

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Contractualisation et prérogatives parentales

Mallien, Michael

Published in:
Annales de droit de Louvain

Publication date:
2019

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2019, 'Contractualisation et prérogatives parentales: quelle valeur reconnaître aux accords entre père et mère concernant l'éducation et l'hébergement de leur enfant ?', *Annales de droit de Louvain*, numéro 1, pp. 71-90.

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.

Contractualisation et prérogatives parentales : quelle valeur reconnaître aux accords entre père et mère concernant l'éducation et l'hébergement de leur enfant ?

par Michaël MALLIEN

Chargé de cours invité à l'UNamur et à l'UAntwerpen

Maître de conférences à l'ULB

Collaborateur scientifique à l'UCLouvain

Membre du Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine

Professeur à l'EPHEC

Avocat au Barreau de Bruxelles

INTRODUCTION

Bien souvent, la séparation des parents place le juge – qu'ils ont saisi – face à la mission délicate de déterminer des aspects importants de la vie de l'enfant, comme son lieu de résidence, sa scolarité, ses loisirs, voire sa religion ou certains aspects de sa santé. S'il est acquis que l'intérêt de l'enfant doit demeurer la préoccupation centrale des père et mère, mais aussi du magistrat, la difficulté provient, pour celui-ci, d'une part de ce qu'il ne connaît pas – ou peu – cet enfant (qu'il a tout au plus rencontré le temps de son audition) et, d'autre part, de ce que bien des décisions sollicitées reposent en réalité sur des choix de valeurs qui sont propres à chaque famille.

Ainsi certains magistrats sont-ils enclins à rechercher ce qui, à un moment ou un autre, a fait l'objet d'un consensus entre les parents qui connaissent bien mieux l'enfant qu'eux. Ce consensus peut en réalité prendre des formes très différentes puisque certains parents divorcent par consentement mutuel et sont dès lors amenés à fixer les modalités de l'hébergement et de l'exercice de l'autorité parentale dans leurs conventions préalables. Parmi les autres (qui optent pour un divorce pour désunion irrémédiable ou qui n'ont jamais été mariés), certains font acter un accord par le tribunal ou ont conclu une convention, avant ou après la séparation. Des notaires rapportent même avoir reçu la demande de futurs parents, par exemple au moment de signer leur contrat de mariage, de conclure également une convention relative aux options fondamentales qu'ils souhaitent pour leurs futurs enfants (par exemple en matière de religion, de régime linguistique de la scolarité...) ou visant à anticiper les conséquences sur ceux-ci d'une éventuelle séparation, notamment en ce qui

concerne les modalités d'hébergement. La pratique démontre cependant que l'écrasante majorité des parents (mariés ou non) ne fixent pas à l'avance ce type de choix dans une convention, ce qui ne les empêche évidemment pas de les poser plus tard lorsque la vie le requiert. Ainsi sont-ils amenés dès la naissance à choisir un prénom et (depuis les lois des 8 mai 2014 et 25 décembre 2016) un nom pour l'enfant, à lui tenir un discours sur des questions existentielles sur la vie et la mort, éventuellement à le faire baptiser ou circoncire, à déterminer sa langue maternelle (de plus en plus fréquemment dans une société multiculturelle), à opter pour une école, un type d'enseignement et des loisirs, à prendre des décisions relatives à la santé... Lorsqu'ils se séparent et que le juge se trouve saisi de leurs litiges relatifs à l'hébergement et à l'éducation des enfants, de nombreux « accords » ont ainsi déjà été conclus de manière plus ou moins implicite dans la vie quotidienne.

Se pose dès lors la question de savoir dans quelle mesure le juge est tenu par tous ces accords, si différents les uns des autres, et, partant, de la pertinence de consigner à l'avance certains choix fondamentaux dans des conventions, même en l'absence de toute perspective de séparation. De manière plus profonde, cette question mène également à s'interroger sur le contenu intrinsèque de la mission du juge et sur sa légitimité, et à se demander si celui-ci est appelé à intervenir en marge de ce que les parents ont – ou avaient – convenu. Nous tenterons de répondre à ces interrogations dans la présente contribution, tout en limitant celle-ci aux domaines de l'hébergement, de l'autorité parentale et des litiges civils entre les père et mère.

I. — FORCE OBLIGATOIRE, PREUVE ET ARTICULATION AVEC D'AUTRES CRITÈRES D'APPRÉCIATION

Une *summa divisio* peut ainsi être opérée entre d'une part, les conventions qui en réalité révèlent une véritable intention des parents de se lier sur le plan juridique – nous aurons à nous prononcer sur la nature contractuelle de ces engagements – et d'autre part, leurs simples pratiques communes qui, si elles résultent le plus souvent de points de consensus entre les parties, ne supposent pas une telle intention.

A. — Les conventions préalables au divorce par consentement mutuel

Conformément à l'article 1288, 2°, du Code judiciaire, les parents qui sollicitent le divorce par consentement mutuel doivent avoir prévu, dans leurs conventions préalables, les modalités concernant l'autorité sur les enfants et

l'hébergement (principal et/ou secondaire, voire le droit aux relations personnelles en cas d'exercice exclusif de l'autorité parentale) « en ce qui concerne les enfants mineurs non mariés et non émancipés communs aux deux époux, les enfants qu'ils ont adoptés et les enfants de l'un d'eux que l'autre a adoptés ». Tant les modalités valables durant la procédure que celles applicables après la dissolution du mariage doivent être prévues, et l'absence de convention à ce propos entraîne la nullité de la requête en divorce¹.

Toutefois, le juge n'est pas entièrement lié par ces conventions relatives à l'enfant puisqu'il peut, même *motu proprio*, ordonner la comparution personnelle des parents conformément à l'article 1389, § 2, du Code judiciaire et lors de cette comparution, le cas échéant après avoir entendu l'enfant², « proposer aux parties de modifier » ou « faire supprimer ou modifier les dispositions qui sont manifestement contraires aux intérêts »³ de celui-ci (éventuellement après avoir pris connaissance de l'avis rendu par le procureur du Roi conformément à l'article 1389ter du même Code).

Quels sont les motifs qui peuvent mener le juge à enjoindre les parents de modifier ou de supprimer une ou plusieurs clauses relatives à l'enfant ? Ledit article 1389, § 2, fait uniquement mention des « intérêts de l'enfant », ce qui semble exclure d'autres critères, mais ne permet pas, en l'absence de jurisprudence publiée, de savoir s'il s'agit uniquement de cet intérêt établi *in concreto* ou de la conception retenue *in abstracto* de celui-ci par le juge. Rappelons à ce propos que « la locution "*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) »⁴. Comme le précise J.-L. Renchon, la définition *in abstracto* est « censée exprimer pour l'ensemble des enfants ce qu'est leur intérêt dans telle ou telle situation », alors que l'*appréciation in concreto* revient à « déterminer, au cas par cas, l'intérêt supérieur de chaque enfant, en fonction de caractéristiques particulières de sa situation familiale ou de sa personnalité »⁵.

