

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les contentieux d'hébergement en temps de pandémie

Mathieu, Géraldine; Mallien, Michael

Published in:

Les droits humains en temps de pandémie

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mathieu, G & Mallien, M 2023, Les contentieux d'hébergement en temps de pandémie: une mise en suspens des droits fondamentaux des enfants? dans *Les droits humains en temps de pandémie: Perspectives internationales, européennes et comparées*. Larcier , pp. 345-391.

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.

TITRE 10

LES CONTENTIEUX D'HÉBERGEMENT EN TEMPS DE PANDÉMIE : UNE MISE EN SUSPENS DES DROITS FONDAMENTAUX DES ENFANTS ?

Michaël Mallien

Chargé de cours invité à l'UNamur

Maître de conférences à l'ULB

Professeur à l'EPHEC

Collaborateur scientifique à l'UCLouvain

Avocat au Barreau de Bruxelles

et

Géraldine Mathieu

Chargée de cours à l'UNamur

Chargée de cours invitée à l'ULiège

Membre du centre interdisciplinaire des droits de l'enfant

Introduction

Si la pandémie de COVID-19 a largement affecté les droits des enfants¹ – qu'il s'agisse de leur droit à l'éducation, à l'information,

1. L'enfant s'entend ici de toute personne qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans, conformément à l'article 1^{er} de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et aux articles 388 et 488 de l'ancien Code civil.

aux loisirs, à la jouissance du meilleur état de santé possible ou à une éducation non violente² –, il y a lieu également de s’interroger à propos de son impact sur les contentieux relatifs à l’hébergement de ceux dont les parents sont séparés³. Nombreux sont en effet les enfants qui, suite à cette séparation, vivent alternativement dans deux milieux parentaux différents, ce qui par hypothèse augmente la fréquence de leurs contacts à une époque où la distanciation sociale est prônée et qui peut également induire une confrontation entre des approches différentes de la crise sanitaire qui y seraient véhiculées.

Les équilibres et priorités fixés par les autorités, qu’elles soient politiques ou judiciaires, entre la lutte contre la pandémie et le maintien des contacts entre l’enfant et chacun de ses parents sont-ils satisfaisants au regard des droits fondamentaux de l’enfant ?

Poser cette question s’avère plus que jamais essentiel à l’heure où le COVID-19 a mis l’exercice des droits fondamentaux, dont ceux des enfants en particulier, à l’épreuve d’une manière sans aucun doute inédite en occident et où il est vital d’en dresser le bilan et d’en discerner les enseignements, notamment en vue de crises futures (ou de rebond de celle en cours).

La particularité des litiges civils à propos de l’hébergement des enfants est qu’il s’agit de contentieux judiciaires entre les parents auxquels l’enfant n’est pas partie, tant la Cour de cassation⁴ que le législateur⁵ s’étant – encore récemment – refusés à lui reconnaître une telle qualité. Pourtant, il serait erroné de croire qu’il s’agit là de contentieux

2. Voy. à cet égard : G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Droits fondamentaux de l’enfant en temps de Covid-19 : une insuffisante prise en compte de sa(ses) vulnérabilité(s) », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19 : quelles leçons pour l’avenir ?*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 941 et s.

3. Par la locution « contentieux d’hébergement » – à laquelle nous donnons ici une portée générique pour l’aisance de la lecture –, nous entendons les litiges à propos de l’hébergement principal, égalitaire ou secondaire, en ce compris les contentieux relatifs au pays de résidence, de l’enfant par ses parents, mais aussi ceux relatifs aux relations personnelles avec l’un d’entre eux et à l’autorité parentale. Certaines considérations – notamment celles relatives à la procédure en droit interne belge – sont par ailleurs transposables aux demandes de relations personnelles fondées sur l’article 375bis de l’ancien Code civil, émanant des grands-parents ou de tiers liés affectivement à l’enfant.

4. Cass., 10 février 2020, *T. Fam.*, 2020/7, p. 198, note P. SENAËVE, *Act. dr. fam.*, 2021/1, p. 12, note M. COUNE, *R.W.*, 2021-2022/5, p. 207 et *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, p. 793 (somm.) (pour une critique de cet arrêt, voy. M. MALLIEN, « L’intérêt de l’enfant lors des litiges parentaux en matière d’hébergement et d’éducation : la question des autonomies à travers trois hot topics », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 204). Toujours dans le même sens : Cass., 25 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022/14, p. 554 et *T. Fam.*, 2022/5-6, p. 155.

5. Voy. la loi du 20 mai 2021 modifiant l’ancien Code civil en ce qui concerne les liens personnels entre frères et sœurs, *M.B.*, 9 juin 2021. La proposition de loi du 21 novembre 2019 prévoyait, en son article 5, un droit d’action dans le chef de tout frère ou sœur âgé

parentaux qui, à l'instar d'autres contentieux civils, voient les juges investis de la seule mission de départager les droits subjectifs des parents et dont l'enfant ne serait que l'enjeu, certes essentiel. Au contraire, il apparaît de manière constante que non seulement l'intérêt de l'enfant, ainsi que les droits visant sa protection, doivent se trouver au centre de ces contentieux aux conséquences déterminantes pour sa vie, mais également qu'il possède, même sans être partie à la cause, un droit à l'expression et à ce que son opinion soit prise en considération. Par ailleurs, les droits parentaux, dont l'exercice forme aussi l'enjeu du litige, demeurent des droits-fonction, dont l'intérêt et les droits de l'enfant constituent le principal fondement⁶. Pareil contexte nous mène donc à examiner à la fois les droits des enfants et ceux des parents dans le cadre des procédures civiles qui les concernent en matière d'hébergement, l'étendue et l'exercice des seconds s'avérant essentiels afin de garantir l'effectivité des premiers.

Après avoir rappelé les droits fondamentaux de l'enfant qui doivent présider à tout contentieux en matière d'hébergement (chapitre 1), nous examinerons, d'une part, l'incidence des mesures sanitaires sur les décisions rendues par les juges familiaux sur le fond face à ce type de litiges (chapitre 2), d'autre part, la manière dont la justice, en tant qu'institution, a fonctionné durant le premier confinement et l'impact de ce fonctionnement sur l'exercice effectif des droits des parents et des enfants (chapitre 3).

de 12 ans au moins (*Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0780/001, pp. 13 et 14). Toutefois, suite aux réticences du monde académique néerlandophone, ce droit d'action n'a pas été repris dans la loi du 20 mai 2021.

6. La Cour de cassation avait déjà considéré en 1931, sans ambiguïté, que les droits des parents étaient des droits-fonction n'ayant d'autre fondement que l'intérêt de l'enfant (*Cass.*, 10 décembre 1931, *Pas.*, 1932, I, p. 4).

CHAPITRE I.

RAPPEL DE QUELQUES PRINCIPES ESSENTIELS : LA PRIMAUTÉ DU CRITÈRE DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT ET LE RESPECT DE SES DROITS FONDAMENTAUX EN MATIÈRE D'HÉBERGEMENT

Section 1. La primauté du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷

§ 1. L'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant

En vertu de l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁸ (ci-après « la CIDE »), « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

La prise en compte, de manière primordiale, de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision qui le concerne constitue un des quatre principes généraux de la Convention, avec le droit à l'égalité et à la

7. Voy. à cet égard : G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, pp. 172 et s., dont plusieurs passages sont repris ici.

8. Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée à New-York le 20 novembre 1989. Cette convention a été signée par la Belgique le 26 janvier 1990 et ratifiée le 16 décembre 1991. Elle est entrée en vigueur dans notre pays le 15 janvier 1992. Parmi les 193 États reconnus par l'ONU, seuls les États-Unis ne sont pas parties à ce traité qui peut donc être qualifié de quasi universel.

non-discrimination (article 2), le droit à la vie, à la survie et au développement (article 6) et le droit à la participation (article 12)⁹.

Le 29 mai 2013, le Comité des droits de l'enfant¹⁰ a adopté l'observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale¹¹. Cette observation tente d'explicitier ce que doit signifier, dans la philosophie des droits humains, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans toute décision qui le concerne¹².

Pour le Comité, l'article 3.1 de la CIDE se déploie dans trois dimensions.

Premièrement, c'est un droit de fond, directement applicable : le droit à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant « soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions »¹³. L'intérêt de

9. N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J.D.J. fr.*, n° 303, 2011, pp. 24 et 25.

10. Le Comité des droits de l'enfant est un organe des Nations unies, constitué de dix-huit experts indépendants, chargé de surveiller la mise en œuvre par les États parties de la CIDE et de ses protocoles facultatifs. Il rend à cet égard, à intervalles réguliers, des observations finales à l'égard des États et publie également des observations générales sur des points particuliers relatifs aux droits de l'enfant qui constituent l'interprétation officielle de la Convention telle qu'elle doit être appliquée par les États. Suite à l'adoption par l'Assemblée générale des Nations unies, le 19 décembre 2011, du Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications, le Comité est en outre devenu compétent pour recevoir et examiner des plaintes individuelles, des plaintes interétatiques ainsi que pour mener des procédures d'enquête (ce protocole est entré en vigueur en Belgique le 30 août 2014). Si les constatations, observations générales et observations finales du Comité des droits de l'enfant en tant que « *soft jurisprudence* » ne sont pas, suivant la doctrine classique, revêtues de la force obligatoire, elles relèvent néanmoins « du pouvoir implicite d'interprétation donné au Comité par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant » et permettent « d'inspirer le contrôle international ou interne de la Convention elle-même qui, pour sa part, a sans aucun doute des effets obligatoires » (J. FIERENS, « La protection de la jeunesse « communautarisée » et l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'enfant – Partie I », *Act. dr. fam.*, 2019/9, pp. 303 et 305). Elles ont aussi le potentiel de faire effet de levier sur l'action étatique (G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 173). Pour aller plus loin sur cette question, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? A propos de l'autorité de la « jurisprudence » du Comité des droits de l'enfant », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECOZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin. Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 199 et s.

11. C.D.E., Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 2013, CRC/C/GC/14.

12. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 174.

13. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 6, a).

l'enfant n'est certes pas un principe absolu. L'expression « une considération primordiale » signifie précisément que d'autres intérêts peuvent être pris en compte mais que dans la balance, un plus grand poids doit être accordé à ce qui sert au mieux l'intérêt de l'enfant car l'enfant est plus vulnérable que les autres. Le Comité des droits de l'enfant rappelle ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que les autres considérations compte tenu de la situation particulière de l'enfant : « dépendance, degré de maturité, statut juridique et, fréquemment, impossibilité de faire entendre sa voix. Les enfants ont moins de possibilités que les adultes de défendre vigoureusement leurs propres intérêts et ceux qui sont associés aux décisions qui les concernent doivent connaître précisément leurs intérêts. Si les intérêts des enfants ne sont pas mis en exergue, ils tendent à être négligés »¹⁴.

Deuxièmement, c'est un principe juridique interprétatif fondamental suivant lequel lorsqu'une règle juridique peut être interprétée de plusieurs façons, c'est celle qui respecte le plus efficacement l'intérêt de l'enfant qui doit être choisie¹⁵. Les droits consacrés par la CIDE et les protocoles facultatifs s'y rapportant constituent à cet égard le cadre d'interprétation¹⁶.

Troisièmement, c'est une règle de procédure qui impose, lorsqu'une décision est prise, d'évaluer les incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés et puis de déterminer ce qui est le mieux en vue de la protection de leurs intérêts. Le Comité précise à cet égard que « les États parties doivent expliquer comment ce droit a été respecté dans la décision, à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels »¹⁷.

Il en ressort que l'évaluation et la détermination de l'intérêt de l'enfant doivent nécessairement être concrètes et non simplement théoriques. Il s'agit de déterminer la teneur de l'intérêt de l'enfant au cas par cas, selon les circonstances, le contexte et les besoins de l'enfant¹⁸. Pour les décisions relatives à des cas individuels, cela implique que l'intérêt supérieur de l'enfant soit évalué et déterminé en tenant compte de la situation concrète de l'enfant concerné. Pour les décisions plus

14. *Ibid.*, § 37.

15. *Ibid.*, § 6, b).

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*, § 6, c).

18. *Ibid.*, § 32.

générales, telles celles prises par le législateur, il convient d'évaluer et de déterminer l'intérêt supérieur des enfants en général au vu de la situation du groupe concerné et/ou des enfants en général¹⁹.

Le Comité fournit à cet égard une liste d'éléments susceptibles d'entrer en ligne de compte lors de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant ou des enfants concernés, tels « l'âge, le sexe, le degré de maturité, l'expérience, l'appartenance à un groupe minoritaire et le fait de présenter un handicap physique, sensoriel ou intellectuel [...] (le) milieu social et culturel auquel appartient l'enfant, notamment la présence ou l'absence de ses parents, le fait que l'enfant vit ou non avec eux, la qualité de la relation entre l'enfant et sa famille ou ses pourvoyeurs de soins, la sécurité de son environnement et l'existence de solutions de remplacement de qualité à la disposition de la famille, de la famille élargie ou des pourvoyeurs de soins »²⁰. Sur la base de ces considérations, le Comité identifie les éléments qui doivent être pris en compte par l'autorité décisionnelle pour évaluer et déterminer l'intérêt de l'enfant, à savoir²¹ : l'opinion de l'enfant, son identité, la préservation de son milieu familial et le maintien de ses relations, la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant, la situation de vulnérabilité dans laquelle il se trouve, son droit à la santé et son droit à l'éducation²².

Le Comité insiste aussi sur l'importance de veiller à la dimension temporelle, dès lors que la perception du temps diffère suivant que l'on est enfant ou adulte : « les retards dans le processus de décision ou sa durée excessive sont particulièrement préjudiciables aux enfants – en constante évolution »²³.

Il souligne en outre le lien entre la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et l'évolution de ses capacités et de son développement et précise qu'il est nécessaire de réexaminer cet intérêt « à intervalles raisonnables à mesure que l'enfant se développe et que sa capacité d'exprimer ses vues évolue »²⁴.

Le Comité relève enfin que le processus d'évaluation et de détermination de l'intérêt de l'enfant doit être réalisé par des professionnels

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*, § 48.

21. *Ibid.*, §§ 52 à 79.

22. Ces différents éléments peuvent évidemment être en conflit. Par exemple, « le souci de préserver le milieu familial peut être en conflit avec l'impératif de protéger l'enfant contre le risque de violence ou de maltraitance de la part de ses parents. Dans une telle éventualité, les divers éléments devront être mis en balance pour dégager la solution répondant à l'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants » (C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 81).

23. *Ibid.*, § 93.

24. *Ibid.*

qualifiés²⁵ et que toute décision qui concerne un enfant doit être « motivée, justifiée et expliquée ». Le raisonnement juridique doit ainsi être précis et exhaustif²⁶.

