

09.013.2019 qui vous a été adressé relatant la parole de l'enfant. Pour des motifs d'ordre déontologiques, je ne puis marquer accord sur cette démarche, ce dont je me suis expliqué à l'égard de Maître Cappelle qui n'est pas partie à la procédure, tout comme sa cliente. Par conséquent, pour le strict respect des droits de la défense et du contradictoire, je vous saurai gré de bien vouloir considérer cette correspondance comme nulle et non avenue, et l'écartier physiquement et définitivement de ce dossier (...).

### 2. Demandes des parties

(...)

### 3. Discussion

Les demandes sont recevables, ce qui n'est au demeurant pas contesté. Le tribunal n'estime pas en outre devoir soulever quelque moyen d'irrecevabilité.

#### 3.1. Quant à l'écartement du courrier adressé le 9 janvier 2019 par M<sup>e</sup> Cappelle

Sans que le contenu de la pièce n'ait été évoqué à l'audience, les parties ont longuement débattu du courrier adressé au tribunal par M<sup>e</sup> Cappelle (conseil de M.) le 9 janvier 2019 au regard de principes déontologiques, d'une part, de principes de droit judiciaire, d'autre part (respect des droits de la défense).

Dans la mesure où le conseil de Monsieur B. sollicitait l'écartement de la pièce litigieuse, comme l'a suggéré le Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Namur, le conseil de Madame J. a d'emblée fait savoir qu'il préférerait qu'on ne tienne pas compte de cette pièce, considérant, d'une part, qu'il existait à son estime suffisamment d'éléments dans le dossier en soutien à la demande de sa cliente, d'autre part, que la situation des enfants exigeait qu'une décision intervienne rapidement.

Le tribunal n'aperçoit pas quelles sont les dispositions déontologiques qui devraient amener les parties à solliciter l'écartement de cette pièce: le Bâtonnier ne précise d'ailleurs pas les dispositions visées.

La question du respect des droits de la défense et du respect du contradictoire est une question devant être laissée à la seule appréciation du tribunal et non des instances ordinales.

Pour rappel, l'article 12 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, lequel a un effet direct en Belgique selon l'enseignement de la Cour de cassation, donne le droit à l'enfant d'être entendu et d'exprimer son opinion dans les causes qui le concernent. C'est d'ailleurs en application de ces dispositions que le législateur belge a prévu ce droit reconnu au mineur dans les nouvelles dispositions du Code judiciaire prises avec la création du tribunal de la famille.

Le tribunal est d'avis qu'il convient d'apprécier dans chaque cas d'espèce si cette démarche effectuée par le mineur (soit celle de s'adresser au tribunal par le biais de l'avocat qu'il aura préalablement consulté) est conforme à son intérêt et respectueuse des droits de la défense.

Dans le cas d'espèce, dans la mesure où le contenu de la pièce litigieuse n'a pas été débattu à l'audience du 17 janvier 2019, il n'en sera pas tenu compte.

(...)

*Siég. : Madame Louise Gendebien, juge au tribunal de la famille.*

## TEST OSSEUX ET PROTECTION DE LA JEUNESSE

Bruxelles (30<sup>e</sup> ch. jeun.) –

17 octobre 2017 – 2017/PJ/244

**Aide et protection de la jeunesse – Droit des étrangers – Test osseux – Rapport d'expertise réalisé par un dentiste spécialisé en orthodontie - Qualité d'expert pour l'analyse de radiographies du poignet ou des clavicules faisant défaut – Dépôt de nouveaux documents crédibles – Ordonnance annulée – Dossier transmis au tribunal de la jeunesse**

*Ministère public contre V., mineur âgé de 12 ans et plus, présent et assisté de M<sup>e</sup> Marqueteeken Sophie; S., mère, qui comparait en personne.*

Vu l'appel interjeté le 18 juillet 2017 par le conseil du mineur et par le ministère public à l'encontre de l'ordonnance du juge de la jeunesse de Bruxelles du 19 juin 2017 laquelle a dit :

*«Disons que les mesures de garde, de préservation ou d'éducation prononcées à l'égard de V. sont définitivement levées».*

### I. QUANT À LA PROCÉDURE

Les appels, réguliers en la forme et interjetés dans le délai légal, sont recevables.

