

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit belge

Fierens, Jacques

Published in:

Le droit de l'enfant au respect

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2013, Le droit belge: l'enfant et ses multiples visages. Dans T Moreau, A Rasson-Roland & M Verdussen (eds), *Le droit de l'enfant au respect*. Anthemis, Limal, p. 27-48.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Chapitre 1

Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages

Jacques FIERENS

Avocat

Professeur à l'Université catholique de Louvain, à l'UNamur et à l'Université de Liège

I. Quel visage de l'enfant en Occident ?

A. L'«enfant-logos», une personne qui existe et qui parle

De multiples représentations de l'enfant apparaissent progressivement dans notre culture et se superposent souvent : l'«enfant-rejeton», qui est avant tout celui de ses parents, honni ou loué comme tel ; l'«enfant-terre glaise», par essence malléable, dont l'éducation consiste à la façonner ; l'«enfant-victime», soumis à un monde et à des adultes qui nient l'enfance et exploitent la faiblesse ; l'«enfant-cristal», dont la fragilité précieuse doit être protégée ; l'«enfant-menace», que la désobéissance et la délinquance transforment brusquement, aux yeux des décideurs, en une sorte d'adulte en plus petit ; l'«enfant dés-intégré», à propos duquel on ne se demande pas pourquoi il a été exclu, mais quels efforts il fournit pour ressembler à ce qu'on attend de lui ; l'«enfant-planète», à qui les adultes reconnaissent un monde à part, de plus en plus difficilement accessible au fur et à mesure d'une prétendue maturité ; l'«enfant-héros», qui accomplit des actions si formidables qu'il en devient plus fort que les adultes. La liste n'est évidemment pas close.

Le visage de l'enfant en tant que personne à part entière émerge, dans notre culture dite «occidentale», durant la seconde moitié du XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle. On le perçoit notamment à travers la littérature dont il devient souvent la figure principale, dans des styles aussi différents que celui de Charles Dickens (*Oliver Twist*, 1839, *David Copperfield*, 1850), Lewis Carroll (*Les aventures d'Alice au pays des merveilles*, 1865), la Comtesse de Ségur (notamment *Un bon petit diable*, 1865), Carlo Collodi (*Pinocchio*, 1881), Frank Wedekind (*L'éveil du printemps*, 1891) ou Rudyard Kipling (*Le Livre de la jungle*, 1894), James Matthew Barrie (*Peter Pan* apparaît pour la première fois dans *The Little White Bird*, 1902).

Le juriste avouera peut-être un faible pour l'histoire de Mowgli, malgré les critiques adressées à Kipling pour ses sous-entendus impérialistes et colonialistes. Cet enfant-loup est trop humain pour être accepté par les loups, et trop animal pour être chez soi chez les hommes :

« – Mais pourquoi, pourquoi quelqu'un désirerait-il me tuer ? répliqua Mowgli.

– Regarde-moi, dit Bagheera.

Et Mowgli regarda fixement, entre ses yeux. La grande panthère tourna la tête au bout d'une demi-minute.

– Voilà pourquoi ! dit Bagheera, en croisant ses pattes sur les feuilles. Moi-même je ne peux te regarder entre les yeux, et pourtant je naquis parmi les hommes, et je t'aime, Petit Frère. Les autres, ils te haïssent parce que leurs yeux ne peuvent soutenir les tiens, parce que tu es sage, parce que tu as tiré de leurs pieds les épines... parce que tu es un homme. »¹

Le *Livre de la jungle* offre également l'intérêt majeur de poser aussi la question du rapport au droit à travers la place particulière de la « Loi de la jungle », qui, selon la prétention de tout législateur en tout temps, « n'ordonne rien sans raison ».

« – La loi de la Jungle, qui n'ordonne rien sans raison, défend à toute bête de manger l'homme, sauf lorsqu'elle tue pour montrer à ses enfants comment on tue, auquel cas elle doit chasser hors des réserves de son clan ou de sa tribu. »²

Pinocchio, en 1881, dans un récit assez décousu (il constitue à l'origine un feuilleton paru dans un de ces hebdomadaires pour enfants qui commencent aussi à exister) et trop moralisateur, offre sans doute aussi un intérêt particulier pour l'histoire des droits de l'enfant. Il mélange plusieurs représentations de celui-ci, avec une prédominance de l'« enfant-terre glaise » qui subit la concurrence entre l'écoute des adultes et les bienfaits de l'école, d'une part, les mauvais amis et les tentations faciles, d'autre part. Carlo Collodi est toutefois bien de son temps en racontant l'histoire de l'accession d'un morceau de bois, c'est-à-dire d'une chose, au statut d'enfant. C'est en quelque sorte ce qui arrivera quelques années plus tard, juridiquement, avec la transformation de l'enfant-objet en enfant-sujet. Le récit évoque, en outre, autant la paternité que l'enfance, dans une quasi-absence de figure maternelle.

En bref, l'Occident découvre à la fois que l'enfant parle, lui que l'on disait *in-fans*, c'est-à-dire incapable de parler, qu'il est doué de raison, qu'il existe, ce qui revient chaque fois au même. Or, la parole est la relation fon-

¹ R. KIPLING, *Le Livre de la jungle. Les frères de Mowgli*, tr. fr. L. FABULET et R. d'HUMIÈRES (1899), Paris, Mercure de France [Col. Folio], 1975, p. 12.

² *Ibid.*, p. 25.

damentale des humains et la condition de possibilité, entre autres, du droit, comme on le sait depuis Aristote³. Ajoutons donc une image à la série : l'« enfant-logos » émerge enfin⁴.

B. L'« enfant-cristal » : dignité et respect

Il a fallu attendre la Renaissance pour que la valeur et la grandeur de chaque être humain soient soulignées⁵. Aux XV^e-XVI^e siècles, elle est lisible dans les écrits de Pic de la Mirandole, d'Érasme, de Thomas More. Plus tard, Kant se fera le champion de la défense de la dignité humaine. Plus récemment, Mounier sera une figure de proue du personnalisme, en réaction sans doute à l'hyper-individualisme incarné par un penseur-limite comme Nietzsche. « Quelques hommes, dans ce monde troublé, arrivent à nous ainsi que des enfants aux yeux chargés de miracles. »⁶

La figure de la personne comme celle qui est sans prix ou sans équivalent, dont la dignité ne peut être contractualisée ou échangée (Kant encore⁷), sera une des conditions fondamentales de l'apparition des droits de l'homme en général et, plus tard, des droits de l'enfant en particulier.

Curieusement peut-être, le « respect », notion qu'appelle celle de dignité, n'a guère été réfléchi par le droit, alors qu'il y est constamment invoqué puisqu'il s'agit sans cesse de « respecter » les droits, la dignité, ou de constater leur non-respect, principalement par la voie judiciaire⁸.

Sur le plan philosophique, on ne peut pas dire non plus que la notion de respect ait beaucoup attiré les penseurs, à quelques exceptions toutefois, et non des moindres. *Maxima debetur puero reverentia*. « On doit le plus grand respect à l'enfant », avait certes écrit Juvénal au début du deuxième siècle de

³ « Mais la parole, elle, est faite pour exprimer l'utile et le nuisible et par suite aussi le juste et l'injuste. Tel est, en effet, le caractère distinctif de l'homme en face de tous les autres animaux : seul il perçoit le bien et le mal, le juste et l'injuste, et les autres valeurs et autres notions de ce genre ; or c'est la possession commune de ces valeurs qui fait la famille et la cité. » (ARISTOTE, *Politique*, Livre I, II, 10-12, 1253a, tr. fr. J. AUBONNET, Paris, Les belles lettres, 1960, pp. 14-15.)

