

Faut-il systématiquement inviter l'enfant à être entendu par le juge dans les séparations parentales débattues en justice ?

Olivier Limet¹

Pour se référer à cet article : LIMET O., « Faut-il systématiquement inviter l'enfant à être entendu par le juge dans les séparations parentales débattues en justice ? », in JDJ N° 299, Liège, novembre 2010.

INTRODUCTION	2
<i>Précisions</i>	2
1. LE CONTEXTE SOCIOHISTORIQUE ET JUDICIAIRE DES SEPARATIONS PARENTALES ET DE LA PAROLE DE L'ENFANT.....	3
1.1. L'ÉVOLUTION DU STATUT DE L'ENFANT ET DE LA PLACE DE SA PAROLE.	3
1.2. LES CAPACITÉS MORALES ET DE DISCERNEMENT DE L'ENFANT	4
1.3. L'ÉVOLUTION DU RÔLE DU JUGE DANS LES SEPARATIONS PARENTALES.....	5
2. FAUT-IL INVITER SYSTÉMATIQUEMENT L'ENFANT À ÊTRE ENTENDU PAR LE JUGE DANS LES SÉPARATIONS PARENTALES DÉBATTUES EN JUSTICE ?	6
2.1. IL FAUT SYSTÉMATIQUEMENT INVITER L'ENFANT À ÊTRE AUDITIONNÉ PAR LE JUGE	6
2.1.1. <i>La lutte contre une discrimination</i>	7
2.1.2. <i>Le droit de l'enfant d'être entendu sur les questions qui le concernent</i>	7
2.2. IL FAUT PRÉSERVER L'ENFANT DES RISQUES DE SON AUDITION PAR LE JUGE	10
2.2.1. <i>La confusion entre désirs et opinion de l'enfant et son intérêt</i>	10
2.2.2. <i>Conflit de loyauté, instrumentalisation de l'enfant, clivage de loyauté</i>	13
2.3. TOUT BIEN PESÉ	15
<i>Des alternatives ?</i>	17
CONCLUSION	17
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES.....	19



¹ **Olivier Limet** est licencié en politique économique et sociale, consultant et formateur, enseignant, et membre d'une équipe pluridisciplinaire en psychiatrie. Il intervient (consultations, conférences, formations) tant auprès de professionnels de diverses disciplines (médiateurs, avocats, psychologues, magistrats, éducateurs, assistants sociaux ...) qu'auprès de parents. Il est l'**auteur de PARENTS SEPARÉS : CONTRAINTS A L'ACCORD ? Une analyse à partir de la loi de 2006 sur l'hébergement égalitaire : contexte, discours et pratiques du judiciaire face à la non-représentation d'enfants**, Liège, Edi.pro, 2009 (www.limet.be).

INTRODUCTION

Il semble aujourd'hui acquis que le mineur ait droit à la parole pour l'ensemble des questions qui le concernent. S'il est une question qui le concerne directement, c'est bien celle des modalités de son hébergement lorsque ses parents se séparent : n'est-il pas le premier concerné par la décision qui sera prise ? Il semble dès lors évident que l'enfant doit être entendu par le juge lorsque celui-ci a à trancher un litige entre ses deux parents.

Et pourtant, cette question fait débat : au nom du respect de ses droits, et en particulier de celui de donner son opinion pour de telles questions qui le concernent, le mineur doit-il être systématiquement invité à être entendu par le Juge ? L'enfant peut-t-il prendre part, avec l'aide d'un avocat, à ces débats ? Ou la nécessité de protéger l'enfant peut-elle au contraire justifier qu'il ne soit pas (systématiquement) invité à être entendu par le juge ? Ou encore, ces différentes options dépendent-elles des capacités de discernement de l'enfant ? Que les réponses à ces questions soient affirmatives ou négatives, sur quels principes et critères s'appuient-elles ?

Pour contextualiser ces différents points, nous commencerons par apporter un bref éclairage sociohistorique de la place de l'enfant dans notre société, quelques précisions sur l'évolution du regard sur la morale de l'enfance, ainsi qu'un aperçu de l'évolution du rôle de la justice face aux séparations parentales conflictuelles.

Une fois le cadre posé, nous pointerons quelques arguments qui ont amené des auteurs et intervenants de divers champs à se positionner plutôt en faveur ou en défaveur du fait que l'enfant soit systématiquement invité à être entendu par le juge lorsque celui-ci a à se prononcer sur les modalités de l'hébergement de l'enfant consécutivement à la séparation de ses parents.

Enfin, nous apporterons notre propre positionnement sur la question.

Précisions

Il sera indifféremment fait référence au terme « enfant » ou « mineur » pour désigner, conformément à l'article 1^{er} de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (*CIDE*, dans le texte), tout être humain âgé de moins de 18 ans.

Nous ne développerons guère, dans les prochaines pages, de distinctions en fonction de l'âge du mineur. Pourtant, il est bien évident que la situation d'un jeune de près de 18 ans n'est pas celle d'un préado qui vient d'en avoir 12, et encore moins de celle d'un enfant de 5 ans, même si chacun d'eux, comme l'a montré Vanessa Nurock², a des capacités morales, et a bien la capacité d'exprimer une opinion, avec les mots et la maturité liés à son âge. Nous nous limiterons ici à faire émerger les principes généraux, ou encore les critères qui sous-tendent les positions en jeu vis-à-vis du fait que le mineur soit invité à être entendu par le juge.

En vue d'alléger le texte, lorsqu'il sera question du fait que *l'enfant soit entendu ou auditionné par le juge*, le lecteur comprendra que nous nous référons uniquement aux situations de séparations parentales débattues en justice pour des questions liées essentiellement aux modalités d'hébergement de l'enfant, et aux aspects qui y sont directement liés (telles que la scolarité, les loisirs, le suivi médical, ...). Il ne s'agira donc pas de situations où, par exemple, l'enfant serait entendu par le juge suite à une infraction qu'il aurait commise, ou à des situations protectionnelles

² NUROCK V., « L'enfance morale : développement moral et éducation morale », in de BRIEY L., VANDERBORGHT Y. (dir), *Morale et politique de l'enfance*, Revue Philosophique de Louvain, Volume 105, issue 1-2, 2007, pp 132-160.

tel qu'un placement hors du milieu familial suite à une mise en danger de l'enfant par son entourage familial.

Les sujets qui seront abordés ci-dessous se référeront essentiellement aux auteurs et au contexte contemporains belges (et même surtout de la Communauté française de Belgique), avec quelques références à des auteurs français et québécois.

1. LE CONTEXTE SOCIOHISTORIQUE ET JUDICIAIRE DES SEPARATIONS PARENTALES ET DE LA PAROLE DE L'ENFANT.

La place de la parole de l'enfant a pris un essor considérable au cours des dernières décennies.

Rappelons-nous qu'étymologiquement, le terme « enfant », *infans*, désigne celui qui ne parle pas ... Si sa parole est actuellement considérée et valorisée, c'est notamment parce que le statut de l'enfant a radicalement changé au cours des derniers siècles et des dernières décennies en particulier, et également parce que notre regard sur ses capacités morales et de discernement a été revu, en particulier au cours de la seconde moitié du 20^{ème} siècle.

1.1. L'évolution du statut de l'enfant et de la place de sa parole.

Longtemps considéré avant tout comme une main-d'œuvre nécessaire à la survie économique des milieux paysans et ouvriers, l'enfant faisait partie d'une famille dont les membres étaient placés sous l'autorité (et le pouvoir) du père, qui, au nom de la puissance paternelle, avait droit de vie et de mort sur l'enfant³.

Au 19^{ème} siècle, l'État a progressivement été amené à jouer un rôle de contrôle et de protection de l'enfant vis-à-vis de potentiels « mauvais parents ». Au début du 20^{ème} siècle, ce rôle s'est formellement concrétisé par le modèle protectionnel. Pour atteindre un objectif qui, lui, n'avait pas changé – veiller à ce que les enfants deviennent de « bons citoyens » –, l'État avait le devoir de soutenir ou de contrer les parents déficients. Le concept d'« intérêt de l'enfant » était né.

Le 20^{ème} siècle a aussi été celui de la concrétisation d'un mouvement qui a émergé deux siècles plus tôt : celui de la quête d'égalité. Égalité entre les hommes, égalité entre les femmes et les hommes, et bien sûr développement de l'égalité entre l'enfant et l'adulte.

Cette progressive évolution vers plus d'égalité entre l'enfant et l'adulte s'est vue renforcée par la conjonction de plusieurs évolutions de la société⁴, en particulier autour des années 60. Notons notamment l'impact de l'avènement de la pilule, contribuant à ce que la venue de l'enfant soit *choisie et désirée* plutôt que *subie* : « un enfant si je veux, quand je veux » ; la forte diminution du nombre d'enfants par couple – enfants à qui les parents et les professionnels accordent une plus grande attention, et qui sont au centre du projet familial ; l'évolution et la multiplication des regards

³ SEGALEN M., *À qui appartiennent les enfants ?*, Paris, Tallandier, 2010.

