

JEAN-LOUIS RENCHON

HF 410

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN
FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

LA FONCTION PARENTALE AU TEMPS DU DIVORCE

Vol. IV

Thèse de doctorat
présentée à la Faculté de droit
de l'Université catholique de Louvain

1992

TITRE VLES PRATIQUES RELATIVES A L'ORGANISATION DE
L'AUTORITE PARENTALE DES PARENTS SEPARES OU DIVORCES

856. Les règles de droit qui définissent tant le régime juridique général de l'autorité parentale (supra, titre III) que les modalités de l'organisation juridique de l'autorité parentale des parents séparés ou divorcés (supra, titre IV) ne suffisent pas à rendre compte de la manière précise dont notre système juridique régit l'exercice de la fonction parentale au temps du divorce.

C'est que, au-delà des règles abstraites qui ne font que configurer le cadre général de l'aménagement juridique de l'autorité parentale, le législateur renvoie les parents ou le juge à la nécessaire prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant. Or, si cet intérêt concret de l'enfant est, pour reprendre la définition qui en a déjà été proposée (supra, Titre III, n° 600), ce qui contribue au bien-être de l'enfant "*quant à son mode de vie, son développement, son avenir, son bonheur, son équilibre*", il n'est pas possible de se référer seulement à des règles générales pour organiser l'existence quotidienne d'un enfant et la nature ou l'étendue de ses relations avec chacun de ses père et mère. Tout devient, au contraire, cas d'espèce, et il y a, chaque fois, à s'interroger sur ce qu'il y a de particulier non seulement à la situation familiale mais, aussi, à l'enfant.

C'est la raison pour laquelle cette étude resterait trop théorique si on ne cherchait pas à repérer et analyser les règles particulières et les pratiques concrètes qui sont mises en oeuvre, lors d'une séparation ou d'un divorce, pour aménager, en fonction de l'intérêt de l'enfant, l'exercice par chacun des parents des prérogatives et des responsabilités de leur fonction parentale.

Compte tenu des objectifs qui ont été assignés à ce travail, il conviendra, par ailleurs, de mettre en rapport l'analyse de ces pratiques avec les évolutions sociales et culturelles décrites dans les deux premiers titres de cet ouvrage : mutations dans les représentations et les valeurs qui modèlent les comportements familiaux, mutations dans la compréhension des différents aspects de l'interrelation entre les parents et leur enfant, mutations dans la perception des besoins fondamentaux d'un enfant confronté à la séparation de ses parents.

857. Lorsque les deux parents d'un enfant vivent ensemble, la répartition au sein du ménage des attributs et des responsabilités de la fonction parentale se dilue dans le non-droit et, parfois même, dans le non-dit. Le père et la mère tissent les liens de leur relation avec leur enfant dans l'immédiateté du quotidien, sans qu'on ne puisse identifier clairement dans quelle mesure et avec quelle intensité chacun des parents exerce les prérogatives de la responsabilité de la personne de l'enfant - prérogative de la garde et prérogative de l'éducation - ou les prérogatives de la gestion des biens de l'enfant.

Le seul fait de vivre avec l'enfant implique, le plus souvent, que chacun des parents prend sa part de l'exercice de la garde de l'enfant, parce que chacun des parents, tour à tour, s'occupe de son enfant, prend soin de lui et noue avec lui une relation d'affection.

Le seul fait de vivre avec l'enfant implique, aussi, que chacun des parents prend sa part de l'exercice de l'éducation de l'enfant, parce qu'à sa manière, le père et la mère inculquent à l'enfant un certain nombre de comportements, ils lui transmettent un certain nombre de messages, de valeurs ou de règles et ils prennent, dans la vie de l'enfant, un certain nombre de décisions qui contribuent à son éducation, à sa formation et à la structuration de sa personnalité.

858. Sans doute, l'exercice de ces prérogatives et de ces responsabilités n'est-il pas, pour autant, nécessairement partagé entre les deux parents.

Conformément au modèle culturel qui a prévalu dans la bourgeoisie à partir de la première révolution familiale survenue au XVIII^{ème} siècle, les hommes ont très souvent laissé aux femmes la plus grande part de la fonction de garde et de la fonction d'éducation, y compris à l'égard de leurs garçons, et un grand nombre de femmes se sont même définies à partir de leur rôle de mère et s'y sont forgé leur identité. Mais, même dans cette forme d'organisation de la vie familiale qui continue à subsister, aujourd'hui, dans différents milieux, le père, ne fût-ce que lors de ses moments de présence au foyer, remplit une réelle fonction paternelle et, dans la plupart de ces familles, il ne serait pas aisé de déterminer précisément la place que chacun des deux parents prend et tient dans l'exercice de l'autorité parentale.

Depuis qu'à partir de la deuxième révolution familiale survenue lors de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, un certain nombre de femmes ont, au nom des valeurs de liberté et d'égalité, revendiqué d'être davantage présentes dans la vie sociale et la vie professionnelle, et un certain nombre d'hommes se sont davantage préoccupés d'exercer leur "*métier*" de père (1308), l'intrication des tâches et des rôles assumés par chacun des parents auprès de l'enfant s'est considérablement accentuée et, dans les ménages dits "*modernes*", il est devenu de plus en plus difficile de tracer une ligne de démarcation des prérogatives et des responsabilités respectives de l'homme et de la femme.

859. Mais lorsque les deux parents d'un enfant se séparent, la question de la répartition de ces responsabilités se pose subitement de manière nette et tranchée.

La nébuleuse dont le père et la mère s'accommodaient pour partager, au jour le jour, la fonction éducative n'est plus compatible avec la réalité brutale de la séparation; il faudra désormais définir qui fera quoi; il faudra organiser méthodiquement l'exercice de la garde; il faudra dire en quoi et comment chacun participera à l'éducation de l'enfant; il faudra préciser les compétences pour la gestion de l'éventuel patrimoine de l'enfant ou pour sa représentation dans tous les actes de la vie civile.

De quelle manière les parents procèdent-ils ? De quelle manière, surtout, les juges procèdent-ils, lorsqu'ils expriment, en termes de règles individuelles et concrètes, la part que chacun des parents prendra dans l'exercice des prérogatives et des responsabilités de la fonction parentale ?

860. Ces questions doivent être examinées au regard des trois principales composantes de l'autorité parentale : l'exercice du droit de garde, l'exercice du droit d'éducation et la gestion du patrimoine de l'enfant. Ces trois composantes constituent ensemble ce que, dans la terminologie juridique belge, on dénomme habituellement "*l'administration de la personne et des biens*" de l'enfant (supra, n° Titre III, n° 434 et 450). Mais il serait plus élégant et plus judicieux de parler de la "*responsabilité de la garde et de l'éducation de l'enfant*" et de la "*gestion de son patrimoine*".

Dans un premier chapitre, on analysera les modalités selon lesquelles la responsabilité de la garde de l'enfant est attribuée à l'un et/ou à l'autre des parents séparés ou divorcés. Comme la solution la plus classique, dans la pratique, consiste à confier cette garde à un seul des parents, il conviendra dès lors aussi d'analyser la manière dont est organisé, au profit de l'autre parent, le démembrement du droit de garde, c'est-à-dire le droit aux relations personnelles.

(1308) Voy. B. Muldworf, *Le métier de père*, Casterman, Tournai, 1972.

Dans un deuxième chapitre, on étudiera les modalités selon lesquelles la responsabilité de l'éducation de l'enfant est attribuée à l'un et/ou à l'autre des parents séparés ou divorcés. Comme la solution la plus classique, dans la pratique, consiste à confier cette éducation à un seul des parents, il conviendra dès lors aussi d'analyser la manière dont est organisé, au profit de l'autre parent, le démembrement du droit d'éducation, c'est-à-dire le droit de surveillance.

Enfin, dans un troisième chapitre, on décrira, de façon beaucoup plus succincte, les modalités de répartition entre les parents de la responsabilité de la gestion du patrimoine de l'enfant.

CHAPITRE I

LA RESPONSABILITE DE LA GARDE DE L'ENFANT

SECTION I - L'ATTRIBUTION DU DROIT DE GARDE

861. La garde d'un enfant dont les parents sont séparés est généralement exercée par un seul des deux parents; c'est ce parent qui est alors titulaire exclusif du droit de garde (supra, Titre III, n° 423). Ce modèle de la *"garde exclusive"* est, dans notre système juridique, le modèle le plus communément reçu.

Mais certains parents ont imaginé, récemment, une nouvelle manière d'organiser, après la séparation, la garde de leur enfant; malgré la cessation de leur vie commune, ils continuent à répartir ou à partager entre eux la garde de leur enfant. Ce modèle de la garde dite *"partagée"* ou *"alternée"* (supra, Titre III, n° 425), qui est née d'une pratique sociale, en dehors du champ du droit, s'intègre aujourd'hui, progressivement, dans nos catégories juridiques.

