

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Autorité parentale, hébergement et relations personnelles

Mallien, Michael

Published in:

Droit des personnes et des familles

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2018, Autorité parentale, hébergement et relations personnelles. dans *Droit des personnes et des familles: chronique de jurisprudence 2011-2016*. Larcier , Bruxelles, pp. 365-455.

General rights

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

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

Take down policy

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

INTRODUCTION

381. – Le caractère (en principe) bicéphale de l'autorité parentale a pour corollaire la nécessité de règles de droit permettant et encadrant une intervention du juge lorsqu'un conflit entre le père et la mère paralyse le processus décisionnel. Il incombe ainsi aux juridictions compétentes de déterminer (partiellement) la nouvelle organisation de la famille en tenant notamment compte de ce sur quoi les père et mère s'entendent encore ou s'entendaient en des jours meilleurs. D'autres causes ont trait aux relations personnelles des grands-parents ou des tiers liés affectivement avec l'enfant.

La présente contribution a pour objet de rappeler les règles de droit qui régissent l'autorité parentale, l'hébergement et les relations personnelles mais surtout de fournir aux praticiens un relevé des décisions judiciaires rendues et publiées en cette matière de 2011 à 2016.

Une vue d'ensemble de la jurisprudence nécessite cependant que la lecture des présentes lignes soit complétée par celle des études du professeur Nathalie Massager relatives aux périodes antérieures à celle analysée ici¹ ainsi qu'une consultation de la nôtre afin d'y trouver une méthode de décision sous forme d'une *grille de critères* ainsi qu'un relevé de la (vaste) jurisprudence inédite².

TITRE I

L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

382. – Doctrine récente³

S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De uitoefening van het ouderlijk gezag », *T. Fam.*, 2012, liv. 3, p. 55.

B. DE SMET, « Het nieuwe statuut van pleegouders », *R. W.*, 2016-2017, liv. 40, p. 1562.

J. FIERENS, « La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux », *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 6, p. 138.

¹ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des Familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 387.

² M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères retenus par les juges*, Bruxelles, Larcier, 2016.

³ Seules les principales publications parues durant la période recensée ou citées très fréquemment dans la présente contribution, sont mentionnées sans cette liste, qui doit donc être complétée de celles reprises dans les chroniques précédentes.

- M. MALLIEN, « L'extension de l'euthanasie au mineurs non émancipés. Une analyse des conditions requises par les lois du 28 mai 2002 et 28 février 2014 », *JDJ*, 2015, liv. 342, p. 1.
- M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères retenus par les juges*, Bruxelles, Larcier, 2016.
- M. MALLIEN, « Les "décrets inscription" de la Communauté française et leur incidence lors d'un litige parental sur le choix de l'école secondaire », *Ann. Dr. Louvain*, 2013, liv. 3, p. 399.
- N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des Familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 387.
- N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – filiation, autorité parentale, hébergement*, coll. Fac. Dr. ULB, Bruylant, 2009.
- J. SOSSON et F. REUSENS, « La mise en œuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale : focus sur quelques questions pratiques » in D. PIRE (dir.) *Droit des Familles*, Liège, Anthemis, 2010, pp. 75-76.

CHAPITRE 1 GÉNÉRALITÉS

383. – La locution « autorité parentale » désigne l'ensemble des prérogatives confiées aux père et mère durant la minorité de leur enfant.

Il s'agit, plus précisément, des prérogatives reprises aux articles 373 et 374 du Code civil, à savoir « la santé, l'éducation, la formation, les loisirs et l'orientation religieuse ou philosophique de l'enfant »⁴ et qui relèvent ou non de la décision commune des parents selon que l'exercice conjoint de l'autorité ait été maintenu ou, au contraire, que l'exercice exclusif ait été confié (exceptionnellement) à l'un d'entre eux.

Dans une acception plus large, elle comprend également les consentements au mariage, à l'adoption et à l'émancipation, régis respectivement par les articles 148, 347 et 471 du Code civil qui, tous, nécessitent en principe l'accord des deux parents, quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁵.

Le droit d'hébergement (qui est lui aussi un attribut de l'autorité parentale) permet quant à lui, à chaque parent de prendre seul certaines décisions lorsqu'il héberge l'enfant.

⁴ Art. 374, § 1^{er}, du Code civil. Ce caractère non exhaustif de ladite énumération a été rappelé expressément lors de l'adoption de l'article 374 nouveau en 1995 – *Doc. Parl., Chambre, www.lachambre.be*, 48^e législature, 4^e session, n° 1430, p. 12.

⁵ J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 115, n° 11 ; E. VIEUJEAN, « L'autorité parentale », *Chronique à l'usage du notariat*, vol. XXII, éd. Faculté de droit de Liège, 1995, n° 25.

La délimitation précise des décisions qui appartiennent à cette dernière catégorie par rapport à celles qui nécessitent l'accord des deux parents dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, n'est pas toujours claire. Elle laisse place à ce que N. Massager désigne comme une « zone grise »⁶, et il revient parfois dans la pratique au juge de déterminer si un choix déterminé nécessite (ou bien souvent : aurait nécessité) l'accord des deux parents.

384. – *Seuls les parents à l'égard desquels la filiation est établie* sont titulaires de l'autorité parentale et des prérogatives qui en découlent. En sont donc exclus les grands-parents, les parents biologiques à l'égard de qui la filiation n'est pas établie, les conjoints et compagnons ou compagnes des parents, mais également les parents d'origine en cas d'adoption simple ou plénière.

Par conséquent, lorsque par exemple la mère est décédée, le père exerce seul cette autorité, à l'exclusion du compagnon de la mère (même si celui-ci partageait le quotidien de l'enfant). Les demandes du compagnon tendant à obtenir l'hébergement principal et le droit de choisir l'école sont irrecevables, y compris lorsque celles-ci semblent mieux rencontrer l'intérêt de l'enfant⁷. Il ne peut y avoir lieu à ouverture de la tutelle, conformément à l'article 389 du Code civil⁸ qu'en cas de décès des deux parents⁹ ou d'impossibilité durable d'exercer leurs prérogatives, et à la désignation d'un protuteur uniquement lorsque les parents sont déchus de leur autorité conformément aux articles 32 et suivants de la loi du 8 avril 1965¹⁰.

385. – Toutefois, la loi du 19 mars 2017¹¹, entrée en vigueur le 1^{er} septembre de la même année, prévoit désormais que certaines prérogatives, qui relèvent de l'autorité parentale, peuvent dans certains cas être exercées par les accueillants familiaux chez qui l'enfant a été placé.

⁶ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des Familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 387, n° 474.

⁷ Bruxelles (41^e ch.), 26 décembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 33. Voy. toutefois la position plus nuancée (mais critiquable selon nous sur le plan juridique – cf. *infra*, n° 506) du premier juge : Trib. fam. Bruxelles (140^e ch.), 5 septembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 28.

⁸ « La tutelle des enfants mineurs s'ouvre si les père et mère sont décédés, légalement inconnus ou dans l'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale ».

⁹ Bruxelles (41^e ch.), 26 décembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 33.

¹⁰ Trib. fam. Bruxelles (140^e ch.), 5 septembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 28.

¹¹ *M.B.*, 5 avril 2017, n° 2017030192, p. 48369. Pour un commentaire approfondi de cette loi, voy. J. FIERENS, « La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux », *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 6, p. 138. *Adde* : B. DE SMET, « Het nieuwe statuut van pleegouders », *R.W.*, 2016-2017, liv. 40, p. 1562.

Il ressort en effet du nouvel article 387*quinquies* du Code civil que les décisions qui en relèvent seront prises en cas d'urgence par les accueillants familiaux et du nouvel article 387*septies* que les parents peuvent leur déléguer par le biais d'une convention écrite et éventuellement homologuée par le tribunal de la famille « la compétence de prendre les décisions importantes concernant la santé, l'éducation, la formation, les loisirs et l'orientation religieuse ou philosophique de l'enfant, à l'exception des droits et des devoirs relatifs à l'état de la personne de l'enfant »¹². Si l'enfant est placé depuis plus d'un an, les accueillants familiaux peuvent désormais solliciter auprès du même tribunal qu'une partie ou la totalité des prérogatives précitées (à l'exclusion de tout ce qui concerne l'état de l'enfant) ainsi que les droits et devoirs relatifs à la gestion – mais pas de la jouissance¹³ – de ses biens, leur soient déléguées même sans l'accord des parents. Cette délégation ne peut cependant dépasser la durée du placement (article 387*octies* du Code civil). Bien que « les accueillants familiaux prennent autant que possible en considération les principes auxquels ont souscrit les parents » (article 387*decies*). Ces principes demeurent le plus souvent difficiles à établir¹⁴ comme le souligne le professeur J. Fierens.

Curieusement, le texte ne dit mot sur les critères qui doivent déterminer si le juge accède à une telle demande, même s'il reste évidemment acquis que l'intérêt de l'enfant demeurera la considération principale. La jurisprudence future devra révéler si les juges n'accorderont cette délégation que dans des cas exceptionnels ou si les accueillants familiaux seront considérés, pour la durée du placement, en partie comme des « parents substituant les père et mère » et investis d'un nombre important de leurs prérogatives. Restera également à savoir (en particulier dans la deuxième hypothèse) si, au regard notamment de l'abondante jurisprudence strasbourgeoise concernant le maintien du lien parent-enfant en cas de placement, cette délégation judiciaire des prérogatives parentales, est conforme aux droits à la vie privée et familiale garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹² À propos des critiques formulées contre cette loi, notamment par les associations de lutte contre la pauvreté, voy. J. FIERENS, *op. cit.*, n° 12.

¹³ *Ibid.*, n° 15.

¹⁴ *Ibid.*, n° 17.

CHAPITRE 2

EXERCICE CONJOINT, EXCLUSIF OU MODALISÉ DE L'AUTORITÉ PARENTALE

SECTION 1

LE PRINCIPE : MAINTIEN DE L'EXERCICE CONJOINT DE L'AUTORITÉ PARENTALE

386. – Conformément aux articles 373 et 374, paragraphe 1^{er}, du Code civil, l'exercice de l'autorité parentale demeure *conjoint*, y compris lorsque les parents sont séparés. Ceci signifie que les père et mère doivent s'entendre à propos des décisions importantes à propos de l'éducation de l'enfant. Le même principe vaut pour la gestion conjointe du patrimoine de l'enfant, par les parents conformément à l'article 376 du même Code.

L'exercice conjoint de l'autorité parentale nécessite « un minimum de dialogues entre les (parents) quant aux choix qui auront des répercussions sur la période d'hébergement des autres parents » et « suppose (qu'ils) se communiquent les informations importantes concernant leurs enfants »¹⁵.

À chaque parent incombe ainsi, malgré les blessures et le ressenti gardés de la séparation :

- un devoir d'information qui s'étend à tous les aspects importants de la vie de l'enfant et qui doit permettre à l'autre parent de participer de manière éclairée au processus décisionnel (communication des bulletins scolaires, des résultats d'analyses et de consultations médicales, de certains dires de l'enfant qui relatent son vécu par rapport à certaines situations...);
- un devoir de coopération avec l'autre parent afin de prendre ensemble lesdites décisions. Ce devoir de coopération implique non seulement que l'autre parent doit être *consulté*, mais également qu'il doit donner son *accord* à propos de la décision projetée. Comme nous le verrons, l'absence d'accord ne laisse au parent essuyant le refus d'autre choix que d'introduire une action *a priori* auprès du tribunal de la famille. Si le premier parent s'aventurait à agir seul (par exemple en opérant unilatéralement un changement d'école), le deuxième pourrait saisir la même juridiction afin d'obtenir le retour à la situation pristine, si celle-ci n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant.

¹⁵ Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 209.

387. – La *distance géographique* ne constitue en principe pas un obstacle empêchant le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (à moins que la communication ne soit matériellement pas possible), puisqu'il est parfaitement loisible aux père et mère d'échanger par téléphone, par e-mail, ou par d'autres moyens de communication modernes, afin de s'informer mutuellement et de prendre ensemble les décisions importantes pour l'enfant¹⁶.

Ainsi, par exemple, l'exercice conjoint de l'autorité parentale a-t-il été maintenu (de commun accord) dans plusieurs décisions où la mère héberge(ra)it l'enfant en France et où le père continuerait de vivre en Belgique¹⁷.

SECTION 2

L'EXCEPTION : EXERCICE EXCLUSIF DE L'AUTORITÉ PARENTALE

§ 1. *Principes et critères*

388. – Conformément à l'article 374, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, le tribunal de la famille peut toutefois confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale au père ou à la mère « à défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant ».

Le seul désaccord entre les parents à propos d'un des choix précités ne suffit en principe pas, à lui seul, pour que les juges optent en faveur d'un exercice exclusif de l'autorité par un des parents¹⁸. L'immense majorité des décisions rendues dans le cadre de contentieux à propos de l'hébergement ou d'un choix éducatif (école, ...) maintiennent l'exercice conjoint (le plus souvent, il n'y a pas de contestation à cet égard).

Ce n'est, au contraire, que dans des cas tout à fait exceptionnels¹⁹, lorsque la prise de décisions en commun par les père et mère semble réellement impossible,

¹⁶ À ce sujet, voy. F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel est le sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence 2007-2013 », *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 106, n° 61 et les décisions – dont certaines sont inédites – auxquelles il est référé. *Adde* : S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De uitoefening van het ouderlijk gezag », *T. Fam.*, 2012, liv. 3, p. 55, n° 50 et s.

¹⁷ Trib. fam. Hainaut, (div. Charleroi, 8^e ch.), 18 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1089 ; Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 18 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 156.

¹⁸ S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De uitoefening van het ouderlijk gezag », *T. Fam.*, 2012, liv. 3, p. 55, n° 8 à 12.

¹⁹ *Ibid.*

que les tribunaux se résignent à opter pour l'exercice exclusif, généralement non sans rappeler que l'intention du législateur, en promulguant la loi du 13 avril 1995, était de maintenir au maximum l'exercice conjoint. Ainsi, comme l'indique N. Massager, « le parent qui demande à se voir confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale devra rapporter une preuve reposant sur trois piliers :

- démontrer une souffrance chez l'enfant (et non chez les parents), pour convaincre le juge que la demande ne se fonde pas sur la seule envie du parent demandeur d'obtenir l'instauration d'un mode de fonctionnement plus aisé et plus confortable pour lui ;
- établir un lien de causalité entre le mal-être constaté chez l'enfant et l'exercice conjoint de la fonction parentale, ce qui sera bien souvent difficile : en effet, la souffrance d'un enfant est le plus souvent multifactorielle, pouvant résulter d'événements extérieurs au contexte familial ou tout simplement de la séparation du couple parental et du bouleversement des repères qu'elle a provoqué, sans être liée précisément à l'exercice conjoint des prérogatives parentales ;
- enfin, convaincre le juge que la souffrance constatée chez l'enfant consiste à écarter l'autre parent de l'exercice de l'autorité parentale (...).

La question que le juge se posera est : dans le cas d'espèce, la vie de l'enfant sera-t-elle concrètement améliorée par une décision modifiant la règle de la coparenté pour confier l'exercice à un des parents, à l'exclusion de l'autre ? »²⁰.

§ 2. *Exercice exclusif et enlèvement international de l'enfant*

A. *Enlèvement international sans autres circonstances particulières*

389. – L'exercice exclusif de l'autorité parentale a été confié – dans l'urgence à titre précaire – à un père, suite à l'enlèvement international de l'enfant (3 ans, née en Belgique) par la mère qui était partie vivre avec celle-ci en Allemagne, son pays d'origine. Le Président du Tribunal a ainsi constaté que « Mme M. a commis une voie de fait (...) (qui) pose la question de la place qu'elle entend réserver au père dans l'éducation de l'enfant alors que M. D'H. s'est efforcé de s'impliquer dans une

²⁰ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et de la famille. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, op. cit., n° 474. Concernant la question des critères pouvant mener le juge à opter pour l'exercice exclusif de l'autorité parentale, voy. également S. AUDOORE, op. cit. ; A. DE WOLF, « De uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag: uitgangspunt of uitzondering? », *E.J.* 2003, p. 118 et T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Divorce*, 1995, liv. 7, p. 97, n° 30.

relation affective avec O. » et considéré que « ces circonstances démontrent, pour l'heure, un état d'esprit dans le chef de la défenderesse en totale inadéquation avec une attitude éducative à l'écoute des besoins de l'enfant »²¹.

Dans une deuxième cause, où la mère s'était établie au Mexique avec les enfants, sans l'accord du père, l'exercice exclusif a également été confié à celui-ci. Le tribunal a en effet considéré que la mère a agi de manière inacceptable en rompant l'équilibre familial et en privant les enfants de leurs repères²².

Dans une troisième cause, le père, qui demeurait en Jordanie, avait tenté de (faire) enlever deux enfants, qui vivaient avec la mère en Belgique, car il estimait que les enfants devaient revenir vivre dans son pays « par n'importe quel moyen » et que toute prise de décision incombait à lui seul²³. Compte tenu de l'attitude « inquiétante » du père, « de l'éloignement géographique des parties, de la tension extrême qui existe entre elles » et « du refus de monsieur S.A. de s'inscrire dans une dynamique décisionnelle conjointe et de l'absence de contacts avec ses filles », l'exercice exclusif de l'autorité parentale a, ici également, été confié à la mère²⁴.

La logique suivie par les magistrats dans les décisions citées qui toutes les trois ont été rendues dans un contexte (de risque) d'enlèvement international, n'est pas sans rappeler le « principe californien »²⁵ qui consiste à préférer le parent qui est le plus respectueux de la place de l'autre parent. Il ressort également de ces décisions que les juridictions concernées sont d'avis que la (tentative d') enlèvement international de l'enfant constitue un obstacle suffisant à la poursuite du processus décisionnel bicéphale, justifiant ainsi que l'exercice exclusif de l'autorité soit confié à la mère (ou au père) « victime » de l'attitude unilatérale de l'autre parent.

B. Cas particulier : départ de la mère avec l'enfant pour rejoindre le combat djihadiste en Syrie

390. – L'exercice exclusif de l'autorité parentale a également été confié au père d'une enfant (fille de 5 ans) qui avait été emmenée par sa mère en Syrie pour y rejoindre le combat djihadiste. Après avoir été localisées plusieurs mois plus tard (suite notamment à la plainte du père pour enlèvement international d'enfant), la mère et l'enfant avaient été rapatriées en Belgique où la première a été incarcérée

²¹ Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 222.

²² Trib. fam. Flandre occidentale, (div. Bruges, 19^e ch.), 17 décembre 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 996.

²³ Bruxelles (41^e ch.), 26 janvier 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 46.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Ce principe concerne toutefois les contentieux d'hébergement – cf. *infra*, n° 477.

puis condamnée à une peine d'emprisonnement de 3 ans avec sursis pour participation à une activité d'un groupe terroriste.

Après avoir passé en revue les différents traumatismes subis par l'enfant (enlèvement, endoctrinement religieux, enfermement, assistance à des sévices infligés à la mère, présence de personnes lourdement armées...) et constaté le manque de remise en question de la mère, le tribunal de la famille a estimé que « outre l'incarcération de Madame J.B., peu propice aux échanges parentaux, on ne peut exiger du père qu'il obtienne son consentement préalable à toute prise de décision requise par l'éducation et l'épanouissement de S.N., notamment quant à son orientation religieuse (...) ». « (La) vision (de la mère) de la société occidentale et ses valeurs tronquées par sa radicalisation, d'une part, sa fragilité mentale, d'autre part, ainsi que sa "distanciation très formelle de ses convictions ultra radicales" (cf. jugement pénal) », mènent le magistrat à considérer que « la restauration des prérogatives parentales de Madame J.B. reste prématurée car S.N. a besoin de stabilité, laquelle passe notamment par une constance dans les décisions à prendre pour atteindre l'objectif de son plein épanouissement »²⁶.

§ 3. *Autres cas où l'exercice exclusif de l'autorité parentale a été confié à un des parents*

391. – En dehors des cas d'enlèvement international d'enfant, l'exercice exclusif de l'autorité parentale a été confié à un des parents dans les cas suivants :

- le père a adopté une attitude totalement *démissionnaire*, en ne se manifestant plus du tout auprès des enfants (y compris lors de Noël, des anniversaires, etc.) et en ne participant pas à la mesure de guidance proposée, ce qui a mené à une absence totale de communication entre les parents²⁷ ;
- l'existence de conflits entre les parents n'implique certainement pas *ipso facto* que l'exercice de l'autorité parentale soit confié exclusivement à l'un d'entre eux. Tel peut néanmoins être le cas lorsque les tensions sont si fortes que toute concertation entre eux s'en trouve paralysée, générant ainsi des « *situations d'indécision anxiogènes pour les enfants* »²⁸ ;
- l'exercice exclusif de l'autorité parentale a également été confié à une mère victime de *faits de violence* très graves de la part du père (coups, empoignade,

²⁶ Trib. fam. Bruxelles (127^e ch. fr.), 15 mars 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 161.

²⁷ Trib. fam. Brabant wallon (22^e ch.), 8 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 5.

²⁸ Bruxelles (41^e ch.), 10 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2017, liv. 2, p. 53.

abandon sur des rails de tram) pour lesquels celui-ci a fait l'objet d'une condamnation pénale. Ces faits, auxquels s'ajoutent l'absence de remise en question et l'attitude dénigrante adoptées par le père, empêchent tout contact entre le père et la mère sans lesquels l'exercice conjoint de l'autorité parentale est impossible et ne peut être maintenu²⁹.

SECTION 3

LE COMPROMIS : L'EXERCICE CONJOINT MODALISÉ ET L'EXERCICE EXCLUSIF MODALISÉ

392. – Enfin, il est loisible au juge d'opter pour une voie intermédiaire sous forme d'un « exercice exclusif modalisé » ou d'un « exercice conjoint modalisé » de l'autorité parentale³⁰. Dans le premier cas, il confie l'exercice exclusif de l'autorité parentale au père ou à la mère en énumérant les décisions qui devront néanmoins être prises par les deux parents ensemble. Dans le second cas l'exercice conjoint est en principe maintenu, sauf dans un ou plusieurs domaines particuliers où un des parents est autorisé à agir seul.

La cour d'appel de Bruxelles a ainsi autorisé une mère d'« accomplir dorénavant seule, à l'exclusion (du) père (...) toute démarche généralement quelconque concernant les documents d'identité, passeport ou mutuelle des enfants »³¹ puisque le père s'obstinait, malgré un arrêt précédent, à refuser de signer les documents requis par la mutuelle et ceux qui étaient nécessaires pour l'obtention de nouveaux passeports pour les enfants.

²⁹ Bruxelles (41^e ch.), 29 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 56.

³⁰ T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Divorce*, 1995, liv. 7, p. 97 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 361, n^{os} 64 à 66 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 115, n^{os} 54 à 56 ; E. VIEUJEAN, « L'autorité parentale », *Chronique du droit à l'usage du notariat*, vol. XXII, 26 octobre 1995, éd. Faculté de Droit de Liège, p. 181, n^o 23.

³¹ Bruxelles (4^e ch. fam.), 12 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 410.

CHAPITRE 3

LITIGES ENTRE LES PARENTS DANS LE CADRE DE L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE³²

SECTION 1

EN CAS D'EXERCICE CONJOINT DE L'AUTORITÉ PARENTALE

393. – Les différends entre le père et la mère (qui exercent conjointement l'autorité parentale) sur un point particulier peuvent donner lieu à une « action *a priori* » lorsque le choix litigieux n'a pas encore été effectué ou à un « recours *a posteriori* » devant le juge lorsque l'un d'eux y a procédé unilatéralement.

§ 1. Action *a priori*

394. – Lorsqu'un père ou une mère souhaite effectuer un choix éducatif, mais n'obtient pas l'accord de l'autre parent, il lui est loisible, en cas d'exercice conjoint de l'autorité, de saisir le juge conformément aux articles 373, alinéa 3 et 374, § 1^{er}, alinéas 2 et 3 du Code civil. Tel peut être le cas notamment dans les exemples suivants :

- le père ou la mère souhaite que l'enfant soit inscrit dans une école déterminée³³ ou poursuive sa scolarité dans une langue déterminée³⁴ ;
- un parent demande (pour des raisons hygiéniques ou médicales) qu'une circoncision chirurgicale soit pratiquée sur l'enfant³⁵ ;
- le père ou la mère sollicite que l'enfant soit inscrit dans les registres de la population de la commune où lui-même/elle-même réside (sans qu'il s'agisse forcément du parent qui assume l'hébergement principal) ;

Une telle demande est généralement qualifiée d'« action (ou recours) *a priori* » par la doctrine, car elle est portée devant le juge avant que le choix éducatif n'ait été effectué³⁶.

³² Le texte de la présente section est repris en grande partie – mais pas exclusivement – de notre ouvrage *Le contentieux judiciaire parental (...)*, *op. cit.*, n^{os} 17 à 23.

³³ Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203.

³⁴ Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210.

³⁵ Bruxelles (ch. jeun.), 24 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 405 ; Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 29 mars 2016, *Rev. trim. dr. fam.* 2016, p. 1093.

³⁶ Pour cette notion, voy. notamment T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *op. cit.*, n^o 6 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, n^{os} 17 à 22.

395. – Lorsqu'ils font droit à une telle demande, certains magistrats *autorisent* le père ou la mère de poser un acte déterminé et ponctuel mentionné de manière très précise au dispositif du jugement (par exemple, autoriser la mère d'inscrire l'enfant dans l'école X³⁷). Une telle manière de procéder doit être approuvée étant donné qu'il est stipulé expressément à l'article 373, alinéa 4, du Code civil que le juge peut *autoriser* un des parents à agir seul en cas de désaccord.

Cette solution est ainsi préférable à celle, souvent retenue par les cours et tribunaux, qui consiste à « dire pour droit »³⁸ que l'enfant sera scolarisé dans un établissement déterminé (au lieu d'« autoriser » un des parents à l'y inscrire).

L'incidence pratique de cette distinction est sans doute limitée lorsque l'objet de l'autorisation est fort précis (ce qui est généralement le cas) comme un choix d'école. Elle n'en garde pas moins une portée symbolique. Si le juge « ordonnait » une option éducative, les parents risqueraient d'avoir la conviction (erronée puisqu'ils continuent d'exercer conjointement l'autorité parentale) que, par la suite, il ne leur serait plus possible de décider *de commun accord* de déroger à l'option retenue par le tribunal.

§ 2. *Recours a posteriori*

396. – Certains parents n'hésitent pas à agir seuls, sans l'accord de l'autre parent et sans l'autorisation du tribunal. Tel est le cas, par exemple, lorsque le père ou la mère change unilatéralement le domicile de l'enfant³⁹ (la conviction que les autorités communales informeront l'autre parent ne suffit pas)⁴⁰, son école, sa religion ou son orientation d'études. Les conséquences sur le plan juridique de telles initiatives, souvent qualifiées de « voie de fait » par la jurisprudence, doivent être distinguées selon que l'on se place du point de vue d'un tiers ou de l'autre parent.

– En ce qui concerne le tiers, il est stipulé à l'article 373, alinéa 2, du Code civil que, lorsque celui-ci est de bonne foi, « chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre parent quand il accomplit seul un acte » relevant de l'autorité parentale. Ladite bonne foi est présumée réfragablement dans le chef du tiers, et cesse dès qu'il aura été informé de l'absence d'accord de l'autre parent⁴¹. Ce parent devra dès lors, s'il souhaite engager la responsabilité du

³⁷ Bruxelles (41^e ch.), 1^{er} décembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 726.

³⁸ Voy. p.ex. Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203.

³⁹ Réf. Bruxelles, 19 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 425.

⁴⁰ Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205.

⁴¹ Voy. à ce sujet J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, n^{os} 32 à 41, spéc. n^{os} 34, 38 et 40 et J. SOSSON « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, n^{os} 7 à 11, spéc. n^{os} 9 et 10.

tiers, prouver à la fois qu'il n'avait pas marqué son accord et que le tiers était de mauvaise foi au moment de l'acte litigieux⁴².

- L'acte unilatéral n'en demeure pas moins irrégulier au regard du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et n'est pas valable entre les parents, y compris lorsque le tiers est de bonne foi⁴³. La présomption précitée a essentiellement pour effet de permettre aux tiers de bonne foi de ne pas être tenus responsables d'actes unilatéraux⁴⁴. Ainsi, le père ou la mère « mis devant le fait accompli » garde la possibilité d'obtenir de la part du juge, dans le cadre d'un « recours *a posteriori* », la modification de l'option unilatérale prise par l'autre parent⁴⁵.