Pour notre part, nous pensons cohérent de considérer, à l'instar de ce qui est le cas lorsque le juge familial estime devoir s'écarter de conventions parentales autres que celles qui précèdent un divorce par consentement mutuel⁶, que seule

¹ C. jud., art. 1288bis, al. 2, *junctio* art. 1288, 2°.

² C. jud., art. 1290, al. 2, *junctio* art. 1004/1.

³ C. jud., art. 1290, al. 2 et 5.

⁴ M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, thèse de doctorat en sciences juridiques de l'UCLouvain, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 123, n° 117.

⁵ J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, 2010, liv. 200, p. 10.

⁶ *Ibid.*

une appréciation *in concreto* le justifierait. L'opinion de l'enfant, révélée lors de son audition et qui s'avérerait contraire à ce qui est stipulé dans les conventions préalables, peut également donner lieu à la modification ou à la suppression de certaines clauses si le juge estime, dans l'espèce qui lui est soumise, que la sauvegarde de cet intérêt suppose le suivi desdits *desiderata* du mineur.

Se pose également – et surtout – la délicate question de l'immutabilité des conventions préalables au divorce par consentement mutuel après que celles-ci aient été homologuées par le tribunal de la famille. Certes, l'article 1288, alinéas 2 et 4, du Code judiciaire, offre à chaque parent la possibilité de faire revenir la cause devant le tribunal qui a prononcé le divorce en cas d'apparition de circonstances nouvelles et indépendantes de leur volonté. Les conventions préalables au divorce par consentement mutuel figent-elles dès lors les décisions relatives à l'enfant jusqu'à l'apparition de circonstances nouvelles ?

La Cour de cassation semble avoir répondu de manière quelque peu ambiguë à cette question dans un arrêt du 28 juin 2012⁷. Il s'agissait de parents dont les conventions préalables au divorce par consentement mutuel, homologuées par le tribunal de première instance compétent (à l'époque), confiaient l'exercice exclusif de l'autorité parentale à la mère, qui hébergerait principalement les enfants. Le père ne bénéficiait que d'un droit aux relations personnelles relativement limité. À peine quelques mois plus tard, le père saisit à nouveau le tribunal et y sollicite cette fois le rétablissement de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et la mise en place d'un hébergement égalitaire. Si cette demande est rejetée en première instance, il y est fait droit par la cour d'appel⁸. La mère se pourvoit donc en cassation, en alléguant la violation des articles 1288 du Code judiciaire et 387*bis* du Code civil, et en faisant valoir l'absence de circonstances nouvelles qui modifient substantiellement la situation des enfants et/ou des parties, mais aussi de toute justification de l'arrêt d'appel par des considérations qui résulteraient d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt des premiers⁹. Le défendeur en cassation s'appuyait, quant à lui, sur une certaine doctrine selon laquelle l'article 387*bis* du Code civil supprimait l'exigence de circonstances nouvelles¹⁰. Si la Cour de cassation rejette

⁷ Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2012, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 226. Voy. également les analyses de B. VAN HEK, « Het belang van het kind als primordiaal beoordelingscriterium bij wijziging EOT overeenkomst inzake ouderlijk gezag : een breuk met het verleden ? », *T. fam.*, 2013., liv. 6, p. 124, n° 3, ainsi que la nôtre, 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°s 3 à 13.

⁸ Gand (15^e ch.), 8 mars 2010, n° rôle 2009/JR/138, *inédit*, cité et analysé in 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° 3.

⁹ 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° 4.

¹⁰ *Ibid.*, n° 8 et la doctrine y citée sous la note infrapaginale n° 11.

le pourvoi, elle rappelle cependant (et paradoxalement ?) la nécessité de circonstances nouvelles, celles-ci ayant, depuis lors, également été requises par le législateur à l'article 1288, alinéa 4, inséré par la loi du 18 juin 2018.

Le rejet dudit pourvoi signifie-t-il que le juge peut s'écarter des conventions préalables au divorce par consentement mutuel en partant uniquement d'une définition *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant ? Nous ne le pensons pas, car, en l'espèce, la cour d'appel ne s'était pas appuyée sur sa *propre* conception *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant, mais sur celle *du législateur*, qui sous-tend l'érection de l'hébergement égalitaire en modèle de référence par la loi du 18 juillet 2006¹¹. Considérer, sur base de l'arrêt du 28 juin 2012, que la Cour de cassation permet désormais au juge familial de s'écarter des conventions antérieurement homologuées en s'appuyant uniquement sur des considérations abstraites, reviendrait selon nous à en extrapoler la portée¹².

Notons enfin que l'article 1288, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire précise que les conventions préalables au divorce par consentement mutuel doivent avoir été établies *par écrit* et qu'il ressort de l'article 1288*bis*, § 1^{er}, alinéa 3, du même Code que cette obligation est prescrite sous peine de nullité de la requête. Ceci ne signifie pas pour autant que les conventions préalables constitueraient un contrat solennel puisque rien n'exclut que, si elles n'étaient pas consignées par écrit, une certaine force obligatoire leur soit reconnue en tant que conventions parentales « de droit commun »¹³ (qui, certes, ne pourraient plus justifier une demande en divorce par consentement mutuel).

B. — Les conventions parentales « de droit commun »

a) Généralités

Comme nous venons de le constater, les conventions préalables au divorce par consentement mutuel continuent de susciter un certain nombre de questions. Le sort à réserver aux autres conventions parentales semble cependant encore moins évident.

Ces conventions parentales, que nous qualifions ici « de droit commun » en l'absence de toute disposition les concernant spécifiquement, peuvent être conclues à divers instants : en marge du contrat de mariage ou, pour des père et mère non-mariés (cohabitants légaux ou de fait, voire pas cohabitants du tout), au moment de la mise en œuvre du projet parental, durant la vie

¹¹ 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.

¹² *Ibid.*, n° 13.

¹³ *Cfr infra.*

commune (par exemple à l'occasion d'un choix essentiel à poser pour l'enfant – comme le choix scolaire ou religieux – ou au terme d'une médiation à l'issue d'une crise de couple) ou lors de la séparation, voire même à titre transactionnel devant le juge saisi de leur contentieux.

Deux cas de figure sont alors possibles.

