

Jacques Fierens

Professeur extraordinaire

Le 9 novembre 2017

Je me réjouis de l'effort manifeste, qui transparaît dans le projet de Code, de renforcer les droits fondamentaux des enfants, des jeunes et de leurs proches.

Je me suis centré, dans mes commentaires, sur la compatibilité de quelques dispositions en projet avec le droit international des droits de l'homme et spécialement avec la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et avec la Convention européenne des droits de l'homme.

\*\*\*

### **1) L'accord des personnes qui exercent l'autorité parentale et les mesures d'aide**

L'article 23, al. 3, en projet, à propos des mesures d'aide prises par le conseiller, stipule que « *L'accord des personnes qui exercent l'autorité parentale à l'égard de l'enfant n'est pas requis si l'impossibilité d'obtenir cet accord est dûment établie.* »

Cette disposition est d'autant plus importante que l'âge à partir duquel l'enfant doit consentir à une mesure d'aide est abaissé à 12 ans (art. 23 en projet). En d'autres termes, si les parents sont considérés comme étant dans l'impossibilité de donner leur accord, celui d'un enfant de 12 ans suffit.

1) Cette disposition est justifiée ainsi par les commentaires des articles : « *A l'alinéa 3, une clarification est apportée quant aux cas dans lesquels l'accord des personnes qui exercent l'autorité parentale n'est pas requis. Il s'agit des cas dans lesquels ces personnes ne peuvent être atteintes ou ne répondent pas aux convocations du conseiller (le terme « personnes défaillantes » prêtait à confusion). Comme dans le cadre de l'article 22, une seule convocation à laquelle la personne ne donne pas suite ne suffit pas pour pouvoir considérer l'impossibilité comme établie.* »

L'interprétation proposée est encore trop vague pour satisfaire aux exigences du respect du droit à la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme), du droit de l'enfant d'être élevé par ses parents (art. 7, § 1<sup>er</sup>, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant) ou de ne pas en être séparé (article 9 de la même Convention). La question n'est pas d'établir si les parents répondent ou non aux convocations, mais d'établir le cas échéant, la preuve de *l'impossibilité* d'obtenir l'accord des parents, en explicitant les circonstances qui l'établissent.

A cet égard, il conviendrait de s'inspirer des articles 348-1 et 348-10 du Code civil qui prévoient qu'en cas d'adoption, le consentement d'une personne qui doit consentir n'est pas requis si le tribunal estime, « *en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé* », que la personne majeure n'est pas capable d'exprimer sa volonté.

Le fait de ne pas comparaître devant le tribunal après avoir été convoqué par le greffier sous pli judiciaire, est assimilé, dans la législation relative à l'adoption, à un refus de consentement et ne permet donc pas de s'en passer. De telles dispositions devraient être transposées en matière d'aide à la jeunesse.

2) Le projet utilise à vingt reprises l'expression « personnes qui exercent l'autorité parentale ».

Cette désignation pose un problème depuis la mise en vigueur, le 1<sup>er</sup> septembre 2017, de la loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux. L'autorité parentale peut à présent être démembrée conventionnellement « à la carte », le placement chez des accueillants entraîne de plein droit la délégation de certains attributs de l'autorité et le tribunal peut aller jusqu'à confier aux accueillants tous les attributs sauf ceux qui concernent l'état de l'enfant<sup>1</sup>. Qu'en est-il dès lors des droits que le projet de Code confère à ceux « qui exercent l'autorité parentale » ?

## **2) La place de l'intérêt de l'enfant dans le placement comme mesure d'aide ou comme mesure de protection**

L'article 25 en projet porte que les mesures prises par le conseiller tendent par priorité à favoriser l'épanouissement de l'enfant dans son milieu de vie, mais envisage un placement « *si l'intérêt de l'enfant exige qu'il faille l'en éloigner* ». L'article 42, § 1<sup>er</sup>, en projet énonce que les mesures et les décisions prises par le tribunal de la jeunesse et par le directeur tendent par priorité à favoriser l'épanouissement de l'enfant dans son milieu de vie, mais que « *si l'intérêt de l'enfant exige qu'il faille l'en éloigner, la protection apportée à l'enfant lui assure en tout cas les conditions de vie et de développement appropriées à ses besoins et à son âge.* »

La seule référence à l'intérêt de l'enfant ne respecte ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni les articles 3, 7 et 9 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

