

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant et la volonté des parents

Mallien, Michael

Published in:
Actualités du droit de la famille

Publication date:
2015

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2015, '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', *Actualités du droit de la famille*, numéro 10, pp. 227-233.

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.

Cour de cassation (1^{re} ch.), 3 octobre 2014

Siège: M. E. Dirix (prés.) ; MM. A. Smetryns, K. Mestdagh, G. Jocqué, B. Wylleman (cons.)

M.P.: M^e A. Van Ingelgem (av. gén.)

Exercice exclusif de l'autorité parentale – Droit aux relations personnelles – Principe dispositif

L'article 374, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil oblige le juge, lorsque l'exercice exclusif de l'autorité parentale est confié à l'un des parents, à fixer les modalités d'exercice des relations personnelles par l'autre parent lorsque celui-ci le demande et qu'il n'existe pas de raisons très graves qui s'y opposent. Cette disposition n'impose cependant pas au juge de fixer d'office ces modalités d'exercice des relations personnelles en dehors de toute demande du parent auquel l'autorité parentale est refusée.

.....

[...]

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 5 décembre 2011 par la cour d'appel d'Anvers.

Le conseiller Alain Smetryns a fait rapport. L'avocat général André Van Ingelgem a conclu.

II. Les moyens de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, la demanderesse présente un moyen.

III. La décision de la Cour

1. En vertu de l'article 374, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil le juge fixe les modalités selon lesquelles celui qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des relations personnelles avec l'enfant. Ces relations ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves.

2. Cette disposition oblige le juge, lorsque l'exercice exclusif de l'autorité parentale est confié à l'un des parents, à fixer les modalités d'exercice des relations personnelles par l'autre parent lorsque celui-ci le demande et que les relations personnelles ne sont pas refusées pour des motifs très graves, mais ne l'oblige pas à fixer d'office ces modalités en dehors de toute demande du parent auquel l'autorité parentale est refusée.

Dans la mesure où le moyen est fondé sur le soutènement contraire, il manque en droit.

3. Dans la mesure où le moyen invoque la violation du principe général du droit suivant lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et celle des droits de la défense du fait que le juge a statué, en l'espèce, sans ordonner la réouverture des débats afin de permettre aux parties de prendre position quant aux modalités du droit aux relations personnelles de la demanderesse avec l'enfant, il est déduit de la violation

vainement alléguée de l'article 374, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil et, dès lors, irrecevable.

4. Il ne ressort pas des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que la demanderesse a demandé au juge d'appel qu'il fixe les modalités de son droit aux relations personnelles.

Dans la mesure où le moyen invoque la violation du principe dispositif, il manque en fait.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

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**Introduction**

1. Parmi les questions les plus délicates posées lors des contentieux parentaux portés devant le juge familial, apparaît celle de la possibilité laissée au magistrat de remettre en question ce sur quoi les père et mère s'étaient entendus (ou à tout le moins ne s'étaient pas affrontés) à un moment donné. Ainsi est-il permis de se demander dans quelle mesure les conceptions du juge à propos de l'intérêt de l'enfant doivent prévaloir sur celles qui recueillent l'accord du père et de la mère.

D'aucuns avanceront en faveur de la priorité laissée à ce qui fut la volonté commune des parents, qu'ils sont mieux placés pour apprécier l'intérêt de l'enfant qu'un magistrat qui ne le connaît guère et dont rien ne permet de croire qu'il serait davantage en mesure d'avoir un avis autorisé. D'autres feront valoir, au contraire, que l'intérêt de l'enfant constitue la norme supérieure, prévalant sur les choix communs des parents qui (puisqu'il y a litige) sont de toute manière remis en question par l'un d'entre eux. Il devrait ainsi, dans cette deuxième optique, être loisible au juge de prendre toutes les décisions nécessaires, avec le moins de contraintes possible, au nom de l'intérêt dit « supérieur » de l'enfant.

2. L'objet de la présente contribution n'est pas de procéder à une analyse exhaustive de la question de l'ordre de priorité entre les choix communs des parents et l'intérêt de l'enfant tel qu'il est perçu par le juge. Plus modestement, notre propos consistera à procéder à l'examen de deux points précis qui y sont liés et à propos desquels la Cour de cassation s'est prononcée (en partie) :

- la remise en cause des accords préalables au divorce par consentement mutuel au nom de l'intérêt de l'enfant ;
- l'intérêt de l'enfant et le principe dispositif.