⁴ Est-ce alors un hasard si c'est aussi à la charnière des XIX^e et XX^e siècles que Freud se demande si l'essentiel ne se joue pas lorsque l'être humain est un petit enfant, si, à bien écouter ou à écouter bien, l'*infans* lui-même parle et parlera toujours, même lorsqu'il sera adulte ?

⁵ Sur la dignité chez Kant, voy. F. RIGAUX, « Les sources philosophiques de l'intangibilité de la dignité humaine », *Bulletin de la classe des lettres, Académie royale de Belgique*, 7-12/2001, pp. 561-598 ; J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, pp. 577-582.

⁶ E. MOUNIER, *La pensée de Charles Péguy*, dans *Œuvres*, Paris, Seuil, 1961, t. I, p. 15. Voy. aussi pp. 568 et s., sur « La personne de l'enfant ».

⁷ Voy. *Fondement de la métaphysique des mœurs*, 1^{re} partie, *Doctrine du droit*, tr. fr. V. Delbos, éd. Librairie Delagrave, 1959, pp. 160-162.

⁸ Voy., par exemple, l'article 8, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

notre ère⁹. Mais en affûtant sa formule, le poète romain en était réduit à la satire parce qu'à Rome, pas plus qu'à Athènes, l'enfant n'avait d'existence propre reconnue par la culture ou par le droit. Rousseau, aussi génial éducateur à le suivre dans *Émile* que mauvais père dans la réalité de la vie, invoque le respect comme suite de l'obéissance, bien qu'il concerne plutôt celui que l'enfant doit à l'adulte. C'est pourtant le respect qui porte l'égalité entre les humains, et l'égalité qui implique l'exigence de respect:

« Par la loi de nature le père n'est le maître de l'enfant qu'aussi longtemps que son secours lui est nécessaire, qu'au-delà de ce terme ils deviennent égaux et qu'alors le fils, parfaitement indépendant du père, ne lui doit que du respect, et non de l'obéissance. Car la reconnaissance est bien un devoir qu'il faut rendre, mais pas un droit qu'on puisse exiger. »¹⁰

Le vrai penseur du respect, une fois de plus, est Kant, le plus juriste des philosophes. Dans le chapitre de la *Critique de la raison pratique* consacré aux mobiles de la raison pure pratique, il évoque ce sentiment moral qui nous relie à la loi et nous la fait connaître *a priori*.

« Mais comme cette loi est quelque chose de positif en soi, à savoir la forme d'une causalité intellectuelle, c'est-à-dire de la liberté, elle est en même temps un objet de respect (*Achtung*) quand, en opposition avec le contraire subjectif, à savoir avec nos inclinations, elle affaiblit la présomption; elle est un objet du plus grand respect quand elle la terrasse complètement, c'est-à-dire l'humilie; par conséquent aussi le principe d'un sentiment positif qui n'est pas d'origine empirique, et qui est connu *a priori*. Donc le respect pour la loi morale est un sentiment qui est produit par un principe intellectuel, et ce sentiment est le seul que nous connaissons parfaitement *a priori* et dont nous pouvons apercevoir la nécessité. »¹¹

Pour le penseur de Königsberg, le respect est un sentiment, une vertu, qui relie à la loi dont il parle, qui n'est pas la loi juridique, mais la loi morale, plus éminente que celle-là parce qu'indépendante d'une contrainte extérieure. « Donc la loi morale est aussi subjectivement un principe de respect. »¹² Il souligne avec force que le respect est lié à la nature humaine et à sa dignité, qu'il médite par ailleurs comme nous l'avons rappelé¹³. « Le respect

⁹ DECIMUS IUNIVS IUVENALIS, *Satire*, XIV, 47. Pour une traduction française et un commentaire, voy. P. de LABRIOLLE, F. VILLENEUVE et O. SERS, Paris, Les Belles lettres, 1996.

¹⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, texte établi par J. STAROBINSKI, dans *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Gallimard [Coll. De La Pléiade], 1964, p. 182 (orthographe modernisée; je souligne).

¹¹ E. KANT, *Critique de la raison pratique*, tr. fr. F. PICAUVET, Paris, PUF, 7^e éd., 1976, p. 77; voy. aussi R. THEIS, « Respect de la loi, respect de la personne: Kant », in *Le portique*, 11/2003, en ligne.

¹² *Ibid.*, p. 78.

¹³ « Je crois tout comprendre si je dis que c'est là le sentiment de la beauté et de la dignité de la nature humaine. » (*Observations sur le sentiment du beau et du sublime*, tr. fr. H. PEYER-IMHOFF, Paris, Lucet, 1796, p. 27.)

ne s'adresse jamais qu'à des personnes¹⁴», même si nous sommes toujours tentés de le refuser (« Le respect est si peu un sentiment de plaisir qu'on ne s'y laisse aller qu'à contrecœur à l'égard d'un homme¹⁵ ») et qu'il est fondamentalement « effrayant » parce qu'il nous montre notre propre indignité¹⁶. On est loin de l'évocation de l'enfant, mais ce que dit Kant du respect peut parfaitement s'y appliquer.

L'enfant est reconnu comme précieux et fragile, appelant une approche prudente et préservatrice. C'est l'apparition de l'« enfant-cristal ».

C. L'« enfant-comète »: la genèse des droits de l'enfant en droit international

Les lois des hommes, nécessaires mais de moindre valeur que la loi kantienne, tenteront très progressivement de faire du respect un comportement, spécialement à travers l'émergence de droits de l'enfant, explicites en droit international.

C'est en 1913 qu'est constituée l'Association internationale pour la protection de l'enfance, et en 1919 le Comité de protection de l'enfance, au sein de la Société des Nations. La première Déclaration des droits de l'enfant, dite *Déclaration de Genève*, par la même Société des Nations, le 26 septembre 1924, n'évoque pas le respect dû à l'enfant, mais a le mérite de souligner qu'en tant que tel, il devrait jouir de protections particulières¹⁷. La suite est connue. Pour demeurer au niveau « universel » et donc sans parler des grands textes régionaux comme la Convention européenne des droits de l'homme ou la

¹⁴ *Critique de la raison pratique*, p. 80.

¹⁵ *Ibid.*, p. 81.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ La Déclaration de Genève avait été préparée par l'Anglaise Eglantyne Jebb (1876-1928), marquée par l'horreur de la Première Guerre mondiale, et par sa sœur, Dorothy Buxton (1887-1963). Le texte avait été approuvé par le *Save the Children Fund* avant d'être proposé à la Société des Nations. Il est court et n'a pas l'intention d'imposer de véritables « droits »:

« Préambule: Par la présente Déclaration des droits de l'enfant, dite déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance. Article 1: L'enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement.

Article 2: L'enfant qui a faim doit être nourri; l'enfant malade doit être soigné; l'enfant arriéré doit être encouragé; l'enfant dévoyé doit être ramené; l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus.

Article 3: L'enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse.

Article 4: L'enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toute exploitation.