⁴ Voir notamment : NEYRAND G., *Le dialogue familial – un idéal précaire*, Toulouse, érès, 2009 ; SEGALEN M., *À qui appartiennent les enfants ?*, Paris, Tallandier, 2010 ; THERY I., *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993.

des sciences humaines sur l'enfant ; le fort accroissement du nombre des séparations et divorces⁵, avec une attention nouvelle sur les besoins de l'enfant, et « l'intérêt de l'enfant » devenant dès les années 70 le principal critère de détermination des modalités d'hébergement après séparation parentale⁶.

Non seulement l'enfant est mis au centre de l'attention, mais il prend de plus en plus part au débat, notamment au sein de la famille, ce qui amène à parler de « démocratie familiale ».

Notons que, comme pour la plupart des évolutions sociétales, ces courants (ici la puissance paternelle, le modèle protectionnel, le modèle égalitaire ou démocratique) se superposent et s'enchevêtrent plus qu'ils ne se succèdent, ce qui n'est pas sans provoquer quelques remous et tensions en particulier au travers des moments de crise⁷.

À la fin du 20^{ème} siècle, le mineur s'est vu attribuer de manière plus affirmée la qualité de « sujet de droit », entre autres en réaction aux violations de certains droits fondamentaux, ou de maltraitances institutionnelles, consécutives à certains excès et dérives du système protectionnel⁸.

L'enfant est à la fois *autre*, dans ses différences factuelles avec l'adulte, différences factuelles qui sont évolutives, et *même*, en termes d'égalité formelle⁹. Il a non seulement des droits à la protection, mais aussi des droits qu'il doit pouvoir exercer lui-même. À ce titre, il aurait, selon cette évolution, le droit d'être pleinement considéré dans les questions qui le concernent. Nous reviendrons plus bas sur ce sujet.

Cet ensemble de droits à vocation d'autonomie et à vocation de protection a été formalisé le 20 novembre 1989 par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE).

Comme on le verra, l'emplacement du curseur des droits de l'enfant sur l'axe autonomie – protection ne fait pas l'unanimité, notamment en ce qui concerne la place de la parole de l'enfant en justice dans les débats qui opposent ses parents à propos des modalités de son hébergement.

Si la place de la parole de l'enfant a évolué dans le temps, c'est également du fait de l'évolution du regard de notre société sur les capacités morales de l'enfant.

1.2. Les capacités morales et de discernement de l'enfant

Selon Vanessa Nurock¹⁰, l'enfant a longtemps été considéré par la philosophie soit comme un être amoral, soit comme un être moral en devenir. Cette vision a été progressivement revue au cours du

⁵ Voir MARQUET J., « De la contractualisation des liens conjugaux : du mariage par amour à la rupture pour désamour », in CASMAN M.-T., SIMAYS C., BULCKENS R., MORTELMANS D., *Familles plurielles – Politique familiale sur mesure ?*, Bruxelles, Luc Pire, 2007 (États généraux des Familles), p 45.

⁶ LIMET O., op. Cit., pp 21-35.

⁷ LIMET O., « De l'idéal de la coparentalité aux modalités pratiques : quels écueils ? Vers une meilleure compréhension des principes qui sous-tendent les interventions auprès des parents séparés », in *Revue Scientifique de l'AIFI*, Vol 3, N° 1, Printemps 2009, Bruylant (Belgique) et éd Yvon Blais (Québec), 2010, pp 101-141.

⁸ MOREAU Th., « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », in COLLART P., SOSSON J. (dir), *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, p 29.

⁹ MOREAU Th., op. cit., p 26.

¹⁰ NUROCK V., « L'enfance morale : développement moral et éducation morale », in de BRIEY L., VANDERBORGHT Y. (dir), *Morale et politique de l'enfance*, Revue Philosophique de Louvain, Volume 105, issue 1-2, 2007, pp 132-160.

siècle dernier. S'appuyant sur plusieurs recherches théoriques et empiriques en psychologie morale, l'auteur avance que l'enfant serait dès son très jeune âge doué de moralité. L'éducation morale ne se limiterait pas à inculquer les conventions morales que l'enfant aurait à intérioriser, mais aurait pour rôle principal de contribuer au raffinement et à l'approfondissement des intuitions morales présentes chez l'enfant. La présence en l'enfant d'intuitions et de capacités morales ne signifie pas, comme le pointe Vanessa Nurock en conclusion de son article, que l'enfant puisse être entièrement responsable moralement. Il y a une distinction essentielle à faire entre capacité morale et responsabilité morale. L'enfant n'est ni irresponsable, ni entièrement responsable. Et « *à partir du moment où l'enfance n'est plus cantonnée à une morale sous-tendue par la peur de l'autorité et la crainte de la punition, alors se pose la question du statut même des enfants en tant que personnes. Remettre en cause l'absence de discernement moral des enfants nous amène donc à nous interroger sur la spécificité de la subjectivité enfantine et donc sur la spécificité de la responsabilité morale enfantine (...)* »¹¹.

Le présent article ne cherche pas à répondre spécifiquement à ces dernières interrogations, qui ne manqueront néanmoins pas de soutenir la réflexion : si l'on reconnaît à l'enfant une certaine capacité de discernement moral, quel sens donne-t-on à sa parole – et dans le cas qui nous occupe, à sa parole en justice dans les situations de séparation parentale –, quelle responsabilité lui confère-t-on¹² ?

Si la place de la parole de l'enfant en justice dans les situations de séparations parentales est aujourd'hui envisageable, c'est également parce que le rôle du juge a évolué.

1.3. L'évolution du rôle du juge dans les séparations parentales

Dès les années 70, les divorces se multiplient, et dans un contexte de très progressive évolution vers plus d'égalité dans la place et l'investissement des pères et des mères dans l'éducation des enfants, les conflits autour de la garde des enfants deviennent légion. Au cours des années 70 également, l'intérêt supérieur de l'enfant devient, dans la majorité des pays occidentaux¹³, le critère principal si pas exclusif de l'attribution de la garde des enfants après la séparation de leurs parents, se substituant à celui selon lequel les enfants en bas âge doivent être confiés à la mère en cas de séparation¹⁴. Si c'est autour de l'intérêt de l'enfant que le juge essaie d'articuler la décision qu'il doit prendre, c'est aussi au nom de l'intérêt de l'enfant qu'un parent met en doute les capacités parentales de l'autre parent. L'enfant est au centre.

Les concepts de parentalité, de coparentalité, et plus récemment d'égalité parentale vont être mis en avant pour tenter de concilier intérêt de l'enfant et rôles parentaux. La promotion d'idéaux tels que « le parental survit au conjugal » agira dans le même sens.

Le rôle du juge a lui aussi évolué : « *on attend aujourd'hui des juges, non pas seulement de « trancher » en disant le droit, mais d'être les artisans d'une paix familiale, en incitant les parties à la voie du dialogue et des solutions négociées (...). Le juge ne remplit-il pas mieux sa mission quand il parvient à faire comprendre aux parents que le bien-être de leur enfant dépend d'eux-*

¹¹ NUROCK V., op. cit., p 157.

¹² COLLART P., « Introduction », in COLLART P., SOSSON J. (dir), *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, p 8.

¹³ THERY I., *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p 115 et suivantes.

¹⁴ Voir LIMET O., *Parents séparés : contraints à l'accord ? Une analyse à partir de la loi de 2006 sur l'hébergement égalitaire : contexte, discours et pratiques du judiciaire face à la non-représentation d'enfants*, Liège, Edi.pro, 2009.

mêmes, et non pas de la décision qu'il va rendre ? »¹⁵ (Marc Juston, Juge aux affaires familiales (JAF), France).

Pour maximiser les chances que la décision judiciaire soit respectée, le juge s'inscrit plus qu'avant dans une logique d'accompagnement, conformément à l'évolution des lois¹⁶, et tente de susciter l'adhésion des parents (et de l'enfant) à la décision qu'il sera amené à prendre.

Au fil des ans, l'enfant a été de plus en plus invité à être entendu par le juge¹⁷ dans le cadre de la fixation des modalités de son hébergement suite à la séparation de ses parents. La question qui guidera les pages qui suivent est de savoir s'il y a lieu que cette pratique se systématiser.

2. FAUT-IL INVITER SYSTÉMATIQUEMENT L'ENFANT À ÊTRE ENTENDU PAR LE JUGE DANS LES SÉPARATIONS PARENTALES DÉBATTUES EN JUSTICE ?

On l'a soulevé en introduction : l'enfant sera le premier concerné par la décision qui va être prise en ce qui concerne les modalités de son hébergement suite à la séparation de ses parents. Y a-t-il de ce fait lieu d'écouter l'enfant en justice ? Si oui, au nom de quoi, si non, pourquoi ?