On examinera par conséquent successivement la pratique de la garde exclusive et la pratique de la garde partagée.

§ 1. LA GARDE EXCLUSIVE

A. Le modèle traditionnel de la garde exclusive

862. Jusqu'il n'y a guère longtemps, on ne concevait pas, lorsque les deux parents d'un enfant étaient séparés, d'autre modèle que celui qui consistait à décider que l'enfant vivrait avec un seul des parents et qu'il aurait sa seule résidence auprès de ce parent.

Comme l'écrivait encore le professeur Rigaux, *"s'il est un élément de l'autorité parentale qu'on ne pourrait partager entre époux vivant séparés, c'est bien l'attribution de la garde de cet enfant"* (1309). Une telle formule traduisait un fait social et culturel qui paraissait incontestable, parce qu'on n'imaginait pas qu'on puisse élever un enfant, au jour le jour, sans que cet enfant ne vive dans un lieu stable et fixe qui devait nécessairement être déterminé.

863. On peut dès lors comprendre que, chaque fois que le législateur, depuis le Code Napoléon jusqu'à nos jours, s'est préoccupé de régler les effets pour les enfants d'une situation de séparation ou de divorce, il a toujours raisonné par référence à la nécessité de *"confier"* les enfants à un des époux, c'est-à-dire de choisir le parent avec lequel l'enfant serait appelé à vivre (1310).

(1309) F. Rigaux, *Les personnes*, n° 3099.

(1310) Dans le Code civil de 1804, voy. les articles 267 et 302 qui ont été commentés supra, Titre IV, n° 692 et 697.

Depuis le Code Napoléon, les lois qui ont réformé l'autorité parentale ou le divorce se sont systématiquement référées au modèle traditionnel de l'attribution à un des parents du droit de garde et, aussi, du droit d'éducation de l'enfant (voy. supra, n° Titre IV, n° 676, 700 et 730).

Dans la pratique judiciaire, certains formulaires préimprimés d'ordonnances ou de jugements n'envisagent que l'hypothèse qui consiste à *"confier"* l'administration de la personne et des biens de l'enfant à un seul des époux (voy. supra, Titre III, n° 434, et la

A l'origine, le législateur avait veillé, au surplus, à inscrire dans la loi un critère général qui permettait d'identifier celui des deux époux auquel les enfants devaient être confiés. Comme on le sait, le Code Napoléon précisait dès lors expressément que les enfants restaient, en principe, sous l'administration provisoire du mari pendant la durée de la procédure en divorce tandis qu'ils étaient confiés, après le divorce, à l'époux innocent, sous réserve cependant, dans chacune de ces deux hypothèses, du pouvoir laissé au juge de prendre une autre décision dans l'intérêt de l'enfant ⁽¹³¹¹⁾.

Depuis lors, le législateur a, en principe, aboli ces critères généraux. Dès lors, si l'attribution de la garde de l'enfant ne se résout pas par un accord des parents ou ne procède pas de la circonstance qu'un des parents, généralement le père, laisse en fait cette garde à l'autre parent, c'est au terme d'un débat judiciaire que le droit de garde est confié à un des deux parents, par préférence à l'autre parent. En ce cas, la garde de l'enfant devient, selon l'expression du professeur Rigaux, un "*enjeu*" ⁽¹³¹²⁾ : chacun des parents revendique de vivre avec l'enfant et prétend qu'il est de l'intérêt de l'enfant de vivre auprès de lui.

Comment et sur base de quels critères le juge, dans la pratique, tranche-t-il un tel débat ? On distinguera, dans l'analyse de ces critères, les critères classiques auxquels les magistrats se réfèrent habituellement, mais aussi des critères qui sont apparus plus récemment dans la jurisprudence, à la lumière des apports de la psychologie de l'enfant.

B. Les critères classiques d'attribution du droit de garde exclusive

1. La préférence pour la mère

864 Le premier critère généralement cité pour l'attribution par les magistrats du droit de garde de l'enfant est celui de la préférence pour la mère.

Ce n'est pas sur la base d'un recensement des décisions publiées dans les revues

note infrapaginale n° 666)

⁽¹³¹¹⁾ Au cours du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence utilisa ce pouvoir qui lui avait été confié par le législateur, et tantôt décida, par respect de l'autorité paternelle, de maintenir au père l'administration provisoire des enfants pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps (voy. Liège 18 décembre 1849, Pas. 1851, II, 371; Gand 27 juin 1883, Pas. 1884, II, 137; Gand 2 novembre 1883, Pas. 1884, II, 138 qui laisse au père la garde "*d'un garçon de près de sept ans qui réclame plus particulièrement déjà la direction du père*" et d'une petite fille de deux ans qui, ayant été mise en pension à la campagne pour des raisons de santé, n'avait jamais reçu les soins personnels de sa mère), tantôt, par contre, décida de confier les enfants, surtout lorsqu'ils étaient en bas âge, à la mère (Bruxelles 13 août 1868, Pas. 1868, II, 320 qui considère "*qu'enlever (les enfants) à la tendresse de leur mère alors que leur jeune âge réclame les soins empressés et incessants de cette dernière serait ouvertement méconnaître le vœu du législateur*" ; Bruxelles 15 mai 1895, Pas. 1895, II, 343 qui confie à la mère deux enfants de quatre ans et deux ans et demi).

Voy. égal. Trib. Bruxelles 8 août 1885, Pas. 1886, III, 43 qui laisse au père l'administration provisoire de son garçon âgé de dix-huit ans, mais confie à la mère la fille des parties, âgée de dix ans, parce que "*son jeune âge et sa constitution délicate réclament des soins que sa mère peut plus convenablement lui donner*" ; Bruxelles 5 décembre 1912, Pas. 1913, II, 208 qui confie au père la garde de son fils âgé de quatre ans et à la mère celle de sa fille d'un an et demi.

⁽¹³¹²⁾ F. Rigaux, Les personnes, n° 3099.

juridiques qu'il est possible, en Belgique, de dégager un tel critère, parce que les décisions publiées qui attribuent la garde de l'enfant à sa mère n'indiquent pas, en général, que le magistrat a choisi la mère parce qu'elle est la mère. Si on affirme habituellement que les juges "*préfèrent*" la mère, c'est plutôt sur la base d'un état d'esprit qui s'est installé tant dans les milieux judiciaires que dans l'opinion publique. Il existe en effet une idée communément reçue - qu'on pourrait presque appeler une croyance - selon laquelle un père n'a pratiquement aucune chance d'obtenir la garde de ses enfants, parce que le juge, quels que soient les arguments qu'il énonce dans sa décision, choisit presque toujours d'accorder le droit de garde à la mère (1313).

Cette idée communément reçue ne peut cependant que difficilement être assimilée à une pure croyance dans la mesure où les études statistiques qui ont été effectuées confirment effectivement cette préférence pour la mère.

Sans doute, ces études statistiques se limitent-elles tantôt à indiquer, sur la base d'une analyse des jugements de divorce, celui des parents auquel le tribunal a confié la garde de l'enfant, tantôt à montrer, sur la base d'un recensement de la population, avec lequel de ses parents séparés l'enfant partage son existence quotidienne. Ces statistiques ne permettent dès lors pas de savoir si, lorsque la garde est exercée par la mère, c'est parce que le père, bien que l'ayant demandée, n'a pas pu l'obtenir en justice, ou c'est, au contraire, parce que le père a marqué son accord pour que les enfants vivent avec leur mère ou même a abandonné ses enfants à la charge de leur mère (1314).

Toujours est-il que la moyenne européenne oscille autour de 80% à 85% de gardes exercées par les mères et 10% de gardes exercées par les pères (1315). Les autres 5 à

(1313) Dans son roman "La séparation" (Seuil, Paris, 1991), qui a obtenu le prix Renaudot 1991, Dan Franck fait dire à l'avocate consultée par le mari, en réponse à la question qu'il lui avait posée de savoir s'il pouvait "*avoir la garde de ses enfants*" : "*Non*". "*Pourquoi ?*" "*Quand les enfants ont moins de dix ans, les juges les confient toujours à la mère. Sauf si celle-ci est une prostituée notoire*" (p. 182).

(1314) Selon Hugues Fulchiron, qui se réfère à des réponses ministérielles fournies à l'Assemblée Nationale française et à des entretiens menés avec des magistrats et des avocats à Lyon, les situations dans lesquelles, lors d'une séparation ou d'un divorce, chacun des deux parents revendique la garde de l'enfant ne représentent environ que 7% des cas (H. Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, p. 184). L'auteur ajoute que, dans ces situations, "*les praticiens sont à peu près unanimes pour déclarer que si les deux parents réclament l'enfant, les juges attribuent la garde indifféremment au père ou à la mère, suivant les garanties qu'offrent l'un et l'autre, et selon le milieu dans lequel l'enfant est appelé à vivre*". (p. 185). Ce point de vue, qui va à l'encontre de l'opinion traditionnellement ressentie dans l'opinion publique, paraît contestable, comme le fait d'ailleurs apparaître le dépouillement d'un certain nombre de décisions prononcées dans l'arrondissement de Bruxelles (infra, n° 865).