Article 5: L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères. »

Charte sociale de Turin, l'Assemblée générale des Nations unies crée en 1946 le Fonds international de secours à l'enfance (FISE-UNICEF). En 1948, elle proclame la Déclaration universelle des droits de l'homme qui s'applique évidemment aussi aux enfants, et qui indique expressément à l'article 25, § 2: «La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale.» Le 20 novembre 1959, la même assemblée générale adopte la *Déclaration des droits de l'enfant* composée de dix principes qui tournent encore nettement autour de la figure de l'«enfant-terre glaise» et de l'«enfant-victime», à protéger spécialement¹⁸. Le 16 décembre 1966, elle propose deux traités à la signature des États, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ce sont les jumeaux de la Déclaration universelle, traités obligatoires contrairement à celle-ci et à nouveau applicables aux enfants. Elle déclare ensuite l'année 1979 «Année internationale de l'enfant» à l'occasion du vingtième anniversaire de la Déclaration des droits de l'enfant. La Pologne propose à nouveau la rédaction d'une convention spécifique qui se concrétisera par l'adoption de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989.

On peut donc suggérer une nouvelle métaphore pour désigner celui dont la figure s'impose: l'«enfant-comète». Il voyage certes dans l'univers depuis des millions d'années, mais il a fallu du temps pour qu'il se rapproche de la terre des hommes et pour que ceux-ci l'aperçoivent, petit point de lumière grandissant qui finit par s'imposer dans notre ciel éthique et juridique.

Aucun des textes mentionnés n'évoque toutefois le *respect dû à l'enfant*. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant, qui demeure avant tout un discours d'adultes sur l'enfant, se fonde sur son «intérêt supérieur» en tant que «considération primordiale» (article 3). L'imprécision des termes n'est pas gênante, contrairement à ce que beaucoup soutiennent. Elle indique la présence d'un principe matriciel du droit, comme d'autres notions à contenu variable telles que «ordre public», «bonnes mœurs», «dignité humaine», «société démocratique», etc. L'intérêt de l'enfant n'est pas un contenant, il est un but, un sens et une mesure, en attendant d'être reconnu

¹⁸ «Principe 2: L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante.»

comme un principe général du droit belge¹⁹, une notion efficace qui, avant tout, permet au juge de motiver sa décision. Reste qu'il est le grand concurrent conceptuel de l'élégant «respect de l'enfant». L'«intérêt» de l'enfant a peut-être quelque chose de plus égocentrique, voire comme un petit accent capitaliste...

II. Le visage de l'enfant en droit belge des relations familiales

Attachons-nous davantage au respect dû à l'enfant dans le droit belge, spécialement dans sa relation avec ses parents, face aux différents visages de l'enfant déjà aperçus et face à ceux qui apparaîtront encore.

A. L'«enfant-logos»: l'audition de l'enfant et son consentement en matière de filiation

1. L'audition de l'enfant

«Aurait-il seulement quelque chose à dire?» demandait Korczak²⁰. Sans conteste. La loi belge va même fort loin. L'enfant a en effet le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne (article 22bis, alinéa 2, de la Constitution), il peut être entendu par le juge ou la personne qu'il désigne dans toute procédure le concernant (article 931, alinéa 2, du Code judiciaire) ou doit l'être à partir de douze ans, par le tribunal de la jeunesse, 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 d'un protuteur (article 58bis de la loi du 8 avril 1965). Le tribunal de la jeunesse a la possibilité d'entendre un mineur de moins de 12 ans s'il le juge nécessaire (article 51, § 1^{er}, de la loi du 8 avril 1965).

¹⁹ Bien que parsemant les textes internationaux et internes, le principe de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant n'est pas encore recensé parmi les principes généraux du droit reconnus par la Cour de cassation. Voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, dans *R.P.D.B., Compl.*, t. 11, 2011. La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour constitutionnelle insistent sur le caractère primordial de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, ce qui n'empêche pas la seconde de rappeler que «si l'intérêt de l'enfant revêt un caractère primordial, il n'a pas pour autant un caractère absolu. Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale. Cette place particulière ne permet pas pour autant de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence» (arrêt 30/2003 du 7 mars 2013, B.10). Voy. aussi G. MATHIEU et A.-C. RASSON, «L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation», *J.T.*, 2013, pp. 425-436.

²⁰ *Le droit de l'enfant au respect*, éd. du Conseil de l'Europe, 2010, p. 24.

En 2002, le Comité des droits de l'enfant s'est toutefois dit préoccupé par le fait que le droit d'être entendu en vertu de l'article 931 du Code judiciaire revêt un caractère largement discrétionnaire et n'est pas garanti de façon adéquate à l'enfant²¹. En 2010, il « note avec préoccupation » que l'État partie n'a pas pris les mesures nécessaires pour appliquer sa recommandation concernant le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures administratives et judiciaires, et que l'application de cette recommandation reste, pour une grande part, discrétionnaire. Il est « préoccupé » également de constater que l'obligation faite aux juges pour enfants (*sic*) d'entendre les enfants de plus de douze ans au sujet du droit de résidence et du droit de visite, en cas de divorce des parents, n'est pas appliquée dans la pratique²².

Toute médaille a toutefois son revers, et il ne convient pas d'absolutiser l'audition de l'enfant. Les procédures ont souvent pour effet de recueillir, au mieux, l'opinion de l'enfant et des renseignements exploitables pour la décision de justice, plutôt qu'une authentique parole, et l'audition peut avoir pour effet pervers évident de détériorer la relation d'un enfant avec un de ses parents ou les deux, puisqu'ils prendront connaissance de la substance de l'audition.

2. La parole de l'enfant et l'établissement de la filiation

En matière d'établissement de la filiation, hors mariage des parents, le consentement de l'enfant, c'est-à-dire cette fois sa parole au sens plein, est en principe requis à partir de douze ans (article 389*bis*, § 2, alinéa 2, et article 332*quinquies*, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil). L'exigence d'un tel accord est acceptable, mais l'âge retenu a de quoi surprendre²³. À 12 ans, est-il normal qu'un enfant ait le pouvoir de refuser qu'un homme soit son père²⁴ ? Lui poser la question si précocement n'en fait-il pas une sorte d'adulte en miniature quand d'autres enfants doivent accepter, pour devenir eux-mêmes, le « déjà-là » de leur parenté et les déceptions qu'inflige tôt ou tard l'idéalisation des parents²⁵ ?

²¹ *Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Belgique*, 13 juin 2002, CRC/C/15/Add. 178, § 22.

²² *Ibid.*, § 37. La mise en place du tribunal de la famille et de la jeunesse, indéfiniment retardée, devrait uniformiser ces règles.

²³ Celui-ci était de 15 ans jusqu'à la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci.

²⁴ En théorie, la règle s'applique aussi en cas de reconnaissance par une femme, mais celle-ci est rarissime.

²⁵ Cette disposition pose aussi la question d'une discrimination éventuelle de fait entre les parents mariés et les parents non mariés (les premiers ne sont pas tributaires de l'accord des enfants pour voir la filiation établie), ou entre les mères et les pères (hors mariage des parents, il est très rare que la filiation maternelle soit établie par reconnaissance, alors que telle est la majorité des cas pour la filiation paternelle).

La question ne se pose pas de la même manière lorsqu'il s'agit d'adoption, simple ou plénière, qui implique aussi le consentement de l'enfant âgé de douze ans au moins (article 348-1 du Code civil). Il s'agit dans ce cas de filiation d'intention – dans la mesure où l'adoption peut être assimilée à une filiation –, où l'autonomie de la volonté a davantage de place. L'âge retenu pose cependant des questions similaires.