### II. OBJETS DES APPELS

V. comme sa mère sollicitent la réformation de la décision entreprise.

D'une part, ils font état de documents d'identité qu'ils n'avaient pas été en mesure de produire devant le premier juge, d'autre part, contestent la fiabilité des examens réalisés. Eu égard aux nouveaux éléments dont il est fait état, le ministère public estime qu'un doute existe, qu'il doit profiter à V. et sollicite la réformation de la décision entreprise.

### III. FAITS UTILES À L'EXAMEN DU RECOURS

(...)

Le 17 mai 2017, le Docteur Guy WILLEMS, par un réquisitoire du procureur du Roi, est requis aux fins de procéder à un examen approfondi de V. et d'indiquer l'âge le plus probable de l'intéressé.

Les conclusions de l'expertise du 24 mai 2017 sont les suivantes :

*«L'examen de la radiographie de la main et du poignet tend à indiquer une personne avec squelette mature.*

*L'examen dentaire tend à indiquer une personne de 20 ans en tenant toutefois compte de la déviation standard de 1,5 ans à respecter.*

*L'intervalle de fiabilité de 95 % se situe entre 16,5 et 22,8 avec 86 % de chance que cette personne ait plus de 18 ans.*

*L'examen de la radiographie claviculaire indique ici que la personne intéressée a probablement 20 ans environ avec une déviation standard de 1,5 ans.*

*L'analyse de ces données indique, à mon sens que V., à la date du 24.05.2017 a 20 ans, avec une déviation standard de 1,5 ans».*

Devant la cour, V. dépose une copie de sa carte d'identité consulaire ainsi qu'une copie d'un acte de naissance le déclarant né le 2 novembre 2003.

#### IV. Discussion

À ce jour, la cour dispose d'éléments dont le premier juge n'était pas informé.

V. fait en effet état de documents crédibles – jamais produits précédemment – mentionnant la date du 2 novembre 2003 qu'il a toujours déclarée comme étant sa date de naissance.

D'autre part, comme il l'a été rappelé à l'audience, de nombreuses critiques sont formulées, d'un point de vue médical, à l'encontre des tests actuellement pratiqués pour déterminer l'âge des mineurs étrangers. Il leur est notamment reproché de ne pas prendre en compte la spécificité socio-ethnique des jeunes dans l'analyse des radiographies du poignet<sup>(1)</sup>.

Une étude de la jurisprudence révèle que les médecins ne s'accordent pas sur la fiabilité de ce triple test et sur la possibilité d'émettre ou non un âge chronologique sur la base des résultats. Ainsi, l'auteur d'une recherche sur le thème du rôle et de la place de l'expertise dans la détermination de l'âge des mineurs étrangers non accompagnés relève les divergences au sein du monde médical, tant au niveau belge qu'international, à propos de la possibilité d'établir un âge chronologique sur la base de l'analyse de l'âge osseux.

Enfin, l'analyse de la jurisprudence à propos de ce triple test révèle que l'expertise des tests radiographiques par le Professeur Willems, dentiste spécialisé en orthodontie, a déjà posé question, dans la mesure où celui n'a notamment pas qualité pour l'analyse de radiographies du poignet ou des clavicules

Ainsi, un arrêt du Conseil d'État du n° 226.882 du 25 mars 2014 a déclaré fondé, dans le cadre d'un contentieux administratif, la requête invoquant ce moyen, pour ces motifs :

*«Or l'auteur du rapport d'expertise versé au dossier administratif, le Professeur G. Willems, n'est pas docteur en médecine mais dentiste spécialisé en orthodontie. Celui-ci n'a donc pas la qualité requise pour déterminer le résultat du test médical prévu par l'article 7 de la loi-programme du 24 décembre 2002 précitée.*

*En outre, si l'examen médical subi par la requérante a consisté en trois tests radiographiques (poignet, clavicules, dents) et si la formation du Professeur Willems l'habilitait à analyser et à évaluer les radiographies en dentisterie, elle ne lui permettait par contre pas de se voir reconnaître la qualité d'expert pour l'analyse de radiographies du poignet ou des clavicules.*

*À cet égard, afin d'établir que les radiographies ont bien été réalisées et analysées par un médecin radiologue, la partie adverse a certes communiqué, dans le cadre de l'instruction de l'affaire, un rapport au nom de la requérante, daté du 13 septembre 2013, qui fut rédigé par le docteur Luc Breyssem, radiologue spécialisé en radiologie pédiatrique.*