(1315) En France, selon les indications fournies dans une publication récente (H. Leridon et C. Villeneuve-Gokalp, *Entre père et mère, Population et sociétés*, janvier 1988, n° 220), les statistiques du Ministère de la justice, pour l'année 1984, révèlent que 85% des jugements de divorce attribuent la garde des enfants à la mère, 9% au père, 5% aux deux parents et 1% à un tiers. Par ailleurs, selon les mêmes sources, une enquête de population réalisée sur les "*situations familiales*" montre que 81% des enfants de parents séparés ou divorcés vivent avec leur mère, 12% avec leur père et 3% en alternance chez chacun des parents. La différence entre les chiffres apparaissant dans les jugements de divorce et sur le terrain s'explique par la double circonstance que la situation des enfants

10% sont constitués de gardes d'enfants réparties entre les deux parents, de gardes alternées ou de gardes exercées par des tiers.

865. Pour mieux se rendre compte de la pratique exacte des magistrats, il a été procédé, dans le cadre de ce travail, au dépouillement systématique des ordonnances francophones prononcées pendant une période de quatre mois par le président du tribunal de première instance de Bruxelles dans le contexte des mesures provisoires relatives à une procédure en divorce (art. 1280 Code judiciaire).

Sur 225 ordonnances qui, entre le 1^{er} janvier et le 30 avril 1990, statuent sur la garde d'un ou de plusieurs enfants, 199 ont confié la garde à la mère, 20 au père et 6 ont consacré un système de garde alternée. Ce que ce sondage a révélé de significatif est que, sur les 199 ordonnances confiant la garde à la mère, il n'y en a, en réalité, que 53 qui ont entériné un véritable accord entre les deux époux, et 23 qui ont été prononcées en l'absence du père qui faisait défaut, en manière telle que 123 ordonnances ont désigné la mère, alors que le père n'avait pas expressément marqué son accord ou revendiquait une modalité différente de garde. Par contre, sur les 20 ordonnances qui ont confié la garde au père, 5 ont entériné un accord et 5 ont été prononcées en l'absence de la mère qui faisait défaut, en manière telle qu'il n'y a que 10 ordonnances qui ont préféré le père, alors que la mère n'avait pas expressément marqué son accord ou revendiquait expressément une modalité différente de garde.

Par comparaison avec la jurisprudence des magistrats statuant, dans le cadre de la juridiction présidentielle, sur les mesures provisoires d'une procédure en divorce, il était également intéressant d'effectuer une analyse systématique des jugements francophones prononcés, pendant une période de six mois, entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 1990, par le tribunal de la jeunesse de Bruxelles, dans des procédures introduites par des parents non mariés.

Sur 126 jugements, 98 ont confié, provisoirement ou définitivement, la garde à la mère et 28 au père. Sur les 98 jugements qui confient la garde à la mère, 47 ont entériné un accord des parties et 5 ont été prononcés par défaut; 46 jugements ont donc,

peut se modifier après le divorce par rapport à ce que prévoyait le jugement de divorce et que, par ailleurs, les jugements de divorce ne rendent pas compte ni des situations des parents mariés et séparés, ni des situations des parents non mariés et séparés. Or, comme on aura l'occasion de le préciser, certains enfants, après le divorce, rejoignent leur père, et, par ailleurs, les pères qui n'ont pas été mariés exercent plus fréquemment, semble-t-il, la garde de leurs enfants que les pères mariés ou divorcés.

En Suisse, une étude approfondie réalisée sur la moitié des jugements de divorce prononcés pendant l'année 1980 par le Tribunal de première instance de Genève (B. Bastard, L. Cardia-Voneche et J.F. Perrin, *Pratiques judiciaires du divorce, Approche sociologique et perspectives de réforme*, Ed. Réalités sociales, Lausanne, 1987, p. 193) permet de constater que 84,3% des enfants ont été confiés à la garde de leur mère, 8,6% à la garde de leur père, 5% partagés entre les deux parents, 0,5% confiés en garde alternée et 1,6% confiés à un tiers. Si on tient compte des enfants partagés entre leurs deux parents, on aboutit au chiffre précis de 86,9% d'enfants confiés à leur mère et 10,9% d'enfants confiés à leur père.

Voy. égal. B. Bawin-Legros, *Familles, mariage, divorce*, p. 141 qui reproduit les statistiques relatives à la garde des enfants de parents divorcés dans différents pays d'Europe et qui, par ailleurs, se réfère à une étude publiée en 1988 pour la Belgique. Cette étude (J.F. Guillaume, K. Maddens, B. Bawin-Legros et J. Van Houtte, *La problématique socio-économique des créances alimentaires en Belgique. Analyse du déroulement judiciaire de l'obligation alimentaire après divorce*, Rev. b. séc. soc. 1988, p. 745) effectuée auprès d'un certain nombre de mères divorcées fait état de 78% de gardes exercées par la mère et de 15% de gardes exercées par le père.

provisoirement ou définitivement, préféré la mère. Sur les 28 jugements qui ont confié la garde au père, 9 ont entériné un accord des parties et 3 ont été prononcés par défaut; 16 jugements ont donc choisi le père ⁽¹³¹⁶⁾.

Ces chiffres ne permettent assurément pas de tirer des conclusions précises et définitives, à la fois parce que la période prise en considération est relativement courte et à la fois parce que les décisions n'indiquent pas toujours clairement si le père demandait expressément la garde ou si, tout en n'exprimant pas formellement son accord pour que la garde soit confiée à la mère, il ne discutait pas véritablement l'attribution de cette garde à la mère et ne se trouvait en conflit que sur les modalités de son droit de visite ⁽¹³¹⁷⁾. Mais l'analyse de ces décisions démontre, en tout cas, que ce n'est pas seulement parce que les pères ne demandent pas la garde des enfants que ceux-ci, le plus souvent, sont confiés à la mère, mais, aussi, que lorsqu'ils la demandent, ils ne l'obtiennent que dans une proportion manifestement plus réduite que les mères.

Sans doute, le seul fait, pour un père, de demander la garde d'un enfant n'est-il pas, en soi, indicatif ni de sa disponibilité ni de son aptitude à exercer cette garde et on sait que, dans certaines situations, une telle demande peut être davantage inspirée par des considérations financières ou par une volonté de prendre sa revanche que par le souci d'assurer réellement la prise en charge des enfants. On peut dès lors présumer que certaines demandes de pères tendant à obtenir la garde de leur enfant sont de toute manière vouées à l'échec.

866. Il est cependant difficilement contestable que les magistrats sont conditionnés par un préjugé - au sens éthymologique du terme - sur la base duquel il leur paraît préférable qu'un enfant soit élevé par sa mère.

Ce préjugé est aisément explicable, dans la mesure où la plupart des magistrats se réfèrent au modèle socio-culturel d'organisation de la vie familiale qui a prévalu dans la bourgeoisie depuis l'avènement de la famille moderne (supra, n° Titre I, n° 96); selon ce modèle, ce sont les femmes qui assument, à titre principal, la fonction d'élever les enfants et le besoin d'un enfant est, normalement, d'être pris en charge, à titre principal, par sa mère. Au surplus, comme on le sait, la plupart des études psychologiques publiées après la seconde guerre mondiale avaient mis en évidence la nécessité, pour le jeune enfant, de vivre d'une façon continue une relation d'affection et d'étayage avec sa mère et de ne pas

(1316) On ne manquera pas de relever - et ce fait est troublant - que les pères non mariés obtiennent, en chiffres non seulement relatifs mais même en chiffres absolus, davantage la garde de leur enfant devant le tribunal de la jeunesse de Bruxelles que les pères mariés devant le président du tribunal de première instance de Bruxelles.

On peut trouver deux éléments éventuels d'explication d'une telle tendance : le premier est que les jeunes couples non mariés organisent probablement la vie familiale de manière moins traditionnelle que les couples mariés et répartissent davantage, entre eux, les tâches du ménage et de l'éducation des enfants, en manière telle que ce n'est plus nécessairement la mère, dans ces couples, qui s'occupe seule des enfants; le second est que les juges de la jeunesse jugent moins traditionnellement que les présidents des tribunaux, hésitent peut-être moins à confier la garde d'un enfant à son père et, aussi, recourent davantage à des investigations sociales ou médico-psychologiques qui ont pour objectif de déterminer l'intérêt de l'enfant non par référence à des critères abstraits mais en fonction des circonstances familiales concrètes et, plus particulièrement, de la qualité de la relation entre l'enfant et chacun de ses parents.