- Un des parents ne se retrouve plus dans la convention, qu'il a conclue (jadis) mais dont il conteste désormais l'application en sollicitant du juge une décision qui s'en écarte. Dans ce cas, se pose la question de la force obligatoire et de l'application du principe de la convention-loi formulé à l'article 1134 du Code civil.
- Les parents s'entendent à propos de la convention dont ils sollicitent l'entérinement par le tribunal. Ici, la question posée est celle de la possibilité, laissée au juge familial qui considérerait cet accord comme contraire à l'intérêt de l'enfant, de s'en écarter comme il aurait pu le faire dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel.

b) Les conventions actuellement remises en cause par un des parents

1. Force obligatoire

En ce qui concerne le premier cas de figure, l'application du principe de la convention-loi aux conventions non-homologuées par un tribunal, constituait une véritable hérésie pour la doctrine classique. Ainsi, H. De Page considérait que l'autorité parentale se trouvait hors commerce et ne pouvait, dès lors, faire l'objet de « *conventions particulières* »¹⁴. Une telle acception implique inmanquablement que le juge ne serait en rien tenu d'appliquer ces conventions parentales de droit commun – celles-ci ne revêtant alors aucune nature contractuelle – et qu'il garderait les mains totalement libres lors de la détermination des modalités de l'hébergement et de l'exercice de l'autorité parentale.

Cette conception est toutefois abandonnée par J.-L. Renchon, dont nous partageons l'opinion et pour qui une distinction essentielle doit être opérée entre¹⁵ :

¹⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 756. Voy. également G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *Rép. not.*, t. I, VI, Larcier, Bruxelles, 1987, p. 118, n° 91, les nombreux auteurs belges et étrangers cités par K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Thèse d'habilitation, Centre interuniversitaire de droit public ASBL, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 242 à 249, ainsi que M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, op. cit., p. 239, n° 255 où toutes les références reprises ici sont également citées.

¹⁵ J.-L. RENCHON, « 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 septembre 2005, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 373 ; J.-L. RENCHON, « L'hébergement de l'enfant "transfrontières" », in *L'enfant et les relations familiales internationales*, Actes du VII^e colloque

- d'une part, des conventions (voire des actes juridiques unilatéraux) qui auraient pour objet une renonciation à l'exercice de l'autorité parentale ou son transfert (aux grands-parents, à un tiers, à l'autre parent...);
- d'autre part, des conventions qui tendraient à fixer un point déterminé de l'éducation et de la vie de l'enfant, comme, par exemple, le choix de l'école, le régime linguistique, la religion et, bien sûr, l'hébergement.

Pour cet auteur, seules les premières qui, par exemple, ont « pour objet une renonciation à la titularité de l'autorité parentale ou le transfert de son exercice à un tiers seraient nécessairement frappées de nullité (absolue), cette autorité étant hors du commerce au sens de l'article 1128 du Code civil »¹⁶. Par contre, une certaine force obligatoire peut être reconnue aux deuxièmes, puisque la conclusion d'accords est consubstantielle à l'exercice conjoint de l'autorité parentale. En effet, le caractère bicéphale de ladite autorité implique une recherche presque constante de consensus entre les parents quant aux choix à poser. Dans cette optique, rien n'interdirait aux parents de figer certains choix dans un véritable contrat dans le but d'éviter l'apparition éventuelle de désaccords entre eux dans le futur.

Certes, « l'article 1134 se trouve au Livre III du Code civil, consacré aux "manières dont on acquiert la propriété" », mais « la règle de la convention-loi qui y est édictée constitue un principe général de droit »¹⁷. Dès lors, « rien ne permet d'affirmer que ce principe concernerait les seuls contrats patrimoniaux »¹⁸. Ainsi, par exemple, la validité de contrats, qui pourtant n'ont pas d'objet patrimonial, est unanimement reconnue, comme par exemple des accords procéduraux, des conventions d'élection de for ou désignant le droit applicable à un acte juridique ou à un litige. Plus généralement, il est admis que la qualification de contrat doté de la force obligatoire n'est pas réservée aux conventions (unilatérales ou synallagmatiques) génératrice de créances et d'obligations¹⁹, mais que celle-ci revêt une portée plus générale. Rien ne semble empêcher de considérer comme y incluses les conventions parentales à propos de la vie et de l'éducation des enfants. L'encadrement des conventions

de l'association « Famille & Droit », Louvain-la-Neuve, 19-20 octobre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 293. Voy. également N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 280 à 282; K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, *op. cit.*, pp. 250 et s.

¹⁶ J.-L. RENCHON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture du couple non marié », *op. cit.*, n° 11; M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, p. 240, n° 256.

¹⁷ M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, renvoyant à P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruylant, Bruxelles, 2010, n° 86.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 375.

préalables au divorce par consentement mutuel qui, nous l'avons vu, est prévu par les articles 1288 et suivants du Code judiciaire, et bien que ces conventions soient (notamment de par leur nécessaire homologation judiciaire) d'une nature très différente de celles évoquées ici, témoigne également d'une conception du législateur selon laquelle l'éducation, la vie et l'hébergement des enfants peuvent faire l'objet d'accords auxquels une certaine valeur est susceptible d'être reconnue sur le plan juridique.

Dans cette optique, il semble permis de considérer que les conventions « de droit commun » entre les parents à propos de l'enfant – dans la mesure où ceux-ci étaient animés d'une intention de se lier sur le plan juridique (*animus contrahendae*)²⁰ – constituent de véritables contrats dotés de la force obligatoire conformément à l'article 1134 du Code civil. La conséquence en est que le juge doit – sous réserve de ce que nous développerons à propos d'autres critères comme ceux de l'intérêt et de la volonté de l'enfant – appliquer ces conventions²¹ et, en principe, rendre une décision conforme à ce qui y a été stipulé *in illo tempore* (même si, à présent, par hypothèse, l'un d'entre eux la remet en cause en sollicitant une mesure qui s'en écarte – à moins, bien sûr, que sa demande ne tende à obtenir la nullité de cette convention ou à en contester l'existence même).

Cette force obligatoire reste cependant limitée aux conventions relatives à un point déterminé de la vie et de l'éducation, et ne pourrait s'étendre à celles qui heurteraient (par une renonciation à l'autorité parentale, par son transfert à un tiers ou par une suppression de tout contact entre l'enfant et le père ou la mère) l'économie générale du système mis en place par les articles 371 à 387ter du Code civil. Celui-ci reste en effet d'ordre public et vise notamment à sauvegarder l'implication des deux parents dans la vie et l'éducation de l'enfant, comme le garantissent les articles 5, 7.1, 9.3, et 18.1 de la Convention onusienne relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CIDE), mais aussi l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)²².