Plus fondamentalement, le Comité précise que l'intérêt de l'enfant sert à renforcer ses droits et jamais à les réduire ou les faire disparaître : « l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant ont pour objet d'assurer la jouissance pleine et effective des droits reconnus par la Convention et ses Protocoles facultatifs et le développement global de l'enfant »²⁷. Les droits de l'enfant, en ce compris la prise en compte de son intérêt, sont en effet universels, indivisibles, interdépendants et indissociables²⁸.

§ 2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Grâce à son dynamisme interprétatif, la juridiction strasbourgeoise offre une place de choix, dans sa jurisprudence, à la CIDE, combinant celle-ci avec les dispositions pertinentes de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH »)²⁹. Elle considère à cet égard que les obligations que la CEDH impose aux États parties dans le domaine des droits de l'enfant doivent être interprétées à la lumière de la CIDE³⁰. La Cour n'hésite pas non plus à mobiliser directement les observations finales³¹ et générales³² du Comité des droits de l'enfant.

25. *Ibid.*, §§ 94 et 95.

26. *Ibid.*, § 97.

27. *Ibid.*, § 82.

28. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 174.

29. *Ibid.*, p. 176.

30. Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, § 72 ; Cour eur. D.H., arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, § 139 ; Cour. eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 septembre 2007, § 120 ; Cour eur. D.H., arrêt *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, § 42.

31. Voy. par exemple : Cour eur. D.H., arrêt *Soares de Melo c. Portugal*, 16 février 2016, §§ 57 et 98 ; Cour eur. D.H., arrêt *Abdi Ibrahim c. Norvège*, 10 décembre 2021, § 76.

32. Voy. not. les arrêts *Tlapak et autres c. Allemagne* et *Wetjen et autres c. Allemagne* du 22 mars 2018 aux termes desquels la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 de la CEDH par l'Allemagne suite au retrait partiel de l'autorité parentale et au placement d'enfants subissant des châtements à coups de baguette de la part de leurs parents appartenant au mouvement religieux des Douze Tribus. La Cour se réfère expressément, dans ces deux arrêts, à la CIDE (plus particulièrement à ses articles 3, 9, 19 et 37) et aux observations générales du Comité des droits de l'enfant n° 13 sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence (2011, CRC/C/GC13) et n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (précitée) (arrêt *Tlapak*, §§ 59 et 60 ; arrêt *Wetjen*, §§ 37 et 38). Voy. également l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015 qui conclut à la violation de l'article 8 de la CEDH

Concernant plus particulièrement l'article 3.1 de la CIDE, l'on constate que la Cour européenne des droits de l'homme assure, au fil de ses arrêts, une protection particulièrement poussée des droits de l'enfant, compte tenu de sa vulnérabilité, à travers la primauté qu'elle accorde à son intérêt³³. Dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, elle déclare ainsi qu'« il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant »³⁴.

En matière familiale, la juridiction strasbourgeoise considère que l'article 8 de la CEDH requiert que les autorités nationales mettent de manière adéquate l'intérêt de l'enfant et ceux des parents en balance et qu'à cette occasion, une importance particulière doit être reconnue à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, en fonction de la nature et du sérieux de cet intérêt, peut avoir priorité sur celui des parents³⁵. Concernant plus particulièrement les contentieux d'hébergement, la Cour observe que « l'article 8 ne reconnaît pas à l'un ou l'autre des parents un droit préférentiel à la garde d'un enfant et que les autorités compétentes appelées à statuer sur ce point doivent prendre en considération l'intérêt des enfants »³⁶.

À l'instar du Comité des droits de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme prône une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et insiste sur la prise en considération de la spécificité de chaque cas au terme d'un examen minutieux des circonstances de la cause³⁷. Dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, la juridiction de Strasbourg précise ainsi que « L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de

en raison de l'insuffisante prise en compte de la volonté de l'enfant dans la détermination des modalités de son hébergement. La Cour se réfère cette fois expressément aux observations générales n° 8 sur le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments (2006, CRC/C/GC/8) et n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu (2009, CRC/C/GC/12) (§§ 96 et 97). Plus récemment, voy. l'arrêt *Abdi Ibrahim c. Norvège* du 10 décembre 2021 où la Cour se réfère à l'observation générale n° 14 précitée (§ 75).

33. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 176.

34. Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 135. Voy. aussi : Cour eur. D.H., arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne*, 10 janvier 2017, § 75 ; Cour eur. D.H., arrêt *M.K. c. Grèce*, 1^{er} février 2018, § 73 ; Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 204 ; Cour eur. D.H., arrêt *Luzi c. Italie*, 5 décembre 2019, § 67.

35. Cour eur. D.H., arrêt *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, § 66 ; Cour eur. D.H., arrêt *Z.J. c. Lituanie*, 29 avril 2014, § 98 ; Cour eur. D.H., arrêt *Khusnutdinov et X. c. Russie*, 18 décembre 2018, § 79.

36. Cour eur. D.H., arrêt *Reslová c. République tchèque*, 18 juillet 2006, § 63.

37. Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 138 ; Cour eur. D.H., arrêt *Y.C. c. Royaume-Uni*, 13 mars 2012, § 135 ; Cour eur. D.H., arrêt *Uzbyakov c. Russie*, 5 mai 2020, § 123.

son développement personnel, dépend [...] de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle [...]. C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir »³⁸.

Dans le contentieux de l'hébergement et de l'autorité parentale, qui constitue l'enjeu principal de notre propos, l'arrêt *Hoffmann c. Autriche*³⁹ a par exemple vu la Cour reprocher à la juridiction suprême nationale d'avoir considéré que l'hébergement principal et l'exercice de l'autorité parentale puissent être confiés au père plutôt qu'à la mère, principalement en raison de l'appartenance de celle-ci aux Témoins de Jéhovah et de son adhésion aux principes éducatifs de cette religion alors même qu'un avis d'expert préconisait une décision dans le sens contraire⁴⁰. Le même raisonnement a mené la Cour, dans un arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, à conclure à la violation des articles 8 et 14 combinés de la CEDH suite à l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale et de l'hébergement à la mère sur la considération *in abstracto* que le père vivait en couple avec un autre homme et que l'intérêt de l'enfant consistait à ce qu'il vive dans « une famille traditionnelle portugaise » et non avec un couple homosexuel⁴¹. Les commentateurs de ces arrêts ne s'y sont pas trompés en constatant que la Cour n'a pas interdit toute prise en considération de la religion ou de l'orientation sexuelle des parents, mais qu'elle a estimé – implicitement – que de tels paramètres peuvent intervenir uniquement si leur incidence sur le bien de l'enfant est établie *in concreto* (*quod non in casu*)⁴². C'est d'ailleurs ce que la Cour a précisé elle-même *expressis verbis* dans un arrêt *Palau-Martinez*

38. Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 138.

39. Cour eur. D.H., arrêt *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, spéc. §§ 33 et 35.

40. M. MALLIEN, « L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois hot topics », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, pp. 191 et s., dont certains passages sont repris ici.

41. Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, § 34.

42. N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005/2, pp. 57 et 58 ; G. GOEDERTIER, « art. 14 – Verbod van Discriminatie », J. VANDELANOTTE et Y. HAECK (eds), *Handboek EVRM, Deel 2 – Artikelsgewijze commentaar*, vol. II, Anvers – Oxford, Intersentia, 2004, p. 158, n° 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.

c. France, où il était à nouveau question du droit d'hébergement d'une mère Témoin de Jéhovah et où les juges strasbourgeois ont mis en avant que la cour d'appel de Nîmes s'était contentée de faire état de certaines observations générales à propos des contraintes imposées par cette religion en matière éducative, mais sans apporter d'« élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses deux enfants [...]. 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 »⁴³.

§ 3. L'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Depuis 2008, la prise en compte, de manière primordiale, de l'intérêt de l'enfant dans toute décision qui le concerne est proclamée à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution belge et est ainsi devenue une exigence constitutionnelle⁴⁴.

Dans de nombreux arrêts en matière familiale⁴⁵, la Cour constitutionnelle impose désormais au juge de procéder à une balance *in concreto*⁴⁶ des intérêts en présence, en prenant soin de conférer à

43. Cour eur. D.H., arrêt *Palau-Martinez c. France*, 16 décembre 2003, § 42. À propos de cet arrêt, voy. F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 632.

44. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 181.

45. Cette tendance ressort aussi d'arrêts prononcés dans d'autres domaines. Voy. à cet égard : G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 182, note 174.

46. Ainsi par exemple, en matière de filiation, la Cour répète de manière constante que lorsqu'il élabore un régime légal en la matière, le législateur « doit permettre aux autorités compétentes de procéder *in concreto* à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis » (C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.7. Voy. aussi : C.C., 19 mars 2015, n° 38/2015, B.4.3 ; C.C., 2 juillet 2015, n° 101/2015 et n° 102/2015, B.8 ; C.C., 24 septembre 2015, n° 126/2015, B.4.3 ; C.C., 25 mai 2016, n° 77/2016, B.5 ; C.C., 16 février 2017, n° 24/2017, B.5 ; C.C., 1^{er} février 2018, n° 11/2018, B.7) et que dans cette balance, l'intérêt de l'enfant revêt un caractère primordial, « du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale », sans toutefois être absolu (C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.10). On relèvera toutefois que dans un arrêt n° 48/2014 du 20 mars 2014, la Cour constitutionnelle a pu considérer que le principe de la prise en compte, dans une balance réalisée *in concreto*, des intérêts de toutes les parties concernées n'était pas absolu et ne s'appliquait notamment pas à l'action en établissement judiciaire de la paternité intentée par l'enfant majeur à l'égard des héritiers de son père biologique décédé.

l'intérêt de l'enfant un poids plus lourd dans la balance, conformément à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution, combiné avec l'article 3.1 de la CIDE⁴⁷.

La Cour constitutionnelle a par ailleurs été amenée à préciser que l'intérêt de l'enfant mentionné dans l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution ne saurait être considéré indépendamment des droits de l'enfant, garantis notamment par la CIDE⁴⁸.

Section 2. L'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux dans les contentieux d'hébergement

Comme nous avons pu le souligner, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être évalué et déterminé en respectant pleinement les droits énoncés dans la CIDE et dans les protocoles facultatifs s'y rapportant⁴⁹. En matière d'hébergement, il s'agit plus particulièrement de respecter le droit de l'enfant à la participation et son droit d'être éduqué par ses deux parents et de rester en contact avec eux⁵⁰.

Pour la Cour, « le législateur a raisonnablement pu considérer, dans les limites de la marge d'appréciation précitée, que, dans une procédure judiciaire d'établissement de la filiation, le droit de chacun à l'établissement de sa filiation doit l'emporter, de façon générale, sur l'intérêt de la paix des familles et de la sécurité juridique des liens familiaux et, en particulier, sur le droit des personnes apparentées au père biologique à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à leur vie privée et familiale » (C.C., 20 mars 2014, n° 48/2014, B.10).

47. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, pp. 182 et s., avec les quelques « notes discordantes » relevées pp. 185 et s. La Cour de cassation a, pour sa part, souligné implicitement, dans un arrêt du 20 janvier 2020, l'importance de l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant en considérant que l'arrêt attaqué « fixe les modalités d'hébergement non égalitaire de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt de l'enfant et de ses parents, et non au motif de son seul jeune âge. Contrairement à ce que le moyen soutient, il ne statue pas par voie de disposition générale et abstraite » (Cass., 20 janvier 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, p. 4, note D. PIRE et N. MASSAGER, *T. Fam.*, 2021/6, p. 136, note P. SENAEVE et R.A.B.G., 2020/16, p. 1341).

48. C.C., 7 octobre 2021, n° 133/2021, B.12.1.

49. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 32.

50. Dans le contexte particulier de la pandémie de Covid-19, on ajoutera qu'une attention accrue devra être portée au droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible garanti par l'article 24.1 de la CIDE (voy. aussi les articles 22bis et 23 de la Constitution) et au droit de l'enfant à l'éducation garanti par l'article 28.1 de la CIDE (voy. aussi l'article 24, § 3, de la Constitution).

§ 1. La prise en compte de la parole de l'enfant

Dans son observation générale n° 14, le Comité des droits de l'enfant met en lumière le fait que l'article 3.1 de la CIDE entretient des liens tout particuliers, qu'il qualifie même d'« inextricables »⁵¹, avec l'article 12 de la CIDE qui reconnaît à l'enfant le droit d'être entendu sur toute question l'intéressant et celui de voir son opinion dûment prise en considération eu égard à son âge et sa maturité. Le Comité relève que « les deux articles ont des rôles complémentaires : le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour entendre l'opinion de l'enfant ou des enfants et la prendre en considération dans toutes les affaires qui les concernent, y compris pour l'évaluation de leur intérêt supérieur. Le paragraphe 1 de l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les prescriptions de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie »⁵². Pour le Comité, « toute décision qui ne tient pas compte de l'opinion de l'enfant ou ne lui attribue pas le poids voulu eu égard à son âge et à son degré de maturité ne respecte pas le principe selon lequel l'enfant ou les enfants concernés doivent avoir la possibilité d'influer sur la détermination de leur intérêt supérieur »⁵³. Il considère dès lors que « si la décision ne va pas dans le sens de l'opinion exprimée par l'enfant, il faudrait en indiquer clairement la raison »⁵⁴. Dans le contexte d'un divorce ou d'une séparation, le Comité insiste sur le fait que la législation doit inclure le droit de l'enfant d'être entendu « par les décideurs et dans le cadre des processus de médiation »⁵⁵. Le Comité n'est par ailleurs pas favorable à la fixation d'un âge à partir duquel l'enfant serait considéré comme capable d'exprimer sa propre opinion et considère que cette question « doit être réglée au cas par cas, eu égard à l'âge et au degré de maturité de l'enfant, ce qui suppose une évaluation individuelle des capacités de l'enfant »⁵⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît elle aussi le caractère crucial de la volonté de l'enfant, pour autant que celui-ci dispose de la maturité suffisante, dans la détermination de son intérêt. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie*, la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la CEDH en raison de l'insuffisante prise en

51. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 43.

52. *Ibid.* Voy. aussi C.D.E., Observation générale n° 12 précitée, § 74.

53. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 53. Voy. aussi §§ 89 à 91.

54. *Ibid.*, § 97.

55. C.D.E., Observation générale n° 12 précitée, § 52.

56. *Ibid.*

compte de la volonté de l'enfant dans la détermination des modalités de son hébergement. La Cour se réfère expressément à l'article 12 de la CIDE et à l'observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant sur le droit de l'enfant d'être entendu pour affirmer qu'« on ne saurait dire que des enfants capables de discernement ont été suffisamment associés au processus décisionnel lorsqu'il ne leur a pas été donné la possibilité d'être entendus et d'exprimer leur opinion »⁵⁷. Elle poursuit en constatant qu'en l'espèce, « selon la jurisprudence des tribunaux croates, dans les situations dans lesquelles les deux parents sont aussi aptes l'un que l'autre à s'occuper de l'enfant et où l'enfant est, compte tenu de son âge et de sa maturité, capable de discernement et apte à exprimer ses opinions, il y a lieu de respecter le souhait de l'enfant s'agissant du parent avec lequel il entend vivre [...]. La Cour ne peut que souscrire à ce principe, estimant qu'un point de vue contraire viderait de son sens la règle voulant que les opinions de l'enfant soient dûment prises en considération [...]. La Cour estime donc que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la méconnaissance du souhait exprimé par la première requérante de vivre avec sa mère s'analyse en une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée et familiale »⁵⁸.