(1317) On observera cependant que, si le père ne contestait pas réellement l'attribution du droit de garde à la mère et ne se trouvait en conflit avec la mère qu'à propos des modalités de son droit de visite, il y avait cependant un litige sur la manière la plus appropriée d'organiser la répartition entre les deux parents de la fonction de garde de l'enfant.

être privé de son lien d'attachement préférentiel à sa mère (supra, Titre I, n° 216 et 219). Ce n'est que très récemment que les pédo-psychologues ont montré qu'un tel lien d'attachement pouvait également exister entre le jeune enfant et son père et ont beaucoup plus insisté sur l'importance de la relation de l'enfant avec son père pour le développement psycho-affectif de la personnalité (supra, Titre I, n° 221).

La priorité reconnue à la mère pour la garde et l'éducation d'un enfant était dès lors devenue, dans la société occidentale, un principe qui n'était pas discuté et elle avait d'ailleurs été expressément consacrée dans la Déclaration des droits de l'enfant votée le 20 novembre 1959 par l'Assemblée générale des Nations-Unies (voy. supra, Titre III, n° 613). Cette Déclaration, à tout le moins lorsque l'enfant est "*en bas âge*", indiquait que l'enfant ne doit pas "*sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère*" (art. 6 Déclaration des droits de l'enfant).

867. On peut dès lors comprendre que plusieurs magistrats belges aient exprimé dans les décisions statuant sur la garde de l'enfant une telle préférence pour la mère.

Certaines décisions firent explicitement référence à la Déclaration des droits de l'enfant pour accorder une priorité à la mère par rapport au père. Dans une ordonnance prononcée le 21 février 1978, le président du tribunal de première instance de Bruxelles, après qu'une enquête sociale a révélé que "*le père et la mère sont tous deux à même d'assumer l'administration provisoire des enfants*" décida de confier à la mère la garde de deux enfants de six ans et trois ans et demi, en motivant sa décision par la seule considération que "*la Déclaration des droits de l'enfant donne la préférence à la mère, (pour exercer le droit de garde), sauf raison impérieuse*"⁽¹³¹⁸⁾.

D'autres décisions, sans se référer pour autant à la Déclaration des droits de l'enfant ou reconnaître expressément un droit de préférence de la mère sur le père, justifiaient l'attribution du droit de garde à la mère en raison du "*jeune âge de l'enfant*" - ce qui laissait sous-entendre qu'un jeune enfant doit, en principe, être gardé et élevé par sa mère. C'est ainsi que le juge de paix de St-Hubert, dans une ordonnance du 1er septembre 1986⁽¹³¹⁹⁾, constata "*que tous les manuels de psychologie infantile insistent sur la nécessité du contact physique de l'enfant et de sa mère jusqu'à l'âge de trois ans*" et estima que "*suivant sa jurisprudence habituelle, la garde d'un enfant de moins de trois ans ne peut être retirée à sa mère que dans des cas extrêmes, dans lesquels l'enfant risque de courir un grave danger*". Dans une ordonnance du 4 septembre 1989, le président du tribunal de première instance de Turnhout⁽¹³²⁰⁾ confia provisoirement, avant enquête sociale, un bébé de neuf mois à la garde de sa mère, même si celle-ci était strip-teaseuse, en considérant qu'en raison de son jeune âge l'enfant a davantage besoin des "*soins maternels*" que des soins de son père ou de son grand-père.

Cette préférence pour la mère n'est cependant pas limitée aux enfants de moins de trois ans; de nombreux magistrats continuent à penser qu'au-delà de cet âge, un enfant est jeune et qu'il a principalement besoin de sa mère.

⁽¹³¹⁸⁾ Civ. Bruxelles, réf., 21 février 1978, Rev. trim. dr. fam. 1978, p. 174.

Dans le même sens, voy. civ. Liège, réf., 29 avril 1983, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 180, qui énonce, à propos de deux enfants de quatre ans et un an et demi, que "*la Convention des droits de l'enfant prévoit que les enfants en bas-âge ont le droit de vivre avec leur mère*" (il faut évidemment lire la Déclaration des droits de l'enfant qui n'est pas à confondre avec l'actuelle Convention des droits de l'enfant; voy. supra, Titre III, n° 620 et s.).

⁽¹³¹⁹⁾ Jur. Liège, 1987, p. 33 et la note J.M. Dermagne.

⁽¹³²⁰⁾ R.W. 1989-90, p. 686.

Dans une ordonnance prononcée le 23 janvier 1981, le président du tribunal de première instance de Tournai, dans un litige relatif au droit de garde de deux enfants de six ans et demi et trois ans et demi, considéra expressément que *"le jeune âge des enfants doit provoquer en faveur de la mère l'attribution du droit de garde, dès lors que toutes les garanties matérielles et morales d'une bonne éducation existent"* (1321).

868. La solution de la priorité accordée à la mère de l'enfant pour l'exercice du droit de garde dont on ne peut pas affirmer qu'elle aurait jamais acquis en Belgique ou en France un caractère systématique, a, par contre, constitué une règle péremptoirement affirmée dans d'autres pays et, notamment, en Suisse.

La jurisprudence helvétique, soutenue par plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, avait en effet expressément consacré, jusqu'à tout récemment, un *"droit général de préférence de la mère"* (1322). Dans un arrêt du 23 septembre 1982 (1323), le Tribunal fédéral énonçait, notamment, que *"l'attribution des enfants à la mère est une solution dont le juge doit s'écarter quand des raisons impérieuses le commandent : il ne faut notamment pas que les enfants soient exposés, en vivant près de leur mère, à un danger sérieux pour leur développement et leur éducation"*. Dans un autre arrêt du 5 avril 1983 (1324), le Tribunal fédéral indiquait que *"les enfants en bas âge doivent, en règle générale, être attribués à la mère, à moins que cette solution ne présente de graves inconvénients ou que l'attribution au père n'offre des avantages fortement prépondérants"*.

Cette jurisprudence, qui vient seulement d'être infirmée par la plus haute juridiction suisse (infra, n°), correspondait à une théorie psycho-sociale qui fut appelée dans les pays anglo-saxons et germaniques *"la doctrine de l'âge tendre"* (1325). En vertu de cette doctrine, un enfant, pendant la période de sa *"tendre"* enfance, doit en principe être confié à sa mère, à moins que celle-ci ne soit jugée incapable ou indigne de remplir sa tâche, parce qu'un enfant a prioritairement besoin de recevoir des soins et de l'affection de sa mère et seule une mère a véritablement l'aptitude de soigner un enfant. Ce principe fut, en réalité, régulièrement appliqué par la jurisprudence au-delà de la prime enfance et on en avait parfois étendu l'application, dans les pays anglo-saxons, jusqu'à l'adolescence.

869. Il est dès lors logique que, dans un tel environnement culturel, les magistrats aient été mentalement formés à confier, instinctivement, la garde d'un enfant à sa mère plutôt qu'à son père, et ce réflexe continue à jouer, parfois à leur insu, même à l'égard

(1321) Civ. Tournai, réf., 23 janvier 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 341.

(1322) Voy. C. Hegnauer, Droit suisse de la filiation et de la famille, adaptation française par B. Schneider, 3ème éd., Ed. Staempfli, Berne, 1990.

(1323) Recueil officiel des arrêts du tribunal fédéral suisse, n° 108, 1982, II, p. 369.

(1324) Recueil officiel des arrêts du tribunal fédéral suisse, n° 109, 1983, II, p. 193.

(1325) Sur la doctrine de l'âge tendre, voy. R.F. Cochran, The Search for Guidance in Determining the Best Interests of the Child at Divorce : Reconciling the Primary Caretaker and Joint Custody Preferences, University of Richmond Law Review, vol. 20, 1985, p. 8; H. Fulchiron, Autorité parentale et parents désunis, p. 183, note 9 bis; J.M. Grossen et O. Guillod, Chronique de droit suisse, Rev. trim. dr. civ. 1984, p. 798; F. Roth, The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes, Journal of Family Law, vol. 15, 1976-77, p. 423; A.H. Shaki, La garde des enfants en Israël, Rev. int. dr. comp. 1984, p. 33 et s.

d'enfants qui ne sont plus en bas âge et même, aussi, à l'égard de jeunes garçons.