3. Parenté d'intention ou parenté biologique ?

De manière plus large, la question de la place de la parole de l'enfant rejoint celle de savoir si la parenté, y compris la fraternité, la sororité et le cousinage, dépend d'abord d'une intention (parenté de parole) ou d'un donné biologique (parenté du corps). Ce débat intervient à propos de questions difficiles, dont l'issue se joue cependant presque exclusivement entre adultes sans prise en compte explicite du respect de l'enfant, comme celle des modes d'établissement de la filiation ou de l'adoption qui viennent d'être évoquées, mais aussi du statut de la possession d'état, des dons de gamètes, de la parenté homosexuelle, du contrat de gestation pour autrui, de la délégation éventuelle de l'autorité parentale, du statut des familles d'accueil, etc.

Depuis quelques années, la tension entre les pôles intentionnel et physiologique s'est considérablement accrue. L'insistance sur la parenté de relation doit beaucoup à l'héritage chrétien (la filiation du Christ par rapport à son père est élective, sa mère est vierge et son père terrestre ne l'a pas conçu ; la filiation des hommes à l'égard de Dieu n'a rien de corporel²⁶). Elle entraîne le risque platonicien de dévalorisation du corps (*sôma sèma*²⁷). L'insistance sur une parenté élective pose aussi la difficile question du contrôle de l'existence ou de la disparition du lien. De l'autre côté, l'insistance sur le lien génétique peut dériver en racialisme ou en racisme, lorsque des enfants sont davantage respectés et d'autres parfois méprisés jusqu'à l'extrême, voire exterminés, en raison de leur hérédité réelle ou supposée. À l'extrême, on lit ceci avec les conséquences que l'on sait :

« Ce qui est l'objet de notre lutte, c'est d'assurer l'existence et le développement de notre race et de notre peuple, c'est de nourrir ses enfants et de conserver la pureté du sang, la liberté et l'indépendance de la patrie, afin que notre peuple puisse mûrir pour l'accomplissement de la mission qui lui est destinée par le Créateur de l'univers. »²⁸

²⁶ Eph 1, 5 : « [Le Père] nous a prédestinés à être pour lui des fils adoptifs par Jésus Christ. »

²⁷ Voy. PLATON, *Gorgias*, 493a; *Cratyle*, 400c; *Phèdre*, 250c.

²⁸ A. HITLER, *Mon combat*, tr. fr. J. GAUDEFROY-DEMOMBYNES et A. CALMETTES, Paris, Nouvelles éditions latines, 1934, réimpr. 1982 avec un avertissement publié en exécution d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1979, p. 213.

Encore à propos de la place de la parole de l'enfant, notons que, dans le domaine des soins de santé, l'article 12 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient stipule que ceux-ci peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts ». C'est une dérogation à l'incapacité d'exercice du mineur et, partant, une modification importante de ses rapports avec ses parents, titulaires de l'autorité parentale. Par ailleurs, le consentement à son avortement dans les conditions de la loi du 3 avril 1990 ne peut être donné, le cas échéant, que par la mineure elle-même²⁹.

B. L'« enfant-cristal » : l'« intérêt » le dispute au « respect »

1. La place discrète du « respect »

En 1804, dans la ligne de Rousseau, les auteurs du Code civil écrivent à l'article 371 : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » Ils ne conçoivent pas un seul instant que le respect pourrait ne pas être à sens unique :

« Avec la majorité des enfants la puissance des pères cesse ; mais elle ne cesse que dans ses effets civils : le respect et la reconnaissance continuent à exiger des égards et des devoirs que le législateur ne commande plus ; et la déférence des enfants pour les auteurs de leurs jours est alors l'ouvrage des mœurs plutôt que celui des lois. »³⁰

Cette disposition a toujours été présentée comme dépourvue de sanction juridique, ce qui d'ailleurs la rapproche du sens kantien, purement moral, conséquence de la filiation plutôt qu'obligation juridique. Pour le reste, l'enfant est davantage considéré par le Code comme objet de droits plutôt que sujet. Les « droits » de l'enfant sont surtout ceux du père sur lui.

L'article 22 de la Constitution entend garantir le droit au respect de la vie privée et familiale à la manière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et, surtout, l'article 22bis, inséré par la loi du 23 mars 2000, entend élever au rang constitutionnel le droit de l'enfant au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle. L'insertion de cette disposition est motivée par une référence à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et suite aux « événements tragiques que la Bel-

gique a connus ». Aucun commentaire spécifique des travaux préparatoires ne concerne toutefois l'introduction du mot « respect »³¹.

La loi belge du 13 avril 1995 a modifié l'article 371 du Code civil pour le rendre réciproque : « L'enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect. »³² Cette modification participe de l'importance actuelle de la place théorique de l'enfant en droit belge. Elle n'a pas d'incidence juridique, les sanctions demeurant toujours inexistantes. Ainsi, la déchéance de l'autorité parentale exige à juste titre bien plus que le manque de respect, et les diverses infractions pénales « contre l'ordre des familles et la moralité publique » (articles 348 et suivants du Code pénal), tels l'abandon de famille ou l'abandon d'enfant dans le besoin, nécessitent, pour être établies, de nombreux éléments constitutifs spécifiques. Le manquement au respect que l'enfant doit lui-même à ses parents ne constitue pas une cause d'exclusion du droit aux aliments de cet enfant³³.

2. La place conquérante de l'« intérêt »

C'est sans doute dans la conception de l'autorité parentale qu'apparaît le mieux l'émergence progressive de « l'intérêt de l'enfant », qui a affirmé sa prépondérance sur le « respect dû à l'enfant ».

La puissance paternelle (traduction de la *patria potestas* romaine) a été conçue par le Code civil surtout en fonction de l'enfant malléable, de l'enfant à façonner, de l'« enfant-terre glaise » tout autant que de l'enfant fragile. La trace de Rousseau est à nouveau patente. Malgré la connotation latine de l'expression « puissance paternelle », les rédacteurs ont voulu expressément se démarquer de l'institution romaine en prétendant privilégier la conception coutumière héritée du droit germanique, spécialement en refusant au père des droits absolus sur son enfant³⁴. L'opposition entre la première, toute de pouvoir, et la seconde, centrée sur la protection, ne doit cependant pas être exagérée, d'autant que les coutumes de l'ancien droit français étaient dispa-

³¹ Voy. Rapport fait au nom de la Commission de révision de la constitution et de la réforme des institutions par Madame Zoé GÉNOT, *Doc. Parl., Ch.*, sess. 1999-2000, 424/002.

³² On rappellera qu'à ce jour, il s'agit en droit belge de la seule obligation des enfants à l'égard de leurs parents, au demeurant non sanctionnée, peut-être parce que, comme le notait déjà Rousseau, il ne saurait s'agir d'un droit exigible.

³³ Cass., 3 juin 2010, n° de rôle C.09.0125.N, *Juridat* ; J. FIERENS, « L'exception d'irrespect en matière alimentaire et le respect de la loi », note sous Bruxelles (3^e ch.), 10 octobre 2006, *Divorce. Actualité juridique, sociale et fiscale*, février 2007, pp. 38-40.

³⁴ Une motivation exégétique de la Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 27 juillet 1903, le rappellera avec raison (*Pas.*, 1904, II, p. 29).

²⁹ Voy. C.A. n° 39/91, 19 décembre 1991, 6.B.18 ; Y.-H. LELEU et G. GÉNICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2004, n° 107 et 206.

