, N. et VAN GYSEL, A.-C., VAN HALTEREN, T., « Chapitre 4 - Le divorce par consentement mutuel » in *Traité de droit civil belge – Tome I : Les personnes. Volumes 1 et 2*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 457-512

BAUGNET, N., *La médiation familiale, Mode de règlement des conflits familiaux*, Bruxelles, De Boeck, 2008, pp. 45-46

BOUCHAT, F., « Le tribunal de la famille : qu'est ce qui va changer concrètement », *J.D.J.*, 2014, n° 337, p. 13

CANTWELL, N., « La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *Journ. dr. j.*, 2013, n° 323, pp. 8-11

CARRE, D., « Expertise médico-psychologique ou pédopsychiatrique : les principes du Code judiciaire sont-ils solubles dans le droit de la famille ? », *Act. dr. fam.*, 2016/5, pp. 94-99

CLOSSET-MARCHAL, G., « 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'U.C.L., Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p.134

DE BOE, C., « La place de l'enfant dans le procès civil » in *J.D.T.*, Larcier, 2009, pp. 485-498

DEGRAVE, S., « L'audition de l'enfant », *J.T.*, 2012, n° 6480, p. 440

DRUANT F., et JOLITON, K., « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ? », *J.D.J.*, 2002, pp. 29-36

FIERENS, J., « Photo de famille. L'image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge », *J.D.J.* n°278, 2008, pp.23-31

FIERENS, J., « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages » in *Le droit de l'enfant au respect*, Limal, Anthemis, 2013, pp.27-48

HIERNAUX, G., « Titre II - Le divorce pour cause de désunion irrémédiable » in *Droit des personnes et des familles 2011-2016*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 173-217

HIERNAUX, G., « Titre III - Le divorce par consentement mutuel » in *Droit des personnes et des familles 2011-2016*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 218-241

HIERNAUX, G., « Partie XII - Les modes alternatifs de résolution des conflits – « M.A.R.C. » » in *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, pp. 873- 881

JACOBS, L., « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *R.T.D.F.*, 2017/4, pp. 649-689

LAVALLEE, C., « Chapitre 1 - L'enfant : un acteur déterminant dans mise en œuvre et la reconnaissance de ses droits » in *La protection internationale des droits de l'enfant*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 179-224

LAVALLEE, C., « Chapitre 2 – Les droits de l'enfant en tant que membre d'une famille » in *La protection internationale des droits de l'enfant*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 225-266

MALLIEN, M., « Section II. - Le concept « intérêt de l'enfant » » in *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, pp. 114-123

MARIQUE, B. et SACREZ, M., « De Cochem à Dinant : une procédure dans le respect de l'enfant », *R.T.D.F.*, 2014/1, p. 11-46

MASSON, J.-P., « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *J.T.*, 2014, p. 181-194, n°6555

MASSON, J.-P., « Le tribunal de la famille et le divorce » in *États généraux du droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 85-110

RASSON, A.-C., « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux de l'enfant : une utopie ? » in *Rev.trim.dr.h.*, 2016/106, pp. 482-521

RASSON, A.-C., « IV - L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? » in *Human Rights as a Basis for reevaluating and reconstructing the law*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 335-353

RENCHON, J.-L., « Le risque de rupture d'un lien parent-enfant : aspects juridiques » in *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 223-266

RENCHON, J.-L., « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles relatives au droit de garde et au droit de visite », *R.T.D.F.*, 1983, p. 500

RENCHON, J.-L., « Les évolutions de notre regard sur l'enfant », *J.T.*, 2012/19, n° 6479, p. 377-383.

UYTTENDAELE, N., « Chapitre VIII - Le règlement amiable des conflits familiaux » in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, pp. 189-219

VAN GYSEL, A.-C., « Chapitre V- La procédure devant le Tribunal de la Famille » in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, pp. 81-152

VAN GYSEL, A.-C., SAUVAGE, J., « Chapitre III- L'introduction de la procédure devant le tribunal de la famille » in *Le contentieux familial*, Limal, Anthemis, 2017, pp.71-82

VAN LEYNSEELE, P., « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *J.T.*, 2016/13, n° 6641, pp. 202-205

WILLEMS, G., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Annales de Droit de Louvain*, 2016/76, pp.3-46

WILLEMS, G., « Les mutations de la justice familiale », in *Le conflit familial : ses répercussions dans toutes les branches du droit*, Anthemis, Bruxelles, pp.7-30