57. Cour eur. D.H., arrêt *M. et M. c. Croatie*, 3 septembre 2015, § 181. Voy. aussi le § 171. 58. *Ibid.*, §§ 185 et 186. Voy. aussi en matière d'adoption : Cour eur. D.H., arrêt *Pini et Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, spéc. § 164 : « L'intérêt des enfants imposait, en effet, de tenir compte de leurs opinions dès lors qu'elles ont atteint la maturité nécessaire pour s'exprimer sur ce point. Le refus des mineures, constamment manifesté après qu'elles aient atteint l'âge de 10 ans, de partir pour l'Italie pour rejoindre leurs parents adoptifs revêt à cet égard un poids certain. Or, une opposition consciente des enfants à l'adoption rendrait, en effet, improbable qu'elles puissent s'intégrer d'une manière harmonieuse dans la nouvelle famille adoptive ». En matière d'enlèvement international, voy. Cour eur. D.H., arrêt *M.K. c. Grèce*, 1^{er} février 2018, spéc. §§ 91 et 92 : « [...] la volonté exprimée par un enfant ayant un discernement suffisant est un élément clé à prendre en considération dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant [...]. Le droit d'un enfant d'être entendu et de participer à la prise de décision dans une procédure familiale qui l'affecte en premier lieu est garanti par plusieurs instruments juridiques internationaux. Ainsi l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant accorde à l'enfant le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant [...]. Ce droit est également prévu par les articles 3 et 6 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du Conseil de l'Europe [...], par la Recommandation Cm/Rec(2012)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe [...] ainsi que par l'article 24, § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...]. Les instruments en question ajoutent que les autorités compétentes administratives ou judiciaires doivent tenir dûment compte de l'opinion exprimée par l'enfant. Ainsi, l'article 13 de la Convention de La Haye prévoit que les autorités peuvent refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elles constatent que celui-ci s'oppose à son retour et que, eu égard à son âge et à sa maturité, il est approprié de tenir compte de cette opinion [...]. L'obligation des autorités de prendre dûment en considération les opinions des enfants est réitérée dans la Convention européenne et la Recommandation précitées ainsi que dans l'article 24, § 1 de la Charte des droits fondamentaux précitée ».

Le droit de l'enfant de s'exprimer sur toute question qui le concerne et celui de voir son opinion prise en considération eu égard à son âge et à son discernement est garanti, depuis 2008, par l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution. Comme le Comité des droits de l'enfant et la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle a également eu l'occasion de souligner l'importance du droit à la participation de l'enfant et son lien étroit avec la détermination de son intérêt⁵⁹. Dans son arrêt n° 66/2003, elle déclare ainsi que « L'approbation, par la loi du 25 novembre 1991, de la Convention relative aux droits de l'enfant précitée ainsi que l'adoption de la loi du 30 juin 1994 montrent que le législateur entend imposer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant, le cas échéant en recueillant son avis propre lorsqu'il est capable de l'exprimer avec discernement, et en tout état de cause en invitant le juge à y être spécialement attentif »⁶⁰.

L'audition de l'enfant par le juge dans les matières relatives à l'autorité parentale, au droit d'hébergement⁶¹ ainsi qu'au droit aux rela-

Voy. toutefois l'arrêt *K.B. et autres c. Croatie* du 14 mars 2017 aux termes duquel la Cour a précisé que « *while its case-law requires children's views to be taken into account, those views are not necessarily immutable and their objections, which must be given due weight, are not necessarily sufficient to override the parents' interests, especially in having regular contact with their child [...]. The right of a child to express his or her own views should not be interpreted as effectively giving an unconditional veto power to children without any other factors being considered and an examination being carried out to determine their best interests [...]; such interests normally dictate that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where this would harm the child's health and development [...]. What is more, if a court would base a decision on the views of children who are palpably unable to form and articulate an opinion as to their wishes – for example, because of a loyalty conflict and/or their exposure to the alienating behaviour of one parent – such a decision could run contrary to Article 8 of the Convention* » (§ 143).

59. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 184.

60. C.C., 14 mai 2003, n° 66/2003, B.4.3.

61. Par un arrêt n° 58/2022 du 21 avril 2022, la Cour constitutionnelle a jugé que « Dans l'interprétation selon laquelle le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire en ce qui concerne l'établissement d'un régime d'hébergement applicable à un enfant mineur est refusé à ses demi-sœurs et demi-frères mineurs, la disposition en cause n'est pas compatible avec l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant » (B.12) tandis que « Dans l'interprétation selon laquelle le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire concernant l'établissement des modalités d'hébergement d'un enfant mineur appartient non seulement à l'enfant mineur concerné mais également à ses demi-sœurs et demi-frères mineurs, la disposition en cause est compatible avec l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant » (B.13.2). Voy. à propos de cet arrêt : M. DUPAN, « Het hoorrecht van minderjarigen geldt ook voor halfbroers en halfzussen », *T.J.K.*, 2022/3, pp. 274 et s. ; M. GOVAERT, « Het recht van het minderjarig kind om gehoord te worden omtrent het behoud van het persoonlijk contact tussen broers en zussen », *R.A.B.G.*, 2022/11-12, pp. 780 et s. ; M. MALLIEN, « L'audition

tions personnelles est par ailleurs consacré par l'article 1004/1 du Code judiciaire⁶². Cette audition, qui ne confère pas à l'enfant la qualité de partie à la procédure⁶³, a pour but de permettre à ce dernier d'exercer son droit d'être entendu, conformément à l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution et à l'article 12.1 de la CIDE, mais aussi d'aider le juge à « cerner au mieux l'intérêt de l'enfant, au vu des réponses que celui-ci donnera aux questions périphériques relatives à son mode de vie, à son vécu et à la qualité de ses relations avec l'un et l'autre de ses parents »⁶⁴. L'audition de l'enfant apparaît ainsi à la fois comme un droit subjectif de l'enfant, une garantie procédurale et un moyen permettant au juge de déterminer son intérêt supérieur⁶⁵. On précisera encore que tout mineur, quel que soit son âge, a le droit d'être entendu et que le juge est amené à prendre en compte ses opinions « compte tenu de son âge et de son degré de maturité »⁶⁶.

de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)soeurs : un recentrage sur ses droits ? », *For. fam.*, 2022/2, pp. 79 et s. ; D. PIRE, « Pas de demi-mesure pour les demi-frères et sœurs », *J.L.M.B.*, pp. 1433 et 1434 ; P. SENAËVE, « Het recht van de minderjarige om gehoord te worden in een procedure aangaande de verblijfsregeling van diens minderjarige halfbroer/halfzus », *T. Fam.*, 2022/7, pp. 187 et s. ; R. VASSEUR, « Grondwettelijk Hof bevestigt hoorrecht halfbroers en -zussen », *Juristenkrant*, 2022, p. 7.

62. Voy. à cet égard L. JACOBS, « La parole de l'enfant face à la séparation parentale : regards croisés sur les pratiques d'audition », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, pp. 649 et s. ; M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *L'hébergement de l'enfant : réflexions pluridisciplinaires*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 7 et s. ; M. MALLIEN, « L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois hot topics », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, pp. 196 et s. ; P. SENAËVE, « Het hoorrecht van minderjarigen », P. Senaëve (ed.), *Handboek Familieprocesrecht*, Malines, Kluwer, 2020, pp. 469 et s. ; C. VAN ROY, « Artikel 374 BW – Mama en papa, of mama, papa en kind ? », I. BOONE, J. PUT, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN, *Liber amicorum Patrick Senaëve*, Malines, Kluwer, 2017, pp. 235 et s.

63. Voy. à cet égard : Cass., 10 février 2020, *T. Fam.*, 2020/7, p. 198, note P. SENAËVE, *Act. dr. fam.*, 2021/1, p. 12, note M. COUNE, *R.W.*, 2021-2022/5, p. 207 et *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, p. 793 (somm.). La Cour considère que ni les articles 3, 9 et 12 de la CIDE, ni l'article 8 de la CEDH, ni l'article 22bis de la Constitution n'exigent que l'enfant mineur ait la possibilité d'intervenir en tant que partie et d'intenter une action dans les litiges opposant ses parents concernant l'exercice de l'autorité parentale sur sa personne, les modalités d'hébergement ou l'exercice du droit aux relations personnelles par le parent n'exerçant pas l'autorité parentale. Toujours dans le même sens : Cass., 25 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022/14, p. 554 et *T. Fam.*, 2022/5-6, p. 155.

64. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-0685/001, p. 3.

65. G. MATHIEU, *Droit de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 64.

66. Article 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire.

§ 2. Le droit de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents et de rester en contact avec eux

Le droit de l'enfant d'être éduqué par ses parents et de rester en contact avec eux est expressément garanti par la CIDE. L'enfant se voit ainsi reconnaître, dès sa naissance, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux, dans la mesure du possible (article 7.1 de la CIDE). Les États parties doivent par ailleurs respecter 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 (article 9.3 de la CIDE). L'article 18.1 de la CIDE dispose quant à lui que « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ». Dans son observation générale n° 14, le Comité des droits de l'enfant souligne à cet égard que si le partage des responsabilités parentales rencontre en général l'intérêt supérieur de l'enfant, il serait contraire à cet intérêt que la loi attribue automatiquement les responsabilités parentales aux deux parents ou à l'un d'eux. Le juge est ainsi amené à évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant en tenant compte du droit de l'enfant de préserver sa relation avec ses deux parents mais aussi des autres éléments pertinents en l'espèce⁶⁷.

Dans la lignée de ces principes, le législateur belge a, dès 1995, posé l'exercice conjoint de l'autorité parentale comme principe⁶⁸, même en cas de séparation⁶⁹, l'exercice exclusif par un parent demeurant l'exception. Il a par ailleurs fait le choix, en 2006, d'ériger l'hébergement égalitaire comme modèle de référence⁷⁰, tout en permettant au juge de fixer un hébergement non égalitaire si celui-ci ne lui paraît pas la formule la plus appropriée, en prenant soin de préciser que le juge est tenu dans tous les cas de statuer par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents.

67. C.D.E., Observation générale n° 14 précitée, § 67.

68. Article 373 de l'ancien Code civil.

69. Article 374, § 1^{er}, de l'ancien Code civil.

70. Article 374, § 2, alinéa 2, de l'ancien Code civil.

Si la Cour européenne des droits de l'homme n'exige ni que les États membres du Conseil de l'Europe privilégient l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁷¹, ni qu'ils érigent l'hébergement égalitaire en modèle de référence⁷², une jurisprudence assez foisonnante insiste sur la sauvegarde et la promotion de contacts effectifs entre l'enfant et chacun de ses parents en cas de séparation⁷³. Dans l'arrêt *Vojnity c. Hongrie*, la juridiction strasbourgeoise rappelle à cet égard qu'il est en général dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus dès lors que briser ces liens reviendrait à couper l'enfant de ses racines⁷⁴ et qu'une mesure aussi radicale que la rupture totale des contacts ne peut être justifiée que dans des circonstances exceptionnelles⁷⁵. Dans l'arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne*, elle souligne encore « *the importance of the child's interests in preserving and developing his or her ties with his or her family, and in particular with his or her mother and father. It considers that, in principle, it is in the child's best interests to maintain contact with both parents, in so far as practicable, on an equal footing, save for lawful limitations justified by considerations regarding the child's best interests. The same rationale underpins Article 9 § 3 of the Convention on the Rights of the Child* »⁷⁶. Dans l'arrêt *M.K. c. Grèce*, elle rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant revêt dans ce contexte un double aspect : « D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe conduire à une rupture du lien familial et que tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille. D'autre part, il implique que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 de la Convention ne saurait autoriser un

71. 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*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 86, n° 79.

72. M.-P. ALLARD, P. TAPIERO et G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, p. 112 et les références citées en note 274.

73. M. MALLIEN, « Le droit fondamental à une procédure efficace et personnalisée en matière d'hébergement des enfants en temps de pandémie : un *lockdown* judiciaire ? », <http://e-legal.ulb.be>, 2020, p. 4. Voy. à cet égard : M.-P. ALLARD, P. TAPIERO et G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, pp. 116 et s. et la jurisprudence strasbourgeoise y citée.

74. Cour eur. D.H., arrêt *Vojnity c. Hongrie*, 12 février 2013, § 40.

75. *Ibid.*, § 41.

76. Cour eur. D.H., arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne*, 10 février 2017, § 81. Voy. aussi, en matière de placement : Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 207.

parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant »⁷⁷.

On précisera encore que la sauvegarde effective des liens de l'enfant avec chaque parent implique l'existence d'une procédure efficace, permettant aux parties de faire valoir leurs arguments respectifs⁷⁸. 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 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 vue⁷⁹. Partant de cette même optique procédurale, la Cour de Strasbourg a stigmatisé, dans une affaire *Cengiz Kiliç c. Turquie*⁸⁰, la longueur de l'instance de divorce⁸¹ durant laquelle le père ne pouvait voir son fils. 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 à laquelle celle-ci a abouti⁸². Dans un arrêt *Kuppinger c. Allemagne*, la Cour a ainsi jugé la durée excessive entre le prononcé et l'exécution de décisions en matière de relations personnelles contraire aux articles 8 et 13 de la CEDH⁸³.

77. Cour eur. D.H., arrêt *M.K. c. Grèce*, 1^{er} février 2018, § 73. Voy. aussi : Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 136 ; Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 207.

78. M. MALLIEN, « Le droit fondamental à une procédure efficace et personnalisée en matière d'hébergement des enfants en temps de pandémie : un *lockdown* judiciaire ? », <http://e-legal.ulb.be>, 2020, p. 4. Voy. not. : Cour eur. D.H., arrêt *Süss c. Allemagne*, 10 novembre 2005 ; Cour eur. D.H., arrêt *Hunt c. Ukraine*, 7 décembre 2006.

79. Cour eur. D.H., arrêt *Elsholz c. Allemagne*, 13 juillet 2000.

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

81. 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*, 27 juin 2000. Voy. aussi : Cour eur. D.H., arrêt *Bondavalli c. Italie*, 17 novembre 2015.

82. M. MALLIEN, « Le droit fondamental à une procédure efficace et personnalisée en matière d'hébergement des enfants en temps de pandémie : un *lockdown* judiciaire ? », <http://e-legal.ulb.be>, 2020, p. 4.