³⁰ *Rapport fait par Cambacérès*, P. A. FENET, *Recueil...* t. I, p. 102.

rates³⁵. La puissance paternelle s'articule fondamentalement, aux yeux des rédacteurs du Code civil, autour du concept de protection de l'enfant mineur et non de droit des parents³⁶. Les travaux préparatoires indiquent même qu'il a déjà été question de parler de « droits et devoirs des pères » ou d'« autorité » pour ne pas utiliser le mot « puissance »³⁷. C'est d'ailleurs bien d'autorité qu'il s'agit déjà dans les articles 372 et 373 anciens du Code civil.

Le Code de 1804 ne justifie donc plus l'autorité parentale selon les idées classiques qui l'ont précédé, par le savoir des parents supérieur à celui des enfants³⁸, la maturité des premiers, leur âge ou l'affection qu'ils portent à leur progéniture, par la référence à un Dieu « paternel » (idée d'ailleurs déjà présente également chez les Grecs³⁹), par l'absence de raison chez l'enfant⁴⁰, ou par l'argument de l'état de nature primitif, cher aux contractualistes du XVIII^e siècle⁴¹.

La perspective des rédacteurs est beaucoup plus moderne :

« L'homme naît faible, impuissant ; il naît avec ses droits et ses facultés ; mais comme s'il les avait perdus en naissant, il ne peut ni réclamer ses droits, ni exercer ses facultés ; et c'est cet état d'enfance, cette faiblesse, soit physique, soit morale, qui forment ce qu'on appelle la minorité. Dans cet état, l'homme a besoin d'appui, de soutien. Les premières années de sa vie sont confiées aux soins de ceux qui la lui ont donnée. Les premiers tuteurs sont les pères et mères. Qu'on ne parle donc plus de puissance paternelle. Loin de nous ces termes de plein pouvoir, d'autorité absolue, formule de tyran, système ambitieux que la nature indignée repousse, qui n'a que trop déshonoré la tutelle

³⁵ Le pouvoir des pères, au sein des antiques tribus germaniques, allait aussi jusqu'au droit de vie et de mort, comme César le souligne explicitement en ce qui concerne les Gaulois : *Viri uxores ac liberos vitae necisque habent potestatem* (« Les hommes ont le pouvoir de vie et de mort sur leurs épouses et leurs enfants ») (*De Bello gallico*, livre VI, 19).

³⁶ « Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et les besoins ; la nature veut que dans ce premier âge, le père et la mère aient sur leur enfant une puissance entière, qui est toute de défense et de protection. » (LOCRÉ, t. III, Exposé des motifs fait par M. Réal dans la séance du corps législatif du 23 ventôse an IX (14 mars 1803), p. 328, n^{os} 1-2).

³⁷ LOCRÉ, t. III, Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 26 frimaire an X (17 décembre 1801), p. 315, n^o 11.

³⁸ C'est l'essentiel de la thèse du *Lysis* de Platon. Voy. 207c et s.

³⁹ Voy. ARISTOTE, *Politique*, Livre 1^{er}, XII, 1, cité, 1259b, où l'autorité du père est dite « royale » et où le Stagiritte sollicite Homère qui a désigné Zeus comme le « père des hommes et des dieux ». THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa, IIae, Q. 57, article 4 : « Le fils comme tel est quelque chose du père, ainsi que l'esclave comme tel, est quelque chose de son maître. Cela ne les empêche pas l'un et l'autre, considérés comme tels, d'avoir une substance propre qui les distingue des autres, et d'être, sous cet angle en relation de justice. Et c'est pour cela qu'on donne certaines lois sur les rapports du père avec son fils, du maître avec son esclave. »

⁴⁰ Voy. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa, IIae, Q. 10, article 12.

⁴¹ Jean Dabin n'hésitera pas à justifier la puissance paternelle par... le droit d'auteur, « sans paradoxe ou rapprochement inconvénient » (J. DABIN, « Le contrôle de la puissance paternelle », *J.T.*, 1947, pp. 17-23 et pp. 33-39, ici n^o 3).

paternelle en changeant la protection en domination, les devoirs en droits, et l'amour en empire. [...] N'hésitons pas à renverser un système qui a fondé sur l'autorité seule ce qui doit n'être établi que sous la douceur et les bienfaits d'un côté, le respect et la gratitude de l'autre.»⁴²

La puissance paternelle est définie par les rédacteurs du Code civil comme « un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants. »⁴³

C'est la « nature » qui a été appelée à justifier l'autorité du père ou des parents sur leurs enfants⁴⁴. Diderot avait écrit :

« Si la nature a établi quelque autorité, c'est la puissance paternelle : mais la puissance paternelle a ses bornes, et dans l'état de nature elle finirait aussitôt que les enfants seraient en état de se conduire. Toute autre autorité vient d'une autre origine que de la nature.»⁴⁵

Les droits des parents sur leurs enfants mineurs sont en outre présentés en 1804 comme la conséquence de l'obligation d'entretien et d'éducation. D'ailleurs, la définition donnée par le *Répertoire pratique de droit belge*, en 1951, complètera sur ce point celle d'Henri De Page en disant que la puissance paternelle est « l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants, tant que ceux-ci sont mineurs et non émancipés, en vue de leur permettre d'accomplir les devoirs d'entretien et d'éducation qui leur incombent »⁴⁶. Cette doctrine semble toujours d'actualité⁴⁷.

Le principe de « l'intérêt de l'enfant » n'a donc pas attendu la fin du XX^e siècle pour constituer l'énigmatique concept central du droit de la famille, de l'autorité parentale ou de la protection de la jeunesse, pas plus que la notion de « droits-fonction », qui sera développée particulièrement par Jean

⁴² *Rapport fait par Cambacérès*, P. A. FENET, *Recueil...*, t. I, p. 102.

⁴³ LOCRÉ, t. III, Exposé des motifs fait par M. Réal dans la séance du corps législatif du 23 ventôse an IX (14 mars 1803), p. 331, n^o 7 (orthographe modernisée). Voy. aussi la définition du projet : « La puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère la surveillance de la personne et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés par mariage. » (*Ibid.*, Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 26 frimaire an X, 17 décembre 1801, p. 313, n^o 5).

⁴⁴ Pour plus de développements, voy. J. FIERENS, « L'affaire Geppetto ou les mutations de l'autorité parentale », *Divorce. Actualité juridique, sociale et fiscale*, novembre 2006, pp. 129-144.

⁴⁵ *L'Encyclopédie*, article *Autorité* (orthographe modernisée).

⁴⁶ Voy. H. DE PAGE, *Traité*, t. I, n^o 754 ; R.P.D.B., v^o *Puissance paternelle*, n^o 1.

⁴⁷ Voy. P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Louvain, Acco, 8^e éd., 2004, n^o 1034 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier [Collection de la Faculté de droit de Liège], 2005, n^o 745.

Dabin, ne constitue une nouveauté d'après-guerre⁴⁸. «L'autorité des pères et des mères sur leurs enfants, n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas, à proprement parler un droit mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré», affirment les tribuns dès 1803⁴⁹.

La loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance entendra surtout contrôler la puissance paternelle et créera le juge des enfants. La loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, telle qu'elle est conçue à l'époque, insiste sur la notion de «mineur en danger», sorte de fusion du mineur délinquant et du mineur difficile, et évoque «l'intérêt de l'enfant» plus que n'importe quelle autre valeur sociale. On voit qu'elle n'a pas inventé la notion.