*Toutefois, il apparaît que le rapport d'expertise du Professeur Willems est plus qu'une simple reproduction des résultats figurant dans le rapport du Docteur Breyssem, puisqu'il comporte des explications et précisions (notamment des marges d'erreur) qui ne figurent pas dans le rapport de ce dernier, mais aussi, et plus fondamentalement, qu'il mentionne tant pour le test du poignet que pour celui des clavicules des résultats qui ne correspondent pas aux mentions figurant dans le rapport du médecin précité.*

*Ainsi, pour le test du poignet, le Professeur Willems fait état d'un âge de 17 ans ou plus avec une déviation standard d'un an et demi là où le docteur Breyssem mentionne un âge de 16 ans. Quant à l'examen des clavicules, le rapport du Professeur Willems fait état d'un stade «N» correspondant à un âge d'environ 26,7 ans avec une déviation standard de 2,6 ans alors que le radiologue précité mentionne un stade «III» et un âge se situant entre 16 et 26 ans.*

*Ces constatations attestent que le rapport du Professeur Willems n'est pas limité, s'agissant des radiographies qui ne relèvent pas de sa spécialité, à la transposition des résultats fournis par les radiologues avec lesquels collabore le service qu'il dirige.*

*Enfin, les explications, contenues dans le courriel du Professeur Willems, que la partie adverse a transmis a posteriori le 13 mars 2014, ne sont pas de nature à contredire les constatations qui précèdent.*

*En sa troisième branche, le premier moyen est fondé».*

En l'espèce, la signature du Docteur Breyssem est apposée à la fin du rapport dont le Professeur Willems est le rédacteur.

(1) Voir à ce propos Pauline COURARD : «Quand l'expertise médicale ne suffit plus à légitimer la décision<sup>1517</sup> La détermination de l'âge des mineurs étrangers non accompagnés», Rev. Trim. Dr. Fam., pp. 589 et s.

Aucun élément ne permet de déterminer si les constatations qui ont été faites par le Professeur Willems concernant des radiographies qui ne relèvent pas de sa spécialité constituent la transposition des résultats fournis par les radiologues ou s'il ne s'agit pas de radiographies qui ne relèvent pas de sa spécialité - à la transposition de résultats.

Enfin, le protocole des radiographies du poignet ou des clavicules et les clichés des radiographies n'ont pas été versés au dossier, seule figure l'interprétation par le Professeur Willems.

Pris en considération ces différents éléments, il convient de constater que V. est toujours mineur et dès lors de transmettre le dossier au tribunal de la jeunesse afin de permettre que les mesures de garde, de préservation ou d'éducation opportunes soient prises à l'égard de V..

### PAR CES MOTIFS,

La Cour, la chambre de la jeunesse,  
Statuant contradictoirement;  
(...)

Reçoit les appels et les dit fondés.

Annule l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a dit : «*Disons que les mesures de garde, de préservation ou d'éducation prononcées à l'égard de V. sont définitivement levées.*»

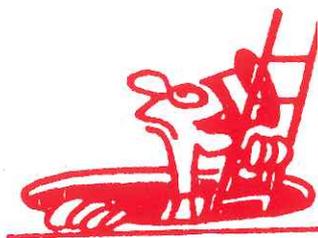
Statuant par voie de dispositions nouvelles :

- Constate que V. est né le 2 novembre 2003 et dès lors qu'il est toujours mineur.
- Transmet le dossier au tribunal de la jeunesse aux fins de permettre que les mesures de garde, de préservation ou d'éducation opportunes soient prises à l'égard de V.

Délaisse les frais d'appel envers la partie publique, à charge de l'État.

Ordonne l'exécution provisoire du présent arrêt.

*Siég. : Mme B. Chapaux, juge d'appel de la famille et de la jeunesse; Mme J. Devreux, avocat général.*



## GESTATION POUR AUTRUI

**CEDH – Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française – 10 avril 2019**

**Droit au respect de la vie privée de l'enfant (art. 8) – Gestation pour autrui – Nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation – Il n'est pas requis que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger**

### LES QUESTIONS POSÉES

9. Les questions posées par la Cour de cassation dans sa demande d'avis consultatif sont ainsi formulées :

«1. *En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa «mère légale» la «mère d'intention», alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le «père d'intention», père biologique de l'enfant, un État partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la «mère d'intention» ?*

2. *Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?*

(...)