Dans le premier cas, nous aurons à nous demander

dans quelle mesure un magistrat est autorisé, à la demande d'un des parents, à prendre une décision différente de l'option qui avait été retenue par les père et mère dans leurs conventions préalables au divorce par consentement mutuel. Le deuxième a trait à la question de savoir si le juge peut (voire doit), au nom de l'intérêt de l'enfant, passer outre le choix d'un des parents de *ne pas* introduire une demande déterminée en matière d'hébergement.

Ainsi serons-nous en mesure, à travers l'analyse de ces points précis et des arrêts de la Cour de cassation qui s'y rapportent, d'apercevoir l'importance, dans les cas évoqués, des choix des parents par rapport à la perception par le juge de l'intérêt de l'enfant.

1. L'intérêt de l'enfant et les accords préalables au divorce par consentement mutuel : arrêt du 28 juin 2012

A. Antécédents et position de la Cour

3. Dans la cause où a été rendu l'arrêt du 28 juin 2012, les parents avaient fait homologuer une convention préalable au divorce par consentement mutuel quelques mois avant la survenance du litige. Aux termes de celle-ci, l'exercice exclusif de l'autorité parentale et l'hébergement principal avaient été confiés à la mère, le père se contentant apparemment d'un droit assez restreint aux relations personnelles¹.

Par la suite, le père a toutefois sollicité auprès de l'ancien tribunal de la jeunesse l'exercice conjoint de ladite autorité et la mise en place d'un hébergement égalitaire. Si cette demande a été rejetée par le premier juge², la Cour d'appel de Gand y a cependant fait droit pour les motifs suivants :

« La distance entre les résidences des parents respectifs ne constitue pas une contre-indication à la mise en place d'un hébergement alterné. Ils habitent à moins de 10 km l'un de l'autre. Le père est chauffeur de camion. Il travaille durant deux semaines, puis réside une semaine à la maison. Il exerce une activité complémentaire dans le domaine des ICT, mais l'arrêtera fin 2010. Comme chauffeur, il fait partie une semaine sur deux de l'équipe matinale, puis l'autre semaine de l'équipe du soir. Ses trajets ne durent jamais plus d'un jour. La mère est actuellement encore en pause-carrière. Ses capacités éducatives ne sont

pas remises en question. Raisonnablement, celles du père ne peuvent l'être davantage. Dans le passé, il s'est occupé des enfants durant 3 ans en tant qu'homme au foyer. Il y a bel et bien des circonstances modifiées. L'intérêt des enfants doit être la première préoccupation dans des causes comme celle-ci (art. 3.1 de la CIDE). Il n'est jamais possible de prédire, dans des conventions préalables au divorce par consentement mutuel, quel sera le vécu des enfants dans le futur. Il y a lieu en permanence de déterminer quel est leur intérêt. Ce principe trouve d'ailleurs écho dans la convention préalable au divorce par consentement mutuel. Celle-ci stipulait qu'il y a toujours lieu de vérifier dans l'intérêt des enfants s'il est possible d'établir un contact plus large avec le père. Les enfants n'ont pas souhaité la séparation des parents, à laquelle ils n'ont eu aucune part. Mais ils en sont les victimes. Ils sont privés d'un des nids parentaux. Ils ne bénéficient plus de la répartition des tâches et des rôles de parents vivant ensemble et en harmonie. Un hébergement égalitaire présente en tout cas l'avantage que, d'une part, les deux parents peuvent consacrer autant de temps à l'éducation. D'autre part, les enfants peuvent également bénéficier d'autant de temps pour développer et maintenir un lien avec chaque parent. La question se pose de savoir si, en l'espèce, il existe des éléments qui mènent à privilégier d'autres modalités d'hébergement dans l'intérêt des enfants. En l'espèce, il n'existe pas d'éléments déterminants en ce sens. Rien n'indique que le père ferait un usage abusif de la procédure afin de porter préjudice à la mère »³.

4. Suite à cet arrêt où l'exercice conjoint de l'autorité parentale et l'hébergement égalitaire ont respectivement été rétablis et mis en place, la mère s'est pourvue en cassation en y faisant valoir – notamment et de manière très résumée⁴ – les arguments suivants :

– la cour d'appel n'a pas tenu compte des conditions mentionnées à l'article 1288, alinéa 2 du Code judiciaire où il est stipulé que les conventions préalables au divorce par consentement mutuel peuvent être modifiées uniquement lorsque sont apparues des « circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties », qui « modifient substantiellement » leur situation ou celle de l'enfant⁵. Or, en l'espèce, force est de constater que l'arrêt de la cour d'appel est intervenu quelques mois après l'homologation de la convention préa-

1. Les données factuelles de l'arrêt ne ressortent pas de sa version publiée, mais ont été résumées dans la note 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.