83. Cour eur. D.H., arrêt *Kuppinger c. Allemagne*, 15 janvier 2015. Voy. aussi Cour eur. D.H., *Eberhard et M. c. Slovaquie*, 1^{er} décembre 2009 ; Cour eur. D.H., arrêt *Santos Nunes c. Portugal*, 22 mai 2012 ; Cour eur. D.H., arrêt *R.I. et autres c. Roumanie*, 4 décembre 2018 ; Cour eur. D.H., arrêt *Luži c. Italie*, 5 décembre 2019. 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 *Stankunaitė c. Lituanie*, 29 octobre 2019). En ce qui concerne le recours des autorités nationales à la coercition pour l'exécution des décisions en cette matière, voy. M.-P. ALLARD, P. TAPIERO et G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, pp. 123-125, et les arrêts strasbourgeois y cités.

Le droit des enfants et des parents d'entretenir une vie familiale et une relation durable implique ainsi l'obligation, dans le chef des États, d'assurer un examen suffisamment approfondi des demandes des parties. Du point de vue des parents, ceci exclut que les contacts soient refusés sans que le parent concerné ait été en mesure de faire valoir ses arguments lors d'une audience. De même, la décision doit intervenir et pouvoir être exécutée dans un délai raisonnable, afin que les contacts ou les temps d'hébergement puissent être mis en place sans tarder⁸⁴.

Se pose dès lors la question de savoir si le contexte lié à la pandémie de COVID-19 et les mesures de lutte contre celle-ci ont eu pour effet de restreindre l'exercice de ces droits fondamentaux. Ainsi est-il aisé d'imaginer, d'une part, que certains parents aient pu se prévaloir à tort ou à raison et avec plus ou moins de sincérité, de la crise pandémique et de la nécessité de lutter contre la propagation du virus afin de remettre en cause les temps d'hébergement chez l'autre parent (chapitre 2). D'autre part, ce serait peu dire que de rappeler que le confinement imposé au printemps 2020 a également eu une incidence sur le fonctionnement de la justice. Nous nous interrogerons dès lors sur la manière dont a pu être affecté le déroulement procédural des litiges familiaux, dans toute leur spécificité, parmi les contentieux civils (chapitre 3).

84. M. MALLIEN, « Le droit fondamental à une procédure efficace et personnalisée en matière d'hébergement des enfants en temps de pandémie : un *lockdown* judiciaire ? », <http://e-legal.ulb.be>, 2020, p. 5.

CHAPITRE II.

L'ARBITRAGE DES CONTENTIEUX D'HÉBERGEMENT PAR LE JUGE : LE RISQUE SANITAIRE COMME CRITÈRE DÉCISIONNEL ?

Sur le plan du fond, d'abord, se pose d'emblée la question de l'incidence du risque de la propagation du virus et, partant, de la nécessaire limitation des contacts sociaux sur les temps partagés par l'enfant avec chacun de ses parents et sur la manière dont les litiges à ce propos sont arbitrés. Il est en effet constant que la séparation des parents implique en principe l'apparition de deux univers familiaux, plus ou moins distincts, entre lesquels l'enfant forme un trait d'union *a priori* fort peu compatible avec le confinement en « bulles » destiné à faire barrage contre la transmission du coronavirus. Si la cause a pu sembler entendue *prima facie* à la faveur de la réponse fournie par Sophie Wilmès, alors Première Ministre, à un journaliste lors de la conférence de presse du 17 mars 2020, la jurisprudence (publiée) – quoi qu'éparse et étonnamment peu foisonnante – révèle la persistance d'interrogations et de zones d'ombres à ce propos un an et demi plus tard.

Section 1. L'hébergement des enfants

Certains parents ont souhaité suspendre l'hébergement égalitaire durant la durée du confinement au printemps 2020 eu égard à la profession à risque exercée par l'autre parent ou par un membre de l'entourage de celui-ci⁸⁵.

85. Une cause a même vu un père solliciter une extension de son temps d'hébergement durant le confinement, par la mise en place d'un hébergement égalitaire, étant donné la suspension des cours à l'école et sa crainte de voir la mère ne pas être en

Ainsi en a-t-il été en avril de ladite année d'une mère qui avait fait savoir au père, par lettre, que l'hébergement égalitaire pratiqué depuis six ans pour leur fille commune ne pouvait se poursuivre étant donné le risque accru que l'enfant, voire elle-même, soit contaminée. En effet, la compagne du père exerçait la profession d'infirmière à domicile, ce qui était perçu comme une profession à risque par la mère. Le tribunal de la famille de Bruxelles a estimé « qu'il n'est nullement établi par la (mère) que l'enfant serait exposé à un risque majeur de santé en cas d'hébergement chez son père et ce, en raison de la profession exercée par la compagne de ce dernier » alors qu'il « n'est pas allégué que (le père) ou sa compagne présenterait des symptômes liés au COVID-19 », tout en rappelant que les mesures gouvernementales de confinement n'étaient pas de nature à suspendre l'exécution des décisions judiciaires⁸⁶.

Quelques jours plus tard, le tribunal de la famille du Brabant wallon n'a pas raisonné autrement suite au refus d'une mère, cette fois sans lien avec une quelconque profession à risque, d'encore remettre les enfants au père, estimant que, vu la situation pandémique, ceux-ci se trouveraient exposés à une éventuelle contamination. Ici également, le tribunal fait droit à la demande du père⁸⁷.

Deux autres décisions, rendues au nord du pays dans une même cause mais suivant respectivement des raisonnements totalement anti-nomiques, méritent une attention particulière. Dans l'une d'entre elles, la mère a obtenu sur requête unilatérale la suspension complète de l'hébergement égalitaire – établi un an plus tôt par jugement pour les trois enfants –, en alléguant, d'une part, que le père exerce une profession à risque en tant que pharmacien, d'autre part, qu'un des enfants souffre d'une thyroïdite de Hashimoto (maladie auto-immune)⁸⁸. Toutefois, cette ordonnance se trouve réformée dans la seconde décision⁸⁹, sur tierce opposition du père, car celui-ci dépose un certificat du médecin traitant de l'enfant établissant que celui-ci, de par sa maladie, n'appartient pas au groupe des personnes à risque pour les infections virales. Quant à la profession du père, le tribunal n'y voit *in se* pas d'obstacle à la poursuite de l'hébergement égalitaire, présumant qu'il observera les mesures de prudence qui s'imposent et constatant que ni lui, ni sa partenaire, ni les enfants ne se trouvent atteints du COVID-19.

mesure de garder l'enfant. Il a toutefois été débouté de sa demande, l'urgence requise par l'article 1253ter/4, § 1^{er}, 1^o, du Code judiciaire ayant disparu vu la disponibilité de la défenderesse (Trib. fam. Bruxelles, 15 avril 2020, *Act. dr. fam.*, 2020/4-5, p. 102).

86. Trib. fam. Bruxelles, 15 avril 2020, *Act. dr. fam.*, 2020/4-5, p. 111.

87. Trib. fam. Brabant wallon, 27 avril 2020, *Act. dr. fam.* 2020/4-5, p. 112.

88. Civ. Anvers (prés.), division Turnhout, 25 mars 2020, *T. Fam.*, 2021/2, p. 43.

89. Trib. fam. Anvers, division Turnhout, 10 avril 2020, *T. Fam.*, 2021/2, p. 43.

Si l'ensemble de ces décisions s'est révélé (finalement) en défaveur de la suspension des temps d'hébergement eu égard au contexte sanitaire, il convient d'éviter d'en conclure hâtivement que celui-ci se trouverait, dans tous les cas, dénué d'une quelconque incidence sur les contentieux d'hébergement. Certes, il en résulte que le droit des enfants d'être éduqués par leurs deux parents et le maintien de contacts effectifs avec eux⁹⁰ – ce qui nécessite des temps suffisants partagés en présentiel – ne peut globalement être remis en cause, ni même restreint, au seul motif de l'existence de la crise sanitaire et de la nécessaire restriction des contacts sociaux qui s'en est suivie. Plus précisément, l'exercice par un des parents d'une profession prétendument « à risque », c'est-à-dire dans le domaine médical⁹¹, voire certainement dans d'autres domaines nécessitant la poursuite de contacts fréquents et/ou proches, ne constitue pas *in abstracto* un motif justifiant la suspension ou la restriction des temps d'hébergement⁹². Un tel constat ne peut évidemment qu'être renforcé, plus de deux ans après que les décisions commentées ont été rendues, alors qu'une large majorité de la population se trouve vaccinée et que la plupart des activités habituelles ont repris.

Force est cependant de constater que les tribunaux insistent sur l'absence de risque établi *in concreto*, suggérant par la même occasion que l'hébergement pourrait être suspendu si le risque venait à être établi.

Les décisions commentées mentionnent certes explicitement l'hypothèse d'une contamination avérée d'un des parents, ou d'une autre personne vivant avec lui. Cependant, la logique semble imposer que l'hébergement pourrait également être suspendu le temps où ledit parent et ses cohabitants se trouveraient en quarantaine, même sans avoir été testés positifs au COVID-19. Un des parents se verrait ainsi autorisé, sans que cette autorisation ne doive être sollicitée auprès du tribunal, à ne pas remettre l'enfant à l'autre parent et à le garder chez lui, sans s'exposer ni à des poursuites fondées sur les articles 431 et 432 du Code pénal, ni au risque de se voir condamner à des astreintes conformément à l'article 387ter de l'ancien Code civil. Le cas échéant, il

90. Voy. *supra*, n^{os} 20 et s.

91. Si les décisions analysées ici concernaient respectivement une infirmière à domicile et un pharmacien, il ne fait aucun doute que ces enseignements peuvent être transposés sans difficultés à d'autres professions médicales, comme notamment les médecins, y compris lorsqu'elles sont exercées dans un contexte hospitalier.

92. Cette jurisprudence doit évidemment être approuvée, faute de quoi toute personne travaillant dans le secteur de la santé se verrait privée de contact avec ses enfants, ce qui, comme le souligne U. Cerulus, ne serait guère compatible avec l'article 8 de la CEDH (U. CERULUS, « Covid-19 en verblijfsregelingen : reden tot (tijdelijke) herziening ? », *T. Fam.*, 2021/2, p. 51, n^o 15).

pourrait se prévaloir de l'état de nécessité⁹³ face aux premières et de la force majeure afin d'éviter les secondes. Aussi est-il permis de constater que le droit, tant du parent non contaminé que de l'enfant à l'intégrité physique, impliquant de ne pas se trouver exposé au virus, prime ici celui du parent contaminé (ou en quarantaine) d'héberger l'enfant⁹⁴.

La solution paraît toutefois moins évidente dans les cas de figure suivants.

Tout d'abord, l'enfant pourrait – contrairement à ce qui était le cas dans une des espèces évoquées⁹⁵ – bel et bien faire partie d'un groupe à risque de par son état de santé, alors même qu'un de ses parents (ou le partenaire de celui-ci) exercerait un métier qui l'exposerait à une probabilité accrue d'être contaminé. Certes, les tribunaux n'ont chaque fois pas tenu compte d'un tel risque lié à la profession, en l'absence de contamination réelle, mais force est de constater que, dans les décisions commentées, la santé des enfants n'induisait aucune fragilité particulière face au virus. S'il ne fait guère de doute que ces décisions iraient malgré tout dans le même sens dans un contexte sanitaire actuellement maîtrisé davantage qu'au printemps 2020, rien n'exclut qu'il en irait autrement en cas de forte recrudescence de l'épidémie, surtout si le parent exposé, voire l'enfant lui-même, n'était pas vacciné. Une telle situation poserait cependant la très délicate question de l'égalité entre les parents vaccinés exerçant une profession « à risque » et ceux qui ne le sont pas, ainsi qu'entre les enfants porteurs d'une fragilité, dans l'exercice de leurs droits de demeurer ensemble, et les autres enfants⁹⁶.

93. Voy. Cass., 28 avril 1999, *Pas.*, 1999/I, p. 245.

94. Ce constat logique et évident ne suscitera sans doute pas d'émotions particulières vu la durée relativement brève de la contagiosité du COVID-19. Cette exigence pourrait cependant s'avérer plus coûteuse, sur le plan humain, dans l'hypothèse d'une future pandémie où les quarantaines seraient plus longues et l'est d'ores et déjà, dans la présente pandémie, lorsque l'infection du parent concerné ne s'oriente pas vers une guérison et où se pose la question de l'opportunité de prévoir un dernier contact en présentiel entre celui-ci et l'enfant dans la perspective (éventuelle) d'une issue fatale. Dans le cadre de l'actuel coronavirus, nous sommes d'avis que les besoins de l'enfant sur le plan psychologique – qui peuvent différer pour chaque enfant face à une telle situation dramatique – devraient prévaloir eu égard à la faible létalité de cette maladie pour les jeunes, à moins que l'état de santé de l'enfant n'induisse un risque accru face à celle-ci.

95. Trib. fam. Anvers, division Turnhout, 10 avril 2020, *T. Fam.*, 2021/2, p. 43.

96. Le cas échéant, il appartiendrait au juge de restreindre les contacts entre le parent concerné de manière proportionnelle, dans la limite du strict nécessaire, tant en ce qui concerne la durée que pour ce qui est de l'ampleur de cette restriction. La suppression totale des contacts doit rester tout à fait exceptionnelle eu égard aux droits fondamentaux rappelés ci-avant (*supra*, nos 20 et s.). Voy. également U. CERULUS, « Covid-19 en verblijfsregelingen : reden tot (tijdelijke) herziening ? », *T. Fam.*, 2021/2, p. 51, n° 15 et les références y mentionnées.

Le deuxième cas de figure – rencontré fréquemment dans la pratique – est celui où l'enfant se trouverait contaminé ou en quarantaine et où se poserait la question de savoir si le parent qui l'héberge actuellement se verrait autorisé à ne pas le remettre à l'autre parent afin que celui-ci ne soit pas contaminé et ne propage pas, à son tour, la maladie. Bien évidemment, aucune difficulté ne se pose si le parent concerné consent à cette suspension. De même, le droit de ce parent à l'intégrité physique semble généralement pouvoir justifier un refus de recevoir l'enfant contaminé ou en quarantaine afin de se protéger contre le COVID-19, voire de pouvoir continuer à exercer une profession en présentiel (comme beaucoup de médecins, infirmiers et aides-soignants l'ont fait, notamment à des moments critiques de la pandémie)⁹⁷. Reste à savoir ce qu'il advient si, au contraire, le parent concerné souhaite exercer son droit d'hébergement, malgré le risque de contamination (persistant en partie, y compris pour les personnes vaccinées) et s'il est loisible à l'autre parent de suspendre néanmoins les contacts, par exemple dans un élan (feint ou sincère) de civisme poussant à limiter la propagation du virus. La réponse à cette interrogation est fonction de l'intensité des obligations mises à charge des citoyens de participer à la lutte contre la pandémie, dont notamment celle d'observer une quarantaine. Outre le caractère parfois bancal, souvent mis en évidence, du fondement juridique de mesures ordonnées uniquement par le Pouvoir Exécutif durant presque un an et demi et jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique du 14 août 2021 (dite « loi Pandémie »)⁹⁸, leur invocation comme cause de justification risque de se heurter à deux obstacles. D'une part, rien ne permet d'exclure que l'isolement requis par lesdites mesures ne puisse se poursuivre dans un autre lieu et avec une autre personne – pourvu que celle-ci s'isole également –, d'autre part, toute modification, en dehors de l'état de nécessité ou de force majeure, nécessite le consentement des deux parents ou, à défaut, une décision du tribunal.