WILLEMS, G., « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion sur l'équilibre entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », *R.D.I.D.C.*, 2016/4, pp. 565-629

WYART, V., « Chapitre IV : Une famille- Un dossier- Un juge : unicité et polyphonie » in *Le Tribunal de la Famille et de la Jeunesse*, Anthemis, Bruxelles, 2014, pp.71-79

- Droit italien

ARCERI, A., "Articolo 337-octies, Poteri del giudice e ascolto del minore" in *Codice della famiglia*, a cura di Michele Sesta, Giuffrè Editore, 2015, pp. 1346-1359

ACHILLI, V. « Il procedimento di divorzio » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio*, CEDAM, 2009, pp. 589-614

CARNEVALE, V., « La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili » in *Diritto processuale di famiglia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016, pp.1-92

CASSAONE, G., MARVASI, C., « Profili patrimoniali, danni e quantificazione nella famiglia in crisi » in *La famiglia in crisi*, Padova, CEDAM, 2016, pp.1-64

DANOVI, F., “Lo scioglimento del matrimonio per pronunzia di divorzio” in *Trattato di diritto di famiglia, Volume terzo, La separazione personale dei coniugi, il divorzio, la rottura della convivenza nmore uxorio*, A cura di Giovanni Bonilini, Utet Giuridica, 2016, pp. 2672-2691

GRIMALDI, I., « Crisi della famiglia, separazione, divorzio, divorzio “breve”» in *La famiglia in crisi*, Padova, CEDAM, 2016, pp.223-260

PUPOLIZIO, I., « La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e di divorzio » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio: il sistema delle tutele sostanziali e processuali*, Padova, CEDAM, 2009, pp.139-199

ROMANO, M., SGROI, M., « Gli accordi prevetivi in vista della crisi coniugale » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio: il sistema delle tutele sostanziali e processuali*, Padova, CEDAM, 2009, pp.85-138

ROSSI, M., « Il diritto dei figli mantenimento in caso di crisi della coppia genitoriale » in *La famiglia in crisi*, Padova, CEDAM, 2016, pp.525-561

ROSSI, M., « Gli effetti della separazione nei rapporti con i figli » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio: il sistema delle tutele sostanziali e processuali*, Padova, CEDAM, 2009, pp.533-574

RUFFINI, G., “Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore” in *Dir. Fam. e pers.*, 2006, p.1257

SCAGLIONE, F., « Capitolo primo - Situazioni giuridiche soggettive e capacità » in *La filiazione e i minori*, Milanofiori Assago, Kluwer, 2015, pp. 381-445.

SCAGLIONE, F., « Capitoli secondo - Violazione degli obblighi genitoriali e illecito endofamiliare » in *La filiazione e i minori*, Milanofiori Assago, Kluwer, 2015, pp. 447-476.

SESTA, M., *Codice della famiglia*, 3ed., Giuffrè Editore, Milano, 2015

SESTA, M., *Manuale di diritto di famiglia*, 7ed., CEDAM, Padova, 2017

SUPPA, M.-P., « La separazione consensuale » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio: il sistema delle tutele sostanziali e processuali*, Padova, CEDAM, 2009, pp.369-399

SUPPA, M.-P., « La separazione giudiziale » in *Separazione, divorzio, invalidità del matrimonio: il sistema delle tutele sostanziali e processuali*, Padova, CEDAM, 2009, pp.401-457

VASSALLO, G., « La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e divorzio » in *La famiglia in crisi*, Padova, CEDAM, 2016, pp.199-222

Divers

COULONVAL, F., " *Ce n'est pas parce que papa et maman divorcent que je dois divorcer* " - *Analyse et bilan de la méthode du consensus dinantais*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2016. Prom. : Dandoy, Nathalie

LEFEBVRE, M., *L'audition de l'enfant : application dans le cadre du nouveau tribunal de la famille*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2016. Prom. : Dandoy, Nathalie.

THUAN, G., « *Les droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'homme* », www.village-justice.com/articles/droits-enfant-Convention,7096.html, (page consultée le 1^{er} juillet 2018)

Conseil de l'Europe, <https://www.coe.int/fr/> (page consultée le 4 juillet 2018)

Nations Unies, <https://www.ohchr.org> (page consultée le 4 juillet 2018)

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