2. *Ibid.*

3. Gand (15^e ch.), 8 mars 2010, n° rôle 2009/JR/138, *inédit*, traduction libre.

4. Ainsi, la mère avait-elle notamment fait valoir que la Cour d'appel de Gand avait appuyé sa décision sur l'art. 3.1 de la Convention onusienne des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CIDE) alors que – selon elle – aucun effet direct ne peut être reconnu à cette disposition. De plus, le juge d'appel aurait considéré à tort que la convention préalable au divorce par consentement mutuel permettait elle-même de prévoir des contacts plus larges entre le père et les enfants si la nécessité s'en faisait sentir. Notre analyse ne portera pas sur ces points, l'essentiel des enseignements de l'arrêt commenté se trouvant, à notre avis, ailleurs. À propos de la question de l'effet direct de l'art. 3.1 de la CIDE, voy. l'analyse reprise dans notre étude *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Inventaire et hiérarchie des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, thèse de doctorat en sciences juridiques de la Faculté de droit et de criminologie de l'UCL, à consulter via <http://hdl.handle.net/2078.1/165073>, pp. 100 et s., n^{os} 131 à 134.

5. L'art. 1288, al. 2 C. jud. est libellé comme suit : « Lorsque des circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties modifient sensiblement leur situation ou celle des enfants, les dispositions visées aux 2^e et 3^e de l'alinéa précédent peuvent être révisées après le divorce, par le juge compétent ».

lable au divorce par consentement mutuel. L'arrêt *a quo* viole dès lors le principe de la convention-loi formulé à l'article 1134 du Code civil, mais aussi l'autorité de la chose jugée de la décision aux termes de laquelle ladite convention a été homologuée par le tribunal⁶ ;

- le juge du fond s'appuie sur des considérations d'ordre général et mais ne motive nullement par une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant pourquoi les modalités d'hébergement convenues ne devraient plus trouver à s'appliquer. Ce faisant, l'arrêt attaqué viole à la fois le prescrit de l'article 149 de la Constitution et celui des articles 1288, alinéa 2 du Code judiciaire et 387*bis* du Code civil⁷.

5. La Cour de cassation a toutefois estimé qu'« *il ressort des dispositions légales précitées que, depuis l'insertion de l'article 387bis du Code civil, le juge qui est tenu, en vertu de l'article 1288, alinéa 2 du Code judiciaire, de statuer sur la modification de la convention conclue avant le divorce par consentement mutuel relative à l'autorité parentale sur la personne des enfants et sur le droit aux relations personnelles, en cas de circonstances nouvelles, doit apprécier cette demande à la seule aune de l'intérêt de l'enfant* »⁸. Le pourvoi a dès lors été rejeté.

B. Observations critiques

a) Mise à l'écart des conventions au nom de l'intérêt de l'enfant et questions suscitées par l'arrêt

6. La Cour rappelle donc, à la suite d'une doctrine et d'une jurisprudence largement majoritaires⁹, que ni le prescrit de l'article 1288, alinéa 2 du Code judiciaire, ni le principe de la convention-loi formulé à l'article 1134 du Code civil ne font obstacle à ce que le juge statue à nouveau dans le cadre de l'article 387*bis* du Code civil.

Lesdites conventions ne sont donc pas totalement immuables, mais, au contraire, demeurent susceptibles d'être écartées en partie ou dans leur ensemble au nom du critère – prioritaire – de l'intérêt de l'enfant.

7. Les différentes sous-branches du moyen unique invoqué par la demanderesse en cassation ont toutefois soulevé au moins deux autres questions qui apparaissent comme essentielles.

La première question a trait à la nécessité de « circonstances nouvelles » afin de permettre au tribunal de la famille de s'écarter des conventions préalables au divorce par consentement mutuel. La deuxième consiste à se demander si une telle mise à l'écart par le juge nécessite qu'il s'appuie sur une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant ou sur des considérations plus abstraites, valables pour tous les enfants d'une même catégorie d'âge et se trouvant dans une situation similaire¹⁰.

b) Nécessité de circonstances nouvelles

8. Dans son pourvoi, la mère a tout d'abord fait grief à la Cour d'appel de Gand de ne pas avoir examiné l'existence de circonstances nouvelles. Le défendeur en cassation a rétorqué que les conditions mentionnées à l'article 1288, alinéa 2 du Code judiciaire avaient été implicitement mais certainement supprimées par l'introduction de l'article 387*bis* dans le Code civil. Les parents se trouveraient ainsi, selon une certaine doctrine et une certaine jurisprudence¹¹, dispensés d'apporter la preuve de l'apparition, depuis l'homologation des conventions préalables au divorce par consentement mutuel, de « *circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties (qui) modifient sensiblement leur situation ou celle des enfants* »¹².