97. Rappelons toutefois que l'hébergement de l'enfant demeure un droit de celui-ci au regard des articles 9.3 de la CIDE et 8 de la CEDH – voy. *supra*, nos 20 et s. –, que ce droit demeure opposable au parent et que l'exercice de cette obligation d'hébergement n'est donc pas facultatif, au bon gré dudit parent. Il n'en demeure pas moins que la formulation même desdites dispositions laisse transparaître la non-absoluité des droits qu'elles garantissent et, dès lors, la possibilité d'y apporter des restrictions proportionnelles au regard du droit à la vie et à la santé du parent craignant d'être contaminé par l'enfant (alors que la suspension de l'hébergement de l'enfant contaminé par un parent qui ne l'est pas n'aurait, par hypothèse, pas vocation à se prolonger). Sans doute en irait-il autrement s'il s'agissait d'un parent seul, sans que l'enfant n'ait d'autre endroit où aller, ou si l'autre parent se trouvait lui aussi en mesure de craindre une contamination (cas d'un enfant contaminé à l'internat devant rentrer le week-end chez un de ses parents).

98. *M.B.*, 20 août 2021. Cette loi est entrée en vigueur le 4 octobre 2021.

Se pose enfin la question essentielle de la preuve de la fragilité de l'enfant face au virus et/ou de la contamination du parent par celui-ci. En ce qui concerne ladite contamination, il semble acquis que celle-ci, comme l'existence d'un récent contact rapproché entre le parent concerné et une personne atteinte du coronavirus, puisse être apportée par tous modes de preuve par l'autre parent (e-mails, témoignages et, évidemment, dans les rares cas où celui-ci aurait été transmis entre parents, le certificat médical)⁹⁹. Nous partageons également le point de vue d'U. Cerulus selon lequel un certificat médical révélant que le parent concerné – ou un de ses proches – manifeste des symptômes potentiellement liés à une infection au COVID-19 puisse justifier une suspension du temps d'hébergement jusqu'à ce qu'il puisse fournir le résultat d'un test PCR négatif¹⁰⁰. L'hypothèse d'un tel envoi par le parent concerné d'un certificat médical à l'autre parent demeure cependant *a priori* rare (surtout s'ils se trouvent opposés l'un à l'autre dans le cadre d'un contentieux judiciaire), l'existence de tels symptômes pouvant cependant être prouvée par tous modes de preuve, à charge du juge d'en apprécier, le cas échéant, la crédibilité et, partant, la force probante. Ici également, de toute évidence, la suspension du temps d'hébergement chez le parent contaminé ou en quarantaine semble le plus souvent fonction de la sincérité de sa communication envers l'autre parent, surtout si les contacts et les fréquentations communes sont limités¹⁰¹.

Plus délicate est la preuve de l'état de fragilité de l'enfant face au virus, allégué par un des parents. Il est en effet permis de se demander si le fardeau de la preuve, reposant sur ce parent, se limite à établir que l'enfant souffre d'une pathologie déterminée, imposant à l'autre parent de démontrer, s'il échet, que celle-ci n'implique pas un risque renforcé en cas de contamination par le COVID-19. Bien que l'analyse de l'espèce évoquée révèle indiscutablement que le tribunal a reconnu une importance toute particulière au certificat médical déposé par le

99. L'état médical constituant un fait et non un acte juridique, la preuve de celui-ci peut être apportée par tous modes de preuve (article 8.8. du Code civil).

100. U. CERULUS, « Covid-19 en verblijfsregelingen : reden tot (tijdelijke) herziening ? », *T. Fam.*, 2021/2, p. 54, n° 16. Voy. également l'avis de l'Orde van Vlaamse Balies (OVB) y cité p. 51.

101. Notons à ce propos que le parent peu scrupuleux qui aurait hébergé l'enfant malgré sa propre contamination ne pourrait se voir priver de ses périodes ultérieures d'hébergement, aucun fondement juridique ne pouvant justifier de recourir à une telle « sanction » (à moins que ledit comportement, combiné avec d'autres éléments dûment établis, ne soit révélateur d'une nonchalance systématique mettant l'enfant régulièrement en danger au point où le juge en arrive à considérer que la poursuite des modalités actuelles d'hébergement soit incompatible avec l'intérêt de cet enfant).

père¹⁰², il nous semble néanmoins constant, au regard des articles 8.3, alinéa 1^{er}, et 8.4, alinéas 1 et 4, du Code civil, que le parent invoquant un risque accru en cas de contamination doit prouver celui-ci *in concreto* et ne puisse se contenter d'établir que l'enfant est atteint d'une pathologie déterminée (à moins qu'il ne soit réellement notoire que celle-ci implique un véritable danger supplémentaire face au coronavirus¹⁰³).

Outre la répartition de la charge de la preuve, se pose aussi la question du mode probatoire de l'état médical de l'enfant.

Tout d'abord, force est de constater que le tribunal de la famille d'Anvers¹⁰⁴ ne semble éprouver de difficultés, sur le plan du secret médical, à se voir déposer des certificats médicaux concernant l'enfant et manifestement recueillis à l'initiative d'un des parents.

Sans doute un tel positionnement doit-il être approuvé lorsque le médecin peut être considéré comme un tiers de bonne foi conformément à l'article 373, alinéa 2, de l'ancien Code civil, c'est-à-dire chaque fois qu'il examine l'enfant sans qu'il puisse raisonnablement se douter d'une quelconque opposition de la part de l'autre parent ou chaque fois que la nécessité et l'urgence font obstacle à ce que celui-ci puisse être consulté (ce qui semble bien être le cas lorsque l'enfant tombe malade du COVID-19). Dans le cas contraire, comme par exemple lorsqu'un parent indique expressément au praticien qu'il le consulte en vue d'obtenir une attestation qu'il produira dans une procédure contre l'autre parent, le médecin ne pourrait plus être considéré comme un tiers de bonne foi car il saurait alors pertinemment que cet autre parent ne consent pas à cette consultation. Si d'aventure le médecin s'avisait de rédiger malgré tout une attestation, en la sachant donc contraire au principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui requiert l'accord des deux parents, celle-ci ne pourrait être admise comme élément de preuve par le juge¹⁰⁵.

Ensuite, il est permis de s'interroger sur le poids déterminant reconnu à ces certificats et sur le risque de l'obtention, par un des parents, d'un certificat de complaisance. Deux cas de figure doivent être distingués à cet égard.

- Soit le contenu du certificat médical n'est pas contesté par l'autre partie. Dans cette hypothèse, qui est celle rencontrée dans

102. Trib. fam. Anvers, division Turnhout, 10 avril 2020, *T. Fam.*, 2021/2, p. 43.

103. Article 8.3, alinéa 2, du Code civil.

104. Trib. fam. Anvers, division Turnhout, 10 avril 2020, *T. Fam.*, 2021/2, p. 43.

105. Voy. not. F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Anvers, Intersentia, 2014, n^{os} 506 à 549 ; J. LAENENS, « De medische expertise », *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Anvers, Kluwer, 1989, p. 493, n^o 6.

l'espèce évoquée, les éléments y relatés doivent être considérés comme établis¹⁰⁶.

- Soit le contenu du certificat médical est contesté par l'autre parent. Celui-ci pourrait alors opposer un autre certificat médical, divergeant du premier, ou se limiter à contester le contenu du premier. Dans un tel cas de figure, sans vouloir porter atteinte à la crédibilité inhérente aux constats et à l'avis d'un médecin, le caractère unilatéral de celui-ci nous semble devoir mener le juge à y voir un élément de preuve insuffisant et, éventuellement, à ordonner une brève mesure d'expertise afin d'établir l'état de santé de l'enfant. Sans doute serait-il prudent, durant la réalisation de celle-ci – qui de toute évidence devrait être marquée par une particulière célérité – que les contacts avec l'autre parents demeurent limités, voire suspendus, afin de ne pas faire courir à l'enfant un risque accru.

Section 2. Les séjours à l'étranger

La pandémie a également marqué les contentieux relatifs aux séjours à l'étranger de l'enfant avec (ou à l'initiative de) un des parents. On enseigne généralement que chaque parent demeure libre de se rendre à l'étranger (y compris hors d'Europe) avec l'enfant sans devoir obtenir l'accord de l'autre parent, nonobstant l'exercice conjoint de l'autorité, sauf dans certaines situations particulières¹⁰⁷. Cet accord est toutefois requis, entre autres, lorsque le voyage présente un risque particulier pour l'enfant (pays instable sur le plan politique, risque pour la santé de l'enfant dû au climat ou aux activités qui seront pratiquées durant le séjour, pays n'ayant pas ratifié ou n'appliquant pas correctement le Convention de La Haye...) ¹⁰⁸.

Or, il ressort d'un jugement rendu le 4 octobre 2021 par le tribunal de la famille de Namur que la crise sanitaire, existant depuis

106. Seuls les faits contestés doivent en effet être prouvés (article 8.3, alinéa 1^{er}, du Code civil).

107. Voy. p. ex. Bruxelles, 5 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 819. L'autre parent devra néanmoins être informé. Voy. M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. CARRÉ, N. GALLUS, G. HIERNAUX, M. MALLIEN, Th. VAN HALTEREN et G. WILLEMS, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 383, n° 401.

108. M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. CARRÉ, N. GALLUS, G. HIERNAUX, M. MALLIEN, Th. VAN HALTEREN et G. WILLEMS, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 383, n° 401.

mars 2020, implique que « toute décision relative à un déplacement hors frontières d'un enfant commun ressorte de l'autorité parentale conjointe compte tenu du contexte très particulier dans lequel ces voyages peuvent se dérouler ». Le juge mentionne notamment les risques de fermeture inopinée des frontières, les mesures imposées lors du retour (test PCR, quarantaine...), la possibilité que l'enfant se trouve dans un pays dont l'infrastructure hospitalière se trouve saturée, etc.¹⁰⁹ Un des impacts de la crise sanitaire sur les contentieux relatifs aux voyages à l'étranger consisterait donc à rendre nécessaire le consentement des deux parents – ou, à défaut, l'autorisation du tribunal – pour chaque déplacement à l'étranger, y compris vers les pays proches ou limitrophes.

Si le raisonnement suivi par le tribunal de la famille de Namur peut être partagé en partie, nous sommes d'avis qu'il mérite d'être affiné, voire même nuancé, à la lumière des principes régissant l'autorité parentale. Il est certes exact que l'existence des risques cités par la juridiction familiale namuroise permet de considérer que les séjours à l'étranger qu'ils affectent relèvent désormais de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Toutefois, l'intensité des risques n'est pas forcément aussi constante et uniforme que le tribunal – qui n'hésite pas à insister sur le caractère mondial de la pandémie depuis un an et demi – semble le suggérer. En effet, celle-ci demeure marquée par ses vagues, ses creux et ses variantes, par la généralisation de la vaccination, alors que le risque de se trouver bloqué à l'étranger ou de devoir observer une quarantaine au retour reste fonction également d'autres facteurs tels que le régime politique en place, le caractère lointain – ou non – de la destination ou la durée du séjour (qui, en cas de voyage vers un pays proche ou limitrophe pour une courte durée, devrait tout de même permettre de relativiser la crainte de voir apparaître inopinément des mesures de restriction empêchant le retour). Nous restons par conséquent convaincus que le niveau du risque et, partant, la nécessité de l'accord de l'autre parent, doit s'apprécier au cas par cas à l'aune de ces facteurs.

La décision namuroise doit, par contre, être approuvée sans réserve lorsqu'elle considère qu'il y a lieu de raisonner en deux étapes : déterminer d'abord si le voyage concerné relève de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et, dans l'affirmative, évaluer ensuite l'opportunité de ce séjour au regard de l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto*¹¹⁰.

109. Trib. fam. Namur, 4 octobre 2021, inédit, R.G. n° 16/1979/A.

110. À propos de la nécessité d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto*, voy. *supra*, n°s 6 et 13.

À cet égard, le risque de quarantaine au retour, impliquant potentiellement le manquement de jours d'école et l'ajournement d'une mesure d'expertise judiciaire, a été jugé comme justifiant l'interdiction faite au père de se rendre à l'étranger avec l'enfant par le tribunal de la famille de Bruxelles dans une décision du 23 décembre 2020¹¹¹. Le risque est présumé ici *in abstracto* et il incombe au parent qui le conteste de démontrer qu'au contraire, il n'existe pas en l'espèce.

C'est précisément une des considérations qui a mené le tribunal de la famille de Namur, dans l'espèce déjà évoquée¹¹², à autoriser le voyage. Le magistrat a ainsi eu égard aux pièces, déposées par la mère, établissant l'absence de quarantaine obligatoire lors du retour en Belgique, mais aussi à l'immunité construite par l'enfant (après avoir contracté la maladie quelques semaines plus tôt) ainsi qu'au risque de ressentiment éprouvé à l'égard du père, qui se verrait imputer la responsabilité de l'échec du projet de vacances.

Le constat d'une plus grande sévérité, dans la première décision par rapport à la seconde, quant au risque, ne peut certes être éludé, même en tenant compte du fait que seule la seconde a été rendue dans un contexte de vaccination quasi-généralisée. Il ne demeure pas moins constant qu'elles impliquent toutes les deux que le parent souhaitant entreprendre le voyage doit établir avec un maximum d'objectivité que le risque de quarantaine, voire de contamination, demeure faible en l'espèce.

Signalons enfin un jugement rendu par le tribunal de la famille du Brabant wallon le 7 juillet 2020¹¹³ concernant le projet d'expatriation d'une mère avec l'enfant aux États-Unis, déjà autorisé par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles (rendu durant le confinement du printemps 2020 mais ayant manifestement fait l'objet de débats et d'une mise en état durant la période antérieure au COVID-19). Le déménagement international, remis en cause par le père dans le contexte pandémique, demeure autorisé par le tribunal dans la mesure où le juge constate, au regard de statistiques, que la situation sanitaire dans l'état américain concerné (la Géorgie) n'est pas plus grave qu'en Belgique au moment de sa décision, ce qui laisse éventuellement sous-entendre que la décision aurait pu se révéler différente si tel avait été le cas. Par contre, – et sans doute de manière plus étonnante –, la perspective de la rupture de contacts en présentiel avec le père, qui avait même hébergé temporairement l'enfant une semaine sur deux au temps du confinement, pour

111. Trib. fam. Bruxelles, 23 décembre 2020, *Act. dr. fam.*, 2021/2, p. 66.

112. Trib. fam. Namur, 4 octobre 2021, inédit, R.G. n° 16/1979/A.

113. Trib. fam. Brabant wallon, 7 juillet 2020, *Act. dr. fam.*, 2021/1, p. 43.

une durée indéterminée de par l'interdiction de voyages entre les États-Unis et les pays européens (impliquant donc *de facto* une suspension du temps d'hébergement secondaire prévu – vraisemblablement durant certaines vacances scolaires en Belgique) n'influe manifestement pas sur la décision du tribunal.