397. – Bien évidemment, le juge peut ordonner le retour à la situation qui a existé avant l'acte litigieux uniquement si ce retour est encore matériellement possible (ce qui ne serait par exemple pas le cas si l'enfant a été baptisé sans l'accord de l'autre parent ou s'il n'est plus possible de le réinscrire dans l'école qui avait initialement été choisie par les parents)⁴⁶. Rien n'empêche, dans ce cas, que le parent auteur de l'acte unilatéral soit condamné à indemniser le préjudice de l'autre parent. Le juge devrait fixer le montant correspondant audit dommage *ex aequo et bono*. Force est toutefois de constater que de telles actions en responsabilité civile entre les parents sont rarissimes dans la pratique.

Lorsque le juge se trouve saisi d'un recours *a posteriori*, sa mission s'étend bien au-delà de la vérification de la régularité de la décision au regard du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. En effet, J. Sosson souligne que « le juge qui constate que l'acte qui a été irrégulièrement posé par un des parents sans l'accord de l'autre, examine si cet acte, quoique non valable au regard des principes, rencontre ou non l'intérêt de l'enfant et n'impose une modification pour l'avenir que dans la négative »⁴⁷. L'intérêt de l'enfant doit en effet demeurer prioritaire lors des litiges qui le concernent et pourrait donc justifier que la situation créée par l'acte unilatéral soit maintenue malgré son caractère irrégulier au regard du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le juge pourrait donc, par exemple, maintenir l'inscription dans une école⁴⁸ opérée par un parent au mépris des droits de l'autre parent s'il l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant. En ce sens, il s'agit d'un recours d'*opportunité* au regard de l'intérêt de l'enfant.

⁴² J. SOSSON, *op. cit.*, n°s 24 à 30, spéc. n° 28.

⁴³ *Ibid.*, n° 22.

⁴⁴ *Ibid.*, n° 29.

⁴⁵ *Ibid.*, n° 22.

⁴⁶ *Ibid.*, n° 30.

⁴⁷ *Ibid.*, n° 22.

⁴⁸ Voy. p. ex. Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419.

Toutefois, lorsque le juge n'estime pas que l'acte unilatéral doit être maintenu au nom de l'intérêt de l'enfant et qu'un retour à la situation pristine demeure possible, il lui incombe d'ordonner « immédiatement le rétablissement de la situation juridique compromise », faute de quoi « l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne resterait, pour un certain nombre de parents qui se seraient mis "hors la loi", qu'une simple proclamation de principe destinée à rester lettre morte »⁴⁹. Ainsi, l'enfant dont le domicile a été modifié par un parent sans l'accord de l'autre parent devra être réinscrit dans les registres de la population dans son lieu d'origine (si un de ses parents y vit encore)⁵⁰. Le recours *a posteriori* reste donc également un recours de *régularité*.

SECTION 2

EN CAS D'EXERCICE EXCLUSIF DE L'AUTORITÉ PARENTALE

398. – L'article 374, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil confère au père ou à la mère qui n'exerce pas l'autorité parentale « le droit de surveiller l'éducation de l'enfant » et d'« obtenir, de l'autre parent ou tiers, toutes informations utiles à cet égard ». Dans une cause déjà évoquée⁵¹ où le père avait tenté d'enlever les enfants pour les emmener vivre avec lui en Jordanie, la cour d'appel de Bruxelles a concrétisé ce droit de surveillance et d'information en imposant à la mère (à qui l'exercice exclusif est confié) d'envoyer tous les trimestres une photo récente des enfants avec une information relative à leur évolution, notamment sur le plan scolaire (sans pour autant communiquer le lieu de scolarisation vu le risque d'enlèvement international)⁵². Le plus souvent, les circonstances ne sont pas aussi extrêmes et le droit de surveillance et d'information permet au parent qui n'exerce pas l'autorité d'obtenir un rapport des interventions médicales d'une certaine importance et les bulletins scolaires de l'enfant. Il pourra également rencontrer les enseignants, recevoir une réponse aux questions pertinentes relatives à l'enfant et à son éducation, etc.

Le même texte précise qu'il dispose de la possibilité d'introduire un recours devant le juge compétent lorsqu'il estime que les décisions prises par l'autre parent sont contraires à l'intérêt de l'enfant⁵³. Ce recours diffère toutefois considérablement de ceux évoqués au point précédent. En effet, ici, le parent exerçant exclusivement

⁴⁹ J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 49.

⁵⁰ Réf. Bruxelles, 19 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 425 ; Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205.

⁵¹ Cf. *supra* – n° 389.

⁵² Bruxelles (41^e ch.), 26 janvier 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 46.

⁵³ Voy. à ce sujet N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 261.

l'autorité parentale a posé un ou plusieurs actes et était parfaitement en droit de le faire. J.-L. Renchon rappelle ainsi que le recours du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale tend uniquement à « vérifier si le parent titulaire du droit d'éducation n'a pas exercé ses prérogatives au mépris de l'intérêt et des droits de l'enfant »⁵⁴.

CHAPITRE 4 LES CHOIX ÉDUCATIFS

SECTION 1

CHOIX QUI NÉCESSITENT L'ACCORD DES DEUX PARENTS

399. – Comme l'indique le professeur J.-L. Renchon, les choix éducatifs qui relèvent de l'exercice (conjoint) de l'autorité parentale, comprennent les « décisions éducatives importantes qui transcendent le déroulement de la vie quotidienne de l'enfant. (...) Mais il convient de souligner aussitôt que ce type de décision intervient de façon occasionnelle dans la vie d'un enfant et il peut parfois se dérouler une année entière sans qu'il n'y en ait à adopter. Le choix d'une école, d'un mouvement de jeunesse ou d'une activité sportive régulière, le recours à un traitement médical particulier, la décision de changer l'enfant d'orientation scolaire ou de le faire doubler une année d'enseignement ne sont pas des options qui doivent se prendre tous les jours. Elles se posent à intervalles plus au moins espacés de l'existence d'un enfant, mais elles exerceront une telle incidence non seulement sur le développement et la formation de l'enfant, mais également sur l'organisation de sa vie et de ses relations avec chacun de ses parents, qu'il parait *a priori* élémentaire qu'elles ne puissent se prendre sans le consentement des deux parents »⁵⁵.

D'autres auteurs, ainsi que certains arrêts et jugements, y ont ajouté la permission ou l'interdiction à l'enfant d'utiliser des moyens contraceptifs⁵⁶, les voyages

⁵⁴ J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 63. Pour Y.-H. Leleu, l'action *a posteriori* entre les parents exerçant l'autorité parentale concerne la *validité* de la décision, tandis que le recours du parent n'exerçant pas cette autorité est relatif à l'*opportunité* de cette décision – Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles. Mise à jour. La filiation et l'autorité parentale. Loi du 1^{er} juillet 2006 – loi du 18 juillet 2006*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 97, n° 772. À propos de notre positionnement critique de cette acception de la terminologie précitée, voy. M. MAILLEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, *op. cit.*, p. 31, note infrapaginale 24.

⁵⁵ J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 361, n° 30.

⁵⁶ R. UYTENDAELE, « De maatregelen aangaande de kinderen », in P. SENAËVE (éd.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, p. 36.

à l'étranger qui présenteraient un certain risque (sécurité, situation politique, rapt parental...)⁵⁷, les décisions relatives à la formation (changement d'école, d'orientation ou de régime linguistique, redoublement...), le déménagement de l'enfant vers une autre région ou vers un autre pays⁵⁸, l'initiation à une religion (baptême, circoncision, communion, *bar mitzvah*...), la participation active à un culte, l'inscription à une activité extrascolaire⁵⁹ poursuivie au-delà du temps d'hébergement du parent qui en a l'initiative⁶⁰. La prérogative commune du père et de la mère de déterminer l'orientation éducative de leur enfant dans le cadre l'exercice de l'autorité parentale est généralement désignée par la locution « droit d'éducation »⁶¹.

400. – Chaque parent reste cependant autorisé de prendre seul un certain nombre de décisions regardant le quotidien lorsqu'il héberge l'enfant (et ce quel que soit le mode d'exercice de l'autorité parentale et indépendamment de la durée de cet hébergement). Il s'agit de choix éducatifs d'importance moindre, qui n'ont en principe pas d'impact sur la manière dont se déroule la période d'hébergement chez l'autre parent⁶² et qui ne devront pas être financés par celui-ci (les décisions qui entraîneraient des coûts pour lesquels l'autre parent devrait intervenir dans le cadre des « frais extraordinaires », sont donc exclues de cette catégorie⁶³).

Tel est le cas notamment des choix relatifs à la discipline quotidienne (horaire du lever et du coucher,...) et au cadre de vie (habitat, disposition d'une chambre individuelle), de l'assistance exceptionnelle à un service religieux (baptême, mariage ou funérailles d'un membre de la famille...) ou à une réunion de famille, de la participation à une activité scolaire, même avec logement, ou d'une activité extrascolaire qui aurait lieu exclusivement durant la période d'hébergement du parent concerné, du logement chez un ami, de l'inscription à la cantine⁶⁴, de la mise

⁵⁷ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et de la famille. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, op. cit., n° 480 ; J. SOSSON et F. REUSENS, « La mise en œuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale : focus sur quelques questions pratiques » in D. PURE (dir.) *Droit des Familles*, Liège, Anthémis, 2010, pp. 75-76.

⁵⁸ Bruxelles (3^e ch.), 5 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 819. Voy. également à ce sujet l'étude de J.-L. RENÇHON, « L'hébergement et l'éducation de l'enfant transfrontières », in J.-L. RENÇHON (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*. Actes du VII^e colloque de l'Association « Famille & Droit », Louvain-La-Neuve, les 19-20 octobre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 294, spéc. n°s 7 à 9 et 29 et s.

⁵⁹ Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Acq. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203.

⁶⁰ M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères retenus par les juges*, op. cit., n° 69.

⁶¹ *Ibid.* – n°s 66 et s.

⁶² N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et de la famille. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, op. cit., n° 482.

⁶³ *Ibid.*, n° 481.

⁶⁴ *Ibid.*, n° 482. Voy. également l'énumération, reprise partiellement ici, proposée dans notre ouvrage *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., n° 72.

en contact avec certains tiers, comme le compagnon ou la compagne du parent concerné...

401. – Un exemple fréquemment cité de décisions pouvant être prises par le seul parent gardien, est celui des voyages à l'étranger. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a rappelé qu'« il est normal que chacune des parties puisse prendre des vacances avec les enfants, en Espagne ou dans un autre pays étranger, durant sa période d'hébergement, en avertissant l'autre parent de sa destination et de son lieu de résidence. Il n'y a cependant pas lieu de subordonner ces séjours à l'accord écrit et préalable de l'autre parent »⁶⁵.

Chaque parent demeure libre de se rendre à l'étranger (y compris hors d'Europe) avec l'enfant sans devoir obtenir l'accord de l'autre parent, bien qu'ils exercent conjointement l'autorité. Quatre conditions doivent cependant être réunies, faute de quoi l'accord de l'autre parent ou l'autorisation du juge est nécessaire :

- le séjour ne peut pas empiéter sur la période d'hébergement de l'autre parent ;
- ni présenter un risque particulier pour l'enfant (p.ex. pays instable sur le plan politique, n'ayant pas ratifié ou n'appliquant pas correctement la Convention de La Haye, risque pour la santé de l'enfant dû au climat ou aux activités qui seront pratiquées durant le séjour...) ;
- ni être inadapté tenant compte de l'âge de l'enfant et de la durée du séjour (passer les vacances de Noël en Thaïlande avec un enfant de 8 ans est ainsi jugé inapproprié⁶⁶) ;
- ni même avoir un impact majeur sur l'éducation et le développement psychique de l'enfant (p.ex. voyage à la rencontre de la famille d'origine d'un enfant adopté, contact avec des groupements religieux, politiques ou idéologiques susceptibles d'exercer une influence majeure sur lui ; de manière générale toute activité qui, si elle était pratiquée en Belgique, nécessiterait également l'accord des deux parents...).

Certains y ajoutent que l'autre parent doit être *informé* du séjour à l'étranger⁶⁷. Tel semble effectivement être le cas, en vertu du devoir d'information qui existe entre les parents, lorsqu'il s'agit de séjours de plusieurs jours, sans que cette condition doive être appliquée de manière excessive en exigeant, par exemple, que l'autre parent soit averti d'un passage d'un jour ou deux dans un pays proche (p.ex. courte visite d'une capitale européenne ou d'un parc d'attraction comme Eurodisney, etc.).

⁶⁵ Bruxelles (3^e ch.), 5 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 819.

⁶⁶ Bruxelles (41^e ch.), 6 septembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 13.

⁶⁷ *Ibid.*

Notons au passage que le juge peut prononcer une interdiction de voyager à l'étranger, conformément au futur article 374/1 du Code civil⁶⁸ introduit par la loi du 22 mai 2014 sur l'enlèvement parental⁶⁹, et ordonner qu'il soit apposé une *mention sur les documents d'identité de l'enfant* afin de l'empêcher de quitter l'espace Schengen sans l'accord de l'autre parent. Seules des indications concrètes (par exemple une attitude similaire dans le passé) qui laissent penser que le père ou la mère serait susceptible de ne pas revenir de l'étranger avec l'enfant, peuvent mener le juge à prononcer une telle interdiction⁷⁰. Une demande dans ce sens a été rejetée dans un litige où la mère avait résidé durant trois ans avec l'enfant en Belgique après avoir vécu à Londres et où le voyage devait avoir lieu dans un pays partie à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980⁷¹.

SECTION 2

LES CONTENTIEUX À PROPOS DU CHOIX DE L'ÉCOLE

402. – Se pose à présent la question des critères retenus par les juges, saisis d'une action *a priori* concernant le choix de l'école, voire d'un recours *a posteriori* (ou même d'un recours introduit par le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale). Ces litiges demeurent relativement fréquents, surtout avant, durant et après les vacances d'été.

Souvent, ces litiges apparaissent durant la scolarité primaire, mais certains concernent des enfants en maternelle ou des adolescents en secondaire. La plupart

⁶⁸ Cette disposition sera libellée comme suit : « Le parent à qui l'autorité sur la personne de l'enfant a été confiée, soit aux termes de la convention visée à l'article 1288 du Code judiciaire, homologuée en application de l'article 1298 du même Code, soit par l'accord de ses auteurs dûment entériné conformément à l'article 1256 du même Code, soit par décision ordonnée par le président du tribunal statuant en référé conformément à l'article 1280 du même Code, soit par jugement rendu en application des articles 223 ou 374, alinéa 2, du Code civil, peut demander au juge qu'il prescrive que mention soit inscrite sur le document d'identité et le passeport émis au nom de l'enfant qu'il ne peut franchir une frontière extérieure à l'espace défini par la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française, relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, hors l'assentiment de ce parent. Lorsque l'autorité parentale s'exerce conjointement par les père et mère de l'enfant, le droit de demander l'adjonction de la mention prévue à l'alinéa 1^{er} appartient à celui de ses auteurs chez qui le juge a déterminé qu'il doit être inscrit à titre principal dans les registres de la population. A la requête du titulaire du droit de visite au sens de l'article 5 de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à La Haye le 25 octobre 1980, le juge peut décider que mention soit faite sur le document d'identité et le passeport de l'enfant que l'assentiment de cette personne est également requis pour que le mineur puisse franchir une frontière extérieure. Le juge notifie la décision à l'officier de l'état civil de la commune de résidence de l'enfant ».

⁶⁹ *M.B.*, 23 juillet 2014, n° 2014009373, p. 55037. La date d'entrée en vigueur de cette loi demeure encore indéterminée au moment de la rédaction des présentes lignes.

⁷⁰ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 25 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 7.

⁷¹ Bruxelles (41^e ch.), 6 septembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 13.

du temps, un des parents sollicite un changement d'école pour des motifs divers (trajets trop importants, inadaptation de la pédagogie, mal-être de l'enfant dans l'établissement actuel...). Parfois, le père et la mère n'arrivent pas à s'entendre dès la première inscription en maternelle ou en primaire⁷².

§ 1. *Le caractère prioritaire et l'appréciation in concreto de l'intérêt de l'enfant*

403. – Deux précisions s'imposent d'emblée.

Premièrement, la cour d'appel de Bruxelles rappelle que « ce ne sont pas les facilités des parents (...) qui doivent déterminer le choix de l'école, mais bien l'intérêt des enfants »⁷³. Ce faisant, la haute juridiction insiste donc sur le *caractère prioritaire* du critère de l'intérêt de l'enfant.

Ce caractère prioritaire, sans être absolu, ressort également des articles 3.1 de la Convention onusienne relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 (CIDE), 22bis de la Constitution et (implicitement) des articles 373 et suivants du Code civil, ainsi que d'un certain nombre d'arrêts rendus par la Cour de Strasbourg dans le cadre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁷⁴.

404. – Deuxièmement, lorsque le juge est saisi d'un litige relatif au choix de l'école, il doit préférer (autant que possible) une *appréciation in concreto* de l'intérêt de l'enfant à une définition *in abstracto* de celui-ci.

L'« *appréciation in concreto* » de l'intérêt de l'enfant signifie que celui-ci est déterminé en fonction de faits propres de la cause, alors que la détermination « *in abstracto* » repose sur des considérations générales et abstraites, valables pour tous les enfants (ou pour un nombre important d'entre eux). En ce qui concerne l'appréciation *in concreto*, il peut s'agir de faits qui démontrent en l'espèce l'existence d'un besoin spécifique (tenant compte de sa personnalité...) dans le chef de l'enfant concerné par le litige et/ou d'un risque auquel l'enfant serait (ou pourrait être) exposé »⁷⁵.

⁷² Pour des données statistiques précises à ce propos, voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, op. cit., n^{os} 276 à 314.

⁷³ Bruxelles (ch. vac.), 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.* (2011 ou 2012), p. 204.

⁷⁴ Sur cette question voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, op. cit., n^{os} 87 à 109.

⁷⁵ *Ibid.*, n^o 117.

C'est ainsi que « confronté à un conflit relatif à une modalité de l'autorité parentale, tel qu'un changement d'école, le juge doit rechercher l'existence d'un besoin spécifique à l'enfant, une nécessité objectivée par un élément de fait »⁷⁶.

§ 2. Les accords antérieurs entre les parents

405. – Bien souvent, le contentieux à propos de l'école apparaît suite à la remise en cause par un des parents d'un choix commun. Parmi ces accords (intervenues plus ou moins explicitement), une distinction, essentielle sur le plan juridique, doit être opérée.

Il se peut que les parents, dans une extrême prévoyance, aient conclu par le passé une véritable *convention* déterminant à l'avance le choix de l'école, de la langue de l'enseignement, du réseau, etc⁷⁷. Une telle convention peut être conclue tant par des parents mariés que par ceux qui ne le sont pas, et consiste en un écrit rédigé au début, durant, à la fin ou après la vie commune. Si les parents sont mariés, cette convention peut soit avoir vu le jour en même temps que le contrat de mariage (mais dans un acte séparé), soit plus tard, voire même dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel.

Contrairement à ce qu'enseignait la doctrine classique⁷⁸ et à ce que semblent croire aujourd'hui encore bon nombre de praticiens, ces conventions ne sont pas totalement dénuées de force contraignante. Au contraire, les parties, si elles ont été habitées par l'*animus contrahendi*⁷⁹ (ce qui n'est pas toujours facile à apprécier, surtout lorsque, comme on l'aperçoit parfois dans la pratique, le document est intitulé « convention d'honneur »), restent en principe liées par ces accords en vertu du principe de la convention-loi⁸⁰.

⁷⁶ N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – filiation, autorité parentale, hébergement*, coll. Fac. Dr. ULB, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 295.

⁷⁷ À propos de la manière dont les autres critères s'articulent avec celui des conventions entre les parents – *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, op. cit., nos 254 à 261 et 1199 (critère VII.A).

⁷⁸ Celle-ci enseignait que toute convention relative à l'exercice de l'autorité parentale et aux décisions qui en résultent, sont frappées de nullité absolue – H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, éd. 1962, t. I, n° 756. Cet avis était partagé par d'autres auteurs – voy. notamment G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *Rép. not.*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 118, n° 91, ainsi que les nombreux auteurs belges et étrangers cités par K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Thèse d'habilitation, Centre universitaire en droit public ASBL, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 242 à 249 – d'autres remettaient déjà en cause la nullité de telles conventions – *ibid.*, pp 250 et s.

⁷⁹ À ce propos, voy. P. WERY, *Droit des Obligations, Volume I, théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 221.

⁸⁰ *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, op. cit., nos 255 et 256. Le premier auteur à avoir plaidé, de manière particulièrement convaincante, en faveur de ladite force obligatoire relative, est

La nuance, qui distingue cependant une telle convention d'un autre contrat (comme, par exemple, une vente, un bail ou un contrat de travail), réside en ce que sa force contraignante est *atténuée*. En effet, si le juge (après avoir été saisi par un des parents) est tenu d'appliquer ces conventions, il lui incombe néanmoins de s'en écarter s'il constate *in concreto* qu'elles sont (ou sont devenues) contraires à l'intérêt de l'enfant, à ses droits fondamentaux⁸¹.

L'intérêt d'une convention déterminant le choix scolaire – dont l'existence et le contenu devront cependant être prouvés conformément aux articles 1322 et suivants du Code civil – réside donc en ce qu'elle ne pourra plus être remise en cause par un des parents sans que celui-ci ne parvienne à démontrer *in concreto* que son application serait (devenue) contraire à l'intérêt de l'enfant. La prévisibilité accrue de l'issue des contentieux à propos du choix de l'école – trop fréquents et souvent générateurs de tensions stériles entre les parents – nous incite à plaider en faveur de telles conventions réglant à l'avance ce type de questions (notamment par le biais d'une évolution de la pratique notariale en ce sens, même si celle-ci ne toucherait presque inévitablement que les couples de parents mariés)⁸².

406. – Les véritables conventions, au sens susmentionné, entre les parents à propos du choix d'école, demeurent cependant relativement rares dans la pratique. Le plus souvent, leurs « accords » ne consistent en rien de plus que ce que nous qualifierons de *pratiques communes*, incluant notamment l'éventuel projet pédagogique⁸³ des parents, qui, sans engagement contractuel, témoignent plus ou moins explicitement d'intentions, partagées jadis par le père et la mère, à propos du choix de l'école de leur enfant. Il peut alors s'agir des décisions prises pour un aîné, voire pour l'enfant lui-même (par exemple : inscription de l'aîné dans un réseau déterminé, choix d'un régime linguistique pour l'école primaire de l'enfant alors que le litige porte actuellement sur celui de l'école secondaire...), voire de l'acceptation tacite de l'option prise par un des parents. Si ce critère apparaît souvent dans les décisions rendues en matière de choix d'école⁸⁴, il n'en demeure

J.-L. RENÇON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture du couple non marié », *Famille op maat – Famille sur mesure, rapports congrès des notaires, Knokke-Heist*, 22-23 sept. 2005, Kluwer, Bruxelles, 2005, p. 373 ; J.-L. RENÇON, « L'hébergement de l'enfant 'transfrontières' », in *L'enfant et les relations familiales internationales, L'enfant et les relations familiales internationales*, actes du VII^e colloque de l'association « Famille & Droit » à Louvain-la-Neuve les 19 et 20 octobre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 293. *Adde* : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 280 à 282.

⁸¹ À propos de la manière dont les autres critères s'articulent avec celui des conventions entre les parents et de sa place dans une grille globale et hiérarchisée – *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n° 254 à 261 et 1199 (critère VII.A).

⁸² *Ibid.*, n° 1208.

⁸³ Bruxelles, (41^e ch.), 25 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 24.

⁸⁴ Voy. notamment *ibid.* et Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210.

pas moins que sa prise en compte dépend de la libre appréciation du juge qui peut également décider de s'en écarter⁸⁵.

Les mêmes raisons qui nous ont incité à plaider en faveur des conventions relatives au choix d'école (et aux autres aspects de l'éducation), nous mènent à nous demander si le critère des pratiques communes ne devrait pas, de *lege ferenda* et à l'instar de ce qui prévaut désormais outre-Quévrain à l'article 373-2-11 du Code civil français, être rendu contraignant⁸⁶.

407. – Dans une cause déjà évoquée, la cour d'appel de Bruxelles a tenu compte de la nécessité d'assurer la stabilité des repères extrafamiliaux, mais aussi des pratiques des parties jusqu'alors. « [L]es parties ont consenti ensemble d'inscrire les enfants dans une école communale » sans que ce choix ait été remis en cause par le père avant l'introduction d'une action en justice⁸⁷. Dans d'autres causes il a été jugé que le choix commun antérieur de l'école, voire de son régime linguistique⁸⁸, empêche qu'un parent puisse obtenir un changement d'école pour des motifs de proximité⁸⁹.

Un litige, porté devant l'ancien tribunal de la jeunesse de Bruxelles, concernait le régime linguistique de la scolarité. Un *accord*, intervenu entre les parents, prévoyait que l'enfant suivrait la scolarité primaire en néerlandais et la scolarité secondaire en français. « Cet accord passé est un élément important auquel le tribunal doit avoir égard. Il se peut toutefois que l'évolution de la situation scolaire de l'enfant, amène les parents à revoir leur projet en fonction de difficultés ou des besoins de leur enfant. Le tribunal doit alors constater l'existence d'éléments nouveaux de la situation justifiant de s'écarter de l'accord passé »⁹⁰.

⁸⁵ *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, op. cit., n^{os} 315, 316, 419 à 423, 559 à 561 et 1199 (critère XI).

⁸⁶ Pour un exposé plus détaillé de notre plaidoyer en ce sens, et, plus généralement, à propos de la place qui devrait être reconnue aux accords entre les parents à propos de l'éducation de l'enfant, *ibid.*, n^{os} 1205 à 1209.

⁸⁷ Bruxelles (ch. vac.), 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 204.

⁸⁸ Trib. fam. Brabant wallon (22^e ch.), 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 19.

⁸⁹ Bruxelles (ch. jeun.), 25 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 410 ; Trib. fam. Brabant wallon (22^e ch.), 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 19.

⁹⁰ Tel n'était pas le cas en l'espèce, de sorte que le juge a appliqué l'accord – Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210. Nous avons soumis un casus dont les données factuelles étaient relativement proches (sans être entièrement similaires) à 17 magistrats dans le cadre d'entretiens semi-directifs. Concernent les solutions qu'ils y apporteraient et, notamment, l'importance qu'ils reconnaîtraient à l'accord antérieur, voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, op. cit., n^{os} 544 à 568.

§ 3. *Le rétablissement de la situation pristine après un changement unilatéral d'école dans le cadre d'un recours a posteriori*

408. – Un certain nombre de décisions sont rendues suite à un recours *a posteriori*⁹¹ lorsqu'un des parents n'a pas jugé nécessaire de consulter l'autre parent, ou est passé outre son refus, en inscrivant l'enfant unilatéralement dans une nouvelle école.

Le parent « victime » de la voie de fait a, face à une telle situation, tout intérêt à saisir le tribunal de la famille le plus rapidement possible, puisqu'il apparaît que plus l'enfant a passé de temps dans sa nouvelle école, moins les juges sont enclins à ordonner son retour dans l'établissement précédent (afin de ne pas perturber ses repères)⁹².

§ 4. *Le critère géographique*

409. – Très fréquemment, un des parents sollicite l'inscription des enfants dans une école en fonction de critères géographiques. Il peut s'agir d'inscrire l'enfant dans une école à proximité du domicile du parent qui l'héberge principalement⁹³. Ainsi, dans une cause où était pratiqué un hébergement de type « 10-4 », la cour d'appel de Bruxelles a opté pour une école à proximité de la mère car « l'école n'est pas seulement un lieu d'enseignement, mais également un lieu de socialisation. C'est un environnement dans lequel l'enfant se fait des amis, avec lesquels il partage des activités extrascolaires, qu'il invite chez lui pour jouer le mercredi après-midi, chez qui il est invité à des fêtes d'anniversaire, etc. Il est préférable que cette vie sociale, qui contribue de manière substantielle à son épanouissement, puisse se développer à proximité de son principal lieu de vie. Lorsque les parents habitent loin l'un de l'autre, l'enfant qui est inscrit dans une école située à mi-chemin entre leurs domiciles se trouve éloigné de son tissu de relations aussi bien lorsqu'il est hébergé par sa mère que lorsqu'il est hébergé par son père »⁹⁴.

En cas d'hébergement égalitaire ou de type « 9-5 », les juges se montrent en général plus enclins à opter soit pour une école à équidistance⁹⁵, soit pour un établissement situé à proximité du parent chez qui l'enfant réside le plus⁹⁶.