Or, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, tout en précisant en même temps que le juge peut modifier lesdites conventions préalables « en cas de circonstances nouvelles » lorsque l'intérêt de l'enfant le requiert. Cette motivation de la Cour de cassation laisse à première vue perplexe dans la mesure où elle rappelle l'exigence de circonstances nouvelles alors même que rien ne permet d'être certain, au vu de la motivation de l'arrêt de la cour d'appel (mais également de certains écrits de procédure échangés en cassation) que tous les éléments invoqués dans la décision *a quo* n'existaient pas au moment de la convention conclue par les parents.

9. Cette apparente contradiction rend difficile, voire impossible, de saisir clairement la portée de l'arrêt commenté (sur ce point). Vu le rappel par la Cour de cassation de la nécessité de circonstances nouvelles, il serait malaisé d'y voir une quelconque consécration de la théorie selon laquelle les exigences formulées à l'article 1288, alinéa 2 du Code judiciaire auraient été implicitement supprimées par l'article 387*bis* du Code

6. Voy. deuxième à quatrième, sixième et huitième sous-branches du moyen unique.

7. *Ibid.*, troisième, cinquième et septième sous-branches.

8. Cass., 28 juin 2012, précité.

9. À ce sujet, voy. P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions – Essai d'une théorie générale*, thèse de doctorat de la Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 392 et s. ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 402, n° 42.

10. À propos de cette *summa divisio* – et de ses limites –, voy. notre étude *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant...*, *op. cit.*, p. 122, n°s 160 et 161.

11. À ce propos, voy. notamment Fr. BUYSENS, « De echtscheiding door onderlinge toestemming – pleidooi voor een redelijke hervorming », *EJ*, 2005, pp. 84 et s. ; E. VAN DER VELPEN, « De wijzigbaarheid van de voorgaande afspraken i.v.m. het ouderlijk gezag over de kinderen bij de echtscheiding door onderlinge toestemming », *EJ*, 2005, pp. 97 et s. Concernant les textes pertinents et la doctrine et la jurisprudence qui les ont interprétés, voy. B. VAN HEK, « Het belang van het kind als primordiaal beoordelingscriterium bij wijziging EOT overeenkomst inzake ouderlijk gezag : een breuk met het verleden ? », *op. cit.*, n°s 6 à 14.

12. Art. 1288, al. 2 C. jud.

civil lorsqu'il s'agit des enfants mineurs¹³.

Pourtant, il ne pourrait être fait l'impasse sur le rejet du pourvoi où la mère invoquait notamment l'absence de circonstances nouvelles (force est de constater que la Cour de cassation ne la contredit à aucun moment sur ce point). Nous pensons qu'il y a lieu d'y voir, à défaut d'une suppression, à tout le moins un allègement des exigences liées aux conditions fixées audit article 1288, alinéa 1^{er} du Code judiciaire lorsqu'il s'agit de demandes fondées sur l'article 387bis du Code civil. Ainsi le juge devrait-il pouvoir admettre avec plus de facilité que des éléments nouveaux justifient de réexaminer un point litigieux lié à l'intérêt de l'enfant.

c) Modification des conventions préalables au divorce par consentement mutuel au nom de conceptions *in abstracto* du juge à propos de l'intérêt de l'enfant ?

10. Le deuxième grief avancé par la demanderesse en cassation consiste à reprocher au juge d'appel d'avoir mis lesdites conventions préalables à l'écart au nom de considérations générales et abstraites liées à l'intérêt de l'enfant, sans justifier en quoi celui-ci aurait été apprécié *in concreto*.

Tel paraît effectivement être le cas puisque la motivation développée dans l'arrêt attaqué se résume à un certain nombre de considérations générales (investissement temporel égal de chaque parent dans l'éducation, développement par les enfants d'un lien avec chacun de leurs père et mère, ...) qui pourraient s'appliquer à un grand nombre d'enfants. Ce faisant, la cour d'appel a considéré *in abstracto* que l'hébergement égalitaire était plus adéquat que de continuer d'appliquer les modalités prévues dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel¹⁴.