Nous consacrerons un premier point à deux arguments qui justifieraient que l'enfant soit systématiquement invité à être auditionné. L'un s'appuie sur la lutte contre une discrimination entre les enfants ; l'autre prend pour fondement le droit de l'enfant, conformément à l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, d'être entendu pour les questions qui le concernent.

Le deuxième point se focalisera sur des arguments mis en avant par ceux qui considèrent comme prioritaire de garantir une forme de protection à l'enfant qui, tout éveillé, intelligent et autonome qu'il puisse être, n'a pas les outils suffisants pour se prémunir contre les effets négatifs ou toxiques de son audition par le juge. Ces éléments sont, selon, liés au statut de la parole de l'enfant, au vécu de l'enfant face au conflit de ses parents, ou encore au rôle conscient ou non des adultes dans l'utilisation qu'ils peuvent faire de l'enfant et de sa parole.

Au travers du troisième et dernier point, nous prendrons position concernant ce débat.

2.1. Il faut systématiquement inviter l'enfant à être auditionné par le juge

« au fil du temps, l'enfant en processus d'autonomisation va pouvoir progressivement devenir co-auteur de son éducation, évoluant ainsi vers une position égalitaire vis-à-vis de l'adulte »¹⁸.

¹⁵ JUSTON M., La médiation familiale, vade-mecum http://bien.etre.enfant.free.fr/IMG/pdf/vademecum_juston.pdf, p 52.

¹⁶ Telles que celle du 18 juillet 2006, *tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant.*

¹⁷ Comme on pourra le constater, en Belgique, actuellement, les règles et les pratiques varient notamment selon les types de procédures et selon les tribunaux compétents.

¹⁸ COLLART P., op. cit., p 8.

2.1.1. La lutte contre une discrimination

Actuellement, en Belgique, le fait que l'enfant soit ou pas invité à être auditionné par le juge dépend notamment du fait que ses parents soient mariés ou pas : lorsque les parents ne sont pas mariés – ou encore lorsqu'ils sont divorcés quand la justice est sollicitée pour fixer ou modifier les modalités de l'hébergement de l'enfant –, c'est le juge de la jeunesse qui est compétent. Celui-ci est tenu d'inviter l'enfant de plus de 12 ans à être entendu. Dans d'autres situations (justice de paix, instance de divorce, ...), les règles en matière d'audition de l'enfant ne sont pas les mêmes.

Il y aurait donc lieu, disent certains, de lutter contre cette discrimination, et pour ce faire, d'inviter systématiquement les enfants au-dessus de 12 ans à être auditionnés par le Juge, dans le cadre de débats liés à la séparation de ses parents. Telle est notamment l'opinion du Secrétaire d'État à la Politique des familles, Melchior Wathelet¹⁹.

L'idée d'uniformiser les règles et pratiques judiciaires familiales en matière d'audition de l'enfant ne provoque guère d'opposition, semble-t-il. Ce qui pourrait apparaître comme plus surprenant et significatif, c'est qu'il semble évident pour de nombreux auteurs, intervenants, ou politiques que la norme doit évoluer vers les pratiques les plus favorables à l'audition systématique de l'enfant. En d'autres termes, il semblerait peu imaginable qu'à l'occasion, par exemple, de la création en Belgique d'un tribunal de la famille, on généralise (dans une lutte contre la discrimination) des règles qui seraient moins favorables à l'audition systématique de l'enfant dans les situations de séparations parentales.

2.1.2. Le droit de l'enfant d'être entendu sur les questions qui le concernent

« Il est un fait qu'aujourd'hui l'image de l'enfant innocent et incapable est une fiction qui ne tient quasi plus. De plus en plus tôt, l'enfant est un acteur décisif de son existence. (...) Malgré le soutien qui peut lui être apporté, il assume une part de sa protection »²⁰.

On l'a dit plus haut : aux droits et besoins spécifiques de l'enfant à l'éducation, à la protection, à l'entretien, etc., se sont adossés à la fin du 20^{ème} siècle des droits à vocation d'émancipation, d'indépendance, de participation²¹. Au-delà du droit à être protégé, l'enfant est sujet de droits qu'il peut lui-même exercer. Cet apport donne à l'enfant, sur le plan des droits, un *présent*²² : il n'est plus seulement un adulte en devenir, ni un adulte miniature. Il est un être humain à part entière, ayant une opinion, une parole, l'une et l'autre évoluant bien évidemment en fonction de l'âge et de la maturité. Et comme le mentionne Philippe Meirieu²³, si l'enfant est un être inachevé, n'est-ce pas également le cas de l'adulte ?

2.1.2.1. L'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant

L'ensemble de ces droits a été formalisé par la convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989. Selon l'avocat Thierry Moreau, la CIDE « traduit, sur le plan juridique, la figure complexe de l'enfant où ni sa différence ni sa ressemblance avec l'adulte ne priment, mais où ces deux aspects s'articulent dans une tension ou la différence factuelle est respectée au nom de l'égalité en droit. La protection et l'émancipation de l'enfant sont présentées

¹⁹ Rencontre avec Melchior Wathelet le 19 avril 2010, quelques jours avant la chute du gouvernement fédéral belge.

²⁰ MOREAU Th., op. cit., p 57.

²¹ Idem, p 51.

²² MEIRIEU Ph., *Le pédagogue et les droits de l'enfant : histoire d'un malentendu ?*, Editions du Tricorne, 2002.

²³ Idem.

comme les deux faces d'une même réalité, l'une ne pouvant pas être dissociée de l'autre »²⁴. « Au fil du temps », écrit Pierre Collart, « l'enfant en processus d'autonomisation va pouvoir progressivement devenir co-auteur de son éducation, évoluant ainsi vers une position égalitaire vis-à-vis de l'adulte »²⁵.

L'un des apports des droits à l'émancipation de l'enfant, contrebalancé par certaines garanties de protection, est le droit de l'enfant à être entendu sur les questions qui le concernent. Ainsi, l'article 12 de la CIDE précise que :

- 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.*
- 2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.*

L'article 12 de la CIDE a reçu en Belgique une attention particulière en ce qui concerne le droit de l'enfant d'être entendu dans les situations de séparations parentales : inviter l'enfant à être entendu, c'est le considérer en premier destinataire d'une décision qui concernera ses conditions de vie et les rythmes et modalités de contacts avec ses parents séparés. Pour l'avocat Amaury de Terwangne, l'article 12 a une portée pédagogique : *« l'enfant fait l'apprentissage de ses droits, choisit de les exercer ou non, réfléchit aux contours à leur donner. Il fait aussi l'apprentissage de la responsabilité qui accompagne la prise de parole. Une parole qui n'est pas toute puissante mais s'inscrit en résonance d'autres paroles exprimant d'autres visions tout aussi légitimes de son intérêt »²⁶.*

2.1.2.2. La participation de l'enfant à l'élaboration de la décision judiciaire

Entendre l'enfant dans le cadre du débat judiciaire entre ses parents concernant les modalités de son hébergement, c'est aussi l'associer à l'élaboration de la décision judiciaire. C'est lui permettre de participer en tant qu'acteur de l'histoire familiale²⁷. C'est, disent des promoteurs de ce droit de l'enfant, lui permettre de faire part, dans un cadre clarifié par le juge, de ce qui compte pour lui, de ce qui le met en difficulté, de ce que ses parents (ou l'un d'eux) ne semblent pas vouloir entendre. La décision élaborée sur mesures, en tenant compte autant que possible des besoins de chacun des protagonistes, serait celle qui aurait le plus de chances d'être respectée et adaptée en fonction de l'évolution de la famille séparée, et de chacun de ses acteurs. Certains répondront à ceci que cet idéal est fort éloigné de la réalité que connaissent les parents en conflit, les enfants qui y sont impliqués malgré eux, et les intervenants de la séparation parentale.

L'invitation faite à l'enfant de contribuer à la construction d'une décision durable est-elle toujours centrée uniquement sur ses droits ? Certains s'inquiètent des éventuelles motivations cachées à l'idée d'associer l'enfant à l'élaboration de la décision judiciaire : n'est-ce pas parfois un processus manipulateur ? L'enfant n'est-il pas brandi et utilisé par la justice pour contourner une certaine impuissance à fédérer les parents autour d'une décision, voire à la leur imposer ? La vigilance est en tout cas de mise : *« (...) il appartient aux adultes de décider. Faire de l'opinion de l'enfant la solution du litige revient (...) à faire de l'enfant l'auteur d'une décision que les adultes n'ont pas su ou n'ont pas voulu prendre. Cette démission des adultes n'est pas compatible avec la place que*

²⁴ MOREAU Th., op. cit., p 31.

²⁵ COLLART P., op. cit., p 8.

²⁶ de TERWANGNE A., « La parole de l'enfant devant la justice », *Congrès sur les droits de l'enfant*, Hanoï, 25-26 août 2009, p 13.