Certains juges ordonnent toutefois le maintien de l'enfant dans son ancienne école malgré la distance, lorsque le choix en faveur de celle-ci est la conséquence de la

⁹¹ Cf. *supra* – n^{os} 396 et 397.

⁹² Pour des données statistiques précises à ce propos, *ibid.*, n^{os} 283 et 284.

⁹³ Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419.

⁹⁴ Bruxelles (41^e ch.), 1^{er} décembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 726.

⁹⁵ Voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, *op. cit.*, n^{os} 292, 293, 337 à 347, 518 et 519 et 1199 (critère XII).

⁹⁶ Bruxelles, (41^e ch.), 25 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 24.

décision unilatérale d'un des parents de déménager au loin sans aucune impérieuse nécessité⁹⁷. L'argument de proximité est parfois mis de côté afin de maintenir l'enfant dans l'établissement que les parents avaient précédemment choisi ensemble⁹⁸, d'assurer la stabilité de ses repères extrafamiliaux en lui évitant le bouleversement lié à un changement d'école⁹⁹. De même, la demande de scolariser un enfant dans la même école que ses deux sœurs pour des motifs liés aux trajets est rejetée dans l'immédiat étant donné que sa directrice et son institutrice considèrent qu'il serait mieux pour lui d'y achever le cycle en cours (le changement d'école un an plus tard est toutefois autorisé, mais essentiellement pour lui permettre de bénéficier d'un enseignement international à l'école européenne comme ses sœurs aînées)¹⁰⁰.

410. – De manière générale, les cours et tribunaux se montrent réticents à tenir compte du confort personnel d'un des parents soucieux d'éviter lui-même de passer trop de temps à conduire l'enfant vers l'école. En effet, « ce n'est pas les facilités des parents sur le plan des navettes scolaires qui doivent déterminer le choix de l'école, mais bien l'intérêt de l'enfant »¹⁰¹.

Seuls les *besoins spécifiques* de l'enfant¹⁰² entrent donc en ligne de compte. Ainsi, lorsque l'enfant est encore très jeune et que les repères extrafamiliaux interviennent moins, un changement d'école peut également être ordonné afin de permettre la mise en place d'un hébergement de type « 9-5 » et, à terme, d'un hébergement égalitaire¹⁰³.

§ 5. La stabilité des repères extrafamiliaux

411. – Par les « repères extrafamiliaux », nous entendons les « personnes, lieux, types de pédagogie, etc. auxquels l'enfant est habitué » alors qu'ils sont extérieurs à la sphère familiale. Ces repères extrafamiliaux comportent donc « les repères scolaires (familiarité de l'école, des professeurs, de la pédagogie, des habitudes propres de l'établissement...) et sociaux (amis et copains) »¹⁰⁴. L'école constitue ainsi le lieu où l'enfant construit généralement la plus grande partie de son univers en dehors de la famille, tant au niveau de ses habitudes que de ses amitiés.

⁹⁷ Les juridictions ne semblent toutefois pas toujours d'accord à propos de ce qu'il y a lieu d'entendre par là – comp. *ibid.* et Trib. fam. Brabant wallon (22^e ch.), 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 19.

⁹⁸ Bruxelles (ch. jeun.), 25 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 410.

⁹⁹ Bruxelles (ch. vac.), 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, (2011 ou 2012), p. 204.

¹⁰⁰ Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203. Par contre, dans la même cause, le choix du site pour les deux sœurs aînées (l'école européenne en possède plusieurs à Bruxelles) est déterminé essentiellement en fonction de possibilités de ramassage scolaire par un service de bus (les parents pratiquent un hébergement égalitaire par périodes de chaque fois un mois).

¹⁰¹ Trib. fam. Hainaut, (div. Charleroi, ch. vac.), 14 août 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 201.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Mons (ch. jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201.

¹⁰⁴ *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...), op. cit.*, n° 290.

Souvent, il s'agit du « seul élément stable de sa vie, marqué par de nombreux changements durant la séparation, qu'il convient de préserver absolument »¹⁰⁵. Lorsque les juges retiennent ce critère, ils optent soit pour le maintien de l'enfant dans l'école qu'il fréquentait jusqu'ici, soit, s'il s'agit d'une première inscription (début de cycle...), pour celle où iront ses amis.

4.12. – Toutefois, jusqu'à 12 ans, les tribunaux donnent presque systématiquement priorité au maintien de l'enfant chez le parent chez qui il vit actuellement. Jusqu'à cet âge, ledit lien apparaît aux juges comme plus fondamental que celui qui l'unit à son école et à ses amis. De même, la volonté d'un adolescent s'avère généralement davantage prépondérante, à leurs yeux, que la stabilité de ses repères extrafamiliaux¹⁰⁶.

Par contre, les juges donnent volontiers priorité auxdits repères par rapport aux avantages spécifiques d'une école lorsque ceux-ci sont limités ou lorsqu'il n'est pas démontré *in concreto* qu'ils correspondent aux besoins spécifiques de l'enfant¹⁰⁷. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a-t-elle rejeté l'appel d'un père, qui souhaitait pour ses enfants un changement d'école et leur inscription dans un établissement dont il vantait les mérites. La cour a en effet constaté que « les enfants sont habitués à leur établissement scolaire situé à quelques kilomètres de leur résidence principale habituelle ; même s'ils sont très jeunes (6 et 4 ans), le tissu social entre les enfants fréquentant la même école et habitant la même région, s'est déjà créé ; il n'existe à ce stade aucune raison de perturber à nouveau les enfants, par un changement d'école, alors qu'ils ont déjà vécu le divorce de leurs parents »¹⁰⁸.

4.13. – Enfin, les tribunaux sont parfois confrontés au dilemme entre le maintien des repères extrafamiliaux et l'évitement de trajets trop longs.

Plusieurs critères entrent en ligne de compte : l'âge des enfants, la durée effective des trajets, le nombre de jours d'école où l'enfant est hébergé par le père ou la mère, la disponibilité effective des parents (possession d'un véhicule, possibilité de faire appel à un tiers...). Les juges vérifient aussi si l'éloignement est la conséquence d'un choix volontaire et unilatéral de la part du parent qui se plaint des trajets trop longs et tiennent compte du caractère impératif (ou à tout le moins justifié) des motifs qui l'y ont mené¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Trib. fam. Brabant wallon (22^e ch.), 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 19.

¹⁰⁶ À propos de la manière dont les autres critères s'articulent avec celui des repères extrafamiliaux et de sa place dans une grille globale et hiérarchisée – *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, *op. cit.*, n^{os} 290, 291, 317 à 334, 403 à 408, 442 à 444 et 1199 (critère VIII.D).

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Bruxelles (ch. vac.), 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 204.

¹⁰⁹ Certaines juridictions se montrent plus exigeantes que d'autres sur ce point – comp. Bruxelles, (41^e ch.), 25 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 24 et Trib. fam. Brabant wallon (22^e ch.), 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 19.

§ 6. Caractère adéquat du type d'enseignement ou du régime linguistique de la scolarité

414. – S'il demeure évidemment tout à fait essentiel que l'enfant bénéficie d'un enseignement de la meilleure qualité possible, adapté à ses besoins, à ses capacités, etc., « la jurisprudence évite de comparer la qualité de l'enseignement dispensé dans telle école avec celui dans telle autre, dans la mesure où telle pédagogie peut convenir parfaitement à un enfant et pas du tout à un autre ; de plus, on dispose rarement de données objectives permettant la comparaison »¹¹⁰.

Les juges hésitent donc à se prononcer *in abstracto* sur les avantages et inconvénients des méthodes d'enseignement d'un établissement déterminé. Ils tenteront plutôt de discerner quels sont les besoins *in concreto* de l'enfant en fonction des éléments dont ils disposent : une attestation du PMS, un avis du conseil de classe ou d'un des enseignants, voire même la déclaration d'un thérapeute qui préconiserait un changement d'école afin de permettre à l'enfant de suivre une pédagogie déterminée... Le magistrat peut également tenir compte d'autres paramètres, comme les connaissances linguistiques suffisantes des parents pour assumer le suivi scolaire¹¹¹, ou le parcours antérieur de l'enfant (dans une cause l'école européenne a ainsi été préférée car les enfants avaient été scolarisés auparavant dans différents pays¹¹²).

§ 7. La volonté de l'enfant

415. – La volonté de l'enfant peut intervenir comme élément d'appréciation de son intérêt (le juge peut être d'avis qu'il faut éviter de frustrer en passant outre ses souhaits). Par ailleurs, les articles 12 de la CIDE, 22bis de la Constitution et, plus récemment, l'article 1004/1, § 6, du Code judiciaire prévoient que la volonté de l'enfant doit être « prise en considération » s'il est suffisamment âgé et doté de maturité et de discernement¹¹³.

S'il n'en découle pas un droit absolu à l'autodétermination – les décisions le concernant demeurent en principe l'apanage de ses parents jusqu'à sa majorité – le juge est néanmoins tenu de donner un certain poids aux souhaits exprimés¹¹⁴.

¹¹⁰ Bruxelles (ch. vac.), 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, (2011 ou 2012), p. 204.

¹¹¹ Bruxelles, (41^e ch.), 25 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 24. *Addé* : Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210.

¹¹² Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203.

¹¹³ À propos de l'obligation de tenir compte de la volonté de l'enfant et, le cas échéant, de la suivre, voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n^{os} 296, 297, 355 à 364, 479 à 481, 523 à 531 et 1200 (critère IV.D, VIII.A, X).

¹¹⁴ *Ibid.* – n^{os} 225 à 245.

416. – Dans un litige à propos du choix du régime linguistique des études secondaires, s'est posé la question de savoir si les conventions ou les pratiques communes des parents doivent avoir priorité sur la volonté de l'enfant¹¹⁵. En l'espèce, les parents avaient convenu, des années plus tôt, qu'il suivrait ses primaires en néerlandais et ses secondaires en français, mais le père demande que cet accord ne soit pas appliqué et que l'enfant poursuive sa scolarité secondaire dans la langue de Vondel. Le juge constate que « dans son audition au tribunal, N. a exprimé son souhait de poursuivre sa scolarité en néerlandais, craignant dans le cas contraire, de rencontrer des difficultés au cours de français et de s'ennuyer au cours de néerlandais. Si ces craintes doivent être entendues, elles ne sont cependant pas suffisantes pour exclure un changement de langue de la scolarité »¹¹⁶. Finalement, le tribunal s'en tient à une application stricte de l'accord parental et ordonne la poursuite de la scolarité en français.

417. – Les causes (en matière de choix d'école, mais également à propos d'autres aspects de l'éducation ou de l'hébergement) où la volonté de l'enfant est contraire aux accords antérieurs entre les parents, ne sont pas rares. Sur le plan juridique, deux thèses sont susceptibles d'être soutenues à propos de la prévalence – ou non – de la première par rapport aux deuxièmes.

- La première thèse, que nous qualifierons de « protectrice » et dont la décision précitée constitue une illustration, considère que les accords parentaux doivent avoir priorité sur la volonté de l'enfant. À l'appui de cette thèse, il pourrait être avancé que la prise de décisions appartient aux père et mère jusqu'à la majorité de l'enfant et constitue la substance même de l'autorité parentale. Dans la mesure où la conclusion de conventions entre les parents, voire même l'adoption de pratiques communes, constitue un « mode de fonctionnement inhérent à l'autorité parentale »¹¹⁷, ceux-ci doivent prévaloir sur la volonté de l'enfant.
- Suivant la deuxième thèse, qui pourrait être qualifiée d'« autonomiste », priorité pourrait être donnée à la volonté de l'enfant, lorsque celui-ci est mature et doté de discernement (si les souhaits exprimés n'apparaissent pas contraires à son intérêt). Dans cette optique, l'application des accords parentaux perdent leur raison d'être dès que l'enfant possède la faculté de discernement nécessaire permettant de prendre lui-même les décisions qui en forment l'objet. À l'appui

¹¹⁵ Cf. *supra* – n° 407.

¹¹⁶ Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210.

¹¹⁷ J.-L. RENCHON, « L'hébergement et l'éducation de l'enfant transfrontières », in J.-L. RENCHON (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*. Actes du VII^e colloque de l'Association « Famille & Droit », Louvain-la-Neuve les 19 et 20 octobre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 280 à 282.

de cette thèse, il pourrait être avancé que, bien que l'enfant demeure incapable et soumis à l'autorité de ses parents jusqu'à sa majorité, une certaine autonomie doit néanmoins lui être reconnue en vertu des articles 12 de la CIDE, 22bis de la Constitution et 1004/1 du Code judiciaire. La prise en compte de l'opinion de l'enfant, en tenant compte de son âge, de son discernement et de sa maturité, requise par ces dispositions, semble peu compatible avec une mise à l'écart systématique de celle-ci au « profit » des accords parentaux.

Une position intermédiaire, qui emporte notre conviction, consisterait à présumer, mais seulement jusqu'à preuve du contraire, que la volonté de l'enfant mature coïncide avec son intérêt, celui-ci devant de toute façon avoir priorité sur les accords parentaux (qu'il s'agisse de conventions ou de simples pratiques communes). Il resterait ainsi loisible au juge de s'écarter de la volonté de l'enfant (et d'appliquer les accords parentaux), lorsqu'il considère par exemple que celle-ci est influencée ou, comme dans la décision commentée, qu'elle procède de convictions erronées¹¹⁸.

CHAPITRE 5

LES ACTES ADMINISTRATIFS

SECTION 1

GÉNÉRALITÉS

418. – D'autres décisions, qui ne peuvent être rigoureusement qualifiées de « choix éducatifs », nécessitent elles aussi l'accord du père et de la mère dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Ainsi en est-il des démarches administratives comme l'inscription de l'enfant dans une mutuelle¹¹⁹, la signature de documents relatifs à la délivrance de son passeport¹²⁰ ou la détermination du lieu où il sera inscrit dans les registres de la population.

Si, dans les cas précités, les autorités administratives peuvent être considérées comme des tiers de bonne foi et, dès lors, se satisfaire de la démarche réalisée par un des parents en presumant l'accord de l'autre parent conformément à l'article 373, alinéa 2, du Code civil, force est de constater qu'elles exigent parfois que ce consentement soit donné expressément.

¹¹⁸ Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210.

¹¹⁹ Bruxelles (4^e ch. fam.), 12 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 410.

¹²⁰ *Ibid.*

Ainsi, l'article 79/7 du « décret missions » du 24 juillet 1997 de la Communauté française, insérés par le décret « inscription » du 18 mars 2010¹²¹, requiert que les deux parents (à moins, bien sûr, que l'un d'entre eux n'exerce exclusivement l'autorité parentale ou puisse se prévaloir d'une décision judiciaire lui permettant d'agir seul) signent le formulaire unique d'inscription¹²² qui reprend les écoles souhaitées pour la première année du secondaire de l'enfant (et qui doit être remis durant la sixième primaire à l'établissement premier choisi après les vacances de Carnaval)¹²³. De même, certaines mutuelles demandent la signature des deux parents pour l'affiliation de l'enfant¹²⁴, tout comme certaines administrations communales le font pour la délivrance de passeports¹²⁵ lui permettant de voyager à l'étranger.

Il va cependant de soi que les actes administratifs d'importance mineure peuvent être réalisés par chaque parent seul lorsqu'il héberge l'enfant.

SECTION 2

LE DOMICILE DE L'ENFANT

419. – Parmi les décisions importantes sur le plan administratif se trouve incontestablement le choix du domicile de l'enfant.

Les juges ainsi se voient parfois contraints de rappeler à l'ordre (dans le cadre d'un recours *a posteriori*) un des parents qui a changé unilatéralement le lieu où l'enfant est inscrit dans les registres de la population. Le juge peut, dans un tel cas, décider que l'enfant sera domicilié dorénavant chez l'autre parent (dans le cas recensé il y résidait de toute façon une semaine sur deux dans le cadre d'un hébergement égalitaire)¹²⁶.

Dans une cause similaire le magistrat a considéré que « s'il ne peut être fait grief (à la mère) d'avoir choisi de mettre fin à la relation entre elle et (le père), il n'en demeure pas moins que la décision d'éloigner l'enfant du milieu qu'il fréquentait pour s'installer même à titre précaire en Wallonie (entre Liège et Verviers) chez ses parents nécessite que (le père) soit associé à cette décision (...). Il y a

¹²¹ *M.B.*, 9 avril 2010, n° 2010029211, p. 20624.

¹²² Pour un exemple de décision où la cour modifie l'ordre de préférence des écoles mentionnées sur le formulaire unique d'inscription, voy. Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203.

¹²³ Concernant cette question, voy. M. MAILLIEN, « Les "décrets inscription" de la Communauté française et leur incidence lors d'un litige parental sur le choix de l'école secondaire », *Ann. Dr. Louvain*, 2013, liv. 3, p. 399, n° 23.

¹²⁴ Bruxelles (4^e ch. fam.), 12 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 410.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205.

lieu d'ordonner la réinscription de l'enfant dans les registres de population de Zemst, sous réserve de l'inscription d'un des parents dès lors que la modification de celle-ci s'est réalisée en contradiction avec le respect de l'autorité parentale conjointe »¹²⁷.

420. – Certains parents se montrent cependant plus respectueux de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et sollicitent, dans le cadre d'une action *a priori*, l'autorisation du tribunal de modifier le domicile de l'enfant.

Toutefois, si un hébergement égalitaire était pratiqué et si un des parents vivait toujours à l'adresse où l'enfant est inscrit jusqu'à présent, seule une nécessité particulière pourrait justifier le changement de domicile¹²⁸.

La question du domicile peut aussi être envisagée en ayant égard à la pérennité de celui-ci et l'établissement éventuel d'un des parents à l'étranger. Tel a été le cas dans un litige où le père travaillait un mois sur deux à Jakarta (et hébergeait les enfants l'« autre mois » à Bruxelles dans le cadre d'un hébergement égalitaire avec alternance mensuelle), mais craignait que la mère était animée du désir de s'installer au Cameroun avec eux.

La cour d'appel de Bruxelles a tout d'abord rappelé que « si, en règle, les enfants sont inscrits dans les registres de la population du lieu du parent qui les héberge à titre principal, tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que les enfants sont hébergés de manière égalitaire chez chacun de leurs parents et un lieu de vie secondaire ». De plus, « le domicile des parents est une décision administrative, qui est sans incidence sur les liens tissés entre les enfants et leurs parents ». Or, la haute juridiction constate que « la crainte de monsieur O.M. relative au projet de madame M.I. de s'établir au Cameroun avec monsieur H. n'est pas dénuée de fondement » et décide que les enfants seront donc domiciliés chez leur père¹²⁹.

421. – La question du domicile peut représenter un autre enjeu encore dans certains litiges. En effet, l'article 79/17, § 1^{er}, 2^o, du « décret missions » du 24 juillet 1997 de la Communauté française, inséré par le décret « inscription » du 18 mars 2010¹³⁰, mentionne expressément, parmi les critères permettant d'attribuer une école secondaire à l'enfant, la distance géographique entre son domicile

¹²⁷ Réf. Bruxelles, 19 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 425. *Adde* : Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205.

¹²⁸ Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 209 – « la dimension symbolique qu'apporte (la mère) à cet enjeu doit être relativisée, eu égard au principe de l'autorité parentale conjointe et du mode d'hébergement mis en place. Le tribunal (...) demeure compétent pour l'avenir s'il s'avère que la gestion administrative des enfants nécessite un changement de domicile, dans leur intérêt ».

¹²⁹ Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203.

¹³⁰ *M.B.*, 9 avril 2010, n° 2010029211, p. 20624.

et l'établissement. Un parent pourrait donc solliciter le changement de domicile de l'enfant afin d'augmenter ses « chances » de pouvoir être inscrit dans l'école souhaitée.

Ceci étant, le principe demeure que l'enfant est censé être domicilié là où il réside principalement¹³¹.

CHAPITRE 6

LA SANTÉ DE L'ENFANT

SECTION 1

DÉCISIONS QUI NÉCESSITENT L'ACCORD DES DEUX PARENTS

422. – Les interventions et traitements médicaux nécessitent eux aussi l'accord du père et de la mère dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale¹³². Ainsi en est-il notamment des interventions chirurgicales pratiquées sur l'enfant, du choix des médecins et thérapeutes, des traitements qui s'étalent sur une certaine durée ou qui sont susceptibles d'avoir un impact sur sa santé physique ou mentale. Outre les opérations, chimiothérapies, et autres traitements physiques (médicamenteux ou non), l'accord des deux parents est également nécessaire (en cas d'exercice conjoint) *notamment* pour le placement d'un appareil orthodontique, les psychothérapies, les interventions d'un logopède et, bien sûr, toute chirurgie esthétique. N. Massager rappelle qu'« en règle, la consultation (des) praticiens doit bien évidemment faire l'objet d'un accord parental préalable, sous peine de contrevenir au principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, et ce qu'ils soient conventionnels ou moins conventionnels, que ce soit de manière ponctuelle ou suivie, impliquant un caractère intrusif pour l'enfant ou non, dans le cadre d'un traitement pris en charge par la mutuelle ou hors prise en charge (...). À défaut d'accord, il conviendra de solliciter l'autorisation du juge pour entamer un tel traitement ou même pour prendre l'initiative d'une consultation unique »¹³³.

Comme pour les choix éducatifs et les actes administratifs, seules les interventions médicales importantes nécessitent l'accord des deux parents s'ils exercent

¹³¹ La cour d'appel de Bruxelles a rappelé ce principe – Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203.

¹³² Cf. Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *JDJ*, 2002, liv. 214, n° 12.

¹³³ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, op. cit., n° 479.

conjointement l'autorité. Tel n'est évidemment pas le cas d'une visite de routine chez le médecin généraliste ou d'une consultation ponctuelle en cas de maladie passagère et sans gravité (rhume, grippe, gastro-entérite...).

423. – Le médecin, dentiste, logopède, psychologue ou autre thérapeute qui, raisonnablement, ignore l'absence de consultation ou l'opposition de l'autre parent, doit être considéré comme un tiers de bonne foi et peut donc se prévaloir de la présomption formulée à l'article 373, alinéa 2, du Code civil.

Tel ne serait évidemment plus le cas s'il savait que l'autre parent n'avait pas marqué son accord. De même, il est permis de se demander si un médecin devant pratiquer une intervention très grave qui, par exemple, engagerait le pronostic vital de l'enfant, peut encore être considéré comme un « tiers de bonne foi » lorsqu'il n'a eu aucun contact ni échange avec l'autre parent.

424. – Rappelons enfin que :

- conformément à l'article 12, § 2, de la loi du 22 août 2002 sur les *droits du patient*, le mineur est « suivant son âge et sa maturité (...) associé à l'exercice de ses droits » et « les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts » ; en dehors de cela, ce sont les parents qui exercent ces droits au nom de leur enfant¹³⁴ ;
- la loi du 3 juillet 2012¹³⁵ modifiant notamment l'article 7 de la loi du 13 juin 1986, prévoit désormais qu'un prélèvement d'*organes in vivo* sur un mineur peut uniquement avoir lieu s'il est âgé de plus de 12 ans et en mesure de manifester sa volonté, et s'il y a consenti (seul) ; par contre, l'opposition au prélèvement *post mortem* peut, aux termes de l'article 10, § 2, de la loi de 1986, être effectuée par *un* des parents exerçant l'autorité ou par le mineur lui-même ;
- depuis l'extension de l'*euthanasie* aux mineurs non-émancipés par la loi du 28 février 2014¹³⁶, l'article 3, § 2, 7°, de la loi du 28 mai 2002 prévoit que le consentement à l'acte léthal doit être donné à la fois par les « représentants légaux » de l'enfant doté de la faculté de discernement et par celui-ci¹³⁷.

¹³⁴ Loi du 22 août 2002 sur les droits du patient, art. 12, § 1^{er}.

¹³⁵ *M.B.*, 24 août 2012, n° 2012024263, p. 50695.

¹³⁶ *M.B.*, 12 mars 2014, n° 2014009093, p. 21053.

¹³⁷ Voy. à ce sujet M. MALLIEX, « L'extension de l'euthanasie aux mineurs non émancipés. Une analyse des conditions requises par les lois du 28 mai 2002 et 28 février 2014 », *JDJ*, 2015, liv. 342, p. 17, n° 34.

SECTION 2

CONTENTIEUX RELATIFS AUX SOINS DE SANTÉ DE L'ENFANT

425. – L'intervention du juge lors de litiges relatifs aux soins de santé de l'enfant est particulièrement délicate. Lorsqu'un parent sollicite de pouvoir faire appliquer un traitement ou faire réaliser une opération chirurgicale, malgré l'opposition de l'autre parent, il incombe au juge de déterminer si ces interventions sont nécessaires.

Or, comme la cour d'appel de Bruxelles l'a souligné dans un litige où le père souhaitait faire circoncire l'enfant (pour des raisons médicales, liées à un risque d'infection du gland) et où le médecin consulté par celui-ci préconisait l'intervention (alors que celui de la mère ne l'estimait pas nécessaire) la cour n'a aucune compétence médicale et aucune raison d'écarter l'avis d'un médecin spécialiste au profit de celui de l'autre¹³⁸. Face à cette impossibilité de déterminer si l'intervention est nécessaire pour des raisons médicales, la cour enjoint les parents de consulter un troisième médecin ensemble ou, à défaut de s'entendre, de s'adresser au service de chirurgie pédiatrique de l'hôpital Érasme. Dans un deuxième arrêt, rendu en prosécution de cause¹³⁹, la cour constate que le médecin de ladite équipe de chirurgie pédiatrique n'estime pas que l'intervention chirurgicale est nécessaire, sans toutefois exclure qu'elle le devienne dans le futur. Face à cette incertitude, la cour permet à la mère – et non au père – de faire pratiquer l'intervention uniquement si dans le futur l'équipe d'Érasme l'estimait nécessaire.

Dans une autre cause, la demande de circoncision, émanant du père pour des motifs culturels (qu'il prend le soin de distinguer de motifs religieux, sans réellement convaincre le juge) et d'hygiène est rejetée faute d'accord antérieur des parties à ce sujet et en l'absence de nécessité avérée sur le plan médical¹⁴⁰.

¹³⁸ Bruxelles (ch. jeun.), 24 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 405.

¹³⁹ Bruxelles (ch. jeun.), 6 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 409.

¹⁴⁰ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 29 mars 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1093.

TITRE II

L'HÉBERGEMENT DE L'ENFANT

426. – Doctrine récente¹⁴¹

Q. FISCHER, « Le respect du principe dispositif et des droits de la défense par le juge qui fixe les modalités d'hébergement chez chacun de ses parents », *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 6, p. 182.

M. MALLIEN, « L'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant et la volonté des parents : analyse de deux arrêts de la Cour de Cassation », *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 227.

M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères retenus par les juges*, Bruxelles, Larcier, 2016.

N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des Familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 387.

N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – filiation, autorité parentale, hébergement*, coll. Fac. Dr. ULB, Bruxelles, Bruylant, 2009.

F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence 2007-2013 », *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 106.

B. VAN DIEREN, M. DE HEMPTINNE et J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture du lien parent-enfant et l'expertise axée sur la collaboration parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 260.

CHAPITRE 1

L'HÉBERGEMENT ÉGALITAIRE

SECTION 1

DISPOSITIF LÉGAL ET GÉNÉRALITÉS

§ 1. *Dispositif légal*

427. – L'article 374, § 2, inséré dans le Code civil par la loi du 18 juillet 2006, prévoit qu'« à défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents. Toutefois, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non-égalitaire. Le tribunal statue

¹⁴¹ Seules les principales publications parues durant la période recensée ou citées très fréquemment dans la présente contribution, sont mentionnées sans cette liste, qui doit donc être complétée de celles reprises dans les chroniques précédentes.

en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents ».

C'est donc uniquement à *défaut d'accord* entre les parents et en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale que l'hébergement égalitaire doit apparaître comme modèle de référence et que les juges ne peuvent s'en écarter que moyennant un jugement spécialement motivé¹⁴².

Il résulte notamment dudit article 374, § 2, que :

- hormis les nécessités dues au jeune âge, les enfants ne peuvent être systématiquement confiés à leurs mères sous la seule considération que celles-ci seraient naturellement plus aptes à s'en occuper¹⁴³ ;
- la simple affirmation d'un des parents selon laquelle l'hébergement non-égalitaire se déroule bien, ne fait obstacle à l'examen prioritaire et à la mise en place d'un hébergement égalitaire¹⁴⁴.

§ 2. *Déroptions à l'hébergement égalitaire : liberté d'appréciation et balises*

428. – L'article 374, § 2, du Code civil impose trois balises au juge lorsqu'il détermine s'il existe des contre-indications face à une demande d'hébergement égalitaire.