11. Le juge est-il donc réellement autorisé à s'écarter desdites conventions au nom de ses propres conceptions *in abstracto* de l'intérêt des enfants ? Récemment, nous nous y étions montré défavorable en rappelant qu'il ressort de diverses dispositions, dont l'article 2 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et l'article 18.1 de la Convention onusienne des droits de l'enfant (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 parents¹⁵. C'est donc *avant tout* à eux – et non au juge – qu'il appartient de déterminer *in abstracto* (le cas échéant en concluant des conventions) ce à quoi correspond une « bonne » éducation¹⁶. Dans cette logique, il semble raisonnable de considérer que les conventions parentales ne devraient pas pouvoir être écartées au nom des conceptions *in abstracto* du juge à propos de ce qu'il croit convenir à tous les enfants en général. L'arrêt commenté paraît donc – *prima facie* – opérer une petite révolution copernicienne à cet égard.

12. Mais est-ce bien le cas ? Il nous semble permis d'en douter. En effet, les considérations de la cour d'appel font simplement écho à celles qui ont justifié la mise en avant, par la loi du 18 juillet 2006, de l'hébergement égalitaire comme modèle de référence¹⁷. En d'autres termes, la convention parentale a été écartée en fonction des seules conceptions du législateur lui-même¹⁸ (bien que la Cour ne fasse pas expressément allusion à l'article 374, § 2 du Code civil) autant que celles du juge.

Rien ne permet dès lors, à notre avis, de voir dans l'arrêt de la Cour de cassation commenté un blanc-seing général en faveur du juge qui lui permettrait *dans les autres cas* de s'écarter des conventions préalables au divorce par consentement mutuel uniquement en fonction de considérations générales liées à l'intérêt de l'enfant. Aussi nous semble-t-il difficile d'affirmer, au départ dudit arrêt, qu'il serait désormais permis au tribunal de la famille de ne plus appliquer les conventions parentales aux termes desquelles le père et la mère auraient décidé – par exemple – de l'inscription dans une école ou un type d'enseignement déterminé, voire de l'initiation à une religion ou de la pratique d'un sport, sans le justifier par ledit intérêt déterminé *in concreto*.

13. La perspective d'un certain renforcement de la position du juge pourrait certes un jour s'ouvrir en lui permettant de modifier les conventions préalables au divorce par consentement mutuel au nom de l'intérêt de l'enfant défini *in abstracto*. L'arrêt du 28 juin 2012 n'apporte cependant aucun élément réellement décisif en faveur d'une telle conception qui met l'accent avant tout sur la fonction régulatrice du magistrat, dont l'opinion *ex cathedra* bénéficierait d'un poids accru par rapport à celle que les parents avaient parta-

13. Dans le même sens, voy. B. VAN HEK, *ibid.*, n° 16.

14. Certes, la cour d'appel a vérifié *in concreto* s'il existait des contre-indications à la mise en place d'un hébergement égalitaire. Il n'en demeure pas moins que la haute juridiction gantoise semble s'être fondée, en ce qui concerne les éléments *en faveur* de ce type d'hébergement, uniquement sur des considérations d'ordre général.

15. notre étude *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant...*, *op. cit.*, pp. 674 et s., n° 1345. Notre propos y concernait, il est vrai, les accords conclus par les père et mère hors du contexte judiciaire. Rien ne permet cependant de considérer que ces observations ne s'appliqueraient pas *mutatis mutandis* aux conventions préalables au divorce par consentement mutuel.

16. *Ibid.*

17. À propos de cette mise en avant de l'hébergement égalitaire comme modèle de référence, voy. notamment N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – filiation, autorité parentale, hébergement*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 363.

18. Ceci nous semble très différent de l'hypothèse où le juge aurait écarté les conventions au nom de ses seules conceptions personnelles. Le législateur bénéficie en effet, contrairement au juge, d'une légitimité démocratique particulière lui permettant de définir *in abstracto* ce à quoi correspond l'intérêt de tous les enfants.



gée à un moment donné. La portée véritable dudit arrêt ne s'étend donc pas au-delà d'un rappel solennel de la mutabilité, au nom de l'intérêt de l'enfant, des conventions préalables au divorce par consentement mutuel.

II. L'intérêt de l'enfant et le principe dispositif : arrêt du 3 octobre 2014

A. Antécédents et position de la Cour

14. Le deuxième arrêt commenté a, quant à lui, traité à une tout autre question : le juge doit-il, au nom de l'intérêt de l'enfant, prévoir un droit aux relations personnelles avec le père ou la mère qui n'exerce pas l'autorité parentale, y compris lorsque qu'il (elle) n'en a pas fait la demande ?