3. La question des châtements corporels

Mentionnons un débat, lié à l'autorité parentale, qui continue à faire difficulté dans le cadre du droit belge (et dans le dialogue avec d'autres cultures), sans aucun doute lié au respect dû à l'enfant, celui des châtements corporels. Saint Augustin s'en plaignait déjà⁵⁰.

Le droit belge interdit toute forme de châtement corporel à l'égard des enfants en vertu de l'article 22bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution, si des effets directs lui sont reconnus, et en tout cas en application des articles 398 et suivants du Code pénal et 371 du Code civil, qui doivent être interprétés à la lumière des engagements internationaux pris par la Belgique en matière de protection des enfants. L'interdiction se déduit par raisonnement, sans qu'aucune jurisprudence ne soit venue la consacrer explicitement, en tout cas à propos des sanctions infligées par les parents⁵¹. On ne saurait donc soutenir que la loi belge comporte «une interdiction claire et inconditionnelle de

tous les châtements», comme le demandait le Comité des droits de l'enfant dans son *Observation générale n° 8*⁵². Or, cette exigence de clarté est basée sur l'interprétation de la Convention relative aux droits de l'enfant donnée par son organe autorisé au regard du droit international et il ne peut donc être sérieusement contesté qu'elle constitue une obligation juridique.

Dans sa décision du 7 décembre 2004 sur le bien-fondé de la réclamation n° 21/2003 introduite par l'Organisation mondiale contre la torture (OMCT) contre la Belgique, le Comité européen des droits sociaux⁵³ conclut par 11 voix contre 2 que la Belgique viole l'article 17 de la Charte sociale européenne révisée, au motif qu'il n'était fait état d'aucune jurisprudence interprétant les dispositions du Code civil ou du Code pénal comme interdisant aux parents et «autres personnes» l'utilisation de toute violence à enfant, y compris à visée éducative. Le Comité considère qu'aucune des règles nationales, combinées ou prises isolément, n'est énoncée dans des termes suffisamment précis pour permettre aux parents et «autres personnes» de régler leur conduite conformément à l'article 17 de la Charte et d'atteindre le résultat demandé par cette disposition⁵⁴. Si le Comité européen des droits sociaux a procédé à une analyse trop sommaire, voire inexacte, de notre législation interne, force est cependant de conclure, au regard des engagements internationaux pris, à la nécessité de légiférer pour interdire *explicitement* toute violence corporelle ou psychique à l'égard des enfants⁵⁵.

C. L'«enfant-victime»: la situation de l'enfant dans les rapports économiques

On oublie souvent que la famille est une unité de production et de consommation, spécialement dans le contexte d'une culture centrée sur l'économie, qui persiste à proposer, au titre d'accomplissement de la vie familiale, la possibilité d'accéder à suffisamment d'avantages matériels. L'enfant est lui-même un consommateur, d'ailleurs de plus en plus visé dans sa spécificité d'enfant, et a été un producteur indispensable de richesses par son travail, au moins, dans nos régions, jusqu'à la Seconde guerre mondiale. Cet état de fait marque profondément les relations familiales.

⁴⁸ J. DABIN, «Le contrôle de la puissance paternelle», *op. cit.*

⁴⁹ LOCRIÉ, t. III, Discours prononcé au corps législatif par M. Albiisson, orateur du tribunal, séance du 3 germinal an XI (24 mars 1803), p. 341, n° 3 (orthographe modernisée). De manière constante, on enseignera ultérieurement qu'«en cas de conflit entre la puissance paternelle et l'intérêt de l'enfant, c'est ce dernier qui doit l'emporter» (*Pandectes belges*, v° *Puissance paternelle*, 1905, n° 8).

⁵⁰ «Existe-t-il, Seigneur, quelque cœur assez grand, uni à toi d'affection intense, existe-t-il, dis-je – car une certaine stupidité en arrive là aussi! –, existe-t-il donc quelque cœur saintement uni à toi par une affection, et qui soit toutefois capable de faire si peu de cas des chevalets, ongles de fer et autres instruments variés de torture – auquel on cherche à échapper en t'adressant de tout l'univers des supplications mêlées d'un effroi extrême –, et de rire de ce qu'ils redoutent aussi vivement? C'est pourtant ce que faisaient nos parents qui riaient des tourments que les maîtres nous infligeaient à nous, enfants», *Les Confessions*, Livre I^{er}, IX, 15, tr. fr. P. CAMBRONNE, dans *Œuvres*, vol. 1, Paris, NRF-Gallimard, 1998, p. 792.

⁵¹ La très rare jurisprudence interne publiée concerne les sanctions infligées à l'école ou dans un institut médico-pédagogique. Voy. Bruxelles, 10 décembre 1949, J.T., 1950, p. 208, obs. R. PHILIPS; *Rev. dr. pén.*, 1949, p. 900. Corr. Bruxelles, 14 mars 1996, *Journ. dr. jeun.*, p. 331.

⁵² §§ 35 et 39.

⁵³ Il s'agit du Comité d'experts indépendants institué par l'article 25 de la Charte sociale européenne de 1961. Une procédure de réclamations devant lui a été instaurée par le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne du 9 novembre 1995 et intégrée ensuite, au titre de dispositions facultatives, à la Charte sociale révisée (Partie IV).

⁵⁴ §§ 46 et 48 de la décision.

⁵⁵ Les nouvelles normes attendues ne doivent toutefois pas obligatoirement être de nature pénale. Pour plus de détails, voy. J. FIERENS, «Pas panpan cucul papa! Les châtements corporels et le droit applicable en Belgique», *Journ. dr. jeun.*, n° 300, décembre 2010, pp. 14-24.

C'est donc sans surprise que l'on s'aperçoit que l'«enfant-victime» apparaît dans notre droit spécialement dans le domaine social – il y avait de quoi... –, à travers un arrêté royal du 7 septembre 1843 ordonnant une enquête sur la condition des classes ouvrières et sur le travail des enfants, puis à travers un arrêté royal du 7 septembre 1843 ordonnant une enquête sur la condition des classes ouvrières et sur le travail des enfants.

La loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité se préoccupe à sa manière des enfants pauvres et crée notamment les «écoles de bienfaisance». Elle ne sera abrogée que par la loi du 12 janvier 1993. L'enfant vagabond ou mendiant pourra faire l'objet de mesures en application de la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, puis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse.

L'obligation scolaire a été instaurée en Belgique par la loi organique de l'enseignement primaire coordonnée par l'arrêté royal du 25 octobre 1921. Une lecture marxisante de cette loi pourrait toutefois suggérer que, loin d'un éventuel droit à l'instruction, elle visait surtout à mettre à la disposition d'un marché économique qui se complexifiait des travailleurs sachant au moins lire et écrire.

D. L'«enfant-menace»: le traitement ambigu de l'enfant en conflit avec la loi pénale

Dans une perspective ininterrompue depuis la *Constitutio Criminalis Carolina* de Charles Quint (1532), le Code pénal de 1810 et de nombreuses lois pénales, y compris plus tard le Code pénal de 1867, prendront surtout en compte l'«enfant-menace».