- Il *doit* tenir compte de l'intérêt de l'enfant.
- Le juge *peut* tenir compte également de l'intérêt des parents ou de l'un d'entre eux. Cette mention de l'intérêt des parents, souvent passée inaperçue, ne nous semble pas remettre en cause de caractère prioritaire de l'intérêt de l'enfant qui demeure la pierre angulaire de l'édifice constitué par l'autorité parentale¹⁴⁵. Il s'agit simplement de ne pas imposer à un des parents des charges disproportionnées¹⁴⁶, par exemple en optant pour un hébergement égalitaire qui imposerait

¹⁴² Pour une analyse plus approfondie, voy. notamment N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire », *J.T.*, 2007, pp. 177 et s. ; G. HIERNAX, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 9, spéc. n^{os} 15 et 20. ; N. MASSAGER, *op. cit.*, pp. 354 à 381 ; P. SENAËVE et H. VAN BOCKRIJCK, « De Wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtsbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », *E.J.*, 2006, p. 117.

¹⁴³ Anvers (3^e ch.), 10 mars 2015, *R.G.D.C.*, 2016, liv. 10, 564.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Sur cette question voy. M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, *op. cit.*, n^{os} 87 à 109.

¹⁴⁶ *Ibid.*, n^{os} 262 à 266.

des trajets particulièrement importants à un des parents sans bénéfices significatifs pour l'enfant en contre-partie.

- Il *doit* – et ce point est particulièrement important – tenir compte des « circonstances concrètes de la cause », ce qui signifie que ces intérêts dont question – et en particulier celui de l'enfant – doivent être appréciés *in concreto*. Le juge qui estime devoir opter pour un autre mode d'hébergement ne peut donc se contenter, *de lege lata*, d'indiquer *in abstracto* dans sa motivation (le cas échéant en citant des références d'études scientifiques) l'inadéquation ou les inconvénients de l'hébergement égalitaire pour *tous les enfants*. Il lui incombe, au contraire, de justifier sa décision en s'appuyant sur des paramètres spécifiques de la cause, pourquoi l'hébergement égalitaire serait contre-indiqué pour *cet* enfant en particulier. Un rejet systématique de l'hébergement égalitaire en fonction de critiques globales de ce type d'hébergement reviendrait en effet à une mise hors-jeu du modèle de référence mis en place par le législateur en 2006.

§ 3. Charge de la preuve

429. – Comme l'indique N. Massager, la principale caractéristique du système voulu par le législateur de 2006 consiste à « inverser les termes du débat judiciaire : alors que la jurisprudence antérieure à la réforme imposait, le plus souvent, au parent qui sollicitait un hébergement de type égalitaire d'en établir le bénéfice pour l'enfant, il incombe désormais au parent qui s'oppose à la mise en œuvre de modalités d'hébergement égalitaires d'en démontrer l'inadéquation *in specie*, dans la situation concrète de l'enfant concerné »¹⁴⁷.

La cour d'appel de Bruxelles considère toutefois que l'examen prioritaire de l'hébergement égalitaire implique nullement un renversement de la charge de la preuve au bénéfice de celui qui sollicite sa mise en place¹⁴⁸. Précisant son point de vue dans un arrêt ultérieur, la même cour estime que « si la loi du 18 juillet 2006 (...) introduit une présomption favorable à l'hébergement égalitaire, il appartient néanmoins au parent revendiquant la mise en place de ce type d'hébergement de justifier concrètement sa demande, en fonction de l'intérêt des enfants »¹⁴⁹. De même,

¹⁴⁷ N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 363.

¹⁴⁸ Bruxelles (31^e ch.) 5 août 2011, RG 2011/JR/76, n° rép. 2011/5238, *inédit*. Cet arrêt réforme un jugement rendu par le tribunal de la jeunesse de Bruxelles aux termes duquel il avait été considéré que c'était au parent s'opposant à l'hébergement égalitaire à démontrer l'existence de contre-indications – Trib. jeun. Bruxelles (8^e ch.) 20 octobre 2010, n° doss. 815.2010/8C, n° rép. 279, *inédit*. Dans le même sens : H. VAN BOCKRIJCK, « Het juridisch kader en de toepassing in de rechtspraak, inclusief knelpunten op sociaal en fiscaal vlak », in *Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten* (éd.), *Verblijfsregeling*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 17.

¹⁴⁹ Bruxelles (3^e ch.) 5 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, liv. 3, p. 819.

« il ne serait pas correct de considérer que l'hébergement égalitaire serait de mise à défaut de contre-indication et qu'il suffirait d'examiner les prétendues contre-indications (...). Au contraire, il convient également de convaincre "en positif" qu'il y a un intérêt pour l'enfant à passer à cette formule égalitaire »¹⁵⁰.

Rares sont cependant les décisions où le maintien d'un hébergement égalitaire est motivé « positivement » (comme l'a fait par exemple la cour d'appel de Bruxelles en insistant sur la stabilité des repères des enfants qui justifient le maintien d'un hébergement égalitaire appliqué depuis plusieurs années¹⁵¹). La plupart des juges se limitent dans les faits à vérifier s'il existe des contre-indications et présument jusqu'à preuve du contraire que l'hébergement égalitaire constitue le meilleur système d'hébergement¹⁵².

§ 4. *Organisation concrète de l'hébergement égalitaire*

430. – Rappelons également que l'hébergement égalitaire ne se confond pas nécessairement avec un hébergement alternant des semaines complètes chez les parents respectifs.

L'hébergement égalitaire peut également se répartir sur des périodes bien plus courtes – par exemple de deux jours – pour des enfants plus jeunes qu'il semble inapproprié de séparer trop longtemps d'un des parents. L'alternance peut également s'effectuer sur les périodes plus longues, comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, déjà évoqué, où un hébergement d'un mois sur deux chez chaque parent est prévu tenant compte des activités professionnelles du père (qui travaille les autres mois à l'étranger)¹⁵³. De même, l'hébergement égalitaire n'implique pas nécessairement des changements répétitifs de lieux de vie puisque certains enfants continuent de résider en permanence dans l'ancienne résidence conjugale, chaque parent y retournant une semaine sur deux.

¹⁵⁰ Bruxelles (ch. jeun.), 25 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 410.

¹⁵¹ Bruxelles (4^e ch. fam.), 12 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 410.

¹⁵² La cour d'appel de Mons a ainsi rappelé que « ce n'est pas au parent qui sollicite l'hébergement égalitaire de démontrer la pertinence de sa demande, mais bien au parent qui s'oppose de prouver sa contre-indication » et que « le fait que l'un des parents n'est pas d'accord sur la mise en place d'un hébergement alterné n'est pas en soi suffisant pour rejeter une demande en ce sens » – Mons, 29 juin 2009, *R.G.D.C.*, 2011, liv. 4, p. 68 et Mons 24 janvier 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, liv. 2, p. 554.

¹⁵³ Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203 – cf. *supra*, n° 42.

SECTION 2

L'HÉBERGEMENT ÉGALITAIRE ET LE PRINCIPE DISPOSITIF¹⁵⁴

431. – La Cour de cassation a rendu le 4 janvier 2013 un arrêt relativement important à propos de l'application du principe dispositif dans le cadre de litiges relatifs à l'hébergement égalitaire¹⁵⁵.

Les faits étaient les suivants. Devant les juridictions du fond, le père avait réclamé la mise en place d'un hébergement égalitaire pour les deux enfants. La mère sollicitait le maintien des modalités actuelles selon lesquelles ils vivaient principalement chez elle et un weekend sur deux chez le père. Or, le juge d'appel avait fixé un hébergement égalitaire, mais en prévoyant que, durant la semaine où les enfants résideraient chez le père, ils iraient chez leur mère du mercredi midi après l'école (ou à partir de 12 heures s'il n'y avait pas cours) au jeudi avant l'heure d'aller à l'école (ou à 16 heures s'il n'y avait pas cours).

Le père s'est pourvu en cassation en faisant valoir que la décision d'appel contrevenait à l'article 1138, 2°, du Code judiciaire en ce qu'elle avait ordonné des modalités d'hébergement qui n'avaient été demandées par aucune des parties.

La Cour de cassation a toutefois rejeté ce pourvoi estimant qu'un système d'hébergement peut être imposé par le juge si le système retenu demeure « dans les limites (des) demandes contradictoires » des parents¹⁵⁶. Or, la Cour estime que la solution retenue par le juge d'appel n'excède pas les limites desdites demandes et constate, dès lors, qu'il n'y a pas de violation de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire.

432. – Cet arrêt a été approuvé par les auteurs qui l'ont commenté.

Ainsi, ils rappellent que les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 18 juillet 2006 révèlent qu'un hébergement égalitaire peut être mis en place lorsque les parents sollicitent chacun l'hébergement principal. Selon T. Vercauysse et Q. Fischer, il ne s'agirait pas d'une exception au principe dispositif, mais seulement d'une application de l'adage « qui peut le plus, peut le moins »¹⁵⁷. Le raisonnement de la Cour de cassation repose donc sur l'idée qu'en « accordant »

¹⁵⁴ Pour une analyse plus en profondeur de la question de l'application du principe dispositif dans le cadre des litiges entre les parents à propos de l'enfant, voy. notre ouvrage *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, op. cit., n° 33 à 50, dont certains passages sont repris intégralement ci-dessous.

¹⁵⁵ Cass., 4 janvier 2013, *J.T.*, 2014, p. 525.

¹⁵⁶ *Ibid.*, point 5 de l'arrêt.

¹⁵⁷ T. VERCAUYSSE, « Een verblijfsregeling binnen de grenzen van de tegenstrijdige vorderingen van partijen », *T. Fam.* 2014, liv. 2, p. 51, n°s 15 et 16 ; Q. FISCHER, « Le respect du principe dispositif et des droits de la défense par le juge qui fixe les modalités d'hébergement d'un enfant chez chacun de ses parents », *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 6, p. 182, n°s 7 et 8.

un hébergement d'une durée moindre par rapport à celle que le parent sollicitait, il fait droit en partie à sa demande et ne contrevient ainsi pas au principe dispositif.

Cependant, le raisonnement précité et par conséquent l'arrêt commenté, même s'ils paraissent techniquement exacts, ne suscitent guère notre enthousiasme. Il nous semble en effet qu'un temps « inférieur » d'hébergement accordé par rapport à ce qui était demandé ne constitue pas seulement une « quantité moindre de la même chose » (comme on pourrait l'imaginer, par exemple, pour une somme d'argent¹⁵⁸), mais réellement « autre chose » et ce tant du point de vue du vécu de l'enfant que de celui des parents. De même, il nous apparaît pour le moins hasardeux de présumer que tous ceux qui sollicitent l'hébergement principal, préféreraient à titre subsidiaire qu'il leur soit à tout le moins accordé (par exemple) un hébergement égalitaire ou secondaire élargi¹⁵⁹. Il est probable que tel sera souvent le cas, mais rien n'exclut que certains parents soient vigoureusement opposés au principe d'un hébergement égalitaire ou impliquant de nombreux « allers et venues » de l'enfant (par exemple parce qu'ils considèrent un tel mode de vie comme déstabilisant pour lui) et qu'ils préféreraient qu'il vive principalement chez l'autre parent si leur demande était rejetée.

433. – La véritable question nous semble, dès lors, être celle-ci : l'obligation de rendre la décision qui rencontre le plus l'intérêt de l'enfant – par exemple en ordonnant la mise en place d'un hébergement égalitaire qui pourtant n'a été sollicité ni par le père ni par la mère – constitue-t-elle une exception au principe dispositif, permettant au juge de statuer *extra petita* ?

Nous pensons – mais il est vrai sans que cela ait été confirmé jusqu'à présent par la Cour de cassation – qu'il y a des raisons de le croire qu'une telle faculté est effectivement, mais implicitement, reconnue au juge à travers les textes qui l'obligent de retenir la solution la plus conforme à l'intérêt de l'enfant, à condition toutefois que celui-ci soit apprécié *in concreto*¹⁶⁰.

Quel que soit le raisonnement suivi, il semble bien établi que le juge puisse imposer un hébergement égalitaire lorsque chaque parent sollicite l'hébergement principal de l'enfant.

¹⁵⁸ Certains osent l'analogie avec la fixation des contributions alimentaires. Voy. Q. FISCHER, « Le respect du principe dispositif et des droits de la défense par le juge qui fixe les modalités d'hébergement d'un enfant chez chacun de ses parents », *op. cit.*, n° 5.

¹⁵⁹ Il est évidemment supposé ici qu'il n'y ait pas eu de demande subsidiaire tendant à l'obtention d'un hébergement de la durée moindre accordée par le juge.

¹⁶⁰ Pour les détails du raisonnement qui nous a mené à cette conviction, voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n°s 39 à 44.

434. – Enfin, qu'en est-il lorsque, contrairement à ce qui est le cas dans la plupart des litiges, chaque parent ne demande pas à recevoir l'enfant le plus de temps possible, mais au contraire, que l'un d'entre eux sollicite que *l'autre* doive l'héberger plus souvent ?

Tel a été le cas dans une cause où la mère demandait que le père héberge l'enfant durant de plus longues périodes (sans coïncider cependant avec un hébergement égalitaire). Le père souhaitait recevoir l'enfant seulement quatre jours par quinzaine, une semaine sur deux du dimanche soir au jeudi, ne pouvant l'accueillir davantage tenant compte de ses activités professionnelles dans l'horeca. Si le juge a reconnu implicitement que l'hébergement de l'enfant constituait une « obligation » et un « devoir », il a néanmoins considéré qu'il « est inutile d'imposer (au père) un droit d'hébergement qu'il ne sera probablement pas à même de respecter avec toutes les incertitudes qui en découleront pour l'enfant »¹⁶¹. Il ressort donc de cette décision que si le tribunal n'a pas émis d'objection de principe à propos de l'imposition de temps d'hébergement supplémentaires à un parent, il ne l'a guère estimé praticable dans les faits.

SECTION 3

UNE MISE EN PLACE D'UN HÉBERGEMENT ÉGALITAIRE EN DÉPÎT DES MODALITÉS PRÉVUES PAR LES CONVENTIONS PRÉALABLES AU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL ?

435. – Le juge peut-il, à la demande d'un des parents, ordonner la mise en place d'un hébergement égalitaire alors que le père et la mère avaient prévu précédemment qu'il résiderait principalement chez l'un d'entre eux ? La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur cette question dans un arrêt rendu le 28 juin 2012¹⁶².

Les parties avaient convenu, dans le cadre des conventions préalables à leur divorce par consentement mutuel, que l'enfant serait hébergé principalement chez la mère. Suite à la demande introduite quelques mois plus tard par le père (et qui fût initialement rejetée par le premier juge), la cour d'appel de Gand avait ordonné la mise en place d'un hébergement égalitaire en considérant *in abstracto* que les enfants, suite à la séparation « sont privés d'un des nids parentaux » et de « la répartition des tâches et des rôles (des) parents ». Il n'y avait dès lors pas, en l'espèce, de contre-indication à la mise en place d'un hébergement égalitaire¹⁶³.

¹⁶¹ Trib. jeun. Bruxelles (8^e ch.), 25 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 214.

¹⁶² Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2012, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 226.

¹⁶³ Gand (15^e ch.), 8 mars 2010, n° rôle 2009/ JR/138, *inédit*, traduction libre – voy. M. MALLIEN, « L'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant et la volonté des parents : analyse de deux arrêts de la Cour de Cassation », *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 227, n° 3.

La mère s'est pourvue en cassation contre cet arrêt, estimant que la cour d'appel avait violé le principe de la convention-loi et n'était, de surcroît, pas autorisée à s'écarter de l'accord parental sans s'appuyer sur une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation a toutefois rejeté ce pourvoi estimant que le juge statue « à la seule aune des intérêts de l'enfant »¹⁶⁴ et donc sans tenir compte de l'accord intervenu précédemment. Le pourvoi a donc été rejeté.

436. – Cet arrêt n'a pas suscité l'enthousiasme unanime des juridictions du fond, bien que certaines d'entre elles en aient appliqué les enseignements¹⁶⁵.

En effet, près de quatre ans après le prononcé dudit arrêt, le tribunal de la famille de Bruxelles, a, dans des circonstances relativement similaires, adopté le raisonnement inverse : « sous peine de vider le principe d'autonomie de la volonté de toute portée, il ne peut pas être fait fi de cet élément s'agissant d'apprécier quelle a pu être la volonté des parties à l'époque et l'existence de circonstances nouvelles au sens requis. Il s'ensuit que le tribunal ne peut pas modifier les modalités d'hébergement contractuellement convenues sur base de considérations générales et abstraites liées à l'intérêt de l'enfant telles, en l'espèce, celles liées à l'âge de l'enfant ou le bénéfice qu'I. pourrait tirer tant de la présence de son père que de sa mère »¹⁶⁶.

Si, pour notre part, nous sommes effectivement d'avis que seule une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant peut en principe justifier qu'il ne soit pas fait application des conventions entre les parents en matière d'éducation et d'hébergement (qu'elles soient préalables au divorce par consentement mutuel ou conclues dans un autre contexte – y compris si les parents n'étaient pas mariés), nous nous rallions cependant à la position de la Cour de cassation. En effet, ici, il ne s'agit pas pour le juge d'ordonner la mise en place d'un hébergement égalitaire en fonction de ses propres conceptions générales et abstraites, mais d'appliquer celles du législateur reprises depuis la loi du 18 juillet 2006 à l'article 374, § 2, du Code civil¹⁶⁷. Or, rien ne dispense, en cas de survenance de circonstances nouvelles, le juge d'appliquer ladite disposition, y compris lorsqu'il existe une convention antérieure, en privilégiant l'hébergement égalitaire.

¹⁶⁴ Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2012, *op. cit.*

¹⁶⁵ Bruxelles (ch. jeun.), 25 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 410.

¹⁶⁶ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch. E), 29 mars 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1093.

¹⁶⁷ M. MALLIEN, « L'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant et la volonté des parents : analyse de deux arrêts de la Cour de Cassation », *op. cit.*, n° 12. L'arrêt commenté y est analysé bien plus en profondeur que nous pouvons le faire ici.

SECTION 4

ARGUMENTS MOBILISÉS DANS LE CADRE D'UN CONTENTIEUX
À PROPOS D'UN HÉBERGEMENT ÉGALITAIRE

§ 1. *Le jeune âge de l'enfant*

A. *Le jeune âge comme obstacle à l'hébergement égalitaire*

437. – Parmi les contre-indications généralement retenues à l'encontre de l'hébergement égalitaire, se trouve le (très) jeune âge des enfants.

Ainsi, la cour d'appel de Liège a-t-elle confié l'hébergement principal d'un enfant de 5 ans et de triplés de 2 ans à la mère. La cour estime en effet que si « les études scientifiques contemporaines sont démontré que, dans les familles disloquées, l'hébergement alterné est moins nuisible aux enfants que la garde monoparentale »¹⁶⁸, « on est en général d'accord pour dire que l'âge des enfants est un des paramètres à prendre en considération pour apprécier l'adéquation ou non de ce système. Ainsi, il semble se dégager de leur enseignement que lorsque les enfants sont en très bas âge, une plus grande présence de la mère est adéquate, et cela va de soi lorsque l'enfant est encore en période d'allaitement. Selon les pédopsychiatres, l'enfant jusqu'à *deux ans* n'est pas capable de "penser" l'absence de la mère »¹⁶⁹. Le bas âge ne constitue toutefois qu'un obstacle temporaire à l'hébergement égalitaire puisque la cour précise que « le père doit être conscient qu'il lui faut juste un peu de patience et de compréhension pour que puisse s'installer un véritable hébergement alterné »¹⁷⁰.

Pour l'ancien tribunal de la jeunesse de Bruxelles « la grande majorité des spécialistes de la petite enfance insiste en effet sur le lien fondamental (...) qui unit l'enfant de *moins de trois ans* à sa mère. Un courant grandissant chez ces mêmes spécialistes tend à la mise en garde contre les dangers que représente la mise en place précoce d'un hébergement égalitaire pour le bon développement de l'enfant notamment en termes de sécurité affective »¹⁷¹. Le tribunal met en place un hébergement hebdomadaire de l'enfant – qui est âgé de moins de deux ans – chez le père

¹⁶⁸ Voy. les études en ce sens citées dans l'arrêt : F. LABBE et C. MARINO, « Hébergement alterné de l'enfant : considérations », *Act. Dir.*, 2004, pp. 119 et s. ; B. VAN DIEREN « Échange d'expériences professionnelles entre magistrats compétents dans les affaires de famille », *L'Hébergement alterné en deux mots, Formation de l'Ordre judiciaire du 16 décembre 2005* ; Ph. KINOO, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 271.

¹⁶⁹ Nous soulignons.

¹⁷⁰ Liège (10^e ch.), 11 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 896, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 199.

¹⁷¹ Trib. jeun. Bruxelles (133^e ch.), 6 mai 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 354 – nous mettons en italique. *Adde* : Trib. fam. Namur, (div. Namur, 1^{re} ch. E), 5 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 419.

du mercredi midi au vendredi après-midi et insiste sur la nécessité d'éviter une séparation d'une semaine entière avec la mère.

438. – Un juge a maintenu l'hébergement égalitaire pour un enfant de 3 ans, car ces modalités avaient été convenues précédemment par les parents¹⁷².

Un hébergement égalitaire a également été prévu pour une fratrie de 6, 3 et 2 ans¹⁷³ et pour une autre de 5 et 3 ans¹⁷⁴ afin de maintenir l'unité de la fratrie. À 6 ans, l'âge ne constitue en tout état de cause plus un obstacle empêchant l'hébergement égalitaire¹⁷⁵.

439. – Il convient de retenir de ces décisions que :

- les juges se montrent réticents à mettre en place un hébergement égalitaire avec alternance hebdomadaire pour des enfants de moins 2 ou 3 ans¹⁷⁶ ;
- ces réticences sont liées au seul jeune âge, ce qui n'exclut donc nullement qu'un hébergement égalitaire puisse être prévu par la suite.

B. Alternatives à l'hébergement égalitaire pour de jeunes enfants

440. – Le refus de mettre en place un hébergement égalitaire tenant compte du jeune âge de l'enfant n'implique pas nécessairement qu'un hébergement principal « classique » soit prévu chez la mère et seulement un weekend sur deux chez le père.

D'autres systèmes d'hébergement, qui laissent une plus grande place au père dans la vie de l'enfant et qui permettent de développer des liens avec celui-ci tout en tenant compte de son jeune âge, sont souvent retenus par la jurisprudence. Il a ainsi été jugé que, si un enfant de 4 ans nécessite encore la présence « prépondérante » de sa mère, la présence du milieu paternel devient indispensable pour sa « psychologique et affective », de sorte qu'il y a lieu d'opter pour un hébergement de type « 9-5 »¹⁷⁷. Certains juges ont prévu un hébergement de type « 9-5 » « fractionné » en périodes plus courtes pour ne pas séparer l'enfant trop longtemps de sa mère, voire un système intermédiaire où l'enfant passe un jour de la semaine avec son père en plus d'un weekend sur deux¹⁷⁸.

¹⁷² Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 209.

¹⁷³ Bruxelles (3^e ch.), 6 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 104.

¹⁷⁴ Civ. Bruxelles (110^e ch.), 27 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 6, p. 118.

¹⁷⁵ Bruxelles (ch. jeun.), 25 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 410.

¹⁷⁶ Un juge a estimé qu'un enfant de 5 ans était encore « très jeune », mais l'hébergement égalitaire a été refusé essentiellement pour un autre motif, à savoir l'assuétude du père à la pornographie – Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419, cf. *infra*, n° 448.

¹⁷⁷ Mons (ch. jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201.

¹⁷⁸ Cf. *infra*, n° 453.

§ 2. La distance géographique

441. – Un deuxième obstacle à l'hébergement égalitaire, reconnu par les juges, est la distance géographique entre les domiciles d'un des parents et l'école. Le critère retenu ici est moins l'ancrage local de l'enfant (celui-ci peut parfaitement s'intégrer dans deux environnements, en y résidant la moitié du temps) que la longueur des trajets.

Deux hypothèses peuvent ainsi se présenter :

- la durée des trajets vers l'école (que celle-ci se trouve à équidistance entre les domiciles parentaux ou à proximité de l'un d'entre eux) semble raisonnable. Dans ce cas, la distance géographique ne constitue évidemment pas une contre-indication à la mise en place d'un hébergement égalitaire ;
- la durée des trajets entre un des domiciles parentaux – ou les deux – et l'établissement scolaire apparaît comme excessive. L'hébergement principal de l'enfant peut alors être confié au parent habitant le plus près de l'école ou, si celle-ci semble trop éloignée des deux domiciles parentaux, un changement d'école peut être autorisé. Certains juges prévoient un hébergement de type « 9-5 » dans une telle hypothèse¹⁷⁹. Le caractère excessif des trajets est apprécié raisonnablement par chaque juge. Ainsi, l'un d'entre eux a considéré des trajets de 40 minutes depuis les domiciles parentaux jusqu'à l'école, ainsi que la même durée le soir, comme trop importants¹⁸⁰.

§ 3. La volonté (alléguée) de l'enfant

442. – Le Président du tribunal de première instance de Bruxelles a rejeté catégoriquement l'argument tiré du refus d'un enfant de 6 ans, allégué par la mère, d'être hébergé une semaine sur deux par chacun de ses parents : « L. a 6 ans et il appartient à ses parents et, à défaut, au juge, d'apprécier la situation au regard de son intérêt. Il est inadéquat de mettre en avant le fait que L. ne soit pas en demande (ce qui est d'ailleurs contesté par son père), ce qui constitue une responsabilité trop lourde pour les épaules d'une fillette de 6 ans. De toute façon, L. a-t-elle été consultée au moment de la séparation ? Il s'indique de laisser à L. sa place d'enfant »¹⁸¹. Dans une autre cause, la même juridiction avait maintenu l'hébergement égalitaire malgré la volonté contraire d'un enfant de 8 ans, manifestée

¹⁷⁹ Mons (ch. jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201.

¹⁸⁰ Bruxelles (ch. jeun.), 25 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 410.

¹⁸¹ Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205.

notamment par une fugue et relayée par la mère, considérant que celui-ci était pris par un conflit de loyauté¹⁸².

Les réticences d'une adolescente de 12 ans – qui souhaitait garder un lieu unique d'ancrage (chez la mère) – face à une demande d'hébergement égalitaire (de son père) ont cependant mené le juge, en tenant compte de l'apport essentiel et nécessaire de chaque parent, à mettre en place un hébergement de type « 9-5 » à titre de compromis¹⁸³.

§ 4. *Le manque de disponibilité d'un des parents*

443. – Certains parents mettent en avant le manque de disponibilité suffisante de l'autre parent pour héberger effectivement l'enfant une semaine sur deux. À moins d'être étayé par des éléments concrets et établis, cet argument ne convainc pas facilement les tribunaux. Certains mettent par ailleurs en avant le constat qu'« il est fréquent que les pères, relativement discrets du temps de la vie commune (...), révèlent, après la séparation, une volonté de s'investir dans l'éducation de leurs enfants »¹⁸⁴. La plus grande disponibilité d'un parent n'empêche toutefois pas le magistrat de maintenir l'hébergement une semaine sur deux chez l'autre parent¹⁸⁵.

L'absence de proches susceptibles de seconder le parent durant la semaine où il héberge l'enfant, ne constitue pas non plus une contre-indication¹⁸⁶. *A fortiori*, le fait que l'enfant soit confié aux grands-parents à certains moments de la semaine où il est hébergé par leur fils ou leur fille, n'y fait pas non plus obstacle¹⁸⁷.

Il n'en demeure pas moins que la plus grande disponibilité, mise en avant et démontrée par un des parents (par exemple à travers un horaire de travail, des témoignages de professeurs ou simplement d'allégations non-contestées...), apparaîtrait bien évidemment comme un élément supplémentaire *en faveur* de sa demande tendant à obtenir un hébergement égalitaire¹⁸⁸.

¹⁸² Réf. Bruxelles, 13 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 204.

¹⁸³ Trib. jeun. Bruxelles, 16 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 439.

¹⁸⁴ Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205.

¹⁸⁵ Bruxelles (4^e ch. fam.), 12 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 410.

¹⁸⁶ Réf. Bruxelles, 6 mai 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 205.

¹⁸⁷ Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 209 ; Réf. Bruxelles, 13 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 204.

¹⁸⁸ Bruxelles (4^e ch. fam.), 12 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 410 ; Civ. Bruxelles (110^e ch.), 27 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 6, p. 118.