La Cour européenne des droits de l'homme a en effet rappelé à plusieurs reprises, et pour la dernière fois dans l'arrêt *Barnea et Caldararu c. Italie* du 22 juin 2017, qu'« *il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public* (Maumousseau et Washington c. France, n° 39388/05,

---

<sup>1</sup> Cette loi a été attaquée devant la Cour constitutionnelle (n° de rôle 6721) et n'a pas été suspendue (arrêt sur la demande de suspension n° 126/2017 du 19 octobre 23017). Si la loi n'est pas annulée sur le moyen pris de l'incompétence de l'Etat fédéral, le démembrement contractuel demeurera en tout cas possible parce qu'il n'est pas visé par le recours.

§ 62, CEDH 2007-XIII) –, en attachant toutefois une importance déterminante à l'intérêt supérieur de l'enfant (voir, dans ce sens, Gnahoré c. France, 19 septembre 2000, § 59), qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents (Sahin c. Allemagne [GC], no 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII) » (§ 64).

La Cour européenne des droits de l'homme a aussi rappelé maintes fois que « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale » (dernièrement *Soares de Melo c. Portugal*, 16 février 2016, § 88 ; *Barnea et Caldararu c. Italie*, 22 juin 2017, § 63.) Une ingérence dans ce droit, telle que l'organise la loi attaquée, ne peut être fondée que sur un « *besoin social impérieux* » (*ibidem*).

Le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques<sup>2</sup>.

La Cour a aussi répété que l'éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat<sup>3</sup>. La durée du placement doit être la plus courte possible et tout doit être mis en œuvre pour maintenir les liens familiaux et faciliter le retour de l'enfant au sein de sa famille<sup>4</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a aussi affirmé qu'« *il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne : briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, 'reconstituer' la famille*<sup>5</sup> ».

Si donc l'intérêt de l'enfant est « primordial », s'il revêt une « importance déterminante », la balance des intérêts, en cas de placement, doit toujours aussi prendre en compte celui des parents et l'ordre public. Il conviendrait qu'à cet égard, le texte du projet soit aligné sur la jurisprudence de la Cour européenne, et qu'il dise explicitement que le retour de l'enfant chez ses parents, grâce à des mesures positives, est en principe le but de tout placement.

L'article 122 en projet, qui évoque la décision de placement prise par le tribunal de la jeunesse à l'égard d'un jeune ayant commis un fait qualifié infraction, devrait aussi rappeler explicitement l'articulation des différents intérêts à prendre en compte.

---

<sup>2</sup> *Soares de Melo c. Portugal*, cité, § 89 ; *Barnea et Caldararu c. Italie*, cité, § 84.

<sup>3</sup> *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], 6 juillet 2010, § 136 ; *Barnea et Caldararu c. Italie*, cité, § 64.

<sup>4</sup> *Olsson c. Suède* (n° 1), 24 mars 1988, §§ 72 et 81.

<sup>5</sup> *Gnahoré c. France*, 19 septembre 2000, § 59.

### **3) La place de l'adoption comme mesure d'aide**

Le projet de décret ne prévoit pas, dans la liste des mesures d'aide (art. 35), les prises de contact nécessaires à une éventuelle adoption.

Dans son avis n° 16 du 23 novembre 2016, relatif à la question de l'adoptabilité des enfants et à leur statut en cours d'adoption, le Conseil supérieur de l'adoption (COSA) a estimé que *« Pour mettre fin à l'ambiguïté créée involontairement par la sortie 'technique' de l'adoption du décret de l'aide à la jeunesse en 2004<sup>6</sup>, l'adoption devrait figurer, dans le projet de Code de l'aide à la jeunesse (idéalement dans le Code lui-même, a minima dans son exposé des motifs), comme une des mesures de protection de l'enfant à disposition des professionnels de l'aide à la jeunesse. »*

L'adoption ou la *kafalah* est, à certaines conditions, un droit de l'enfant en application de l'article 20, § 3, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

### **4) La question des pièces confidentielles du dossier**

L'article 27 en projet porte qu'à tout moment, l'enfant et les personnes dont l'accord sur la mesure d'aide individuelle est requis ainsi que leur avocat peuvent prendre connaissance de toutes les pièces du dossier du conseiller, selon les modalités prévues par le gouvernement, *« à l'exception des pièces portant la mention 'confidentiel' communiquées au conseiller par les autorités judiciaires. »*

Cette disposition est manifestement inspirée par l'actuel article 11, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 4 mars 1991, tel qu'il a été modifié par décret du 6 avril 1998.

