

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'audition de l'enfant régie par l'article 931 du Code judiciaire

Beague, Maïté

Published in:
J.D.J.

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Beague, M 2010, 'L'audition de l'enfant régie par l'article 931 du Code judiciaire: commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 février 2010 ', *J.D.J.*, VOL. 5, Numéro 295, p. 16-32.

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.

Voie de recours contre la décision du juge par laquelle la demande d'un mineur visant à être entendu est rejetée

L'audition de l'enfant régie par l'article 931 du Code judiciaire Commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 février 2010

par Maïté Beague *

Respecter la liberté de l'enfant, c'est très certainement accorder place et consistance réelles à sa parole. Mais c'est aussi respecter les conditions de constitution de cette liberté, c'est-à-dire la structuration des déterminismes dont elle devra se distancer pour être. Il n'y a pas de liberté sans les déterminismes fondateurs, physiologiques et sociaux, qui lui fournissent les guides indispensables à son exercice (1).

À l'instar de B. Van Keirsbilck et de T. Moreau (voy. page 33 de ce numéro), nous souhaitons apporter notre éclairage sur l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 4 février dernier (2).

Nous reviendrons donc, dans la présente étude, sur le raisonnement suivi par la Cour, sur la réponse apportée à la question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Gand et sur les conséquences prévisibles de cet arrêt. Celui-ci est l'occasion de faire le point sur certaines questions régulièrement suscitées par l'audition de l'enfant dans les procédures civiles. En effet, depuis l'adoption des alinéas 3 à 7 de l'article 931 du Code judiciaire par la loi du 30 juin 1994 (3), l'audition de l'enfant a suscité des réserves de la part des auteurs de doctrine ou des praticiens. Par ailleurs, de nombreuses propositions de loi ont régulièrement été déposées visant à réformer les dispositions légales relatives à l'audition des mineurs. Nous étudions ainsi, dans un premier temps, le raisonnement adopté par la Cour le 4 février dernier. L'analyse de l'arrêt permet de mettre en évidence certaines des critiques régulièrement émises en ce qui concerne l'audition de l'enfant depuis l'introduction des alinéas 3 à 7 de l'article 931 du Code judiciaire en droit belge.

Nous nous penchons ensuite sur les objectifs poursuivis et sur les solutions proposées par les propositions de loi visant à réformer les dispositions légales en matière d'audition de l'enfant.

I. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 février 2010

1. Rappel des faits et de la procédure antérieure à l'arrêt de la Cour constitutionnelle

L'article de B. Van Keirsbilck et de T. Moreau fait déjà le point sur les antécédents de la question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle. Néanmoins, il est utile de revenir plus en profondeur

sur certains éléments de la procédure qui sont, selon nous, nécessaires à l'analyse qui va suivre.

Dans le cadre d'une procédure en règlement des mesures provisoires fondée sur l'article 1280 du Code judiciaire pendant une procédure en divorce, l'une des parties, le père des enfants, demande au tribunal de première instance de Termonde d'ordonner l'hébergement égalitaire des enfants (4). La mère des enfants s'oppose à cette demande et soumet, à titre subsidiaire au magistrat, la demande de ses enfants d'être entendus selon les termes d'une lettre écrite par leurs propres soins (5). Le 17 novembre 2008, le président du tribunal de première instance de

* Assistante au Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université catholique de Louvain. Juriste au sein de l'équipe S.O.S. Enfants - Famille des Cliniques universitaires Saint-Luc.

(1) L. Cassiers, «La déclaration des droits de l'enfant. Commentaires psychologiques», in. La Convention des droits de l'enfant et la Belgique (sous la dir. de M.-Th. Meulders-Klein), 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. 8.

(2) C. const., arrêt n° 9/2010, 4 février 2010, M.B., 11 mars 2010, p. 15215.

(3) Loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures en divorce, M.B., 25 juillet 1994.

(4) Civ. Termonde (réf.), 17 novembre 2008, inédit. Voy. P. Senaev, «Het hoger beroep tegen weigeringsbeslissing een minderjarige te horen», note sous C. const., 4 février 2010, T. Fam., 2010/3, p. 53, n° 1.

(5) La question s'est posée de la recevabilité d'un écrit de l'enfant adressé à un parent ou à un tiers exprimant le souhait d'être entendu, et transmis au juge par le parent ou par le tiers. A.-C. Van Gysel souligne qu'«on a été si loin dans l'absence de formalisme que cette forme indirecte peut être admise si, du moins, la volonté du mineur est clairement exprimée»: A.-C. Van Gysel, «La réforme des procédures de divorce (loi du 30 juin 1994)», Rev. not. b., octobre 1994, p. 443.

La demande du mineur d'être entendu par le juge est donc dénuée de tout formalisme et peut résulter d'une simple lettre manuscrite de l'enfant adressée au magistrat ou au parquet: J. De Gavre, «La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce», J. T., 1994, p. 594, n° 57. Pour un exemple de demande introduite par l'intermédiaire d'une lettre adressée au Procureur du Roi: Civ. Tournai (réf.), 21 octobre 1994, Rev. trim. dr. fam., 1995, p. 541.

Quand le juge peut-il décider d'entendre un enfant mineur ?

Termonde rend une ordonnance interlocutoire par laquelle il rejette la demande, au motif que les enfants avaient déjà été entendus par une assistante de justice dans le cadre d'une enquête sociale et que le procès-verbal de cette audition avait été joint au dossier de procédure. Le président précise par ailleurs qu'il ressort du rapport d'enquête sociale que les enfants refusent que leurs parents soient informés de leur opinion. Or, même si les parties ne peuvent se voir délivrer une copie du procès-verbal de l'audition réalisée en vertu de l'article 931, alinéas 3 et suivants, du Code judiciaire, il a été admis que toute partie peut avoir accès au procès-verbal de cette audition⁽⁶⁾. Le procès-verbal de l'audition étant joint au dossier de la procédure, les parties «peuvent en prendre connaissance en consultant le dossier au greffe de la juridiction saisie du litige»⁽⁷⁾.

Sur la base de l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire stipulant que «lorsque le mineur en fait la demande (...), l'audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement du mineur. (...)», Madame interjette appel de cette ordonnance.

Se fondant sur ladite disposition, la mère des enfants avance en effet qu'un autre motif que le manque de discernement des enfants, tel qu'estimer l'audition superflue, ne pouvait être pris en considération.

La Cour d'appel de Gand constate toutefois qu'en vertu de cette même disposition, l'appel est exclu à l'encontre de la décision du juge d'entendre ou non le mineur⁽⁸⁾. L'alinéa 4, *in fine*, de l'article 931 du Code judiciaire stipule en effet que «Cette décision n'est pas susceptible d'appel».

Cependant, avant de statuer sur l'appel dont elle est saisie, la Cour d'appel de Gand pose une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle formulée comme suit : «L'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où aucune voie de recours n'est prévue contre la décision du juge par laquelle la demande d'un mineur visant à être entendu est, malgré sa capacité

de discernement, néanmoins rejetée pour un autre motif que le manque de discernement, de sorte que le mineur n'aura jamais la possibilité d'être entendu, alors que la loi oblige le juge à accueillir la demande d'un mineur capable de discernement afin que tout mineur doué de discernement ait l'occasion d'être entendu ?»

1. 2. La position du conseil des ministres et la réponse de la Cour constitutionnelle à la question préjudicielle

a) Remarque préliminaire : l'initiative de l'audition et la faculté du juge de rejeter la demande

Avant de développer la réponse de la Cour, il est important de s'interroger sur les personnes habilitées à introduire une demande d'audition. En effet, de la qualité de la partie introduisant cette demande, découle l'étendue de la faculté du juge de l'écartier ou non.

Selon l'alinéa 3 de l'article 931 du Code judiciaire, le mineur peut être entendu «à sa demande ou sur décision du juge».

Toutefois, sans que cela ne soit expressément stipulé dans le texte légal, il découle de l'interprétation donnée à l'ali-

néa 3 de l'article 931 du Code judiciaire que les parties peuvent également suggérer, voire demander, que le mineur soit entendu⁽⁹⁾. J.-L. Renchon souligne le manque de clarté du texte en ce qui concerne l'initiative de l'audition et considère dès lors que «le législateur a voulu expressément indiquer que la décision d'entendre un enfant peut procéder soit de la demande de l'enfant lui-même, soit de la demande de l'une des parties sans que l'enfant l'ait demandée»⁽¹⁰⁾. Une ordonnance du tribunal civil de Bruxelles du 16 novembre 1994 précise que seul le mineur peut soumettre au juge le souhait d'être entendu ou que le juge saisi du litige peut décider lui-même d'entendre le mineur, mais que rien n'empêche les parties (père et mère) «de suggérer une telle mesure d'instruction»⁽¹¹⁾. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège le 2 avril 1996, il est expressément mentionné que la demande d'audition émane de la mère des enfants⁽¹²⁾.

Selon J.-L. Renchon, le juge ne peut décider d'entendre un enfant mineur que si les parties en ont fait la demande, ce qui exclut qu'il décide d'initiative d'entendre l'enfant si les parties s'y opposent ou n'ont pas exprimé le souhait que l'enfant soit entendu : «c'est dès lors seulement lorsqu'une des parties lui en aura fait la demande que le juge pourra décider, par application de l'article 931, alinéa 3, du Code judiciaire, d'entendre

(6) Tel que cela découle des travaux préparatoires de la loi. Voir J. De Gavre, op.cit., p. 596, n° 60.

(7) J.-L. Renchon, «La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice», in X. Le divorce : nouvelles procédures (Loi du 30 juin 1994), Édition du Jeune barreau, Bruxelles, 1995, p. 182, n° 76.

(8) Gand (11^{ème} ch. ter), 4 juin 2009, 2009/RK/10, inédit. Voir P. Senaevae, «Het hoger beroep tegen weigeringsbeslissing een minderjarige te horen», op. cit., p. 53, n° 3.

(9) Précisons qu'en droit français, le texte légal est plus clair sur ce point puisqu'il découle explicitement de l'article 338-4 du Code de procédure civile que la demande peut être formée par le mineur ou par les parties. Le texte légal énonce par ailleurs clairement les motifs de refus pouvant être invoqués par le juge selon que la demande émane du mineur ou des parties. Voy. art. 388-1 C. civ. fr., modifié par la loi n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance, J.O. du 6 mars 2007, p. 4215; art. 338-1 à 338-12 C. proc. civ. fr., modifiés par le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, J.O. du 24 mai 2009, p. 8649; J.-R. Demarchi, «Une justice familiale en mutation (Bilan de l'évolution législative relative à l'audition de l'enfant)», Dr. famille, 2010, n° 54, pp. 3-11.

(10) J.-L. Renchon, «La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice», op. cit., p. 135, n° 31. M. Grogard souligne toutefois que «contre toute attente, certains magistrats ont reçu des enfants lorsque les parents le demandaient (ce qui n'est pas expressément prévu à l'article 931 du Code judiciaire (...)) et sans demande expresse de l'enfant». M. Grogard, «L'audition de l'enfant depuis l'application des articles 931 nouveau du Code judiciaire et 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse», Div. Act., 2002/10, p. 158.

(11) Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1994, J.L.M.B., 1995, pp. 1044-1046.

(12) Liège, 2 avril 1996, J.D.J., octobre 1996, n° 158, pp. 381-382. Comme nous le verrons plus en détail ci-après (Infra, I. 3. c)), la demande d'audition était conjointement introduite par la mère des enfants et par les enfants eux-mêmes.

Le juge conserve, lorsque la demande d'audition n'est pas introduite par le mineur, la faculté de rejeter la demande

ou de faire entendre un enfant qui n'aurait pas, lui, soumis une telle demande au juge»⁽¹³⁾. On ne peut dès lors *a priori* admettre que le juge décide d'entendre l'enfant alors que ce dernier ne l'a pas demandé ou que les parents ne l'ont pas demandé. De quel droit, en effet, le juge peut-il, dans ce cas, décider d'entendre l'enfant ?

Cet avis n'est pas partagé par l'ensemble des auteurs. De la lecture des travaux préparatoires de la loi, qui précisent que «Le juge peut évidemment décider d'entendre d'office l'enfant»⁽¹⁴⁾, certains auteurs estiment que le juge peut, effectivement, décider d'entendre d'office l'enfant, sans qu'une demande d'audition n'émane de l'enfant ou des parties. J.-P. Masson estime qu'en présence du silence de la loi, ne précisant pas si l'audition doit être sollicitée par une des parties ou si le juge peut statuer d'office, il convient d'admettre les deux possibilités⁽¹⁵⁾. Selon J. De Gavre, la loi a donné «au juge la possibilité de décider motu proprio d'entendre un mineur. Il peut s'agir d'une initiative qui lui appartient, mais rien n'interdit au parquet et aux avocats des parties de lui suggérer une telle mesure d'instruction»⁽¹⁶⁾. Selon G.-H. Beauthier, tant le mineur, que le ou les parents ou même les grands-parents peuvent demander que le jeune soit entendu, mais le juge «peut également estimer lui-même cette audition nécessaire»⁽¹⁷⁾.

Il nous semble que le texte légal ne soit pas aussi clair et explicite sur ce point. Il faut en tout cas retenir que les parents de l'enfant ont la faculté de demander au juge que leur enfant soit auditionné. Si le juge accède à cette demande, il s'agit alors d'une audition de l'enfant «sur décision du juge», régie par l'article 931, alinéa 3, du Code judiciaire.

Ayant précisé que le mineur peut être entendu «à sa demande ou sur décision du juge», il convient alors de s'interroger sur la faculté du juge d'accepter ou de refuser la demande d'audition du mineur.