§ 5. *Les difficultés de communication éprouvées par les parties*

444. – Les difficultés de communication éprouvées par les parties ne sont pas retenues comme une contre-indication par de nombreux juges. En effet, s'« il n'est pas possible de maintenir effectif l'exercice conjoint de l'autorité parentale sans un minimum de dialogues entre les parties », « l'absence de dialogue (...), aussi regrettable qu'elle puisse être, ne constitue pas un obstacle à la mise en place d'un hébergement strictement égalitaire. Elle polluera la relation entre les parties quel que soit le mode d'hébergement pratiqué ». C'est aux parents qu'il appartient de mettre en place des moyens qui facilitent la communication (« carnet de communication » accompagnant l'enfant, médiation, etc.)¹⁸⁹.

Une décision considère cependant la « relation exécrable » entre les parents, marquée par des « échanges violents occasionnant des plaintes » comme une contre-indication empêchant l'hébergement égalitaire. Le juge l'estime en effet « impraticable, notamment du fait de l'impossibilité pour un parent de communiquer de quelque manière que ce soit avec l'autre parent »¹⁹⁰. Cette décision témoigne à la fois d'une divergence entre les juges à propos de la prise en considération des difficultés relationnelles entre les parents comme obstacle empêchant un hébergement égalitaire, et de l'existence d'un seuil de gravité des conflits, au-delà duquel ce type d'hébergement semble totalement impossible à mettre en œuvre. Le raisonnement suivi par le tribunal pose néanmoins question dans la mesure où, comme le mentionne la première décision citée, les difficultés de dialogue risquent de se poser de la même manière, quelles que soient les modalités d'hébergement.

§ 6. *Approches éducatives différentes*

445. – Certains parents mettent en avant leur approche éducative plus stricte, en accusant l'autre parent d'être laxiste et s'opposent, pour cette raison, à la poursuite de l'hébergement égalitaire.

À moins que les enfants n'en éprouvent des difficultés particulières (absence de suivi scolaire¹⁹¹, perturbation par manque de repères...), établies *in concreto*, une telle dissymétrie des approches éducatives ne constitue pas une contre-indication au maintien de l'hébergement égalitaire. La cour d'appel de Liège a par exemple constaté que « la réussite scolaire non contestée des enfants, que la mère attribue

¹⁸⁹ Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 209.

¹⁹⁰ Trib. jeun. Charleroi (15^e ch.), 5 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 423. *Adde* : Trib. jeun. Bruxelles (133^e ch.), 6 mai 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 354.

¹⁹¹ Le non-respect de la scolarité constitue une limite quasi-absolue à cet égard – *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n^{os} 1153 et 1154.

à ses seuls mérites en dépit du comportement laxiste du père, démontre que leur équilibre n'a pas été mis en péril par l'application de l'hébergement égalitaire. Les modes de vie et éducatif différents des deux parents se complètent dans l'intérêt des enfants et ne constituent pas une incompatibilité majeure »¹⁹².

§ 7. Fragilité psychologique d'un des parents

446. – La mise en place d'un hébergement égalitaire a été considérée comme inappropriée dans une cause où le père, qui avait souffert de problèmes psychiques, harcelait son fils adolescent d'e-mails¹⁹³. Dans une autre cause, l'hébergement chez le père (chez qui les enfants – âgés de 10 et 6 ans et demi – vivaient précédemment une semaine sur deux) a été provisoirement réduit à une nuit hebdomadaire tenant compte de l'état psychologique de celui-ci. Cet état, bien que non-dangereux, se manifestait par des messages contradictoires et une certaine crispation¹⁹⁴.

La fragilité psychologique d'un des parents, même si elle ressort du dossier, ne constitue cependant pas toujours un obstacle à la mise en place d'un hébergement égalitaire pour de jeunes enfants. Ainsi, un « trouble anxieux défini comme “un trouble névrotique réactionnel caractérisé par une moindre sévérité (...)” », ne nécessite pas un encadrement en espace-rencontre et n'empêche pas la mise en place d'un hébergement égalitaire à partir du moment où les enfants ne sont pas en danger¹⁹⁵.

§ 8. L'absence un mois sur deux d'un des parents et attachement à la fratrie recomposée

447. – L'absence un mois sur deux d'un des parents ne constitue pas *in se* une contre-indication pour un hébergement égalitaire lorsque celui-ci peut être prévu par alternances mensuelles. Bien « qu'il serait préférable pour les enfants que l'hébergement égalitaire puisse être organisé par semaine plutôt que par mois », un tel hébergement peut être maintenu lorsque les enfants s'y sont habitués depuis

¹⁹² Liège (16^e ch.), 4 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 1, p. 15. Cet arrêt semble confirmer une tendance établie dans la jurisprudence – cf. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n^{os} 1067, 1068 et 1089.

¹⁹³ Réf. Bruxelles (3^e ch.), 27 février 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 6, p. 108.

¹⁹⁴ Trib. fam. Bruxelles (127^e ch.), 29 avril 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 17.

¹⁹⁵ Bruxelles (3^e ch.), 6 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 104.

plusieurs années et tenant compte « des contraintes liées à l'activité professionnelle du père qu'il exerce un mois sur deux à Bruxelles et un mois sur deux à Jakarta ».

De même, si la Cour se réjouit de l'attachement des enfants aux deux autres enfants qui vivent chez la mère, elle considère que cet attachement ne peut prévaloir sur « la continuité des contacts entre les enfants et leur père » depuis six ans¹⁹⁶.

§ 9. Autres critères

A. Motifs qui justifient de ne pas prévoir d'hébergement égalitaire

448. – Outre ceux évoqués, les motifs suivants ont également mené le juge à préférer d'autres modalités que l'hébergement égalitaire :

- l'assuétude d'un des parents à la *pornographie* – il s'avère qu'il a téléchargé plus de 20.000 fichiers (y compris le jour de la naissance de l'enfant, qui est âgé de 5 ans au moment du litige) – copiés par l'autre parent sur un disque dur à l'intention de la cour, forme un obstacle à la mise en place d'un hébergement égalitaire. En effet « si cette assuétude n'est pas en soi incompatible avec une bonne prise en charge de l'enfant », « l'exemple donné joue incontestablement un grand rôle ». Or, le téléchargement et la vision de nombreux films pornographiques ne constituent évidemment pas un exemple adéquat (l'arrêt concerné n'indique cependant pas que l'enfant pourrait être témoin de cette pratique). De plus, le parent concerné « continue à nier tout problème ». Le caractère « légal » des téléchargements « est totalement irrelevante à cet égard »¹⁹⁷ ;
- le *non-exercice* du droit d'hébergement à certaines périodes et le *refus* (répété et sans autres motifs) de la proposition de l'autre parent d'*héberger davantage* l'enfant à certains moments peuvent mener le juge à ne pas prévoir d'hébergement égalitaire¹⁹⁸ ;
- le *conflit de loyauté* dans lequel l'enfant est plongé suite à l'attitude manipulatrice du père (dresser les frères et sœurs les uns contre les autres, envoi d'SMS obligeant l'enfant à « choisir son camp » dans le conflit parental...) a mené à la suppression de l'hébergement égalitaire et la restriction des contacts à deux heures par semaine dans un espace-rencontre¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Bruxelles (41^e ch.), 8 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 9, p. 203.

¹⁹⁷ Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419.

¹⁹⁸ Liège (10^e ch.), 11 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 896, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 199.

¹⁹⁹ Bruxelles (ch. jeun.), 29 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 399.

B. Motifs qui ne font pas obstacle à l'hébergement égalitaire

449. – Les motifs suivants n'ont, au contraire, pas empêché les juges de prévoir un hébergement égalitaire :

- la cour d'appel d'Anvers a précisé que l'initiative prise par un des parents de *mettre fin au mariage* et son installation avec un nouveau partenaire, ne constituent pas *in se* une contre-indication à la mise en place d'un hébergement égalitaire²⁰⁰. Les discussions relatives à l'origine de la rupture sont donc en principe dénuées de pertinence dans la cadre des débats relatifs audit hébergement, qui doivent être centrés sur l'intérêt de l'enfant. De même, si la première confrontation de celui-ci avec le nouveau partenaire d'un de ses parents peut parfois s'avérer un moment difficile pour l'enfant, les bénéfices liés au temps maximal passé avec chacun de ses pères et mères, demeurent prépondérants ;
- l'adhésion d'un parent à une *religion ou à une idéologie*, voire son intérêt pour celle-ci, n'empêche pas en elle-même la mise en place d'un hébergement égalitaire s'il n'est pas établi *in concreto* qu'il en résulterait un danger ou un préjudice pour l'enfant. Ainsi le tribunal de la famille de Namur a considéré que « la fréquentation des représentants officiels des "Indiens d'Amérique" (par père) (...), de même que l'intérêt pour la spiritualité ou la religion bouddhiste n'impliquent pas forcément des dérives sectaires qui seraient incompatibles » avec un hébergement égalitaire²⁰¹.

CHAPITRE 2

LES AUTRES SYSTÈMES D'HÉBERGEMENT

SECTION 1

L'HÉBERGEMENT PRINCIPAL ET SECONDAIRE « CLASSIQUES »

450. – Le système d'hébergement « classique » consiste à ce que l'enfant vive principalement chez le père ou chez la mère, et un week-end sur deux chez l'autre parent. L'adjectif « classique » ne doit pas induire en erreur et ne signifie nullement qu'il s'agirait des modalités d'hébergement les plus fréquentes ou appliquées

²⁰⁰ Anvers (3^e ch.), 10 mars 2015, *R.G.D.C.*, 2016, liv. 10, p. 564.

²⁰¹ Trib. fam. Namur (div. Namur, 1^{re} ch. E), 5 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 419. L'hébergement égalitaire est néanmoins refusé car l'enfant est trop jeune (2 ans). *Adde* : Civ. Bruxelles (110^e ch.), 27 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 6, p. 118.

à défaut d'éléments préconisant un autre système. Ce système d'hébergement est, au contraire, actuellement plutôt minoritaire et généralement réservé aux situations où d'autres modalités d'hébergement ne sont pas possibles (éloignement géographique très important des domiciles parentaux, indisponibilité d'un des parents, rupture de contacts prolongée, etc.), mais était davantage fréquent – d'où l'adjectif « classique » – dans le passé.

La question de savoir *auquel des deux parents* l'hébergement principal doit être confié, est particulièrement délicate (à moins qu'il ne s'agisse d'enfants de moins de 2 ans²⁰², encore allaités²⁰³, auxquels cas l'hébergement principal et généralement confié à la mère²⁰⁴).

Plusieurs critères ont été retenus par la jurisprudence (outre le jeune âge et l'accord parental) afin de déterminer si les enfants vivront chez leur père ou chez leur mère : la volonté des enfants²⁰⁵, la distance entre les domiciles respectifs des parents et l'école²⁰⁶, la stabilité du principal repère parental (maintien de l'hébergement principal chez le parent qui l'assumait jusqu'ici²⁰⁷), l'état psychique d'un des parents ou l'inadéquation de son approche pédagogique²⁰⁸...

451. – En ce qui concerne l'hébergement secondaire, il est souvent précisé que le parent viendra chercher l'enfant le vendredi à l'école et l'y reconduira le lundi matin. Un tel système présente l'avantage d'éviter que les parents se rencontrent trop souvent. Pour de très jeunes enfants (2 ans) qui ne sont pas encore scolarisés et qu'il convient de ne pas séparer trop longtemps de leur mère, il est parfois prévu que l'hébergement secondaire débute le samedi matin (par exemple à 10 heures) et s'achève le dimanche fin d'après-midi (par exemple à 18 heures²⁰⁹). Un système intermédiaire (par exemple : hébergement secondaire du vendredi après l'école au dimanche soir à 18 heures) est parfois appliqué²¹⁰. La cour d'appel de Liège a, quant à elle, permis un hébergement secondaire « en shifts » en tenant compte des horaires professionnels variables du père (le début de la période d'hébergement se situe le vendredi à 19h, le samedi à 9 h ou le samedi à 13 h, en tenant fonction dudit horaire)²¹¹.

²⁰² Voy. p. ex. : Trib. fam. Namur (div. Namur, 1^{er} ch. E), 5^e décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 419.

²⁰³ Liège (10^e ch.), 11 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 896, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 199.

²⁰⁴ Bien que, dans un tel cas, il n'est généralement pas opté pour un hébergement classique mais pour un « 9-5 » ou pour un système intermédiaire – cf. *supra*, n° 440 et *infra*, n° 452 et 453.

²⁰⁵ Trib. jeun. Charleroi (15^e ch.), 5 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 423.

²⁰⁶ Bruxelles (ch. jeun.), 25 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 410.

²⁰⁷ *Ibid.* (implicitement) et Liège (16^e ch.), 8 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 1, p. 14.

²⁰⁸ Réf. Bruxelles (3^e ch.), 27 février 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 108.

²⁰⁹ Réf. Bruxelles, 19 décembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 425.

²¹⁰ Bruxelles (3^e ch.), 17 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 113.

²¹¹ Liège (16^e ch.), 18 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 1, p. 18.

Dans des cas exceptionnels, où le parent représente un danger pour l'enfant (attitude agressive, manipulation entraînant un conflit de loyauté, risque d'enlèvement international²¹²...), l'hébergement secondaire ou les relations personnelles peuvent être réduits à quelques heures dans un espace-rencontre, le cas échéant en présence d'un tiers²¹³.

SECTION 2

L'HÉBERGEMENT DE TYPE « 9-5 »

452. – L'hébergement de type « 9-5 » implique que l'enfant passe, sur une quinzaine, 9 jours chez un de ses parents et 5 jours chez l'autre. Il s'agit, en quelque sorte, d'un compromis relativement fréquent entre un hébergement égalitaire et un hébergement « classique ». L'hébergement de type « 9-5 » peut être prévu à titre « définitif »²¹⁴²¹⁵, mais également comme modèle de transition vers un hébergement égalitaire²¹⁶, voire provisoirement dans l'attente de la réalisation d'une mesure d'investigation²¹⁷.

La cour d'appel de Mons a retenu ce type d'hébergement en tenant compte de la trop grande distance entre les domiciles parentaux, mais également afin de « permettre à l'enfant (4 ans) de continuer à bénéficier des apports essentiels, actuellement prépondérants, de sa maman, tout en profitant des apports, indispensables à l'équilibre de sa construction psychologique et affective, de son milieu paternel »²¹⁸. Pour l'ancien tribunal de la jeunesse de Bruxelles, l'hébergement de type « 9-5 » prenait en considération le « rôle très spécifique (joué par le père) en permettant à (une adolescente de 12 ans) de sortir d'un attachement fusionnel qu'(elle) voue à sa mère et de l'ouvrir sur le monde extérieur »²¹⁹.

Un tel système présente le double avantage de :

- permettre un développement de la relation de l'enfant avec chacun de ses parents et éviter d'éventuels risques d'aliénation parentale tout en tenant compte des contre-indications à l'hébergement égalitaire ;

²¹² Bruxelles (41^e ch.), 3 avril 2015, *Revue@dipr.be*, 2015, liv. 3, p. 25.

²¹³ Bruxelles (jeun.), 29 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 399.

²¹⁴ Mons (jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201.

²¹⁵ En supposant que les décisions véritablement définitives existent en matière d'autorité parentale et d'hébergement – cf. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, op. cit., n° 60.

²¹⁶ Trib. fam. Brabant wallon (22^e ch.), 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 19.

²¹⁷ À ce sujet, voy. N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, op. cit., n° 507 et 508.

²¹⁸ Mons (jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201.

²¹⁹ Trib. jeun. Bruxelles, 16 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 439.

- empêcher qu'un des parents se perçoive comme « gagnant » ou « perdant » (et en conserve quelque frustration) après avoir sollicité l'hébergement principal ou égalitaire.

453. – Généralement, ces périodes sont consécutives et la deuxième s'étend du *mercredi de la deuxième semaine à la fin du weekend suivant*. D'autres modalités existent toutefois également :

- un hébergement de type « 9-5 fractionné », appelé également « 9-5 découpé », avec des alternances plus fréquentes, demeure possible, le plus souvent pour de jeunes enfants ;
- une décision prévoit que les enfants (5 et 3 ans) résideront chez leur père « les semaines calendrier paires, du mercredi sortie d'école (ou 16 h s'il n'y a pas d'école) jusqu'au vendredi entrée de l'école (ou 16 h s'il n'y a pas d'école) et les semaines impaires, du vendredi sortie d'école au lundi entrée de l'école »²²⁰ ;
- dans une autre cause il est décidé que l'enfant (11 ans et demi) résidera chez son père une semaine sur deux du jeudi après l'école jusqu'au dimanche à 18 h et l'autre semaine du mercredi midi au jeudi matin, afin d'assurer un contact hebdomadaire²²¹.

SECTION 3

SYSTÈMES INTERMÉDIAIRES ENTRE L'HÉBERGEMENT PRINCIPAL ET L'HÉBERGEMENT DE TYPE « 9-5 »

454. – Certains juges confient, lorsqu'un « 9-5 » semble inapproprié ou prématuré, l'hébergement principal au père ou à la mère avec un hébergement secondaire un weekend sur deux chez l'autre parent, mais en prévoyant que l'enfant passera également un jour de semaine (par exemple un mercredi sur deux, voire tous les mercredis) chez celui-ci²²². D'autres juges optent pour un hébergement secondaire élargi consistant en deux jours consécutifs *hebdomadaires*, par exemple toutes les semaines du mercredi après la crèche au vendredi midi, pour de jeunes enfants qui ne sont pas encore scolarisés²²³.

²²⁰ Trib. fam. Brabant wallon (22^e ch.), 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 19 ; Trib. jeun. Bruxelles, 16 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 439.

²²¹ Trib. jeun. Bruxelles, 14 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 207.

²²² Voy. notamment Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419 ; Trib. fam. Namur (div. Namur, 1^{re} ch. E), 5 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 419 ; Trib. jeun. Charleroi (15^e ch.), 5 novembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 423.

²²³ Trib. jeun. Bruxelles (133^e ch.), 6 mai 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 354.

Dans un système de coparentalité, qui repose sur la conviction que l'éducation ne doit pas être l'apanage d'un seul parents (y compris si celui-ci était doté des plus grandes aptitudes et animé des meilleures intentions), ces solutions nous semblent constituer le *minimum minimorum* – y compris pour de très jeunes enfants – lorsque les autres types d'hébergement ne sont pas possibles ou appropriés. Le développement de la relation entre l'enfant et le parent qui ne l'héberge qu'un week-end sur deux ne semble en effet pas favorisé par une séparation de 12 jours par quinzaine.

CHAPITRE 3

HÉBERGEMENT DURANT LES VACANCES SCOLAIRES LORSQUE LES DEUX PARENTS VIVENT EN BELGIQUE²²⁴

455. – Les juges prévoient le plus souvent une répartition égalitaire des vacances de la Toussaint, de Noël, de Carnaval, de Pâques et des grandes vacances. Un règlement est également prévu pour les trajets (par exemple : l'enfant est conduit par le parent dont la période d'hébergement s'achève chez celui qui « entame » la sienne²²⁵, ou, au contraire, celui-ci ira le chercher chez celui qui vient de l'héberger²²⁶).

Les vacances de Noël et de Pâques sont généralement divisées en deux de manière à ce que l'enfant passe une semaine chez chaque parent. Le plus souvent, il est prévu une alternance des semaines passées avec chaque parent selon le caractère paire ou impaire du millésime²²⁷, ce qui permet notamment (en principe) aux enfants de passer un Noël sur deux avec leur père et l'autre avec leur mère.

Les « petites » vacances d'une semaine sont soit divisées en deux (souvent avec changement le mercredi « médian »²²⁸), soit attribuées un an sur deux à chaque parent (par exemple : les années paires, les enfants passeront les vacances de la Toussaint avec leur mère et les vacances de Carnaval avec leur père²²⁹).

²²⁴ La détermination de l'hébergement durant les vacances pour les enfants dont un des parents ne vit pas dans le même pays que lui, sera évoquée ultérieurement – *infra*, n° 479.

²²⁵ Mons (ch. jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201.

²²⁶ Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419.

²²⁷ Voy. notamment Mons (ch. jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201 ; Liège (16^e ch.), 4 juin 2013, *Act. dr. fam.* 2015, liv. 1, p. 15 ; Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 209.

²²⁸ Voy. p.ex. Mons (ch. jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201 ; Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419 ; Liège (16^e ch.), 4 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 1, p. 15.

²²⁹ Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 209.

Les grandes vacances sont souvent divisées en quatre « blocs » de deux semaines²³⁰ (ici également les quinzaines attribuées s'alternent généralement d'année en année afin de permettre respectivement au père et à la mère de passer chaque période un an sur deux avec l'enfant, et d'éviter que les camps et autres activités extrascolaires ne soient imputées chaque année sur la période attribuée au même parent). Certains juges optent – à condition qu'un des parents le demande – pour des périodes plus courtes si l'enfant est plus jeune (par exemple : trois fois dix jours sur le mois chez chaque parent pour un enfant de 4 ans²³¹). La même logique a mené la cour d'appel de Bruxelles à prévoir la poursuite d'un hébergement égalitaire avec alternance hebdomadaire durant les grandes vacances²³².

Enfin, les vacances d'été peuvent exceptionnellement et provisoirement être divisées en petites périodes de quelques jours pour de très jeunes enfants afin de ne pas les séparer trop longtemps de leur mère²³³.

CHAPITRE 4

MAINTIEN DES CONTACTS AVEC LE PARENT CHEZ QUI L'ENFANT NE VIT PAS AU QUOTIDIEN

SECTION 1

GÉNÉRALITÉS

456. – Le maintien des relations entre l'enfant et le parent chez qui il ne vit pas principalement, constitue un droit tant du premier que du deuxième.

En effet, il ressort explicitement de l'article 9.3 de la Convention onusienne relative aux droits de l'enfant que « les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant »²³⁴.

De même, la Cour de Strasbourg considère que le droit à la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme implique, dans le chef

²³⁰ Voy. p. ex. Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 209 ; Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 419 ; Liège (16^e ch.), 4 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 1, p. 15.

²³¹ Mons (ch. jeun.), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 201.

²³² Bruxelles (3^e ch.), 6 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 104.

²³³ Trib. jeun. Bruxelles (133^e ch.), 6 mai 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 354.

²³⁴ Voy., à ce sujet, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, op. cit., n^o 200 et 201.

de chaque parent, le droit de ne pas être séparé de son enfant²³⁵. Parmi les nombreux arrêts rendus en cette matière, il est permis de citer celui du 12 février 2013, prononcé dans une affaire *Vojnity / Hongrie*. La Cour y a jugé la suppression du « droit de visite » du père par les juridictions hongroises contraire aux articles 8 et 14 combinés de la Convention²³⁶. Il apparaissait en effet clairement que cette suppression demeurait liée à l'appartenance du père à la religion pentecôtiste sans qu'il était établi *in concreto* qu'il en résultait un impact négatif sur l'enfant.

457. – Deux situations doivent être distinguées en droit interne belge.

- Dans la première, le père ou la mère qui n'assume pas l'hébergement principal de l'enfant, exerce cependant conjointement l'autorité avec l'autre parent au sens des articles 373 et 374 du Code civil. Le temps, déterminé par le juge ou par les parties, que l'enfant passera chez ou avec ce parent, est appelé « hébergement secondaire »²³⁷. Cet hébergement constitue un attribut de l'autorité parentale.
- La deuxième est celle où l'autre parent exerce exclusivement l'autorité parentale. L'article 374, § 4, alinéa 4 du Code civil prévoit, dans ce cas, que le tribunal de la famille « fixe les modalités selon lesquelles celui qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des *relations personnelles* avec l'enfant » et que « ces relations ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves »²³⁸. Notons au passage que la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 3 octobre 2014, que le juge ne *doit* pas prévoir de telles relations personnelles *si le parent ne les a pas sollicitées*²³⁹.

Dans les deux situations²⁴⁰, il est question uniquement des pères et mères à l'égard desquels le lien de filiation est établi. Le « simple » parent « biologique » avec qui

²³⁵ *Ibid.*, n^{os} 70 et 71.

²³⁶ Cour. eur. dr. h., 12 février 2013 (*Vojnity c. Hongrie*), www.echr.coe.int.

²³⁷ Sans susciter notre enthousiasme inconditionnel, la locution « hébergement secondaire » nous semble en toute hypothèse préférable à celle d'« hébergement subsidiaire », rencontrée parfois chez certains praticiens. Celle-ci semble en effet indiquer que le temps passé chez ce parent n'est qu'une période résiduaire, d'un niveau d'importance moindre par rapport à celui partagé avec le parent chez qui il vit principalement.

²³⁸ Nous mettons en évidence. À propos des « motifs très graves », voy. N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, op. cit., n° 519.

²³⁹ Cass., 3 octobre 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 227. Voy. à ce propos M. MAILLIEN, « L'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant et la volonté des parents : analyse de deux arrêts de la Cour de Cassation », *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 227, n^{os} 17 et 18.

²⁴⁰ Malgré l'importance de la distinction entre l'hébergement secondaire et les relations personnelles avec le père ou la mère qui n'exerce pas l'autorité parentale, les décisions relatives à ces droits respectifs sont analysées ici ensemble pour deux raisons. Tout d'abord, le libellé même de plusieurs décisions recensées et commentées ici ne permet pas d'apercevoir si l'autorité parentale est exercée conjointement et, partant, s'il est question d'un hébergement secondaire ou de relations personnelles. Ensuite, l'enjeu et le vécu au niveau familial et psychologique pour l'enfant et ses parents sont généralement les mêmes et demeurent susceptibles de susciter des arguments similaires dans les deux cas.

ce lien n'est pas établi, doit, lui, être assimilé à un tiers au sens de l'article 375bis du Code civil²⁴¹.

SECTION 2

ARGUMENTS MOBILISÉS DANS LE CADRE DE LITIGES À PROPOS DES CONTACTS AVEC UN DES PARENTS

§ 1. *La volonté de l'enfant et l'inertie d'un des parents*

A. **Décision où le juge a estimé que l'opposition de l'enfant et l'inertie du parent ne constituent pas un obstacle à la mise en place de contacts**

458. – Le poids de différents arguments avancés en faveur et en défaveur de la reprise des contacts entre l'enfant et son père, avec qui il ne vit pas, est apparu clairement dans un arrêt rendu le 28 mai 2013 par la cour d'appel de Liège²⁴².

En l'espèce, le père résidait dans une maison de repos pour des raisons de santé. Il exerçait conjointement l'autorité parentale avec la mère sur leur enfant commun de 9 ans (le père avait en tout treize enfants issus de trois relations). La mère – qui n'était âgée que de 15 ans au moment de la conception – s'y opposait, faisant valoir que son compagnon actuel apportait *de facto* une image paternelle à l'enfant. Elle prétendait également que le père était jusqu'ici resté absent de la vie de l'enfant et avait tenu des propos dénigrants par voie épistolaire. L'enfant se refuserait à tout contact avec le père.

Il ressortait toutefois de l'étude sociale que :

- le père n'impliquait pas l'enfant dans le litige avec la mère ;
- la mère, de son côté, influençait l'enfant dans son refus de contacts avec le père. Elle a déclaré à l'assistante de justice qu'elle s'est « servie » de lui comme « géniteur » sans intention, sur le long terme, de poursuivre une relation avec lui.

La cour a considéré, pour sa part, qu'« il n'appartient pas à l'enfant de décider lui-même où est son intérêt face à la demande de son père ». Elle a imputé l'échec d'une précédente tentative de reprise des contacts au manque de préparation de la maison de repos où vivait le père alors que les rencontres devaient y avoir lieu. Dans la mesure où il n'y avait actuellement pas d'objections à la reprise desdits contacts (la haute juridiction considère le désinvestissement par rapport aux douze

²⁴¹ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, op. cit., n°s 548 et s., cf. *infra* – n° 503.

²⁴² Liège (16^e ch.), 28 mai 2013, 2013/JE/33, inédit.

autres enfants comme dénué de pertinence à cet égard), la cour a décidé que père et fils se rencontreront une fois tous les quinze jours dans un *local adapté* (mais toujours dans la maison de repos).

B. Décision où le juge a considéré que l'opposition de l'enfant constituait un obstacle empêchant les contacts

459. – Il arrive exceptionnellement que les relations personnelles entre l'enfant et un de ses parents soient entièrement refusées.

Une mère a ainsi été déboutée de sa demande de contacts avec son fils de presque 16 ans étant donné le constat d'échec dressé par l'espace-rencontre où ceux-ci se déroulaient jusqu'à présent et, surtout, la nécessité de « *respecter (la) volonté* » de l'adolescent.

Il a ainsi été tenu compte de « la souffrance (de l'enfant) et au discernement que son âge lui confère »²⁴³.

