

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'autorité parentale

Mallien, Michael

*Published in:*

Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale

*Publication date:*

2022

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mallien, M 2022, L'autorité parentale: l'autorité parentale et l'hébergement. dans *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*. Grands arrêts, Larcier , Bruxelles, pp. 385-410.

### 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.

## 4.4. L'autorité parentale

### 4.4.1. L'autorité parentale et l'hébergement

#### **Cour eur. D.H., arrêt *Zaunegger c. Allemagne* du 3 décembre 2009**

Exercice de l'autorité parentale – Égalité des père et mère – Père non marié – Intérêt de l'enfant apprécié par le juge

#### **Extraits**

44. La Cour observe que les dispositions légales respectivement applicables aux pères d'enfants légitimes et aux pères d'enfants naturels ne sont pas identiques et opèrent une différence de traitement entre les premiers et les seconds. Les premiers bénéficient d'emblée du droit à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, qu'ils conservent même en cas de divorce et qui ne peut être limité ou suspendu par un juge aux affaires familiales que si l'intérêt supérieur de l'enfant le commande. Au contraire, l'autorité parentale qui s'exerce sur un enfant naturel est attribuée à la mère de celui-ci, sauf si les deux parents conviennent de solliciter le partage de l'autorité parentale [...]. Dans le cas où aucune de ces conditions n'est satisfaite – c'est-à-dire si le bien-être de l'enfant n'est pas menacé ou si la mère refuse de consentir au transfert de l'autorité parentale, comme en l'espèce – aucune disposition du droit allemand ne permet à la justice de rechercher si le partage de l'autorité parentale entre les deux parents servirait l'intérêt supérieur de l'enfant. [...]

48. [...], la Cour estime pouvoir conclure que, en raison de son statut de père d'un enfant naturel, le requérant n'a pas été traité de la même manière en ce qui concerne l'attribution de l'autorité parentale que la mère de cet enfant d'une part, et les pères mariés d'autre part. Sur ce point, le Gouvernement plaide que les situations respectives de la mère et du père ne sont pas totalement comparables car, contrairement à la maternité, qui est établie dès la naissance de l'enfant, la paternité ne peut l'être au même moment dans le cas où le père n'est pas marié avec la mère. La Cour considère que cet argument est pertinent pour déterminer si la différence de traitement est justifiée [...].

51. [...] la Cour a déjà eu l'occasion de signaler que seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur le sexe ou sur la naissance hors mariage [...]. Cela vaut également pour une différence de traitement entre le père d'un enfant né d'une relation où les parents vivaient ensemble sans être mariés et le père d'un enfant né de parents mariés [...].

56. [La Cour] reconnaît également qu'un père célibataire peut se voir légitimement refuser l'exercice de l'autorité parentale dans certains cas, notamment lorsque des conflits ou un manque de communication entre les parents risquent de nuire au bien-être de l'enfant. Toutefois, il n'est pas établi qu'il s'agisse là d'une attitude générale caractérisant les rapports entre les parents non mariés et leurs enfants.

57. La Cour observe en particulier que les considérations exposées ci-dessus ne s'appliquent pas en l'espèce. Le requérant a reconnu sa paternité dès la naissance de sa fille et a vécu avec elle et la mère de celle-ci pendant les trente premiers mois de la vie de l'enfant. Après sa séparation d'avec sa compagne, il a continué à vivre avec sa fille pendant deux ans. Il a donc vécu avec celle-ci plus de cinq ans au total. Depuis que l'enfant a emménagé chez sa mère, l'intéressé bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement étendu à l'égard de sa fille et subvient à ses besoins quotidiens. Pourtant, la loi lui interdit de demander à la justice de rechercher si le partage de l'autorité parentale serait conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et le prive de la possibilité d'obtenir une ordonnance judiciaire susceptible de se substituer à un refus arbitraire de la mère de consentir au partage de l'autorité parentale. [...]

60. [...] Constatant qu'il n'existe aucun consensus européen sur la question de savoir si le père d'un enfant naturel a le droit de demander le partage de l'autorité parentale même contre la volonté de la mère, la Cour relève néanmoins que la majorité des États membres semblent partir du principe selon lequel l'attribution de cette prérogative doit reposer sur l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle doit être soumise au contrôle des juridictions internes en cas de conflit entre les parents. [...]

63. En ce qui concerne la discrimination alléguée, la Cour conclut, au vu de ce qui précède, qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre l'interdiction générale faite aux juges de revenir sur l'attribution initiale de l'autorité parentale exclusive à la mère et le but poursuivi, à savoir la protection de l'intérêt supérieur des enfants naturels. [...]

64. En conséquence, il y a eu en l'espèce violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

### **Cour eur. D.H., arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne* du 10 janvier 2017**

Droits de l'enfant – Relations effectives avec chaque parent – Parent porteur d'un handicap – Entrave de l'autre parent

74. En ce qui concerne l'obligation des États de prendre des mesures positives, la Cour a considéré que dans les causes relatives aux contacts avec un des parents, il ressort de l'article 8 un droit du parent à ce que des mesures soient prises en vue de sa réunion avec son enfant et une obligation dans le chef des autorités nationales de faciliter une telle réunion, dans la mesure où l'intérêt de l'enfant implique que tout doit être fait pour préserver les relations personnelles et, si cela est opportun, de « reconstruire » la famille ; il n'incombe pas à l'État une obligation de résultat, mais de moyen[s] [...].

75. La Cour rappelle qu'il existe actuellement un vaste consensus – y compris en droit international – à propos de l'idée que lors de la prise de toute décision relative aux enfants, leurs intérêts doivent demeurer primordiaux [...]. Les intérêts supérieurs de l'enfant peuvent, en fonction de leur nature et de leur importance, avoir priorité sur ceux des parents [...]. Les intérêts des parents, en particulier celui d'entretenir des contacts réguliers avec leur enfant, restent néanmoins un élément

d'appréciation des différents intérêts en jeu [...]. L'intérêt de l'enfant implique que ses liens avec sa famille soient maintenus, hormis les cas où la famille a fait preuve d'une particulière inaptitude. Il en résulte que les liens familiaux peuvent être coupés uniquement dans des circonstances très exceptionnelles et que tout doit être mis en œuvre pour préserver les relations familiales et, dans la mesure où cela est approprié, pour "reconstruire" la famille [...].

81. La Cour souligne l'importance, au regard de l'intérêt de l'enfant, de préserver et développer ses liens avec sa famille, et en particulier avec sa mère et son père. Elle considère qu'en principe l'intérêt de l'enfant consiste à maintenir, dans la mesure du possible, des contacts égaux avec les deux parents, sous réserve de restrictions légales au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le même raisonnement sous-tend l'article 9, § 3, de la Convention relative aux droits de l'enfant [...].

88. [...] les juridictions nationales n'ont pas examiné correctement la possibilité de recourir à divers instruments légaux qui auraient facilité l'élargissement de contacts entre le requérant et son fils [...].

90. Le deuxième facteur important dans le raisonnement des juridictions nationales résultait des handicaps respectifs du requérant et de son fils, ces handicaps formant obstacle à la communication entre eux. Les juridictions nationales ont considéré cela comme un obstacle objectif empêchant les contacts et non comme une mesure discriminatoire à l'encontre du requérant [...].

91. [...] La solution des juridictions nationales a consisté à impliquer la mère de l'enfant dans le déroulement des contacts puisqu'elle est en mesure de communiquer à la fois oralement et en langue des signes. Cependant, cette solution faisait l'impasse sur l'animosité qui régnait entre les parents et sur les fréquentes plaintes du requérant selon lequel la mère avait tenté de faire obstruction aux contacts et de marginaliser son rôle. La Cour fait également la remarque, dans ce contexte, que le développement de la relation entre le requérant et son enfant nécessite beaucoup plus de temps que ce qui serait le cas dans une situation normale, étant donné les difficultés posées par la communication directe et la nécessité de traduire vers – et au départ de – la langue des signes.

92. [...] Il aurait été plus approprié d'élargir progressivement les contacts entre le requérant et son fils et de les rendre plus variés [...].

93. Aux yeux de la Cour, les juridictions nationales auraient dû envisager des mesures supplémentaires, et plus adaptés aux circonstances spécifiques de la cause [...].

94. La Cour remarque ensuite que les juridictions nationales sont restées en défaut d'obtenir l'avis d'experts spécialisés en matière de problèmes rencontrés par des personnes souffrant d'un handicap auditif [...].

95. Il appartient aux juridictions nationales, dans des cas comme celui-ci, de résoudre le problème des mesures qui pourraient être prises afin de supprimer les barrières existantes et de faciliter les contacts entre l'enfant et le parent qui ne l'héberge pas principalement. Dans la présente cause, elles ont toutefois omis d'envisager le moindre moyen qui aurait aidé le requérant à vaincre les obstacles dus à son handicap. [...] 99. Par conséquent, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

**Cour eur. D.H., arrêt *Palau Martinez c. France* du 16 mars 2003**  
 Hébergement de l'enfant – Religion d'un des parents – Intérêt de l'enfant  
 – Appréciation *in concreto*

42. La Cour relève tout d'abord que, dans son arrêt, la cour d'appel n'énonça, dans les deux paragraphes précités, que des généralités relatives aux témoins de Jéhovah. Elle note l'absence de tout élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses deux enfants ; est notamment absente la mention, qui selon le Gouvernement figurerait dans l'arrêt de la cour d'appel, du fait que l'intéressée emmène ses enfants avec elle lorsqu'elle tente de répandre sa foi. Dans ce cadre, la Cour ne saurait se contenter du constat fait par la cour d'appel lorsqu'elle a relevé que la requérante « ne dénie pas son appartenance aux Témoins de Jéhovah pas plus que le fait que les deux enfants recevaient auprès d'elle une éducation conforme aux pratiques de cette religion ». Elle constate également que la cour d'appel n'a pas cru devoir accéder à la demande de l'intéressée de faire procéder à une enquête sociale, pratique courante en matière de garde d'enfants ; or celle-ci aurait sans doute permis de réunir des éléments concrets relativement à la vie des enfants avec l'un et l'autre de leurs parents, et aux incidences éventuelles de la pratique religieuse de leur mère sur leur vie et leur éducation, pendant les années où ils avaient vécu avec elle après le départ de leur père. La Cour estime dès lors qu'en l'espèce la cour d'appel s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas suffisante aux yeux de la Cour.

## Observations

---

### *Introduction*

Ni la Constitution belge (à l'inverse d'ailleurs de son équivalente d'outre-Rhin<sup>1</sup>), ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), ni même la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « CEDH ») ne mentionnent *expressis verbis* le droit des parents d'éduquer leur enfant, hormis leur liberté de déterminer l'orientation scolaire conformément à leurs convictions (art. 24, § 1<sup>er</sup>, Const. et 2 du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel de la CEDH) et l'égalité des parents mariés dans leurs relations avec les enfants (art. 5 du 7<sup>e</sup> Protocole additionnel<sup>2</sup>). Seuls les articles 5, 7.1, 9.3 et 18.1 de la Convention onusienne relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (ci-après, « CIDE ») font expressément état de la mission parentale, qui doit être garantie par les États signataires.

<sup>1</sup> Voy. art. 6.2 de la Loi fondamentale allemande qui mentionne expressément le droit « naturel » – et l'obligation des parents d'éduquer leurs enfants en ces termes : « *Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft* ».

<sup>2</sup> Le 7<sup>e</sup> Protocole additionnel de la CEDH a été ratifié par la Belgique le 13 avril 2012 et y est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet suivant.

Pourtant, les arrêts susmentionnés ont pour point commun de reconnaître la participation du père et de la mère à la vie et à l'éducation de l'enfant comme un droit fondamental, y compris lorsqu'ils sont séparés, comme partie intégrante de leur droit à la vie familiale garanti par l'article 8 de la CEDH. Ce faisant apparaît immédiatement la complexité que représente l'articulation des prérogatives respectives du père et de la mère qui, à la suite de leur désunion, n'agissent plus forcément de concert. Ainsi surgit une interrogation essentielle : dans quelle mesure la fonction d'éduquer, telle que perçue par la Cour de Strasbourg, mais aussi par le législateur et les juridictions belges, reste-t-elle conçue comme une mission des deux parents malgré leur séparation ? Dès 1995, la sociologue Irène Théry a constaté que « tout individu qui reconnaît un enfant comme le sien s'engage à assurer le lien de parentalité quels que soient les aléas du couple, et à respecter ce même lien chez l'autre parent »<sup>3</sup>. L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des règles internes belges doit permettre d'apercevoir jusqu'où ce principe de coparentalité est reconnu en droit.