Section 3. Bilan provisoire : quels équilibres trouvés entre la sécurité sanitaire et une certaine conception de l'intérêt de l'enfant ?

L'analyse de la jurisprudence relative à l'hébergement au temps du coronavirus et des confinements plus ou moins stricts qu'il a impliqué révèle tout d'abord que le risque de voir l'enfant faire office de vecteur pandémique n'a pas mené les juridictions familiales à le cantonner à un seul milieu parental, ni à une suspension générale des temps d'hébergement chez l'autre parent. Ainsi, le droit de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents n'a globalement pas été remis en cause, si bien qu'il a même figuré parmi les exceptions à la restriction des contacts sociaux. En témoigne notamment le refus de prendre en considération *in abstracto* l'exercice par un des parents, ou de son partenaire, d'une profession présumée « à risque ».

Force est néanmoins de constater que le droit de l'enfant à la santé et à l'intégrité physique, impliquant l'évitement de toute contamination, prend le pas sur celui d'entretenir des contacts rapprochés avec son entourage. L'évitement de tout risque dans le chef de l'enfant face à une exposition au coronavirus peut donc impliquer une restriction proportionnelle du temps passé avec l'autre parent.

CHAPITRE III.

L'IMPACT DES MESURES DE LUTTE CONTRE LA PANDÉMIE SUR LES DROITS PROCÉDURAUX LORS DES CONTENTIEUX D'HÉBERGEMENT¹¹⁴

L'examen du respect des droits de l'enfant au temps du coronavirus, dans le cadre des contentieux judiciaires, implique aussi l'analyse du volet procédural. En effet, reconnaître à l'enfant le droit, sur le fond, de maintenir les temps partagés avec chaque parent constitue une chose, alors que le fonctionnement des juridictions et le bon déroulement des procédures devant mener à la mise en œuvre de ce droit en est une autre. Or, il est manifeste que le législateur a mis en place nombre de spécificités procédurales – poussant même à se demander si le juge familial demeure encore un juge civil parmi d'autres – souvent à l'usage des parents, mais en réalité au service de l'intérêt des enfants. Reste à savoir ce qui est resté de ces spécificités procédurales au temps du COVID-19 à travers trois d'entre elles, qui marquent tout particulièrement les contentieux d'hébergement : la célérité des causes familiales réputées urgentes (parmi lesquelles se trouvent les contentieux d'hébergement), la comparution personnelle des parents et l'audition des enfants.

114. Voy. M. MALLIEN, « Le droit fondamental à une procédure efficace et personnalisée en matière d'hébergement des enfants en temps de pandémie : un *lockdown* judiciaire ? », <http://e-legal.ulb.be>, 2020, dont plusieurs passages sont repris ici.

Section 1. La célérité de la justice familiale en temps de confinement

§ 1. En temps ordinaire : l'urgence présumée comme principe essentiel lors des contentieux d'hébergement

L'urgence présumée des contentieux d'hébergement constitue une des pierres angulaires d'une procédure familiale efficace en matière d'hébergement, puisqu'elle est censée garantir à celle-ci une certaine rapidité, telle que requise par la Cour de Strasbourg dans les arrêts *Cengiz Kiliç* et *Kuppinger* susmentionnés¹¹⁵ et sur laquelle le Comité des droits de l'enfant insiste lui aussi¹¹⁶. Plus précisément, l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire prévoit ainsi que certaines causes, dont celles « relatives à l'autorité parentale » et « au droit d'hébergement et au droit aux relations personnelles avec un enfant mineur », sont réputées urgentes¹¹⁷. Il s'agit d'une présomption irréfragable¹¹⁸. Les parents ne doivent dès lors pas démontrer l'éventuelle urgence de leur demande dans le cadre des contentieux d'hébergement.

Les causes réputées urgentes sont introduites et instruites comme en référé¹¹⁹. Ainsi, le délai de citation est de deux jours¹²⁰. Les demandes pourront toutefois également être introduites par requête conjointe ou contradictoire¹²¹. Dans ce dernier cas, la cause sera introduite dans les quinze jours suivant le dépôt de la requête¹²².

S'il ressort de l'article 584, alinéa 2, du Code judiciaire que les demandes urgentes (urgence présumée, comme en l'espèce, ou alléguée en d'autres matières familiales) relèvent du tribunal de la famille

115. Voy. *supra*, n° 22.

116. Voy. *supra*, n° 7.

117. À ce sujet, voy. J. SAUVAGE, « Quelle urgence pour le Tribunal de la famille », *Act. dr. fam.*, 2017/5, pp. 107 et s. ; I. SCHYNS, A.-Ch. VAN GYSEL et V. WYART, « La procédure devant le Tribunal de la Famille », in A.-Ch. VAN GYSEL et E. DISKEUVE (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, 2^e éd., Bruxelles/Limal, Larcier/Anthemis, 2015, pp. 118 et s. ; 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 (dir.), *Le tribunal de la famille. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 81.

118. La loi du 30 juillet 2013 portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse n'a pas introduit de possibilité de renversement de cette présomption.

119. Article 1253ter/4, § 2, alinéa 2, du Code judiciaire.

120. Article 1253ter/4, § 2, alinéa 3, du Code judiciaire, qui renvoie à l'article 1035, alinéa 2, du même code.

121. Article 1253ter/4, § 2, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

122. Article 1253ter/4, § 2, alinéa 4, du Code judiciaire.

lorsqu'elles concernent une des matières pour lesquelles celui-ci est compétent, il y est stipulé également que le président du tribunal de première instance demeure compétent « en cas d'absolue nécessité », c'est-à-dire pour les demandes introduites sur requête unilatérale en cas d'extrême urgence¹²³.

§ 2. L'urgence présumée mise à mal au printemps 2020

Quatre jours après les premières mesures du Conseil national de sécurité du 12 mars 2020, le Collège des cours et des tribunaux¹²⁴ a émis une Communication Coronavirus III intitulée « Nouvelles recommandations du 16 mars 2020 en réponse au coronavirus »¹²⁵. Les directives contraignantes¹²⁶ qui y étaient reprises et qui entraient en vigueur le lendemain imposaient, de manière générale, « de ne plus traiter que les affaires urgentes, et les affaires civiles pour lesquelles il est possible de recourir à la procédure écrite »¹²⁷. Plus spécifiquement, les juridictions se sont vues enjointes de ne plus prévoir d'audiences d'introduction « qu'après le 19/04/20, à l'exception des cas urgents. Les cas déjà décidés seront reportés après le 19/04/20, à l'exception des cas urgents et des cas qui peuvent être pris en considération par écrit » (*sic*)¹²⁸.

Ces directives empruntaient dès lors la voie d'un confinement – du moins en grande partie – de la Justice, et ce bien davantage que ce qui avait été requis par le Conseil national de sécurité du 12 mars 2020 et que ce qui le serait par l'arrêté ministériel pris le surlendemain desdites directives. En effet, l'arrêté ministériel du 18 mars 2020 stipulait *expressis verbis* en son article 3 que les mesures de confinement ne

123. K. DEVOLDER, « De invoering van een familie- en jeugdrechtbank. Commentaar bij de wet van 30 juli 2013 », *T. Fam.*, 2014/6, pp. 268 et s., n° 54 ; I. SCHYNS, A.-Ch. VAN GYSEL et V. WYART, « La procédure devant le Tribunal de la Famille », in A.-Ch. VAN GYSEL et E. DISKEUVE (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, 2^e éd., Bruxelles/Limal, Larcier/Anthemis, 2015, p. 117.

124. À propos du rôle et de la mission du Collège des cours et des tribunaux, voy. les articles 180 et s. du Code judiciaire et I. DUPRE, « Le Collège des cours et tribunaux », in X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (dir.), *Statut et déontologie du magistrat*, Bruxelles, La Charte, 2020, pp. 580.

125. Voy. Communication Coronavirus III FR CODIR 2020016 du Collège des cours et des tribunaux du 16 mars 2020, à consulter sur <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/nieuwsartikels/commu-coronavirus-iii-dirco-fr-20200316.pdf>.

126. À propos de ce caractère obligatoire, voy. l'article 181, alinéa 2, du Code judiciaire et I. DUPRE, « Le Collège des cours et tribunaux », in X. DE RIEMAECKER et R. VAN RANSBEECK (dir.), *Statut et déontologie du magistrat*, Bruxelles, La Charte, 2020, pp. 66 et 67.

127. Communication Coronavirus précitée.

128. *Ibid.* Par cas « déjà décidés », il y a manifestement lieu d'entendre « fixés ».

s'appliqueraient pas aux « services essentiels »¹²⁹ visés à l'annexe, qui mentionnait expressément le fonctionnement de la Justice¹³⁰. Cette orientation vers un confinement (partiel mais large) de la Justice décidé par le Collège des cours et des tribunaux – qui, à l'inverse du ministre de l'Intérieur et du Conseil national de sécurité élargi, semble donc avoir placé la sécurité sanitaire au-dessus de la continuité du fonctionnement judiciaire – a suscité, notamment de la part de Jacques Englebert, de vives critiques¹³¹.

Qu'en a-t-il été, dès lors, des contentieux familiaux, et plus spécifiquement de ceux relatifs à l'autorité parentale, à l'hébergement de l'enfant et aux relations personnelles ? Une lecture commune de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire – qui, nous l'avons vu, présume irréfragablement l'urgence de ce type de litiges – et de la directive contenue dans la Communication du Collège des cours et des tribunaux – qui excepte expressément les « affaires urgentes » du confinement judiciaire partiel qui y est ordonné – aurait indubitablement dû mener au constat que ces causes étaient censées continuer à être introduites, fixées et plaidées comme avant la crise sanitaire (le cas échéant moyennant certaines mesures assurant la protection des magistrats, greffiers, avocats et justiciables¹³²).

La réalité a cependant été toute autre. Ainsi, par exemple, l'ordonnance prise dès le 18 mars 2020 par le Premier Président de la cour d'appel de Bruxelles prévoyait la suppression de toutes les fixations et introductions jusqu'au 1^{er} juin 2020 – la mesure est rappelée spécifiquement pour la section famille/jeunesse – étant entendu que pourront uniquement être fixées « les affaires présentant un caractère d'extrême

129. Article 3 de l'arrêté ministériel du 18 mars 2020 stipulant que les dispositions de confinement, y compris celles qui imposent le télétravail, « ne sont pas d'application aux entreprises des secteurs cruciaux et aux services essentiels visés à l'annexe au présent arrêté ».

130. Arrêté ministériel du 18 mars 2020, annexe, 16^e tiret : « Les institutions de la Justice et les professions y liées : les maisons de justice, la magistrature et les institutions pénitentiaires, les institutions de protection de la jeunesse, surveillance électronique, experts judiciaires, les huissiers, le personnel judiciaires, traducteurs-interprètes, avocats ».

131. J. ENGLEBERT, *Service nécessaire à la Nation, la Justice ne pouvait pas être confinée. Analyse critique des mesures prises par le Collège des cours et des tribunaux en vue de garantir le service de la Justice nonobstant le confinement et de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020*, Limal, Anthemis, 2020, spéc. p. 8, n° 5.

132. Voy. les quelques suggestions à ce sujet de J. Englebert : installation de plaques de plexiglass dans les salles d'audience et la généralisation de l'utilisation des masques, gants et gels hydro-alcooliques... (*Service nécessaire à la Nation, la Justice ne pouvait pas être confinée. Analyse critique des mesures prises par le Collège des cours et des tribunaux en vue de garantir le service de la Justice nonobstant le confinement et de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020*, Limal, Anthemis, 2020, spéc. pp. 8 et 9, n° 5).

urgence »¹³³. Et l'ordonnance de préciser que ce critère de l'extrême urgence « doit être apprécié de manière particulièrement stricte par le magistrat, qui doit se distancer des indications reprises dans les lois et codes qui réputent urgent un certain nombre d'affaires »¹³⁴. Exit donc la présomption d'urgence des contentieux d'hébergement, les affaires familiales présentant un caractère d'extrême urgence devant être entendues comme celles « qui impliquent, notamment, la santé et la sécurité des personnes et qui ne pourraient être traitées à l'issue du *lockdown* »¹³⁵ (le tribunal de la famille de la même ville s'est par la suite référé à l'urgence à alléguer et à démontrer conformément à l'article 1253ter/4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire¹³⁶). D'autres juridictions, comme la cour d'appel d'Anvers, ont maintenu plus largement les audiences. Toutefois, la haute juridiction de la cité scaldéenne a, de son côté, partiellement mis au ban le principe de la comparution personnelle obligatoire des parents – pourtant prévue par l'article 1253ter/2 du Code judiciaire – en donnant la « préférence à la représentation par un avocat, aussi lorsque la présence personnelle est obligatoire »¹³⁷, même si, spécifiquement en ce qui concerne les affaires d'hébergement, celle-ci reste « possible »¹³⁸.

Il en ressort donc que la Justice s'est largement auto-confinée, sans attendre d'y avoir été contrainte par l'Exécutif fédéral doté des pouvoirs spéciaux. Force est également de constater que les instances susmentionnées appartenant à l'ordre judiciaire se sont estimées autorisées à s'écarter des dispositions du code éponyme en matière d'urgence présumée et de comparution personnelle et, partant, ont témoigné d'une certaine conception de la séparation des pouvoirs eu égard à la gravité de la situation sanitaire.

Finalement, le Roi, muni des pouvoirs spéciaux qui lui ont été conférés par l'article 5, 7°, de la loi d'habilitation du 27 mars 2020, a pris le 9 avril suivant un arrêté royal n° 2 « concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure et la procédure écrite devant les cours et tribunaux », dont les effets ont été prolongés par l'arrêté

133. Ordonnance de la Première Présidente de la cour d'appel de Bruxelles du 18 mars 2020, à consulter sur https://www.tribunaux-rechtbanken.be/sites/default/files/hvb_brussel/files/2020.03.18-fr-ord-2-corona.pdf.

134. *Ibid.* En gras et souligné dans l'ordonnance.