2. Les conventions parentales et le critère de l'intérêt de l'enfant

Si les conventions parentales sont bien dotées de la force obligatoire, il convient de ne pas perdre de vue que l'intérêt de l'enfant doit demeurer le principal critère d'appréciation lors des litiges qui le concernent, cette règle constituant un principe général de droit²³ et étant consacrée explicitement par

²⁰ *Ibid.*, n° 221 et P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, n° 58.

²¹ P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, n° 376.

²² M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, pp. 192-193, n° 200 et 201, et la jurisprudence strasbourgeoise y citée.

²³ A.-Ch. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *R.G.D.C.*, 1988, p. 186.

l'article 3.1 de la CIDE, par l'article 22*bis* de la Constitution et par de nombreux arrêts strasbourgeois rendus dans le cadre de l'article 8 de la CEDH²⁴.

Qu'advierait-il dès lors si le juge, convaincu par un des parents, voire par l'enfant lors de l'audition, constatait que l'application de la convention s'avérerait contraire à son intérêt ? Force est de constater que, garanti par les textes susmentionnés, l'intérêt de l'enfant constitue un critère prioritaire²⁵ et d'ordre public²⁶. Il ne fait dès lors aucun doute que lesdites conventions ne doivent pas être appliquées lorsqu'elles s'y avèrent contraires. Par ailleurs, l'article 387*bis* du Code civil permet toujours au juge de prendre de (nouvelles) mesures lorsque l'intérêt de l'enfant le requiert sans que ne soit nécessaire l'apparition de circonstances nouvelles depuis la conclusion des conventions (sauf, bien sûr, lorsqu'un jugement antérieur avait déjà été rendu en se basant sur celles-ci²⁷). C'est pourquoi J.-L. Renchon considère que la convention parentale est certes dotée de la force obligatoire, mais que celle-ci est atténuée. Elle constitue donc « un véritable engagement juridique qui liera les parents, à moins que l'un d'entre eux ne parvienne à démontrer qu'elles ne respectaient pas ou ne respectent plus l'intérêt de l'enfant »²⁸.

Reste à savoir si le père ou la mère, qui s'oppose à l'application de la convention conclue antérieurement, doit démontrer sa contrariété à l'intérêt de l'enfant établi *in concreto* ou s'il lui suffit de convaincre le juge de son incompatibilité avec ledit intérêt défini *in abstracto*²⁹. Bien qu'« aucun arrêt de principe n'a été rendu à cet égard par les juridictions suprêmes », « il ressort de diverses dispositions dont l'article 2 du 1^{er} protocole additionnel de la CEDH, de l'article 18.1 de la CIDE, mais également de l'abondante jurisprudence de la Cour de Strasbourg à propos de l'article 8 de la CEDH que la responsabilité de l'éducation de l'enfant appartient aux parents. C'est donc avant tout à eux qu'il appartient de déterminer *in abstracto* – le cas échéant en concluant des conventions – ce à quoi correspond une “bonne” éducation (l'intervention du juge n'étant que subsidiaire) »³⁰. Dans la mesure où la mission de déterminer les orientations de la vie et de l'éducation de l'enfant, ainsi que le choix des

²⁴ M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, pp. 103 à 107 et les arrêts strasbourgeois y analysés.

²⁵ *Ibid.*, pp. 94 à 114.

²⁶ *Ibid.*, pp. 47, note infrapaginale 87.

²⁷ Dans ce cas des circonstances nouvelles sont requises conformément à l'article 1253*ter*/7 du Code judiciaire, faute de quoi la nouvelle décision heurterait l'autorité de chose jugée de la première.

²⁸ J.-L. RENCHON, « L'hébergement de l'enfant “transfrontières” », *op. cit.*, n° 24.

²⁹ À propos du sens exact de ces notions – *cf. supra*.

³⁰ M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, p. 243, n° 259.

valeurs qui les sous-tendent, appartient inaliénablement aux parents, on perçoit difficilement ce qui permettrait au juge de substituer sa propre vision de ce qui convient à tous les enfants placés dans une situation similaire, à ce qui fût, à un moment donné, la conception commune des parents (même si l'un d'entre eux ne la soutient plus) sans s'appuyer sur des éléments concrets, propres à l'espèce. Si la solution demeure incertaine, trois exceptions, où il serait loisible au juge de s'écarter des conventions parentales en s'appuyant sur une définition *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant, semblent par ailleurs (et en tout cas) devoir être admises : lorsque les considérations abstraites émanent du législateur lui-même (par exemple : priorité à l'hébergement égalitaire sans justification *in concreto* et malgré une convention antérieure contraire, en se fondant sur le seul article 374, § 2, *in fine* du Code civil), lorsque les conceptions abstraites font l'objet d'un large consensus au sein de la société ou de la communauté scientifique, et lorsque lesdites conventions ont perdu toute pertinence par l'écoulement du temps et la survenance de nouveaux paramètres amenés au cours de celui-ci³¹.

3. Les conventions parentales et l'opinion de l'enfant

L'article 12 de la CIDE garantit à l'enfant non seulement le droit d'être entendu, mais également celui de voir son opinion être prise en considération conformément à son âge et à son degré de maturité. Outre l'effet direct qui lui est désormais reconnu par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 octobre 2017³², cette disposition sert également de norme d'interprétation de l'article 8 de la CEDH dans la jurisprudence strasbourgeoise³³. Lesdits droits de l'enfant d'être entendu et de voir son opinion être prise en considération, se trouvent également garantis, en interne, par les articles 22*bis* de la Constitution et 1004/1 du Code judiciaire³⁴. Il en ressort, dans certains cas, un véritable droit de décision pour le mineur³⁵.

Se pose dès lors la question de savoir ce qu'il advient lorsque le juge, après avoir entendu l'enfant (ou après avoir pris connaissance d'un rapport d'expertise judiciaire faisant état de l'opinion de celui-ci), constate que les *desiderata* de l'enfant sont contraires à la convention parentale. Le problème ne se pose

³¹ *Ibid.*, pp. 243-244, n° 260.

³² Cass., 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247, note N. MASSAGER ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 562, note G. MATHIEU.

³³ Cour eur. D.H., 3 septembre 2015, *M. & M./Croatie*, www.echr.coe.int.

³⁴ À ce propos et concernant la portée de l'article 12 de la CIDE et son incidence sur la jurisprudence strasbourgeoise, voy. M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », in J.-Y. HAYEZ, M. MALLIEN, S. VAN TRIMPONT et M. ZIANT-DUFRASNE, *L'hébergement de l'enfant : réflexions pluridisciplinaires*, Limal, Anthemis, 2020, p. 7.