La cause dans laquelle l'arrêt du 3 octobre 2014 a été rendu concernait un enfant né en Belgique mais vivant principalement avec sa mère dans le pays d'origine des deux parents. Le père, reprochant à la mère de lui refuser tout contact avec l'enfant et de ne pas respecter des décisions judiciaires antérieures, a fini par solliciter « le droit de garde ou l'exercice exclusif de l'autorité parentale sur X., né à Liège le [...], avec une possibilité d'un droit aux relations personnelles pour l'intimée – ce pourquoi une audience supplémentaire [...] devrait le cas échéant être prévue (et) de dire pour droit que X. sera domicilié à la nouvelle adresse de son père (en Belgique) »¹⁹. La mère a, quant à elle, sollicité le maintien de l'hébergement principal chez elle et de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, comme prévu par les décisions antérieures. Par contre, elle n'a pas envisagé l'hypothèse dans laquelle il serait fait droit à l'action du père et n'a dès lors pas demandé de droit aux relations personnelles (une requête en réouverture des débats – rejetée – a toutefois été déposée lors de l'instance d'appel afin, semble-t-il, de lui permettre de diligenter une telle demande).

Après que la demande du père en matière d'hébergement et d'autorité parentale a été rejetée par le premier juge, la Cour d'appel d'Anvers a considéré qu'« il n'y a aucune raison de soustraire l'enfant au père ; l'intimée a refusé jusqu'à présent de permettre à l'appelant d'avoir des contacts avec son fils ; il apparaît dès lors nécessaire, à présent, de confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale au père et de fixer l'hébergement principal du garçon chez celui-ci »²⁰. Et d'ajouter que « l'intimée a été avertie à plusieurs reprises, y compris par l'intermédiaire de son conseil, qu'elle devait respecter les contacts de X. avec son père »²¹. La cour a donc confié l'exercice exclusif de

l'autorité parentale et l'hébergement principal de l'enfant au père, sans prévoir de droit aux relations personnelles avec la mère.

15. La mère s'est pourvue en cassation, faisant valoir dans son unique moyen qu'il ressort de l'article 374, § 1^{er} du Code civil que le juge, en cas d'exercice exclusif de l'autorité par un des parents, doit fixer un droit aux relations personnelles dans le chef de l'autre parent, y compris lorsque celui-ci ne l'a pas sollicité. Elle reprochait également à la Cour d'appel d'Anvers d'avoir violé de principe dispositif (car il ressort de l'arrêt *a quo* que le père avait marqué son accord de principe quant à un droit aux relations personnelles) et les droits de la défense (puisque sa requête en réouverture des débats avait été rejetée).

Cependant, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en estimant que l'article 374, § 1^{er}, alinéa 1^{er} du Code civil « oblige le juge, lorsque l'exercice exclusif de l'autorité parentale est confié à l'un des parents, à fixer les modalités d'exercice des relations personnelles par l'autre parent lorsque celui-ci le demande et que les relations personnelles ne sont pas refusées pour des motifs très graves, mais ne l'oblige pas à fixer d'office ces modalités en dehors de toute demande du parent auquel l'autorité parentale est refusée »²².

B. Observations critiques

a) Le juge ne doit pas prévoir de relations personnelles entre l'enfant et le parent qui ne les a pas sollicitées

16. La question posée à la Cour de cassation consistait donc à savoir si le juge doit fixer des modalités de relations personnelles, y compris lorsque le parent concerné ne les demande pas.

Tout d'abord, il est permis de se demander en l'espèce si l'obtention d'un tel droit aux relations personnelles n'entraîne pas dans l'objet de la demande de la mère dans la mesure où elle tendait au maintien de l'hébergement principal de l'enfant chez elle. En effet, il est généralement enseigné²³ (à tort selon nous²⁴), en faisant parfois référence à l'adage « qui peut le plus, peut le moins », que le juge ne contrevient pas au principe dispositif lorsqu'il octroie seulement un hébergement secondaire (ou, comme en l'espèce, un droit aux rela-

19. Anvers, 5 décembre 2011, inédit, traduction libre.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. Cass., 3 octobre 2014, précité.

23. En ce sens : Cass., 4 janvier 2013, *J.T.*, 2014, p. 525.

24. Il nous paraît 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'argent), mais réellement « autre chose », et ce, tant du point de vue du vécu de l'enfant que de celui des parents – voy. à ce propos *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant...*, op. cit., p. 51, n° 78B.

tions personnelles) à un parent qui demandait l'hébergement principal²⁵.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation a condamné sans ambiguïté la thèse de la mère selon laquelle l'article 374, § 1^{er} du Code civil constituerait, en quelque sorte, une exception au principe dispositif formulé notamment à l'article 1138, 2^o du Code judiciaire. Rien n'oblige donc, selon la juridiction suprême, le tribunal à prévoir des relations personnelles – même en l'absence de motifs « très graves » – entre un enfant et un parent qui ne l'a pas demandé.

b) Le juge peut-il prévoir des relations personnelles sans que le parent les ait sollicitées ?