La restriction d'accès au dossier concernant les pièces portant la mention « confidentiel » avait été attaquée en annulation devant la Cour d'arbitrage. Celle-ci a rejeté le recours par arrêt 21/2000 du 23 février 2000 sur une double motivation :

- 1) les mesures d'aide relevant de la compétence du conseiller s'inscrivent dans une phase non judiciaire d'une intervention vis-à-vis des jeunes et de leurs familles ;
- 2) les travaux préparatoires précisaient que si l'avocat déclare qu'il n'accepte pas la mesure proposée s'il ne dispose pas de la faculté de consulter l'ensemble des pièces du dossier, le dossier sera transmis au juge de la jeunesse selon les dispositions du droit fédéral (B 7).

La déclaration de confidentialité ne pose donc pas de problème, selon cette jurisprudence, en ce qui concerne le dossier du conseiller.

---

<sup>6</sup> En 2004, lors de la modification des codes civil, judiciaire et pénal en vue de permettre à la Belgique la ratification de la Convention de La Haye du 19 mai 1993, la Communauté française a également dû légiférer pour adapter ses dispositions en matière d'adoption. Etant donné l'ampleur des modifications à apporter, le choix a été fait de prévoir un décret spécifique pour cette matière, et donc de sortir « techniquement » la matière du décret relatif à l'aide à la jeunesse.

Toutefois, l'article 44, al. 1<sup>er</sup>, en projet permet la même restriction de confidentialité en ce qui concerne le dossier du directeur. Les deux arguments relevés par la Cour d'arbitrage ne tiennent à ce moment évidemment plus, puisque devant le directeur la procédure n'est pas consensuelle et que la phase judiciaire a nécessairement déjà eu lieu.

L'article 44 viole donc le droit à un procès équitable, notamment le droit d'être assisté par un avocat, et l'article 32 de la Constitution qui garantit l'accès aux documents administratifs.

## 5) La question du dessaisissement

L'article 125 prévoit la possibilité, pour le tribunal de la jeunesse, de se dessaisir du dossier d'un jeune et de renvoyer l'affaire au ministère public aux fins de poursuite devant les juridictions compétentes s'il y a lieu.

Cette mesure n'est pas conforme au droit international et présente des inconvénients pratiques parfois aberrants.

Sur le plan théorique, comme l'a relevé notamment l'avis du 29 mars 2017 de la Commission (interfédérale) pour les droits de l'enfant, l'Observation générale n° 10 du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies plaide pour une « *politique globale en matière de justice pour mineurs* », ce qui veut dire que les règles relatives à la justice pour mineurs doivent être applicables à toutes les personnes âgées de moins de 18 ans, sans exception<sup>7</sup>.

Le Comité des droits de l'enfant, lors de l'examen de chacun des trois rapports nationaux sur la situation des droits de l'enfant, soumis par la Belgique, a observé que le mécanisme de dessaisissement est contraire à la mise en œuvre d'un système distinct de justice pour mineurs tel que prôné par l'article 40, § 3, de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>8</sup>.

Les effets directs de cette disposition sont discutés, mais ce n'est pas d'effets directs éventuels qu'il s'agit ici. La Convention est un traité obligatoire en application de l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités et la Fédération Wallonie-Bruxelles est tenue de s'y soumettre, a fortiori depuis qu'elle a approuvé la Convention de New York par décret du 3 juillet 1991.

Il est en outre paradoxal que le projet de décret prévoit à l'article art. 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, que quiconque concourt à l'application du présent code est tenu de respecter entre autres les droits et libertés reconnus à l'enfant ou au jeune dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, et qu'un mécanisme directement contraire à ces droits soit mis en place 125 articles plus loin.

---

<sup>7</sup> Observation générale n° 10 concernant les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs, 25 avril 2007, *UN Doc. CRC/C/GC/10*, §§10, 36 et 38.

<sup>8</sup> *CRC/C/BEL/CO/3-4*, 18 juin 2010, §§82-83; *CRC/C/15/Add.178*, 13 juin 2002, §§31-32; *CRC/C/15/Add.38*, 20 juin 1995, §§11 et 15.