135. *Ibid.*

136. Voy. p. ex. Trib. fam. Bruxelles, 15 avril 2020, *Act. dr. fam.*, 2020/4-5, p. 107.

137. Ordonnance du Premier Président de la cour d'appel d'Anvers du 17 mars 2020, telle que modifiée les 19 et 20 mars, ainsi que le 3 avril de la même année, art. 3 – traduction libre.

138. *Ibid.*

royal du 28 avril 2020. Cet arrêté royal du 9 avril 2020 mettait en place deux grands principes, qui chacun ont eu une incidence sur les contentieux d'hébergement : la prolongation des délais de prescription et de procédure d'une part, la prise en délibéré sans plaidoiries des causes fixées, d'autre part (nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur ce deuxième principe¹³⁹).

L'article 1^{er}, § 2, dudit arrêté royal n° 2 prévoyait que les délais de procédure expirant entre le 9 avril et le 3 mai 2020 seraient prolongés de plein droit d'un mois, soit jusqu'au 17 juin 2020. Si les délais d'attente comme les délais de citation et d'introduction sur requête n'étaient pas concernés par cette disposition¹⁴⁰, il en allait autrement des délais de mise en état fixés conformément à l'article 747, § 2, du Code judiciaire.

Logiquement, le Roi a prévu, à l'alinéa 2 du § 2 de l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 2, que les délais qui suivraient éventuellement le délai ainsi prolongé le seraient également d'un mois. Or, en ce qui concerne les délais de mise en état, ceci pouvait avoir pour conséquence que le dernier d'entre eux vienne à expirer moins d'un mois avant la date à laquelle l'audience de plaidoiries est fixée. Une telle situation aurait mis en péril la possibilité de solliciter, le cas échéant, des délais complémentaires sur la base de l'article 748, § 2, du Code judiciaire. Par conséquent, l'arrêté royal n° 2 prévoyait, en son article 1^{er}, § 2, alinéa 3, que l'audience serait reportée à la première date utile un mois après l'expiration du dernier délai.

C'est ici que la mesure édictée impacte les contentieux d'hébergement où les calendriers judiciaires de mise en état sont fréquents. En effet, la remise « à la première audience disponible » peut impliquer, dans les faits, vu l'encombrement des rôles dans de nombreuses juridictions familiales, un report de plusieurs mois, peu compatible avec la présomption d'urgence stipulée par le Code judiciaire¹⁴¹.

Certes, l'arrêté royal prévoyait en son article 1^{er}, § 3, que la partie qui prétendait qu'il y avait urgence pouvait solliciter le maintien des délais initiaux. Cette demande devait être introduite oralement à l'audience – mais on se demande à quelle audience¹⁴² – ou par écrit, laissant aux

139. Voy. *infra*, § 2, B.

140. Voy. Rapport au Roi, *M.B.*, 9 avril 2020, 2^e éd., p. 4. *Adde* : B. MAES, C. IDOMON et M. BAETENS-SPETSCHINSKY, « L'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 – commentaire », 17 avril 2020 », *www.lmbd.be*, p. 4 et J. ENGLEBERT, « Covid-19 et procédure civile : analyse critique de l'arrêté royal n° 2 », *For. Ass.*, 2020/204, p. 2, note 9.

141. Voy. *supra*, n° 40.

142. D. MOUGENOT, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, D. CHEVALIER, B. INGHELS, A. HOC, B. DE E CONINCK et F. REUSSENS, « La procédure civile en période de Covid-19. Commentaires et analyses de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 », *J.T.*, 2020/18, question n° 9 *in fine*, p. 333.

autres parties la possibilité de faire valoir leurs observations sous huitaine, après quoi le juge statuait sur pièces. Comme le relève Jacques Englebert, ceci privait ladite disposition de tout effet utile lorsque le délai permettant les observations venait à échéance avant le délai procédural concerné¹⁴³.

Par ailleurs, le Roi n'a pas davantage défini l'« urgence » – qui ne semblait ici non plus pas se confondre avec l'urgence présumée de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire vu le caractère non automatique de l'exception à la suspension des délais – que ne l'avait fait le Collège des Procureurs, laissant au juge le soin de l'apprécier *in concreto* sans que d'autres critères que le « péril dans le retard » n'aient été précisés¹⁴⁴. Que l'on ne s'étonne donc guère de la jurisprudence kafkaïenne en cette matière, dénoncée par certains praticiens et parfois subie par les justiciables, et de la variété du retard accumulé selon les juridictions, en tenant compte de celle des demandes, de l'appréciation des juges et du degré de confinement ordonné par leur chef de corps.

Section 2. La participation personnelle des parents aux débats

§ 1. Un principe essentiel, assorti de lourdes sanctions...

Outre l'urgence présumée et le délai de citation abrégé qui doivent garantir une introduction rapide de la cause ainsi qu'une prise de décision dans les meilleurs délais – dans l'intérêt de l'enfant et des parents –, d'autres traits essentiels de la procédure familiale concernent le déroulement de l'audience elle-même. Ainsi, l'article 1253ter/2 du Code judiciaire prévoit que les parents doivent comparaître personnellement à l'audience d'introduction, aux audiences où sont discutées les questions concernant les enfants et aux audiences de plaidoiries. De même est-il stipulé à l'article 757, § 2, 3° dudit code que ces causes sont traitées en chambre du conseil, tout en laissant au juge la possibilité de restaurer la publicité des débats. La sanction infligée au parent absent se révèle

143. J. ENGLEBERT, *Service nécessaire à la Nation, la Justice ne pouvait pas être confinée. Analyse critique des mesures prises par le Collège des cours et des tribunaux en vue de garantir le service de la Justice nonobstant le confinement et de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020*, Limal, Anthemis, 2020, p. 18, n° 22.

144. *Ibid.*, pp. 18 et 19, n° 23.

particulièrement lourde¹⁴⁵ puisque le demandeur est susceptible de se voir déchu de sa demande (un renvoi au rôle particulier est néanmoins possible si le juge l'estime opportun) et un jugement par défaut peut être prononcé à l'encontre du défendeur¹⁴⁶. Le juge peut également remettre la cause à un mois et, en cas d'absence répétée du parent, rendre un jugement réputé contradictoire. Toutefois, il demeure loisible au même juge familial, en vertu de l'article 1253ter/2, alinéa 2, du Code judiciaire de permettre aux parties – ou à l'une d'entre elles – de ne pas comparaître personnellement en cas de « circonstances exceptionnelles » dont il apprécie souverainement l'existence et la pertinence. Parmi lesdites circonstances exceptionnelles, ont été retenues « la maladie justifiée par un certificat médical avec sortie non autorisée ou l'hospitalisation ; le séjour professionnel à l'étranger dûment justifié ; les raisons professionnelles impérieuses ; le séjour à l'étranger ; la détention ; l'éloignement géographique très important ; les difficultés à se retrouver en présence de l'autre partie (cas d'abus, de violence...) »¹⁴⁷, ainsi que l'absence manifeste d'intérêt d'une telle comparution lorsque, par exemple, l'audience revêt un caractère purement technique et procédural¹⁴⁸. Il est à noter – et cette observation prendra tout son sens lorsqu'il sera question de l'impact des mesures de confinement dans le cadre de la pandémie – que dans toutes ces hypothèses le parent concerné se trouve *dispensé* de comparaître (ainsi que relevé de la crainte d'en subir la sanction), mais n'est jamais *privé de son droit* de se rendre en personne à l'audience.

Plusieurs objectifs ont ainsi mené le législateur à rendre obligatoire la comparution personnelle des parents lors des audiences où seront introduites et/ou débattues les demandes relatives au mode d'exercice de l'autorité parentale, à l'hébergement et, le cas échéant, aux relations personnelles avec l'enfant. Cette obligation « tend d'une part à responsabiliser les parents quant aux procédures qui concernent leurs enfants, et d'autre part permet au magistrat de connaître la situation au plus près, d'interroger les parties, d'apporter des précisions et de les inciter à se concilier ou d'entamer un processus de médiation familiale »¹⁴⁹.

145. La lourdeur de cette sanction permet de supposer que les juges ne l'appliqueront qu'« avec parcimonie » (F. BASTIN, J.-M. DEGRYSE et N. UYTENDAELE, « Le règlement amiable du conflit familial », in A.-C. VAN GYSEL et E. DISKEUVE (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, 2^e éd., Bruxelles/Limal, Larcier/Anthemis, 2015, p. 199).

146. P. KNAEPEN et J.-L. RENCHON, « L'audience », in J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le tribunal de la famille. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 143-148.

147. *Ibid.*, p. 142 et les nombreuses décisions de jurisprudence y référencées.

148. *Ibid.*, p. 143.

149. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2010-2011, n° 53-682/001, p. 11, cité également par P. KNAEPEN et J.-L. RENCHON, « L'audience », in J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK

La responsabilisation des parents, l'information du juge – qui apparaît comme consubstantielle de sa mission d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto*¹⁵⁰ – et la conciliation des parties afin d'éviter l'escalade d'un contentieux par essence fort chargé émotionnellement semblent donc fonder cet impératif de la comparution personnelle et tendre à exclure au maximum que les parties soient uniquement représentées au prétoire par leurs conseils.

L'audience familiale – considérée comme essentielle par la Cour de Strasbourg dans son célèbre arrêt *Elsholz*¹⁵¹ – telle que conçue par le législateur belge apparaît ainsi comme une « bulle » (le terme est à la mode) de confidentialité où devient possible une personnalisation de la relation entre le juge et les parties, permettant ainsi aux uns et aux autres de mieux se comprendre et d'avancer ensemble dans la recherche d'une solution au litige. La présence personnelle des parties permet également à celles-ci d'exprimer leur vécu et leur ressenti et, ainsi qu'au juge, d'entendre – si pas de comprendre – celui de l'autre en ne se cantonnant pas à la seule logique rationnelle de l'argumentation juridique et factuelle tenue dans les conclusions et présentée lors des plaidoiries des avocats.

§ 2. ... largement sacrifié à l'heure du premier confinement

L'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 prévoyait également que toutes les causes qui avaient précédemment été fixées à une date entre le 9 avril et le 17 juin 2020 soient prises en délibéré « sur la base des conclusions et pièces communiquées, sans plaidoiries », à condition que les parties aient conclu¹⁵² (même hors délai¹⁵³). Cette règle concernait toutefois uniquement l'audience de plaidoiries et nullement les audiences d'introduction (sauf si des conclusions avaient été échangées)¹⁵⁴.

(dir.), *Le tribunal de la famille. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 136. Voy. aussi l'analyse de ces auteurs p. 137 et les références citées.

150. A ce sujet, voy. les développements repris *supra* à propos de l'obligation, imposée par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle, d'une part, par le Comité des droits de l'enfant, d'autre part, d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto* (nos 6, 13 et 14).

151. Voy. *supra*, n° 22.

152. Article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020, modifié par l'arrêté royal du 28 avril 2020.

153. D. MOUGENOT et al., « La procédure civile en période de Covid-19. Commentaires et analyses de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 », *J.T.*, 2020/18, question n° 12, p. 334.

154. *Ibid.*

Dès lors, « les causes simples pouvant être traitées sous le bénéfice de débats succincts (n'étaient) pas traitées pendant la période de confinement »¹⁵⁵, ce qui correspondait par ailleurs à ce qui avait été décidé par le Collège des cours et des tribunaux¹⁵⁶ et qui sonnait définitivement le glas de la célérité requise dans les contentieux d'hébergement pour un certain nombre de causes à introduire durant la période de confinement.

De manière identique, il n'était plus possible – en dehors des cas d'urgence dûment reconnus au sens de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire¹⁵⁷ et à la lumière de la Communication du Collège des cours et des tribunaux du 16 mars 2020¹⁵⁸ – d'obtenir une nouvelle fixation d'une cause sur la base de l'article 1253ter/7 du même code en cas de survenance d'éléments nouveaux depuis une décision judiciaire précédente.

Ceci a mené certaines juridictions – mais pas toutes¹⁵⁹ – à admettre leur saisine sur requête unilatérale dans le cadre des articles 584, alinéa 2, du Code judiciaire et 387ter, § 3, de l'ancien Code civil, en cas d'absolue nécessité due au non-respect par un des parents des modalités d'hébergement en tirant prétexte de la crise sanitaire¹⁶⁰. Les juridictions qui ont rejeté les demandes sur requête unilatérale ont pour leur part fait état de la possibilité, si le parent démontrait effectivement l'urgence conformément à l'article 1253ter/4 du Code judiciaire¹⁶¹, de recourir à la procédure contradictoire du référé¹⁶².

155. J. ENGLEBERT, *Service nécessaire à la Nation, la Justice ne pouvait pas être confinée. Analyse critique des mesures prises par le Collège des cours et des tribunaux en vue de garantir le service de la Justice nonobstant le confinement et de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020*, Limal, Anthemis, 2020, p. 24, n° 33 et « Covid-19 et procédure civile : analyse critique de l'arrêté royal n° 2 », *For. Ass.*, 2020/204, p. 5, n° 18.

156. *Voy. supra*, n° 41.

157. Trib. fam. Bruxelles, 15 avril 2020, *Act. dr. fam.*, 2020/4-5, p. 107.

158. *Voy. supra*, n° 41.

159. *Voy. Civ. Bruxelles (prés.)*, 24 mars 2020, R.R. n° 20/997/B, inédit ; *Civ. Bruxelles (prés.)*, 31 mars 2020, R.G. n° 19/946/B, inédit ; *Civ. Bruxelles (prés.)*, 2 avril 2020, *Act. dr. fam.*, 2020/4-5, p. 100 et *J.T.*, 2020/18, p. 385, cités et analysés par S. BRAT, « Impact des mesures de confinement sur les contentieux soumis aux tribunaux de la famille », *J.T.*, 2020/20, pp. 427 et s.

160. Trib. fam. Brabant wallon, 27 avril 2020, *Act. dr. fam.* 2020/4-5, p. 112 ; *Civ. Brabant wallon (prés.)*, 19 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020/14, p. 656. Adde : S. BRAT, « Impact des mesures de confinement sur les contentieux soumis aux tribunaux de la famille », *J.T.*, 2020/20, pp. 426-428.

161. Trib. fam. Bruxelles, 15 avril 2020, *Act. dr. fam.*, 2020/4-5, p. 107.

162. *Voy. Civ. Bruxelles (prés.)*, 24 mars 2020, R.R. n° 20/997/B, inédit ; *Civ. Bruxelles (prés.)*, 31 mars 2020, R.G. n° 19/946/B, inédit ; *Civ. Bruxelles (prés.)*, 2 avril 2020, *Act. dr. fam.*, 2020/4-5, p. 100 et *J.T.*, 2020/18, p. 385, cités et analysés par S. BRAT, « Impact des mesures de confinement sur les contentieux soumis aux tribunaux de la famille », *J.T.*, 2020/20, pp. 427 et s.

Si, par contre, la cause avait été fixée avant la période de confinement mais à une date tombant durant celui-ci, elle était en principe prise en délibéré sans audience.