17. L'arrêt commenté ne résout cependant pas entièrement la question de l'application du principe dispositif dans ce type de contentieux. En effet, si la Cour considère que le juge n'est pas obligé de prévoir un tel droit lorsqu'il n'est pas sollicité, il reste permis de se demander s'il est autorisé à le faire. En effet, rien n'exclut qu'un magistrat considère – contrairement à ce qui semble avoir été le cas en l'espèce – qu'il est nécessaire, dans l'intérêt de l'enfant, de mettre en place ou de maintenir des relations personnelles avec son père ou sa mère qui pourtant ne les demande pas.

En dehors des (très rares) exceptions prévues par la loi, l'interdiction faite au juge de statuer *ultra* ou *extra petita*, qui ressort notamment de l'article 1138, 2^o du Code judiciaire²⁶, est absolue²⁷. Bien qu'aucun texte ne prévienne explicitement une telle exception, il est toutefois permis de se demander si le droit de statuer *ultra petita* (notamment) en matière de droit aux relations personnelles ne ressort pas implicitement de certaines dispositions.

18. Nous croyons qu'il en est ainsi des articles 374 et 387bis du Code civil²⁸, mais aussi des articles 3.1 de la CIDE²⁹, 8 de la CEDH – tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg³⁰ – et 22bis de la Constitution³¹. Il ressort en effet de ces différents textes, des débats qui ont précédé l'adoption de certains d'entre eux et de la manière dont ils ont été compris par diverses hautes juridictions que la priorité du juge, appelé à statuer dans un litige entre les parents à propos de leur enfant, ne

doit être autre que l'intérêt de celui-ci. Or, dans certains cas, le juge pourrait considérer que l'intérêt de l'enfant requiert qu'il soit imposé au parent qui n'exerce pas l'autorité parentale d'entretenir des relations avec lui. Dans la mesure où il est constant que les textes précités investissent les parents de certains *droits-fonction* non pas dans leur intérêt, mais au nom de celui de l'enfant, rien n'empêche, selon nous, que le tribunal puisse effectivement leur imposer de les exercer³².

Cette conviction est renforcée encore dans la mesure où les relations personnelles constituent aussi un droit *de l'enfant* qui lui est reconnu à l'article 9.3 de la CIDE³³. Rien ne permet dès lors, à notre avis, de penser que le refus ou l'inertie d'un parent puisse *in se* empêcher le juge, s'il l'estime nécessaire, de prévoir des relations personnelles avec l'enfant sans qu'elles aient été demandées. Ceci étant, il est permis de se demander si imposer des relations personnelles ne serait pas en toute hypothèse contraire à l'intérêt de l'enfant (il devait passer du temps avec un père et une mère qui ne souhaitait pas le recevoir) ainsi qu'à celui du parent, dont le juge doit également tenir compte conformément à l'article 374, § 2, alinéa 4 du Code civil. Toutefois, l'intérêt d'une telle décision – dont il est certain que l'exécution s'avérerait difficile, voire impossible – pourrait éventuellement se situer sur le plan symbolique dans la mesure où elle consisterait à rappeler au parent concerné son devoir d'occuper une place dans la vie de l'enfant.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation n'a jamais été saisie d'un pourvoi reprochant au juge du fond d'avoir statué *extra petita* en reconnaissant au père ou à la mère un droit aux relations personnelles qui n'avait pas été sollicité. Il reste donc *rebus sic stantibus* impossible de savoir si la juridiction suprême suivrait effectivement le raisonnement que nous venons d'exposer.

Conclusion

19. L'analyse des deux arrêts commentés montre avant tout la difficulté de l'articulation de l'intérêt de l'enfant et la volonté des parents (ou celle de l'un