En pratique, le dessaisissement est jusqu'à présent dans bien des cas décidé pour d'autres raisons que celles prévues par la loi. . Le dessaisissement est aussi appliqué pour des infractions contre les biens et à l'encontre de primo-délinquants. Il n'est souvent pas tant question de l'adéquation de la mesure de protection que de la durée de son application, considérée comme trop courte, en particulier si le jeune concerné, au moment où il est jugé, a presque atteint ou a atteint 18 ans.

Durcir les conditions du dessaisissement comme le fait l'article 125 en projet risque de ne rien changer à cette dérive, les juridictions de la jeunesse misant parfois sur l'absence d'appel ou de pourvoi.

De plus, il est plus souvent appliqué aux jeunes ayant un profil de vulnérabilité particulière.

Le Comité des droits de l'enfant a été saisi d'une communication du 24 juin 2017, n° 34/2017, au sujet d'une jeune fille qui, après que son dossier avait fait l'objet d'un dessaisissement, a été condamnée à trois ans de prison dont la moitié avec sursis. En attendant le jugement de la chambre spécifique, elle avait été placée à titre provisoire en régime fermé à Saint-Servais. Or, après sa condamnation, elle a effectué sa peine ...à Saint-Servais, dans des conditions strictement identiques. Il était établi ainsi qu'une mesure de placement aurait été adéquate et les modalités d'exécution de la peine ont montré l'aberration du dessaisissement.

Par ailleurs, une organisation et des activités pédagogiques existent au sein de la mal nommée « section des dessaisis » à saint-Hubert qui, heureusement, s'efforce de ne pas ressembler à une prison pour adultes. Cette organisation particulière n'est pas autre chose qu'une forme de mesure de protection, ce qui est contradictoire avec la raison d'être du dessaisissement.

Une recherche sur les effets du dessaisissement menée en 2015 a démontré que seuls 20 % des jeunes dont le dossier a fait l'objet d'un dessaisissement sont condamnés à une peine de prison effective. Sans compter ceux qui ne feront pas l'objet de poursuites, 10% sont acquittés et 50% bénéficient d'un sursis, éventuellement probatoire. Dans de très nombreux cas, après dessaisissement, les jeunes récidivent s'ils ont fait de la prison<sup>9</sup>. On peut se demander dans quelle mesure le dessaisissement n'a pas en pratique l'effet contraire de celui qu'il prétend poursuivre : la protection de la société.

## **6) La question des infractions de roulage**

Les raisons théoriques de l'incompatibilité du dessaisissement avec l'article 40 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant peuvent s'appliquer à l'article 56 en projet qui prévoit, comme actuellement la loi du 8 avril 1965, que les infractions de roulage commises par des jeunes relèvent des juridictions de droit commun.

---

<sup>9</sup> Voy. J. CHRISTIAENS, E. DUMORTIER e.a., *Rapport 3. Evaluatie van maatregelen in Omgevingsanalyse Vlaams jeugdrecht*, 2015, (40 p.), 21-24, <https://wvg.vlaanderen.be/jongerenwelzijn/assets/docs/nieuws/2015/10/14/omgevingsanalyse-volledig-rapport.pdf>

## 7) La question de l'expression « fait qualifié d'infraction »

Les articles 55 et suivants en projet utilisent abondamment l'expression « fait qualifié d'infraction », commettant à répétition une faute de français que n'avaient commise ni la loi du 15 mai 1912, ni la loi du 8 avril 1965.

« Qualifié » comme adjectif appelle un attribut direct et non indirect (cf. M. LENOBLE-PINSON, *Dire et écrire le droit en français correct*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 611, v° QUALIFIE, qui cite à titre d'exemple « Un fait qualifié faute ». Voy. aussi *Le Grand Robert*, v° *Qualifier*, qui cite à titre d'exemple « Qualifier le droit crime et le mouvement rébellion, c'est là l'immémoriale habileté des tyrans. » (Victor HUGO, *Shakespeare*, II, II, IV).

« Qualifier de » veut dire « traiter de », par exemple « qualifier de traître » (*Le Grand Robert, ibidem*), ce qui ne correspond pas au sens que veut donner à l'expression « qualifié d'infraction » le décret en projet.

Bruxelles, le 9 novembre 2017.

Jacques Fierens.