Or cette autorité parentale<sup>4</sup> bicéphale s'avère complexe. Elle constitue un « droit-fonction »<sup>5</sup>, établi principalement au bénéfice de l'enfant, tout en demeurant malgré tout une prérogative personnelle, voire naturelle<sup>6</sup>, des parents – dont l'intérêt entre *de facto* également en compte (au moins incidemment) dans les contentieux dont elle fait l'objet. L'autorité des parents implique, par ailleurs, à la fois le droit de prendre les décisions pour l'enfant (I) et celui de développer et d'entretenir une relation avec lui (II). La limite entre ces deux aspects – qui donne lieu à de sempiternelles discussions dans les prétoires lorsque les parents s'accusent mutuellement de l'avoir méconnue – reste d'ailleurs poreuse à certains égards.

3 I. THÉRY, « Familles recomposées : les raisons de l'incertitude », in R. STEICHEN et P. DE NEUTER (dir.), *Les familles recomposées et leurs enfants*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1995, p. 27, citée et analysée également par J. MARQUET, « Couple parental – Couple conjugal, multiparenté – Multiparentalité », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, 41-2, 2010, pp. 51-74, n° 8.

4 L'ancienne Cour d'arbitrage avait décrit, dans un arrêt du 8 octobre 2003, l'autorité parentale comme « une institution qui vise en premier lieu à accorder une protection à l'enfant mineur qui, en raison de sa vulnérabilité et de son immaturité physique et mentale, doit recevoir des soins spécifiques et bénéficier d'une protection particulière. Dans le but d'accorder cette protection et dans le souci de l'intérêt de l'enfant comme de sa socialisation, le législateur a confié cette autorité en premier lieu aux parents de l'enfant. Ce n'est que lorsqu'il n'y a pas de parents qu'il est fait appel à un tuteur, qui, en général, appartient à la famille de l'enfant » – point B.2 de l'arrêt.

5 J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Actes du X<sup>e</sup> colloque de l'association « Famille & Droit », Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 156.

6 Voy., à ce sujet, J. FIERENS, « L'affaire *Gepetto* ou les mutations de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.* 2006, p. 129, et les références y citées ; D. LYBAERT, « Het co-ouderschap », *T.P.R.*, 1994, p. 2047, n° 1 et l'article 6.2 de la *Deutsche Grundgesetz* qui qualifie expressément de « naturel » le droit des parents d'éduquer leur enfant.

## I. Les choix importants relatifs à la vie et à l'éducation de l'enfant

### A. Notion

Force est de constater que ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ni d'ailleurs aucun instrument international, n'ont déterminé avec précision les choix que l'autorité parentale recouvre exactement. C'est donc le droit interne qu'il faut interroger afin d'apercevoir l'étendue exacte des prérogatives qui, en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, requièrent une coopération entre le père et la mère.

En droit belge, l'article 374, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, précise qu'il s'agit des « décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ».

D'une part sont exclues les décisions qui relèvent de l'autorité parentale au « sens large » et qui nécessitent l'accord explicite des deux parents, y compris en cas d'exercice exclusif<sup>7</sup>, comme le choix du nom et du prénom<sup>8</sup>, les consentements au mariage, à l'adoption et à l'émancipation, régis respectivement par les articles 335 et suivants, 370/1, 148, 347 et 471 du Code civil<sup>9</sup>.

D'autre part, certaines décisions qui relèvent du quotidien de l'enfant peuvent être prises par chaque parent seul lorsqu'il l'héberge. Bien qu'il existe une « zone grise »<sup>10</sup>, qui laisse quelque peu imprécise la frontière entre ce qui constitue un choix éducatif important et ce qu'il y a lieu d'entendre par les « décisions d'éducation quotidienne », celles-ci semblent comprendre à tout le moins : la discipline quotidienne (horaire du lever et du coucher...) et le cadre de vie, la participation à une activité scolaire, même avec logement, ou à des activités ponctuelles comme une visite de routine chez le médecin, le logement chez un tiers ou la garde par un baby-sitter, l'assistance à des réunions familiales, y compris à l'étranger (sauf circonstances à l'exceptionnelles), l'ensemble des loisirs occasionnels avec le parent gardien (à moins qu'il ne s'agisse d'activités particulièrement dangereuses ou ayant des conséquences s'étendant au-delà de la période d'hébergement de ce parent) ; l'assistance exceptionnelle à un service religieux (mariage, funérailles)<sup>11</sup>...

7 Voy. art. 387septies, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>re</sup> phrase, *in fine*, C. civ. L'exercice de ces prérogatives ne peut par ailleurs jamais être délégué aux accueillants familiaux.

8 À ce sujet, voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Guillot c. France* du 24 octobre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 163 ; Cour eur. D.H., *Johansson c. Finlande* du 6 septembre 2007, *T.J.K.*, 2008, liv. 1, p. 72.

9 J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *Ann. Dr.*, 1996, n° 11 ; E. VIEUJEAN, « L'autorité parentale », *Chronique du droit à l'usage du notariat*, vol. XXII, 26 octobre 1995, éd. Faculté de droit de Liège, n° 25.

10 N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in D. CARRE *et al.*, *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 387, n° 474.

11 Voy. not. circulaire relative à la mise en œuvre de la loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux, disponible sur [www.aidealajeunesse.cfwb.be](http://www.aidealajeunesse.cfwb.be), pp. 13-14. et *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 82-83, n° 72. Les voyages à l'étranger relèvent en principe également de l'éducation quotidienne, à moins qu'ils n'empiètent sur le temps d'hébergement chez l'autre parent, présentent un risque particulier ou n'impactent sérieusement l'éducation et le développement de l'enfant (p. ex., rencontrer la famille d'origine à l'étranger si l'enfant a fait l'objet d'une adoption internationale) ; J. SOSSON et F. REUSENS, « La mise en œuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale : focus sur quelques questions pratiques », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, Liège, Anthémis, 2010, p. 75. *Adde* : M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, pp. 383-384, n° 401. Dans ces cas, le voyage nécessite, si l'autorité parentale est exercée conjointement, l'accord de l'autre parent.

En dehors de ces « choix quotidiens », la coopération parentale reste donc requise en droit belge et nécessite, en cas de désaccord persistant, l'intervention du juge.

## B. L'exercice conjoint de l'autorité parentale

### 1. Les balises posées par la Cour européenne des droits de l'homme

Le premier aspect de l'autorité parentale est celui de la prise des décisions importantes et la question posée du maintien de la coparentalité et tend donc à apercevoir si les deux parents doivent nécessairement y être associés.

L'analyse de la jurisprudence strasbourgeoise démontre que, si la Cour considère l'exercice des prérogatives parentales comme un droit garanti par l'article 8<sup>12</sup>, dont les parents ne peuvent être privés qu'à la suite d'un « comportement particulièrement indigne »<sup>13</sup> (ce que ne constitue, p. ex., pas une condamnation pénale pour une infraction sans lien avec l'autorité et sans égard à l'intérêt de l'enfant<sup>14</sup>), elle n'imposait pas l'obligation positive aux États de prévoir l'exercice conjoint, y compris lorsque les parents le sollicitaient ensemble<sup>15</sup>.

Un premier arrêt significatif en matière d'égalité entre les parents à propos de l'exercice de l'autorité parentale a été rendu dans une affaire *Hoffmann* contre l'Autriche<sup>16</sup>. Dans cette affaire, le père s'était vu confier l'exercice de l'autorité parentale et l'hébergement des deux enfants à la suite d'un arrêt de la Cour suprême. En effet, la mère, chez qui ils vivaient jusqu'alors, était Témoin de Jéhovah, les avait obligés de changer de religion et les éduquait, aux yeux de la haute juridiction autrichienne, selon des préceptes qui étaient dépassés et qui risquaient de les marginaliser socialement.

12 Voy., à ce sujet, la nombreuse jurisprudence strasbourgeoise en matière de placement d'enfants et de la privation de l'exercice des responsabilités parentales qui en découlent, dont not. Cour eur. D.H., arrêt *Nielsen c. Danemark* du 28 novembre 1988 ou, plus récemment, Cour eur. D.H., arrêt *Kocherov & Sergeyeva c. Russie* du 29 mars 2016.

13 Cour eur. D.H., arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000 ; Cour eur. D.H., arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996, Rec., 1996-III, point 78, ainsi que l'analyse effectuée par J. Fierens et M. Beague de la question de la déchéance de l'autorité parentale *infra*, 4.2 du présent ouvrage.

14 Cour eur. D.H., arrêt *Sabou & Pircalab c. Roumanie* du 28 septembre 2004, spéc. points 46-49.

15 Aux yeux de la Cour, il n'existe pas d'obligation positive en ce sens, y compris sur la base de l'article 5 du 7<sup>e</sup> Protocole additionnel. À ce sujet, D. VAN GRUNDERSBEECK, *Beginnselen van Personen-en Familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, op. cit., n<sup>os</sup> 745 et s., et les arrêts – ainsi que les décisions de l'ancienne Commission – y cités. *Addé* : Cour eur. D.H., aff. *Cernecki c. Autriche*, 11 juillet 2000, inédit, résumé et analysé *ibid.*, n<sup>o</sup> 746-748. En ce qui concerne nos critiques, voy. M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, coll. Les cahiers du CeFAP, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 85-86, n<sup>o</sup> 78. Certains ont toutefois soutenu que la généralisation de l'exercice conjoint de l'autorité avait été préconisée dans la Recommandation sur les responsabilités parentales adressée en 1984 par le Comité des ministres aux États membres du Conseil de l'Europe. En ce sens, voy. S. MOSSELMANS, « Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders in hun minderjarige kinderen: het E.V.R.M., the recommendantion on parental responsibilities en het I.V.R.K. als leidraad ? », op. cit., n<sup>o</sup> 84. Une lecture attentive de cette *soft law* mène cependant au constat inverse ; D. VAN GRUNDERSBEECK, *Beginnselen van Personen-en Familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, op. cit., n<sup>o</sup> 727. Ainsi, les principes 6 et 7 de la Recommandation offrent explicitement la possibilité aux États de répartir l'autorité entre les parents. Le texte prévoit même uniquement l'exercice conjoint si les parents sont d'accord sur ce point – *Recommandation n<sup>o</sup> R(84) sur les responsabilités parentales* adoptée le 28 février 1984, principe n<sup>o</sup> 6.

16 Cour eur. D.H., arrêt *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993, *Jur. f.*, 1993, liv. 12, p. 19, *J.D.J.*, 1994, liv. 138, p. 41, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 405.

La Cour européenne des droits de l'homme, saisie par la mère, a constaté que, quoique le but recherché – le bien des enfants – était légitime, « on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion. Dès lors, la Cour ne peut conclure à l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ; partant, il y a eu violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 »<sup>17</sup>. Plus fondamentalement, il est reproché à la Cour suprême d'Autriche d'avoir fondé sa décision sur la considération *in abstracto* que l'exercice de l'autorité parentale et l'hébergement principal par une mère Témoin de Jéhovah impliquaient pour les enfants certains inconvénients<sup>18</sup>.

Deux arrêts ultérieurs – *Salgueiro Da Silva*<sup>19</sup> et *Palau Martinez*<sup>20</sup> – que nous commenterons dans le cadre du droit d'hébergement<sup>21</sup> ont confirmé et affiné cette jurisprudence en précisant que toute différence de traitement entre les parents, en ayant égard à leur religion ou leur orientation sexuelle, ne peut être admise qu'à condition d'être fondée sur une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant<sup>22</sup>.

17 Arrêt *Hoffmann*, préc., n<sup>os</sup> 33 et 35. Pour une critique de cet arrêt, voy. not. J. MORANGE, « Observations. Liberté religieuse et garde d'enfants », *Rev. trim. dr. h.*, 1994, pp. 415-428, et *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, pp. 126-127, n<sup>os</sup> 121-123.