³⁵ *Ibid.*, pp. 38-39.

pas réellement lorsque le juge, pour une raison ou une autre, considère que, dans l'espèce qui lui est soumise, l'intérêt de l'enfant requiert que ses souhaits soient suivis (par exemple pour lui éviter un sentiment de frustration, ou parce que ses propos apparaissent éclairants de son vécu relationnel avec tel parent, etc.), ou, au contraire, qu'ils ne le soient pas (par exemple afin de lui éviter d'être prisonnier d'un conflit de loyauté). Dans ces cas, l'intérêt de l'enfant de voir sa volonté être suivie – ou ne pas être suivie –, détermine l'application – ou l'inapplication – de la convention parentale étant donné le caractère prioritaire de cet intérêt³⁶. Qu'advient-il cependant lorsque le juge estime qu'il se trouve dans l'impossibilité de déterminer laquelle, parmi l'application des souhaits de l'enfant et celle de la convention parentale, rencontrerait le mieux ledit intérêt ?

Comme nous l'écrivions précédemment³⁷, trois thèses semblent pouvoir être défendues à ce propos. La première, que nous avons qualifiée de « protectrice »³⁸, part du principe que l'essence même de la minorité et de l'institution de l'autorité parentale implique que les (principales) décisions appartiennent aux père et mère jusqu'au 18^e anniversaire de l'enfant. Dans cette optique, les accords parentaux doivent logiquement primer sur l'opinion du mineur. La deuxième, qui se situe aux antipodes de la première et que nous avons dénommée « autonomiste »³⁹, considère, au contraire, que l'autorité parentale et le pouvoir décisionnel qui en découle n'ont d'autre raison d'être que de suppléer à l'inaptitude provisoire de l'enfant de décider par lui-même. Une fois établi *in concreto* que, l'enfant a, au vu de sa maturité, acquis cette aptitude, rien ne justifierait qu'il ne puisse décider par lui-même. De ce point de vue, auquel certains reprocheront de mettre à mal la césure nette entre minorité et majorité, les conventions parentales doivent être écartées lorsqu'elles sont (devenues) contraires aux souhaits de l'enfant suffisamment mature (à moins, bien évidemment, que son intérêt ne s'y oppose). À l'appui de cette deuxième thèse, il est permis d'invoquer les articles 12.1 de la CIDE, 22*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution et 1004/1, § 6, du Code judiciaire qui garantissent la « prise en considération » de l'opinion de l'enfant. Si, d'une part, il semble en effet malaisé de considérer, au regard de ces dispositions, que l'opinion de l'enfant puisse systématiquement être mise de côté au regard des conventions parentales, elles ne stipulent pas davantage que l'autorité des père et mère cesserait *de lege lata* totalement d'exister chaque fois que l'enfant a acquis,

³⁶ *Cfr supra*.

³⁷ M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. CARRE, N. GALLUS, G. HIERNAUX, M. MALLIEN, Th. VAN HALTEREN et G. WILLEMS, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 393-394 et les références y mentionnées.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

dans un domaine déterminé, la maturité et/ou la faculté de discernement. C'est pourquoi nous pensons devoir adhérer à une troisième thèse⁴⁰. Celle-ci tend à considérer qu'une lecture commune de ces dispositions avec celles (dont l'article 3.1 de la CIDE) qui garantissent le caractère prioritaire de l'intérêt de l'enfant, permet de déduire l'existence d'une présomption *réfragable* selon laquelle l'opinion exprimée par celui-ci (s'il est mature et doté de discernement) correspondrait à son intérêt. En effet, d'une part, l'enfant semble lui-même bien souvent (mais pas toujours) le mieux placé pour discerner son propre intérêt qui, d'autre part, constitue la *ratio legis* de l'obligation de « prendre en considération » l'opinion du mineur. De ce point de vue, cette opinion devrait (en principe) avoir priorité sur les conventions parentales, sauf s'il était établi *in concreto* que cette opinion serait contraire à son intérêt qui, en l'espèce, serait davantage garanti par ce que les parents avaient stipulé.

4. La preuve des conventions parentales

Si, comme nous l'avons fait, l'on reconnaît la nature contractuelle des conventions parentales, il en résulte que ces conventions doivent être prouvées conformément aux articles 1322 et suivants du Code civil. Toutefois, l'article 8.9, § 4, du Livre III (intitulé « La Preuve ») du Nouveau Code civil, promulgué le 13 avril 2019⁴¹ et promis à l'entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020, prévoit que les actes juridiques dont la valeur de l'objet demeure indéterminée – ce qui est bien évidemment le cas des conventions parentales à propos de l'éducation et de l'hébergement des enfants – pourront être prouvés par toute voie de droit.

Aussi restera-t-il loisible au juge de s'appuyer sur des témoignages ou sur d'autres éléments pouvant constituer des présomptions de l'homme et apportés par une des parties (comme par exemple certains échanges épistolaires – olographes ou électroniques – entre les parents, voire même la correspondance officielle de leurs conseils), afin de constater l'existence et le contenu des conventions parentales. Toute la difficulté réside dans l'établissement de l'*animus contrahendi*⁴², c'est-à-dire l'intention réciproque de se lier contractuellement, qui, conformément à l'article 8.4 du Livre III du Nouveau Code civil (et à l'article 1315 du Code actuel), devra être prouvée par le parent qui s'appuie sur la convention alléguée. Or, la pratique démontre que rares sont les parents qui rédigent une convention en bonne et due forme, révélant cette intention avec certitude. Le plus souvent, les parents se sont « mis d'accord » sur un choix commun, sans qu'il soit tout à fait certain que tous deux aient

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Mon.*, 14 mai 2019, p. 46353.

⁴² *Cfr supra.*

été animés de l'intention de le figer sur le plan juridique. Dans ce cas, le juge n'aura d'autre choix que de constater l'existence d'une simple pratique commune, à moins qu'il ne considère que la preuve exigée par la partie contestant l'existence de la convention ne soit « déraisonnable » comme le lui permettra désormais l'article 8.4, alinéa 6, *in fine* dudit Livre III du Nouveau Code civil.

c) Les accords dont l'entérinement judiciaire est sollicité par les deux parents

Les situations où les parents aboutissent à un accord – par exemple à l'issue d'une médiation ou d'une conciliation – qu'ils demandent ensuite au juge d'entériner, sont (fort heureusement) loin d'être rares. L'hypothèse diffère fondamentalement de celle envisagée au point précédent, puisque là où il s'agissait de parents dont l'un s'opposait, au nom de l'intérêt ou de la volonté de l'enfant, à l'application de la convention conclue antérieurement, les père et mère soutiennent ici, au contraire, pleinement l'accord qu'ils souhaitent tous les deux entendre homologuer par le tribunal.