Il est, à cet égard, significatif que, dans plusieurs des ordonnances prononcées par le tribunal de première instance de Bruxelles, pendant les quatre premiers mois de l'année 1990, l'attribution du droit de garde à la mère ait été motivée par la considération que le père ne justifiait pas, pour obtenir la garde de son enfant, de griefs suffisamment sérieux à l'égard de la mère. On peut lire, par exemple, dans une première ordonnance, à propos de deux enfants de trois ans et demi et d'un an et demi qu'il n'y a aucun fait *"qui démontrerait que la mère ne serait pas digne de confiance dans l'éducation des enfants"*, dans une autre ordonnance, à propos d'une fillette de cinq ans et demi, que le père n'apporte pas *"d'éléments sérieux à reprocher à la mère"*, ou encore, dans une troisième ordonnance, à propos de deux enfants de onze ans et demi et cinq ans et demi, que le père n'apporte, dans le chef de la mère, *"aucune preuve de laisser-aller ou de qualités insuffisantes pour éduquer les enfants ou de manque d'amour maternel"*. Sans l'affirmer expressément, de telles ordonnances traduisent cependant un préjugé, dans la mesure où le magistrat raisonne comme si, en principe, les enfants devaient être confiés à leur mère; dès lors, le droit de garde ne peut être octroyé au père que si celui-ci démontre, selon une expression fréquemment utilisée dans la pratique, *"que la mère a démerité"*.

Comme l'indique le professeur Bernadette Bawin (1326), *"l'intérêt de l'enfant, surtout s'il est jeune, renvoie à la philosophie, largement acceptée et revendiquée par les mères elles-mêmes, qu'il leur revient tout naturellement de s'occuper de leurs enfants, même si elles sont pauvres, sans qualifications et sans métier"* et elle ajoute même, sur la base d'une des enquêtes qu'elle a effectuées, que *"pour la majorité des juges, l'intérêt de l'enfant est de satisfaire la demande de la mère"*, comme si, en quelque sorte, le juge éprouvait, jusque dans ses propres sentiments, qu'il est injuste de retirer la garde d'un enfant à une mère qui n'a pas démerité, et, sans doute, subsiste-t-il, dans une telle attitude, des traces de la difficulté, pour tout être humain, de se séparer de sa propre mère.

870. On doit cependant admettre qu'il y aurait, tant du point de vue de la mère que du point de vue de l'enfant, une forme d'injustice à considérer qu'une mère qui a, à titre principal, élevé un enfant pendant la vie conjugale ne pourrait plus l'élever elle-même, à titre principal, après la rupture de la vie commune.

Dans de nombreuses situations familiales, le modèle socio-culturel de la garde à la mère, appliqué par les juges, ne fait dès lors que correspondre avec la réalité vécue par la famille avant la séparation, parce que c'était, dans ces familles, la mère qui assumait principalement la tâche de garder l'enfant.

Il y a alors une logique certaine à considérer que, si les parents ont eux-mêmes choisi, librement, ce modèle de répartition des tâches, il n'est pas opportun, pour l'enfant, de le supprimer brusquement, sous prétexte qu'entre-temps les parents se sont séparés (1327). Il n'y a d'ailleurs là, en définitive, qu'une application du principe plus général selon lequel les parents sont tenus de respecter les décisions qu'ils ont prises dans l'exercice de leur fonction parentale et les *"pactes"* qu'ils ont conclus pendant la vie commune pour l'éducation de l'enfant (voy. supra, Titre III, n° 591 et 592).

(1326) B. Bawin-Legros, Familles, mariage, divorce, p. 145.

(1327) Cette logique a amené les tribunaux, dans plusieurs Etats américains, à développer une nouvelle jurisprudence qui consiste à confier la garde de l'enfant à celui des parents qui s'est, par priorité, occupé de l'enfant pendant sa petite enfance. C'est ce que la doctrine américaine appelle *"the primary caretaker preference"*. Voy. R.F. Cochran, spéc. p. 32-38; W. Wadlington, Les Etats-Unis d'Amérique : un nouveau point sur les questions relatives aux enfants, in Regards sur le droit de la famille dans le monde, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, C.N.R.S., Paris, 1991, p. 141.

On peut dès lors comprendre le sentiment d'irritation ou de révolte éprouvé par certaines femmes qui se sont consacrées prioritairement, parfois durant de nombreuses années, à élever leurs enfants, lorsque, au jour de la séparation, elles se trouvent confrontées à la demande de leur mari d'exercer, tout à coup, la garde de "ses" enfants.

871. Ce qui, par conséquent, pose difficulté dans le préjugé qui continue à être exprimé par de nombreux juges n'est donc pas qu'ils décident, en conformité avec ce que les parents avaient eux-même voulu pendant la vie commune, qu'un enfant, surtout lorsqu'il est jeune, continuera, ne fût-ce que pendant une certaine période, à être gardé, à titre principal, par sa mère; c'est, par contre, que les juges appliquent aussi et de manière trop répétitive leur modèle de la "garde à la mère" à des situations familiales dans lesquelles les parents n'ont pas choisi ce modèle et ont, dès la naissance de leur enfant, réparti entre eux, selon d'autres modalités, la fonction de garde.

Ce sont alors les pères qui éprouvent un sentiment d'irritation ou de révolte, parce qu'ils ne parviennent pas à comprendre que, pour pouvoir continuer à exercer cette garde, il n'y a, pour eux, pas d'autre solution que de formuler des griefs et des reproches à l'égard de la mère de l'enfant.

872. Il n'est plus, actuellement, conforme à l'évolution des comportements familiaux et à la perception que la société occidentale a des besoins psycho-affectifs d'un enfant de considérer que la mère serait, par essence ou par nature, prioritaire pour l'exercice du droit de garde.

Sans doute, comme l'a indiqué le professeur Dopchie, c'est toujours la mère qui, *"dans les conditions socio-culturelles actuelles, a le plus de chances d'avoir été, de par la quantité et la qualité de sa présence au début de la vie de l'enfant, choisie comme image d'attachement primaire et avec laquelle les premiers schémas de comportement se sont établis"* (1328). Dès lors, la nécessité, pendant les premières années de l'enfant, de ne pas couper ce lien d'attachement préférentiel justifiera, le plus souvent, que la mère reste présente auprès de son enfant, qu'elle continue à s'occuper personnellement de lui et, dès lors, qu'elle en exerce elle-même la garde (1329).

Mais il conviendra, à l'avenir, de tenir compte de ce qu'un certain nombre d'enfants, même en bas âge, peuvent aussi s'être attachés à leur père et, *"s'il devait s'avérer, écrit Nicole Dopchie, que le père a effectivement été choisi comme image préférentielle par l'enfant et qu'il a une égale disponibilité que celle de la mère, il ne paraît pas, hormis la tradition, y avoir de motifs psychologiques de poids qui justifieraient le refus de confier la garde d'un enfant, même jeune, au père"*. *"On voit mal, poursuit-elle, au nom de quoi une société qui est prête à accorder au père un congé de paternité, lui refuserait un droit de*

(1328) N. Dopchie, Le droit de garde de l'enfant au père ou à la mère ? Point de vue médico-psychologique, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 360.

(1329) Voy. égal. F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 42, qui, à la question de savoir *"s'il y a des âges auxquels il serait préférable, chaque cas restant un cas particulier, de confier un enfant plutôt à sa mère ou plutôt à son père"*, répondit : *"Oui. Il y a tout de même, pour un enfant avant quatre ans, une dominante, celle de la nécessité de la présence de la mère si c'est elle qui s'occupe du bébé depuis sa naissance, si elle est sa maman"*.

garde" (1330).

Par ailleurs, dès que l'enfant est sorti de l' "âge tendre" - c'est-à-dire à partir de quatre-cinq ans (1331) - il n'y a plus lieu de considérer que l'enfant aurait davantage besoin de la présence d'un de ses parents plutôt que de l'autre, surtout lorsque l'enfant a, pendant sa petite enfance, noué une relation d'attachement et d'étayage avec chacun de ses père et mère.

C'est alors par référence à d'autres critères que la préférence pour la mère qu'il convient d'appréhender la problématique de la garde de l'enfant.

873. Même si cette évolution des mentalités ne se traduit que lentement dans le milieu judiciaire, on peut aujourd'hui en apercevoir des signes patents.

Un jugement prononcé le 26 janvier 1988 par le tribunal de première instance de Bruxelles (1332), en appel d'une ordonnance d'un juge de paix, dans le cadre d'une procédure fondée sur l'article 223 du Code civil, énonce explicitement que *"la psychologie moderne admet assez généralement que les enfants, même très jeunes, ont autant besoin de leur père que de leur mère et que l'on ne peut plus soutenir qu'une enfant, âgée de cinq ans, a davantage besoin de sa mère"*.