18 Voy. N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, n<sup>o</sup> 32, p. 57 ; G. GOEDERTIER, « Art. 14 – Verbot van Discriminatie », in J. VANDELANOTTE et Y. HAECK (eds), *Handboek EVRM, Deel 2 – Artikelsgewijze commentaar*, vol. II, Intersentia, Anvers-Oxford, 2004, p. 158, n<sup>o</sup> 45. Voy. aussi J. HAUSER, « L'égalité des parents en cas de séparation », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 329. Une opinion dissidente considère, toutefois, que les juges de la Cour suprême d'Autriche, bien que s'étant exprimés maladroitemment, ne s'étaient pas laissés guider par un jugement de valeur sur la religion de la mère en tant que telle, mais avaient décidé en raison « d'une prise en considération des effets que l'adhésion à cette religion pouvait entraîner pour les enfants », voy. J.-L. RENCHON, « La Convention européenne et la régulation des relations affectives et familiales dans une société démocratique », *op. cit.*, p. 134, n<sup>o</sup> 46, citant l'opinion dissidente du juge Matscher. Bien évidemment, les balises ainsi posées par la Cour européenne ne peuvent mener à un constat de traitement discriminatoire entre les parents qu'à condition que celui-ci soit avéré et, notamment, qu'il ressorte clairement des décisions internes. Dans une affaire *Marsálek*, un père a fait valoir devant la Cour de Strasbourg que les juridictions tchèques avaient développé une jurisprudence « anti-paternelle » discriminant les pères. La Cour a toutefois rejeté ce moyen, fondé sur l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 8 de la même Convention et l'article 5 de son 7<sup>e</sup> Protocole additionnel, vu notamment le caractère imprécis des griefs et l'absence de la preuve du traitement discriminatoire. Cour eur. D.H., arrêt *Marsálek c. Tchéquie* du 4 juillet 2006, spéc. n<sup>os</sup> 77-78. *Addé* : Cour eur. D.H., déc. d'irrecevabilité *Bonnaud et Lecocq c. France*, 6 février 2018, dans laquelle il n'était nullement établi que le refus de délégation réciproque de l'autorité parentale par la cour d'appel et validée par la Cour de cassation française fût fondé sur leur orientation sexuelle – fiche thématique (reflet).

19 Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 ; *A.J.T.*, 1999-2000, p. 696 ; *E.J.*, 2000, p. 106 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 1117 ; *J.J.P.*, 2002 (abrégé), liv. 5, p. 252, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 185.

20 Cour eur. D.H., arrêt *Palau-Martinez c. France* du 16 décembre 2003 ; *J.T.D.E.*, 2004, liv. 105, p. 25, *T.B.P.*, 2004, liv. 413.

21 Voy. *infra*.

22 Pour J.-L. RENCHON, la définition *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant et son appréciation *in concreto* se distinguent comme suit : « [...] on peut percevoir qu'on est engagé dans deux orientations différentes :

- d'une part, la formulation de dispositions ou de recommandations générales, à force plus au moins contraignante, censées exprimer pour l'ensemble des enfants ce qu'est, dans telle ou telle situation, leur intérêt.

- d'autre part, la responsabilité laissée à chaque décideur de déterminer, au cas par cas, l'intérêt supérieur de chaque enfant, en fonction des caractéristiques particulières de sa situation familiale ou de sa personnalité », J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *Petites Aff.*, 2010, liv. 200, n<sup>o</sup> 6. Pour notre part, « 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). En ce qui concerne l'appréciation *in concreto*, il peut s'agir de faits démontrant en l'espèce l'existence d'un besoin spécifique (tenant compte de sa personnalité...) dans le chef de l'enfant concerné par le litige (ou) d'un risque auquel l'enfant serait (ou pourrait être) exposé », *Le contentieux judiciaire parental, op. cit.*, p. 123, n<sup>o</sup> 117.

L'arrêt *Zaunegger*<sup>23</sup>, rendu en 2009 et dont un extrait est repris ci-dessus, s'inscrit dans la continuité de cette jurisprudence, puisque la Cour stigmatise ici aussi le traitement inégal entre les parents sans cette détermination *in concreto*<sup>24</sup>. Cette décision fait suite au recours introduit par un père qui, n'étant pas marié avec la mère, se plaignait de s'être trouvé exclu par la législation allemande de toute possibilité d'exercer conjointement l'autorité avec la mère de leur fille (sauf accord de la mère ou circonstances graves). Pourtant, il était le père juridique de l'enfant, avec qui il avait vécu durant les trente premiers mois de sa vie. Estimant cette exclusion automatique du père non marié de l'exercice de l'autorité parentale comme disproportionnée, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention.

La Cour étend la portée des principes qu'elle avait mis en avant lors des arrêts précédents dans la mesure où, ici, la discrimination ne repose plus sur la religion ou sur l'orientation sexuelle, mais sur la circonstance que le père n'était pas marié (avec la mère). Plus fondamentalement encore, le libellé même des motifs de l'arrêt semble généraliser le principe selon lequel l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas par le juge en fonction de l'intérêt de l'enfant<sup>25</sup>. La responsabilité d'un des parents dans le climat de violence, son incapacité de s'occuper adéquatement des enfants et le traumatisme subi par ceux-ci peuvent, aux yeux des juges strasbourgeois, justifier que celui-ci se voie privé de l'exercice de l'autorité parentale<sup>26</sup>.

Ceci étant, à ce jour, la Cour de Strasbourg n'impose aucune obligation, dans le chef des États, d'ériger l'exercice conjoint de l'autorité parentale en principe, voire seulement de le permettre. C'est ainsi que, dans un arrêt *Buchs*, la Cour a rejeté le recours d'un père qui se plaignait de ce que l'exercice de l'autorité parentale avait été exclusivement confié à la mère des enfants, car (à l'époque) la législation suisse imposait que celui-ci soit attribué à un seul des parents (mais pas forcément la mère)<sup>27</sup>. Il demeure cependant requis<sup>28</sup> que chaque parent ait pu solliciter cet exercice, qu'ils aient participé aux débats qui en ont précédé l'attribution et que celle-ci résulte d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant<sup>29</sup>.

23 Cour eur. D.H., arrêt *Zaunegger c. Allemagne* du 3 décembre 2009. Pour un autre commentaire détaillé de cet arrêt, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.* 2012, liv. 1, pp. 93-94, n° 85.

24 Voy. (implicitement) le point 63 de l'arrêt où, à tout le moins, l'exclusion « générale » des pères de l'exercice de l'autorité parentale est reprochée.

25 *Ibid.*, point 60.

26 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Scozzari c. Italie* du 13 juillet 2000.

27 Cour eur. D.H., arrêt *Buchs c. Suisse* du 27 mai 2014.

28 Cour eur. D.H., arrêt *Zaunegger c. Allemagne* du 3 décembre 2009.

29 Cour eur. D.H., arrêt *Buchs c. Suisse* du 27 mai 2014, voy. nos 54-55 de l'arrêt.

## 2. L'exercice conjoint de l'autorité parentale en droit belge<sup>30</sup>

Qu'en est-il en Belgique<sup>31</sup> ? Depuis la loi du 13 avril 1995, l'exercice de l'autorité parentale demeure conjoint conformément aux articles 373 et 374, § 1<sup>er</sup>, du Code civil, y compris lorsque les parents sont séparés<sup>32</sup> et si l'un d'entre eux se trouve placé sous administration judiciaire<sup>33 34 35</sup>.

Conformément au même article 374, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil, le tribunal de la famille peut toutefois confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale au père ou à la mère « à défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant ». Rien n'empêche en outre les juges – et certains d'entre eux le font – de prévoir un « exercice conjoint modalisé » ou un « exercice exclusif modalisé » de l'autorité parentale en énumérant respectivement les décisions qui peuvent être prises seules par un des parents ou celles qui nécessitent l'accord des père et mère<sup>36</sup>. Le seul désaccord entre les parents à propos d'un des choix précités ne mène en principe pas, à

30 Nous n'abordons pas ici – sauf exception – les droits des parents relatifs à l'état de l'enfant, ni l'administration et la jouissance légale de ses biens par ses père et mère, ces aspects n'étant pas directement concernés par les arrêts strasbourgeois commentés.

31 Concernant l'évolution et la place de l'autorité parentale en Belgique, voy. la thèse de doctorat en sciences juridiques de T. WUYTS, *Ouderlijk gezag. Een coherente regeling voor minderjarigen*, Anvers, Intersentia, 2013. *Adde* : nos contributions, dont certains passages sont repris ici : « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. CARRE *et al.*, *Droit des personnes et des familles. Chroniques de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 371 et s., et *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 28 et s.

32 Notons que la distance géographique ne forme en principe pas un obstacle empêchant le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (à moins que la communication ne soit matériellement pas possible), puisqu'il est parfaitement loisible aux père et mère d'échanger par téléphone, par e-mail ou par d'autres moyens de communication modernes, afin de s'informer mutuellement et de prendre ensemble les décisions importantes pour l'enfant. À ce sujet, voy. M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, pp. 371-372 ; F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel est le sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence 2007-2013 », *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 106, n° 61, et les décisions – dont certaines sont inédites – auxquelles il est référé. *Adde* : S. AUDOORE, « Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De uitoefening van het ouderlijk gezag », *T. Fam.*, 2012, liv. 3, p. 55, n°s 50 et s. Ainsi, par exemple, l'exercice conjoint de l'autorité parentale a-t-il été maintenu (de commun accord) dans plusieurs décisions où la mère héberge(ra) l'enfant en France et où le père continuera de vivre en Belgique, voy. p. ex. Trib. fam. Hainaut (div. Charleroi, 8<sup>e</sup> ch.), 18 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 1089 et Trib. Jeun. Bruxelles (128<sup>e</sup> ch.), 18 avril 2013, *Act. dr. fam.* 2014, liv. 5, p. 156.

33 Bruxelles, 3 avril 2007, *T. Fam.*, 2007, liv. 5, p. 96, voy. spéc. la note de T. Wuyts à ce sujet.

34 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de N. DANDUY, « La vie familiale des personnes vulnérables ».

35 À l'égard des tiers de bonne foi, un parent est cependant réputé agir avec l'accord de l'autre parent. À chaque parent incombe ainsi, malgré le ressenti et les blessures gardées de la séparation, un devoir d'*information* qui s'étend à tous les aspects importants de la vie de l'enfant et qui doit permettre à l'autre parent de participer de manière éclairée au processus décisionnel. Il en ressort aussi un devoir de *coopération* qui implique non seulement que l'autre parent doit être *consulté*, mais également qu'il doit donner son *accord* à propos de la décision projetée. En cas d'absence d'accord, une action *a priori* peut être introduite par chaque parent auprès du tribunal de la famille ; à ce propos, voy. M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 28-29, n°s 18-19 ; T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Divorce*, 1995, liv. 7, p. 97, n° 6 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, p. 115, n°s 17-22. Si, cependant, l'un d'entre eux s'était aventuré à agir seul (p. ex., en opérant unilatéralement un changement d'école), il serait loisible à l'autre parent de saisir le Tribunal d'un recours *a posteriori* afin d'obtenir le retour à la situation pristine (à moins que le Tribunal ne juge que celle-ci n'est pas – ou plus – conforme à l'intérêt de l'enfant), M. MALLIEN, *op. cit.*, pp. 29-31 et 20-21 ; T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 6 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, n°s 7-11 et 24-30.

36 T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *op. cit.*, p. 97 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, p. 361, n°s 64-66 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, n°s 54-56 ; E. VIEUJEAN, « L'autorité parentale », *op. cit.*, p. 181, n° 23. Pour une application récente, voy. Trib. fam. Bruxelles (137<sup>e</sup> ch.), 26 avril 2018, *Act. dr. fam.*, 2018, liv. 5, p. 111.

lui seul, les juges à opter pour un exercice exclusif de l'autorité<sup>37</sup>. L'immense majorité des décisions rendues dans le cadre de contentieux à propos de l'hébergement ou d'un choix éducatif (école...) maintiennent l'exercice conjoint. Ce n'est, au contraire, que dans des cas tout à fait exceptionnels<sup>38</sup>, lorsque la prise de décision en commun par les père et mère semble réellement impossible, que les tribunaux se résignent à une telle option<sup>39</sup>. En cas d'exercice exclusif de l'autorité par le père ou la mère, l'autre parent garde « le droit de surveiller l'éducation de l'enfant » et d'« obtenir, de l'autre parent ou tiers, toutes informations utiles à cet égard »<sup>40</sup>.