²⁷ KINOO Ph., « La place de la parole de l'enfant dans la vie sociale et familiale », in COLLART P., SOSSON J. (dir), *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, p 85.

l'enfant occupe dans le champ juridique et reviendrait à lui faire tenir un rôle qui n'est pas le sien. D'objet ou d'enjeu du litige, il deviendrait la source de la solution »²⁸.

Au travers de sa pratique, l'avocat québécois Sylvain Bourassa voit l'intérêt que l'implication de l'enfant dans l'élaboration de la décision judiciaire peut avoir pour lui-même (et peut-être pour la « paix sociale » ...) : « ils [les enfants] ont très bien accepté cette décision parce qu'ils ont eu l'impression d'avoir participé à la décision prise par le juge »²⁹.

2.1.2.3. L'enfant partie à la cause ?

Pour certains, la participation de l'enfant à la décision devrait être plus active encore : en tant que « *partie intéressée* », il devrait pouvoir, avec l'aide de son avocat, être *partie à la cause* du litige qui oppose ses parents ; les promoteurs de cette suggestion puisent dans une phrase³⁰ de l'article 9 de la CIDE la légitimité d'une telle voie, qui leur apparaît comme plus juste et égalitaire, et en ce sens plus respectueuse des droits de l'enfant. Cette proposition est loin de faire l'unanimité. Amaury de Terwangne, par exemple, ne partage pas cette lecture : il pense que lorsque l'on parle des parties intéressées, on parle de celles qui ont un droit d'action, ce qui n'est pas le cas des mineurs³¹. Sur le plan politique belge, il semble également y avoir un certain recul ou une stagnation à l'idée d'une implication active de l'enfant dans le débat judiciaire. Ainsi, dans la première note de politique générale de Melchior Wathelet, Secrétaire d'État à la politique des familles (niveau fédéral belge), on pouvait lire : « *Lorsque des parents ont des problèmes familiaux et qu'un divorce est envisagé, il est bon que les enfants puissent faire appel à un avocat pour défendre leurs intérêts de manière spécifique et exclusive. Cet avocat des enfants pourra intervenir dans la négociation entre les parents, eux-mêmes assistés par leur propre conseil* »³². 18 mois plus tard, la mention de l'éventuelle intervention de l'avocat de l'enfant dans la négociation entre ses parents (ce qui impliquait l'enfant à la cause) avait disparu : « *Lorsque des parents ont des problèmes familiaux et qu'un divorce est envisagé, un avocat doit pouvoir assister le mineur qui est entendu par le juge* »³³.

2.1.2.4. L'exigence du discernement

Le droit interne belge, comme c'est d'ailleurs le cas pour celui d'autres pays, a mis des limites qui ne figuraient pas dans la convention³⁴. C'est notamment le cas de la limite de l'âge minimal pour être invité à s'exprimer, fixé à 12 ans en Belgique comme dans de nombreux autres États³⁵, alors que le texte de la convention a voulu rester ouvert sur ce point, laissant au juge l'appréciation³⁶ des capacités de discernement de l'enfant. Au travers de *l'exigence du discernement*, la convention souhaite garantir le versant *protection* des droits et besoins de l'enfant.

²⁸ MOREAU Th., op. cit., pp 55-56.

²⁹ BOURASSA S., « Un enfant devant la Cour, pourquoi et pourquoi pas : étude de cas d'après des expériences pratiques », in AIFI, *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Montréal, Revue scientifique de l'AIFI, Vol 2, N° 2, 2008, p 18.

³⁰ « (...) toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues » (article 9 de la CIDE, § 2).

³¹ de TERWANGNE A., op. cit., p 17.

³² Extrait de la première note de politique générale du Secrétaire d'Etat à la Politique des familles, Melchior Wathelet, 22 avril 2008.

³³ Extrait de la seconde note de politique générale du Secrétaire d'Etat à la Politique des familles, Melchior Wathelet, 5 novembre 2009.

³⁴ Voir MOREAU Th., op. cit., p 35

³⁵ de TERWANGNE A., op. cit., p 12.

³⁶ Ce qui soulève une difficulté concrète : faute de fixer des critères arbitraires, tel que l'âge, comment savoir si l'enfant est ou non capable de discernement sans le rencontrer et l'entendre ?

Parmi ceux qui voient la nécessité de rendre aussi accessible que possible l'opportunité d'être entendu par le juge, certains voient l'exigence du discernement et d'un âge minimal comme une entrave à la liberté d'exercer ce droit. Pour Thierry Moreau, il faudrait convoquer tout enfant, quel que soit son âge. Cela permettrait que l'interprétation par le juge porte sur ce qui a été dit uniquement, et non sur le droit de le dire³⁷. Libre au juge ensuite de décider en âme et conscience de prendre en compte le contenu de l'audition pour fixer sa décision.

D'aucuns soulèvent, non sans ironie, que le discernement n'est pas indispensable pour passer les portes du tribunal : « *Nos prétoires sont remplis d'adultes qui, submergés par leur subjectivité, développent une parole sans discernement ou totalement égocentrée. Leur interdit-on l'accès au tribunal ?* »³⁸. Ce qui compte, c'est que l'enfant puisse donner librement³⁹ son opinion⁴⁰.

Si ni l'âge, ni l'appréciation du juge quant à la capacité de discernement de l'enfant ne s'opposent à son audition, l'enfant aura le droit d'être entendu. Selon Amaury de Terwangne, « *la responsabilité que l'enfant prendra en exprimant son opinion, les conséquences qui pourraient en découler, ou l'importance du conflit entre les parents sont irrelevants pour écarter le droit de l'enfant à être entendu. (...) Il appartient à l'enfant, éventuellement aidé par son avocat, de faire le choix d'exercer son droit ou non* »⁴¹.

Faute d'une décision du juge de refuser d'entendre l'enfant au nom de son manque de discernement, ce serait donc à l'enfant, en fonction de tous les éléments qu'il est en mesure de discerner, éventuellement avec l'aide d'un avocat ou d'une autre personne ressource, d'assumer la responsabilité du choix d'exercer ou non son droit à exprimer son opinion. On notera ici le sens que prend la question abordée en fin du point consacré, au chapitre précédent, aux capacités morales et de discernement de l'enfant : si l'on reconnaît à l'enfant une certaine capacité de discernement moral, quel sens donne-t-on à sa parole, quelle responsabilité lui confère-t-on ?

2.2. Il faut préserver l'enfant des risques de son audition par le juge

*« On est partagé entre la nécessité de lui permettre de s'exprimer et celle de le mettre à l'abri de la procédure et donc des pressions, et ce, sans lui laisser la responsabilité de son choix. Il y a un risque de d'affaiblir l'enfant, mais aussi ... d'affaiblir l'autorité des parents »*⁴² (Sophie Braive, Juge aux Affaires familiales, Versailles).

2.2.1. La confusion entre désirs et opinion de l'enfant et son intérêt.

Commençons par pointer trois extraits, émanant de trois articles différents, signés l'un par un avocat de l'enfant, le deuxième par une juge de la jeunesse, le troisième par une psychologue spécialisée dans les séparations parentales conflictuelles, et publiés tous les trois dans une même revue scientifique québécoise :

³⁷ MOREAU Th., op. cit., p 42.

³⁸ de TERWANGNE A., op. cit., p 7.

³⁹ On reviendra sur la possibilité pour l'enfant d'exprimer « librement » son opinion.

⁴⁰ DRUANT F. et JOLITON K., « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ? », in *JDJ* n° 220, 2002, p 35.

⁴¹ de TERWANGNE A., op. cit., pp 12-13.

⁴² BRAIVE S., « La parole de l'enfant dans la procédure civile », in « Le juge, la parole et l'enfant - Dossier », in *Le journal des psychologues* (France) n° 268, juin 2009, p 31.

« D'abord et avant tout, comme procureur [avocat, au Québec] aux enfants, je crois que nous avons comme devoir de mettre d'avant le désir des enfants afin que le tribunal soit en mesure de soupeser cet élément de fait important dans la détermination du meilleur intérêt de l'enfant »⁴³. (Sylvain Bourassa, avocat de l'enfant, Québec).

« Il ressort de l'examen de ces décisions [prises durant 8 ans par des juges de la Jeunesse de diverses régions du Québec] que le refus exprimé par un adolescent d'avoir des contacts avec ses parents est dans les cas répertoriés toujours respecté par les juges de la Chambre de la jeunesse et la plupart du temps par les parents eux-mêmes »⁴⁴. (Paule Gaumont, Juge de la Jeunesse, Québec).

« Les tribunaux, qui ne prononcent qu'exceptionnellement des déchéances parentales dans des situations de séparation, permettent parfois à un enfant de mettre en action la déchéance d'un de ses parents. Une nouvelle notion s'est développée, celle du parent jetable, dont l'enfant peut disposer au gré de ses heurts relationnels »⁴⁵. (Élise-Mercier Gouin, psychologue, Québec).