Dans la jurisprudence suisse, cette évolution est attestée par un important arrêt du Tribunal fédéral qui rompt définitivement avec le *"droit général de préférence"* qui était précédemment reconnu à la mère. Cet arrêt, prononcé le 22 mai 1989 (1333) indique expressément qu' *"étant donné que les enfants ont atteint un âge où ils ont besoin tant de leur père que de leur mère - sans que l'un ou l'autre doive être privilégié - il n'est plus nécessaire de retenir une attribution préférentielle à la mère"* et *"la jurisprudence la plus récente tend de plus en plus, tout au moins lorsqu'il ne s'agit plus de tout jeunes enfants - si le père et la mère offrent des conditions équivalentes et que leur capacité éducative est identique - à permettre aux deux parents dans la même mesure d'exercer l'autorité parentale"*. Ce même arrêt formule alors expressément d'autres critères qui doivent être pris en considération par le juge pour l'attribution de la garde des enfants. *"La préférence doit être donnée à celui des parents qui, compte tenu de l'ensemble des circonstances, offre la garantie la plus sûre pour qu'en fonction de leur âge les enfants aient le meilleur"*

(1330) N. Dopchie, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 361; voy. égal. F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 42 qui précise sa pensée à propos de l'octroi du droit de garde d'un enfant avant l'âge de quatre ans : *"Je pense à l'exemple d'un couple qui se séparait, dans lequel c'était le père qui s'était toujours occupé du bébé. La mère revendiqua l'enfant parce qu'elle était la mère. Or "maman", c'était le père qui vivait à la maison, la mère gagnant sa vie à l'extérieur. Elle partait donc le matin et revenait le soir; elle n'était pas du tout la maman habituelle de l'enfant. Il faut donc considérer chaque cas dans sa particularité. Si l'enfant est élevé par une personne salariée et non pas par la mère, on ne voit pas du tout pourquoi il serait confié à la mère plutôt qu'au père, si celui-ci passait plus d'heures avec lui quand il était bébé et qu'il est d'accord pour que ce soit le même personne salariée qui s'occupe de l'enfant"*.

(1331) L'âge de quatre-cinq ans est généralement décrit par les pédo-psychiatres comme l'âge à partir duquel l'enfant est sorti de ce qu'on pourrait appeler la *"petite enfance"*. Voy. F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 42, qui situe cet âge vers quatre ans et N. Dopchie, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 360, qui situe cet âge vers cinq ans.

(1332) Civ. Bruxelles, 26 janvier 1988, Rev. trim. dr. fam. 1989, p. 100.

(1333) Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, n° 115, II, p. 206.

développement possible, du point de vue psychique, moral, intellectuel et social. Ce n'est qu'à partir du moment où ces conditions, et donc la possibilité de s'occuper personnellement des enfants, sont réalisées de façon à peu près équivalente de part et d'autre qu'interviennent le critère de la stabilité locale et familiale et - selon l'âge des enfants - le cas échéant leur propre désir".

2. La disponibilité

874. Plutôt que d'exprimer une préférence théorique pour la mère de l'enfant, un certain nombre de magistrats ont, fréquemment, recouru, pour décider de l'octroi du droit de garde, au critère de la disponibilité offerte par chacun des parents.

Un tel critère aboutit cependant, le plus souvent, à attribuer aussi à la mère la garde de l'enfant. Sans affirmer que l'intérêt d'un enfant commanderait, par principe, qu'il soit confié à sa mère plutôt qu'à son père, les tribunaux choisissent la mère plus fréquemment que le père, en se fondant sur la plus grande présence ou sur la plus grande disponibilité de la mère auprès de son enfant.

Il y a effectivement quelque logique, lorsqu'il s'agit de décider qui gardera un enfant, à choisir celui des parents qui est disponible pour s'occuper matériellement de l'enfant. Dans cette perspective, il suffit de constater, parfois, qu'un des parents ne présente pas cette disponibilité pour clore, apparemment, le débat; seul le parent qui présente la disponibilité suffisante pour être présent auprès de son enfant est apte à exercer le droit de garde. Compte tenu de ce que, le plus souvent, c'est la mère qui, depuis la naissance de l'enfant, s'est organisée pour disposer de cette disponibilité, soit en arrêtant ou en limitant son activité professionnelle, soit en aménageant ses horaires professionnels, il est compréhensible que, sur base de ce critère, les tribunaux confient à la mère, plutôt qu'au père, la garde de l'enfant.

Le raisonnement qui sous-tend un tel choix est qu'il est préférable, pour un enfant, d'être pris en charge et d'être surveillé, au fil des heures de la journée, par un de ses parents plutôt que par de tierces personnes. C'est dès lors celui des parents qui dispose du plus grand nombre d'heures libres, pendant la journée ou pendant la semaine, qui est le mieux placé aux yeux des magistrats, pour s'occuper de l'enfant.

Il est, à cet égard, significatif que, lorsque le Tribunal fédéral suisse a renoncé à sa jurisprudence qui consacrait le droit général de préférence de la mère pour l'attribution du droit de garde, il a immédiatement mis en exergue, comme critère de substitution, ce critère de la disponibilité d'un des parents.

Dans son arrêt prononcé le 28 avril 1988 ⁽¹³³⁴⁾, le Tribunal a considéré que *"lorsque les père et mère offrent des conditions équivalentes, la préférence doit être donnée, dans l'attribution d'enfants en âge de scolarité ou qui sont sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour les avoir durablement sous sa garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement"*.

875. Dans la jurisprudence belge, le critère de la disponibilité matérielle d'un des parents est également souvent retenu pour l'attribution du droit de garde.

⁽¹³³⁴⁾ Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, n° 114, 1988, II, p. 200; voy. égal. les arrêts des 22 mai 1989 et 4 juillet 1989, R.O., n° 115, 1989, II, p. 206 et p. 317.

Comme l'a indiqué la Cour d'appel de Mons dans un arrêt du 24 octobre 1985 (1335), *"il faut déterminer quel est celui des parents qui possède la plus grande disponibilité pour s'occuper effectivement de l'enfant"*. Dans le cas d'espèce, la décision adoptée par la Cour est d'autant plus significative qu'elle statuait en degré d'appel d'une ordonnance du président du tribunal de Charleroi qui avait confié un enfant de trois ans à la garde de son père, parce que la mère l'avait emmené en France contre le gré du père et elle avait *"fait fi du légitime droit du père à l'exercice normal et régulier d'un droit de visite"*. La Cour réforma cette ordonnance, non seulement parce qu'elle voulait éviter que la compagne du père ne devienne la nouvelle figure d'attachement de l'enfant, mais aussi et surtout parce que la mère, même si elle exerçait une activité professionnelle et confiait l'enfant à ses parents durant ses journées de travail, était cependant *"disponible à tous les autres moments"*, alors que le père, sous-officier de gendarmerie, était parfois astreint à des prestations de service en fin de journée ou durant les week-ends.

Dans une ordonnance prononcée le 23 janvier 1981 (1336), le président du tribunal de première instance de Tournai confia également la garde de deux garçons de six ans et demi et trois ans et demi à leur mère, en constatant, outre le *"jeune âge des enfants"*, que la mère, qui travaille dans l'enseignement, *"dispose de périodes de loisirs sensiblement pareilles à celles des enfants"* et est en mesure de *"prendre directement et personnellement en charge l'éducation des enfants, sans l'aide d'une tierce personne"*, alors que le père est *"absorbé par les besoins de sa profession"* et est parfois obligé de confier les enfants aux soins de leur tante ou de leurs grands-parents.

Dans une ordonnance prononcée le 29 avril 1983, le président du tribunal de première instance de Liège (1337) se fonda expressément, outre le jeune âge des enfants, sur la circonstance que la mère travaille à mi-temps et est plus disponible que le père pour confier, après le dépôt d'un rapport d'étude sociale, la garde de deux garçons de quatre ans et un an et demi à leur mère, alors que, dans le cas d'espèce, le père avait emmené son fils aîné avec lui lors de la séparation et que l'ordonnance qui avait prescrit l'étude sociale lui avait laissé, à titre provisoire, la garde de cet enfant.

876. Il paraît évident que, sur la base de ce critère de la disponibilité, les magistrats sont plus fréquemment amenés à confier la garde des enfants à leur mère, car il existe davantage de couples dans lesquels c'est la femme, plutôt que l'homme, qui n'exerce pas d'activité professionnelle ou qui n'exerce qu'une activité professionnelle à temps partiel.

Lorsque chacun des parents, en raison de ses qualités personnelles et de son attachement à l'enfant, se révèle apte à élever l'enfant, c'est, en principe, le parent le plus disponible que le juge va normalement choisir, de manière à assurer à l'enfant une présence plus continue, plus régulière et plus attentive *"pour lui dispenser les soins physiques,*

(1335) Mons, 24 octobre 1985, Rev. trim. dr. fam. 1987, p. 391.

Voy. égal. Bruxelles, 15 février 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 101. Comme l'arrêt de la Cour d'appel de Mons, cet arrêt réforme également une ordonnance de première instance qui avait confié au père la garde des enfants. L'arrêt prend en considération, outre le sexe des deux enfants qui étaient deux filles âgées de 11 ans et 7 ans (voy. infra, n° 900), la circonstance que la mère est plus disponible que le père.

(1336) Civ. Tournai, réf. 23 janvier 1981, confirmé par Mons, 25 juin 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 341.