Le système belge rencontre donc largement les exigences formulées par la Cour dans l'arrêt *Zaunegger*, puisqu'aucun père ni aucune mère ne peuvent s'y trouver exclus du processus décisionnel, que les parents soient mariés ou non. La loi et la pratique judiciaire belges ont mis sur pied, depuis un quart de siècle, une véritable coparentalité en ce qui concerne l'aspect décisionnel de leurs prérogatives, amorçant un nécessaire dialogue entre les père et mère au-delà de leur séparation<sup>41</sup>.

### 3. La coparentalité et les choix éducatifs importants

#### a) Le choix de l'orientation religieuse ou philosophique

Si la Convention européenne des droits de l'homme ne mentionne pas expressément le libre choix par les parents de l'orientation religieuse de leur enfant, un tel droit ressort indubitablement de ses articles 8 et 9. Par ailleurs, les articles 18.4 du PIDCP, 2 du Premier Protocole additionnel de la CEDH,

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

38 *Ibid.*

39 N. MASSAGER précise à ce propos qu'il incombe au parent sollicitant l'exercice exclusif de l'autorité parentale de démontrer un état de souffrance, que celle-ci est due à l'exercice conjoint et que ledit exercice exclusif y constituerait un remède utile. N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in D. CARRE *et al.*, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010, op. cit.*, p. 387, n° 474. Il en a été ainsi, notamment, à la suite d'enlèvements internationaux d'enfants, voy. not. Réf. Bruxelles, 17 novembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, liv. 10, p. 222 ; Trib. fam. Flandre-Occidentale (div. Bruges, 19<sup>e</sup> ch.), 17 décembre 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 996 ; Bruxelles (41<sup>e</sup> ch.), 26 janvier 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 46 ; Trib. fam. fr. Bruxelles (127<sup>e</sup> ch.), 15 mars 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, liv. 7, p. 161 ; Trib. jeun. Flandre-Occidentale (div. Bruges), 22 septembre 2017, *T. Fam.*, 2019, liv. 1, p. 20, à l'attitude totalement démissionnaire d'un père, Trib. fam. Brabant wallon (22<sup>e</sup> ch.), 8 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 5, aux conflits extrêmes entre les parents (leur mésentente ne faisant toutefois ordinairement pas obstacle au maintien de l'exercice conjoint) ou à des faits de violence graves commis par l'un d'entre eux sur l'autre, Bruxelles (41<sup>e</sup> ch.), 29 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 56. Toutes les décisions citées ici à titre d'exemple sont analysées de manière plus approfondie in M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et les relations personnelles », *op. cit.*, pp. 373-375.

40 Reste aussi au parent concerné la possibilité d'introduire un recours devant le juge compétent lorsqu'il estime que les décisions prises par l'autre parent sont contraires à l'intérêt de l'enfant, art. 374, § 1<sup>er</sup>, al. 4, C. civ. Voy., à ce sujet, N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », *op. cit.*, p. 261. J.-L. Renchon précise que ce recours tend uniquement à « vérifier si le parent titulaire du droit d'éducation n'a pas exercé ses prérogatives au mépris de l'intérêt et des droits de l'enfant », J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 63. Pour Y.-H. Leleu, l'action *a posteriori* entre les parents exerçant l'autorité parentale concerne la validité de la décision, tandis que le recours du parent n'exerçant pas cette autorité est relatif à l'opportunité de cette décision, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles. Mise à jour. La filiation et l'autorité parentale. Loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 – Loi du 18 juillet 2006*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 97, n° 772.

41 Pourtant, et bien que la jurisprudence des tribunaux belges semble globalement conforme aux exigences strasbourgeoises, notre Code civil demeure muet – à l'inverse de certains de ses équivalents étrangers (voy. p. ex. art. 373-2-11 C. civ. fr. et *Children Act* (Royaume-Uni) du 16 novembre 1989, complétant le *Children Act* de 1975, point 1.3) – en ce qui concerne les critères à prendre en considération en général en cas d'octroi de l'exercice exclusif de l'autorité à un des parents.

24, § 1<sup>er</sup>, de la Constitution<sup>42</sup> garantissent aux parents le droit de déterminer l'orientation scolaire de leur enfant conformément, notamment, à leurs convictions religieuses ou philosophiques<sup>43</sup>.

Pour la Cour de Strasbourg, les droits ainsi consacrés impliquent, sur le plan scolaire, que les parents d'élèves puissent obtenir soit une dispense du cours de religion ou de morale<sup>44</sup>, soit un cours réellement neutre et que les enseignements donnés soient tous exempts de prosélytisme<sup>45</sup>. En revanche, les parents ne peuvent exiger la suppression des crucifix dans les locaux de classe<sup>46</sup> ou l'absence de tout enseignement critique relatif à un culte déterminé<sup>47</sup>. Au demeurant, les parents ne peuvent exiger, s'agissant des cours d'éducation physique, que leur enfant ne participe pas à des séances de natation mixtes<sup>48</sup> ou puisse porter le voile islamique<sup>49</sup>.

Alors que l'article 29 du décret flamand du 25 février 1997 permettait les demandes de dispenses du cours de religion ou de morale dans l'enseignement public, cette possibilité n'existait pas en Communauté française de Belgique. Aussi la Cour constitutionnelle a-t-elle jugé, dans un arrêt rendu le 12 mars 2015, que cette absence de possibilité d'exemption en Communauté française, ainsi que l'obligation des parents de divulguer leurs convictions en étant contraints de choisir un cours de religion ou de morale non confessionnelle, étaient contraires aux articles 19 et 24 de la Constitution, combinés avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel de la CEDH<sup>50</sup>. Depuis cet arrêt, la

42 Pour une excellente analyse de cette disposition, voy. C. BROCAL, « L'éducation des parents sous contrôle démocratique. Analyse de la jurisprudence de l'article 2, seconde phrase, du premier protocole additionnel de la C.E.D.H. », *C.D.P.K.*, 2005, liv. 3, n° 29.

43 Concernant le droit des parents en matière de religion en général, voy. également D. GADBIN, « Le droit de l'enfant à l'éducation », in D. GADBIN et F. KERNALGUEN, *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Journées d'études de la CEDECE tenues à Rennes les 22 et 23 mai 2003, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 280 et s. ; M.-P. GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Doctorat & Notariat, Paris, Defrénois, 2006, n° 108, n°s 111-112 et 114 ; M. LEVINET, « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, liv. 87, pp. 481-498 ; G. NINANE, « L'interdiction des signes religieux et philosophiques dans l'enseignement – Regards sur un cadre juridique et son voile d'incertitudes », *C.D.P.K.*, 2010, pp. 34 et s. ; F. TULKENS, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les Droits des Enfants », *J.D.J.*, 2008, n° 272, p. 10.

44 Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Folgero e.a. c. Norvège* du 29 juin 2007 ; Cour. eur. D.H., arrêt *Mansur Yalçin e.a. c. Turquie* du 16 septembre 2014 organisation d'un cours d'islam sunnite avec dispense possible pour les enfants d'autres religions, mais pas pour les enfants musulmans appartenant à d'autres courants.

45 Cour. eur. D.H., arrêt *Mansur Yalçin e.a. c. Turquie* du 16 septembre 2014. *Adde* : Cour. eur. D.H., arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Petersen c. Danemark* du 7 décembre 1976.

46 Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Lautsi c. Italie* du 18 mars 2011. À propos de cet arrêt, voy. not. T. AGTEN et M. FOLETS, « Het neutraliteitsbeginsel op de tocht ? Quo vadis na het tweede Lautsi-arrest van het EHRM », in W. DEBEUCKELAERE, S. GUTWIRTH, M. LAMBRECHTS, M. SANTENS et D. VOORHOOF (éd.), *Ontmoetingen met Koen Raes*, Bruges, la Charte, 2012, pp. 21-33.

47 Cour. eur. D.H., arrêt *Appel-Irgang e.a. c. Allemagne* du 6 octobre 2009. *Adde* : Cour. eur. D.H., arrêt *Hassan et Eylem Zengin c. Turquie* du 9 octobre 2007.

48 Cour. eur. D.H., arrêt *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse* du 10 janvier 2017.

49 Cour. eur. D.H., arrêt *Dogru c. France* du 4 décembre 2008.

50 C. const., arrêt n° 34/2015 du 12 mars 2015, *J.T.*, 2015, liv. 20, p. 444. La Cour constate en effet que les enseignants du cours de morale ne sont, à l'instar des professeurs de religion, pas tenus par la même neutralité que ceux qui dispensent les autres matières (ils sont seulement astreints à une interdiction de dénigrer les convictions des élèves) et, par ailleurs, que le cours qui serait imposé à la fille des requérants est qualifié de « cours de morale inspirée par l'esprit de libre examen » par l'article 5 du décret du 31 mars 1994, points B.6.2 et B.6.3 de cet arrêt. À propos de cet arrêt, voy. L.-L. CHRISTIANS et M. EL BERHOUMI, « De la neutralité perdue à l'exemption du cours de morale Commentaire de l'arrêt 34/2015 de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2015, liv. 6606, pp. 437-444, J. LEVENS, « Grondwettelijk Hof maakt komaf met verplichte keuze tussen godsdienst en zedenleer »,

Communauté française a remplacé une des deux heures de cours de religion dans l'enseignement officiel par un cours de philosophie et de citoyenneté. Elle a également prévu la possibilité, pour les parents ne souhaitant pas que leur enfant reçoive l'instruction d'un culte déterminé durant l'heure restante, que celle-ci soit remplacée par une deuxième heure de philosophie et de citoyenneté<sup>51</sup>.

Si le droit des parents de déterminer l'option religieuse sur le plan scolaire – qui constitue un aspect essentiel de leur autorité – se trouve ainsi reconnu, reste à savoir dans quelle mesure, à l'heure de la séparation ou lorsqu'ils sont en désaccord, les modalités d'exercice concret de ce choix privilégient le maintien d'une coopération entre père et mère (désunis). La question doit d'ailleurs être élargie à l'ensemble de l'orientation religieuse qu'il incombe, conformément aux articles 373 et 374 du Code civil, aux seuls parents<sup>52</sup> de déterminer et qui comprend aussi la soumission aux rites initiatiques (baptême, circoncision, communion, *Bar* et *Bat Mitzvah*...), l'instruction religieuse hors cadre scolaire (catéchisme...) et l'éventuel port d'un signe religieux distinctif (croix, *kippa*, voile, etc.). Les enseignements strasbourgeois évoqués<sup>53</sup> à propos de l'exercice de l'autorité parentale doivent, fort logiquement, s'appliquer ici *mutatis mutandis*. Pour le surplus<sup>54</sup>, c'est à la jurisprudence des juridictions de fond qu'il convient de se référer afin d'apercevoir dans quelle mesure une coopération parentale reste requise sur le plan de l'orientation religieuse, même après la séparation.

Cette jurisprudence démontre, d'une part, le refus systématique des juges de se prononcer sur la valeur intrinsèque d'une idéologie et, d'autre part, que les critères d'appréciation lors de contentieux entre les parents oscillent entre le respect de la volonté de l'enfant<sup>55</sup> et la recherche des intentions communes (antérieures) des parents. La recherche de cette intention commune et, le cas

*Juristenkrant*, 2015, liv. 306, p. 3. A. OVERBEEKE, « De keuze voor levensbeschouwelijk onderricht in officiële scholen in de Franse Gemeenschap beoordeeld door het Grondwettelijk Hof », *T.O.R.B.*, 2014-2015, liv. 4, pp. 18-27 ; R. VERSTEGEN, « De lange weg van de niet-confessionele zedenleer. Overwegingen bij het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 34/2015 van 12 maart 2015 », *T.O.R.B.*, 2014-2015, liv. 4, pp. 78-84. Adde : X. DELGRANGE, « Le sort du cours de morale : activisme juridictionnel contre attentisme politique », *A.P.T.*, 2015, liv. 2, pp. 253-265 et les références y citées. Pour cet auteur, comme pour la Cour constitutionnelle, la Communauté française ne pouvait à la fois ne pas imposer un devoir de neutralité aux professeurs de morale non confessionnelle et ne pas permettre l'exemption, comme elle le fait actuellement, sans enfreindre l'article 2 du premier protocole additionnel de la CEDH. Par conséquent, la haute juridiction en conclut qu'il s'agit d'un « cours engagé » dont le titulaire est autorisé « à témoigner en faveur d'un système philosophique déterminé », point B.6.4 de l'arrêt précité. Imposer aux parents et à l'enfant un tel cours, à défaut d'un choix en faveur de l'enseignement d'un des cultes reconnus (parce qu'ils n'adhèrent à aucun de ceux-ci sans se retrouver pour autant dans le courant de la laïcité), est dès lors contraire aux dispositions constitutionnelles et internationales précitées.