Cette faculté est *a priori* plus restreinte lorsque la demande d'audition est introduite par le mineur lui-même. L'alinéa 4 de l'article 931 du Code judiciaire pré-

cise en effet que le juge ne peut écarter une demande d'audition introduite par le mineur qu'en rendant une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement⁽¹⁸⁾.

Le juge doit rendre une décision spécialement motivée, ce qui signifie qu'il ne peut se contenter «d'une motivation générale, stéréotypée, il doit indiquer pourquoi le mineur est, en l'espèce, dépourvu du discernement requis»⁽¹⁹⁾. Par contre, dans le cadre d'une demande d'audition introduite par l'une des parties, l'alinéa 3 de l'article 931 de Code judiciaire ne précise pas le ou les motifs pour lesquels le juge peut écarter cette demande.

Il faut donc déduire de la lecture de ces deux alinéas que lorsque le juge est saisi de la demande d'une des parties d'auditionner l'enfant, il peut, «contrairement à ce qui se passe lorsque la demande est formulée par l'enfant lui-même, refuser de faire droit à cette demande, pour

des raisons de pure opportunité»⁽²⁰⁾. Le juge est donc libre, dans ces cas, de rejeter la demande pour un autre motif que le manque de discernement⁽²¹⁾.

La jurisprudence s'est prononcée plusieurs fois en la matière. Le président du tribunal civil de Bruxelles précise par exemple que «dans tous les autres cas (ceux où la demande d'audition n'est pas introduite par le mineur)⁽²²⁾, le juge est maître de sa décision»⁽²³⁾. Le juge conserve donc, lorsque la demande d'audition n'est pas introduite par le mineur, la faculté de rejeter la demande au motif, par exemple, que les enfants ont déjà été entendus, que ce soit dans le cadre d'une expertise pédopsychiatrique⁽²⁴⁾, dans le cadre d'une enquête sociale⁽²⁵⁾ ou dans le cadre d'une précédente audition et d'une précédente enquête sociale⁽²⁶⁾. Le fait que les enfants aient été précédemment entendus ne fonde toutefois pas automatiquement un refus du juge de répondre par l'affirmative à la demande

(13) J.-L. Renchon, «La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice», op. cit., p. 145. L'auteur considère dès lors que le juge ne peut pas, lorsque les parties s'y opposent, prescrire une audition de l'enfant. Voir également J.-L. Renchon, «Exposé introductif. Le divorce pour cause déterminée. L'audition des enfants», in X. La réforme du divorce (sous la dir. de M. Grégoire et P. Van Den Eynde), Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 17. Selon l'auteur, il irait à l'encontre de l'interprétation de l'article 12 de la Convention des droits de l'enfant de considérer que le juge peut, à son initiative, décider de convoquer l'enfant pour l'entendre.

(14) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Merckx-Van Geoy, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 1993-1994, n° 545/14, p. 97.

(15) J.-P. Masson, La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives au divorce. Texte et commentaire, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 59, n° 22.

(16) J. De Gavre, op. cit., p. 594, n° 57. Voir également A.-C. Van Gysel, op. cit., p. 443.

(17) G.-H. Beauthier, «L'audition des mineurs. Hochets ou otages ?», J.D.J., octobre 1994, n° 138, p. 4.

(18) Étant donné que le droit d'être entendu en justice n'est reconnu au mineur que dans les procédures qui le concernent, le juge devra également écarter la demande d'audition du mineur qui interviendrait dans une procédure ne le concernant pas. J.-L. Renchon, «La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice», op. cit., p. 145, note infrapaginale n° 54.

Concernant le fait que l'audition du mineur est conditionnée par sa capacité de discernement, nous renvoyons le lecteur aux propos de B. Van Keirsbilck et de T. Moreau. Ces derniers considèrent en effet que nous ne pouvons plus considérer aujourd'hui, en vertu du nouvel article 22bis de la Constitution (note infrapaginale n°42), que l'audition de l'enfant est conditionnée par sa capacité de discernement.

(19) J.-P. Masson, op. cit., p. 59, n° 21. Sur ce point, voir P. Senaev, «Het hoger beroep tegen weigeringsbeslissing een minderjarige te horen», op. cit., p. 53, n° 2. Voir également D. Deli, «Het horen van minderjarigen volgens het gewijzigde artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek (deel 1)», Rev. gén. dr. civ., 1995, p. 195, n° 21; P. Senaev en W. Pintens, De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen, Maklu, Anvers, 1997, p. 93, n° 134-135.

(20) J.-L. Renchon, «La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice», op. cit., p. 145, n° 40.

(21) P. Senaev en W. Pintens, op. cit., p. 90, n° 126-128.

(22) Inséré par nous.

(23) Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1994, op. cit., p. 1045.

(24) Civ. Mons (réf.), 26 octobre 1994, Rev. trim. dr. fam., 1995, pp. 682-685. Voir également P. P. Senaev et W. Pintens, op. cit., pp. 96-97, n° 142.

(25) Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1994, op. cit.

(26) Liège, 2 avril 1996, op. cit.

La faculté de déroger au principe du double degré de juridiction

d'audition. Ainsi, dans sa décision du 17 mars 1995, le président du tribunal de première instance de Namur statuant en référé ordonne l'audition des mineurs, alors que ces derniers avaient déjà été entendus dans le cadre d'une enquête sociale⁽²⁷⁾. Précisons qu'il s'agissait d'une demande d'audition introduite par les mineurs eux-mêmes, âgés de 11 et 12 ans, et que leur capacité de discernement suffisante est reconnue par le tribunal. Le seul motif de refus prévu par l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire, à savoir, le manque de discernement, n'étant pas présent dans le cas d'espèce, il apparaît *a priori* logique que le président ait accédé à leur demande, qu'ils aient été précédemment entendus ou non.

Ces précisions nous conduisent à penser que dans les faits qui nous occupent, l'ordonnance interlocutoire rendue par le tribunal de première instance de Termonde ne semble, *a priori*, pas conforme à l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire. En effet, bien que la demande fut introduite par les mineurs, le juge l'écarte au motif que les enfants ont déjà été entendus par l'assistante de justice et que le procès-verbal de l'audition a été versé au dossier de la procédure. Le juge ne se fonde donc nullement sur le manque de discernement des mineurs pour rejeter la demande. C'est pourtant le seul motif explicitement prévu par le texte légal. Dans les décisions de jurisprudence mentionnées ci-dessus⁽²⁸⁾, où le juge écarte la demande pour un motif similaire à celui qui a fondé l'ordonnance interlocutoire du 17 octobre 2008 (à savoir, le fait que les mineurs avaient déjà été entendus), la demande d'audition n'était toutefois pas introduite par les mineurs eux-mêmes. Le juge conservait donc, dans ces cas précis, la faculté d'écarter la demande d'audition pour un autre motif que le manque de discernement.

Nous reviendrons toutefois sur la question spécifique du refus du juge d'accéder à la demande d'audition des mineurs pour le motif qu'ils ont déjà été entendus après avoir analysé la réponse de la Cour constitutionnelle à la question préjudicielle⁽²⁹⁾.

b) Position du conseil des ministres⁽³⁰⁾

La Cour constitutionnelle a invité le conseil des ministres (ci-après conseil) à répondre dans un mémoire complémentaire à la question de la possibilité ou non d'introduire un recours en cassation contre la décision du juge rejetant une demande d'audition introduite par le mineur. Il nous paraît essentiel de revenir sur ce développement, étant donné le raisonnement assez différent adopté par la Cour constitutionnelle dans son arrêt. La position du conseil est par ailleurs intéressante au regard de l'appréciation que nous nous faisons de l'arrêt de la Cour⁽³¹⁾.

Le conseil développe son raisonnement en trois points.

Premièrement, le conseil estime que la question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Gand n'est pas recevable, car ni la question elle-même, ni la motivation de la décision de renvoi n'indiquent la catégorie de personnes par rapport à laquelle la discrimination serait opérée. Il avance en outre que cette discrimination ne pourrait résulter de la possibilité ou non d'interjeter appel contre la décision de ne pas être entendu, puisque l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire exclut la faculté d'appel pour tous les mineurs dont la demande d'être entendu a été rejetée.

Deuxièmement, si une différence de traitement devait toutefois apparaître, le conseil argue de ce qu'elle serait raisonnablement justifiée, tant au regard du droit interne que du droit international.

Selon le conseil, de la lecture combinée des articles 1050 et 616 du Code judiciaire découle la règle du double degré de juridiction, sans que cela ne constitue pour autant un principe général. L'article 616 du Code judiciaire stipule que «*tout jugement peut être frappé d'appel, sauf si la loi en dispose autrement*». La dérogation au principe du double degré de juridiction est donc admise, si cela est expressément prévu par la loi. Le conseil estime donc que l'exclusion de la faculté d'introduire un appel à l'encontre de la décision de refus d'audition du juge, prévue par l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire ne peut être considéré comme manifestement déraisonnable, étant donné que l'article 616 précité prévoit lui-même la faculté de déroger au principe du double degré de juridiction⁽³²⁾.

La garantie du double degré de juridiction ne peut par ailleurs découler des articles 6.1 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁽³³⁾. Seul l'article 14.5 du Pacte de droit international relatif aux droits civils et politiques garantit ce principe, mais uniquement en matière pénale⁽³⁴⁾.

(27) *Namur (réf.)*, 17 mars 1995, J.D.J., juin 1995, n° 146, pp. 276-277. Précisons que l'intervention volontaire des mineurs n'est a priori pas recevable, le droit à l'audition ne lui ouvrant pas un droit d'action. La jurisprudence est cependant divisée sur la question du droit d'intervention du mineur. Les décisions qui déclarent les demandes d'intervention volontaires formulées par des enfants irrecevables, les requalifient le cas échéant en demande d'audition : N. Massager, *Droit familial de l'enfance : Filiation, autorité parentale, hébergement - Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 444-446. En ce sens : Liège (1^{re} ch.), 11 mai 2004, J. T., 2004, p. 745; Liège (1^{re} ch.), 29 novembre 2005, Rev. trim. dr. fam., 2007/2, p. 406; Liège, 26 mars 2007, Rev. rég. dr., 2006/121, p. 466.

(28) *Civ. Bruxelles (réf.)*, 16 novembre 1994, op. cit.; *Civ. Mons (réf.)*, 26 octobre 1994, op. cit.; Liège, 2 avril 1996, op. cit. et *Civ. Namur (réf.)*, 17 mars 1995, op. cit.

(29) *Cfr infra*, I. 3. c)

(30) *C. const.*, arrêt n° 9/2010, 4 février 2010, op. cit., pp. 3 et 4 de l'arrêt, [A.1] à [A.4]

(31) *Cfr infra*, I. 3. b)

(32) Le conseil des ministres souligne dans son développement un certain nombre de décisions judiciaires qui ne sont pas susceptibles d'appel : p. 3 de l'arrêt, [A. 2.]. Voir également sur ce point : P. Senaev, «*Het hoger beroep tegen weigeringsbeslissing een minderjarige te horen*», op. cit., p. 53, n° 4.

(33) *Convention européenne 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.

(34) *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981*, M.B., 6 juillet 1983.

Seule la décision de rejet de la demande fondée sur le manque de discernement n'est pas susceptible d'appel

Le conseil précise par ailleurs que l'exclusion de la faculté d'introduire un appel à l'encontre d'une décision rendue en premier ressort peut se justifier par le souci d'éviter que la procédure en divorce ne soit inutilement alourdie et que le droit d'être entendu soit utilisé comme manière dilatoire⁽³⁵⁾. Le conseil souligne également qu'après le rejet de sa demande d'être entendu, le mineur peut introduire une nouvelle demande, basée sur de nouvelles circonstances, et il peut également encore introduire une nouvelle demande au cours de la procédure d'appel. Sans que le conseil n'y fasse référence, mentionnons que ce raisonnement est également celui qui a été suivi par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 9 février 1999⁽³⁶⁾.

Troisièmement, le conseil répond par la négative à la question de savoir si un recours en cassation peut être introduit contre la décision du juge rejetant la demande d'un mineur d'être entendu. Tout d'abord, un recours en cassation ne peut être introduit que par une partie au litige au fond; or, le mineur n'est pas partie au litige⁽³⁷⁾. Ensuite, la décision de rejet du juge étant une décision avant dire droit, les parties ne peuvent introduire un recours en cassation à son encontre, puisque ce dernier ne peut être introduit qu'à l'encontre du jugement définitif. Enfin, en vertu des principes généraux du droit judiciaire privé, le demandeur en cassation, devant être partie au litige au fond, ne peut introduire un recours en cassation valable, étant donné qu'il n'est pas lui-même titulaire du droit d'être entendu. Par ailleurs, la *ratio legis* de l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire justifie qu'un recours en cassation ne puisse être introduit contre une décision de rejet de la demande d'audition, étant donné que le législateur a souhaité laisser le mineur autant que possible en dehors du litige opposant ses parents.

c) Raisonnement de la Cour et réponse apportée à la question préjudicielle⁽³⁸⁾

La Cour constitutionnelle adopte un raisonnement assez différent de celui du conseil des ministres et aboutit à deux

interprétations possibles de l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire. Comme le souligne P. Senaev, la Cour, afin de répondre à la question préjudicielle, utilise sa technique éprouvée de la double lecture, selon laquelle elle utilise sa compétence pour interpréter elle-même la disposition légale lorsque l'interprétation proposée par le premier juge est considérée comme inconstitutionnelle, mais qu'une autre interprétation conforme à la loi lui paraît possible⁽³⁹⁾. Selon la première interprétation retenue, la Cour estime que la disposition en cause viole les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Par contre, selon la deuxième interprétation retenue, la Cour estime que la disposition en cause ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec le même article de ladite Convention.