§ 2. Décision en fonction de l'avis de tiers intervenants

A. Avis des responsables de l'espace-rencontre²⁴⁴

460. – La décision citée au point précédent démontre que, lorsque les contacts avec le parent ont lieu dans un espace-rencontre, la manière dont ils se déroulent est souvent perçue comme déterminante par le juge.

Ainsi, les contacts ont-ils été prolongés – avec désormais des « sorties » autorisées – dans une cause où le père et le fils se rencontraient depuis quelques mois dans un espace-rencontre. Tant les parties que le centre avaient en effet manifesté leur satisfaction à propos des rencontres qui y avaient lieu depuis quelques mois²⁴⁵.

461. – Dans un autre litige les contacts ont au contraire été supprimés vu l'évaluation négative des responsables de l'espace-rencontre. Le père, demandeur de la poursuite des contacts (qui jusqu'ici avaient lieu via un espace-rencontre) mais qui était fortement diminué par la maladie, semblait entièrement supplanté par l'ancien compagnon de la mère (appelé « *inadéquatement Papa* »).

²⁴³ Liège (16^e ch.), 16 avril 2013, 2011/JE/179, *inédit*. Précisons cependant que, face au rapport de l'espace-rencontre, la mère avait pris acte, lors de l'audience devant la cour d'appel, du refus (actuel) de son fils d'entretenir des contacts avec elle.

²⁴⁴ À propos de l'intervention des espaces-rencontre, voy. N. MASSAGER, *op. cit.*, n° 516.

²⁴⁵ Liège (16^e ch.), 22 octobre 2013, 2013/JE/273, *inédit*.

Or, les responsables du centre ont constaté que le père « n'est pas parvenu à dépasser le stade d'échanges aussi pauvres que stéréotypés ». Dès lors, le magistrat estime qu'il n'est pas démontré que « l'intérêt actuel de D. nécessite la poursuite de relations encadrées qui ont été imposées jusqu'ici et que l'enfant vit comme une contrainte »²⁴⁶.

B. Avis de l'expert judiciaire²⁴⁷

462. – Dans une cause où les contacts avec le père dans un espace-rencontre avaient été marqués par divers incidents, l'expert judiciaire désigné par le juge avait préconisé leur maintien.

La survenance d'un nouvel incident entre le père et l'enfant n'a pas impliqué la suppression automatique et immédiate desdits contacts, mais a entraîné la désignation du même expert afin de faire la part des choses²⁴⁸.

C. Avis (non suivi) d'une psychologue consultée par le parent qui s'oppose aux contacts

463. – L'avis d'une psychologue consultée par la mère, selon laquelle l'enfant serait en danger chez le père qui l'héberge un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires, n'a pas été suivi par la cour d'appel de Bruxelles.

Celle-ci constate que les parties décrivent chacune l'autre milieu parental dans un contexte marqué par plus de dix ans de contentieux et sans que les allégations de la mère portant sur de prétendues maltraitances du père sur l'enfant soient objectivées. « Dans ce contexte, il paraît hasardeux de la part de (la psychologue), d'avoir voulu dénoncer sur base des seuls dires de (l'enfant), sans avoir jamais rencontré le père et la compagne de celui-ci, et d'avoir pris au mot les récits qui feraient croire que toute cette famille se déchaîne sur l'enfant. À juste titre monsieur H. fait observer que cette thérapeute, qui se trouve être une amie du conseil de madame M. sur le réseau social Facebook, n'a pas jugé à tout le moins nécessaire d'envoyer son rapport aux deux parents »²⁴⁹.

²⁴⁶ Liège (16^e ch.), 26 novembre 2013, 2013/JE/33, *inédit*. Pourtant, il ressort de l'article 374, § 4, alinéa 4, du Code civil que les relations personnelles avec un des parents ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves, qui ne semblent pas présent en l'espèce – voy. N. MASSAGER, *op. cit.*, n° 519 et *supra* – n° 457.

²⁴⁷ À propos des règles qui organisent l'expertise judiciaire dans le cadre des contentieux éducatifs, *cf. infra* – n°s 483 à 486.

²⁴⁸ Liège (16^e ch.), 4 juin 2013, 2009/JE/4, *inédit*.

²⁴⁹ Bruxelles (3^e ch.), 17 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 113.

§ 3. *Contacts avec un parent détenu*

464. – La situation où un des parents se trouve en détention est particulière à plus d'un titre. Tout d'abord, le milieu carcéral n'incarne pas, *a priori*, le contexte le plus favorable pour des relations entre un parent et son enfant²⁵⁰. Ensuite, comme nous le verrons, il arrive que la mère ne soit pas étrangère à la privation de liberté du père (soit parce qu'elle est la victime des faits reprochés, soit parce qu'elle a collaboré d'une manière ou d'une autre à l'enquête qui a mené à la privation de liberté).

A. *Décision en faveur des contacts en prison*

465. – Les contacts entre un père détenu et son enfant de 2 ans ont ainsi été maintenus, bien que la mère avait contribué à son arrestation et qu'elle nourrisse des craintes à son égard.

En effet, si le magistrat considère que « M. n'a sans doute pas de souvenirs précis de son père, qui a disparu de son existence alors qu'elle était âgée de 8 mois », il constate que la mère « n'allègue pas dans le chef du père de contre-indication spécifique tenant à l'enfant lui-même quant à l'exercice encadré d'un droit aux relations personnelles par son père ». La mère « doit apprendre à discerner le droit à être confrontée au père et le droit de l'enfant à le découvrir ». De plus, « le caractère contraignant de ces visites peut être allégé par le recours aux services de la Croix Rouge le cas échéant si la mère est indisponible et craint d'être confrontée au père ». En toute hypothèse, « retarder davantage une reprise de contact à laquelle rien ne s'oppose objectivement à l'heure actuelle ne pourrait que la rendre encore plus difficile le jour où elle serait décidée »²⁵¹. Une rencontre mensuelle, assistée par l'a.s.b.l. Relais Parents-Enfants, sera donc mise en place à la prison.

466. – Dans une autre cause, la cour d'appel de Mons se fonde sur les principes formulés aux articles 9.3 et 18.1 de la CIDE, aux termes desquels l'enfant a droit à des contacts avec ses deux parents, auxquels incombe la responsabilité commune d'assurer son éducation²⁵².

En absence de contre-indications et considérant que ceux formulés par la mère (attitude démissionnaire, absence de paiement des contributions alimentaires) ne forment pas obstacle, la haute juridiction rétablit des contacts entre l'enfant et le

²⁵⁰ Rappelons, à cet égard, que le parent détenu demeure titulaire de l'autorité parentale et que, sauf décision contraire, il continuera de l'exercer – voy. à cet égard Liège (16^e ch.), 20 mai 2014, 2009/JE/243, *inédit*.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Mons (33^e ch. fam.), 29 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 192.

père détenu à concurrence d'une rencontre par mois ou par quinzaine. Ces rencontres seront encadrées par le Service d'Aide sociale aux détenus de l'arrondissement de Huy – qui pourra les suspendre après trois fois si nécessaire et moyennant un avis au tribunal de la famille compétent – ou de « tout autre service similaire disponible » sur le lieu d'incarcération du père. Afin de tenir compte des réticences de la mère, il est prévu que les trajets seront assurés par le même service avec, au besoin, l'appui du service « Itinérance » de la Croix-Rouge²⁵³.

B. Emprisonnement du père pour cause de tentative d'assassinat sur la mère : mise en place d'une expertise judiciaire

467. – Un autre litige concerne les contacts avec un père qui a commis une tentative d'assassinat sur la mère avant d'essayer de se suicider lui-même à l'aide d'une arme à feu, en présence de l'enfant (8 ans et demi au moment des faits et 12 ans au moment de la décision). Le père a été condamné à titre définitif à une peine d'emprisonnement de douze ans.

Il ressort de l'étude sociale qu'il n'est plus possible pour l'enfant « d'avoir une image positive de son père ». Selon la psychologue consultée « si rencontre il y a » entre père et fils, celle-ci devrait être « encadrée ». Le magistrat constate que « l'enfant et sa mère ont été traumatisés par les faits gravissimes commis par le père qui nie la qualification retenue définitivement par les juridictions pénales » (il décrit les faits comme une seule tentative de suicide) et estime que « cette attitude persistante nécessite le recours aux lumières d'un expert en plus des conclusions de l'étude sociale, de manière à permettre au juge de trancher en connaissance de cause dans l'intérêt de l'enfant qui n'a plus vu son père depuis plus de trois ans et qui ne connaît que le discours de la mère par la force des choses »²⁵⁴. La Cour confirme donc la désignation avant dire droit par le premier juge d'un expert psychologue (avec une mission légèrement modifiée) et rejette l'appel formé par le père.

§ 4. Abandon des enfants par un des parents

468. – Dans une cause, le juge a constaté que père a soudainement cessé de pratiquer l'hébergement égalitaire, invoquant une charge professionnelle trop lourde mais sans avoir jamais saisi le tribunal.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Liège (16^e ch.), 19 novembre 2013, 2013/JE/238, inédit.

Les enfants (9 et 6 ans) ont gardé des séquelles de ce qu'ils ont vécu comme un abandon. Il y a dès lors lieu de ne pas prévoir la reprise des contacts presque un an plus tard avec le père avant la réalisation d'une expertise pédopsychologique permettant d'entrevoir comment et à quel rythme celle-ci devrait avoir lieu²⁵⁵.

CHAPITRE 5

LES CONTENTIEUX D'HÉBERGEMENT INTERNATIONAL

469. – Lorsqu'un des parents ne vit pas en Belgique et que le litige porte sur l'hébergement des enfants, deux cas de figure peuvent se présenter :

- le père ou la mère a pris, en méconnaissance des droits reconnus à l'autre parent dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'initiative de s'établir avec l'enfant à l'étranger ou, au contraire, de revenir vivre en Belgique ;
- un des parents saisit le tribunal de la famille afin d'y obtenir l'autorisation de s'établir à l'étranger (ou de revenir vivre en Belgique) malgré le refus de l'autre parent d'y consentir.

SECTION 1

L'ENLÈVEMENT INTERNATIONAL DE L'ENFANT

470. – L'analyse systématique des règles qui régissent l'enlèvement international des enfants – dont celles qui déterminent la compétence internationale du juge belge²⁵⁶ – dépasse largement l'objet de la présente contribution et a fait l'objet de nombreuses publications. Nous nous limiterons ici à un bref rappel des principes qui régissent ce type de contentieux sur le fond et à une synthèse des décisions publiées durant la période recensée.

Deux phases doivent clairement être distinguées :

- le retour de l'enfant ordonné en application de la Convention de La Haye suite à son enlèvement ;
- la détermination, sur le fond, des modalités d'hébergement après le déplacement illicite de l'enfant vers l'étranger. Les décisions relatives à cette deuxième phase seront analysées au paragraphe suivant, en même temps que celles qui sont rendues dans le cadre d'une demande de pouvoir s'établir avec l'enfant à l'étranger, sans qu'il y eu forcément d'enlèvement.

²⁵⁵ Trib. fam. Brabant wallon (26^e ch.), 27 janvier 2015, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 3.

²⁵⁶ Cf. *infra* – Partie IX du présent ouvrage.

471. – La première phase est régie par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, ratifiée le 9 février 1999 par la Belgique où elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai de la même année. Aux termes de l'article 3 de ladite Convention, il y a déplacement illicite de l'enfant chaque fois que celui-ci a lieu en violation des droits de l'autre parent qui n'y a pas consenti. Tel est donc le cas chaque fois qu'un parent, sans avoir obtenu préalablement l'accord de l'autre parent ou l'autorisation du tribunal, s'installe avec l'enfant à l'étranger alors que l'autorité parentale était censée être exercée conjointement²⁵⁷.

Il ressort de l'article 12 de la Convention que le retour devra être ordonné par les autorités du pays où l'enfant se trouve illicitement. Toutefois, son maintien sur place pourra être décidé s'il y réside depuis plus d'un an et s'il y était « intégré dans son nouveau milieu » ou, même en-deçà de ce délai, si un nouveau déménagement international « l'exposait à un danger physique ou psychique ou (...) le plaçait dans une situation insupportable »²⁵⁸.

472. – Dans un arrêt rendu le 10 juillet 2012, la Cour de Strasbourg a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme suite à un arrêt de la cour d'appel de Gand qui avait ordonné le retour aux Etats-Unis d'un enfant emmené illicitement en Belgique par sa mère²⁵⁹. La Cour de Strasbourg reproche ainsi à la haute juridiction gantoise de ne pas avoir suffisamment examiné si l'enfant se trouvait dans une situation insupportable au sens de la Convention de La Haye, notamment en n'ordonnant pas de mesures d'expertise psychologique. De plus, il est reproché à la juridiction gantoise de ne pas avoir tenu compte de ce que l'enfant et sa mère seraient séparés aux États-Unis à cause d'une condamnation pénale qui y priverait la deuxième de sa liberté et de ses droits parentaux.

La Cour de cassation a considéré, pour sa part, dans un arrêt du 4 mars 2013 qu'il découle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg, que la prise en considération de l'intérêt de l'enfant peut – voire doit – mener le juge à ne pas ordonner son retour dans certains cas. Le pourvoi contre l'arrêt qui déboute le père en appel de sa demande de retour de l'enfant en tenant compte de la nécessité de ne pas séparer l'enfant

²⁵⁷ La définition du « droit de garde » mentionné à l'article 3, et reprise à l'article 5, de la Convention de la Haye ne correspond pas à celle retenue en droit belge. Elle comprend des prérogatives qui relèvent de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

²⁵⁸ Convention de La Haye, art. 13. Pour une analyse de cette question et de la jurisprudence antérieure à la période recensée ici, voy. l'étude de S. SAROLEA, « Le retour de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps : principe ou option ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1191.

²⁵⁹ Cour eur. dr. h., 10 juillet 2012 (*B. c. Belgique*), www.echr.coe.int, *Act. dr. fam.*, 2012, liv. 10, p. 210. Voy. également la note de B. JACOBS, « La Convention de La Haye serait-elle affaiblie par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ? », *Act. dr. fam.*, 2012, liv. 10, p. 220.

de sa mère qui l'héberge depuis sa naissance et qui ne quittera plus son pays de résidence actuel vu la naissance du deuxième enfant, est ainsi rejeté²⁶⁰.

SECTION 2

DÉTERMINATION DU PAYS OÙ L'ENFANT VIVRA

§ 1. Généralités

473. – Fort heureusement, tous les contentieux relatifs au pays de résidence ne naissent pas suite à un déplacement illicite de l'enfant. Il arrive régulièrement qu'un des parents sollicite du tribunal l'autorisation de s'installer à l'étranger avec l'enfant ou demande que celui-ci l'y rejoigne *avant* le déménagement international. Même lorsqu'un déplacement illicite a eu lieu, il reste à déterminer, après avoir appliqué la Convention de La Haye (décision de retour ou maintien exceptionnel dans le pays vers lequel l'enfant a été déplacé – 1^{re} phase), le pays où l'enfant sera hébergé durablement (2^e phase).

Dans les deux cas de figure, il est presque toujours impossible de pratiquer un hébergement égalitaire ou de type « 9-5 ». Les juges peuvent ainsi se trouver confrontés au choix, parfois cornélien, de :

- soit séparer l'enfant une grande partie du temps du père ou de la mère qui l'hébergeait jusqu'ici et qui part vivre dans un autre pays ;
- soit le priver de ses repères extrafamiliaux (école, amis...) dans son pays actuel et, évidemment, d'une grande partie du temps partagé avec l'autre parent qui y reste.

La jurisprudence en matière de contentieux d'hébergement international a fait l'objet d'un recensement systématique et d'une analyse approfondie dans la remarquable étude de F. Omrani²⁶¹, ainsi que dans nos propres travaux²⁶². Nous nous limiterons donc ici aux quelques décisions publiées, rendues au cours de la période recensée dans le présent ouvrage.

²⁶⁰ Cass. (3^e ch. fr.), 4 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 949 (reflet).

²⁶¹ F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence (2007-2013) », *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 106.

²⁶² *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...), op. cit.*, n^{os} 575 à 675 et 1200, not. critères VIII.A, B, D, G et E et critère X.

§ 2. Détermination du pays où l'enfant vivra principalement

A. Caractère justifié et impératif du motif qui pousse le parent à s'établir à l'étranger

474. – Les juges se montrent, de manière générale, très attentifs aux motifs qui justifient le départ à l'étranger. Lorsqu'il s'agit de motifs professionnels, le critère essentiel résidera dans le caractère volontaire ou impératif de ce départ.

Ainsi, il a été permis à une mère de s'établir en France avec les enfants, qu'elle hébergeait principalement jusqu'ici, étant donné le projet de délocalisation de son employeur, « ce qui exclut la décision basée sur la convenance personnelle »²⁶³. À l'inverse, un déménagement international pour l'Italie a été refusé car celle-ci travaillait pour la Commission européenne à Bruxelles et pouvait continuer de le faire pour la même Institution et aux mêmes conditions²⁶⁴. De même, la simple volonté d'une mère d'enfants âgés de 9 et 5 ans et demi de rejoindre sa famille en Afrique du Sud, sans véritable impératif d'ordre professionnel, ne justifie pas un départ pour l'étranger.

B. Stabilité des repères de l'enfant

475. – La pratique des juges semble diverger quelque peu quant à l'importance du maintien des enfants avec celui ou celle qui les héberge la majorité du temps dans le cadre d'un « 9-5 ». Si certains juges considèrent « la stabilité des repères sociaux et scolaires (...) comme devant céder le pas au maintien des attaches affectives », avec ce parent²⁶⁵. D'autres refusent le départ lorsque celui-ci priverait l'enfant de ses amis et de son école. L'enfant peut aussi éprouver des besoins spécifiques en termes d'apprentissage et de cadre scolaire²⁶⁶ ou manquer de contacts avec l'autre parent²⁶⁷ suite au départ pour l'étranger.

Dans les deux cas, le caractère sérieux et impératif des motifs qui justifient le départ (hormis lorsqu'il s'agit de très jeunes enfants qui ne doivent pas être séparés de leur mère²⁶⁸), restent déterminants²⁶⁹.

²⁶³ Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 18 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 156.

²⁶⁴ Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 29 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 151.

²⁶⁵ Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 18 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 156.

²⁶⁶ *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n^{os} 611 et 612.

²⁶⁷ *Ibid.*, n^{os} 591 à 602 et Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 29 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 151.

²⁶⁸ *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n^{os} 585 et 586.

²⁶⁹ Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 29 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 151.

C. Caractère adéquat de l'encadrement scolaire proposé par le parent

476. – Les juges peuvent décider que l'enfant vivra à l'étranger avec le parent dont le projet est construit avec le plus de précision.

La description précise des modalités d'hébergement (principal et secondaire) et du lieu de vie, ainsi que la poursuite du cycle primaire dans la langue de la scolarité actuelle (et, sans doute de manière plus contestable, la constance des revenus du père) ont mené le tribunal de la famille de Bruxelles à permettre l'établissement d'une enfant de 6 ans avec celui-ci au Royaume-Uni²⁷⁰.

D. Principe californien

477. – Le respect de la place reconnue par un parent à l'autre parent entre en ligne de compte de diverses manières dans les décisions rendues en matière d'hébergement international. Il a ainsi été décidé que l'enfant :

- demeurera principalement avec le parent qui propose de larges temps d'hébergement chez l'autre parent²⁷¹ ;
- vivra avec sa mère en Belgique plutôt qu'avec son père au Maroc, car la première, contrairement au deuxième, « a pu intégrer Monsieur F. dans la vie de R. en acceptant que l'enfant passe tous ses congés ainsi qu'une partie des vacances d'été au Maroc avec son père » et « présente le plus de garanties à ce que le droit de l'enfant à maintenir une relation suivie et étroite avec chacun de ses parents soit respecté »²⁷² ;
- sera hébergé principalement par le père en Belgique car « avec sa demande d'héberger principalement les enfants en Pologne, la mère ne forme toujours pas de proposition concrète et réaliste chez le père et ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'elle propose se de partager les vacances d'été (...). Ceci démontre à quel point la mère n'est pas encore prête à concevoir la vie des enfants en Pologne autrement qu'avec une vague possibilité pour le père de venir voir les enfants en Pologne quand il voudra bien se déplacer jusque là »²⁷³.

²⁷⁰ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 25 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 7.

²⁷¹ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 25 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 7.

²⁷² Bruxelles (31^e ch.), 9 octobre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 393.

²⁷³ Bruxelles (41^e ch.), 17 juin 2016, *Revue@dipr.be*, liv. 4, p. 57.

E. Autres arguments invoqués

478. – Enfin, le caractère plus favorable du climat d'un pays (en l'espèce le climat italien par rapport au climat belge) n'entre pas en considération en l'absence de nécessité d'ordre médical dûment établie²⁷⁴.

§ 3. *Contacts avec le parent qui ne vit pas dans le même pays que l'enfant*

479. – Le temps partagé avec le parent qui ne vit pas dans le même pays, est nécessairement restreint. Des *contacts skype* avec une certaine fréquence (par exemple trois fois par semaine²⁷⁵, à des heures bien déterminées et, dans les cas conflictuels, sans que le parent hébergeant ne puisse assister à l'entretien ou l'enregistrer) sont généralement prévus durant l'année scolaire. Exceptionnellement, il a été prévu qu'un père se rende certains weekends en Pologne pour y héberger les enfants (avec nuitées) dans un hôtel en attendant qu'il soit statué sur leur retour en Belgique²⁷⁶.

Pour la plupart des juges il convient également de prévoir des temps plus longs durant les *vacances scolaires* avec le parent qui ne vit pas dans le même pays que l'enfant. L'ancien tribunal de la jeunesse de Bruxelles avait ainsi prévu dans un litige où la mère projetait de s'établir en Italie, qu'elle pourrait y héberger les enfants durant deux tiers des vacances scolaires²⁷⁷.

La situation toutefois est quelque peu différente lorsque les enfants sont hébergés principalement dans des pays limitrophes ou proches (comme la France ou le Royaume-Uni) et qu'un hébergement secondaire en Belgique d'un weekend sur deux reste possible durant l'année scolaire. Il est alors prévu soit un partage par moitiés des vacances scolaires (de la même manière que si les parents vivaient tous les deux en Belgique)²⁷⁸, soit une durée légèrement plus longue²⁷⁹ avec le père ou la mère qui n'assume pas l'hébergement principal.

Exceptionnellement, des motifs très graves, au sens de l'article 374 du Code civil, empêchent la mise en place d'un hébergement secondaire dans le pays de

²⁷⁴ Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 29 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 151.

²⁷⁵ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 25 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 7 ; Bruxelles (41^e ch.), 6 septembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 13.

²⁷⁶ Bruxelles (31^e ch.), 30 juillet 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 175.

²⁷⁷ Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 29 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 151.

²⁷⁸ Trib. jeun. Bruxelles (128^e ch.), 18 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 156.

²⁷⁹ Un jugement prévoit dans ce cas de figure que l'enfant passera dix jours des vacances de deux semaines et cinq semaines de celles d'été avec le parent qui ne l'héberge pas principalement – Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 25 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 7.

résidence du parent qui n'assume pas l'hébergement principal. Tel est le cas d'un père radicalisé vivant en Jordanie, qui a menacé et tenté d'enlever les enfants dans la mesure où aucun espace-temps n'offre un dispositif de sécurité suffisant²⁸⁰.

CHAPITRE 6

LA DÉTERMINATION DU MODE D'HÉBERGEMENT ET LES MESURES D'INVESTIGATION²⁸¹

SECTION 1

GÉNÉRALITÉS

480. – Il est loisible au juge d'ordonner des mesures d'investigation afin de récolter davantage de données sur la situation de l'enfant²⁸². Ces mesures présentent l'avantage d'être plus objectives que les données fournies par les parents, y compris les attestations de « témoins »²⁸³ et les rapports de spécialistes consultés unilatéralement par l'un d'entre eux²⁸⁴ (qui sont généralement recueillis par les juges avec une certaine circonspection).

Dans certains de ses arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a reproché au juge national de ne pas avoir fait procéder à une mesure d'investigation. Dans un arrêt *B. c. Belgique*²⁸⁵, rendu le 10 juillet 2012, ladite Cour a fait grief à la cour d'appel de Gand de ne pas avoir ordonné une expertise judiciaire alors qu'elle avait jugé les rapports déposés par la mère (d'où il ressortait que l'enfant ne devait pas être séparé d'elle) non convaincants.

Par ailleurs, l'article 1253^{ter}/6 du Code judiciaire mentionne expressément la possibilité pour le juge de faire procéder à des mesures d'investigation²⁸⁶.

²⁸⁰ Bruxelles (41^e ch.), 26 janvier 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 46 – des contacts limités à un rendez-vous skype par trimestre sont néanmoins prévus en attendant une plus ample instruction de la cause.

²⁸¹ Certains passages de la présente section sont repris (en partie ou en totalité) de notre ouvrage *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n^{os} 145 à 149 et 215 à 224.

²⁸² Le tribunal de la famille est autorisé à ordonner une telle mesure d'office, sans qu'elle soit demandée par une des parties – P. SENAËVE, « De Rechtspleging voor de jeugdgerichten in civielrechtelijke zaken », *CABG*, 2009, liv. 4, n^o 39. Il est bien évidemment également loisible au Juge de solliciter le Procureur du Roi afin que celui-ci fasse procéder à une mesure d'investigation.

²⁸³ Mons (2^e ch.), 5 décembre 2011, *J.T.*, 2012, liv. 6466, p. 117.

²⁸⁴ Bruxelles (3^e ch.), 17 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 113.

²⁸⁵ Cour eur. dr. h. 10 juillet 2012 (*B. c. Belgique*), *www.erchr.coe.int*, spéc. n^o 72 de l'arrêt.

²⁸⁶ « Si une demande relative à un mineur lui est soumise, le tribunal de la famille prend toutes diligences et fait procéder à toutes investigations utiles, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le tribunal peut notamment faire procéder à toutes investigations utiles pour connaître la personnalité de l'enfant, le milieu où il est élevé, afin de déterminer son intérêt et les moyens appropriés à son éducation ou à son traitement. Il peut

SECTION 2

L'ÉTUDE SOCIALE, L'ENQUÊTE DE POLICE ET L'EXPERTISE MÉDICO-PSYCHOLOGIQUE

§ 1. L'étude sociale et l'enquête de police

481. – Conformément à l'art. 2, § 2, de l'arrêté royal du 13 juin 1999 portant organisation des Maisons de Justice, les *études sociales* sont réalisées par les Maisons de Justice, requises à cette fin par le tribunal de la famille²⁸⁷. Elles ont pour finalité d'informer le mandant – c'est-à-dire le tribunal – au sujet de « la situation actuelle de vie des parties concernées », « la dynamique familiale », « la vision des enfants » et « la vision d'éventuels tiers relevant »²⁸⁸.

Il ne s'agit pas avant tout « d'appréhender “la vérité” ou les “véritables” causes du problème », ni même « d'apprécier si l'enfant est en danger ». Il s'agit, au contraire, de rendre un avis « tourné vers l'avenir »²⁸⁹ et avant tout en fonction du vécu des protagonistes du litige²⁹⁰. L'étude sociale peut ainsi être ordonnée afin de permettre au juge de comprendre « la manière dont les parties vont assumer leur séparation au quotidien et dont les enfants vont s'y adapter »²⁹¹.

482. – L'enquête de police est, quant à elle, réalisée sous l'égide du procureur du Roi requis à cet effet par le juge conformément à l'article 872 du Code judiciaire.

Elle est en principe bien plus sommaire et descriptive que l'étude sociale. Il s'agit avant tout d'obtenir une information rapide concernant les conditions matérielles de logement des parents ainsi que leur réputation (notamment au sein du voisinage). Une telle enquête n'implique en général pas d'investigations au niveau psychologique ou concernant le vécu des personnes.

faire procéder à une étude sociale par l'intermédiaire du service social compétent et soumettre l'enfant à un examen médico-psychologique, lorsque le dossier qui lui est soumis ne lui paraît pas suffisant. Lorsque le tribunal fait procéder à une étude sociale, il ne peut, sauf en cas d'extrême urgence, prendre ou modifier sa décision qu'après avoir pris connaissance de l'avis du service social compétent, à moins que cet avis ne lui parvienne pas dans le délai qu'il a fixé et qui ne peut dépasser septante-cinq jours ».

²⁸⁷ Les numéros des articles auxquels l'arrêté royal renvoie sont obsolètes depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013 portant création du tribunal de la famille. Il est toutefois permis de considérer que l'intention du Souverain ait été de renvoyer aux dispositions remplaçant celles mentionnées dans l'arrêté royal.