51 Décret relatif à la mise en œuvre d'un cours de philosophie et de citoyenneté dans l'enseignement secondaire et portant diverses adaptations dans l'enseignement fondamental du 19 juillet 2017.

52 Comm. eur. D.H., déc. X. c. *Finlande* du 6 février 1967 ; K. HANSON, « Vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst », in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECCK, *Handboek EVRM*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2004, partie 2, vol. 1, p. 789, n° 18-19 ; M.-P. GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Doctorat & Notariat, Paris, Defrénois, 2006, n° 108, p. 11, n° 85.

53 Voy. *supra*.

54 Vu l'absence d'arrêts de juridictions supranationales ou suprêmes belges en cette matière.

55 Voy. *infra*, notre contribution consacrée à l'autonomie de l'enfant *sub* 4.3.

échéant, sa mise en œuvre témoignent d'une conception coopérative et dynamique de la coparentalité : les parents devront continuer à mettre en œuvre, bien au-delà de la séparation, certains points du « programme » qu'ils avaient fixé du temps de la vie commune<sup>56</sup>.

### b) Le choix de l'école

Parmi les décisions essentielles qui relèvent de l'exercice de l'autorité parentale, le choix de l'école constitue sans aucun doute l'un des plus importants<sup>57</sup> pour la vie, la formation et le développement social et intellectuel de l'enfant. Le droit des parents<sup>58</sup>, garanti par les dispositions internationales et constitutionnelles déjà évoquées<sup>59</sup>, comprend, outre l'option religieuse, le choix du réseau et de l'établissement scolaire (officiel ou libre subventionné), la détermination de la langue de l'enseignement et de l'orientation d'études, la décision de faire redoubler un enfant en difficulté scolaire, l'inscription de l'enfant à l'internat... Ce droit fondamental a donné lieu à un certain nombre d'arrêts de la Cour européenne<sup>60</sup> qui tous concernent l'étendue des droits parentaux vis-à-vis des autorités, mais n'abordent pas la manière dont leur exercice doit être organisé entre le père et la mère. Les principes évoqués en matière de l'attribution et de l'exercice de l'autorité parentale s'appliquent donc ici également<sup>61</sup>. Relevons, entre autres, que la Cour interdit les restrictions d'accès à l'école en fonction de l'origine<sup>62</sup> ou d'un handicap<sup>63</sup>. En revanche, elle estime

56 Ainsi, il leur appartiendra d'inciter l'enfant à étudier ses cours de religion, de morale ou de philosophie, de le conduire au catéchisme ou au cours d'arabe, et, plus généralement, de s'abstenir de commentaires trop destructeurs de l'option choisie.

57 L'importance du choix scolaire se révèle aussi par le nombre de litiges dont il est fait l'objet. Ce nombre représente 56 % des contentieux éducatifs entre les parents – voy. *Le contentieux judiciaire parental*, op. cit., p. 259. Pour un exemple de litige entre les parents à propos du l'enseignement à domicile ou dans un établissement subventionné, voy. Trib. fam. Flandre-Occidentale (div. Bruges), 9 novembre 2016, *T.J.K.*, 2017, liv. 2, p. 159 et la note de H. TIMMERMANS.

58 Voy. toutefois l'article 110/1, § 1<sup>er</sup>, du Code flamand de l'enseignement secondaire, reprenant l'ancien article III.1, § 1<sup>er</sup>, du décret flamand du 28 juin 2002, où il est stipulé expressément que le choix scolaire se fera « en concertation avec l'enfant » si celui-ci est âgé de 12 ans ou plus – voy. *infra*, notre contribution au présent ouvrage sur l'autonomie du mineur sub 4.3.

59 Voy. *supra*.

60 Voy. G. LAUWERS et J. DE GROOF, « De verplichtingen van de Staat op het vlak van het recht op onderwijs in het kader van het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden. En overzicht van de rechtspraak van het EHRM », *T.O.R.B.*, 2006-2007, p. 270, spéc. p. 272 et les arrêts y cités, et J. RINGELHEIM, « La discrimination dans l'accès à l'éducation : les leçons de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, liv. 105, pp. 77-96. Adde : C. BROCAL, « L'éducation des parents sous contrôle démocratique. Analyse de la jurisprudence de l'article 2, seconde phrase, du premier protocole additionnel de la C.E.D.H », op. cit., n° 22 ; L. COUTURIER-BOURDINIÈRE, « La Convention européenne des Droits de l'Homme et la protection des Droits des Enfants », in *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, pp. 547-548.

61 Voy. *supra*.

62 Inscription d'enfants roms dans des écoles spécifiques : Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *D.H. e.a. c. Tchèque* du 13 novembre 2007 ; Cour eur. D.H., arrêt *Shampani e.a. c. Grèce* du 11 décembre 2012. Voy. aussi le refus de la gratuité de l'enseignement en fonction du titre de séjour : Cour eur. D.H., arrêt *Timishev c. Russie* du 13 décembre 2005, Cour eur. D.H., arrêt *Anatoliy Ponomaryov et Vitaliy Ponomaryov c. Bulgarie* du 21 juin 2011, *Rev. dr. étr.*, 2012, liv. 169, p. 477 ; *T.O.R.B.*, 2013-2014, liv. 2-3, p. 276, S. GROSBOIN, « La discrimination dans l'imposition de frais de scolarité à certains ressortissants étrangers : la Cour européenne des droits de l'homme en dit trop... ou pas assez... », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, liv. 92, pp. 945-968. La Cour n'interdit pas par principe le placement d'enfants dans des classes séparées, mais exige que cette mesure soit proportionnée et entourée de garanties, Cour eur. D.H., arrêt *Orsus c. Croatie* du 16 mars 2010 (gde ch.), *T.O.R.B.*, 2010-2011, liv. 6, 565, note J. VAN CAENEGHEM ; voy. également Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Catan e.a. c. Russie* du 19 octobre 2012.

63 Cour eur. D.H., arrêt *Cam c. Turquie* du 23 février 2016, refus d'accès d'une adolescente de 15 ans au Conservatoire en tenant compte de la malvoyance (le recours est certes introduit par l'adolescente elle-même, mais certains enseignements de cet arrêt restent transposables au libre choix des parents) et I. BAMBUST, « La C.E.D.H. enlève les ceillères », *J.T.*, 2017, liv. 6688, pp. 332-333.

que les parents ne peuvent exiger des autorités d'organiser et/ou de subventionner un enseignement dans une autre langue que la langue officielle locale<sup>64</sup> ni même de permettre l'enseignement à domicile<sup>65</sup>. En ce qui concerne ce dernier cas de figure, les différentes Communautés du pays laissent cependant, mais conformément au principe posé par l'ancienne Cour d'arbitrage<sup>66</sup>, la possibilité aux parents d'opter pour un enseignement à domicile (soit dispensé par eux-mêmes, soit organisé sous forme d'une école privée)<sup>67</sup>. Lorsque, au contraire, comme c'est le cas le plus fréquent, les parents optent pour une école appartenant au réseau officiel ou libre subventionné, leur choix de l'établissement scolaire n'est pas forcément illimité. En effet, la dernière décennie a vu les Communautés française et flamande adopter des critères objectifs permettant, dans une perspective de mixité sociale, d'assurer une plus grande égalité d'accès d'élèves aux écoles (plébiscitées), principalement en première année du secondaire<sup>68</sup>. Ces balises limitant le libre choix des parents demeurent essentielles dans le cadre des contentieux civils à propos de l'école, puisque le juge ne peut évidemment faire droit qu'aux demandes des parents qui sont conformes aux options ouvertes.

Dans les cas – à vrai dire plus nombreux – où tant l'inscription scolaire sollicitée par le père que celle demandée par la mère demeurent possibles, les juridictions familiales belges tentent de favoriser les options qui intègrent le plus chacun des parents. Ainsi, comme pour le choix religieux, les tribunaux retiennent aisément l'établissement scolaire qui correspond le mieux à ce que les parents avaient choisi ensemble pour l'enfant<sup>69</sup> ou qui respecte l'orientation

64 Cour eur. D.H., affaire relative à certains aspects du régime de l'enseignement en Belgique du 23 juillet 1968.

65 Cour eur. D.H., arrêt *Fritz Konrad e.a. c. Allemagne* 11 septembre 2006, introuvable sur le site de la Cour, mais cité, analysé et (fortement) critiqué par J. SPERLING, « Huisonderwijs en het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden », *T.O.R.B.*, 2006-2007, p. 461. *Adde* : C. BROCAL, « L'éducation des parents sous contrôle démocratique. Analyse de la jurisprudence de l'article 2, seconde phrase, du premier protocole additionnel de la C.E.D.H. », *op. cit.*, n°s 25 et 26 ainsi que la jurisprudence strasbourgeoise y citée.

66 M. BOSSUYT et G. GOEDERTIER, « Het grondwettelijk Hof en de grondwettelijke vrijheid van onderwijs », *T.O.R.B.*, 2006-2007, p. 568 et la jurisprudence de l'ancienne Cour d'arbitrage y citée, et J. NOUNKELE et L.-L. CHRISTIANS, « Religion et enseignement à domicile », [www.uclouvain.be](http://www.uclouvain.be). *Adde* : C. const., 21 mai 2015 (arrêt n° 60/2015).

67 En Communauté française, voy. le décret du 25 avril 2008. En Communauté flamande, voy. décrets codifiés en matière d'enseignement secondaire, art. 110/28 à 110/31, et l'arrêté du gouvernement flamand du 16 septembre 1997. Ce type d'enseignement permet, moyennant le respect de certains critères vérifiés par l'inspection, de satisfaire à l'obligation d'instruction. Voy. art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 juin 1983 (versions modifiées par les différentes Communautés) – sans toutefois donner lieu à une quelconque certification (les différents diplômes, comme le CESS, doivent donc être obtenus auprès des jurys institués par les Communautés).

68 Pour la législation en vigueur en Communauté française, voy. art. 79/1 du 79/20 du décret « Missions » du 24 juillet 1997 et C. const., 9 juillet 2010, C. const., 13 janvier 2011, ainsi que C. VILLÉE, « Les inscriptions des élèves en 1<sup>er</sup> secondaire de l'enseignement secondaire ordinaire : le décret "mixité sociale" », *J.D.J.*, 2010, liv. 294, pp. 51-60, et M. MALLIEN, « Les "décrets inscriptions" de la Communauté française et leur incidence lors d'un litige parental sur le choix de l'école secondaire », *Ann. Dr.*, 2013/3, p. 399, n°s 9-11. L'accord de gouvernement de la Communauté française de 2019 prévoit cependant l'abrogation et le remplacement de cette législation. Concernant la législation communautaire flamande, voy. décrets coordonnés sur l'enseignement secondaire, art. 110/1 à 110/27, et M. POESEN-VANDEPUTTE, « Het nieuwe Inschrijvingsdecreet: succesfactoren voor sociale mix », *T.O.R.B.*, 2012-2013, liv. 5, pp. 316-329. Ces dispositions avaient été modifiées et remplacées par le législateur flamand en 2018, mais il fut décidé que le texte nouveau n'entrerait jamais en vigueur.

69 Voy. p. ex. Trib. fam. Brabant wallon (22<sup>e</sup> ch.), 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 19 ; Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 14 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 210.

pédagogique globale qu'ils avaient arrêtée du temps de la vie commune<sup>70</sup>. Le souci constant des juges de favoriser la coparentalité se traduit aussi par la préférence qu'ils témoignent souvent pour les écoles à équidistance des domiciles parentaux<sup>71</sup>.

### c) *Les autres choix importants*

D'autres choix importants relatifs à l'éducation de l'enfant doivent être effectués de concert par les parents dans le cadre de l'exercice conjoint de leur autorité, tels que les actes administratifs (changement de domicile, renouvellement d'un passeport...), les soins de santé (opération chirurgicale, suivi d'un traitement...) ou même l'inscription à des activités extrascolaires. Les contentieux concernant ces choix, quoiqu'apparaissant occasionnellement dans les prétoires, s'y avèrent cependant plus rares que celui de l'école et semblent totalement absents de la jurisprudence strasbourgeoise. Les principes de la coparentalité et de l'égalité des parents s'y appliquent cependant invariablement.