Contrairement au raisonnement suivi par le conseil des ministres, la Cour estime que la question préjudicielle est recevable. En effet, selon la Cour, même si tous les mineurs sont exclus de la faculté d'interjeter appel de la décision de rejet de la demande d'audition, cela implique que ces derniers doivent être comparés à d'autres catégories de justiciables auxquels le législateur a accordé la faculté d'interjeter appel contre une décision judiciaire.

La Cour précise ensuite, à l'instar du conseil des ministres, qu'aucun principe général ne garantit le double degré de

juridiction, sauf en matière pénale, et que le législateur peut prévoir de priver une catégorie déterminée de justiciables de la faculté d'interjeter appel, à condition que cela soit raisonnablement justifié. La question soumise à la Cour est dès lors celle de savoir si la différence de traitement qui résulte de la disposition en cause porte atteinte au droit des mineurs dont la demande d'être entendus a été rejetée.

La Cour rappelle ensuite que la disposition légale en cause ne prévoit qu'un seul motif de rejet de la demande d'être entendu lorsque cette demande est introduite par le mineur lui-même. Le juge ne peut en effet écarter cette demande que par une décision spéciale motivée fondée sur le manque de discernement. La Cour insiste sur le fait que la disposition légale précise que «cette» décision n'est pas susceptible d'appel. Dès lors, selon la Cour, la disposition peut s'interpréter en ce sens que seule la décision de rejet de la demande fondée sur le manque de discernement n'est pas susceptible d'appel. À cet égard, la Cour estime que «le législateur a pu décider de limiter l'appréciation du discernement à un seul degré de juridiction, tenant compte de la préoccupation de ne pas alourdir inutilement la procédure en divorce»⁽⁴⁰⁾.

Dès lors, selon la Cour, la disposition en cause peut être interprétée en deux sens différents, et elle n'est constitutive d'une discrimination que selon la pre-

(35) Voir à cet égard, G.-H. Beauthier, op. cit., p. 5. *Se référant aux travaux préparatoires de la loi sur l'audition du mineur, qui énonce que «les enfants de 6 à 8 ans ont une vision très claire et surtout honnête de la situation» (Doc. parl., Chambre., Rapport 91-92, n° 545/14, p. 97), l'auteur remet en question le fait que l'audition du mineur soit conditionnée à sa faculté de discernement. Il estime que les dispositions légales auraient dû prévoir que l'audition ne puisse être écartée que lorsqu'elle émane de l'une des parties «dans un but manifestement dilatoire», sans dès lors prendre en compte la capacité de discernement du mineur. En ce sens : V. D'Huart et P. Henry, «Droits des jeunes et droits de la défense», in X, Les droits de la défense, actes du colloque «Jacques Henry» organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège le 28 mars 1997, Liège, éd. du Jeune barreau de Liège, 1997, p. 293.*

(36) Bruxelles, 9 février 1999, J.T., 2000, p. 151. Cfr infra, I. 3. b).

(37) *L'audition du mineur par le juge ne lui confère en effet pas la qualité de partie à la procédure : Liège, 9 janvier 1996, J.L.M.B., 1996, Obs. V. D'Huart, p. 663. Il ne faut pas confondre le droit à l'audition du mineur avec un droit d'action : N. Massager, Droit familial de l'enfance : filiation, autorité parentale, hébergement - Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences, op. cit., pp. 444-446. Pour une étude approfondie du droit de l'enfant d'agir en justice parallèlement au droit pour l'enfant d'être entendu : C. De Boe, «La place de l'enfant dans le procès-civil», J.T., 2009, pp. 485-498.*

(38) C. const., arrêt n° 9/2010, 4 février 2010, op. cit., pp. 4 à 8 de l'arrêt, [B.1] à [B.4].

(39) P. Senaev, «Het hoger beroep tegen weigeringsbeslissing een minderjarige te horen», op. cit., p. 54, n° 5.

(40) C. const., arrêt n° 9/2010, 4 février 2010, op. cit., p. 7, [B.6].

Le législateur a décidé de consacrer dans le droit belge, la liberté garantie par l'article 12 de la CIDE

mière interprétation possible de la disposition. En effet, si la disposition s'entend en ce sens que lorsque la demande d'audition est écartée pour un autre motif que le manque de discernement n'est pas susceptible d'appel, elle porte alors atteinte au droit du mineur capable de discernement d'être entendu, et est par conséquent contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁽⁴¹⁾. Par contre, la disposition en cause n'est pas constitutive d'une discrimination si elle est interprétée en ce sens que ce n'est que lorsque le juge rejette une demande d'audition du mineur pour le motif que le mineur manque de discernement que sa décision n'est pas susceptible d'appel.

I. 3. *Appréciation de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle*

À la lecture de l'arrêt de la Cour, il nous semble que deux questions méritent d'être approfondies afin d'apprécier l'arrêt rendu par la Cour et les conséquences de cet arrêt⁽⁴²⁾.

La première consiste à s'interroger sur le raisonnement suivi par la Cour au regard des travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994. De la lecture de ces derniers, nous pensons en effet qu'il avait été envisagé de prévoir explicitement qu'aucun recours ne puisse être introduit à l'égard de toute décision du juge d'accepter ou de refuser l'audition du mineur (que le juge ait statué sur une demande introduite par le mineur ou non). Ensuite, nous pensons qu'il est utile de s'interroger sur le motif qui a été invoqué dans l'ordonnance interlocutoire du président du tribunal de première instance de Termonde. Un juge ne peut-il jamais prendre en considération le fait que les enfants aient déjà été entendus dans le cadre de la procédure ? Après avoir développé ces deux questions, nous envisagerons les conséquences de l'arrêt de la Cour dans le cas d'espèce, mais également dans des cas similaires pouvant se présenter à l'avenir.

a) Introduction

Étant donné que cela sera utile à la compréhension de la suite de l'analyse, re-

venons brièvement sur l'adoption des alinéas 3 à 7 de l'article 931 du Code judiciaire. L'audition de l'enfant a été introduite dans l'article 931 du Code judiciaire par la loi du 30 juin 1994, loi qui a par ailleurs modifié les procédures en divorce.

À l'origine, l'objectif poursuivi par les parlementaires était d'humaniser les procédures en divorce, en ne touchant qu'aux aspects procéduraux du divorce, laissant de côté les questions de fond soulevées par le divorce⁽⁴³⁾. Une seule question de fond fut toutefois traitée, en raison de la ratification et de l'approbation par la Belgique de la Convention relative aux droits de l'enfant⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾. Plusieurs réserves ont été émises à l'égard du choix de traiter cette question de fond dans le cadre de la réforme des aspects

procéduraux du divorce. Au cours du travail parlementaire, un membre de la Commission s'est en effet exprimé en ces termes sur le souhait d'insérer une disposition légale sur le droit d'audition : «*N'est-il cependant pas exagérément ambitieux de vouloir apporter une solution globale au problème du droit d'être entendu dans le cadre de la présente discussion ?*»⁽⁴⁶⁾. L'article 931 du Code judiciaire fut toutefois modifié au cours de cette réforme.

Décidant de couper court au débat relatif à l'effet direct de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le législateur a en effet décidé de consacrer dans le droit belge, la liberté garantie par l'article 12 suscitée, à savoir, le droit de l'enfant capable de discernement d'exprimer librement son opinion

(41) C. const., arrêt n°9/2010, op. cit., [B.7].

(42) D'autres questions, soulevées plus profondément par B. Van Keirsbilck et T. Moreau, ne seront pas développées plus en détails dans la présente étude.

Nous pensons notamment au fait que l'audition du mineur soit conditionnée à sa capacité de discernement. Nous avons analysé ci-dessus (Supra, I. 2. a)) ce motif qui conditionne l'audition d'un enfant mineur lorsqu'il introduit lui-même une demande visant à être entendu. Sans aller plus loin sur cette question, et si elle a toujours suscité des réserves de la part des auteurs de doctrine, nous pensons néanmoins que celle-ci nécessite un vaste débat et qu'il ne serait pas opportun d'auditionner automatiquement tout enfant sans tenir compte de sa faculté de compréhension de la situation. Comme nous l'avons déjà mentionné, le droit français a été récemment réformé en ce qui concerne le droit du mineur d'être entendu. La faculté de discernement du mineur reste néanmoins une condition préalable à son audition en droit français. J.-R. Demarchi, op. cit., pp. 3-6; M. Douchy-Oudot, «L'audition de l'enfant en justice», Procédures, n° 8, août 2009, étude 7, pp. 2-3.

Nous pensons également au nouvel article 22bis, alinéa 2, de la Constitution. Nous rejoignons sur ce point l'avis de B. Van Keirsbilck et T. Moreau, mais également de P. Senaev (op.cit.), en ce que la Cour d'appel de Gand aurait pu également invoquer cette disposition dans la question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle. Toutefois, sur les implications concrètes du nouvel article 22bis de la Constitution, nous renvoyons aux articles suivants : J. Velaers et S. Van Drooghenbroeck, «Note relative au projet de modification de l'article 22bis de la Constitution relatif aux droits de l'enfant», J. D. J., 2009, n° 281, pp. 29-30; C. De Boe, «La place de l'enfant dans le procès civil», J.T., 2009, n°26, pp. 485-498, spéc. pp. 497-498, n° 38-41.

Selon C. De Boe, la révision constitutionnelle ne visait pas à offrir des droits nouveaux aux enfants, par rapport à ceux dont ils bénéficiaient déjà sur le fondement de la Convention relative aux droits de l'enfant. Eu égard au caractère controversé de l'effet direct de ladite Convention en droit belge, S. van Drooghenbroeck (cité par C. De Boe) souligne qu'il est difficile de se prononcer sur la portée juridique du nouvel article 22bis de la Constitution et «qu'il ne semble pas, à première vue, que l'article 22bis (...) puisse avec certitude prétendre à des effets juridiques supérieurs ou mieux assurés par rapport à ceux (...) que la jurisprudence reconnaît à la CIDE». C. De Boe conclut donc «que la nouvelle disposition constitutionnelle ne constitue pas, en soi, une «plus-value significative» dans la protection dont jouissent les droits de l'enfant en Belgique. Le nouvel article, s'il n'ôte rien, n'ajoute rien non plus aux possibilités qu'offre déjà la CIDE aux magistrats, qui continueront fort probablement à se référer prioritairement à cette Convention» : C. De Boe, op. cit., p. 497, n° 39 et p. 498, n° 40.

(43) J.-L. Renchon, «Exposé introductif - Le divorce pour cause déterminée - L'audition des enfants», op.cit., p. 9.

(44) Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989, signée par la Belgique le 26 janvier 1990, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, M.B., 17 janvier 1992, p. 803.

(45) La première proposition de loi déposée en matière de modification du divorce à l'époque contenait une seule disposition relative à l'audition de l'enfant dans le cadre des procédures en divorce pour cause déterminée. Proposition de loi modifiant les procédures en divorce, Doc. parl., Sénat, sess. 1989-1990, n° 860-1. Par la suite, un amendement sera déposé par Mmes Merckx-Van Geoy, Mme de T'Serclaes et MM. Vandeurzen et Beaufays, visant à modifier l'article 931 du Code judiciaire : amendement n° 33 à la proposition de loi modifiant les procédures en divorce (Doc. parl., Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 545/1), Doc. parl., Chambre, sess. 1991-1992, n° 545/4, pp. 12-16.

(46) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Merckx-Van Geoy, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 1993-1994, n° 545/14, p. 92.

D'une liberté de l'enfant d'exprimer librement son opinion, il semble que l'on ait plutôt abouti à une obligation d'audition

sur toutes questions l'intéressant. Dès avant l'adoption des alinéas 3 à 7 du Code judiciaire consacrant le droit au mineur capable de discernement d'être entendu dans toute procédure le concernant, de nombreuses décisions avaient cependant déjà fait droit à une demande d'audition de l'enfant. Ces décisions se fondaient sur l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'enfant⁽⁴⁷⁾.

Plusieurs auteurs ont critiqué les alinéas 3 à 7 de l'article 931 du Code judiciaire, estimant que ces dispositions vont bien au-delà de l'esprit de la Convention. D'une liberté de l'enfant d'exprimer librement son opinion, il semble que l'on ait plutôt abouti à une obligation d'audition⁽⁴⁸⁾. Nous reviendrons sur ce point ci-dessous (Infra I. 3. b)).

b) Le raisonnement de la Cour au regard des travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994 et de la doctrine

B. Van Keirsbilck et T. Moreau rappellent, dans leur commentaire, le contenu de l'article 26, § 1^{er}, 3^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle⁽⁴⁹⁾. Cet article stipule que la Cour statue par voie d'arrêt sur les questions relatives à «*la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, des articles du titre II «Des Belges et de leurs droits», et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution*». En l'espèce, la Cour se prononce sur la conformité de l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire avec les articles 10 et 11 de la Constitution sans rechercher l'intention d'origine du législateur dans les travaux préparatoires de la disposition en cause. La lecture de ces derniers est néanmoins éclairante en ce qui concerne la question spécifique de la faculté d'interjeter appel de la décision du juge se prononçant sur une demande d'audition de l'enfant.

Que disent les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994 à ce sujet ?