La réponse pénale au comportement de l'enfant délinquant concerne aussi de près les relations familiales, car elle se joue dans le triangle enfant-puissance publique-parents ou responsables de l'enfant. Elle a longtemps tenté de s'appuyer sur l'autorité des parents, spécialement du père, avant de reprocher de plus en plus souvent à ces derniers la délinquance de leur enfant, jusque, récemment, dans l'institution surréaliste du stage parental introduit par la loi du 13 juin 2006, qui ne semble heureusement déjà plus exister en pratique. Le père de l'enfant délinquant a en effet longtemps été doté de pouvoirs répressifs considérables, pouvant aller jusqu'à l'envoyer aux galères⁵⁶... La réforme 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, intervenue en 2006, reviendra à une culpabilisation accrue des parents. Le stage parental peut être proposé par

⁵⁶ Voy. H. TAUDIÈRE, *Traité de la puissance paternelle*, Paris, Pedone, 1898, p. 60.

le Procureur du Roi (article 45bis de la loi du 8 avril 1965) ou ordonné par le tribunal de la jeunesse ou la cour d'appel (article 29bis). L'exécution effective de ce stage permet au premier de renoncer à l'action publique, encore que la loi ne prévoit pas explicitement qu'il en sera ainsi. Les juridictions de la jeunesse, sur réquisition du ministère public ou d'office, peuvent quant à elles imposer le stage aux personnes qui exercent l'autorité parentale sur le mineur, si elles manifestent un désintérêt caractérisé à l'égard du comportement délinquant de ce dernier, et que ce désintérêt contribue aux problèmes du mineur. Ce stage parental peut uniquement être ordonné en tant que mesure complémentaire à une mesure imposée au mineur par le juge de la jeunesse s'il peut être bénéfique pour le mineur délinquant lui-même. La mise en œuvre du stage est confiée aux Communautés. Un accord de coopération entre l'État fédéral et celles-ci, portant sur l'organisation et le financement de ce stage, a été promulgué le 13 décembre 2006⁵⁷. Le contenu du stage, tel qu'il est défini par l'accord de coopération, par ailleurs de qualité légistique particulièrement médiocre, demeure pour le moins imprécis. Après avoir précisé qu'«outre la mise en œuvre du stage parental, les services développent également une méthodologie et une intervision», ce qui n'apparaît pas très clair, l'accord de coopération porte que le stage doit porter au moins sur les «aptitudes pédagogiques» et «la résolution de problèmes», sur la «responsabilité en matière d'éducation», sur la «responsabilité pénale» et sur la «responsabilité civile» (voy. l'article 3, alinéa 7, de l'accord de coopération).

La loi hésite aujourd'hui manifestement, jusqu'à la contradiction, sur le statut à réserver aux parents du mineur délinquant, oscillant d'une volonté de mieux assurer leurs droits, notamment en limitant le plus possible le placement de leur enfant, à la volonté de répression, en passant par le souci de garantir l'autorité parentale tout en risquant de contribuer à l'affaiblir encore quand un enfant découvre que ses parents ont été envoyés par le juge à «l'école des parents» en raison de son propre comportement...

E. L'«enfant-méteque»: un irrespect flagrant de l'enfant

«L'enfant est comme un étranger dans une ville inconnue», écrivait encore Korczak⁵⁸.

⁵⁷ Accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune du 13 décembre 2006 portant sur l'organisation et le financement du stage parental fixés dans la loi relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, M.B., 13 juillet 2007.

⁵⁸ *Le droit de l'enfant au respect*, op. cit., p. 36.

On ne saurait terminer cette communication sans mentionner l'enfant à qui le droit belge manque aujourd'hui le plus évidemment de respect: l'«enfant-métèque», au sens grec respectueux de celui qui a changé de maison (*méta-oikos*). L'enfant en séjour illégal semble faire l'objet d'une véritable maltraitance institutionnelle, au moins sous deux aspects: par son enfermement potentiel et par les limitations de son droit à l'aide sociale, censé pourtant préserver le respect de sa dignité humaine. Ces législations et les situations interpellantes qu'elles provoquent ne peuvent être analysées exhaustivement ici. On se bornera à souligner leurs graves conséquences sur les relations familiales.

1. La détention d'enfants en centre fermé

La détention avec leurs parents des enfants en séjour illégal, y compris ceux qui sont éventuellement nés sur le territoire belge, n'était ni explicitement autorisée, ni explicitement interdite par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, mais elle était couramment pratiquée. Les conditions dans lesquelles les enfants sont parfois détenus en Belgique ont fait l'objet de deux condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁹.

Un rapport de *Médecins sans frontières* établit de manière très claire les conséquences d'une telle détention:

«Les enfants ont besoin de contacts avec d'autres enfants de leur âge et ont besoin d'aller à l'école: deux choses quasi impossibles dans les centres fermés. Les enfants y sont plus dépendants encore des parents, ont des comportements régressifs, sont moins curieux et dépérissent d'ennui.

Ils ressentent souvent très bien l'ambiance et donc aussi l'angoisse et l'incertitude de leurs parents. Ils ne comprennent pas toujours bien la situation et éprouvent parfois des difficultés à en parler, mais ils la ressentent toujours très fort.

Un problème supplémentaire est celui de la forte dilution du rôle parental. Les parents ont pour tâche d'éduquer leurs enfants, de leur inculquer les valeurs et de mettre des limites à leur comportement. Élever des enfants dans ces centres est tâche impossible. Le parent n'est plus "le chef". Ce rôle est transféré sur le personnel qui indique aux parents ce qu'ils peuvent et ne peuvent pas faire au sein du centre.»⁶⁰

⁵⁹ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006 et *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010. Voy. J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », J.T., 2010, n° 6397, pp. 357-362.

⁶⁰ MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, *Le coût humain de la détention. Les centres fermés pour étrangers en Belgique*, <http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2009/06/msf-belgium-report.pdf>, pp. 28-30.

Suite aux interpellations de plusieurs associations qui ont notamment fait valoir que la Belgique prétend depuis plusieurs décennies privilégier la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent, et suite au «tribunal d'opinion» organisé en janvier 2008 autour de la question de l'enfermement des enfants dont les parents sont en séjour illégal⁶¹, des «maisons de retour» ont été ouvertes, vers lesquelles les familles contraintes de quitter le territoire ont été transférées⁶². Un «agent de soutien», officieusement appelé «coach de retour», mandaté par l'Office des étrangers, les accompagne en vue de vérifier s'il n'existe pas de possibilité de régulariser leur séjour ou de préparer leur départ, et de les convaincre que telle est la meilleure solution.

Sans évaluation de ce dispositif, une loi du 16 novembre 2011 a inséré un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980, prévoyant notamment que la famille avec enfants mineurs qui tente de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées par la loi peut, en vue de son éloignement, être maintenue «dans un lieu déterminé, adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs et situé aux frontières, pour une durée aussi courte que possible.» Des familles vivant déjà illégalement sur le territoire peuvent également se voir détenues dans un centre fermé «adapté aux besoins des familles avec enfants». Ni la loi, ni la réglementation ne précisent ce qu'est un tel lieu ni quels sont les besoins auxquels il sera pourvu. En pratique, cette loi anticipait l'ouverture du centre «Caricole» installé à proximité de Zaventem, dont le nom est dû à son architecture.

Ces dispositions légales font l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle⁶³, mais elles démontrent à l'évidence que des impératifs de police des étrangers et de limitation de l'immigration poussent aisément le législateur à faire fi du respect de certains enfants.