\* \* \*

L'arrêt *Zaunegger*, mais aussi ceux qui l'ont précédé, proscrivent l'exclusion automatique d'un parent en raison de son sexe, son état matrimonial ou de tout autre motif potentiellement discriminatoire sans appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. Cependant, mieux que la Cour de Strasbourg, qui rechigne à franchir le pas supplémentaire d'ériger l'exercice conjoint de l'autorité parentale en modèle de référence, le législateur et les juridictions familiales belges favorisent largement une coparentalité active. Celle-ci préconise la participation de chacun des père et mère dans tout processus décisionnel relatif à l'enfant, notamment à travers le maintien des choix qu'ils avaient arrêtés jadis.

## II. *L'hébergement des enfants*

Ceci étant, la coparentalité n'implique pas seulement ladite participation des père et mère à la prise de décisions, mais également – et même surtout – le maintien et le développement d'une relation entre chacun d'entre eux et l'enfant. Dès lors, un contact effectif doit à tout le moins être maintenu avec le père et la mère après la séparation. C'est ce dont il est question dans l'arrêt *Kacper Nowakowski*<sup>72</sup> où il était question du maintien de tels contacts entre un enfant et son père, sans interférence de la mère. Par ailleurs, la Cour proscriit la discrimination entre les parents, notamment en fonction de la religion, lors

70 Voy. p. ex. Bruxelles (41<sup>e</sup> ch.), 25 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, liv. 1-2, p. 24.

71 Voy. *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, *op. cit.*, nos 292, 293, 337-347, 518 et 519 et 1199 (critère XII). Ceci doit permettre le maintien ou la mise en place future d'un hébergement égalitaire, même si ce critère ne s'avère pas déterminant dans tous les cas. À ce sujet, voy. not. N. DESMET, « De inschatting van het belang van het kind », *T.J.K.*, 2017/1, pp. 50-55.

72 Cour eur. D.H., arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne* du 10 février 2017 et l'extrait repris *supra*.

de la détermination des modalités d'hébergement, comme elle l'a rappelé dans l'affaire *Palau Martinez*<sup>73</sup>.

## A. La présence maintenue de chaque parent dans la vie de l'enfant

### 1. Droits substantiels

#### a) Fondements internationaux : l'arrêt *Kacper Nowakowski*

Le maintien des relations entre l'enfant et le parent qui n'assume pas son hébergement principal constitue un droit tant du premier que du second. Pour ce qui est du premier, il ressort, entre autres, explicitement de l'article 9.3 de la Convention onusienne relative aux droits de l'enfant que « les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

À ce propos<sup>74</sup>, la Cour a jugé, dans l'arrêt *Kacper Nowakowski*, que l'intérêt du premier consiste *a priori* à entretenir des contacts « égaux », dans la mesure du possible, avec chacun de ses parents<sup>75</sup>. La Cour avait été saisie par un père sourd-muet, à qui les autorités polonaises avaient permis de voir sa fille uniquement en présence de la mère (car celle-ci maîtrisait la langue des signes, tout en étant également en mesure de s'exprimer oralement). Or un important contentieux judiciaire, précisément à propos de l'enfant concerné, opposait le père et la mère. Le père se plaignait de ne pas bénéficier d'un contact effectif avec l'enfant, la mère constituant une interférence empêchant

73 Cour eur. D.H., arrêt *Palau-Martinez c. France* du 16 décembre 2003 ; *J.T.D.E.*, 2004, liv. 105, p. 25, *T.B.P.*, 2004, liv. 413.

74 Quoiqu'également au premier, car, dans la plupart des arrêts où la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH, le non-respect du droit à la vie familiale tant du parent que de l'enfant était en cause.

75 Voy. spéc. § 81 de l'arrêt. Cet arrêt se situe au sein d'une jurisprudence strasbourgeoise assez foisonnante selon laquelle des contacts effectifs doivent être maintenus avec chacun des deux parents en cas de séparation. Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Fourchon c. France* du 28 septembre 2005. Voy., plus généralement, N. GALLUS, « La séparation du couple, les relations parentales et la Cour européenne des droits de l'homme », *Actes du colloque de l'Institut des droits de l'homme sur « La famille et la Convention européenne des droits de l'homme »*, coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 55-85, spéc. p. 63. Ainsi, dans une affaire *Vojnity c. Hongrie*, la Cour a jugé contraire aux articles 8 et 14 la suppression du « droit de visite » du père par les juridictions hongroises, dont il apparaissait clairement qu'elle était liée à son appartenance à la religion pentecôtiste. Or il n'en résultait manifestement aucun inconvénient concret pour l'enfant, Cour eur. D.H., arrêt *Vojnity c. Hongrie* du 12 février 2013. Pour un commentaire plus approfondi de cet arrêt, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, liv. 4, p. 737. D'autres arrêts ont mis en avant l'impossibilité pour un parent de rencontrer son enfant résidant à l'étranger étant donné l'absence de titre de séjour lui permettant de se rendre – même temporairement – dans le pays où celui-ci se trouvait. Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Polidardo c. Suisse* du 30 octobre 2013. Tout récemment, dans un arrêt *Cinta* du 18 février 2020, la Cour a condamné la Roumanie pour avoir restreint les contacts entre un père et sa fille en raison des troubles mentaux du premier sans qu'il ait été établi *in concreto* en quoi ceux-ci seraient susceptibles d'avoir un impact négatif sur la deuxième, Cour eur. D.H., arrêt *Cinta c. Roumanie* du 18 février 2020 (disponible uniquement en anglais). Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de N. DANDOY, « La vie familiale des personnes vulnérables ». Notons au passage que l'obligation d'assurer le maintien du lien ne se limite pas aux parents, mais concerne également les frères et sœurs – Cour eur. D.H., arrêt *Mustafa et Armagan Akin c. Turquie* du 6 avril 2010. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, liv. 1, pp. 87-88, et M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 195-196. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Gluhakovic c. Croatie* du 12 avril 2011. Il n'était certes pas question de surdité dans le chef du père requérant, mais de l'inadaptation totale des horaires des contacts avec ses impératifs professionnels. Pour un commentaire plus approfondi de cet arrêt, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *op. cit.*, pp. 88-89.

le bon déroulement de la relation avec la fille. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi stigmatisé l'absence de recherche de toute alternative par les autorités nationales compétentes, qui, notamment, auraient pu faire appel à des spécialistes de la malentendance afin de trouver une alternative permettant de développer les contacts entre le père et l'enfant<sup>76</sup>.

Cet arrêt démontre, dès lors, à la fois l'importance, aux yeux de la Cour, de maintenir une présence tant du père que de la mère dans la vie de l'enfant (sauf situation exceptionnelle), mais également l'obligation positive, dans le chef des juridictions nationales, de prévoir des modalités adaptées à la situation particulière de l'enfant et du parent concerné afin qu'une relation effective s'établisse et se maintienne entre eux. La Cour établit ainsi une présomption, selon laquelle l'intérêt de l'enfant consiste à entretenir des relations avec ses deux parents, et rappelle l'obligation des autorités nationales de déployer les moyens nécessaires pour y parvenir, en se référant explicitement à l'article 9.3 de la CIDE qui lui sert ici de véritable directive d'interprétation de l'article 8 de la CEDH<sup>77</sup>.

Il en résulte la violation de l'article 8 de la CEDH.

Rien n'empêche cependant que, lorsque l'intérêt de l'enfant le requiert, les contacts soient restreints en raison de l'instabilité émotionnelle d'un des père et mère<sup>78</sup> ou d'autres circonstances exceptionnelles<sup>79</sup>, voire de la détention dudit parent<sup>80</sup>. De manière générale, la suppression totale des contacts ne peut être envisagée qu'à condition que toutes les alternatives (médiation, encadrement par des psychologues, etc.) aient été envisagées<sup>81</sup>.

#### b) *Mise en œuvre en droit interne belge*

En droit interne belge, deux situations doivent être distinguées<sup>82</sup>.

- Dans la première, le père ou la mère qui n'assume pas l'hébergement principal de l'enfant exerce cependant conjointement l'autorité avec l'autre parent au sens des articles 373 et 374 du Code civil. Le temps, déterminé par le juge ou par les parties, que l'enfant passera chez ou

76 Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de N. DANDOUY, « La vie familiale des personnes vulnérables ».

77 Concernant ce recours, voir la Cour de Strasbourg, à certaines dispositions de la CIDE en tant que directives d'interprétation de l'article 8 de la CEDH, voy. aussi, dans cet ouvrage, notre contribution relative à l'« autonomie du mineur ».

78 Cour eur. D.H., arrêt *P.V. c. Espagne* du 30 novembre 2010.

79 Cour eur. D.H., arrêt *Süss c. Allemagne* du 10 novembre 2005.

80 La Cour a ainsi jugé que la limitation des contacts entre un père détenu et sa fille à quelques contacts téléphoniques n'était pas contraire à l'article 8 de la CEDH, Cour eur. D.H., arrêt *Hagyó c. Hongrie* du 23 avril 2013. Comp., *infra*, la jurisprudence belge à ce propos.

81 Cour eur. D.H., arrêt *Bergmann c. République tchèque* du 27 octobre 2011. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *op. cit.*, p. 90.

82 Rappelons également que, dans les deux situations, il est question uniquement des pères et mères à l'égard desquels le lien de filiation est établi. Le « simple » parent « biologique » avec qui ce lien n'est pas établi doit, lui, être assimilé à un tiers au sens de l'article 375bis du Code civil, N. MASSAGER, *Chronique de jurisprudence 2005-2010*, *op. cit.*, nos 548 et s.

avec ce parent est appelé « hébergement secondaire ». Cet hébergement constitue un attribut de l'autorité parentale<sup>83</sup>.

- La deuxième est celle où l'autre parent exerce exclusivement l'autorité parentale. L'article 374 § 4, alinéa 4, du Code civil prévoit, dans ce cas, que le tribunal de la famille « fixe les modalités selon lesquelles celui qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des *relations personnelles* avec l'enfant » et que « ces relations ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves »<sup>84</sup>.

Dans les deux situations, la suppression totale des contacts reste très rare<sup>85</sup>. En cas de risque d'enlèvement international, de non-respect des mesures d'hébergement, voire d'aliénation parentale, les relations personnelles ont parfois lieu dans un *espace-rencontre* (avec ou sans la présence de tiers, mais en principe en l'absence de l'autre parent)<sup>86</sup>. L'évaluation des responsables des espaces-rencontres à propos de la manière dont se déroulent les contacts détermine souvent la décision du juge quant à leur poursuite<sup>87</sup>.

## 2. Droits procéduraux

Le maintien effectif des liens avec chaque parent implique aussi l'existence d'une procédure efficace, permettant aux parties de faire valoir leur point de vue et à la juridiction concernée d'évaluer minutieusement s'il existe des circonstances exceptionnelles qui éventuellement justifieraient une restriction ou une suppression des contacts<sup>88</sup>.

C'est ainsi que la Cour a condamné l'Allemagne, dans un arrêt *Elsholz*, parce que les autorités nationales avaient supprimé les contacts entre un père et son

83 Il serait inexact de faire usage de la locution précitée lorsqu'il s'agit, par exemple, du droit aux relations personnelles d'un grand-parent ou d'un tiers.

84 Nous mettons en évidence. À propos des « motifs très graves », voy. N. MASSAGER, *Chronique de jurisprudence 2005-2010*, *op. cit.*, n° 519. Notons au passage que la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 3 octobre 2014, que le juge ne doit pas prévoir de telles relations personnelles si le parent ne les a pas sollicitées (p. ex., parce que, comme dans l'espèce où cet arrêt a été rendu, le parent n'avait pas envisagé l'hypothèse où l'hébergement principal de l'enfant serait confié, en même temps que l'exercice exclusif de l'autorité, à l'autre parent plutôt qu'à lui), Cass., 3 octobre 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, liv. 10, p. 227. Nous restons cependant convaincu que le juge peut prévoir lesdites relations personnelles dans un tel cas de figure s'il estime que l'intérêt de l'enfant le requiert, 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° 17-18.

85 Ainsi, p. ex., des contacts ont été prévus entre un père, pourtant désinvesti de l'éducation, et son enfant à concurrence d'une rencontre tous les quinze jours dans un local adapté de la maison de repos où le premier résidait, et ce, malgré l'opposition marquée par l'enfant, qui se trouvait cependant influencée par la mère, Liège (16<sup>e</sup> ch.), 28 mai 2013, 2013/JE/33, inédit, analysé in M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, p. 422. Exceptionnellement, l'opinion de l'enfant peut toutefois se révéler déterminante pour la suppression des contacts, Liège (16<sup>e</sup> ch.), 16 avril 2013, 2011/JE/179, inédit, analysé *ibid.*

86 À propos des espaces-rencontres, voy. N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », *op. cit.*, n° 516.