S'il semble y avoir un large consensus autour de la nécessité de tenir compte de l'intérêt de l'enfant, on peut tout d'abord pointer que cette notion quelque peu floue sert d'étendards aux argumentations les plus variées. Pour le sociologue Gérard Neyrand, « la référence à l'intérêt de l'enfant alors, loin d'éclairer le débat l'obscurcit, tant elle est devenue la condition universelle de toute prise de position sur la question et que, fonctionnant comme sa justification, elle en devient son alibi »⁴⁶.

Ensuite, il y a à savoir qui détermine l'intérêt de l'enfant. Tant que la famille est unie et que les intervenants professionnels n'ont pas pénétré dans son espace privé⁴⁷, il semble évident que ce sont les parents qui veillent à l'intérêt de l'enfant. Lorsque ceux-ci ou l'un d'eux sollicite le pouvoir judiciaire, c'est au juge et au parquet à garantir le respect de l'intérêt de l'enfant, la décision judiciaire étant au besoin légitimée par une expertise ou une autre forme d'enquête menée par des professionnels compétents pour interpréter la parole et les comportements de l'enfant.

Demander à l'enfant de faire part au juge de son « opinion sur les questions qui le concernent » pourrait, selon certains auteurs, nourrir et exacerber une confusion qui règne entre les envies, le désir, ou encore l'opinion de l'enfant d'une part, et l'intérêt à long terme de l'enfant d'autre part.

Ainsi, pour le psychologue Benoît Van Dieren, le risque de faire cet amalgame est grand, et risque de mener l'enfant à devenir « l'enfant Juge de ses parents », lui donnant et lui faisant porter un pouvoir qui n'est pas le sien, et ce « malgré toutes les précautions oratoires pour le convaincre que ce n'est pas son avis qui va décider »⁴⁸.

Pour la psychologue québécoise Elise-Mercier Gouin, il y a à distinguer entre l'expression d'un désir, d'une envie, d'un besoin du présent d'un enfant, et l'intérêt à long terme, le besoin futur, qui eux nécessitent les capacités d'analyse de l'adulte. Or, écrit-elle, « les intervenants judiciaires et

⁴³ BOURASSA S., « Un enfant devant la Cour, pourquoi et pourquoi pas : étude de cas d'après des expériences pratiques », in AIFI, *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Montréal, Revue scientifique de l'AIFI, Vol 2, N° 2, 2008, p 7.

⁴⁴ GAUMONT P., « L'enfant qui refuse de voir son parent. Coup d'œil d'un juge de la chambre de la jeunesse », in *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Revue scientifique de l'AIFI, volume 2, numéro 2, Automne 2008, Québec, éditions Yvon Blais, 2009, pp 81-82.

⁴⁵ GOUIN E.-M., « L'enfant qui refuse de voir un parent », in *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Revue scientifique de l'AIFI, volume 2, numéro 2, Automne 2008, Québec, éditions Yvon Blais, 2009, p 106.

⁴⁶ NEYRAND G., « Séparations parentales et liens aux enfants », in FONDATION POUR L'ENFANCE, *La protection des enfants au cours des séparations parentales conflictuelles – Actes Colloque 2007*, Paris, Fondation pour l'enfance, 2008, p 16.

⁴⁷ THERY I., *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993.

⁴⁸ VAN DIEREN B., « Le risque de perte du lien parental lors des séparations », in www.separation.be (consulté en avril 2010).

psychosociaux peuvent parfois retenir la parole de l'enfant comme sa seule vérité, confondant ses envies et son désir avec ses besoins et son intérêt supérieur »⁴⁹.

Le risque de retenir la parole de l'enfant « au premier degré » est d'autant plus important que le PV d'audition réalisé par le juge ne peut que répercuter les dires de l'enfant.

2.2.1.1. Le PV d'audition

L'enfant va confier sa parole sans savoir exactement la manière dont elle sera synthétisée, restituée. A ce propos, Thierry Moreau précise que « *l'objet de la mesure d'audition, même indirecte, est de recueillir la parole 'brute' de l'enfant sans la soumettre à un décodage* ». Il appartient ensuite à l'instance de décision d'apprécier comment elle prend cette parole en considération⁵⁰. Mais entre temps, les parents, par l'intermédiaire de leurs avocats, auront eu connaissance de ce que l'enfant a dit, et ce dans un contexte de conflit entre eux. Difficile, diront certains – on y reviendra, de croire que la parole de l'enfant peut être libre. Et difficile de faire émerger la distinction entre envie, opinion, et intérêt de l'enfant.

Le fait de soumettre à l'enfant, au terme de son audition, ce que le juge compte en restituer ne suffit pas à rassurer les sceptiques : s'il est difficile pour un adulte, dans le stress de telles situations, de se prononcer sur le fait que la synthèse correspond bien à ce qu'il a tenté de dire, la difficulté est vraisemblablement plus grande encore pour l'enfant. De plus, est-ce à l'enfant de porter cette responsabilité ?

2.2.1.2. La compétence des professionnels du champ judiciaire pour écouter l'enfant

*« Il ne faudrait entendre l'enfant en justice – à fortiori quand c'est par le juge – que par quelqu'un qui peut décoder la parole, ce que le juge n'est pas »*⁵¹

L'argument de la compétence à l'écoute de l'enfant, avec toute la spécificité qu'elle impose, est pointé par de nombreux auteurs et intervenants. Pour certains d'entre eux, il n'est pas du rôle du juge d'avoir cette compétence : il n'est pas psy, et il y a par contre tout lieu qu'il garde sa place de juge et qu'il ne se substitue pas à un autre rôle⁵².

Pour d'autres, le constat de manque de compétence et de formation à l'écoute est l'un des motifs justifiant l'inadéquation de l'audition de l'enfant (particulièrement le petit enfant) par le juge dans le contexte de séparations parentales.

À l'opposé, parmi ceux qui militent en faveur de l'audition de l'enfant, certains, reconnaissant le fréquent manque de compétence (tant des magistrats que des avocats de l'enfant) à l'écoute de l'enfant, soulèvent l'importance d'encourager, voire de rendre obligatoire une formation spécifique⁵³.

⁴⁹ GOUIN E.-M., op.cit., pp 104-105.

⁵⁰ MOREAU Th., op. cit., p 44.

⁵¹ Francis Martens, psychanalyste, cité par Christian Panier, in PANIER Ch., « Conclusions », in *Actes du Colloque « La parole de l'enfant ... (mal)entendus ? » organisé par SDJ à Charleroi le 1^{er} juin 2005*, in SDJ n° 257, septembre 2006, p 64.

⁵² PANIER Ch., « Conclusions », in *Actes du Colloque « La parole de l'enfant ... (mal)entendus ? » organisé par SDJ à Charleroi le 1^{er} juin 2005*, in SDJ n° 257, septembre 2006, p 62.

⁵³ Le Secrétaire d'Etat à la Politique des familles, Melchior Wathelet, soutenait cette voie (rencontre du 19 avril 2010), tout en pointant qu'elle soulevait de fortes résistances.

2.2.2. Conflit de loyauté, instrumentalisation de l'enfant, clivage de loyauté

Le pédopsychiatre Philippe Kinoo résume ce qu'est le conflit de loyauté en ces quelques mots : « *essayer de bien faire avec deux personnes qui, elles, sont en conflit* »⁵⁴. Le conflit de loyauté que l'enfant peut vivre vis-à-vis de ses parents en est une forme particulière, qui justifie quelques explications.

2.2.2.1. La loyauté vis-à-vis de ses parents

Le terme « loyauté », explique la psychologue Reine Vander Linden, renvoie à la notion de loi. « *Mais si la loi appartient à une référence générale, la loyauté vise une relation particulière dans laquelle s'exprime le respect de la loi* »⁵⁵. S'appuyant sur les apports d'Ivan Boszomenyi-Nagy⁵⁶ (Nagy) quant à la complémentarité entre les dimensions éthiques et systémiques du concept de loyauté, Reine Vander Linden pointe qu'au sein de la famille, la loyauté impose non seulement un *devoir* auquel ses membres sont soumis, mais aussi un *échange* : « *du côté des parents, du simple fait existentiel de la procréation, on hérite d'une responsabilité à l'égard de l'enfant. En lui donnant la vie et en le réceptionnant à la naissance dans un état de dépendance, les parents lui doivent de le nourrir et de veiller à sa sécurité, à sa protection* ». Du côté de l'enfant, la loyauté filiale existe par le fait d'avoir été mis au monde par ses parents, et d'avoir grâce à eux pu grandir. La loyauté de l'enfant vis-à-vis de ses parents ne serait donc pas une loyauté *horizontale*, telle qu'on la verrait dans des relations plus ou moins égalitaires entre pairs, mais une loyauté *verticale*, telle qu'elle existe dans une relation asymétrique et irréversible. De plus, l'enfant, et en particulier le bébé ou le jeune enfant, ne peut encore rendre à ses parents autant qu'il reçoit d'eux (en soins, en temps consacré, en protection ...). De ce fait, selon Nagy, il y a bien échange, mais cet échange est différé : ce que les enfants ont reçu de leurs racines nourricières comme compétences et bienfaits, ils le transmettront en nature à la génération suivante. Ce processus se perpétue donc de génération en génération. Les parents qui auraient manqué d'une partie de l'apport de ces racines nourricières lorsqu'ils étaient eux-mêmes enfants peuvent être amenés à ressentir comme légitime de solliciter chez leurs propres enfants ce dont ils n'ont pas bénéficié. « *Ce n'est pas juste, puisqu'on inverse les rôles, on retourne l'ardoise des responsabilités. Les enfants se retrouvent ainsi dans une position parentale à l'égard de leurs propres parents (...)* », phénomène que Nagy appelle la « *parentification* ».