Afin de tenter de comprendre le raisonnement ayant justifié que la décision du juge d'entendre ou non le mineur ne soit pas susceptible d'appel, il est nécessaire de revenir sur le processus parlementaire

à l'origine des alinéas 3 et 4 de l'article 931 du Code judiciaire⁽⁵⁰⁾.

La première proposition de loi déposée en matière de modification du divorce à l'époque contenait une seule disposition relative à l'audition de l'enfant dans le cadre des procédures en divorce pour cause déterminée⁽⁵¹⁾. Par la suite, un amendement sera déposé par Mme Stengers visant à modifier l'article 931 du Code judiciaire⁽⁵²⁾. Rien n'y est explicitement prévu en ce qui concerne la faculté d'interjeter appel ou non de la décision. Par la suite, un amendement

sera déposé par Mme Merckx-Van Geoy et consorts visant également à modifier l'article 931 du Code judiciaire⁽⁵³⁾. À nouveau, rien n'y est explicitement prévu en ce qui concerne la faculté d'interjeter appel ou non de la décision. Par contre, dans la suite du travail législatif, une proposition de loi du 23 novembre 1993 sera déposée, proposition dans laquelle apparaît explicitement une disposition prévoyant une dérogation au double degré de juridiction. Cette dérogation consiste en réalité exactement en l'actuel alinéa 4 de l'article 931 du

(47) Certaines de ces décisions estiment que l'article 12 de la Convention est pourvu d'effet direct, d'autres non. Civ. Liège, 22 novembre 1991, J.L.M.B., 1992, pp. 146-150, Obs. C. Panier; Civ. Nivelles, 21 mai 1993, J.L.M.B., 1993, pp. 1278-1279; Civ. Liège, 30 juin 1993, J.L.M.B., 1993, p. 1282. Trib. Jeun. Liège, 7 mars 1994, J.L.M.B., 1994, pp. 521-523; Trib. Jeun. Anvers, 14 avril 1994, J.D.J., septembre 1995, n°147, pp. 322-326 (refus - Convention des droits de l'enfant dénuée d'effet direct); Trib. Jeun. Liège, 15 juin 1994, J.D.J., septembre 1994, n° 137, pp. 44-45 (décision encore rendue avant l'entrée en vigueur de l'article 931, al. 3 à 7, du Code judiciaire).

Depuis l'entrée en vigueur des alinéas 3 à 7 de l'article 931 du Code judiciaire, de nombreuses décisions de jurisprudence combinent encore l'article 931, al. 3 à 7, C. jud. avec l'article 12, voire 9 de la Convention pour accéder à une demande d'audition : Liège, 28 avril 2000, J.D.J., décembre 2001, n° 210, pp. 39-41, note I. Dogne; Civ. Charleroi, 7 avril 2000, J.L.M.B., 2001/13, pp. 569-570; Liège, 28 avril 2000, Act. Dr., 2001, pp. 349-362, note S. Delval; Liège, 30 juin 2000, J.D.J., mai 2001, n° 205, pp. 42-45, commentaire F. Druant; Liège, 12 février 2002, J.T., 2002, p. 407.

Sur la reconnaissance de l'effet direct de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant par les décisions de jurisprudence belge et sur la mobilisation faible de l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant par la jurisprudence interne : T. Moreau, «Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale», in La parole de l'enfant. Entres vérités et responsabilité (sous la dir. de J. Sosson et P. Collard), Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, pp. 34-39; F. Druant et K. Joliton, «L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ?», J.D.J., n° 220, pp. 32-33.

(48) Ne pouvant faire état de ce vaste débat dans le cadre de la présente étude, nous renvoyons le lecteur aux études de J.-L. Renchon, «Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice», Rev. dr. U.L.B., 1996/13, pp. 109-167; J.-L. Renchon, «Exposé introductif. Le divorce pour cause déterminée. L'audition des enfants», op. cit., pp. 7 à 9 et 16-20; J.-L. Renchon, «La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice», op. cit., pp. 109-166; P. Dony, «L'audition de l'enfant, pratiques et dérives», Rev. dr. U.L.B., 1996/13, pp. 169-177; V. D'Huart et P. Henry, «Droits des jeunes et droit de la défense», op. cit., pp. 286-300.

(49) Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, M.B., 7 janvier 1989, modifiée par la loi spéciale du 21 février 2010 visant à adapter diverses dispositions à la dénomination «Cour constitutionnelle», M.B., 26 février 2010.

(50) L'alinéa 3 de l'article 931 du Code judiciaire précise que «La décision du juge n'est pas susceptible d'appel» tandis que l'alinéa 4, portant spécifiquement sur la demande d'audition introduite par le mineur, précise que «Cette décision n'est pas susceptible d'appel».

(51) Proposition de loi modifiant les procédures en divorce, Doc. parl., Sénat, sess. 1989-1990, n° 860-1.

(52) Amendement n° 1 à la proposition de loi modifiant les procédures en divorce (Doc. parl., Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 545/1), proposé par Mme Stengers, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 545/2.

(53) Amendement n° 33 à la proposition de loi modifiant les procédures en divorce (Doc. parl., Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 545/1), proposé par Mme Merckx-Van Geoy, Mme T'serclaes et MM. Vandeurzen et Beaufays, Doc. parl., Chambre, sess. 1991-1992, n° 545/4, pp. 12-16.

(54) Proposition de loi modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 1993-1994, n° 545/15. L'article 1^{er} de cette proposition mentionne en effet : «L'article 931 du Code judiciaire est complété comme suit :

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

Lorsque le mineur en fait la demande soit au juge saisi soit au procureur du Roi, l'audition ne peut être refusée que par une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement du mineur. Cette décision n'est pas susceptible d'appel. (...)».

Le législateur a pu apprécier l'opportunité de limiter l'appréciation du discernement au premier degré de juridiction

Code judiciaire⁽⁵⁴⁾. Aucune justification ou explication n'est apportée à cette disposition.

Cette proposition de loi du 23 novembre 1993 sera adoptée par la Chambre des représentants⁽⁵⁵⁾. Il était donc prévu, comme dans l'actuel article 931, alinéa 4, du Code judiciaire, que lorsque le mineur en fait la demande, l'audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement. La disposition mentionnant *in fine* que cette décision n'est pas susceptible d'appel.

En ce qui concerne l'alinéa 3 de l'article 931 du Code judiciaire, il doit sa formulation actuelle à l'amendement déposé par M. Foret et consorts. Cet amendement a en effet proposé d'insérer à l'alinéa 3, *in fine*, de l'article 931 du Code judiciaire, que «*la décision du juge n'est pas susceptible d'appel*». Cet amendement fut justifié, de manière très laconique, comme suit : «*Il est souhaitable de préciser de manière générale que la décision ordonnant ou refusant l'audition n'est pas susceptible d'appel*»⁽⁵⁶⁾. Jusqu'à cet amendement donc, la seule précision en matière de voie de recours concernait la non-faculté d'interjeter appel, lorsque la demande était introduite par le mineur, à l'encontre de la décision de refus du juge fondée sur le manque de discernement du mineur. À la suite de ce dernier amendement, qui fut adopté, aucune autre précision ou commentaire n'a été fait sur cette question dans le cadre des travaux parlementaires⁽⁵⁷⁾.

Que faut-il déduire de la justification avancée par l'amendement de M. Foret et consorts ?

L'intention d'origine a-t-elle été d'inscrire que, de manière générale, la décision du juge n'est pas susceptible d'appel ? L'article 931, alinéa 3, mentionne en effet «*(...) le mineur capable de discernement peut, à sa demande ou sur décision du juge, (...) être entendu (...). La décision du juge n'est pas susceptible d'appel*». Cette précision, *in fine*, s'applique-t-elle à toute décision du juge, qu'elle se prononce sur la demande introduite par un mineur, ou sur la demande introduite par l'une des parties ?

Qu'en est-il alors de la nuance introduite dans l'alinéa 4 de l'article 931 du Code judiciaire ? Faut-il y lire, à l'instar de la Cour, que ce n'est que lorsque le juge écarte une demande d'audition du mineur pour la raison qu'il manque de discernement, que cette décision n'est pas susceptible d'appel ?

Lorsque J.P. Masson a analysé cette question dans son ouvrage consacré à la réforme du divorce, il est arrivé au constat que le législateur a sans doute souhaité que le jugement refusant ou autorisant l'audition d'un mineur est rendu sans possibilité d'appel, que la demande émane directement du mineur ou non⁽⁵⁸⁾.

J.-P. Masson précise tout d'abord que tant la décision d'entendre l'enfant que la décision de refus de l'entendre sont rendues sans possibilité d'appel.

Il souligne à juste titre que les termes qui prévoient que «*la décision n'est pas susceptible d'appel*» se situent juste après les termes qui prévoient l'audition du mineur «*à sa demande ou sur décision du juge*». On ne peut donc introduire d'appel contre la décision d'entendre l'enfant.

Concernant la décision de refus, le fait qu'il n'y ait pas d'appel possible découle «*d'une part, du souci de cohérence, d'autre part, en raison de la volonté non équivoque du législateur*». J.-P. Masson précise en effet que «*le texte transmis au Sénat ne traitait de l'appel que pour la décision du juge de ne pas entendre le mineur qui souhaitait*»⁽⁵⁹⁾ être en-

tendu»⁽⁶⁰⁾. Le Sénat a toutefois voulu que la question soit également réglée de façon expresse pour la décision prise par le juge sans qu'elle ne résulte d'une demande expresse du mineur. J.-P. Masson conclut donc, sur la question de l'appel, «*que l'amendement excluant l'appel tendait à éviter les recours de manière générale*»⁽⁶¹⁾.

Si un appel ne peut être interjeté à l'encontre de la décision du juge, le même auteur estime toutefois que la décision peut faire l'objet d'une opposition. En effet, selon l'article 1047 du Code judiciaire, toute disposition peut, si la loi n'en dispose autrement, faire l'objet d'une opposition. Étant donné que l'article 931 du Code judiciaire n'a pas prévu de déroger à l'article 1047 du Code judiciaire, il faut admettre qu'une partie défaillante pourrait former opposition à la décision ayant décidé par défaut d'entendre ou de ne pas entendre l'enfant mineur⁽⁶²⁾. J.-P. Masson est toutefois d'avis que l'article 931 du Code judiciaire devrait être modifié afin de mentionner explicitement que «*la décision n'est susceptible d'aucun recours*», et ce afin d'accélérer le cours de la justice⁽⁶³⁾.

Concernant la non-faculté d'interjeter appel de la décision du juge d'entendre ou non le mineur, J.-L. Renchon précise que «*cette importante dérogation au principe du double degré de juridiction se justifie certainement par la volonté du législateur d'éviter qu'un recours contre cette décision ne retarde incon-*

(55) *Projet de loi modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce*, Doc. parl., Sénat, sess. 1993-1994, n° 898-1, p. 2.

(56) *Amendement n° 5 au projet de loi modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures en divorce* (Doc. Parl., Chambre, sess. 1993-1994, n° 898-1), proposé par M. Foret et consorts, Doc. parl., Sénat, sess. de 1993-1994, n° 898-3 à 5, p. 3.

(57) *Il a été adopté à l'unanimité et n'a fait l'objet d'aucune discussion supplémentaire. Nous ne trouvons pas plus de précision à ce sujet dans les travaux préparatoires rassemblés par G. Baeteman et C. Bamps : G. Baeteman et C. Bamps, Les nouvelles procédures du divorce. Travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce, Diegem, Kluwer, 1994, pp. XXII-XXIII et annexes, pp. 1-13.*

(58) J.-P. Masson renvoie d'ailleurs le lecteur au même numéro de son ouvrage en ce qui concerne l'appel d'une décision d'audition (autorisant ou refusant celle-ci) qu'elle soit régie par l'alinéa 4 ou par l'alinéa 3, de l'article 931 du Code judiciaire. J.-P. Masson, op. cit., p. 58, n° 21, note infrapaginale n° 102.

(59) *Souligné par nous.*

(60) J.-P. Masson, op. cit., p. 60, n° 22.

(61) *Ibidem*

(62) *Ibidem*, p. 61.

(63) *Ibidem*, pp. 61 et 62.

Des circonstances nouvelles pourraient justifier que les parties réitérent une demande d'audition devant le juge d'appel

sidérément le déroulement de la procédure»⁽⁶⁴⁾. Le même raisonnement est rappelé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 4 février 2010 en ce qui concerne l'alinéa 4 de l'article 931 du Code judiciaire. La Cour estime en effet que le législateur a pu apprécier l'opportunité de limiter l'appréciation du discernement du mineur au premier degré de juridiction, et ce, afin d'éviter d'alourdir inutilement la procédure, notamment la procédure en divorce⁽⁶⁵⁾.

Dans un arrêt du 9 février 1999⁽⁶⁶⁾, la Cour d'appel de Bruxelles avait à se prononcer sur l'appel principal interjeté par une des parties (la mère des enfants), contre une ordonnance interlocutoire prononcée contradictoirement par le président du tribunal de première instance de Bruxelles. Elle devait également se prononcer sur l'appel incident interjeté par le père des enfants. L'appel était également interjeté par les deux enfants mineurs.

Devant le premier juge, la demande de Madame tendait à ce que le juge prononce l'inscription scolaire des enfants dans l'établissement scolaire proposé par Madame et qu'elle puisse procéder seule aux formalités administratives de cette inscription. Monsieur introduisit une demande reconventionnelle tendant à ce que le juge entende ses deux enfants. Les enfants mineurs ont par ailleurs introduit une requête en intervention volontaire afin d'être entendus et de pouvoir ainsi faire valoir leur point de vue. Par son ordonnance rendue contradictoirement, le président du tribunal autorisa le père des enfants à procéder seul à leur inscription et il débouta les parties pour le surplus. Il déclara également la requête en intervention des mineurs irrecevable.