87 Liège (16<sup>e</sup> ch.), 22 octobre 2013, 2013/JE/273, inédit, analysé in M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, p. 423. Lorsque le parent est détenu, les relations sont souvent maintenues dans l'établissement pénitentiaire – évidemment de manière encadrée (Liège [16<sup>e</sup> ch.], 22 octobre 2013, inédit, analysé *ibid.*) – à moins que des circonstances particulièrement graves ne s'y opposent (Mons [33<sup>e</sup> ch. fam.], 29 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 192), par exemple, lorsque l'enfant a été victime ou témoin des faits donnant lieu à l'incarcération. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M.-A. BEERNAERT, « La vie familiale des personnes détenues ».

88 Cour eur. D.H., arrêt *Süss c. Allemagne* du 10 novembre 2005 ; Cour eur. D.H., arrêt *Hunt c. Ukraine* du 7 décembre 2006. Pour un commentaire plus approfondi de ces arrêts, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, liv. 3, p. 801.

enfant en raison des vives tensions avec la mère, mais sans avoir ordonné d'expertise psychologique, ni même avoir fixé d'audience où le père aurait pu faire valoir son point de vue<sup>89</sup>. L'absence d'expertise ordonnée – reprochée par la Cour – est également à mettre en rapport avec l'obligation d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto*, sur laquelle nous reviendrons<sup>90</sup>.

Dans cette même optique procédurale, la Cour de Strasbourg a stigmatisé dans une affaire *Cengiz Kiliç*<sup>91</sup> la longueur de l'instance de divorce<sup>92</sup> – durant laquelle le père ne pouvait voir son fils – et l'absence de toute place à la médiation<sup>93</sup> dans le système procédural du pays concerné, alors que celle-ci aurait peut-être pu aboutir à la remise en place de contacts. La Cour n'a cependant pas seulement égard à la longueur de la procédure elle-même, mais tient compte également d'autres critères, comme l'intervention d'accords et de décisions intermédiaires, le maintien constant – ou non – d'une activité procédurale, etc.<sup>94</sup>.

La célérité requise concerne non seulement le déroulement de la procédure menant à la reconnaissance du droit auxdits contacts, mais aussi l'exécution de la décision. Ainsi, la Cour de Strasbourg a-t-elle considéré, notamment dans un arrêt *Kuppinger* rendu le 15 janvier 2015, la durée excessive de l'exécution des décisions en matière de relations personnelles, due entre autres à l'absence de procédures efficaces mises en place par les autorités, comme contraire aux droits à la vie privée et familiale et à un recours effectif garantis par les articles 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>95</sup>.

Le législateur belge, de son côté, a adopté un certain nombre de dispositions visant à garantir une effectivité aux procédures visant à mettre en place des contacts avec chaque parent et à exécuter les décisions judiciaires qui les prévoient.

89 Cour eur. D.H., arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 128. À propos de cet arrêt, voy. également *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, pp. 146 et 218.

90 Voy. *infra*.

91 Cour eur. D.H., arrêt *Cengiz Kiliç c. Turquie* du 6 décembre 2011.

92 La Cour avait déjà stigmatisé précédemment la longueur excessive des procédures en vue de reconnaître à un parent le droit d'entretenir des contacts avec son enfant, Cour eur. D.H., arrêt *Nuutinen c. Finlande* du 27 juin 2000. *Adde* : Cour eur. D.H., arrêt *Bondavalli c. Italie* du 17 novembre 2015.

93 La Cour fait expressément référence à la Recommandation n° R08(1) du Comité des ministres aux États membres du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale du 21 janvier 1998.

94 Cour eur. D.H., arrêt *Diamante et Pellicioni c. Saint-Marin* du 27 septembre 2011. Il ne s'agit ici toutefois pas, à proprement parler, d'un arrêt relatif au maintien des contacts, mais plutôt d'un litige d'hébergement international. Cependant, les exigences procédurales requises par la Cour – qui les estime remplies en l'espèce – semblent transposables en l'espèce.

95 Cour eur. D.H., arrêt *Kuppinger c. Allemagne* du 15 janvier 2015. *Adde* : Cour eur. D.H., arrêt *Eberhard et M. c. Slovénie* du 1<sup>er</sup> décembre 2009. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *op. cit.*, pp. 91-92 ; Cour eur. D.H., arrêt *Santos Nunes c. Portugal* du 22 mai 2012 ; Cour eur. D.H., arrêt *R.I. e.a. c. Roumanie* du 4 décembre 2018 ; Cour eur. D.H., arrêt *Lutzi c. Italie* du 5 décembre 2019. Voy. également la jurisprudence de la Cour en matière d'enlèvements internationaux d'enfants. La Cour affiche cependant une certaine tolérance, en tenant compte des paramètres spécifiques, de la complexité de la cause et de l'intérêt de l'enfant quant au délai d'exécution des décisions en matière d'hébergement, Cour eur. D.H., arrêt *Stakunaite c. Lituanie* du 29 octobre 2019. En ce qui concerne le recours des autorités nationales à la coercition pour l'exécution des décisions en cette matière, voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) », *op. cit.*, pp. 804-811 et les arrêts strasbourgeois y cités.

Ainsi, il ressort de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire que les demandes en matière d'autorité parentale sont irréfragablement présumées urgentes. La même disposition prévoit que le tribunal de la famille « statue comme en référé ». Ainsi, le délai de citation est de deux jours. Les demandes pourront toutefois également être introduites par requête conjointe ou contradictoire<sup>96</sup>. Dans ce dernier cas, l'audience d'introduction a lieu dans les quinze jours suivant le dépôt de la requête<sup>97</sup>.

En ce qui concerne l'exécution des décisions prévoyant le maintien ou le rétablissement des contacts avec un des parents, il y a lieu tout d'abord de relever qu'elles sont désormais toutes exécutoires de plein droit, qu'il s'agisse d'ordonnances de mesures provisoires ou de jugements « définitifs »<sup>98</sup> (la restauration de l'effet suspensif de l'appel pouvant cependant être décidée par le premier juge pour les deuxièmes, mais pas pour les premières<sup>99</sup>)<sup>100</sup>.

## ***B. L'égalité des parents et l'appréciation in concreto de l'intérêt de l'enfant***

### ***1. Principes et liberté des États***

#### ***a) Absence d'obligation d'ériger l'hébergement égalitaire en modèle de référence***

Comme le relève N. Gallus, on ne considère (actuellement) pas que les articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne imposent aux États

96 Art. 1253ter/4, § 2, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.

97 Voy. également à ce sujet : K. DEVOLDER, « De invoering van een familie- en jeugdrechtbank. Commentaar bij de wet van 30 juli 2013 », *T. Fam.*, 2014, liv. 6, p. 128, n° 54 ; J.-P. MASSON, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un Tribunal de la famille et de la jeunesse », *J.T.*, 2014, p. 186 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Les urgences et le provisoire dans le Tribunal de la famille », in A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Le Tribunal de la famille et de la jeunesse*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 105-107. Si nécessaire, il est loisible au tribunal de la famille d'ordonner des mesures provisoires – dont, par exemple, une reprise immédiate de contacts interrompus – avant de rendre une décision « définitive ». À ce sujet, voy. J. SOSSON et F. BALOT, « Les mesures prises par le Tribunal de la famille : mode d'emploi », in J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (coord.), *Le Tribunal de la Famille : des réformes aux bonnes pratiques*, coll. Les cahiers du CeFAP, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 61 et s. Une fois que ladite juridiction a statué une première fois, chaque parent peut solliciter que la cause y soit fixée à nouveau dans le cadre de la saisine permanente si des éléments nouveaux sont apparus, art. 1353ter/7 C. jud. Voy. également à ce sujet : K. DEVOLDER, « De invoering van een familie- en jeugdrechtbank. Commentaar bij de wet van 30 juli 2013 », *op. cit.*, n°s 40-42 ; J.-P. MASSON, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un Tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 187 ; D. PIRE, « Tribunal de la Famille, compétence territoriale et dossier unique : "une famille, un dossier, un juge" », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/3, p. 450, spéc. p. 459. Le Tribunal initialement saisi reste en principe territorialement compétent pour toutes les demandes ultérieures, art. 629bis, § 1<sup>er</sup>, C. jud., et M. MALLIEN, « Règlement judiciaire des conflits », in J.-F. TAYMANS (coord.), *La cohabitation de fait*, Rép. not., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 179, n°s 177 et s.

98 Art. 1397 C. jud. C. De Boe, M. MALLIEN et J.-E. BEERNAERT, « L'exécution provisoire des décisions de droit familial », in J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (coord.), *op. cit.*, pp. 391 et s.

99 *Ibid.*, n°s 8-9.

100 Si l'huissier de justice chargé de l'exécution de la décision en matière de contacts ne viendra pas prendre l'enfant de force (voy. circulaire du 21 mars 1996 de la Chambre nationale des huissiers de justice qui interdit à ceux-ci de reprendre les enfants *manu militari*), chez le parent récalcitrant (bien que ledit mandataire de justice puisse parfaitement se rendre au domicile du parent concerné afin de tenter de le convaincre de se conformer au jugement), il est loisible au Tribunal d'ordonner des mesures en cas d'inexécution de la décision, telles que l'astreinte. À ce sujet, voy. M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, et la jurisprudence y citée en matière d'astreinte. Par ailleurs, la non-représentation d'enfant constitue un délit au sens de l'article 432 du Code pénal et peut donc donner lieu à une plainte et à des poursuites devant le tribunal correctionnel.

de prévoir l'hébergement alterné égalitaire<sup>101</sup>. Il s'agit, dès lors, d'un choix politique que les États membres du Conseil de l'Europe ne sont nullement contraints d'effectuer. On constatera donc que les États jouissent d'une liberté considérable lors de la détermination des modes d'hébergement et d'exercice de l'autorité parentale. En Belgique, l'article 374, § 2, *in fine* du Code civil prévoit depuis la loi du 18 juillet 2006 que l'hébergement alterné égalitaire constitue le modèle de référence<sup>102</sup>. Sans entrer dans les détails de cette législation et de l'abondante jurisprudence qu'elle génère quotidiennement au sein des juridictions familiales<sup>103</sup>, rappelons simplement que, lorsque les père et mère exercent conjointement leur autorité, le juge se doit d'envisager ce type d'hébergement par priorité si l'un d'eux le demande<sup>104</sup>. Lorsque l'hébergement égalitaire apparaît impossible ou contre-indiqué, un hébergement secondaire aussi large que possible est prévu avec l'autre parent<sup>105</sup>.

**b) Égalité et principe de non-discrimination des parents :  
arrêt Palau-Martinez**

**i) Appréciation in concreto de l'intérêt de l'enfant : le principe**

L'impact du principe d'égalité n'en est pas moins réel et se situe en amont, lorsqu'il s'agit de déterminer *lequel* des parents hébergera l'enfant. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré en 2004, dans l'arrêt *Palau-Martinez*, que les juridictions françaises avaient violé les articles 8 et 14 combinés de la Convention en s'appuyant sur l'appartenance de la requérante aux Témoins de Jéhovah lors de la détermination de l'hébergement, malgré

101 N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, liv. 32, pp. 63-68, n° 40.

102 Loi du 18 juillet 2006, *M.B.*, 4 septembre 2006, n° 2006009678, p. 43971. Notons qu'il ressort des travaux préparatoires de cette loi que le premier souci du législateur a été d'assurer l'égalité des parents – voy. W. VANDENHOLE, « Twintig jaar kinder-rechtenverdrag (1989-2009): een Belgische stand van zaken », *R.W.*, 2009, p. 392, n° 14 et les travaux parlementaires y cités.

103 Voy. not. N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire », *J.T.*, 2007, pp. 177 et s. ; G. HIERNAX, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 9, spéc. n°s 15 et 20 ; M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, pp. 400-415 et la jurisprudence y analysée ; N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », *op. cit.*, pp. 354-381 ; P. SENAËVE et H. VAN BOCKRUCK, « De Wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang », *E.J.*, 2006, p. 117.