²⁸⁸ I. NAESSENS et S. BOONS, « De methodiek van de sociale studie in burgerlijke zaken », in *Verblijfsregeling, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten* (éd.), Intersentia, Anvers-Oxford 2008, pp. 82 à 100 – traduction libre des passages cités.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ Bruxelles (3^e ch.), 6 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 104.

§ 2. L'expertise judiciaire

483. – L'expertise médico-psychologique est, selon N. Gallus, « destinée à éclairer, à informer le juge sur les causes du conflit et sur les remèdes dans toutes les situations délicates, étant entendu que par situation délicate, il faut entendre non pas seulement les hypothèses de pathologie ou de comportement parental inadéquat, mais bien toutes les situations conflictuelles où le magistrat a la conviction que pour cerner l'intérêt de l'enfant, il est indispensable de disposer d'éléments d'informations plus objectifs, plus neutres que ceux développés en plaidoiries par les parties et leur conseil »²⁹². En optant pour cette mesure d'investigation plutôt que pour une autre, le magistrat aura donc à l'esprit qu'« en tant outil d'information, l'expertise a par rapport à l'enquête sociale ou l'audition de l'enfant, une utilité spécifique qui tient à la formation professionnelle particulière du psychologue ou du psychiatre. Celui-ci est en effet formé pour interpréter et décoder les paroles, les attitudes, ce qui est essentiel puisque dans une situation familiale conflictuelle, les parties ont, consciemment ou non, un discours qui peut être éloigné de la vérité »²⁹³. Ainsi l'expertise médico-psychologique est davantage « analytique » que d'autres mesures comme l'étude sociale, voire même que l'audition de l'enfant. Elle a donc avant tout pour objet de comprendre, sur le plan psychologique, le comportement et l'interaction des différents protagonistes du litige. Il convient de rappeler à certains praticiens que l'expertise médico-psychologique peut uniquement être réalisée sur l'enfant et qu'il n'est donc pas possible de contraindre un parent de se soumettre à un examen psychologique ou psychiatrique contre son gré. En effet, obliger un père ou une mère de faire procéder à un tel examen et en communiquer ensuite les résultats dans le cadre de la procédure l'opposant à l'autre parent, semble peu compatible avec les droits garantis par les articles 8.1 de la CEDH et 22 de la Constitution. Par contre, il est tout à fait envisageable, comme l'a démontré l'étude de B. Van Dieren, M. de Hemptinne et J.-L. Renchon, d'ordonner une *expertise judiciaire axée sur la collaboration parentale*, notamment en cas de (risque d') aliénation par le père ou la mère. Le but de cette mesure consiste à « investiguer la capacité de collaboration des parents devant l'objectif de reprise ou de consolidation du lien parental menacé, collaboration avec l'expert, et à terme, collaboration entre eux »²⁹⁴. Sans entrer dans un véritable travail thérapeutique, qui dépasserait le

²⁹² N. GALLUS, « L'expertise médico-psychologique », *Rev. dr. U.L.B.*, 1996, vol. 13, p. 179.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ B. VAN DIEREN, M. DE HEMPTINNE et J.-L. RENCHON, « Le risque de rupture du lien parent-enfant et l'expertise axée sur la collaboration parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 260. Voy. notamment le scénario et l'exemple de mission d'expertise proposés par Mme de Hemptinne – *ibid.*, pp. 283-284 et 288-290. Pour les questions essentielles posées par ce type d'expertise sur le plan psychologique et juridique, voy. les contributions respectives de B. Van Dieren et J.-L. Renchon – *ibid.*, pp. 262 et s. et 290 et s.

cadre de l'expertise, il s'agit d'explorer les pistes permettant aux père et mère de remettre en place un fonctionnement, notamment dans la prise de décision et dans les propos tenus devant l'enfant, incluant les deux parents.

484. – L'expertise judiciaire se distingue également de l'étude sociale et de l'enquête de police par son caractère contradictoire et par l'indépendance de l'expert judiciaire qui sont garantis par les articles 962 à 991bis du Code judiciaire. Ceci apparaît à travers les règles et principes suivants :

- le juge peut, conformément à l'article 972, § 2, du Code judiciaire, prévoir une *réunion d'installation* lors de laquelle seront déterminés et expliqués le déroulement de l'expertise (lieux, nécessité de recourir à des sapiteurs...), son coût, les délais endéans lesquels les rapports provisoires et définitifs seront remis, etc. ;
- les parties sont *invitées à chaque réunion* par lettre recommandée à moins qu'elles aient convenu d'un autre mode de convocation. Elles remettent leurs pièces à l'expert huit jours avant la réunion d'installation ou, à défaut, au début des travaux ;
- contrairement à ce qui est le cas pour l'étude sociale ou l'enquête de police, les parties se verront communiquer des *préliminaires* à propos desquels elles pourront faire valoir leurs observations²⁹⁵ (le cas échéant après s'être fait assister par un expert conseil). Les positionnements de l'expert dans les préliminaires sont par essence provisoires et n'enfreignent pas le principe d'impartialité²⁹⁶ ;
- le magistrat veille au respect du *principe du contradictoire* lors de l'expertise, comme prévu par les articles 972bis, § 2, 974, § 1^{er}, et 976 du Code judiciaire, et à l'observation des délais. Les travaux de l'expert judiciaire sont écartés si celui-ci s'est entretenu avec la compagne d'une des parties sans en faire état dans son rapport, qui, en outre, est déposé avec six mois de retard sans avoir obtenu de prolongation conformément à l'article 974, § 2, du Code judiciaire (chacun de ces motifs étant jugé suffisant pour justifier l'écartement du rapport d'expertise)²⁹⁷. Le principe du contradictoire implique également que l'expert judiciaire tient compte des différents rapports communiqués par les parties au lieu de s'appuyer exclusivement sur un entretien téléphonique avec un spécialiste²⁹⁸ ;
- il est également loisible aux père et mère de saisir le tribunal en cas de partialité de l'expert ou si celui-ci « ne remplit pas correctement sa mission »²⁹⁹. L'article 966 du Code judiciaire prévoit notamment que les experts judiciaires

²⁹⁵ Art. 976 du Code judiciaire.

²⁹⁶ Bruxelles (41^e ch.), 9 mars 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 5, p. 110.

²⁹⁷ Trib. jeun. Bruxelles (131^e ch.), 4 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 5, p. 100.

²⁹⁸ Réf. Bruxelles, 2 août 2013, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 5, p. 104.

²⁹⁹ Art. 979 du Code judiciaire.

peuvent être *récusés* pour les motifs qui peuvent, conformément à l'article 828, 1°, du même Code, mener à la récusation des juges. Un expert judiciaire a ainsi été récusé pour avoir « fait part (à un tiers entendu par lui) de son sentiment par rapport à la personnalité de chacune des parties et (évoqué) des débordements, des dysfonctionnements et des zones d'ombre » dans le chef de l'une d'entre elles et d'avoir répondu aux demandes de conseil adressée par l'autre partie³⁰⁰. De même la « tonalité » d'un courriel adressé à une partie peut être considérée comme contraire au devoir d'impartialité et mener à l'écartement des travaux de l'expert judiciaire³⁰¹. Toutefois, la prise en compte par l'expert, comme point de départ de son analyse, de la situation existante (hébergement égalitaire), mais en laissant aux parties la possibilité de la critiquer, ne viole pas le principe du contradictoire³⁰². De même, l'expert judiciaire peut recueillir des informations auprès de tiers liés par le secret professionnel sans relayer leurs dires avec précision aux parties³⁰³ ;

- l'article 973, § 2, du Code judiciaire, précise que le juge qui a ordonné l'expertise judiciaire en *supervise* le déroulement. Les parties peuvent solliciter son remplacement, également pour d'autres motifs que le manque d'impartialité. À la différence de ce qui est le cas pour les demandes de récusation, les demandes de remplacement ne suspendent pas le déroulement de l'expertise dont les opérations peuvent donc se poursuivre tant qu'il n'y est pas fait droit³⁰⁴.

485. – L'expertise judiciaire n'est ordonnée qu'en cas de *réelle nécessité*. En l'absence de celle-ci, elle doit être évitée en vertu du principe d'économie procédurale formulé à l'article 875*bis* du Code judiciaire aux termes duquel « le juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse ».

Ainsi, il n'y a pas lieu d'ordonner une telle mesure lorsque « les multiples rapports d'expertise figurant au dossier permettent à la cour d'appréhender l'origine des difficultés nourrissant le conflit des parties ». « Une nouvelle mesure d'expertise, en soi toujours utile, (...) rallongerait les débats devant la cour avec le risque d'exacerber les tensions et les rancœurs entre les parties »³⁰⁵. La mesure doit également être refusée lorsqu'elle aurait pour but principal de rassurer la mère, mais

³⁰⁰ Réf. Nivelles, 10 mars 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 6, p. 112.

³⁰¹ Trib. jeun. Bruxelles (131^e ch.), 4 avril 2013, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 5, p. 100.

³⁰² Bruxelles (41^e ch.), 9 mars 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 5, p. 110.

³⁰³ Bruxelles (41^e ch.), 17 juin 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 5, p. 115 et la doctrine y citée.

³⁰⁴ Bruxelles (41^e ch.), 10 décembre 2014, *J.L.M.B.* 2017, liv. 2, p. 53.

³⁰⁵ Liège (16^e ch.), 8 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 1, p. 14.

avec comme « effet pervers de remettre les enfants (...) au sein du conflit alors que les parents se sont accordés sur les modalités d'hébergement »³⁰⁶.

486. – Enfin, l'expertise médico-psychologique – comme d'ailleurs toute autre mesure d'investigation – n'a d'autre finalité que d'*éclairer le tribunal*. Elle peut ainsi lui fournir des informations à propos du vécu de l'enfant (angoisses, ressenti...) et de la relation qu'il entretient avec ses parents respectifs³⁰⁷. Elle peut également servir à proposer des pistes de rétablissement des contacts avec un des parents³⁰⁸. Par contre, la mission de l'expert judiciaire exclut tout suivi thérapeutique³⁰⁹. De même, son intervention doit déboucher sur un avis à l'intention du tribunal et ne peut se limiter à une simple retranscription du vécu des parties³¹⁰.

Conformément à l'article 962 du Code judiciaire, le juge demeure autorisé de s'écarter des constatations de l'expert et de rendre une décision dans un sens totalement différent de celui préconisé par celui-ci. Tel sera notamment le cas lorsque l'expert judiciaire n'a pas respecté son mandat³¹¹ (qui se limite à fournir un avis au tribunal), mais également si le juge n'est pas convaincu par la méthodologie suivie³¹² ou s'il ne partage pas l'opinion et l'analyse qui sont reprises dans le rapport.

SECTION 3

L'AUDITION DE L'ENFANT

§ 1. *Le droit de l'enfant d'être entendu*

487. – Aux termes de l'article 1004/1, § 1^{er}, inséré par la loi du 30 juillet 2013 dans le Code judiciaire, tout enfant « a le droit d'être entendu par un juge dans les matières qui le concernent relatives à l'autorité parentale, au droit d'hébergement ainsi qu'au droit aux relations personnelles ». Par ailleurs, « il a le droit de refuser d'être entendu ». Le droit d'être entendu est par ailleurs garanti par les articles 12 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution.

L'article 1004/1, § 2, du Code judiciaire prévoit que l'enfant de moins de 12 ans « est entendu à sa demande, à la demande des parties, du ministère public ou

³⁰⁶ Réf. Bruxelles, 13 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 204. *Adde* : Bruxelles (3^e ch.), 6 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 104 – La fragilité psychologique d'une mère ne justifie pas non plus la mise en place d'une expertise judiciaire, bien qu'une étude sociale soit tout de même ordonnée.

³⁰⁷ Trib. jeun. Bruxelles, 16 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 439.

³⁰⁸ Trib. fam. Brabant wallon (26^e ch.), 27 janvier 2015, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 3.

³⁰⁹ Réf. Bruxelles, 27 février 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 6, p. 108.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Réf. Bruxelles, 2 août 2013, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 5, p. 104.

d'office par le juge. Le juge peut, par décision motivée par les circonstances de la cause, refuser d'entendre le mineur de moins de douze ans, sauf lorsque la demande émane de ce dernier ou du ministère public. La décision de refus n'est pas susceptible de recours ». L'audition de l'enfant de 12 ans ou plus est régie par l'article 1004/1, § 3, du Code judiciaire : « le mineur qui a atteint l'âge de douze ans est informé par le juge, le cas échéant à l'adresse de chacun de ses parents, de son droit à être entendu conformément à l'article 1004/2. Un formulaire de réponse est joint à cette information ». Ici également, l'audition est clairement présentée comme un droit de l'enfant.

Il est toutefois stipulé au § 4 du même article que « si le mineur a déjà été entendu au cours de la procédure ou dans une instance précédente, même devant un autre tribunal, le juge peut ne pas accéder à la demande si aucun élément nouveau ne la justifie ». L'audition peut également être refusée lorsque la demande n'émane pas de celui-ci, mais d'un de ses parents, et si cette mesure apparaît inopportune au juge (par exemple parce qu'elle risque de générer un conflit de loyauté en le plaçant, à un trop jeune âge, « dans un rôle qui n'est pas le sien »³¹³).

§ 2. Information et convocation de l'enfant

487bis. – L'enfant de 12 ans ou plus a droit d'être convoqué par le biais d'un formulaire dont le contenu a été fixé par l'article 1004/2 du Code judiciaire et par l'arrêté royal du 23 août 2014³¹⁴.

Ce « formulaire est envoyé, le cas échéant, à l'adresse de chacun des parents, à l'adresse où réside l'enfant s'il est placé ou au domicile de l'enfant s'il n'est pas domicilié chez un de ses parents »³¹⁵. Tel est nécessairement le cas lorsque les parents sont domiciliés à des adresses différentes (y compris lorsque l'un d'eux ne

³¹³ Trib. fam. Bruxelles (133^e ch.), 29 mars 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1093 ; Trib. jeun. Bruxelles, 14 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 207.

³¹⁴ A.R. du 23 août 2014 établissant le modèle de formulaire d'information visé à l'article 1004/2 du Code judiciaire, *M.B.*, 29 août 2014, n° 2014009472, p. 64852. Aux termes de cet arrêté royal, le formulaire envoyé à l'enfant contient le texte suivant : « (Prénom du mineur), Le tribunal de la famille est chargé de trouver une solution à un problème qui te concerne directement. Dans ce contexte, le/la juge va rendre une décision à propos de (...). Afin de prendre la décision la plus conforme à tes intérêts, la loi prévoit que tu as le droit d'être entendu(e) par le/la juge qui va décider. Tu n'y es pas obligé(e) et tu peux donc refuser d'être entendu(e). Par contre, si tu souhaites l'être, tu recevras une invitation à un rendez-vous avec le/la juge aux jour, heure et lieu qui te seront précisés. Sauf si le/la juge en décide autrement, il/elle te rencontrera seul(e). Un rapport sera rédigé en fin d'entretien et sera joint au dossier du tribunal. Les parties à la cause, (...), pourront en prendre connaissance et l'utiliser pendant la procédure. Le/la juge peut tenir compte de ton avis mais il/elle n'y est pas obligé(e). Si tu souhaites rencontrer le/la juge, merci de nous renvoyer cette lettre, en cochant la case « OUI » dans les 8 jours après réception. Tu peux envoyer la lettre par la poste au tribunal de la famille du tribunal de première instance de (...), situé (...). Tu peux aussi scanner la lettre et l'envoyer par e-mail à (...) ».

³¹⁵ C. jud., art. 1004/2, *in fine*.

s'est actuellement vu reconnaître aucun droit d'hébergement ou aux relations personnelles, car il est impossible pour le greffe d'apprécier si ce parent a ou non des contacts avec l'enfant qui lui permettent de lui remettre le formulaire). Le but de cette disposition est bien évidemment d'éviter que le parent craignant les dires de l'enfant lors de son audition fasse « disparaître » le formulaire qui lui est adressé.

§ 3. *Modalités de l'audition*

488. – En promulguant la loi du 30 juillet 2013 portant la création du tribunal de la famille et de la jeunesse³¹⁶, le législateur a résolument opté pour une uniformisation des pratiques en matière d'audition de l'enfant. Les modalités sont désormais fixées à l'article 1004/1, § 5, du Code judiciaire : « Le juge entend le mineur en un lieu qu'il considère comme approprié. À moins que le juge n'y déroge par une décision motivée, l'entretien a lieu hors la présence de quiconque. Le rapport de l'entretien est joint au dossier de la procédure. Il relate les dires du mineur. Le mineur est informé que les parties pourront prendre connaissance du rapport. Le juge informe le mineur du contenu du rapport et vérifie si le rapport exprime correctement les opinions du mineur. Le rapport n'est pas signé par le mineur. Si, au cours de l'entretien, le juge estime que le mineur n'a pas le discernement nécessaire, il l'indique dans le rapport ».

Une certaine souplesse est prévue concernant le lieu de l'audition (qui peut donc se tenir ailleurs que dans une salle d'audience, comme par exemple dans le bureau du juge, voire dans un autre local plus adapté) et l'enfant est dispensé de signer le procès-verbal de son audition.

Alors que l'ancien article 931 du Code judiciaire laissait le choix au juge entre procéder lui-même à l'entretien ou désigner une autre personne pour le faire, le nouveau texte envisage uniquement la première option. L'article 1004/1 prévoit en effet désormais que le juge procède seul à l'audition. Par ailleurs, le nouveau texte stipule que le rapport « relate les dires du mineur », ce qui exclut que le contenu de l'audition n'y soit pas repris. Ce rapport restera par ailleurs dans le dossier familial. Enfin, la loi réparatrice du 8 mai 2014 précise que le juge informera l'enfant du contenu dudit rapport et vérifiera si celui-ci relate correctement ses opinions³¹⁷.

L'audition de l'enfant ne peut en aucun cas être confondue avec l'entretien qu'un expert judiciaire ou un enquêteur social aurait avec lui. Dans le cas de l'expertise ou de l'enquête, il s'agit de rendre un avis sur le plan psychologique ou social afin

³¹⁶ M.B., 27 septembre 2013, n° 2013009420, p. 68429.

³¹⁷ Art. 1004/1, § 2, al. 2, C. jud. Pour une approche critique, voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, op. cit., n°s 223 et 1213.

d'éclairer le tribunal sur ce qui pourrait correspondre au bien de l'enfant. L'audition a, au contraire, pour objet de recueillir l'opinion de l'enfant en tant que telle. Certains magistrats ont cependant jugé, dans un souci de pragmatisme, inutile de procéder à l'audition de l'enfant lorsqu'il était prévu que celui-ci rencontre prochainement les intervenants dans le cadre de l'expertise judiciaire (le but étant de lui éviter de devoir s'exprimer à de multiples reprises)³¹⁸.

CHAPITRE 7

EXÉCUTION DES DÉCISIONS ET MESURES DE CONTRAINTE

489. – La Cour de Strasbourg a considéré, dans un arrêt *Kuppinger* rendu le 15 janvier 2015, que la durée excessive de l'exécution des décisions en matière de relations personnelles, due notamment à l'absence de procédures efficaces mises en place par les autorités, est contraire aux droits à la vie privée et familiale et à un recours effectif garantis par les articles 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme³¹⁹.

En droit belge, l'article 387ter du Code civil³²⁰ prévoit que le tribunal de la famille peut ordonner des mesures afin de contraindre la partie qui ne se conforme pas à la décision rendue. L'article 1253ter/7 du Code judiciaire permet à la partie qui solli-

³¹⁸ Bruxelles (3^e ch.), 17 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 113.

³¹⁹ Cour eur. dr. h., 15 janvier 2015 (*Kuppinger c. Allemagne*), www.echr.coe.int.

³²⁰ L'article 387ter du Code civil est libellé comme suit : « § 1^{er}. Lorsque l'un des parents refuse d'exécuter les décisions judiciaires relatives à l'hébergement des enfants ou au droit aux relations personnelles, la cause peut être ramenée devant le tribunal de la famille déjà saisi, conformément à la procédure prévue par l'article 1253ter/7 du Code judiciaire. Le juge statue toutes affaires cessantes. Il peut prendre de nouvelles décisions relatives à l'autorité parentale ou à l'hébergement de l'enfant. Sans préjudice des poursuites pénales, le juge peut autoriser la partie victime de la violation de la décision visée à l'alinéa 1^{er} à recourir à des mesures de contrainte. Il détermine la nature de ces mesures et leurs modalités d'exercice au regard de l'intérêt de l'enfant et désigne, s'il l'estime nécessaire, les personnes habilitées à accompagner l'huissier de justice pour l'exécution de sa décision. Le juge peut prononcer une astreinte tendant à assurer le respect de la décision à intervenir, et, dans cette hypothèse, dire que pour l'exécution de cette astreinte, l'article 1412 du Code judiciaire est applicable. La décision est de plein droit exécutoire par provision. § 2. Le présent article est également applicable lorsque les droits des parties sont réglés par une convention telle que prévue à l'article 1288 du Code judiciaire. Dans ce cas, et sans préjudice du § 3, le tribunal de la famille est saisi par une requête contradictoire. § 3. En cas d'absolue nécessité et sans préjudice du recours à l'article 584 du Code judiciaire, l'autorisation de recourir à des mesures de contrainte visée au § 1^{er} peut être sollicitée par requête unilatérale. Les articles 1026 à 1034 du Code judiciaire sont applicables. La partie requérante doit joindre à l'appui de la requête toutes pièces utiles tendant à établir que la partie récalcitrante a bien été mise en demeure de respecter ses obligations et qu'elle s'est opposée à l'exécution de la décision. L'inscription de la requête a lieu sans frais. La requête est versée au dossier de la procédure ayant donné lieu à la décision qui n'a pas été respectée, à moins qu'un autre juge n'ait été saisi depuis. § 4. Le présent article ne porte pas préjudice aux dispositions internationales liant la Belgique en matière d'enlèvement international d'enfants ».

cite les mesures de saisir le tribunal par le biais d'une requête, mais également par le dépôt de conclusions ou de tout autre écrit. Le juge statue « toutes affaires cessantes » et peut notamment modifier les modalités de l'hébergement ou celles des relations personnelles (suspension, réduction, encadrement dans un espace-rencontre), voire confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale au parent « victime » de l'inexécution. Il peut également permettre au père ou à la mère de se rendre avec un huissier de justice chez le parent récalcitrant afin que l'enfant lui soit « remis ».

490. – Une mesure d'*astreinte* peut ainsi être prévue en cas de refus des parents d'exécuter un jugement prévoyant des relations personnelles avec les grands-parents³²¹.

La cour d'appel d'Anvers n'a pas hésité à confirmer la décision, rendue en première instance, qui condamnait un père à une astreinte de 750 € par fois où il ne respecterait pas les modalités de l'hébergement égalitaire³²². La cour précise à cet égard que le parent récalcitrant ne peut se retrancher derrière le refus de l'enfant lui-même (qui est âgé de 13 ans) de voir les modalités fixées par le juge être appliquées (et ce d'autant moins lorsque cette attitude semble résulter d'une attitude manipulatrice du père). Dans une autre cause, l'ancien tribunal de la jeunesse de Bruxelles avait interdit à la mère – qui avait refusé de ramener l'enfant en Belgique à la fin de « sa » période d'hébergement aux États-Unis sous prétexte que celui-ci s'y opposait – de quitter le territoire belge sous peine d'une astreinte de 2.500 € par jour où elle se trouverait à l'étranger avec lui (avec constitution d'une sûreté réelle de 100.000 € afin d'en garantir le paiement)³²³.

Les montants des astreintes peuvent également être moins élevés (1.000 €³²⁴, 250 €³²⁵, 150 €³²⁶... par constat de non-respect des modalités d'hébergement). Elle peut également être imposée au parent qui refuse de conduire l'enfant à la prison aux jour et heure fixés par le tribunal afin qu'il y rencontre l'autre parent³²⁷.

Le juge peut prévoir que l'astreinte est due dès qu'un huissier de justice constate que le parent récalcitrant n'a toujours pas remis l'enfant à l'autre parent 30 minutes après l'heure prévue³²⁸. Certaines décisions ont prévu que ce constat peut ressortir du dépôt d'une plainte pour non-présentation d'enfant à la police³²⁹.

³²¹ Trib. jeun. Dinant (14^e ch. bis), 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932 – cf. *infra*, n° 124.

³²² Anvers (ch. 16bis), 12 février 2014, *T. Fam.*, 2015, liv. 1, p. 18, note T. VERCRUYSE.

³²³ Trib. jeun. Bruxelles, 9 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 1, p. 12.

³²⁴ Trib. jeun. Dinant (14^e ch. bis), 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932.

³²⁵ Trib. fam. Hainaut, (div. Charleroi, 8^e ch.), 28 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 199.

³²⁶ Mons (33^e ch.), 29 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 192.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Trib. fam. Hainaut, (div. Charleroi, 8^e ch.), 28 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 199.

³²⁹ *Ibid.*

Rien n'empêche que la mesure d'astreinte soit maintenue lorsque le parent récalcitrant a finalement exécuté la décision si le risque qu'il n'y obtempère pas persiste dans l'avenir³³⁰.

491. – Conformément à l'article 1385^{quinquies} du Code judiciaire, le juge des saisies ne peut suspendre l'astreinte, à moins que le parent récalcitrant ne se trouve pas en mesure d'exécuter son obligation³³¹. Sauf circonstances tout à fait exceptionnelles (accident, maladie avérée de l'enfant, autre circonstance impérieuse rendant tout déplacement impossible...), le juge des saisies ne considérera pas facilement que le parent récalcitrant se trouve dans une telle situation (la considération que l'exécution du jugement serait contraire à l'intérêt de l'enfant ne suffit en tout cas pas).

Par contre, il a été jugé que l'astreinte ne peut pas être exigée lorsqu'il apparaît que le refus n'émane en rien de la mère, mais uniquement de l'enfant (13 ans) lui-même, et que les modalités d'hébergement inexécutées ont entre-temps été supprimées par le juge de fond³³².

³³⁰ Liège (16^e ch.), 8 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 1, p. 14.

³³¹ Civ. Gand (juge des saisies), 8 mai 2012, *R.W.*, 2013-2014, p. 1590.

³³² Gand, 22 mai 2012, *NJW* 2013, p. 952.

TITRE III

LES RELATIONS PERSONNELLES AVEC DES ADULTES AUTRES QUE LES PARENTS LÉGAUX

492. – Doctrine récente³³³

S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in *Filiation et parentalité* (dir. J.-L. RENCHON et J. SOSSON), Actes du XIII^e colloque de l'Association « Famille & Droit », Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 278.

L. FERMYN, « Recht op persoonlijk contact van grootouders: (on)splisbaar van het conflict tussen ouders en grootouders? », *T. Fam.*, 2016, liv. 8, p. 195.

G. HIERNAUX, « À propos du droit des grands-parents de 'rencontrer' leurs petits-enfants », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1082.

³³³ Seules les principales publications parues durant la période recensée ou citées très fréquemment dans la présente contribution, sont mentionnées dans cette liste, qui doit donc être complétée de celles reprises dans les chroniques précédentes.

M. MALLIEN, « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement : analyse de quelques décisions judiciaires récentes », *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, pp. 149 à 160.

R. VASSEUR, « Nogmaals over het persoonlijk contact van de lesbische meemoeder », *T. Fam.*, 2013, p. 244.

CHAPITRE 1 LES GRANDS-PARENTS

SECTION 1

HÉBERGEMENT PRINCIPAL PAR LES GRANDS-PARENTS ?

493. – La jurisprudence et la doctrine ont rappelé que l'hébergement principal de l'enfant constitue une composante de l'autorité parentale, dont seuls les parents sont titulaires³³⁴. Par conséquent, cet hébergement ne peut être confié aux grands-parents dans le cadre d'une procédure civile. Toute action de leur part en ce sens doit être déclarée irrecevable dans la mesure où ils ne possèdent pas la qualité requise par l'article 17 du Code judiciaire. Il en serait de même pour toute demande relative à l'exercice de l'autorité parentale (comme, par exemple, un choix d'école)³³⁵.

Il semble néanmoins – mais la question demeure controversée³³⁶ – que l'« hébergement de fait » de l'enfant puisse être confié aux grands-parents³³⁷.