2.2.2.2. Le conflit de loyauté

« *Un enfant pris dans un conflit de loyauté, cela veut dire qu'il est en relation avec deux parents qui eux, sont en conflit, que les tensions liées à ce conflit le font souffrir, mais que sa souffrance est en quelque sorte équilibrée, c'est-à-dire qu'il cherche à être loyal à l'un et l'autre de ses parents* »⁵⁷.

⁵⁴ KINOO Ph., "Une parole d'enfant ne vaut pas une parole d'adulte", in *Actes du Colloque « La parole de l'enfant ... (mal)entendus ? » organisé par SDJ à Charleroi le 1^{er} juin 2005*, in *JDJ* n° 257, septembre 2006, p 48.

⁵⁵ VANDER LINDEN R., « Comment l'enfant se débrouille-t-il avec le clivage de loyauté ? », in *Actes du Colloque « La parole de l'enfant ... (mal)entendus ? » organisé par SDJ à Charleroi le 1^{er} juin 2005*, in *JDJ* n° 257, septembre 2006, p 52.

⁵⁶ Voir notamment BOSZOMENYI-NAGY I., *Invisible loyalties: reciprocity in intergenerational family therapy*, New York, Harper and Row, 1973.

⁵⁷ KINOO Ph., "Une parole d'enfant ne vaut pas ...", op. cit., p 49.

De ce qui ressort des éléments abordés ci-dessus, quand l'enfant est invité par le juge à « exprimer librement son opinion »⁵⁸, le peut-il vraiment, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur ce que *lui*, il souhaiterait, alors qu'il est tenu d'être loyal envers ses parents ? N'est-ce pas le *mettre* dans un conflit de loyauté ? Et si oui, que le contraind-on à dire et à faire, malgré « *toutes les précautions oratoires* »⁵⁹ ?

2.2.2.3. *Le risque d'instrumentalisation de l'enfant*

Au-delà du vécu de l'enfant, les parents (et parfois les intervenants professionnels) peuvent être amenés, consciemment ou pas, à instrumentaliser l'enfant, ou à être suspectés ou accusés de le faire. En ce qui concerne l'audition de l'enfant par le juge, c'est typiquement le cas lorsque l'enfant est « fortement encouragé » par un parent à dire au juge ce qui pourrait servir la cause de ce parent.

Dans des situations plus extrêmes, notamment celles parfois qualifiées d'« aliénation parentale », il arrive que l'enfant dénigre activement et à son propre nom un parent « alors qu'aucun fait ne justifie un tel comportement »⁶⁰.

Tant certains parents coupés de la relation avec leur enfant que certains intervenants confrontés à de telles situations s'opposent farouchement à ce que l'enfant soit entendu par le juge. Peut-être est-ce l'une des situations pour laquelle, selon l'article 12 de la CIDE, l'enfant serait considéré comme n'étant pas capable de discernement ? Certains intervenants pointent que si dans certains de ces cas, la manipulation est évidente, dans bon nombre de situations il faudrait des compétences spécifiques pour déceler une éventuelle instrumentalisation.

Quoi qu'il en soit, il semble assez unanimement reconnu que de telles situations peuvent conduire l'enfant à une situation de sentiment de toute puissance, avec des conséquences potentiellement graves, que l'on retrouve dans ce qui est appelé « clivage de loyauté ».

2.2.2.4. *Clivage de loyauté*

Le clivage de loyauté, nous explique Reine Vander Linden, c'est le même cas de figure que le conflit de loyauté, sauf que l'enfant est dans l'impossibilité de choisir : « *tout mouvement envers l'un des parents pour se préoccuper de lui, pour lui donner ou même pour recevoir de lui, est considéré comme un dommage, une trahison, une déloyauté par l'autre parent* »⁶¹. Dans de telles situations, pointe-t-elle, l'enfant est soit contraint de s'anéantir lui-même, soit d'anéantir l'un de ses parents – et donc d'anéantir aussi une partie de lui-même, puisqu'il est constitué de ses deux lignées parentales. Et Reine Vander Linden, de conclure : « *Dès lors, dans un contexte pareil, proposer à un enfant de parler, c'est vraiment cadencasser le piège dans lequel il se trouve* »⁶².

⁵⁸ Voir article 12 de la CIDE.

⁵⁹ Voir plus haut les paroles de Benoît Van Dieren dans le point consacré aux confusions entre désirs, opinion et intérêt de l'enfant.

⁶⁰ Voir notamment VAN GIJSEGHEM H., « L'aliénation parentale : points controversés », in *L'aliénation parentale - Divorce et séparation* N° 3, juin 2005, Loverval, Labor, 2005, pp 13-27.

⁶¹ VANDER LINDEN R., op. cit., p 54.

⁶² Idem, p 56.

2.3. Tout bien pesé ...

« Le mouvement des droits de l'enfant a contribué à développer une vision plus respectueuse de la personnalité de chaque enfant. (...) L'idée d'une certaine autonomie de l'enfant est fondamentalement juste. Néanmoins le mouvement des droits de l'enfant a franchi les bornes d'une analyse lucide et objective de la réalité humaine en défendant la conception selon laquelle les enfants devraient désormais disposer d'eux-mêmes. Cela nous amène à une idéologie des droits de l'enfant qui, comme toutes les idéologies, est truffée de fantasmes »⁶³.

À l'ensemble des arguments avancés par ceux qui pointent les risques pour l'enfant d'être auditionné par le juge, ou encore qui militent contre l'idée de généraliser le fait d'entendre l'enfant (qu'il ait ou pas plus de 12 ans), est régulièrement brandie, comme un couperet, l'objection suivante : la CIDE est une *convention* internationale. Il ne s'agit donc pas d'une déclaration d'intention, mais d'un texte contraignant, ayant force de loi pour l'ensemble des pays qui l'ont ratifiée, au terme de longues années de réflexion et de négociation. *Le fait de ne pas la respecter serait dès lors un non-respect des droits de l'enfant. De plus, cela constituerait un recul par rapport au mouvement initié au cours des dernières décennies. Ainsi peut-on lire, par exemple, face à la question de savoir s'il y a lieu d'inviter l'enfant à être entendu alors qu'il est question de son instrumentalisation par un parent, « nous pensons cependant qu'il convient d'en prendre le risque car renoncer à permettre à un enfant d'exprimer une pensée libre constituerait un retour en arrière et une violation de ses droits »*⁶⁴.

Je souhaite répondre à cette objection de la manière suivante :

- Veiller à ce que l'Enfant ait le droit et la possibilité d'exprimer ses désirs, ses opinions, avec comme *finalité*, dans le cas qui nous occupe, que les parents (et, le cas échéant, les intervenants) tiennent compte de ces éléments pour cerner et évaluer ce qui semble être l'intérêt présent et futur de l'enfant, est « *juste* » et sensé. Le fait que les enfants puissent être mis sur le même pied d'égalité quel que soit l'état civil de leurs parents, est également juste.
- Le *moyen* qui consisterait à ce que l'enfant soit systématiquement invité (avec d'éventuelles limites d'âge, ...) à être auditionné par le juge est inadéquat : il ne respecte pas le « *bien* » de l'enfant, et ce pour les raisons suivantes :

Tout d'abord, il est utile de noter que l'enfant est, de fait, rarement entendu par le juge dans les situations peu conflictuelles, telles que celles où les parents font cautionner leur accord par le tribunal. C'est donc dans les situations conflictuelles, voire très conflictuelles, que l'enfant est le plus susceptible d'être entendu – soit qu'il en fasse lui-même la demande (que sa démarche soit ou pas télécommandée), soit qu'un de ses parents en fasse la demande. Or, je peux affirmer sans prendre beaucoup de risques, que dans l'écrasante majorité de ces situations, l'enfant est pris dans un conflit de loyauté, si pas dans un processus plus grave, tel que l'un de ceux qu'on a vus au point précédent.