Les parties gardaient, quant à elles, un délai d'une semaine, à compter de la date initiale de fixation, pour déposer leurs dossiers de pièces¹⁶³.

Par la suite, il restait loisible au juge de solliciter des explications orales de la part des parties s'il l'estimait nécessaire, ces explications pouvant avoir lieu soit en présentiel, soit par vidéoconférence¹⁶⁴.

Ici passait donc largement à la trappe le droit des parents d'être entendus personnellement par le magistrat¹⁶⁵.

Certes, les parents pouvaient s'opposer à cette prise en délibéré sans audience. Dans ce cas, s'ils étaient d'accord entre eux, la cause était nécessairement remise¹⁶⁶, ce qui revenait à les laisser face au choix cornélien entre la renonciation à la possibilité de comparaître en personne et une mise à l'épreuve de leur patience durant plusieurs semaines – voire parfois plusieurs mois – supplémentaires en attendant la tenue de la nouvelle audience après la fin du confinement.

Si seul un des parents s'opposait à la prise en délibéré sans audience, le juge pouvait décider que celle-ci aurait lieu soit en présentiel, soit par vidéoconférence ou, au contraire, de la reporter à date fixe ou *sine die*, sans que d'autres critères n'aient été retenus que « les principes de pertinence et de proportionnalité » et « les exigences du procès équitable »¹⁶⁷. L'absence d'exception globale à la règle de la prise en délibéré sans plaidoiries pour les causes (réputées) urgentes en général et pour les contentieux familiaux en particulier fut justifiée par le ministre de la Justice par la diversité de ces litiges et par les possibilités précitées offertes au juge si celui-ci estimait approprié d'y recourir¹⁶⁸.

La pratique semble démontrer que, dans la plupart des arrondissements, les juges tenaient l'audience en présentiel si un des parents insistait et s'ils considéraient *in concreto* la cause comme urgente, l'affaire étant reportée dans les autres cas.

163. Article 2, § 3, de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020.

164. Article 2, § 4, de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020.

165. Dans le régime de droit commun, le juge peut dispenser les parents de comparaître personnellement en cas de circonstances particulières (voy. *supra*, n° 46), mais la nouveauté dans le régime mis en place par l'arrêté royal n° 2 réside dans le fait que les parents ne se voient plus forcément reconnaître le droit de participer eux-mêmes à l'audience.

166. Article 2, § 2, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020.

167. Avis du Conseil d'État, n° 17, *in fine*, cité dans le Rapport au Roi précité.

168. Rapport au Roi précité.

Rares semblent les causes en matière d'hébergement qui, dans les faits, ont été prises en délibéré sans audience et encore plus rares se révèlent celles qui ont effectivement été tenues par vidéoconférence¹⁶⁹. En ce qui concerne cette dernière option, force est de constater non seulement qu'elle n'a nullement été organisée dans le système judiciaire belge¹⁷⁰ – l'arrêté royal n° 2 se limite à la citer comme alternative sans autres précisions¹⁷¹ –, mais également qu'elle semble peu compatible avec le principe édicté à l'article 757, § 2, 3°, 10° et 11°, du Code judiciaire en vertu duquel les contentieux relatifs à l'autorité parentale, l'hébergement et les relations personnelles doivent avoir lieu en chambre du conseil¹⁷². Rien ne permet en effet de vérifier qui se trouve à proximité immédiate des participants à la vidéoconférence ni d'exclure que, par exemple, une personne de l'entourage de l'un d'entre eux n'exerce sur celui-ci une pression (les praticiens des contentieux familiaux savent tous qu'il n'est pas rare de voir un tiers – parent, ami, nouveau compagnon/nouvelle compagne... – s'« approprier » le litige). Or, un tel risque, que la plupart des systèmes actuellement disponibles de vidéoconférence ne semblent pas pouvoir exclure, apparaîtrait comme peu compatible avec la *ratio legis* du traitement en chambre du conseil, à savoir de permettre aux parties de s'exprimer « franchement »¹⁷³, et donc en toute indépendance. Enfin, le faible recours à la vidéoconférence se justifie également par la privation (entre autres) d'un sentiment d'être écouté et de la perte de la communication non verbale, pourtant essentiels dans le cadre de conversations aussi sensibles sur le plan émotionnel que celles relatives à l'hébergement, et qui demeurent l'apanage exclusif de l'audience en présentiel¹⁷⁴. Comme Nathalie Massager l'écrit joliment, la

169. La prudence s'impose toutefois dans la mesure où nous nous appuyons sur les dires de praticiens, sans disposer à l'heure actuelle de quelconques statistiques ou de données chiffrées à ce sujet.

170. J. ENGLEBERT, *Service nécessaire à la Nation, la Justice ne pouvait pas être confinée. Analyse critique des mesures prises par le Collège des cours et des tribunaux en vue de garantir le service de la Justice nonobstant le confinement et de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020*, Limal, Anthemis, 2020, p. 39, n° 65.

171. *Ibid.*

172. Certes, l'on pourrait considérer l'article 2, § 2, alinéa 5, de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 comme une *lex specialis* dérogeant à l'article 757, § 2, du Code judiciaire dans le cadre des pouvoirs spéciaux, mais rien n'indique que l'intention de l'Exécutif fédéral ait été de sacrifier le traitement en chambre du conseil à l'instar des autres principes évoqués.

173. A propos de la (longue) genèse de la loi du 2 juin 2010 qui a introduit l'article 757, § 2, dans le Code judiciaire, voy. P. KNAEPEN et J.-L. RENCHON, « L'audience », J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le tribunal de la famille. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 167 et 178 ainsi que les nombreuses références, notamment aux trois propositions de loi antérieures et aux avis du Conseil d'État qu'elles ont suscité, ainsi qu'aux travaux préparatoires de ladite loi.

174. Il est permis de se demander si la locution « audience en présentiel » constitue un pléonisme. En effet, certains ont qualifié d'« audience » les débats en vidéoconférence. En

plaidoirie – et donc l'audience – constituent un « moment d'humanité » et revêtent une « fonction sociale » établissant une « rencontre entre le citoyen et le juge »¹⁷⁵. On n'imagine dès lors guère que celles-ci aient lieu par l'intermédiaire d'un écran.

Section 3. L'audition des enfants

Le Roi a perçu, dans une certaine mesure, la nécessité de maintenir un contact direct, en présentiel, entre l'enfant et le juge puisqu'il ressort incontestablement de l'article 2, § 2, de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 que, contrairement aux audiences, les auditions d'enfants prévues par l'article 1004/1 du Code judiciaire pouvaient continuer d'être tenues en présentiel. Il semble donc que, sur ce point, il ait été tenu compte du droit de l'enfant d'être entendu, garanti par les articles 12 de la CIDE et 22bis, alinéa 2, de la Constitution¹⁷⁶, et sur lequel la Cour européenne des droits de l'homme a largement insisté, notamment dans l'arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015, où elle faisait d'ailleurs siennes les considérations reprises par le Comité des droits de l'enfant dans son observation générale n° 12¹⁷⁷.

Cette prise en considération, du moins apparente, du droit de l'enfant d'être entendu, même en temps de confinement, semble cependant quelque peu relative.

Force est en effet de constater que l'arrêté royal prévoyait le maintien de l'application « le cas échéant » de l'article 1004/1 du Code judiciaire comme une exception à la prise en délibéré des causes sans audience, à la tenue des débats par vidéoconférence ou à la remise de l'affaire à une date ultérieure. Ceci semble certes respectueux du droit d'expression « libre » garanti par l'article 12 de la CIDE qui, pour

ce sens : D. MOUGENOT et al., « La procédure civile en période de Covid-19. Commentaires et analyses de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 », *J.T.*, 2020/18, question n° 17, p. 336, en s'appuyant sur la jurisprudence strasbourgeoise qui considère que la participation aux débats par vidéoconférence satisfait aux exigences du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la CEDH (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Marcello Viola c. Italie*, 5 octobre 2006). D'autres sont d'avis qu'il s'agit-là de « nécessairement "autre chose" qu'une audience », qui peut exister « à côté » mais non « à la place » de celle-ci : J. ENGLEBERT, *Service nécessaire à la Nation, la Justice ne pouvait pas être confinée. Analyse critique des mesures prises par le Collège des cours et des tribunaux en vue de garantir le service de la Justice nonobstant le confinement et de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020*, Limal, Anthemis, 2020, p. 43, n° 69. Pour une vue d'ensemble des inconvénients et risques liés selon cet auteur aux débats par vidéoconférence, voy. les n°s 66 à 75.

175. N. MASSAGER, « La plaidoirie en droit familial », *Act. dr. fam.*, 2015/7, p. 143.

176. Voy. *supra*, n°s 16 et 18.

177. Voy. *supra*, n° 17.

les mêmes raisons que celles évoquées pour les audiences, ne pourrait guère s'accommoder avec les entretiens en distanciel qui sont susceptibles d'être suivis ou enregistrés par un des parents (ou par des tiers) à l'insu du juge. Toutefois, le simple maintien de l'application de l'article 1004/1 du Code judiciaire ne faisait pas obstacle à un ajournement systématique des auditions jusqu'à la levée du confinement, ce qui semble d'ailleurs avoir été le cas dans un certain nombre de juridictions.

Si un tel constat n'a sans doute pas de quoi émouvoir ceux qui voient dans l'audition de l'enfant une simple mesure d'investigation à la disposition du juge¹⁷⁸, qui pourrait être différée sans difficultés dans la mesure où les débats et la prise en délibéré le seraient également, il n'apparaît en aucun cas conforme au droit d'expression garanti à l'enfant par les dispositions internationales et constitutionnelles précitées. Or, celles-ci ne semblent pouvoir être interprétées, sous peine de leur dénier tout effet utile, autrement que comme garantissant à l'enfant, qui en a manifesté le souhait, le droit d'être entendu dans un délai raisonnable et en présentiel.

L'arrêté royal, alors qu'il redessina, en quelques dispositions, fondamentalement la procédure civile, s'est bien abstenu de réaffirmer la conception selon laquelle l'audition de l'enfant constitue avant tout un droit subjectif qui lui est reconnu. Par ailleurs, aucune des communications et ordonnances, émanant respectivement du Collège des cours et tribunaux et des chefs de corps des juridictions, n'a consacré le moindre mot à ces auditions, sans même les mentionner comme exception aux mesures d'auto-confinement, et rendant dès lors bien tardive celle reprise dans l'arrêté royal.

Par conséquent, bien que le Roi ait incontestablement eu à cœur de ne pas ordonner la suspension des auditions des enfants et même d'éviter que celles-ci ne puissent se dérouler dans un autre mode qu'en présentiel, rien ne les prémunissait contre un ajournement plus ou moins long de leur entretien avec le juge. Certes, le confinement du printemps 2020 n'a duré que quelques semaines, évitant dans les faits un différé trop long des auditions, mais il n'en demeure pas moins que ce paramètre demeurait inconnu au moment d'ordonner les mesures de confinement. Pareils reports nous semblent incontestablement devoir être évités, sur ce point, en cas de résurgence de la pandémie ou d'apparition d'une prochaine crise.

178. Voy. à cet sujet M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *L'hébergement de l'enfant : réflexions pluridisciplinaires*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 7 et s.

CONCLUSION

L'étude de l'incidence des mesures de lutte contre la pandémie sur les droits des enfants dans les contentieux d'hébergement mène à un double constat.

Tout d'abord, les juges du fond ont presque systématiquement eu à cœur de maintenir les relations entre les enfants et leurs deux parents, malgré le risque accru de circulation du virus entre les milieux parentaux respectifs. Certes, une lecture attentive des quelques décisions recensées en la matière semble suggérer que le risque concret de contamination de l'enfant par un parent qui serait atteint du COVID-19 pourrait mener à une suspension temporaire du temps d'hébergement chez celui-ci. Force reste cependant de constater que – même au plus fort de la pandémie et du contexte d'anxiété généralisée à laquelle la première vague avait donné lieu (anxiété qui n'avait d'ailleurs pas épargné certains parents) – il n'y a pas eu de suspension généralisée des déplacements des enfants d'un milieu parental à l'autre. Ainsi furent globalement gardés saufs, de ce point de vue, le principe de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par les articles 3.1 de la CIDE et 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution ainsi que par les différents arrêts évoqués de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle. De même, les décisions des juges du fond ont-elles révélé la préoccupation constante de maintenir inaltérée la présence de chaque parent, garantie par les articles 7.1, 9.3 et 18.1 de la CIDE et sur laquelle le Comité des droits de l'enfant a insisté à maintes reprises, notamment en son observation générale n° 14.

Par contre, le contraste n'aurait pu être plus marqué entre cette jurisprudence des juges du fond et l'ignorance persistante des enfants dans les mesures de confinement ordonnées par le pouvoir exécutif¹⁷⁹ mais aussi par certaines instances judiciaires supérieures. En effet, là où le législateur avait eu à cœur, depuis plusieurs années, d'affranchir le tribunal de la famille de certains points de la procédure civile afin notamment

179. Certes, le maintien par l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 de la possibilité de procéder à l'audition des enfants semble avoir fait exception à cet égard, mais en l'absence de toute directive et de tout rapport ultérieur, il semble difficile d'en mesurer la mise en œuvre.

de mieux l'outiller face à sa mission de discerner l'intérêt de l'enfant, la plupart de ces règles ont tout simplement été abandonnées, sans fondement juridique, lors du premier confinement. Or, comment encore prétendre sérieusement attendre des juges une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant sans plus requérir la présence des parents en personne à l'audience, voire même sans organiser d'audience (dont une des principales raisons d'être consiste précisément à aider le magistrat à discerner cet intérêt à travers les échanges avec les parties) ? De même, les autorités concernées ne peuvent raisonnablement feindre d'ignorer que l'appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant nécessite généralement une intervention rapide et que le maintien effectif des relations avec ses parents ne peut être garantie que par une procédure tout aussi rapide et efficace.

La préoccupation des juges de favoriser le maintien des relations affectives et personnelles d'enfants déjà privés d'école depuis de longs mois, à travers une appréciation *in concreto* de leurs intérêts, semble donc trancher notablement avec la priorité quasi-absolue donnée *in abstracto* à la santé publique par les autorités exécutives et certaines autorités judiciaires. Il est certes vrai que les juges familiaux ont par essence pour mission d'apprécier des intérêts particuliers, là où les gouvernements sont chargés de préserver les intérêts généraux, ce qui implique d'articuler – et donc parfois de restreindre – ceux des uns et des autres. Pour autant, cela implique-t-il nécessairement de réserver une priorité en tout temps à la sécurité sanitaire, aussi importante soit-elle, par rapport à la préservation de la liberté et des relations personnelles des plus vulnérables, parmi lesquels se comptent les enfants ? Gageons que le retour au fonctionnement normal des juridictions familiales, observé après le premier confinement malgré les nouvelles vagues qui ont suivi, témoigne d'une prise de conscience rassurante pour le futur.