La différence entre l'hébergement principal, qui relève de l'autorité parentale, et l'« hébergement de fait », qui, selon certains, pourrait être revendiqué par les grands-parents, réside en ce que les deuxièmes doivent établir l'existence de circonstances exceptionnelles³³⁸. Contrairement aux parents qui s'opposent à propos de l'hébergement principal et qui doivent simplement démontrer que l'enfant se trouverait « mieux » s'il vivait chez eux, il incomberait aux grands-parents de prouver qu'il serait *gravement en péril* s'il ne leur était pas confié (maltraitance par un des parents, risque grave et démontré objectivement – par exemple par le biais

³³⁴ S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in *Filiation et parentalité* (dir. J.-L. RENCHON et J. SOSSON), Actes du XIII^e colloque de l'Association « Famille & Droit », Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 278, n^{os} 10 et s.

³³⁵ Trib. fam. Bruxelles (127^e ch. fr.), 15 mars 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 161.

³³⁶ S. CAP et J. SOSSON, *op. cit.*, n^o 22 et « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *op. cit.*, n^{os} 6 à 10 et la jurisprudence inédite qui y est analysée.

³³⁷ M. MALLIEN, « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 140, n^{os} 6 à 10 et la jurisprudence inédite qui y est analysée.

³³⁸ *Ibid.* et L. JACOBS, note sous Liège (21^e ch.), 4 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 343.

d'une mesure d'investigation ordonnée par le juge – pour la santé, l'intégrité physique ou le développement psychique...).

Durant toute la durée de l'hébergement par les grands-parents, les père et mère demeurent seuls titulaires de l'autorité parentale qui leur permet d'opérer les choix éducatifs, de représenter l'enfant en justice et d'administrer son patrimoine. De même, le droit d'hébergement des parents implique que chacun puisse obtenir le retour de l'enfant et la fin de l'hébergement de fait chez les grands-parents dès que les circonstances exceptionnelles ont cessé.

SECTION 2

LE DROIT AUX RELATIONS PERSONNELLES DES GRANDS-PARENTS

§ 1. *Un droit de principe*

494. – La Cour de Strasbourg a considéré, lors d'un arrêt rendu le 20 janvier 2015 dans une affaire *Manuello et Nevi c. Italie*³³⁹, que les liens entre des grands-parents et leur petit-enfant relèvent du droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁴⁰.

La Cour considère ainsi que les autorités étatiques portent atteinte à ce droit lorsqu'elles ne font preuve d'aucune diligence afin de mettre fin à la rupture de tout contact entre des grands-parents paternels et leur petite-fille de 5 ans.

495. – En droit belge, les liens entre les grands-parents et les petits-enfants sont protégés par l'article 375bis du Code civil³⁴¹ qui confère aux premiers un droit aux relations personnelles. Celles-ci doivent toutefois leur être refusées si elles apparaissent contraires à l'intérêt de l'enfant. La cour d'appel de Bruxelles a toutefois rappelé à cet égard dans un arrêt du 7 juin 2016 qu'il doit être présumé jusqu'à preuve du contraire³⁴² que les relations avec les grands-parents sont « profitables » à l'enfant et qu'il appartient, le cas échéant, aux parents de démontrer

³³⁹ Cour eur. dr. h., 20 janvier 2015 (*Manuello et Nevi c. Italie*), à consulter sur www.chr.coe.int.

³⁴⁰ *Ibid.* Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement : analyse de quelques décisions judiciaires récentes », *op. cit.*, n° 3.

³⁴¹ « les grands-parents ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant. (...). À défaut d'accord entre les parties, l'exercice de ce droit est réglé dans l'intérêt de l'enfant par le tribunal de la famille à la demande des parties ou du procureur du Roi ». Voy. notre analyse de cette disposition dans « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *op. cit.*

³⁴² L. FERMYN, « Recht op persoonlijk contact van grootouders : (on)splitsbaar van het conflict tussen ouders en grootouders ? », *T. Fam.*, 2016, liv. 8, p. 195.

le contraire *in concreto*³⁴³. Par ailleurs, la disposition précitée confère aux grands-parents un « droit de principe »³⁴⁴ en présumant l'existence d'un lien affectif entre ceux-ci et leurs petits-enfants³⁴⁵.

Ce droit demeure « subsidiaire par rapport au droit d'hébergement des parents » et a pour seul objet de faire en sorte qu'ils puissent « conserver un lien avec l'enfant (...) ». Il s'agit de « contacts limités dans le temps afin de ne pas vider de substance le droit d'hébergement des parents », ce qui (à nouveau³⁴⁶) exclut que les grands-parents obtiennent que son « foyer habituel » soit établi chez eux³⁴⁷.

Aucune distinction n'est opérée – de manière regrettable, selon nous – dans le texte légal entre l'hypothèse où le père ou la mère refuse seul(e) les contacts entre ses *beaux-parents* et l'enfant (par exemple parce que l'autre parent, qui « fait le lien » avec les grands-parents est absent du litige pour cause de décès, par désinvestissement, ...) et celle où le contentieux oppose le père ou la mère à ses *propres parents*. La deuxième hypothèse diffère pourtant fondamentalement de la première, puisque, dans ce cas, l'enfant risque de se trouver pris dans un contentieux, dont les enjeux s'avèrent souvent anciens et complexes.

§ 2. Critères déterminants pour la mise en place ou le maintien des contacts

496. – La jurisprudence *met en balance*, d'une part, l'apport que les grands-parents peuvent représenter sur le plan affectif³⁴⁸ et en incarnant les « racines » de l'enfant³⁴⁹, et, d'autre part, la nécessité de lui éviter d'être plongé dans un conflit intergénérationnel entre ceux-ci et les parents³⁵⁰. De même, il est généralement considéré qu'il ne peut être imposé à un enfant de rencontrer ses grands-parents contre son gré³⁵¹. Bien évidemment, le juge peut ordonner une mesure

³⁴³ Bruxelles (42^e ch.), 7 juin 2016, *T. Fam.*, 2016, liv. 8, p. 193, n° 9.

³⁴⁴ G. HIÉRNAUX, « À propos du droit des grands-parents de rencontrer leurs petits enfants », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, liv. 4, p. 1083 et les références y citées ; S. CAP et J. SOSSON, *op. cit.*, n° 7.

³⁴⁵ À propos de quelques précisions importantes concernant la portée exacte des droits reconnus aux grands-parents à l'article 375bis C. civ., voy. N. GALLUS, « Le droit aux relations personnelles des grands-parents et des autres tiers (article 375bis du Code civil) », in *Le droit des seniors – aspects civils, sociaux et fiscaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 310 et « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *op. cit.*, n°s 4 et s.

³⁴⁶ Cf. *supra* – n° 493.

³⁴⁷ Trib. fam. Bruxelles (127^e ch. fr.), 15 mars 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 161.

³⁴⁸ « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *op. cit.*, n° 11 et la jurisprudence inédite qui y est analysée.

³⁴⁹ Trib. fam. Brabant wallon (26^e ch.), 2 juin 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 642.

³⁵⁰ « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *op. cit.*, n°s 19 et 20.

³⁵¹ *Ibid.*, n°s 16 à 18.

d'investigation (enquête de police, étude sociale, expertise judiciaire...) ³⁵² ou, si les parties marquent leur accord à ce sujet, désigner un médiateur ³⁵³.

Ainsi, des contacts à concurrence d'un samedi par mois de 9h30 à 15h ont été prévus entre un adolescent et ses grands-parents paternels avec qui les contacts ont été repris progressivement grâce à « des activités culturelles appréciées par l'enfant » et qui constituent pour lui un « précieux secours » suite au désinvestissement total du père ³⁵⁴.

497. – Les situations de conflit entre les grands-parents et les parents forment la principale contre-indication qui mène les juges à rejeter la demande des premiers. En effet, comme l'écrit G. Hiernaux, « les cours et tribunaux sont excessivement prudents pour accorder un droit aux relations personnelles aux grands-parents, dès que le conflit est violent entre un parent et un grand-parent » ³⁵⁵. Les cas suivants en constituent l'illustration :

- un conflit intergénérationnel existe depuis de nombreuses années entre les parents et les grands-parents qui désapprouvent ouvertement les choix éducatifs opérés. Or, malgré l'élément important que le grand-père et la grand-mère constituent pour le développement de l'enfant, l'intérêt de celui-ci doit primer et consiste ni à être pris dans un conflit de loyauté entre ceux-ci et les parents, ni à être exposé au « discours toxique et/ou dénigrant des grands-parents » (paternels) à leur égard ³⁵⁶ ;
- la grand-mère paternelle « se montre très agressive vis à vis de son fils (...), n'a pas hésité à l'insulter lors de l'audience » et n'accepte pas de rencontrer l'enfant en présence des parents avec qui elle ne souhaite pas se réconcilier. Refusant de se prononcer sur la genèse de ce conflit ou d'en déterminer les responsabilités, la cour d'appel craint que la grand-mère « ne puisse pas épargner à l'enfant le sentiment de colère manifestement très vif qu'elle éprouve vis à vis de son fils et de sa belle-fille » ³⁵⁷. Dans un autre litige, le contexte conflictuel, mais aussi l'assuétude de la grand-mère à l'alcool, ont mené le tribunal de la famille du Brabant wallon à débouter celle-ci de sa demande de contacts avec sa petite-fille de 2 ans ³⁵⁸ ;
- le conflit exacerbé entre les parents, au point où les enfants ne voient plus ni leur père, ni la famille de celui-ci depuis deux ans, peut faire obstacle à la reprise de

³⁵² Cf. *supra*, n^{os} 480 à 488.

³⁵³ Trib. jeun. Liège (17^e ch.), 27 janvier 2011 et 11 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 847, note G. Hiernaux.

³⁵⁴ Liège (16^e ch.), 4 novembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 167.

³⁵⁵ G. HIERNAUX, « À propos du droit des grands-parents de "rencontrer" leurs petits-enfants », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1083.

³⁵⁶ Bruxelles (31^e ch.), 18 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 595.

³⁵⁷ Bruxelles (31^e ch.), 1^{er} février 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 603.

³⁵⁸ Trib. fam. Brabant wallon (26^e ch.), 2 juin 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 642.

contacts. Tel peut être exceptionnellement le cas lorsque « l'expert, les intervenants de l'aide à la jeunesse et le tribunal ont pu constater à quel point la perspective d'une reprise de contact avec quiconque du milieu paternel est vécue par les enfants comme une épreuve insurmontable qui les désorganise totalement sur le plan psychique »³⁵⁹. Priorité doit être donnée, dans ce cas, au rétablissement des liens avec le père, sans perturber davantage les enfants, et à l'intérêt de ceux-ci ;

- la demande de relations personnelles émanant des grands-parents paternels a également été rejetée dans un litige où ceux-ci éprouvaient un important ressenti à l'égard de la mère. Celle-ci avait témoigné en défaveur de leur fils lors de son procès d'assises, à l'issue duquel il a été condamné à 20 ans de réclusion criminelle. La cour d'appel a en effet constaté qu'il existe non seulement des risques de représailles contre la mère, mais également qu'ils véhiculent une image négative de celle-ci auprès de l'enfant qui serait ainsi plongé dans un conflit de loyauté³⁶⁰.

498. – Pourtant, toutes les situations de conflit, y compris lorsque celles-ci opposent les grands-parents et leur propre fils ou leur propre fille, ne mènent pas nécessairement au rejet de la demande des premiers. Si tel était le cas, le système mis en place par l'article 375*bis* du Code civil se verrait, comme le souligne la cour d'appel de Mons, « vidé de sa substance » puisque la saisine du tribunal par les grands-parents n'a lieu, par hypothèse, qu'en cas de conflit avec les parents³⁶¹. C'est avant tout l'*intensité* du conflit qui est déterminante. Les inconvénients de ce conflit sont mis en balance avec d'autres éléments comme le déroulement des relations avec les grands-parents dans les faits, la réalité du lien établi avec eux, voire l'attitude abusive du parent qui refuse les contacts³⁶².

La cour d'appel de Liège a maintenu les contacts des grands-parents maternels avec les petits-enfants malgré l'opposition du père, accablé par le suicide de la mère dont les parties s'accusaient mutuellement d'être responsable. La cour donne priorité aux souhaits des enfants, révélés par l'étude sociale, de revoir les grands-parents et considère l'attitude du père comme « rigide » et déraisonnable³⁶³.

499. – Enfin, d'autres contre-indications peuvent mener le juge, au-delà des conflits avec les parents, à débouter les grands-parents de leur demande fondée sur l'article 375*bis* du Code civil, ou, à tout le moins, à n'y faire droit que partiellement :

- *alcoolisme* de la grands-mère alors que l'enfant n'a que deux ans³⁶⁴ ;

³⁵⁹ Trib. jeun. Charleroi (15^e ch.), 23 octobre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 640.

³⁶⁰ Bruxelles (4^e ch.), 2 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 403.

³⁶¹ Mons (ch. jeun.), 8 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 721.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Liège (21^e ch.), 4 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 338, note L. JACOBS.

³⁶⁴ Trib. fam. Brabant wallon (26^e ch.), 2 juin 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 642.

- *profil dangereux du l'époux de la grand-mère* (encadrement des contacts dans un espace-rencontres)³⁶⁵ ;
- *attitude maltraitante passée de la grand-mère envers la mère et limitation de la demande de relations personnelles à l'aînée des enfants*, ce qui aurait suscité l'incompréhension des cadets³⁶⁶.

§ 3. *Fréquence et modalités des contacts*

500. – Le droit aux relations personnelles des grands-parents implique des contacts limités, ce qui exclut en principe – comme nous l'avons vu³⁶⁷ – qu'ils soient étendus au point que les petits-enfants y vivent principalement, ou qu'ils y séjournent un week-end sur deux. Ici encore, le droit d'hébergement des parents et les relations personnelles avec les grands-parents doivent être bien distingués. Souvent, les relations personnelles ont lieu *un week-end*³⁶⁸ ou *une journée*³⁶⁹ par mois, voire, lorsqu'il s'agit des parents de la mère décédée, un mercredi sur deux en plus d'un samedi mensuel³⁷⁰. Plusieurs facteurs entrent en ligne de compte afin de déterminer la fréquence et la durée des contacts.

Ainsi, par exemple, un juge a-t-il estimé qu'un week-end et qu'un mercredi par mois étaient trop larges lorsque les contacts avaient été rompus et qu'il convenait de les limiter à un jour (samedi ou dimanche) mensuel³⁷¹. Parfois, les contacts sont organisés de manière à ce que les grand-parents et les parents ne se rencontrent pas (par exemple en prévoyant que le week-end mensuel commencera le vendredi après l'école et s'achèvera le lundi matin) afin qu'ils puissent contribuer à l'« épanouissement » des petits-enfants au lieu de les placer au sein d'un conflit³⁷².

501. – Enfin, lorsque les relations sont très tendues, le juge opte parfois pour des contacts dans un *espace-rencontre*³⁷³, toujours dans le but qu'ils puissent, à terme et en cas de rapport favorable, avoir lieu au domicile des grands-parents. Ces contacts peuvent, par exemple, être fixés deux fois par mois durant deux heures³⁷⁴ ou un fois

³⁶⁵ Liège (21^e ch.), 4 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 331.

³⁶⁶ Liège (21^e ch.), 8 janvier 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 351.

³⁶⁷ Cf. *supra*, n° 493.

³⁶⁸ Mons (jeun.), 26 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 3, p. 10.

³⁶⁹ Liège (16^e ch.), 4 novembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 167.

³⁷⁰ Liège (21^e ch.), 4 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 338, note L. JACOBS.

³⁷¹ Trib. jeun. Bruxelles (11^e ch.), 26 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1079, note G. HIERNAX.

³⁷² Mons (jeun.), 26 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 3, p. 10.

³⁷³ Liège (21^e ch.), 11 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 634. À propos des interventions des espaces-rencontres, voy. L. JACOBS, note sous Liège (21^e ch.), 4 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 343, n° 7 et s.

³⁷⁴ Trib. jeun. Dinant (14^e ch. bis), 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932.

par mois durant trois heures³⁷⁵. L'encadrement des relations personnelles dans un espace-rencontre peut également être décidé lorsque l'époux de la grand-mère présente un risque (alcoolisme, possession d'armes, faits de violence...) ³⁷⁶. Par contre, l'espace-rencontre ne constitue pas un rempart efficace contre le risque avéré que les grands-parents tiennent des propos dénigrant à propos d'un des parents³⁷⁷.

Si les parents ne respectaient pas les modalités ordonnées par le juge, ils pourraient être condamnés conformément à l'article 387ter du Code civil au paiement d'une *astreinte* de 1.000 € pour chaque non-présentation de l'enfant à l'espace-rencontre³⁷⁸.

CHAPITRE 2 LES TIERS LIÉS AFFECTIVEMENT

SECTION 1 GÉNÉRALITÉS

502. – À la différence des grands-parents, les tiers disposent, conformément à l'article 375bis, alinéa 1^{er}, 2^e phrase, « d'un droit qualifié de "*virtuel*" dont l'existence dépend de la preuve d'un lien particulier d'affection avec l'enfant »³⁷⁹. Depuis la loi du 19 mars 2017, les accueillants familiaux chez qui l'enfant a été placé durant plus d'un an, disposent toutefois d'un droit de principe, à l'instar des grands-parents, puisqu'ils sont réputés avoir un lien d'affection particulier avec l'enfant³⁸⁰. L'adulte, qui sollicite un droit aux relations personnelles, doit donc prouver à la fois :

- l'existence d'un lien d'affection avec l'enfant ;
- que lesdits contacts ne seront pas contraires à l'intérêt de celui-ci.

Comme les grands-parents, la personne peut obtenir la condamnation des parents à une astreinte lorsque ceux-ci ne respecteraient pas le droit aux relations personnelles qui leur aurait été reconnu³⁸¹.

³⁷⁵ Liège (21^e ch.), 4 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 331.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Bruxelles (4^e ch.), 2 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 403.

³⁷⁸ Liège (21^e ch.), 4 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 331 ; Bruxelles (42^e ch.), 7 juin 2016, *T. Fam.*, 2016, liv. 8, 193, note L. FERMYN – cf. *supra*, n^{os} 490 et 491.

³⁷⁹ S. CAP et J. SOSSON, *op. cit.*, n^{os} 7 et 13 – nous mettons en évidence.

³⁸⁰ C. civ., art. 387quaterdecies.

³⁸¹ Mons (ch. jeun.), 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 1, p. 3, note N. GALLUS ; cf. *supra*, n^{os} 490, 491 et 501.

SECTION 2

LES « TIERS » TITULAIRES DE L'ACTION

503. – La catégorie des « tiers » est particulièrement vaste puisqu'elle comprend toute personne autre que le père ou la mère « juridique » de l'enfant et que les grands-parents.

Il s'agit notamment des parents biologiques à l'égard desquels aucun lien de filiation n'est établi, de l'ancienne compagne de la mère (par exemple parce que la loi du 25 mai 2014 sur l'établissement de la filiation de la coparente³⁸² n'était pas encore en vigueur)³⁸³, ainsi que les futurs adoptants³⁸⁴, des conjoints et compagnons des parents (notamment si l'un d'entre eux est décédé)³⁸⁵, des « beaux » grands-parents³⁸⁶, des arrière-grands-parents, des frères et sœurs, des parrains, marraines³⁸⁷, oncles et tantes³⁸⁸, des anciens accueillants familiaux et de toute autre personne envers qui un lien particulier et réciproque est établi. Il ne doit pas nécessairement s'agir d'un parent ou d'un allié de l'enfant.

Une certaine doctrine³⁸⁹, dont nous nous sentons proche, a stigmatisé le fait que, *de lege lata*, les frères et sœurs (qu'ils soient germains, utérins ou consanguins) sont relégués parmi les autres tiers et doivent prouver l'existence d'un lien d'affection, contrairement aux grands-parents et aux accueillants familiaux³⁹⁰ qui se trouvent ainsi placés dans une situation bien plus favorable. La moindre importance reconnue par le législateur (qui, lors des débats qui ont précédé l'adoption de la loi du 13 avril 1995, avait écarté la reconnaissance d'un lien de principe en faveur des frères et sœurs³⁹¹) au lien de fratrie par rapport aux grands-parents et

³⁸² M.B., 7 juillet 2014, n° 2014009353, p. 51703.

³⁸³ Voy. notre contribution « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *op. cit.*, n° 27. *Addé* : Trib. jeun. Bruges, 20 juin 2013, *T. Fam.*, 2013, p. 244, note R. VASSEUR ; Mons (ch. jeun.), 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 1, p. 3, note N. GALLUS.

³⁸⁴ « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *op. cit.*, n° 26.

³⁸⁵ *Ibid.*, n° 31. *Addé* : Trib. fam. Bruxelles (140^e ch.), 5 septembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 28, et, dans la même cause, Bruxelles (41^e ch.), 26 décembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 33.

³⁸⁶ « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », *op. cit.*, n°s 34 et 35.

³⁸⁷ *Ibid.*, n° 32.

³⁸⁸ *Ibid.*, n° 33.

³⁸⁹ S. CAP et J. SOSSON, *op. cit.*, n° 15 ; S. DEMARS, « Les relations entre les frères et les sœurs en droit civil », *R.G.D.C.* 2000, p. 75 ; R. HERS, « Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling », *T.B.B.R.* 2010, p. 286. *Addé* : *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, *op. cit.*, n° 205.

³⁹⁰ *Cf. supra*, n° 385.

³⁹¹ S. CAP et J. SOSSON, *op. cit.*, n° 15 et les travaux parlementaires y cités.

aux accueillants familiaux n'est justifiée par aucune étude scientifique (la pratique judiciaire reconnaît d'ailleurs généralement une grande importance à l'unité de la fratrie³⁹²).

SECTION 3

DÉCISIONS RENDUES

§ 1. *Les parents biologiques*

504. – Un père biologique, qui a introduit une action en contestation de la paternité du nouveau compagnon de la mère, s'est ainsi vu reconnaître un droit aux relations personnelles à concurrence d'un samedi sur deux. Les magistrats ont tenu compte, notamment en appel, de ce que le père biologique s'était investi dans la vie de l'enfant (visites à l'ONE...) avant d'en être écarté par la mère³⁹³.

Dans un autre litige, dont les circonstances sont un peu particulières, un « hébergement secondaire » a été prévu chez les parents biologiques, qui n'étaient autres que la sœur de la mère à l'origine du projet parental, et son compagnon (les parents à l'origine du projet parental avaient fait appel à leur (belle-)sœur et à son compagnon dans le cadre d'une insémination artificielle). La particularité était toutefois que la mère biologique (gestataire et génétique) demeurait (provisoirement en attendant l'aboutissement de la procédure d'adoption par sa sœur) la mère juridique, alors que le compagnon de la future adoptante l'avait déjà reconnu et était dès lors déjà le père juridique³⁹⁴.

Stricto sensu, l'« hébergement secondaire » demandé (et accordé à concurrence d'un weekend sur deux et un mercredi) ne pourrait donc être assimilé à des relations personnelles au sens de l'article 375bis du Code civil que dans le seul chef du compagnon de la mère biologique (et juridique), qui, de surcroît, s'était finalement avéré, contre toute attente, être le père biologique de l'enfant (que son beau-frère avait donc reconnu « à tort », l'ensemble des protagonistes croyant initialement – mais erronément – que cet enfant procédait effectivement de l'insémination artificielle).

³⁹² *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant (...)*, op. cit., n^{os} 205, 206, 605 à 610, 637 à 640, 794, 795, 823, 1164 et 1200 - critère VIII.C.

³⁹³ Bruxelles (ch. jeun.), 22 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 413.

³⁹⁴ Liège (1^{re} ch.), 20 octobre 2014, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 166 ; voy. également l'analyse dans notre contribution « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement (...) », op. cit., n^o 30.

§ 2. *L'ancienne compagne de la mère*

505. – L'ancienne compagne d'une mère s'est vu confirmer son droit aux relations personnelles reconnu à concurrence d'un dimanche par mois, dans un arrêt de la cour d'appel de Mons du 29 octobre 2012 (il ne lui était pas encore loisible, à l'époque, d'obtenir le statut de coparente conformément aux actuels articles 325/1 à 325/10 du Code civil). La haute juridiction a en effet constaté « que la compagne était autant à l'origine du projet parental que la mère » et que « nier cette réalité reviendrait à priver A. d'une part essentielle du sens de sa venue au monde et à reconnaître à celle des deux femmes qui, biologiquement, l'a mise au monde le droit de la confisquer à son seul bénéfice »³⁹⁵.

Quelques mois plus tard, l'ancien tribunal de la jeunesse de Bruges a cependant rejeté une demande similaire dans une autre cause relative à un enfant du même âge (moins d'un an) au moment de la séparation. Le juge a en effet adopté un raisonnement radicalement différent de celui de la cour d'appel de Mons en estimant que les relations personnelles avec l'ancienne compagne de la mère seraient susceptibles de générer de la confusion dans l'esprit de l'enfant dont le contexte familial est déjà peu commun³⁹⁶. Cette deuxième décision, qui témoigne d'une profonde divergence par rapport à la première, nous apparaît critiquable dans la mesure où elle semble s'appuyer sur la considération *in abstracto* que la poursuite des contacts avec la partenaire du même sexe de la mère au-delà de la séparation serait perturbante pour un jeune enfant.

§ 3. *Compagnon de la mère décédée : attribution de l'hébergement de fait ?*

506. – Le tribunal de la famille de Bruxelles s'est trouvé, suite au décès d'une mère qui, avec son compagnon, hébergeait principalement sa fille, confronté au dilemme entre :

- faire droit à la demande du compagnon de la défunte mère tendant à obtenir un droit aux relations personnelles d'une étendue telle que l'enfant vivrait *de facto* chez lui ;
- confier l'hébergement principal au père, qui est le parent survivant et par conséquent le seul titulaire de l'autorité parentale.

³⁹⁵ Mons (ch. jeun.), 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, liv. 1, p. 3, note N. GALLUS.

³⁹⁶ Trib. jeun. Bruges, 20 juin 2013, *T. Fam.*, 2013, p. 244, note R. VASSEUR.

Poursuivant une longue réflexion à propos du droit de l'enfant à – notamment – la vie familiale et au caractère prioritaire de son intérêt, le juge arrive à la conclusion qu'elle doit être confiée au compagnon de sa mère, avec lequel elle vivait depuis 5 ans et fait dès lors droit (en grande partie) à la demande de celui-ci³⁹⁷.

La cour d'appel de Bruxelles a réformé ce jugement, en rappelant que l'hébergement (principal) – avec lequel les relations personnelles prévues par l'article 375bis du Code civil ne doivent pas être confondues – constitue un attribut de l'autorité parentale qui appartient exclusivement au parent survivant³⁹⁸.

CONCLUSION

507. – L'analyse de la pratique judiciaire en matière d'autorité parentale, d'hébergement et de relations personnelles permet d'aboutir à deux constats essentiels. Tout d'abord, il apparaît que les magistrats, appelés à arbitrer les (nombreux) litiges dans ce domaine, ont à cœur de respecter les balises posées par le législateur (distinction entre les décisions qui relèvent du droit d'éducation et celles qui peuvent être prises par chaque parent lorsqu'il héberge l'enfant, priorité donnée l'hébergement égalitaire, subsidiarité des relations personnelles des grands-parents et des tiers par rapport à la place et au rôle des parents...), ils ont parfois appliqué, voire restreint ces balises, en fonction de leur propre conception de l'intérêt de l'enfant. Ainsi a-t-on vu certains juges ne pas accorder de préférence systématique à l'hébergement égalitaire, en dépit du prescrit de l'article 374, § 2, du Code civil, et exiger du parent qui le sollicite de démontrer que cette option rencontre le mieux l'intérêt de l'enfant. De même, quelques magistrats n'ont pas hésité à confier aux grands-parents ou à un tiers un « hébergement de fait » qui est dépourvu de fondement légal et qui s'étend en tout cas bien au-delà des relations personnelles prévues par l'article 375bis du Code civil.

Ceci tend à révéler que les juges familiaux ne se perçoivent pas uniquement comme la « bouche de la loi », mais également comme les garants de leur conception de l'intérêt des enfants. Il en découle que leurs décisions sont inéluctablement marquées et influencées par celle-ci.

³⁹⁷ Trib. fam. Bruxelles (140^e ch.), 5 septembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 28.

³⁹⁸ Bruxelles (41^e ch.), 26 décembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 33.

Le deuxième constat est que les juges donnent priorité à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, en fonction des éléments qui sont fournis par les parents ou qui ressortent d'une mesure d'investigation.

Dans tous les cas, les magistrats tentent – malgré les moyens limités mis à leur disposition et le nombre important de causes dont ils sont saisis – de s'acquitter au mieux de leur mission délicate, qui frôle parfois la limite du possible, de retenir la solution la plus adaptée à un enfant qu'ils ne connaissent pas (ou peu) et qui se trouve pris en tenaille dans des litiges d'adultes parfois très acerbes et complexes.