Il me semble de ce fait fondé de mettre fortement en doute l'éventualité que, dans de telles situations, l'enfant puisse exprimer « *librement* » son opinion au juge. Comme le relève Philippe Kinoo, il ne suffit pas de donner la parole pour qu'on soit libre de parler⁶⁵. « Donner son opinion » au juge contraindrait l'enfant, en quelque sorte, à devoir à la fois veiller à sa propre protection, et à

⁶³ Jean-Louis Renchon, cité in de TERWANGNE A., op. cit., p 5.

⁶⁴ DRUANT F. et JOLITON K., « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ? », in JDJ n° 220, 2002, p 31.

⁶⁵ KINOO Ph., « La place de la parole de l'enfant dans la vie sociale et familiale », in COLLART P., SOSSON J. (dir), *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, p 85.

la fois gérer sa loyauté envers chacun de ses parents, tout en portant l'éventuelle responsabilité de tenter d'influencer le juge. Christian Panier, Juge et Président du tribunal de première instance de Namur, n'exagère pas lorsqu'il parle de « jeu de dupes »⁶⁶.

Ceci est d'autant plus vrai qu'en ce qui concerne les techniques d'audition et l'interprétation de la parole et des comportements de l'enfant, la compétence et la formation des intervenants de la sphère judiciaire sont jugées insuffisantes (voir plus haut). On peut d'ailleurs se demander, à la suite de Christian Panier, s'il est une bonne chose que le juge endosse l'habit du psy, et ce faisant, participe à une vaste substitution des rôles⁶⁷.

Au-delà de la compétence et de la formation, est-il concevable, selon ce qui a été évoqué plus haut, que le juge auditionne un enfant dans de bonnes conditions lorsque l'on sait que l'audition sera presque certainement unique, et que le temps prévu pour sa préparation et son déroulement est nécessairement réduit par le manque de disponibilité et la surcharge du travail judiciaire ?

Plus importante, peut-être, est la question de la *place* de l'enfant. Comme le relève Philippe Kinoo, « dans une certaine mesure, la parole d'un enfant et la parole d'un adulte sont pareilles. Elles sont soumises aux règles du langage, à ses limites et à ses erreurs, à ce décalage entre ce qui est dit et ce que l'on voudrait dire. (...) Cependant, la parole d'un enfant ne vaut pas celle d'un adulte parce qu'elle ne vient pas de la même place »⁶⁸.

Il y aurait lieu que l'enfant puisse être entendu avant tout à sa juste place *générationnelle*. Comme le dit la psychologue québécoise Elise-Mercier Gouin, « quand, devant la cour, un enfant est d'abord le client de son procureur [avocat, au Québec] avant d'être le fils ou la fille de ses père et mère, l'intention de départ risque d'avoir des effets pervers (...) »⁶⁹.

Pour ces raisons, l'audition de l'enfant par le juge dans les séparations parentales doit rester aussi exceptionnelle que possible, et certainement pas être banalisée. Elle ne doit être favorisée qu'à la condition que le cadre, les finalités, et les modalités soient clairs et favorables à allier le fait d'écouter l'enfant, et le fait de lui préserver sa place d'enfant. Il n'y a pas lieu *d'inviter systématiquement* l'enfant à être entendu par le juge dans les situations de séparations parentales portées en justice. Ceci n'empêcherait nullement, en conformité avec tant les aspects émancipatoires que protectionnels de la Convention internationale des droits de l'enfant, d'informer l'enfant (et ses parents) qu'il lui est possible d'être entendu par le juge, tout en soulevant, tant à son intention qu'à celle de ses parents, en quoi une telle démarche peut avoir pour lui des retombées positives et libératoires, mais peut aussi engendrer des conséquences dures à vivre, tant pour lui-même que dans sa relation future avec son entourage. L'une des finalités d'une telle audition devrait être de soutenir les parents à pouvoir offrir une parole commune à l'enfant. Comme le dit le juge Jean-Marie Degryse, dans les colonnes du Ligueur « je n'entendrai un enfant que si cela va aider les parents à retrouver, ensemble, leur place de parents et à comprendre ce qui s'est passé ».⁷⁰

⁶⁶ PANIER Ch., op. cit., p 65.

⁶⁷ Idem, p 62.

⁶⁸ KINOO Ph., "Une parole d'enfant ne vaut pas ...", op. cit., p 51.

⁶⁹ GOUIN E.-M., « L'enfant qui refuse de voir un parent », in *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Revue scientifique de l'AIFI, volume 2, numéro 2, Automne 2008, Québec, éditions Yvon Blais, 2009, pp 104-105.

⁷⁰ Voir <http://leligueur.citoyenparent.be/rubrique/en-savoir-plus/6/quelle-parole-pour-l-enfant.html>

Des alternatives ?

« J'ai rencontré ton père et ta mère. L'un et l'autre sont d'accord pour que nous cherchions ensemble comment comprendre et améliorer les difficultés et les tracas de ta famille »⁷¹.

Dans les situations où les parents (ou l'un d'eux) sont trop pris par le conflit pour pouvoir sainement écouter l'enfant, d'autres lieux (qu'il s'agisse de médiation, de groupes de parole, de thérapie familiale, de guidance parentale, ...) que la sphère judiciaire devraient être prioritairement envisagés pour permettre à l'enfant de s'exprimer et être entendu, tout en veillant à sa protection. À cette fin, toute aide professionnelle devrait veiller à ce que, dans toute la mesure du possible, les parents restent parents, et à ce que l'enfant occupe une place d'enfant. La place d'enfant, relève Philippe Kinoo, « *c'est avant tout et surtout comme fils (ou fille) de ses deux parents* »⁷². De plus, « *écouter et entendre un enfant, c'est laisser sa parole se déployer dans le temps, avant de trop vite comprendre et conclure* »⁷³. En ce sens, ces voies alternatives donneraient plus l'opportunité à l'enfant de prendre une juste place et implication, dans la mesure du possible avec et sous la responsabilité de ses deux parents, et ceci dans la durée (alors que l'audition par le juge est presque toujours unique, ponctuelle).

Une telle évolution impliquerait de la part des pouvoirs publics un travail important d'information et de conscientisation, et une remise en question du sens de la justice familiale et de ce que les justiciables peuvent en espérer.

CONCLUSION

Le débat à propos de la question de savoir s'il y a lieu que l'enfant soit systématiquement invité à être entendu par le juge dans les séparations parentales conflictuelles porte essentiellement sur l'équilibre entre les principes fondateurs de la CIDE, à savoir les droits de l'enfant à vocation d'autonomie, de liberté, d'émancipation, souvent nommés dans le langage courant « droits de l'enfant », et ceux à vocation de protection, que l'on retrouve régulièrement sous la dénomination de « besoins de l'enfant » ou encore « bien de l'enfant ». On pourrait faire le lien entre les premiers en tant que quête du « *Juste* », et entre les seconds et la quête du « *Bon* ».

Dans notre société contemporaine, la lutte contre toute forme de discrimination et la préoccupation constante du respect des libertés individuelles et des droits subjectifs (y compris ceux de l'enfant) selon une conception libérale du droit semblent parfois occulter quelque peu « *ce qui est bon ou préférable* »⁷⁴.

Peut-être la quête d'égalité et d'équité deviendrait-elle parfois *en soi* une forme de définition collective de la « vie bonne », ou du moins serait-elle ainsi comprise par d'aucuns. En témoigne le débat sur la « garde alternée » (hébergement égalitaire en Belgique, résidence alternée en France) : le principe d'égalité des père et mère semble pour certains confondu avec les modalités concrètes, amenant à ce que certains définissent l'intérêt de l'enfant comme étant prioritairement d'avoir « ses deux parents à mi-temps ».

⁷¹ Extrait de KINOO Ph., KINOO Ph., "Une parole d'enfant ne vaut pas ...", op. cit., p 51.

⁷² KINOO Ph., "Une parole d'enfant ne vaut pas ...", op. cit., p 51.

⁷³ MONNOYE G. (avec la participation de GENNART B., KINOO Ph., LALOIRE P., MULKAY F., RENAULT G.), *Le professionnel, les parents et l'enfant face au remue-ménage de la séparation conjugale*, Bruxelles, Ed Temps d'arrêt - YAPAKA, 2005, p 22

⁷⁴ de BRIEY L. et PITSEYS J., « L'homoparentalité et la fonction du droit », in de BRIEY L., VANDERBORGHT Y. (dir), *Morale et politique de l'enfance*, Revue Philosophique de Louvain, Volume 105, issue 1-2, 2007, p 88.

En ce qui concerne la question qui nous occupe ici, il semble également y avoir, comme je l'ai pointé plus haut, une confusion entre un *principe* (le droit de l'enfant à s'exprimer à propos des questions qui le concernent), et les *modalités* (le fait que l'enfant soit systématiquement invité à être entendu par le juge). Si le principe est « *Juste* » du point de vue de la garantie du respect des droits subjectifs, j'ai tenté de montrer que la modalité n'est pas « *Bonne* », en ce sens qu'elle positionne l'enfant dans une place qui n'est pas la sienne, et qu'elle contraint (malgré toutes les précautions oratoires) l'enfant à être davantage impliqué dans un conflit de loyauté, voire à être enfermé dans une forme plus dommageable encore de clivage de loyauté, ou d'instrumentalisation.