(1337) Civ. Liège, réf., 29 avril 1983, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 180 et la note J.L.R.

intellectuels et moraux qui requiert son âge" (1338). Une femme qui n'exerce pas une activité professionnelle aussi chargée que celle de son mari ou de son compagnon aura dès lors, a priori, plus de chances d'être désignée comme le parent gardien de l'enfant.

Un certain nombre d'hommes acceptent difficilement, aujourd'hui, une telle situation, surtout lorsque c'est la femme qui, prenant l'initiative de la séparation, impose à son mari la rupture du couple et lorsqu'au surplus elle obtient du juge, parce qu'elle garde les enfants, non seulement l'autorisation de continuer à occuper elle-même le domicile conjugal, mais aussi une aide financière substantielle, en manière telle que l'homme se retrouve, comme on le représente parfois de manière caricaturale, *"sans femme, sans enfants, sans maison et sans argent"*. On peut effectivement comprendre que ces hommes, lorsqu'ils se sont, pendant la vie commune, réellement occupés de leurs enfants et qu'ils s'y sont attachés, éprouvent alors un sentiment d'injustice, voire de révolte. C'est ce sentiment qui explique vraisemblablement tantôt le combat militant que certains d'entre eux ont mené pour favoriser les formules de garde alternée, tantôt les luttes judiciaires que d'autres ont instituées pour tenter d'obtenir, malgré tout, la garde de leur enfant, en arguant de prétendus défauts ou carences de la mère (1339).

Il reste cependant qu'il n'est pas possible pour un père de garder adéquatement un enfant s'il ne peut pas lui offrir une réelle présence et lui assurer une suffisante disponibilité. A qualités éducatives égales des deux parents, il est difficile d'admettre qu'un enfant devrait être confié à la garde de son père pour y être partiellement pris en charge par des tiers, plutôt que de vivre auprès d'une mère disponible.

Le critère de la disponibilité respective des parents est dès lors un critère qui, s'il ne constitue qu'un élément d'appréciation parmi d'autres, présente néanmoins une pertinence certaine et il est logique que les tribunaux y soient attentifs lorsqu'il convient d'octroyer la garde d'un enfant (1340).

877. Ce critère de la disponibilité ne joue d'ailleurs pas toujours nécessairement en faveur de la mère, et la décision d'attribuer la garde d'un enfant à son père a déjà été motivée, dans la jurisprudence belge, sur la base d'une plus grande disponibilité du père par rapport à la mère.

Dans un arrêt prononcé le 26 mars 1981, la Cour d'appel de Mons (1341) a considéré qu'il était indispensable qu'un enfant de six ans trouve auprès de celui de ses parents qui exerce sa garde *"une présence journalière"*. Réformant l'ordonnance prononcée par le premier juge, la Cour a dès lors confié la garde de l'enfant à son père, parce que la mère exerçait la profession d'hôtesse de l'air sur de longs courriers et était, en moyenne, absente neuf jours par mois. Pour la Cour, cette mère ne pouvait, *"malgré son entière bonne volonté... consacrer à son jeune fils une présence et une disponibilité suffisantes"*.

(1338) Mons, 26 mars 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 336.

(1339) Voy. à propos des revendications de ces pères, B. Décoret, Les pères dépossédés, Le père, l'enfant et le divorce, Desclée de Brouwer, Paris, 1988; H. Lair, Histoire d'une enfant volée, Lieu commun, 1988.

(1340) Voy. N. Dopchie, La garde au père ou à la mère, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 360 et 361, qui propose de prendre, notamment, en compte la *"disponibilité personnelle effective"* de chacun des parents pour l'attribution du droit de garde de l'enfant, tant dans la tranche d'âge de 0 à 5 ans que de celle de 5 à 12 ans.

(1341) Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 336.

Dans un arrêt prononcé le 18 février 1987, la Cour d'appel de Liège (1342), estimant *"qu'il s'agit, en la cause, d'examiner principalement la disponibilité de chacun des parents"*, a constaté que la mère *"apparaît très absorbée par ses activités professionnelles auxquelles elle donne la priorité ainsi que par son entreprise qui apparaît en pleine expansion"* et que le père *"exerce une profession qui, grâce à un horaire régulier et aux facilités que son employeur lui a accordées, le rend plus disponible"*. La Cour a dès lors confié au père la garde de trois enfants de 12 ans et demi, 5 ans et demi et 3 ans et demi.

Dans une ordonnance longuement et remarquablement motivée du 7 décembre 1990 (1343), le juge de paix de Saint Josse-ten-Noode confie également à leur père la garde de trois jeunes enfants maghrébins, âgés de six ans, quatre ans et demi et deux ans et demi, en tenant compte, notamment, outre l'instabilité de la mère (voy. infra, n° 894), de ce que le père était sans travail et *"particulièrement disponible pour assurer les soins, la surveillance et l'éducation quotidienne des enfants"*, alors que la mère avait ouvert un commerce de vêtements et menait une vie professionnelle *"difficile à gérer et fort contraignante au point de vue horaire"* qui lui laissait *"peu de disponibilité tant psychologique que matérielle pour s'occuper des trois enfants"*.

878. Si, dès lors, le critère de la disponibilité respective des parents est, logiquement, un critère fréquemment retenu par les tribunaux, on ne peut cependant pas s'empêcher de penser que, dans un certain nombre de situations familiales, ce critère est trop rapidement et trop facilement utilisé par les magistrats pour clore le débat ou écarter des investigations plus approfondies.

Pour ne prendre que les deux dernières décisions qui viennent d'être commentées - l'arrêt de la Cour d'appel de Mons du 26 mars 1981 et l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 18 février 1987 - il paraît, malgré tout, étonnant que la Cour d'appel de Mons, alors même que, par rapport au juge du premier degré, elle modifiait le régime du droit de garde de l'enfant et le confiait désormais à son père, n'ait pas cherché à vérifier, préalablement, dans la vie concrète de l'enfant, par une mesure d'étude sociale ou d'expertise médico-psychologique, la qualité du lien d'attachement de l'enfant avec chacun de ses père et mère, la nature du projet éducatif des deux parents et les répercussions pour l'enfant du changement de son mode d'existence; il paraît également étonnant que la Cour d'appel de Liège n'ait pas fait droit à la demande de la mère qui souhaitait, avant que la Cour ne tranche, que sa fille aînée, âgée de douze ans et demi, puisse être entendue, d'autant qu'il n'était pas contesté que cette enfant, légitimée par mariage, n'était pas l'enfant biologique du père et que la mère affirmait que sa fille percevait une différence dans l'éducation qu'elle recevait de son père par rapport aux deux autres enfants.

Pouvait-on dès lors vraiment affirmer que l'intérêt concret des enfants était nécessairement d'être confié au parent le plus disponible, au motif qu'il s'était organisé professionnellement pour être davantage d'heures à la maison que l'autre parent ?

Il ne faudrait point perdre de vue qu'un enfant a des besoins qui peuvent être plus fondamentaux que de pouvoir bénéficier, à tous moments, de la présence matérielle d'un des parents. D'une part, la qualité de la fonction parentale d'étayage (supra, Titre I, n° 213 et s.) n'est pas attestée par le nombre d'heures passées au cours d'une journée auprès de l'enfant, et un des parents peut parfois donner à son enfant davantage d'affection et de sécurité que l'autre parent en un temps plus limité. D'autre part, le parent le plus disponible n'est pas pour autant le parent le plus apte à favoriser, dans l'éducation de l'enfant, les processus d'identification et de séparation-individuation (supra, Titre I, n° 224 et s.).

(1342) Liège, 18 février 1987, JLMB 1987, p. 123, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 480.

(1343) J.P. St Josse-ten-Noode, 7 décembre 1990, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 264.

Par ailleurs, il convient assurément d'opérer des distinctions selon l'âge des enfants. Non seulement le besoin de l'enfant en disponibilité physique et en soins matériels décroît au fur et à mesure que l'enfant grandit, mais, au surplus, l'accession de l'enfant à son autonomie est grandement liée, au fur et à mesure qu'il grandit, à la capacité des parents de ne pas trop s'occuper de leurs enfants et de mener leur propre vie d'adultes (1344).

Comme on aura l'occasion ultérieurement de le préciser, les tribunaux n'hésitent évidemment pas à écarter le critère de la disponibilité respective des parents, lorsqu'il leur apparaît qu'un des parents, même s'il est plus disponible que l'autre, n'est pas apte, en raison de son instabilité ou de ses carences personnelles, à éduquer l'enfant. En d'autres termes, les éléments négatifs repérés à charge des parents, lorsqu'ils sont graves et sérieux, constituent, à juste titre, pour les magistrats, une raison suffisante de ne pas trop s'embarrasser, pour confier la garde de l'enfant à l'autre parent, de la question de savoir s'il est véritablement disponible.