25. T. VERCRUYSE, « Een verblijfsregeling binnen de grenzen van de tegenstrijdige vorderingen van partijen », *T. fam.*, 2014, liv. 2, p. 51, n^o 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^o 7 et 8.
26. Cette disposition est libellée comme suit : « Il n'y a pas d'ouverture de requête civile, mais seulement, et contre les décisions rendues en dernier ressort, possibilité de pourvoi en cassation pour contravention à la loi : [...] 2^o s'il a été prononcé sur choses non demandées ou adjugé plus qu'il n'a été demandé [...] ».
27. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013, liv. 25, p. 1307, n^o 13. *Adde* : J. VAN COMPENOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », *R.C.J.B.*, 1982, p. 14, n^o 8, ainsi que les références belges et françaises y citées.
28. À ce propos, voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant...*, *op. cit.*, p. 113, n^o 151 et 152.
29. Notamment concernant la question de l'effet direct de cette disposition et sa portée exacte : *ibid.*, p. 100, n^o 131 à 135.
30. *Ibid.*, p. 106, n^o 141 à 146.
31. *Ibid.*, p. 110, n^o 147 à 150.
32. Pour un exposé plus détaillé des motifs qui nous ont menés à la conviction que le principe dispositif se trouve quelque peu atténué dans le cadre des litiges civils à propos d'un enfant et pour un aperçu des limites qui balisent cette liberté du juge de statuer *extra petita* – *ibid.*, p. 56, n^o 78H et 78I. *Adde*, dans le même sens que nous : Q. FISCHER, « Les pouvoirs du juge qui fixe les modalités d'hébergement chez ses parents : quelques réflexions sur les principes directeurs d'instance », note sous Bruxelles (réf.), 26 avril 2001, *Div. Act.*, 2002, p. 71, n^o 8.
33. Cette disposition est libellée comme suit : « 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 ». Un effet direct semble devoir être reconnu audit art. 9.3 – voy. à ce propos P. SENAËVE et S. ARNOEYTS, « Tien jaar Belgische rechtspraak inzake de aanwending van het IVRK », in P. SENAËVE et P. LEMMENS (éd.), *De betekenis van Mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Anvers-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003.

d'entre eux). Si, d'une part, le juge n'est pas tenu d'appliquer les conventions préalables au divorce par consentement mutuel lorsqu'il estime qu'elles ne rencontrent plus l'intérêt de l'enfant, il n'est, d'autre part, pas *obligé* de prévoir un droit aux relations personnelles avec un parent qui ne l'aurait pas sollicité. Toutefois, aucun des arrêts commentés ne fixe les limites de la liberté d'action du juge.

Or, c'est bien ici que se posent les principales questions : le juge est-il autorisé à écarter des conventions préalables au divorce par consentement mutuel au nom de sa propre conception *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant ? De même lui est-il *loisible* de fixer un droit aux relations personnelles ou, de manière plus générale, des modalités d'hébergement qui n'auraient pas été sollicitées par un des parents ?

Une réponse affirmative à ces deux questions révélerait incontestablement une conception très large des prérogatives du juge dans le cadre des contentieux parentaux à propos de l'enfant au détriment de celles du père et de la mère. Permettre au magistrat de ne pas (ou ne plus) appliquer des conventions entre les parents en fonction de ses propres conceptions ou de fixer des modalités d'hébergement qui n'auraient pas été demandées reviendrait en effet à considérer qu'il se trouve mieux placé qu'eux pour déterminer ce qui rencontre l'intérêt de leur enfant.

Une telle vision de la mission du juge témoigne incon-

testablement d'une conception restrictive du rôle des parents au profit de l'intervention de l'autorité. Elle présente cependant aussi un avantage, à savoir celui de rappeler que les prérogatives parentales n'existent pas en fonction de pères et mères eux-mêmes qui pourraient ainsi en disposer à leur guise, mais de droits-fonction dont l'exercice est toujours subordonné à l'intérêt supérieur de l'enfant. De plus, comme le souligne Nathalie Massager, il est nécessaire de ne pas voir en toutes circonstances un absolu dans les accords parentaux qui, bien souvent, sont conclus dans un contexte de fragilité, voire « *acquis de haute lutte* »³⁴. Dès lors, cet auteur est d'avis qu'« *il n'est pas absurde [...] de considérer que le pouvoir régulateur du juge, fondé sur sa compétence professionnelle, son expérience, son impartialité et les moyens d'investigation qui sont les siens, a une valeur que n'a pas le meilleur des accords* »³⁵.

Les arrêts analysés laissent donc plus de questions ouvertes qu'ils n'en résolvent. Gageons que de futurs arrêts – voire (sait-on jamais) une intervention *de lege ferenda* du législateur visant à déterminer avec plus de précision la portée des articles 1288, alinéa 2 du Code judiciaire et 374, § 1^{er} et 387*bis* du Code civil – nous apporteront davantage d'éléments permettant de circonscrire l'étendue et les limites exactes de ladite mission du juge.

Michaël MALLIEN

34. N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du Journal des tribunaux, vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 422-425, n° 496.

35. *Ibid.*