2. La limitation du droit à l'aide sociale

Le droit à l'aide sociale, en Belgique, est celui qui est destiné à garantir «à toute personne», y compris aux enfants, le droit de mener une vie

⁶¹ Le droit de juger n'a pas été accordé aux enfants par le droit belge, comme au sein de l'orphelinat créé par Janusz Korczak, mais il fallait mentionner cette expérience de 2008 d'un «tribunal d'opinion» où un jury d'enfants siégeait parallèlement à un jury d'adultes après que l'État belge avait été «mis en accusation» par plusieurs ONG de défense des droits des enfants pour pratique de l'enfermement des enfants en séjour illégal. Voy. <http://www.dei-belgique.be>. Le prix Lydia Chagoll 2008 a été décerné aux enfants de ce jury.

⁶² Voy. l'arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

⁶³ Affaire n° 5468F.

conforme à la dignité humaine (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale). À la date de son adoption, il n'était pas contesté que cette loi s'appliquait à tous, y compris éventuellement aux enfants en séjour illégal⁶⁴. Depuis une loi du 28 juin 1984, plusieurs modifications législatives ont toutefois formulé des restrictions vis-à-vis de certaines catégories d'étrangers, inscrites à l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976. Elles alimentent depuis des années des controverses importantes et ont donné lieu à plusieurs dizaines d'arrêts de la Cour d'arbitrage et de la Cour constitutionnelle.

Le principe même de la restriction de l'aide sociale à l'égard de certains étrangers a d'abord été mis en question devant la Cour d'arbitrage, qui a affirmé, dans un arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994, que le droit à un niveau de vie suffisant et à une amélioration constante des conditions d'existence, tel qu'il est reconnu « à toute personne » par l'article 11.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, lu en combinaison avec l'article 2.1 du même Pacte, ne peut raisonnablement s'entendre sans restriction. Il ne peut s'agir, pour chaque État, que des personnes dont « il a la charge ». On ne pourrait compter au nombre de celles-ci, bien qu'ils se trouvent sur le territoire, les étrangers qui ont reçu l'ordre de le quitter, après qu'il a été établi que les conditions mises à leur séjour n'étaient pas ou n'étaient plus respectées. Lorsqu'un État qui entend limiter l'immigration constate que les moyens qu'il emploie à cet effet ne sont pas ou ne sont guère efficaces, il n'est pas déraisonnable, selon la Cour, qu'il ne se reconnaisse pas les mêmes devoirs face aux besoins de ceux, d'une part, qui séjournent légalement sur son territoire (ses nationaux et certaines catégories d'étrangers), et des étrangers, d'autre part, qui s'y trouvent encore après avoir reçu l'ordre de le quitter.

Ultérieurement, la question a rebondi notamment lorsque la Cour constitutionnelle a été amenée à apprécier les restrictions de l'aide sociale subies par certains enfants au regard des dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, lues à travers les articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, si les adultes peuvent en principe être considérés comme responsables de l'illégalité éventuelle de leur séjour, il n'en va évidemment pas de même pour les enfants qui les accompagnent. Par arrêt n° 106/2003 du 22 juillet 2003, confirmé par arrêt n° 129/2003 du 1^{er} octobre 2003, la Cour constitutionnelle a alors dit pour droit que l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 2, 3, 24.1, 26 et 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce que, à l'égard de mineurs dont les parents séjournent illégalement sur le territoire du Royaume, il exclut même l'aide sociale qui satisferait

à la triple condition que les autorités compétentes aient constaté que les parents n'assument pas ou ne sont pas en mesure d'assumer leur devoir d'entretien, qu'il soit établi que la demande concerne des dépenses indispensables au développement de l'enfant au bénéfice duquel elle est formulée et que le CPAS s'assure que l'aide sera exclusivement consacrée à couvrir ces dépenses.

Suite à ces arrêts, les dispositions litigieuses ont une fois de plus été modifiées par la loi-programme du 22 décembre 2003 puis complétées, en ce qui concerne la dernière phrase, par une loi du 27 décembre 2005. L'article 57, § 2, de la loi organique des centres publics d'aide sociale dispose actuellement :

« Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, la mission du centre public d'aide sociale se limite à [...] :

2° constater l'état de besoin suite au fait que les parents n'assument pas ou ne sont pas en mesure d'assumer leur devoir d'entretien, à l'égard d'un étranger de moins de 18 ans qui séjourne, avec ses parents, illégalement dans le Royaume.

Dans le cas visé sous 2°, l'aide sociale est limitée à l'aide matérielle indispensable pour le développement de l'enfant et est exclusivement octroyée dans un centre fédéral d'accueil conformément aux conditions et modalités fixées par le Roi. La présence dans le centre d'accueil des parents ou personnes qui exercent effectivement l'autorité parentale est garantie. »

La limitation à l'aide *matérielle* est évidemment choquante, puisque le développement de l'enfant nécessite à l'évidence le respect d'autres droits que « matériels ». Les restrictions excluent, par exemple, le droit d'être scolarisé ou le droit à l'intimité. Il est tout aussi curieux de constater qu'en principe, l'aide due aux parents, qui ont le droit d'être présents dans le centre d'accueil, reste quant à elle limitée à l'aide médicale urgente. En théorie, ils devraient donc se contenter de regarder leurs enfants bénéficier de l'aide matérielle, par exemple de la nourriture nécessaire...

La mission d'organiser l'accueil des enfants est actuellement confiée par la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers à l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile qu'elle crée, plus connue sous le nom de Fedasil. Or, depuis 2008, l'Agence prétend que le réseau d'accueil est « saturé », sans d'ailleurs qu'aucune mesure concrète ne soit prise par l'État fédéral pour le désengorger. Il en résulte que même l'aide sociale limitée n'est pas assurée aux enfants en séjour illégal dont les parents s'épuisent en procédures peu efficaces à l'égard de Fedasil, ou tentent d'obtenir l'aide indispensable auprès des CPAS qui ont beau jeu de soutenir que cette responsabilité ne leur incombe plus⁶⁵.

⁶⁵ Pour un état de la question, voy. H. MORMONT et K. STANGHERLIN (dir.), *Aide sociale - Intégration sociale. Le droit en pratique*, Bruxelles, la Chartre, 2011, pp. 223 et s.

⁶⁴ Voy. *Bull. Q. R., Ch.*, 1984-1985, 11 juin 1985, p. 3354, n° 194, Nols.

Conclusions : «Sauf votre respect...»

Par son insistance sur le respect dû à l'enfant, Janusz Korzack a manifestement contribué à l'apparition de l'«enfant-comète», a bâti son action et sa pensée sur la parole de l'«enfant-logos» et a tenté spécialement de préserver la valeur et la fragilité de l'«enfant-cristal».

Le droit international applicable en Belgique, de même que le droit interne, ont, dans beaucoup de domaines, tenté de s'inscrire dans la ligne tracée par cet homme exceptionnel, notamment lorsqu'il s'est agi d'ordonner les relations familiales. Les résultats sont appréciables et en partie rassurants sur l'état de notre démocratie. Les droits de l'enfant ont sans aucun doute acquis une certaine effectivité.

Des efforts restent toutefois à accomplir et la prudence s'impose dans bien des domaines, car il est rare que le droit n'engendre pas certains effets pervers. Il est urgent aussi de se préoccuper particulièrement de l'«enfant-menace», trop souvent encore assimilé à un adulte en plus petit, et de l'«enfant-métèque» que les vagues de la pauvreté ou des situations politiques ou économiques particulièrement difficiles jettent sur nos plages avec ou sans leurs parents.

Ceci afin que le droit ne puisse pas être traité de menteur lorsqu'il affirme respecter l'enfant.