Madame interjeta alors appel de cette ordonnance. L'appel principal de Madame tendait à réformer l'ordonnance entreprise afin que celle-ci puisse inscrire seule les enfants dans l'établissement scolaire de son choix. Monsieur introduisit alors un appel incident tendant à entendre réformer l'ordonnance, dans la mesure où elle n'a pas fait droit à la demande d'audition des enfants. L'appel des deux enfants mineurs tendait à réformer l'ordonnance en ce qu'elle avait déclaré leur demande irrecevable et à ce qu'ils puissent donc être reçus afin d'être entendus.

Concernant l'appel incident de Monsieur, la Cour d'appel décida qu'il était irrecevable, eu égard à l'article 931, alinéa 3, du Code judiciaire qui stipule que «la décision du juge n'est pas susceptible d'appel».

Le raisonnement de la Cour d'appel va néanmoins plus loin, puisque la Cour estime que la demande d'audition faite par les deux enfants mineurs est également irrecevable en vertu de l'alinéa 4 du Code judiciaire. La Cour se prononce en effet en ces termes : «L'appel est irrecevable dès lors que l'article 931, alinéa 3, du Code judiciaire prévoit que la décision du juge d'entendre ou de refuser d'entendre les enfants à la demande d'une des parties, n'est pas susceptible d'appel; il en va de même de la décision refusant la demande d'audition faite par le mineur (art. 931, al. 4, C.jud.)»⁽⁶⁷⁾.

Il nous semble que cette précision apportée par la Cour d'appel se prononce en faveur d'une interprétation des alinéas 3 et 4 de l'article 931 du Code judiciaire comme excluant la faculté d'interjeter appel de toute décision du juge d'entendre ou non le mineur, que cette demande d'audition ait été formée au départ, par l'enfant, ou par l'une des parties.

La Cour d'appel précise toutefois que, même si l'alinéa 4 de l'article 931 du Code judiciaire ne prévoit pas de recours à l'encontre de la décision du juge, le refus du premier juge n'empêche pas les parties de réitérer la demande d'audition devant le juge d'appel saisi du fond du litige⁽⁶⁸⁾. La Cour précise que ce juge pourrait en effet avoir une appréciation différente de l'opportunité ou de la capacité de discernement du mineur. Par ailleurs, si se pourrait que des circonstances de fait modifiées depuis la décision du premier juge justifient une audition de l'enfant refusée en premier res-

sort. La Cour d'appel précise bien que l'appel ne peut porter uniquement sur la décision du premier juge d'entendre ou non l'enfant mineur.

Il faut donc bien que le juge d'appel soit saisi du fond du litige pour qu'une demande d'audition puisse être réitérée devant ce dernier. Il ne sera alors fait accès à la demande d'audition que si le juge d'appel apprécie différemment que le premier juge la capacité de discernement du mineur ou s'il constate que des circonstances nouvelles justifient de faire droit à la demande d'audition.

Eu égard à ce raisonnement, nous pensons que la question préjudicielle aurait pu être nuancée lorsqu'elle affirme que «(...) le mineur n'aura jamais la possibilité d'être entendu (...)». En effet, des circonstances nouvelles pourraient justifier que les parties réitérent une demande d'audition devant le juge d'appel saisi du fond du litige.

Dans le cas d'espèce soumis à la Cour constitutionnelle, il nous semble que si un appel avait été introduit sur le fond du litige opposant les parties⁽⁶⁹⁾, une nouvelle demande d'audition aurait pu être réitérée devant ce juge d'appel. Des circonstances nouvelles constatées par ce juge d'appel auraient alors pu justifier que le juge d'appel fasse droit à la demande des enfants d'être entendus, contrairement au premier juge.

c) Le motif de refus de l'audition du mineur ayant fondé l'ordonnance interlocutoire du tribunal de première instance de Termonde

Comme nous l'avons souligné *supra*⁽⁷⁰⁾, l'ordonnance interlocutoire rendue par

(64) J.-L. Renchon, «La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice», op. cit., p. 141, n° 37.

(65) C. const., arrêt n° 9/2010, 4 février 2010, op. cit., p. 7, [B.6].

(66) Bruxelles, 9 février 1999, op. cit., pp. 150-152. Également cité par D. Pire, «Le tribunal de la jeunesse et la procédure civile : union libre ou cohabitation légale ?», Rev. trim. dr. fam., 2002/2, p. 224.

(67) Ibidem., J. T., 2000, p. 151.

(68) Bruxelles, 9 février 1999, op. cit.

(69) En l'espèce, l'appel est introduit par la mère des enfants devant la Cour d'appel de Gand contre la décision de rejet de la demande d'audition des enfants mineurs et non pas sur le fond du litige, à savoir les modalités d'hébergement telles qu'elles ont été décidées par le premier juge.

(70) Cf. *supra*, I. 2. a)

Une enquête sociale précédemment réalisée peut-elle être considérée comme une audition indirecte ?

le tribunal de première instance de Termonde ne semble, *a priori*, pas conforme à l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire. En effet, bien que la demande fut introduite par les mineurs, le juge l'écarte au motif que les enfants ont déjà été entendus par l'assistante de justice et que le procès-verbal de l'audition a été versé au dossier de la procédure. Le juge ne se fonde donc nullement sur le manque de discernement des mineurs pour rejeter la demande alors que c'est le seul motif explicitement prévu par le texte légal.

Le texte légal a donc limité expressément le motif de refus pouvant être invoqué lorsque la demande d'audition émane du mineur. En ce point réside, à notre estime, la volonté du législateur de consacrer de la manière la plus large possible l'audition de l'enfant lorsqu'il en fait lui-même la demande. L'objectif a en effet été de consacrer le droit à l'audition de l'enfant prévu initialement par l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'enfant. J.-P. Masson estime que «*La circonstance que le juge ne puisse écarter l'audition de l'enfant mineur que si celui-ci est dépourvu de discernement prouve qu'il y a, dans le chef du mineur pourvu de discernement, un véritable droit à être entendu, comme d'ailleurs le reconnaît l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant*»⁽⁷¹⁾.

À la suite de l'analyse de l'arrêt récemment rendu par la Cour constitutionnelle, nous nous posons néanmoins la question de savoir si un juge ne peut jamais prendre en considération, même lorsque la demande émane de l'enfant mineur, le fait que celui-ci ait déjà été entendu dans le cadre de la procédure.

Le juge ne conserve une liberté d'appréciation plus large concernant une demande d'audition de l'enfant que lorsque cette demande émane des parties. Le juge peut, dans ce cas, refuser de procéder à l'audition pour n'importe quel autre motif que le manque de discernement du mineur. À cet égard, N. Massager précise que «*le juge est autorisé à la rejeter au motif que cette mesure est inadéquate, notamment s'il apparaît que l'enfant fait l'objet d'une entreprise de manipulation de la part de*

l'un des parents, ou encore si l'audition apparaît surabondante dès lors que l'enfant a déjà été entendu dans le cadre de l'expertise pédopsychologique ou d'une autre procédure»⁽⁷²⁾. Il apparaît donc que, de manière générale, une audition peut paraître inadéquate si le mineur a déjà été entendu dans le cadre d'autres mesures d'investigation.

Toutefois, nous ne voyons pas pourquoi cette inadéquation, qui peut en effet tout à fait justifier le refus du juge de procéder ou de faire procéder à l'audition du mineur, ne peut, par contre, remettre en question une demande d'audition émanant du mineur lui-même, alors que dans ce cas précis, l'audition de l'enfant peut également apparaître comme étant «*surabondante*» parce qu'il a déjà été entendu.

Nous pensons que le débat autour de l'audition de l'enfant doit se fonder sur l'équilibre à respecter entre le recours à l'audition de l'enfant qui permet que celui-ci s'exprime librement sur des questions le concernant, d'une part, et la responsabilisation des parents qui ne peut être évincée par un recours systématique à l'audition de l'enfant, d'autre part⁽⁷³⁾. Nous pensons également qu'il est important que l'enfant soit, dans toute la mesure du possible, tenu à l'écart des procédures et du conflit parental. Dès lors, si le mineur introduit une demande d'audition, mais que le juge s'estime déjà suffisamment informé de la situation de l'enfant, parce que le mineur a déjà été entendu dans le cadre d'une autre mesure d'investigation, ne peut-on pas considérer que par sa décision de refus de l'entendre à nouveau, le juge tente, justement, de le maintenir autant que possible en dehors du conflit ? Le juge ne souhaite-t-il pas, dans

ce cas d'espèce, rencontrer au mieux l'intérêt de l'enfant ? Le fait que l'enfant ait déjà été entendu signifie qu'il a eu la possibilité d'exprimer librement son opinion sur les questions qui le concernent. Ne pourrait-on donc pas en déduire que l'enfant a été entendu dans le cadre de la procédure ? De plus, si des circonstances nouvelles le justifient, une nouvelle demande d'audition introduite devant un juge d'appel, pourrait être reçue⁽⁷⁴⁾.

Cette réflexion soulève néanmoins certaines difficultés. En effet, dans les faits qui nous occupent, les enfants avaient été précédemment auditionnés par une assistante de justice dans le cadre d'une enquête sociale. Son rapport a été déposé au dossier de la procédure. Tant l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'enfant que l'article 931 alinéa 3, du judiciaire prévoient que, lorsqu'une demande d'audition du mineur est introduite, que ce soit par le mineur lui-même, ou par l'intermédiaire de l'une des parties, le juge peut, s'il accède à cette demande, décider de procéder à une audition directe ou à une audition indirecte du mineur⁽⁷⁵⁾. L'audition directe est celle qui est réalisée directement par le juge lui-même, tandis que l'audition indirecte est celle qui est réalisée par la personne désignée par le juge à cet effet.

Pourrait-on considérer, en l'espèce, que l'enquête sociale réalisée par l'assistante de justice constitue une audition indirecte des enfants mineurs ? En effet, une personne tierce a entendu les enfants et le juge, sur la base du rapport de celle-ci versé dans le dossier de la procédure, s'estime suffisamment informé de la situation des enfants.

(71) J.-P. Masson, op.cit., p. 58, n° 21. Voir à cet égard un arrêt intéressant de la Cour d'appel de Liège qui déclare que le juge des référés aurait dû auditionner l'enfant mineur qui en avait fait la demande, sauf à justifier son refus par le manque de discernement de l'enfant : Liège (1^{er} ch.), 11 mai 2004, J.T., 2004, p. 745. La Cour d'appel, constatant que le jeune est capable de discernement, ordonne qu'il soit procédé à son audition.

(72) N. Massager, op.cit., p. 437.

(73) Voir en ce sens : Civ. Liège (réf.), 27 janvier 1995, Rev. trim. dr. fam., 1995, pp. 552-555.

(74) Supra, I. 3. c).

(75) Le paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention mentionne que l'enfant a la possibilité d'être entendu «soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié». L'article 931, alinéa 3, du Code judiciaire énonce quant à lui que le mineur capable de discernement peut être entendu «par le juge ou la personne désignée par ce dernier à cet effet».

Distinguer les décisions rendues à la suite d'une demande d'audition d'une des parties ou émanant du mineur lui-même

Il semble que ce raisonnement ne peut trouver son fondement, ni dans les textes légaux, ni dans la doctrine.

Il faut en effet relever que dans le cas d'espèce, nous ne savons pas si c'est le président du tribunal de première instance de Termonde qui a désigné une personne tierce afin de procéder à l'audition des enfants, conformément à la possibilité qui lui est offerte par le texte légal. Une enquête sociale a effectivement été réalisée par une assistante de justice, mais nous ne savons pas si c'est à la demande du président du tribunal de première instance de Termonde. Nous ne pouvons dès lors affirmer que les enfants mineurs ayant introduit une demande d'audition ont été entendus «*par le juge ou la personne désignée par ce dernier à cet effet*», comme cela est stipulé dans l'article 931, alinéa 3, du Code judiciaire.

Ensuite, il faut constater que la doctrine s'est *a priori* unanimement prononcée sur la question de savoir si une enquête sociale (précédemment réalisée) peut être considérée comme une audition indirecte. Les auteurs sont unanimes et estiment qu'une mesure d'audition, une mesure d'enquête sociale et une mesure d'expertise (examen médico-psychologique) sont trois mesures différentes qui ne peuvent se confondre⁽⁷⁶⁾. T. Moreau souligne que «*L'audition indirecte (...) ne peut pas (...) être confondue avec les mesures d'étude sociale ou d'expertise*»⁽⁷⁷⁾. Même si ces mesures impliquent également des entretiens avec le mineur, «*il faut cependant bien les distinguer de l'audition*»⁽⁷⁸⁾. L'auteur précise qu'à l'occasion d'une enquête sociale ou d'une expertise, les propos de l'enfant sont recueillis au moyen d'une méthodologie propre et que ces propos sont mis en relation avec d'autres éléments réunis par le travailleur social ou l'expert. Un rapport est ensuite rédigé, l'analyse apportée aux propos de l'enfant étant liée aux différents éléments recueillis. Les propos de l'enfant ne sont pas, à l'inverse du procès-verbal d'audition qui est censé reprendre intégralement les propos de l'enfant, repris intégralement, mais font l'objet d'une traduction par le tiers qui a procédé à cette mesure.