Ici également, se pose la question de savoir s'il est loisible au juge de refuser d'entériner une convention parentale qu'il estimerait contraire à l'intérêt de l'enfant. Tel pourrait être le cas, par exemple, si les parents convenaient d'inscrire l'enfant pour des seuls motifs de commodités liés aux trajets dans une école qui, selon l'avis du PMS ou selon le corps enseignant, ne correspondrait ni à ses aptitudes, ni à ses besoins. De même, des parents pourraient convenir d'un régime d'hébergement privant l'enfant de tout contact avec l'un d'entre eux en dépit du prescrit de l'article 374, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil qui réserve cette possibilité aux cas où apparaissent des « motifs très graves ». Le refus d'entérinement de l'accord, pourtant sollicité par les deux parents à la cause, serait-il compatible avec le principe dispositif formulé à l'article 1138, 2^o, du Code judiciaire ? Répondant à cette interrogation, Q. Fischer constate que « l'ordre public permet au juge, notamment lorsqu'il statue en matière familiale et, plus spécifiquement, sur les modalités d'hébergement d'un enfant, de déroger au principe dispositif. Il est en effet admis que ces modalités peuvent toucher aux valeurs fondamentales de la société et donc à l'ordre public. [...] La violation du principe dispositif est acquise dans cette hypothèse, mais elle se justifie par le fait que cet accord entre les parents et contraire à l'ordre public »⁴³. L'article 374, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil prévoit d'ailleurs qu'un accord relatif aux choix éducatifs qui serait

⁴³ Q. FISCHER, « Les pouvoirs du juge qui fixe les modalités d'hébergement d'un enfant chez chacun de ses parents : quelques réflexions sur les principes directeurs d'instance », *Div. Act.*, 2002, liv. 5, p. 71, n^o 7. *Adde* : M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, p. 47, n^o 40.

contraire à l'intérêt de l'enfant, peut mener à ce que le juge prévoie l'exercice exclusif de l'autorité parentale. Il ressort enfin du § 2, alinéa 1^{er}, de la même disposition que « l'accord relatif à l'hébergement des enfants est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant ».

Ici également, l'intérêt de l'enfant apprécié par le juge prime sur l'accord parental. Il est permis de penser que les développements retenus au point précédent relatifs à la nécessaire appréciation *in concreto* de cet intérêt et à l'opinion de l'adolescent, s'appliquent ici *mutatis mutandis*, les prémisses du raisonnement suivi demeurant identiques.

C. — Les pratiques communes des parents

Les « pratiques communes » désignent tout ce sur quoi les parents s'étaient, au moins implicitement, mis d'accord par le passé à propos de l'éducation de leurs enfants sans qu'il ne soit établi une quelconque intention contractuelle de se lier sur le plan du droit. Il peut s'agir de choix posés par le passé pour l'enfant concerné ou pour un de ses frères et sœurs aînés (p. ex. le choix d'une école, le baptême ou la circoncision...).

Ceci signifie-t-il que ces pratiques communes, en tant que critère d'appréciation, se trouvent dénuées de tout fondement juridique et que le juge demeure libre de s'en écarter, notamment en fonction de ses propres conceptions *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant ? Bien qu'il n'existe à ce propos aucune décision émanant d'une quelconque juridiction suprême, ni même (à notre connaissance) le moindre positionnement théorique au sein de la doctrine ou de la jurisprudence des juridictions du fond, il nous semble devoir y répondre par la négative.

Le raisonnement qui nous y mène est relativement similaire à celui que nous avons suivi à propos de l'interdiction, sauf exceptions, au juge de s'écarter des conventions parentales en s'appuyant uniquement sur une définition *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant⁴⁴. En effet, comme nous l'avions rappelé, les père et mère se trouvent investis de leur mission parentale par de multiples dispositions, comme l'article 8 (implicitement) de la CEDH tel qu'interprété par la Cour éponyme⁴⁵ et l'article 2 du premier protocole additionnel de la même Convention, l'article 18.1 de la CIDE, les articles 371 à 387^{ter} du Code civil... Considérer que le juge puisse s'écarter des pratiques communes,

⁴⁴ *Cfr supra.*

⁴⁵ Voy. M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, op. cit., et les arrêts y cités p. 75, n° 66, sous la note infrapaginale 189 et p. 79, n° 70, sous la note infrapaginale 211. Le droit de choisir l'option religieuse de l'enfant a été considéré par certains comme un attribut de la liberté religieuse des parents – K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, op. cit., pp. 26 et s.

adoptées *in tempore non suspecto* par les parents (généralement durant la vie commune), même si l'un d'entre eux en conteste désormais le bien-fondé, reviendrait à placer les opinions et conceptions propres du premier au-dessus de celles qui avaient inspiré les deuxièmes. Permettre une telle latitude aux magistrats familiaux (qui bien souvent n'en sont d'ailleurs aucunement demandeurs) ne semble guère compatible avec les droits fondamentaux – certes conçus comme droits-fonction – conférés aux parents par les dispositions précitées en matière de choix de vie et d'éducation.

La privation de la force obligatoire, qui par essence distingue les conventions parentales (de tous les types évoqués) des pratiques communes, nous semble toutefois avoir pour conséquence que l'opinion contraire de l'enfant doit toujours leur être préférée, à moins que le juge ne constate *in concreto* que cette priorité ne heurte l'intérêt de celui-ci. En effet, là où le caractère non-absolu des droits à vocation de l'autonomie de l'enfant, garantis notamment par les articles 12.1 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution, nécessitait une interprétation compatible avec le principe de la convention-loi formulé à l'article 1134 du Code civil, rien n'établit ici, en l'absence d'engagement sur le plan juridique, que les parents aient entendu assurer la pérennité de leur pratique commune dans le temps. Il paraît *a priori* malaisé – mais toutefois nullement exclu en l'absence d'un quelconque arrêt de principe en la matière – de considérer que de simples pratiques communes sans engagement, désormais remises en cause par un des parents, puissent mener le juge à s'écarter de l'opinion de l'enfant (dont la prise en considération est garantie par les dispositions internationales est constitutionnelles précitées) sans que cela ne soit justifié par son intérêt.

II. — LES ACCORDS PARENTAUX ET LA PRATIQUE JUDICIAIRE

Certaines études ont démontré que, si l'argument de l'existence d'un accord (convention ou pratique commune⁴⁶) entre les parents n'est invoqué que dans une minorité de contentieux relatifs au choix de l'école, il y est suivi dans 80 % des cas⁴⁷. Parfois, l'accord est retenu explicitement comme critère d'appréciation pour maintenir les enfants dans l'établissement scolaire fréquenté l'année précédente, faute de contre-argument convaincant⁴⁸. Tel est le cas également pour une première inscription, lorsque les parents s'étaient entendus sur

⁴⁶ Les chiffres cités au présent point recouvrent les deux types d'accord sans les distinguer, car l'analyse des décisions ne permet bien souvent pas d'apercevoir s'il s'agit d'une convention ou d'une pratique commune.