Paradoxalement, plus l'enfant est au centre de l'attention, plus son « intérêt supérieur » est susceptible de servir de légitimité (voire d'alibi) dans le conflit qui oppose ses parents en justice – au point qu'il peut devenir difficile aux acteurs adultes (parents, et parfois intervenants) de sortir d'une dynamique scrutatrice dans laquelle tout « battement de cils » de l'enfant sera interprété. Permettre à l'enfant de s'exprimer sur les questions qui concernent sa vie suite à la séparation de ses parents, c'est donc prioritairement lui ouvrir des espaces où il pourra expérimenter que sa parole sert aussi peu que possible d'enjeu, mais peut être entendue, accueillie par chacun de ses parents (et le cas échéant par les intervenants professionnels), même s'il y a désaccord ou souffrance, afin que ce qui compte pour lui puisse être considéré par les adultes qui décident.

Puissent les pouvoirs publics soutenir de telles voies.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- BENSUSSAN P., « Juge et expert : pour une juste partition des rôles », in FONDATION POUR L'ENFANCE., *La protection des enfants au cours des séparations parentales conflictuelles – Actes Colloque 2007*, Paris, Fondation pour l'enfance, 2008, pp 107-115
- BOSZOMENYI-NAGY I., *Invisible loyalties: reciprocity in intergenerational family therapy*, New York, Harper and Row, 1973
- BOURASSA S., « Un enfant devant la Cour, pourquoi et pourquoi pas : étude de cas d'après des expériences pratiques », in AIFI, *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Montréal, Revue scientifique de l'AIFI, Vol 2, N° 2, 2008
- BRAIVE S., « La parole de l'enfant dans la procédure civile », in « Le juge, la parole et l'enfant - Dossier », in *Le journal des psychologues* (France) n° 268, juin 2009, pp 27-31
- COLLART P., SOSSON J. (dir), *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007
- COLLART P., « Introduction », in COLLART P., SOSSON J. (dir), *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, pp 7-11
- DE BRIEY L., VANDERBORGHT Y. (dir), *Morale et politique de l'enfance*, Revue Philosophique de Louvain, Volume 105, issue 1-2, 2007
- de BRIEY L. et PITSEYS J., « L'homoparentalité et la fonction du droit », in de BRIEY L., VANDERBORGHT Y. (dir), *Morale et politique de l'enfance*, Revue Philosophique de Louvain, Volume 105, issue 1-2, 2007, pp 78-106
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Droits de l'enfant et responsabilités parentales », in de SINGLY F. (dir), *Enfants Adultes – Vers une égalité de statut ?*, France, Universalis, 2004, (Le tour du sujet), pp 33-47
- della FAILLE N., « Le juge et l'urgence du désir d'être soi-même », in GERARD Ph., OST F., van de KERCHOVE M. (dir), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000
- DE MUNCK J., VERHOEVEN M., *Les mutations de la norme*, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, (Coll Ouvertures sociologiques)
- de SINGLY F., « Le statut de l'enfant dans la famille contemporaine » in de SINGLY F. (dir), *Enfants Adultes – Vers une égalité de statut ?*, France, Universalis, 2004, (Le tour du sujet)
- de TERWANGNE A., *Le mandat de l'avocat du mineur : porte parole, défenseur, tuteur ou gadget de bon aloi ? Éléments de réflexion*, Bruxelles, février 2008 (texte aimablement communiqué par l'auteur)
- de TERWANGNE A., « La parole de l'enfant devant la justice », *Congrès sur les droits de l'enfant*, Hanoï, 25-26 août 2009 (texte aimablement communiqué par l'auteur)
- DRUANT F. et JOLITON K., « L'audition de l'enfant dans les procédures civiles : situation actuelle et perspectives ? », in *JDJ* n° 220, 2002, pp 29-36
- GOFFIN M., « La rupture du lien adolescent – parent : l'expertise médico-psychologique comme 'effet thérapeutique' », in *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Revue scientifique de l'AIFI, volume 2, numéro 2, Automne 2008, Québec, éditions Yvon Blais, 2009, pp 85-100
- GAUMONT P., « L'enfant qui refuse de voir son parent. Coup d'œil d'un juge de la chambre de la jeunesse », in *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Revue scientifique de l'AIFI, volume 2, numéro 2, Automne 2008, Québec, éditions Yvon Blais, 2009, pp 69-84
- GOUIN E.-M., « L'enfant qui refuse de voir un parent », in *Ces enfants qui ne veulent plus voir un parent : solutions judiciaires et psychosociales*, Revue scientifique de l'AIFI, volume 2, numéro 2, Automne 2008, Québec, éditions Yvon Blais, 2009, pp 101-116

- HIERNAUX G., « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », in *Revue trimestrielle du droit familial*, Larcier, 1/2007, pp 9-60
- JUSTON M., La médiation familiale, vade-mecum, http://bien.etre.enfant.free.fr/IMG/pdf/vademecum_juston.pdf
- KINOO Ph., « La place de la parole de l'enfant dans la vie sociale et familiale », in COLLART P., SOSSON J. (dir), *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, pp 80-86
- KINOO Ph., "Une parole d'enfant ne vaut pas une parole d'adulte", in *Actes du Colloque « La parole de l'enfant ... (mal)entendus ? » organisé par SDJ à Charleroi le 1^{er} juin 2005*, in *JDJ* n° 257, septembre 2006, pp 48-51
- LEBRUN J-P., « Avatars et désarrois de l'enfant-roi », in GAVARINI L., LEBRUN J-P., PETITOT F., *Avatars et désarrois de l'enfant-roi*, Bruxelles, Temps d'arrêt, 2002
- LIMET O., « De l'idéal de la coparentalité aux modalités pratiques : quels écueils ? Vers une meilleure compréhension des principes qui sous-tendent les interventions auprès des parents séparés », in *Revue Scientifique de l'AIFI*, Vol 3, N° 1, Printemps 2009, Bruylant (Belgique) et éd Yvon Blais (Québec), 2010, pp 101-141
- LIMET O., *Parents séparés : contraintes à l'accord ? Une analyse à partir de la loi 2006 sur l'hébergement égalitaire : contexte, discours et pratiques du judiciaire face à la non-représentation d'enfants*, Liège, Edipro, 2009
- MARQUET J., BONMARIAGE J. (dir), *Le bien de l'enfant – entre normes relatives et exigence vitale*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1998
- MARQUET J. (dir), *L'évolution contemporaine de la parentalité*, Gent, Academia Press, 2005
- MARQUET J., « De la contractualisation des liens conjugaux : du mariage par amour à la rupture pour désamour », in CASHMAN M.-T., SIMAYS C., BULCKENS R., MORTELMANS D., *Familles plurielles – Politique familiale sur mesure ?*, Bruxelles, Luc Pire, 2007 (Etats généraux des Familles), pp 44-49
- MEIRIEU Ph., *Le pédagogue et les droits de l'enfant : histoire d'un malentendu ?*, Editions du Tricorne, 2002
- MONNOYE G. (avec la participation de GENNART B., KINOO Ph., LALOIRE P., MULKAY F., RENAULT G.), *Le professionnel, les parents et l'enfant face au remue-ménage de la séparation conjugale*, Bruxelles, Ed Temps d'arrêt - YAPAKA, 2005
- MOREAU Th., « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », in COLLART P., SOSSON J. (dir), *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, pp 25-57.
- NEYRAND G., *Le dialogue familial – un idéal précaire*, Toulouse, érès, 2009
- NEYRAND G., *L'enfant face à la séparation des parents – une solution, la résidence alternée*, Paris, La Découverte, 2004, (Alternatives sociales) – (première édition : Paris, Syros, 1994)
- NUROCK V., « L'enfance morale : développement moral et éducation morale », in de BRIEY L., VANDERBORGHT Y. (dir), *Morale et politique de l'enfance*, Revue Philosophique de Louvain, Volume 105, issue 1-2, 2007, pp 132-160.
- PANIER Ch., « Conclusions », in Actes du Colloque « La parole de l'enfant ... (mal)entendus ? » organisé par SDJ à Charleroi le 1^{er} juin 2005, in *SDJ* n° 257, septembre 2006, pp 62-65
- SEGALEN M., *À qui appartiennent les enfants ?*, Paris, Tallandier, 2010
- THERY I., *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993
- VANDER LINDEN R., « Comment l'enfant se débrouille-t-il avec le clivage de loyauté ? », in *Actes du Colloque « La parole de l'enfant ... (mal)entendus ? » organisé par SDJ à Charleroi le 1^{er} juin 2005*, in *JDJ* n° 257, septembre 2006, pp 52-56
- VAN DIEREN B., « Le risque de perte du lien parental lors des séparations », in www.separation.be