Si l'auteur souligne la frontière floue entre ces différentes mesures, il faut toutefois éviter de les confondre, et ce, même si l'objectif de chacune de ces mesures est commun. Elles visent en effet à éclairer utilement le juge afin qu'il prenne une décision qui réponde le mieux à l'intérêt de l'enfant.

À l'examen de la jurisprudence s'étant prononcée sur l'opportunité d'une demande d'audition de l'enfant au regard des autres mesures mises à la disposition du juge, d'une part, et sur les demandes d'audition de l'enfant alors qu'une autre mesure a déjà été réalisée, d'autre part, nous constatons néanmoins que les décisions ne sont pas unanimes.

Tout d'abord, concernant la mesure d'audition en soi, certains juges ont considéré qu'une autre mesure que l'audition de l'enfant, pourtant demandée initialement, se révélerait plus appropriée à la situation. Un juge de la Cour d'appel de Mons a, par exemple, confirmé une ordonnance de référés ayant refusé de faire droit à une demande d'audition des mineurs, demande qui émanait pourtant des deux enfants. Tant les enfants mineurs que la mère de ces derniers interjetèrent appel de la décision. Le juge d'appel considéra qu'une enquête sociale se révélait plus appropriée «*pour recueillir l'expression de la perception qu'ont S. et M. de leur propre situation*»⁽⁷⁹⁾.

Ensuite, concernant le fait que les enfants mineurs ont déjà fait l'objet

d'une mesure d'investigation, les décisions de jurisprudence ne sont pas non plus unanimes sur le refus ou sur l'autorisation d'une mesure complémentaire, par l'intermédiaire d'une audition de l'enfant⁽⁸⁰⁾.

Nous pouvons distinguer les décisions selon qu'elles sont rendues à la suite d'une demande d'audition émanant de l'une des parties ou selon qu'elles se prononcent sur une demande d'audition émanant du mineur lui-même.

Dans le premier cas, il faut relever que même si deux ordonnances recensées refusent l'audition d'un enfant mineur, étant donné que celui-ci avait été précédemment interrogé dans le cadre d'une expertise pédopsychiatrique⁽⁸¹⁾ ou d'une enquête sociale⁽⁸²⁾, ce critère ne constitue pas un motif automatique de refus de procéder à l'audition de l'enfant. En effet, dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 12 février 2002⁽⁸³⁾, le juge ordonne l'audition de cinq enfants mineurs auprès desquels une enquête sociale a déjà été réalisée, audition dont l'objectif est de «*vérifier le degré de discernement des requérants et les incidences de leurs démarches procédurales*»⁽⁸⁴⁾ sur la sauvegarde de leurs intérêts»⁽⁸⁵⁾.

Dans le deuxième cas, lorsqu'une demande d'audition est introduite par le mineur lui-même alors qu'une autre mesure a déjà été réalisée⁽⁸⁶⁾, nous ne pouvons que nous montrer réservés, car nous n'avons pu recenser que deux décisions de jurisprudence publiées.

(76) T. Moreau, «*Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale*», op.cit., p. 43. Pour une étude de ces trois mesures : N. Massager, op.cit., pp. 431-452.

(77) T. Moreau, «*Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale*», op.cit., p. 43.

(78) Ibidem

(79) Mons, 10 novembre 1993, Rev. rég. dr., 1993, p. 403. Soulignons que cet arrêt a été rendu avant l'adoption des alinéas 3 à 7 du Code judiciaire. Dans un autre cas d'espèce, le président du tribunal civil de Bruxelles statuant en référé décida de désigner un expert afin de procéder à une expertise pédopsychologique des enfants, plutôt que de procéder à une audition des enfants et ce «*afin que les enfants puissent s'exprimer le plus librement possible quant à leurs relations avec chacun de leurs parents*» : Civ. Bruxelles (réf.), 4 avril 1996, Rev. trim. dr. fam., 1996, p. 463. Soulignons qu'il n'y avait pas de demande des enfants à être entendus dans cette décision.

(80) Si une étude sociale ou une expertise a déjà été réalisée.

(81) Civ. Mons (réf.), 26 octobre 1994, Rev. trim. dr. fam., 1995, pp. 682-685.

(82) Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1994, op. cit.

(83) Liège (16^e ch.), 12 février 2002, J.T., 2002, p. 407.

(84) Les enfants ont effectivement introduit une requête d'intervention volontaire.

(85) Liège (16^e ch.), 12 février 2002, op. cit.

(86) Audition par un expert ou enquête sociale.

Accepter toute demande d'audition émanant d'un mineur s'il a le discernement suffisant, même s'il a déjà été entendu

La première concerne une demande d'audition de deux enfants de 11 et 12 ans. Ceux-ci avaient déjà été entendus dans le cadre d'une enquête sociale, ce qui «*n'empêche pas qu'ils soient entendus par le juge, d'autant que la situation évolue; qu'ils pourront ainsi exprimer leur sentiment sur les droits de visite élargis que les parties acceptent de mettre en place*»⁽⁸⁷⁾. Le tribunal de Namur a donc fait droit à la demande d'audition des enfants.

La deuxième décision mérite que l'on s'y attarde plus particulièrement. En effet, dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 2 avril 1996⁽⁸⁸⁾, le juge refuse de rencontrer la demande des enfants d'être entendus. Le juge ne se fonde pourtant pas sur l'éventuel manque de discernement des enfants mineurs pour refuser leur audition.

Cette affaire concerne deux enfants, hébergés principalement par leur mère, à la suite du divorce de leurs parents. Un droit de visite est accordé au père par l'ordonnance du juge statuant en référé dans le cadre des mesures provisoires. La mère des enfants décide d'interjeter appel de cette ordonnance, s'opposant au maintien des modalités d'hébergement et demandant que ses deux enfants soient entendus par le juge.

Précédemment à l'introduction de cet appel, les deux enfants avaient été entendus par un psychologue, dans le cadre d'une mesure d'instruction ordonnée par le tribunal correctionnel. La mère des enfants avait en effet été citée devant ce dernier suite au dépôt d'une plainte par le père pour non-représentation d'enfants. Les enfants avaient également été entendus par le délégué du Service de protection judiciaire, à la demande du ministère public, afin de comprendre leur refus de voir leur père.

À l'appel introduit par la mère des enfants devant la Cour d'appel de Liège, est également joint une lettre des enfants demandant à être auditionnés par le magistrat. Le juge d'appel va toutefois estimer qu'en égard «*à l'évolution et au fait que les enfants ont été précédemment entendus, il n'apparaît pas nécessaire que la Cour les entende à nouveau ainsi qu'ils le demandent dans leur lettre du 6 mars 1996*»⁽⁸⁹⁾.

Cet arrêt est intéressant, puisque, malgré une demande d'audition émanant des enfants mineurs, le juge refuse de faire droit à cette demande, se fondant sur le fait que les enfants ont déjà été entendus. Il nous semble que cet arrêt est assez comparable au cas qui nous occupe. En effet, bien que la demande d'audition émane des mineurs eux-mêmes, le président du tribunal de première instance de Termonde refuse de faire droit à leur demande parce qu'ils ont été précédemment entendus.

Pouvons-nous tirer certains enseignements de l'examen de la jurisprudence ? Nous constatons en tout cas que lorsque la demande d'audition émane de l'une des parties, le juge dispose d'une liberté d'appréciation totale pour décider de refuser ou d'accepter une demande d'audition. Selon nous, il nous semble opportun que le juge puisse décider de la mesure qui lui paraît la plus appropriée à la situation de l'enfant.

Il est par contre plus difficile de tirer un enseignement général des deux seules décisions recensées en ce qui concerne une demande d'audition émanant de l'enfant lui-même, lorsqu'il a déjà été entendu. Il nous est toutefois permis de constater que, dans certains cas, le fait que les enfants mineurs aient été précédemment entendus permet au juge d'être suffisamment informé de la situation des enfants. La faculté du juge de ne refuser la demande d'audition de l'enfant que pour le seul motif qu'il manque de discernement, peut alors, dans certains cas bien précis, paraître «*inadéquat*»⁽⁹⁰⁾. Cela met en tout cas le juge devant un certain malaise face à une demande d'audition de l'enfant, souhaitant sans doute le tenir le plus possible à l'écart du conflit...

Il nous semble que, au risque ne pas respecter le prescrit du texte légal, les travaux préparatoires de la loi ne se prononçant par ailleurs pas sur ce point, les

juges doivent accepter toute demande d'audition émanant d'un enfant mineur s'il a le discernement suffisant, même s'il a déjà été entendu. Le juge ne peut refuser cette audition pour un autre motif. L'intérêt de l'enfant est-il, toutefois, d'office rencontré parce que l'on fait droit à sa demande ?

Nous comprenons la volonté du législateur belge de consacrer les droits de l'enfant prévus par la Convention de sauvegarde des droits de l'enfant. La modification récente de l'article 22bis de la Constitution ne vient que confirmer cette volonté de garantir à l'enfant les droits qui lui sont reconnus⁽⁹¹⁾. Ne remettant pas en cause la légitimité de ces droits, nous nous permettons néanmoins de nous interroger sur le risque, selon nous d'une certaine dérive. En effet, les risques découlant de l'audition de l'enfant, mis en évidence par de nombreux auteurs, ne sont pas négligeables. La question se pose, dans chaque situation, de savoir si l'audition de l'enfant est bien la mesure la plus appropriée à son intérêt. Nous savons à quel point les enfants peuvent être pris dans des conflits de loyauté, à la suite de la séparation de leurs parents, que leur séparation soit très conflictuelle ou non. Certains enfants sont alors pris dans «*l'obligation*» de répondre au besoin, à la demande ou à la détresse de l'un de leurs parents, pris lui-même dans les souffrances de la séparation.

Dès lors, le fait que le texte légal ait prévu que lorsque la demande d'audition émane du mineur, le juge ne peut la refuser qu'en justifiant sa décision sur le manque de discernement du mineur, ne nous semble pas nécessairement appropriée dans tous les cas. Dans de nombreuses situations, l'enfant ne fait en effet qu'introduire une demande d'audition parce qu'il est influencé par l'un de ses parents.

(87) Civ. Namur (réf.), 17 mars 1995, op. cit., p. 276.

(88) Liège, 2 avril 1996, op. cit., pp. 381-382.

(89) Ibidem, p. 381.

(90) Pour reprendre le terme utilisé par N. Massager, op. cit., p. 437.

(91) Article 22bis de la Constitution, inséré par la loi de Révision de la Constitution du 23 mars 2000, modifié par la loi du 22 décembre 2008 de révision de la Constitution, M.B., 29 décembre 2008. Voir supra, note infrapaginale n° 42.

Les juges d'appel peuvent statuer en deux sens différents

Nous espérons toutefois que si l'enfant adresse une demande d'audition au juge parce qu'il est influencé par l'un de ses parents, son audition (à laquelle le juge accédera s'il dispose du discernement suffisant), constituera alors certainement l'occasion pour le juge de se rendre compte du conflit dans lequel l'enfant est pris.

Il faut admettre que cela demande des compétences précises des juges en cette matière et nous sommes en droit de nous demander si ces derniers disposent réellement de ces compétences. Aucun professionnel de l'enfance ne s'opposera en effet à l'idée selon laquelle l'écoute de l'enfant et l'interprétation de sa parole révèle certaines difficultés et nécessite en tous les cas une certaine formation⁽⁹²⁾.

À cet égard, nous pouvons nous référer à l'étude de M. Grogard qui se révèle plutôt optimiste sur ce point⁽⁹³⁾. En effet, ayant mené une enquête auprès des juges procédant à des auditions d'enfant, l'étude révèle que la plupart des magistrats ont suivi une formation et que la plupart, si pas l'entièreté des magistrats ayant répondu à l'enquête, affirment ne pas avoir éprouvé de malaise en procédant à l'audition de l'enfant. De plus, l'étude révèle la très grande rigueur des magistrats sur cette question.

Malgré les nombreuses réserves exprimées au moment de l'adoption des alinéas 3 à 7 du Code judiciaire, N. Massager souligne que l'audition de l'enfant «*fait désormais partie de notre outillage procédural habituel dans le contentieux parental*»⁽⁹⁴⁾ et constitue un élément «*infiniment précieux dans l'appréciation que le juge se fait de «l'intérêt supérieur» de l'enfant, par-delà les arguments de chaque parent*»⁽⁹⁵⁾.

d) Les conséquences de l'arrêt rendu par la Cour

Conformément à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle, la Cour d'appel de Gand devra, dans le cas d'espèce, statuer sur l'appel introduit à l'encontre de l'ordonnance interlo-cutoire du tribunal de première instance de Termonde. Il découle en effet de la première interprétation possible de la disposition en cause avancée par la Cour constitutionnelle,

qu'un appel pouvait être introduit à l'encontre d'une décision de refus d'audition rendue pour un autre motif que le manque de discernement des mineurs, sous peine de violer les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'enfant.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle a également des conséquences sur des cas similaires qui pourront se présenter à l'avenir. Sur ce point, nous nous rallions aux développements de P. Senaevé⁽⁹⁶⁾. Selon cet auteur, les juges d'appel saisis dans le cadre d'autres litiges concernant le rejet d'une demande d'audition du mineur, peuvent statuer en deux sens différents, selon qu'ils se rallient à la première ou à la deuxième interprétation de l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire, avancée par la Cour.

L'auteur avance en effet que⁽⁹⁷⁾ :

- soit le juge d'appel estime que l'interprétation restrictive de l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire est exacte, à savoir, celle selon laquelle la disposition ne porte pas atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination puisqu'un appel peut-être introduit contre la décision du juge qui refuse l'audition du mineur pour un autre motif que le manque de discernement.