### II. SUR LE PREMIER POINT

35. Il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'article 8 de la Convention demande que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique. Comme indiqué précédemment, la Cour a en effet expressément conclu dans l'arrêt *Mennesson* précité que l'absence d'une telle possibilité emportait violation du droit de l'enfant au respect de sa vie privée, tel qu'il se trouve garanti par cette disposition (*Mennesson*, précité, §§ 100-101; voir aussi *Labassee c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014, ainsi que *Foulon et Bouwet c. France*, nos 9063/14 et 10410/14, 21 juillet 2016, et *Laborie c. France*, n° 44024/13, 19 janvier 2017).

36. En rapport avec ce qui précède, la Cour relève qu'à ce jour, sa jurisprudence met un certain accent sur l'existence d'un lien biologique entre l'enfant et au moins l'un des parents d'intention (voir les arrêts cités ci-dessus, ainsi que l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC] (n° 25358/12, § 195, 24 janvier 2017). Elle rappelle à cet égard que la question à examiner en l'espèce inclut explicitement un élément factuel selon lequel le père d'intention a un lien biologique avec l'enfant concerné. La Cour va circonscrire sa réponse en conséquence. Elle précise toutefois qu'elle pourrait être appelée à l'avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine, étant donné en particulier l'évolution de la question de la gestation pour autrui.

37. Pour se prononcer dans le cadre de la présente demande d'avis consultatif (paragraphe 32, 34 et 36 ci-dessus) sur la question de savoir si l'article 8 de la Convention requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention deux facteurs ont un poids particulier : l'intérêt supérieur de l'enfant et l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États parties.

38. S'agissant du premier facteur, la Cour se réfère au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, en particulier, *Paradiso et Campanelli*, précité, § 208, *X c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, § 95, CEDH 2013, *Mennesson*, précité, §§ 81 et 99, *Labassee*, précité, §§ 60 et 78, et *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 133, 28 juin 2007).

39. La Cour a admis dans les arrêts *Mennesson* (précité, § 99) et *Labassee* (précité, § 78) qu'il était «concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire». Elle a toutefois relevé que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitaient pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée se trouve significativement affecté.

40. L'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention a ainsi des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée. D'un point de vue général, comme la Cour l'a relevé dans les arrêts *Mennesson* et *Labassee* précités, l'absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l'enfant et la mère d'intention défavorise l'enfant dès lors qu'il le place dans une forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société (§§ 96 et 75 respectivement). Il y a notamment un risque qu'il n'ait pas l'accès à la nationalité de la mère d'intention dans les conditions que garantit la filiation, cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère

d'intention (même si ce risque n'existe pas dans le cas soumis à l'examen de la Cour de cassation, le père d'intention, qui est aussi le père biologique, ayant la nationalité française), ses droits successoraux à l'égard de celle-ci peuvent être amoindris, il se trouve fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d'intention en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention, et il n'est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge.

41. La Cour est consciente de ce que, dans le contexte de la gestation pour autrui, l'intérêt supérieur de l'enfant ne se résume pas au respect de ces aspects de son droit à la vie privée. Il inclut d'autres éléments fondamentaux, qui ne plaident pas nécessairement en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation avec la mère d'intention, tels que la protection contre les risques d'abus que comporte la gestation pour autrui (voir *Paradiso et Campanelli*, précité, § 202) et la possibilité de connaître ses origines (voir, par exemple, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, §§ 54-55, CEDH 2002 I).

42. Au vu des éléments indiqués au paragraphe 40 ci-dessus et du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant comprend aussi l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable, la Cour considère toutefois que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise.

43. S'agissant du second facteur, comme la Cour l'a rappelé dans les arrêts *Mennesson* (précité, § 77) et *Labassee* (précité, § 57), l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un élément pertinent à cet égard. Ainsi, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. Or il ressort de l'étude de droit comparé susmentionnée que, malgré une certaine évolution vers la possibilité d'une reconnaissance juridique du lien de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et les parents d'intention, il n'y a pas consensus en Europe sur cette question (paragraphe 23 ci-dessus).

44. La Cour a toutefois également rappelé dans ces mêmes arrêts (§§ 77 et 80, et §§ 56 et 59 respectivement) que, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu, comme lorsque l'on touche à la