104 Voy. not. Bruxelles, 22 mai 2007, *J.D.J.*, 2008, liv. 299, p. 44 (somm.) et nos critiques in *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, p. 89. En ce qui concerne l'obligation – ou non – dans le chef de la partie qui sollicite l'hébergement égalitaire de prouver l'opportunité de ce système au regard de l'intérêt de l'enfant, voy. N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », *op. cit.*, p. 363. Voy., toutefois, Bruxelles (31<sup>e</sup> ch.), 5 août 2011, inédit, ainsi que notre analyse et nos critiques de cet arrêt in « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, pp. 402-403.

105 Ainsi, par exemple, si celui-ci ne vit pas dans le même pays que l'enfant, des temps d'hébergement étendus sont fixés avec ce parent durant les vacances scolaires ainsi que des contacts par Skype (ou par un autre moyen de télécommunication). En ce qui concerne le maintien des contacts avec chaque parent, voy. not. F. OMRANI, « L'expatriation dans la famille désunie : quel sort de l'enfant ? Chronique de jurisprudence (2007-2013) », *Act. dr. fam.*, 2014, liv. 5, p. 106, et M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », *op. cit.*, n° 479. Bien souvent, le maintien d'une présence égale, ou à tout le moins large, de chaque parent dans la vie de l'enfant mène le juge à rejeter la demande de l'un d'entre eux qui souhaiterait s'établir avec lui à l'étranger. Voy. *ibid.* et M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental*, *op. cit.*, n°s 590 et s. et la jurisprudence inédite y analysée.

l'absence de tout « élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur la vie et l'éducation quotidienne des enfants »<sup>106</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme suit ici un raisonnement relativement similaire à celui qu'elle avait tenu dans les arrêts *Hoffmann* – déjà évoqué dans le cadre de l'exercice des prérogatives parentales (où la mère était également Témoin de Jéhovah)<sup>107</sup> – et *Salgueiro Da Silva Mouta* (où l'enfant avait été confié à la mère en raison de la vie maritale du père avec un autre homme)<sup>108</sup>. Toutefois, comme le souligne la juge Françoise Tulkens, l'arrêt *Palau-Martinez* montre, plus clairement encore que les précédents, que l'erreur de raisonnement des juges nationaux réside dans la justification de leurs décisions par des considérations générales et abstraites, alors que celles-ci auraient dû être motivées par une appréciation *concrète* de cet intérêt<sup>109</sup>.

## ii) *Mise en œuvre sur le plan procédural : le recours aux mesures d'investigation*

Cependant, l'obligation d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto* peut parfois impliquer, dans le chef de la juridiction saisie, celle d'évaluer cet intérêt plus en profondeur par le biais d'une mesure d'investigation. Si, dans l'arrêt *Sommerfeld*, la Cour de Strasbourg avait considéré en 1993 que « ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus de solliciter l'avis d'un psychologue sur la question du droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde »<sup>110</sup>, plusieurs arrêts ultérieurs ont mis en avant la nécessité de procéder à des mesures d'investigation afin d'établir effectivement et concrètement l'intérêt de l'enfant<sup>111</sup>.

106 Cour eur. D.H., arrêt *Palau-Martinez c. France* du 16 décembre 2003 ; *J.T.D.E.*, 2004, liv. 105, p. 25, *T.B.P.*, 2004, liv. 413, n° 26. La mère s'était en effet vu retirer l'hébergement principal des enfants par la Cour d'appel de Nîmes alors qu'ils partageaient sa vie depuis le départ du père, trois ans et demi plus tôt. Selon ladite cour d'appel, « les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme » et « l'intérêt de l'enfant est d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte [...] ». La Cour de Strasbourg constate, quant à elle, que la juridiction d'appel nîmoise avait fondé son appréciation sur des « généralités relatives aux Témoins de Jéhovah » et qu'il n'était fait état d'aucun « élément concret et direct de la religion de la requérante sur la vie et l'éducation quotidienne des enfants ». La Cour considère, de surcroît, que le juge du fond aurait dû ordonner une étude sociale permettant d'obtenir davantage d'informations concrètes concernant la vie des enfants et conclut à l'inexistence d'un rapport raisonnable de proportionnalité, estimant que « la cour d'appel s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations générales, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel ».

107 *Voy. supra*.

108 Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 ; *A.J.T.*, 1999-2000, p. 696 ; *E.J.*, 2000, p. 106 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 1117 ; *J.J.P.*, 2002 (abrégé), liv. 5, p. 252, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 185. Les juridictions nationales s'étaient basées sur la considération abstraite que l'intérêt de l'enfant serait mieux servi par une vie dans une « famille portugaise traditionnelle » plutôt que dans un ménage tenu par un couple homosexuel.

109 *Voy. F. TULKENS*, « Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, liv. 3, p. 632. La Cour établit par ailleurs un tracé relativement net de la limite entre ce qu'elle entend par le bien de l'enfant défini *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* de cet intérêt. Les juges strasbourgeois ont en effet considéré en l'espèce que l'énoncé des risques découlant des méthodes éducatives des Témoins de Jéhovah – même objectivés par les pièces déposées par le père (attestation d'un médecin consulté par lui et lettre écrite par un des enfants critiquant le caractère contraignant des méthodes éducatives maternelles) – ne suffit pas, surtout en l'absence d'étude sociale.

110 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Sommerfeld c. Allemagne* du 8 juillet 2003.

111 Ainsi avons-nous déjà mentionné l'arrêt *Elsholz* (*voy. supra*) dont les enseignements s'appliquent également ici. En 2003, la Cour a également reproché, dans une affaire *Antonyk*, aux juridictions russes de s'être basées, dans le cadre d'un litige

Ces arrêts n'impliquent cependant pas un véritable revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Sommerfeld*, puisqu'ils impliquent surtout l'obligation d'ordonner une mesure d'investigation lorsque cela apparaît raisonnablement *nécessaire* afin de mettre l'intérêt de l'enfant au jour avec suffisamment de clarté (dans l'affaire *Sommerfeld*, l'enfant avait déjà été entendue à trois reprises, rendant aux yeux de la Cour inutile d'en encore procéder à une expertise psychologique).

\* \* \*

Que retenir, en ce qui concerne la coparentalité, de l'exigence d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto* et, dans certains cas, de procéder à des mesures d'investigation ? Il en ressort surtout que, faute d'adhérer théoriquement au principe prévoyant l'option préférentielle pour un partage égal du temps d'hébergement entre les parents, comme l'a fait le législateur belge, les juges strasbourgeois ont insisté sur certains moyens qui, le cas échéant, pourront favoriser une coparentalité « sur mesure » construite en fonction de l'intérêt spécifique de l'enfant concerné. Dans cette optique, la place effective de chaque parent dans la vie de l'enfant doit non seulement être assurée dans son principe, mais également être garantie par des mesures concrètes et adaptées à chaque situation.

### Conclusion

L'analyse des arrêts *Zaunegger*, *Kacper Nowakowski* et *Palau-Martinez* dans le contexte de la jurisprudence strasbourgeoise, mais aussi à l'aune de la mise en œuvre par le législateur belge des principes retenus, permet plusieurs constats.

Tout d'abord avons-nous observé que la Cour européenne pose des jalons assez larges et qui se limitent, pour l'essentiel, à l'interdiction d'exclure totalement un parent de la vie de l'enfant et de lui réserver une place moins importante en fonction de critères tels que sa religion, son orientation sexuelle ou son état de santé. Ainsi est-il difficile d'apercevoir dans la jurisprudence strasbourgeoise une adhésion claire au principe de coparentalité au-delà du maintien d'un contact minimal avec chaque parent. L'interdiction de discrimination n'impose pas *prima facie* une quelconque obligation, dans le chef des juridictions internes, de favoriser une implication maximale de chaque parent dans la vie de l'enfant après la séparation. À cet égard, le législateur belge s'est engagé bien plus résolument dans la voie de la coparentalité, en prévoyant

---

d'hébergement, uniquement sur le rapport d'une expertise réalisée dans le cadre d'une demande infructueuse du père tendant à priver la mère de sa capacité d'exercice (à la suite d'un état dépressif récurrent) – voy. *supra*. Pour la Cour de Strasbourg, les juridictions nationales auraient dû ordonner une expertise spécifiquement centrée sur la question du danger éventuel pour les enfants de l'état (prétendu) de la mère. Par ailleurs, la Cour rappelle dans un arrêt *Bondavalli* que les instances chargées de la mesure d'investigation doivent être suffisamment indépendantes vis-à-vis des parents, Cour eur. D.H., arrêt *Bondavalli* c. Italie du 17 novembre 2015.

l'exercice conjoint quasi systématique de l'autorité parentale en 1995 et en érigeant l'hébergement égalitaire en modèle de référence en 2006.

L'apparente frilosité strasbourgeoise et le caractère déjà relativement ancien de ces interventions législatives démontrent que la Belgique a, dans une certaine mesure, fait figure de précurseur en la matière, là où le consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe se faisait – et se fait encore en partie – attendre (malgré les évolutions législatives plus ou moins récentes dans plusieurs pays, dont l'Allemagne<sup>112</sup> et la Suisse<sup>113</sup>). La mise en œuvre de cette coparentalité n'a d'ailleurs pas été l'apanage du législateur belge, puisqu'elle a été largement précédée et suivie par la jurisprudence des juges du fond. Depuis longtemps, ceux-ci ont accordé, dans leur réflexion, une place de choix à la coparentalité et, partant, à la manière de favoriser une implication maximale de chacun des parents.

Une autre dimension doit toutefois, elle aussi, être retenue de l'analyse de la jurisprudence strasbourgeoise en général et des arrêts commentés en particulier. En effet, si les exigences de la Cour en matière de coparentalité restent minimales dans leur principe, elles révèlent cependant une grande incidence sur la manière dont les juges doivent procéder face aux contentieux parentaux afin de garantir une coparentalité effective. Ainsi, l'obligation de mettre en place des contacts réels sans un contexte adapté – sans interférence de l'autre parent, l'obligation d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto*, voire, dans certains cas, d'ordonner une mesure d'investigation et d'assurer une certaine célérité (tant dans la reconnaissance des droits que dans l'exécution des décisions), s'avère bien souvent décisive pour le maintien de la présence d'un parent dans le processus éducatif de l'enfant. Il est d'ailleurs significatif qu'un nombre certain de ces arrêts analysés concluent à la violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention. Ceci montre bien le lien entre l'égalité en droit des titulaires des prérogatives parentales et l'essence bicéphale de celles-ci.

À cet égard, la valeur ajoutée de la jurisprudence strasbourgeoise est essentielle par rapport à l'arsenal législatif belge, puisque la première *impose* souvent les règles évoquées, là où le deuxième n'y voit que des *outils à disposition* du juge familial (ni le législateur ni la Cour de cassation n'ont jamais contraint le juge à apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto*, pas plus qu'ils n'ont précisé ce qu'il y a lieu d'entendre par les « motifs très graves » requis par l'article 374 du Code civil pour la suppression de tout contact entre un parent et son enfant).

112 Voy. la Loi allemande du 16 avril 2013 supprimant l'article 1672 du *Bürgerliches Gesetzbuch* et prévoyant que, désormais, les pères non mariés pourront solliciter et obtenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale, malgré le refus de la mère, auprès des juridictions familiales lorsque cet exercice conjoint n'apparaît pas contraire à l'intérêt de l'enfant. *Adde* : A. FONFRIDE, « Allemagne : § 1626a en lien avec le § 1672 al. 1<sup>er</sup> BGB, l'évolution de l'autorité parentale des parents non mariés en droit allemand », <https://blogs.parisnanterre.fr/>, 10 mai 2013.

113 Voy. art. 296, al. 2, C. civ. suisse, modifié par la loi fédérale suisse du 21 juin 2013. *Adde* : A. ISOLINI, *L'entrée en vigueur de l'autorité parentale conjointe après le divorce : quelle influence sur les conflits intra-parentaux et sur les pratiques professionnelles ?*, mémoire de maîtrise en Droits de l'enfant de l'Université de Genève, sous la direction de P. Jaffé, 2017, bibliothèque numérique RERO DOC - RERO DOC, p. 27.

La vie familiale verticale : parenté et parentalité

Dès lors, bien que la Cour de Strasbourg n'adhère pas formellement au principe de coparentalité, elle rend obligatoires certains mécanismes qui ont souvent pour effet de la rendre effective.

Michaël Mallien