Le juge d'appel doit alors statuer, en degré d'appel, à l'encontre de la décision de refus du juge d'auditionner l'enfant fondée sur une autre raison que le manque de discernement du mineur.

- Soit le juge d'appel estime que l'autre interprétation de l'article 931, alinéa 4,

du Code judiciaire est exacte, interprétation selon laquelle chaque décision de refus d'audition d'un mineur n'est pas susceptible d'appel. Le juge d'appel doit toutefois constater que dans cette interprétation, la disposition est contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination. Les juges d'appel ne peuvent par conséquent, à l'instar des premiers, qu'appliquer l'interprétation restrictive de l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire, sous réserve de poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

II. Les propositions de loi déposées en matière d'audition de l'enfant

II. 1. Les propositions de loi visant à réformer les dispositions relatives à l'audition des mineurs : objectifs et contenu

Depuis l'adoption des alinéas 3 à 7 de l'article 931 du Code judiciaire, plusieurs propositions de loi ont été déposées en la matière, visant à réformer les dispositions relatives à l'audition de l'enfant, en vue notamment de répondre aux critiques régulièrement émises en cette matière.

La proposition de loi la plus récente en la matière a été déposée le 12 février dernier⁽⁹⁸⁾, soit quelques jours après la

(92) Voir notamment L. Parisel, «La dimension inconsciente de la parole de l'enfant - Conditions et modalités d'appréhension» et P. Kinoo, «Quelle place pour la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale ? Le point de vue du psy», in La parole de l'enfant - Entres vérités et responsabilité (sous la dir. de J. Sosson et P. Collard), op. cit., pp. 59-78 et pp. 79-86.

(93) M. Grogard, op. cit., pp. 152-158. Certaines questions ou incohérences de l'audition du mineur sont toutefois mises en avant par l'auteur. À titre d'exemple, l'auteur estime que l'avocat du mineur devrait être présent au moment de l'audition de l'enfant, lorsque ce dernier est auditionné par le juge : p. 156.

(94) N. Massager, op. cit., p. 433

(95) Ibidem

(96) P. Senaevé, «Het hoger beroep tegen weigeringsbeslissing een minderjarige te horen», op. cit., p. 55, n° 8.

(97) Ibidem. Nous ne faisons que reprendre ici le raisonnement de P. Senaevé en français. Nous ne sommes donc pas à l'origine de ce raisonnement, auquel nous nous rallions pourtant.

(98) Proposition de loi du 12 février 2010 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Doc. parl., Chambre, sess. 2009-2010, n° 2430/001. Le texte de cette proposition de loi a été distribué aux membres de la Chambre des représentants le 18 février 2010 et il fut pris en considération le 4 mars 2010. Le texte est actuellement pendant devant la Chambre.

publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 février 2010. Cette proposition vise à modifier diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge. Comme nous le verrons, cette proposition reprend le texte d'une proposition de loi déposée en octobre 2000 tout en l'adaptant légèrement.

Une autre proposition, datant du 24 novembre 2008⁽⁹⁹⁾, retiendra également notre attention, même si elle ne concerne pas la modification des seules dispositions relatives à l'audition du mineur. Parallèlement à la modification des dispositions relatives à l'audition du mineur, cette proposition envisage en effet d'instaurer l'audience à huis clos en matière familiale.

Si nous nous penchons essentiellement sur ces deux propositions, il est intéressant de souligner que de plusieurs propositions de loi sont actuellement déposées en matière d'instauration du huis clos en matière familiale⁽¹⁰⁰⁾ et en matière d'accès du mineur à la justice et d'instauration des avocats des mineurs⁽¹⁰¹⁾. Si l'on peut y trouver certains liens avec les propositions déposées en matière d'audition des mineurs, nous ne les analyserons cependant pas dans la présente étude.

a) Proposition de loi du 12 février 2010 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge

La proposition de loi du 12 février 2010 reprend, en l'adaptant, le texte d'une proposition de loi déposée le 13 octobre 2000⁽¹⁰²⁾.

L'objectif de cette proposition de loi est double : assurer plus de cohérence dans la pratique de l'audition du mineur (constatant une application différente des dispositions en cette matière d'un tribunal compétent à l'autre) et prévoir des garanties supplémentaires en cette matière (le mineur ignorant, par exemple, souvent qu'il dispose du droit d'être entendu).

La proposition de loi part du constat initial que le droit d'être entendu est garanti différemment selon l'article 931,

alinéas 3 à 7, du Code judiciaire et selon l'article 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse⁽¹⁰³⁾. En effet, cette dernière proposition prévoit une obligation pour le juge de convoquer tout mineur de douze ans au moins en cas de litige concernant, par exemple, l'autorité parentale ou l'administration des biens du mineur. Cette obligation de convocation n'existe pas dans le cadre de l'article 931 du Code judiciaire. De ce constat initial, les auteurs constatent cinq grandes lacunes existant actuellement en ce qui concerne le droit des mineurs d'être entendus⁽¹⁰⁴⁾.

- Les conditions distinctes d'application des articles 931 du Code judiciaire et 56bis de la loi de protection de la jeunesse entraînent un manque de logique, de cohérence et de sécurité juridique, le droit d'être entendu étant régi différemment d'un tribunal compétent à l'autre.
- Le caractère facultatif de l'audition des mineurs en vertu de l'article 931, ali-

néas 3 à 7, du Code judiciaire n'offre pas suffisamment de garanties au mineur.

- Le mineur peut ignorer l'existence d'un litige faisant l'objet d'une procédure dans laquelle il pourrait être entendu, et il peut, par ailleurs, ne pas oser prendre l'initiative d'être entendu, en raison de la pression de son entourage ou de conflits de loyauté.
- L'audition du mineur risque d'être assimilée à un moyen de trancher un litige plutôt que considéré comme un droit de l'enfant lui-même, car le juge risque de n'entendre le mineur que lorsqu'il ne parvient pas à trancher le litige présent devant lui.
- Enfin, les auteurs relèvent le grand pouvoir discrétionnaire du juge dans les cas d'une demande d'audition émanant du mineur lui-même, puisqu'il lui appartient d'apprécier la faculté de discernement du mineur. Les auteurs se demandent ce qui peut fonder sa décision⁽¹⁰⁵⁾.

(99) Proposition de loi du 24 novembre 2008 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'instauration de l'audience à huis clos en matière familiale et l'audition des mineurs, Doc. parl., Chambre, sess. 2008-2009, n° 1603/001. Le texte de cette proposition de loi a été distribué aux membres de la Chambre le 24 novembre 2008 et pris en considération le 4 décembre 2008. Lors d'une discussion du texte le 3 mars 2010, il fut scindé en deux parties. Ce texte est actuellement pendant devant la Chambre.

(100) Proposition de loi du 18 octobre 2007 modifiant l'article 757 du Code judiciaire relatif au huis clos en matière familiale, Doc. parl., Sénat, sess. 2006-2007, n° 4-295/1; proposition de loi du 12 novembre 2007 modifiant le Code civil en vue d'une humanisation des procédures en matière familiale, Doc. parl., Sénat, sess. 2006-2007, n° 4-381; Proposition de loi du 13 février 2008 modifiant la quatrième partie du Code judiciaire en vue d'instaurer dans les matières familiales le principe de l'audience en chambre du conseil, Doc. parl., Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-560/1 et Proposition de loi du 10 mars 2009 modifiant le Code judiciaire, relatif au huis clos en matière familiale, Doc. parl., Sénat, sess. 2008-2009, n° 4-1211/3. Voir également le rapport concernant ces quatre propositions de loi : Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par M. Van den driessche, Doc. parl., Sénat, sess. 2009-2010, n° 4-1211/3. Par la suite, le texte de la proposition de loi du 10 mars 2009 fut transmis à la Chambre des représentants (projet de loi modifiant le Code judiciaire, relatif au huis clos en matière familiale, Doc. parl., Chambre, sess. 2009 - 2010, n° 2380/001). Après amendement du texte par la Chambre, ce dernier fut adopté à l'unanimité par le Sénat le 30 mars 2010 et il fut également adopté par la Chambre le 6 mai 2010.

(101) Deux propositions de loi ont été déposées en la matière au cours de la législature 1999-2003, et ont été reprises par une proposition de loi du 3 juillet 2008 : proposition de loi du 3 juillet 2008 ouvrant l'accès à la justice aux mineurs et instituant les avocats des mineurs, Doc. parl., Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-854/1. Cette proposition de loi fut reprise respectivement par deux propositions de loi successives. Ces deux propositions de loi adaptent chacune légèrement le contenu de la proposition de loi du 3 juillet 2008 : proposition de loi du 27 janvier 2009 ouvrant l'accès à la justice aux mineurs et instituant les avocats des mineurs, Doc. parl., Chambre, sess. 2008-2009, n° 1760/001; proposition de loi du 15 février 2010 modifiant la législation en ce qui concerne l'accès des mineurs à la justice et instituant les avocats des mineurs, Doc. parl., Chambre, sess. 2009-2010, n° 2436/001.

(102) Proposition de loi du 13 octobre 2000 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Doc. parl., Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-554/1.

(103) L'article de B. Van keirsbilck et de T. Moreau publié ci-après relève, à l'instar de la proposition de loi présentement commentée, la différence de régime découlant de l'application de ces deux dispositions. Nous y renvoyons donc le lecteur.

(104) Proposition de loi du 12 février 2010 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, op.cit., «Développements», pp. 4-5.

(105) Cette dernière lacune est soulignée par B. Van keirsbilck et T. Moreau. Ils ajoutent néanmoins à ce constat, qu'au regard de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 février 2010, il existe un risque réel que les magistrats justifient un refus d'audition du mineur par l'absence de discernement «pour éviter que sa décision contraire à l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant ne puisse faire l'objet d'un appel».

Il faut en effet que l'enfant sache que l'on n'attend pas de lui qu'il choisisse entre son père et sa mère

Au regard de ces lacunes, la proposition de loi envisage d'instaurer une obligation de convocation des mineurs dès l'âge de douze ans. Les juges seraient ainsi obligés de convoquer le mineur dans toute procédure le concernant. Tout mineur serait ainsi automatiquement informé de la procédure en cours et de son droit d'être entendu. En effet, le mineur reste libre de décider s'il va utiliser son «droit de parole»⁽¹⁰⁶⁾ ou non. Le mineur peut décider de refuser de donner suite à cette obligation de convocation en renvoyant celle-ci signée par ses propres soins au greffe du tribunal.

Face aux arguments développés par les adversaires de l'instauration d'une obligation de convoquer les enfants afin de les entendre, notamment celui du risque de multiplication des conflits entre parents et enfants et du risque de pression psychologique, les auteurs de la proposition de loi estiment au contraire que «l'obligation de convoquer clarifie la position de l'enfant vis-à-vis de ses parents»⁽¹⁰⁷⁾. Ils estiment que cette obligation de convocation atténue le poids de l'influence exercée par les parents sur l'enfant.

Cette obligation de convocation est prévue pour tous les mineurs à partir de l'âge de douze ans. Sur ce point, les auteurs ont adapté le texte de la proposition de loi du 13 octobre 2000. Ce dernier prévoyait en effet une obligation de convocation pour tous les enfants âgés de sept ans.

La proposition de loi du 12 février 2010 prévoit néanmoins la possibilité de convoquer tout enfant âgé de moins de douze ans «capable de se forger une opinion»⁽¹⁰⁸⁾. Les auteurs soulignent par exemple qu'il peut être opportun d'entendre toute la fratrie, même si certains des enfants sont âgés de moins de douze ans⁽¹⁰⁹⁾.

Par ailleurs, les dispositions actuellement en vigueur en ce qui concerne la possibilité pour un mineur d'introduire une demande d'audition resteraient d'application, ce qui implique qu'un enfant de moins de douze ans peut demander au juge, à être entendu. Sur ce point, la proposition de loi envisage de maintenir le motif de refus actuellement prévu par l'article 931, alinéa 4, du Code judiciaire, à savoir, le manque de discernement



de l'enfant. Conscients des difficultés régulièrement avancées à l'encontre de ce critère, les auteurs ont toutefois prévu que ce dernier ne pourrait être invoqué par le juge que s'il a constaté personnellement que le mineur manque de discernement ou si la personne désignée par le juge en vue d'entendre l'enfant l'a constaté.

Parallèlement au maintien de ce motif de refus, la proposition de loi envisage un motif supplémentaire pour lequel le juge pourrait rejeter la demande d'un mineur d'être entendu : il s'agit des cas dans lesquels «l'affaire dont il s'agit est d'intérêt manifestement secondaire»⁽¹¹⁰⁾.

Ce dernier critère inséré dans le nouvel article 931 du Code judiciaire constituerait également une exception générale à l'obligation de convocation. Le juge peut, dans ce cas, rendre une décision spécialement motivée justifiant la non convocation du mineur, étant donné que l'affaire en question est d'intérêt manifestement secondaire. La proposition précise que cela évite de devoir convoquer le mineur afin de l'entendre «à pro-

pos d'éléments de faible importance» ou «à propos d'aspects secondaires du problème de l'autorité ou du droit de visite»⁽¹¹¹⁾.

La proposition prévoit également d'adapter certaines modalités pratiques en ce qui concerne l'audition du mineur. Les dispositions en vigueur prévoient que le mineur peut se faire assister lors de son audition. Ce droit est néanmoins laissé à l'appréciation souveraine du juge et le mineur n'a pas le choix de se faire assister ou non, ni de choisir la personne qui va l'assister pendant l'audition.

La proposition de loi prévoit dès lors que le mineur pourra désormais décider de se faire accompagner par une personne de confiance de son choix.