⁴⁷ M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, op. cit., p. 265, n° 289.

⁴⁸ Réf. Bruxelles (nl), 29 août 2008, *inéd.*, analysé in *ibid.*, pp. 278-279, n°s 315 et 316.

le choix d'une école, avant que l'un d'entre eux ne revienne sur cet accord, sans vraiment s'en expliquer⁴⁹. La même logique a mené la Cour d'appel de Bruxelles à appliquer un accord parental qui prévoyait que l'enfant effectuerait ses primaires en néerlandais et ses secondaires en français, faute d'élément nouveau justifiant le contraire⁵⁰.

La référence aux accords parentaux – voire à l'absence d'accord – est fréquente dans les contentieux relatifs à la religion de l'enfant, qu'il s'agisse de son initiation, de sa pratique ou du suivi d'un cours confessionnel à l'école. Les juges tendent, en effet, à se référer aux choix communs des parents et à éviter à tout prix de se livrer à une appréciation relative à la valeur intrinsèque de tel ou tel culte. Aussi peuvent-ils avoir égard à un accord antérieur explicite, mais aussi à l'acceptation tacite, par le passé, du suivi par l'enfant de tel cours confessionnel⁵¹ ou de l'appartenance de l'autre parent à une religion déterminée⁵², à la cohérence entre un acte initiatique spécifique et un choix culturel commun plus global (p. ex. baptême et communion si les aînés ont reçu ces sacrements et si les enfants sont inscrits dans une école catholique – y compris lorsqu'aucun des deux parents n'adhère véritablement à ce culte)⁵³.

En matière d'hébergement, la pratique d'un hébergement égalitaire de commun accord par les parties, constitue souvent un argument supplémentaire convaincant le tribunal de maintenir ces modalités, prévues d'ailleurs comme modèle de référence par l'article 374, § 2, *in fine*, du Code civil (rappelons également que cette disposition dispense le juge d'examiner ce type d'hébergement en cas d'accord contraire entre les parents). À l'inverse, un jugement récent du tribunal de la famille de Charleroi démontre que la pratique commune effective d'un hébergement plus réduit chez un des parents parce que celui-ci (faute de disponibilité) fait appel à l'autre parent comme baby-sitter, peut s'avérer un des arguments déterminants aux yeux du juge (et faire obstacle à la mise en place d'un hébergement égalitaire)⁵⁴.

⁴⁹ Bruxelles (ch. vac.), 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 204.

⁵⁰ Bruxelles (14^e ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210. *Addé* : M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, p. 388, n^o 407.

⁵¹ Réf. Bruxelles (fr), 4 juin 2008, analysé in M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, pp. 620-621, n^{os} 867 et 868.

⁵² Réf. Gand, 29 janvier 2007 et Trib. jeun. Liège (19^e ch.), 30 mars 2009, analysés in M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, pp. 622-624, n^{os} 869 et 870.

⁵³ Trib. jeun. Gand (ch. 76bis), 5 mars 2009, *inédit*, et Réf. Liège, 7 avril 2006, *inédit*, analysés in *ibid.*, pp. 617 à 619, n^{os} 865 et 866.

⁵⁴ Trib. fam. Hainaut (div. Charleroi) (ch. 23bis), 20 décembre 2019, 18/3637/A, *inédit*.

De manière plus globale, si les juges se réfèrent fréquemment aux accords des parents, ils n'hésitent pas à s'en écarter afin de donner priorité à d'autres critères qui sont presque toujours liés à l'intérêt de l'enfant (unité de la fratrie, valeur ajoutée d'un voyage à l'étranger...). Les repères extra-familiaux⁵⁵ ont ainsi priorité sur les conventions entre les parents, mais uniquement combinés avec d'autres critères. Tel est le cas lorsque le juge estime que leur bouleversement serait contraire au bien-être de l'enfant (à établir *in concreto*) ou qu'un changement d'école serait inopportun eu égard à la nécessité d'opter pour un enseignement et une scolarité conformes à ses besoins. Dans les autres cas, les accords des parents ont priorité sur lesdits repères. Par ailleurs, les commodités au niveau des trajets ont eux aussi tour à tour priorité sur les conventions selon les décisions. Cette apparente divergence entre les juges s'explique cependant en partie par les durées des trajets qui sont différentes selon les litiges (lorsque le trajet du domicile d'un des parents vers l'école est très long, ce critère aura généralement priorité).

Enfin – et peut-être surtout – l'analyse de la pratique judiciaire démontre bien souvent que, lorsque les critères des accords parentaux et de l'opinion de l'enfant se trouvent en concurrence, de nombreux juges ont tendance à donner priorité aux premiers, l'inverse étant rarement le cas (même si une certaine divergence semble exister au sein de la jurisprudence)⁵⁶. Loin d'user toute la latitude qui leur est laissée, sur le plan juridique, pour une conception plus autonomiste de l'enfant, les magistrats semblent encore majoritairement convaincus que le processus décisionnel demeure l'apanage des adultes (juge ou parents) et que l'enfant en demeure globalement exclu.

III. — RÉFLEXIONS CRITIQUES SUR LA PLACE DES ACCORDS PARENTAUX ET SUGGESTIONS DE *LEGE FERENDA*

L'analyse des fondements juridiques des accords parentaux et de leur articulation avec d'autres critères d'appréciation, dans le cadre des litiges civils relatifs à l'éducation et à l'hébergement des enfants, révèle avant tout l'incertitude

⁵⁵ Les repères extra-familiaux se définissent comme suit : « des personnes, lieux, types de pédagogie, etc. auxquels l'enfant est habitué. Certains repères, comme le parent qui assume l'hébergement principal ou les frères et sœurs relèvent de la sphère familiale, alors que d'autres y sont extérieurs. [...] [Cette locution] recouvre essentiellement les repères scolaires (familiarité de l'école, des professeurs, de la pédagogie, des habitudes propres de l'établissement.) et sociaux (amis et copains) » ; M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères reconnus par les juges*, *op. cit.*, p. 266, n° 290.

⁵⁶ M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, pp. 37-38.

qui règne à cet égard. Aucun texte ni même aucun arrêt de principe ne vient, la plupart du temps, clarifier la position des différents types d'accords qui ne manquent pourtant pas de foisonner.