Bien que cela ne soit pas inscrit explicitement dans l'article 931 du Code judiciaire tel qu'il est proposé par la proposition de loi, les auteurs précisent dans les développements de celle-ci que le juge doit toujours prendre le soin d'indiquer l'objet de l'audition à l'enfant, et ce, au début de celle-ci. Il faut en effet que l'enfant sache que l'on n'attend pas

(106) Proposition de loi du 12 février 2010 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, op.cit., «Développements», p. 6.

(107) Proposition de loi du 12 février 2010 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, op.cit., «Développements», p. 7 : Les auteurs se réfèrent à ce sujet au travail du «Werkgroep artikel 12».

(108) Art. 931, § 2, 2°, tel qu'il est proposé par la proposition de loi.

(109) Ibid., p. 8.

(110) Art. 931, § 2, 2°, tel qu'il est proposé par la proposition de loi.

(111) Proposition de loi du 12 février 2010 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, op. cit., «Développements», p. 9.

Le procès-verbal de l'audition doit être lu au mineur et signé pour accord par ce dernier

de lui qu'il choisisse entre son père et sa mère, ni qu'il prenne position. Le juge doit également préciser à l'enfant que son opinion est importante, mais non déterminante. À cet effet, la proposition de loi prévoit que «*Les opinions du mineur sont prises en considération compte tenu de son âge et de son degré de maturité*»⁽¹¹²⁾.

Parallèlement aux modifications concrètes des dispositions légales portant sur l'audition du mineur, la proposition de loi envisage d'insérer un article 931/1 dans le Code judiciaire en vue d'instaurer une obligation de formation des magistrats. La proposition de loi estime que le droit du mineur d'être entendu ne peut être appliqué efficacement si les juges n'ont pu bénéficier d'une formation ciblée en ce domaine. La proposition de loi prévoit que cette obligation de formation sera concrétisée par l'Institut de formation judiciaire. Tout magistrat ayant à trancher des litiges concernant un mineur devra suivre cette formation.

b) Proposition de loi du 24 novembre 2008 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'instauration de l'audience à huis clos en matière familiale et l'audition des mineurs

La proposition de loi du 24 novembre 2008 envisage, d'une part, d'instaurer le principe du huis clos pour les audiences judiciaires en matière familiale, et d'autre part, d'apporter des modifications en ce qui concerne les dispositions relatives à l'audition du mineur dans le cadre de ces procédures⁽¹¹³⁾.

Concernant ce deuxième point, les auteurs de la proposition de loi ne justifient que très peu les modifications envisagées. Trois axes principaux fondent la proposition de loi et font l'objet des développements de celle-ci.

Le premier concerne le lieu de l'audition du mineur. Considérant que celle-ci peut avoir un effet extrêmement stressant, voire traumatisant, sur les enfants, lorsqu'elle a lieu en salle d'audience, les auteurs prévoient qu'elle devra se dérouler dans un local spécialement aménagé

à cet effet, et où l'audience se déroule à huis clos.

Le deuxième axe concerne, à l'instar de la proposition de loi analysée ci-dessus, la formation des magistrats. Afin d'assurer que les magistrats aient une formation adéquate en cette matière, l'Institut de formation judiciaire est investi de la tâche de définir le contenu d'une formation spécifique visant à sensibiliser les juges à l'univers des enfants entendus.

Enfin, le troisième axe concerne l'assistance du mineur pendant son audition⁽¹¹⁴⁾. Les auteurs prévoient que le mineur sera toujours assisté d'un avocat et qu'il ne pourra pas renoncer à cette assistance.

Sans que cela ne soit nécessairement justifié dans les développements de la proposition de loi, trois autres modifications des dispositions actuelles en matière d'audition de l'enfant sont envisagées.

Les auteurs prévoient en effet, à l'instar de la proposition de loi analysée ci-dessus, que tout mineur âgé de douze ans doit être convoqué afin d'être entendu. Tout mineur âgé de moins de douze ans «*capable de se forger une opinion*» peut également être convoqué.

La proposition prévoit par ailleurs que lorsque la demande d'audition émane du mineur lui-même, celle-ci ne peut en aucun cas lui être refusée. Cette proposition de loi consacre donc le plus large accès au droit de l'enfant d'être entendu lorsque la demande d'audition émane de ce dernier. Aucun motif de refus ne peut en effet lui être opposé.

Enfin, il est explicitement prévu que le texte légal stipule explicitement que le procès-verbal de l'audition doit être lu

au mineur et signé pour accord par ce dernier. Il s'agit d'une innovation importante, ce point ayant été régulièrement soulevé par les auteurs de doctrine⁽¹¹⁵⁾.

II. 2. Réflexions critiques

Si les modifications envisagées visent très certainement à offrir plus de garanties au droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure le concernant, ce qu'on ne peut qu'appuyer, il nous semble néanmoins que certaines réserves peuvent être formulées à l'égard de ces propositions de loi.

Nous pensons que certaines difficultés découlent de la proposition de loi du 12 février 2010. Certaines de celles-ci avaient d'ailleurs été soulevées lors des amendements déposés à l'égard de la proposition de loi du 13 octobre 2000. Le contenu de cette proposition de loi ayant été repris, tout en l'adaptant, par les auteurs de la proposition de loi du 12 février 2010, nous pensons qu'ils auraient pu, assez opportunément, tenir compte de ces amendements.

Nous pensons, par exemple, que l'exception générale prévue à l'obligation de convocation, à savoir, les cas dans lesquels le magistrat estime qu'il s'agit d'une affaire d'un intérêt manifestement secondaire, risque de susciter des difficultés dans la pratique. En effet, tel juge considérera que telle affaire est d'un intérêt secondaire, tandis que tel autre juge statuera en sens contraire. La proposition de loi prévoit qu'il s'agit d'une exception générale prévue à l'obligation de convocation et qu'il s'agit également d'un motif de refus pouvant désormais être invoqué par le juge afin d'écarter une demande d'audition introduite par le mineur lui-même.

(112) Art. 931, § 3, in fine, tel qu'il est proposé par la proposition de loi.

(113) Sur ce premier point, nous renvoyons le lecteur à la proposition de loi. Nous nous centrons en effet uniquement sur les modifications envisagées en ce qui concerne l'audition de l'enfant.

(114) Ce point a été régulièrement soulevé, dès les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994 ayant modifié l'article 931 du Code judiciaire (supra, I. 3. b)). Certains auteurs de doctrine ont également pris position sur ce point, estimant inopportun que l'assistance du mineur pendant son audition soit laissée à l'appréciation du magistrat. Voir J.-L. Renchon, «*La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice*», op. cit., pp. 159-173; V. D'Huart et P. Henry, «*Audition des mineurs et droits de la défense*», J.D.J., 1997, n° 165, p. 197.

(115) D. Deli, op. cit., p. 272, n° 28-30, J.-L. Renchon, «*La mise en œuvre d'un droit d'audition de l'enfant en justice*», op. cit., p. 180, n° 75; F. Druant et K. Joliton, «*L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ?*», op. cit., pp. 30-31; à cet égard, notez que l'étude de M. Groggnard révèle que si les dispositions actuelles ne prévoient pas la signature du procès-verbal par le mineur, 33 % des juges recourent néanmoins à cette pratique : M. Groggnard, op. cit., p. 157.

Tout enfant convoqué osera-t-il exprimer son souhait de ne pas se prononcer sur le litige qui oppose ses parents ?

Eu égard aux difficultés d'interprétation et d'appréciation que risquent de susciter les termes «*affaire d'intérêt manifestement secondaire*», nous pensons que la réflexion doit se poursuivre sur l'opportunité de prévoir cette exception générale à l'obligation de convocation, qui constituerait également un motif de refus possible à l'audition du mineur lorsque la demande d'audition est introduite par celui-ci. Soulignons que les amendements n° 9 et n° 20 à la proposition de loi du 13 octobre 2000 prévoyaient de supprimer cette exception générale et ce motif de refus, estimant en effet qu'il est important d'éviter le risque de non-convocation du mineur dans une affaire qui aurait été jugée d'un intérêt manifestement secondaire par un juge, alors que le mineur estime au contraire, qu'il s'agit d'une affaire sur laquelle il est important pour lui de faire entendre son point de vue ⁽¹¹⁶⁾.

Un autre amendement proposé envisageait de prévoir une autre exception à l'obligation générale de convocation : il s'agirait des cas dans lesquels les parents de l'enfant se mettent d'accord pour considérer qu'il est préférable que le mineur ne soit pas entendu ⁽¹¹⁷⁾. Nous pensons qu'il s'agit là d'une proposition intéressante dans la mesure où il est sans doute plus opportun dans ces matières difficiles de séparations parentales, de respecter les accords des parents de l'enfant.

Enfin, concernant la formation spécifique des juges envisagée par la proposition de loi, l'avis du Conseil d'État du 8 mars 2004 relevait déjà une difficulté à ce sujet, puisqu'en vertu de l'article 151, § 3, 4°, de la Constitution, la mission de «*formation des juges et des officiers du ministère public*» est conférée au Conseil supérieur de la justice ⁽¹¹⁸⁾.

Une autre difficulté, non soulignée par les amendements déposés en ce qui concerne la proposition de loi du 13 octobre 2000, reprise en partie par la proposition de loi du 12 février 2010, concerne les termes de «*mineur capable de se forger une opinion*». La proposition de loi prévoit en effet que l'obligation de convocation s'applique à tout mineur âgé de douze ans, mais également à tout mineur qui, n'ayant pas atteint cet âge, est néanmoins capable de se forger une opinion.

Qu'entend-t-on par «*capable de se forger une opinion*» ? Les développements de la proposition ne sont que trop muets sur ce point et nous pensons que cela risque de susciter autant de discussion que les termes «*capable de discernement*» actuellement prévus dans les dispositions en vigueur en matière d'audition de l'enfant.

Concernant la proposition de loi du 24 novembre 2008, nous pensons que le premier axe fondateur de cette proposition est plutôt opportun. En effet, prévoir, d'une part, un local approprié pour l'audition du mineur réalisée par le juge lui-même et, d'autre part, que cette audition se déroule en chambre du conseil, semblent constituer des mesures sages de la volonté de garantir le cadre le plus approprié possible à l'audition de l'enfant. L'étude de M. Grognard est intéressante à ce sujet, puisqu'elle révèle que de nombreux juges reçoivent déjà l'enfant en chambre du conseil. Il serait toutefois intéressant d'uniformiser la pratique sur ce point, puisque tous les juges ne le font pas ⁽¹¹⁹⁾.

Concernant l'assistance de l'avocat de l'enfant à l'audition, nous pensons que la proposition de loi du 12 février 2010 est plus intéressante que celle du 24 novembre 2008 en ce qu'elle prévoit que le mineur peut être assisté d'une personne de son choix. Cette proposition rencontre plus adéquatement les critiques régulièrement formulées par les auteurs de doctrine ⁽¹²⁰⁾.

Nous pouvons formuler la même réserve que celle soulignée ci-dessus, en ce qui concerne les termes «*mineur capable de se forger une opinion*». La proposition prévoit en effet une obligation de convocation pour tout mineur âgé de douze ans ainsi que pour tout mineur capable de se forger une opinion. Ces termes ris-

quent de susciter de nombreuses discussions, à l'instar des nombreux débats ayant cours autour de la notion de «*mineur capable de discernement*».

De manière générale, nous pouvons relever que si l'obligation de convocation, prévue par les deux propositions de loi analysées, ne rencontre pas l'adhésion de tous les auteurs de doctrine, cette obligation a tout au moins l'avantage sous-jacent d'informer le mineur de son droit d'être entendu. Tous les enfants mineurs ne connaissent sans doute pas leurs droits en ce domaine. L'enfant ainsi informé de son droit de s'exprimer librement sur une question qui le concerne n'a toutefois pas l'obligation de s'exprimer lorsqu'il se retrouve devant le juge ou devant la personne désignée à cet effet par le juge. Il faut néanmoins se demander si tout enfant ainsi convoqué osera exprimer son souhait de ne pas se prononcer sur le litige qui oppose ses parents. Dans tous les cas, il est important que l'enfant puisse se sentir le plus dégagé possible du conflit et du poids des décisions prises par les adultes, ou tranchées par le juge...

Pour conclure, il faut relever qu'aucune des deux propositions de loi déposées n'envisage une quelconque modification en ce qui concerne la faculté d'interjeter appel ou non de la décision du juge d'entendre ou non le mineur... Suite à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 4 février 2010, peut-on s'attendre à ce que des propositions de loi soient à nouveau déposées, afin d'envisager, voire de modifier, explicitement la question délicate du double degré de juridiction en cette matière ?

(116) Amendement n° 9 et amendement n° 20 à la proposition de loi du 13 octobre 2000 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge (op. cit.), proposés respectivement par Mmes de Bethune et De Schampelaere et par Mme de Bethune, Doc. parl., Chambre, sess. de 2000-2001, n° 2-554/3, pp. 3 et 9.

(117) Amendement n° 30 à la proposition de loi du 13 octobre 2000 modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge (op. cit.), proposé par Mme Nyssens, Doc. parl., Chambre, sess. de 2001-2002, n° 2-554/4, pp. 2-3.

(118) Avis du Conseil d'État n° 35.518/2 relatif au projet de loi modifiant diverses dispositions relatives au droit des mineurs d'être entendus par le juge, Doc. parl., Chambre, sess. 2003-2004, n° 0634/002.

(119) M. Grognard, op. cit., p. 153.

(120) Supra, note infrapaginale n° 114.