La question de la force contraignante desdits accords, de leur articulation avec d'autres critères et, plus généralement, de la possible contractualisation de l'autorité parentale, soulève une interrogation bien plus fondamentale encore, à savoir celle de la portée exacte de la mission du juge. Ainsi, la distinction entre l'appréciation *in concreto* et la définition *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant, sur laquelle nous sommes revenus si souvent, pose la question de ce qu'est, *in fine*, un juge familial dans l'ordonnancement juridique belge. En effet, les contentieux (civils) d'éducation et d'hébergement voient l'apparition de trois types d'acteurs – les enfants, les parents et le juge – qui, placés dans une relation triangulaire, forment autant de pôles d'attraction tendant à influencer la décision qui sera rendue. La hiérarchie entre l'opinion exprimée par l'enfant et les accords parentaux est sous-tendue par celle du degré d'autonomie que l'on souhaite reconnaître au mineur et par celle des fondements même de l'autorité parentale. De même, la faculté laissée – ou non – au juge de s'écarter des accords parentaux en fonction de ses propres considérations abstraites, tout comme la place laissée à l'autonomie de la volonté des père et mère et l'application du principe de la convention-loi, soulève en réalité la question des rapports entre l'État et le citoyen et de l'étendue de la sphère privée laissée à celui-ci.

Face à l'incertitude générale qui se dégage de l'analyse de la valeur juridique des différents types d'accords parentaux, une intervention législative pourrait s'avérer souhaitable. Une telle intervention ne pourrait faire l'économie d'un choix politique entre une évolution vers une plus grande place laissée à l'autonomie du mineur, une (ré)affirmation de la valeur juridique des différents types d'accords parentaux et une réévaluation du rôle du juge familial dans la société.

En laissant ici de côté la question de l'autonomie du mineur – à laquelle nous venons de consacrer une autre contribution⁵⁷ et dont nous appelons le renforcement de nos vœux – se pose celle de la valorisation de la place des accords parentaux. Le législateur pourrait ainsi prévoir explicitement que le juge appliquera, sauf décision spécialement motivée en fonction d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, les conventions parentales ou, à défaut, les pratiques communes des père et mère. Une telle intervention présenterait sans aucun doute l'avantage de réaffirmer un juste équilibre entre la mission de l'autorité étatique (plus spécifiquement du juge) garante de l'intérêt

⁵⁷ *Ibid.*

de l'enfant en tant que principe d'ordre public, tout en respectant la sphère privée et le droit des parents de déterminer les orientations fondamentales pour leurs enfants. Reconnaître un caractère contraignant aux conventions parentales et, éventuellement, à la poursuite de leurs pratiques communes, impliquerait également une plus grande prévisibilité des décisions judiciaires et, partant, découragerait certains parents de diligenter des demandes stériles mais très nocives pour l'entente familiale, le plus souvent au détriment des enfants.

Cependant, cette potentielle évolution législative ne manquerait pas de présenter également des inconvénients qu'il convient de ne pas négliger et qui sont liés au contexte dans lequel l'accord parental a vu le jour. En effet, la sphère familiale constitue bien souvent un environnement favorable aux vices de consentement et il n'est pas rare qu'un parent prenne l'ascendant sur l'autre (durant la vie commune, ou au moment de la séparation lorsque par exemple un des père et mère n'a pas fait le deuil de la relation et espère encore convaincre l'autre de la renouer). Comme l'écrit N. Massager, les accords parentaux peuvent « dissimuler des manœuvres de chantage, d'intimidation ou tout simplement une manipulation – consciente ou non – d'un parent, fragilisé par la situation, sous l'emprise de l'autre parent, ou tout simplement mal informé de l'étendue de ses droits »⁵⁸. Si l'inquiétude exprimée par cette auteure concerne principalement – mais pas exclusivement – les accords conclus au crépuscule de la relation ou à l'heure de la séparation, il n'est pas rare que, durant tout le temps de la vie commune, un parent ait vécu sous l'emprise de l'autre qui aurait dicté seul(e) les pratiques relatives aux enfants.

Une voie médiane consisterait, selon nous, à solenniser les conventions parentales en ne reconnaissant que celles conclues devant notaire, soit au début de la relation (le cas échéant au même moment que le contrat de mariage), soit au cours de celle-ci, soit encore au moment de la séparation. Lorsqu'il s'agirait d'entériner un accord parental à la demande des deux parties, un rôle plus actif pourrait être attribué au juge afin qu'il puisse prendre le temps de s'enquérir, auprès de chacune d'entre elles, de l'authenticité du consentement (ce qui supposerait sans aucun doute un financement plus large de la Justice afin de prévoir un cadre plus important de magistrats, permettant à ceux-ci de traiter un nombre moindre de causes au cours d'une même audience). Un règlement similaire pourrait être prévu pour les pratiques communes, en laissant au juge la liberté de s'en écarter non seulement en fonction de l'intérêt et de la volonté de l'enfant, mais également en tenant compte du contexte de leur émergence. Cette intervention du législateur ne pourrait s'avérer efficace que

⁵⁸ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in D. CARRE, G. HIERNAX, N. GALLUS, N. MASSAGER, S. PFEIFF et S. DEGRAVE, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 496.

si elle était accompagnée d'une sensibilisation, particulièrement des parents cohabitants légaux ou – surtout – de fait, qui, à l'inverse des couples mariés, ne trouvent qu'exceptionnellement le chemin du notaire.

Dans tous les cas, il nous semblerait adéquat – en partant du positionnement autonomiste qui est le nôtre – de prévoir que l'opinion de l'enfant mature et doté de discernement prime sur les différents types d'accords parentaux qui, eux, ne pourraient être écartés qu'en fonction de l'intérêt de l'enfant établi *in concreto* ou du contexte dans lequel ils ont été conclus.

CONCLUSION

L'étude de la place des accords parentaux dans les contentieux civils à propos de l'éducation et de la vie de l'enfant soulève davantage de questions qu'elle n'en résout. La raison en est que l'exercice de la fonction parentale, qui se trouve fréquemment marqué par la séparation des père et mère, demeure enclavé entre la posture d'un juge teintée de paternalisme judiciaire (le plus souvent bien davantage à la demande des justiciables que par goût du magistrat lui-même) et l'autonomie croissante reconnue à l'enfant. Les enjeux qui sous-tendent ces questions sont aussi ceux du difficile mariage entre la liberté (parfois perçue comme angoissante par certains) reconnue aux enfants et aux parents de déterminer eux-mêmes les valeurs fondamentales et les principes d'une bonne éducation, et le sentiment (précaire) de sécurité attendu d'un pouvoir étatique perçu volontiers comme omniscient. Le réel danger n'est-il pas que, au sein de ce couple atypique et dans les différents aspects de la vie sociale qui le concernent, le deuxième soit de plus en plus tenté par un adultère à l'encontre de la première ?

Reste donc l'urgence d'amorcer une réflexion, pour l'instant relativement absente de la doctrine, à propos de l'autonomie respective des enfants et des parents et du tracé entre la sphère publique et leur domaine privé, notamment dans le cadre des contentieux civils.