Mais les tribunaux devraient, semble-t-il, être également soucieux de rechercher si les éléments positifs tirés soit des capacités éducatives et de la maturité affective d'un des parents, soit des besoins psycho-affectifs ou des souhaits de l'enfant lui-même ne constituent pas, aussi, une raison suffisante, plus particulièrement lorsque l'enfant est sorti de la petite enfance, d'évincer, pour l'octroi du droit de garde, le critère trop étriqué de la disponibilité matérielle et de choisir, sur la base de ces éléments positifs, un des deux parents, même s'il est moins disponible.

3. Le maintien d'une situation acquise

879. Un troisième critère qui intervient fréquemment dans les décisions relatives à l'attribution du droit de garde de l'enfant peut être trouvé dans le souci des magistrats de ne pas porter atteinte aux situations acquises et de maintenir l'enfant dans le contexte familial qui est devenu le sien en raison des circonstances de la vie, des choix opérés par les parents ou éventuellement d'une précédente décision judiciaire.

880. Un tel critère est exprimé de manière particulièrement nette dans un arrêt prononcé le 14 janvier 1988 par la Cour d'appel de Bruxelles (1345). Selon la Cour, *"en l'absence de la moindre preuve des critiques formulées par le père, il y a lieu dans le plus grand intérêt des enfants de maintenir la situation existante"*. Cet attendu de l'arrêt constitue la motivation principale du refus du juge d'appel de faire droit à la demande d'un père tendant à obtenir la garde de deux enfants et 6 ans et demi et 4 ans. L'ordonnance de première instance, prononcée le 25 février 1987 par le président du tribunal de Bruxelles, avait confié l'administration provisoire de la personne et des biens des deux enfants à leur mère. Devant la Cour, le père, comme il l'avait vraisemblablement fait en première instance, sollicitait une étude sociale *"en vue de mieux éclairer la Cour sur les aptitudes de chacun des parents à s'occuper des enfants"*. La Cour considéra que *"rien ne permet de conclure que (la mère) ne s'occupe pas bien des enfants"*, refusa d'ordonner une étude sociale et maintint la décision du premier juge.

Ce critère du *"statu quo"*, qui constitue une manière classique de raisonner des autorités judiciaires, est lapidairement et clairement résumé dans un avis rendu par un magistrat du ministère public dans le cadre d'une procédure d'appel poursuivie devant la Cour d'appel

(1344) Voy. à ce propos les enseignements de F. Dolto, de T. Anatrella et de J.J. Guillarmé et P. Fuguet qui ont été commentés supra, Titre I, n° 248.

(1345) Bruxelles, 14 janvier 1988, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 395.

de Mons à propos de l'attribution du droit de garde : *"Il serait en soi traumatisant de modifier la situation actuelle qui dure maintenant depuis un an"* (1346).

De même, un arrêt de la Cour d'appel de Mons prononcé le 25 juin 1981 (1347) a confirmé une ordonnance du président du Tribunal de première instance de Tournai qui, après le dépôt d'un rapport d'étude sociale, avait confié les enfants à la mère, alors qu'ils avaient été confiés, avant l'étude sociale, au père. La Cour fait expressément état de ce *"qu'il ne convient pas de modifier à nouveau la situation alors que celle-ci ne donne pas lieu à reproches dans le chef (de la mère) "*.

Dans un jugement prononcé le 14 décembre 1978, le Tribunal de première instance de Liège (1348), en appel d'une ordonnance cantonale rendue sur la base de l'article 223 du Code civil, a, aussi, considéré que *"la décision du premier juge a permis aux enfants de demeurer au foyer conjugal, dans un cadre familial, et de fréquenter la même école, leur assurant ainsi un maximum de stabilité; que modifier actuellement la garde serait source de perturbations psychologiques en cours d'année scolaire..."*. Dans ce cas d'espèce, la mère des enfants avait quitté le domicile conjugal, sans emmener, semble-t-il, ses enfants et elle avait rejoint un nouveau compagnon. Elle n'obtint pas la garde de ses enfants en première instance, parce que le juge de paix cliché la situation de fait et, en appel, le juge d'appel s'abstint lui aussi de toucher à ce que le juge de paix avait décidé.

881. Il est par conséquent essentiel de savoir, au plan de la détermination du droit de garde d'un enfant, qu'une situation acquise devient, souvent, irréversible et que les magistrats peuvent être très réticents à la modifier.

Comme le montre le jugement précité du Tribunal de première instance de Liège du 14 décembre 1978, la circonstance la plus favorable qu'un homme puisse rencontrer pour obtenir le droit de garde de ses enfants est, dans la pratique judiciaire actuelle, que la mère les ait, en fait, laissés à sa charge pendant une certaine période. Un des conseils tout à fait précis que les avocats donnent aux femmes qui n'entendent pas *"perdre"* la garde de leur enfant est dès lors de veiller strictement à ne pas quitter la résidence conjugale, sans avoir la certitude de pouvoir vivre avec leur enfant, de manière à éviter que le père ne puisse, par la suite, prétendre qu'il est de l'intérêt de l'enfant de rester auprès de lui au domicile conjugal.

Un litige, tranché par une ordonnance du 25 juillet 1980 du président du Tribunal de première instance de Tournai (1349) révèle ainsi que, bien que la mère eût emmené avec elle ses enfants lorsqu'à la fin de l'année scolaire elle quitta son mari pour rejoindre un amant, le père, par la suite, garda les enfants, à l'issue des vacances d'été, et n'exécuta pas *"une promesse de restitution des enfants à une date convenue"*. Il est vraisemblable que la seule circonstance que les enfants se trouvaient en fait chez leur père et que l'école qu'ils fréquentaient se trouvait dans la ville où leur père habitait eut une influence déterminante, lorsque les parties plaidèrent pour la première fois en octobre 1979 devant le juge des mesures provisoires de la procédure en divorce, sur la décision qui fut prise de confier à titre précaire la garde des enfants au père jusqu'au dépôt d'un rapport d'étude

(1346) Avis du ministère public précédant Mons 28 octobre 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 184.

(1347) Mons, 25 juin 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 341.

(1348) Civ. Liège 14 décembre 1978, Jur. Liège 1978-79, p. 242.

(1349) Civ. Tournai, réf. 25 juillet 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 179. Voy. égal. le commentaire de cette décision, infra, n° 894.

sociale. Après l'étude sociale qui permet, comme c'est souvent le cas, de constater que chacun des parents présentait *"toutes les garanties souhaitables"* pour l'éducation des enfants et que *"tant le milieu de la mère que celui du père offrent une atmosphère d'affection et de sécurité matérielle"*, le juge décida de maintenir les enfants là où ils étaient et accorda le droit de garde au père, en faisant expressément état de ce que le non-respect par le père, à l'origine, de sa promesse de reconduire les enfants chez leur mère n'impliquait pas un manque d'affection pour ses enfants et ne devait pas avoir d'incidence sur la question de l'attribution du droit de garde.

882. La jurisprudence justifie généralement le maintien des situations acquises par la considération que *"tout enfant a besoin de stabilité et de sécurité"* (1350).

On sait effectivement qu'un des besoins fondamentaux de l'enfant, lors de la séparation de ses parents, est de pouvoir vivre dans un environnement stable et structuré et de pouvoir se situer dans une organisation de l'espace et du temps suffisamment repérable, fixe et fiable (supra, Titre II, n° 328 et s.). Et il est d'autant plus important de satisfaire ce besoin que l'enfant est petit et que son sentiment de sécurité intérieure est largement conditionné par la stabilité de l'environnement extérieur.

C'est la raison pour laquelle il est souvent opportun, lors d'une séparation, de maintenir la garde de l'enfant à celui de ses parents qui l'a, à titre principal et continu, élevé et soigné jusqu'à la séparation, c'est-à-dire, le plus souvent, la mère (supra, n° 870). C'est aussi la raison pour laquelle il est souvent opportun de maintenir au profit de l'enfant ses *"continuums"*, son environnement et ses références spatiales et temporelles (supra, Titre II, n° 362 et s.).

Dans cette perspective, on peut comprendre que les magistrats soient attentifs à ne pas bouleverser la vie d'un enfant et à ne pas modifier, sans cesse, les conditions de son existence.

Mais il ne conviendrait pas, par contre, que les circonstances conjoncturelles de la séparation des parents ou la politique du fait accompli ne deviennent trop aisément un des facteurs qui, en raison du poids déterminant de la situation acquise, orienteraient définitivement l'avenir d'un enfant, parce qu'il serait plus opportun, par la suite, de modifier ce qui aurait provisoirement été généré.

Lorsqu'il est nécessaire, à défaut pour les parents de parvenir à s'entendre, de prendre une décision aussi importante que celle du droit de garde d'un enfant, il est difficilement concevable qu'on ne tienne pas compte, prioritairement, des attachements de l'enfant, des qualités et des capacités éducatives des deux parents et, plus généralement, de tout ce qui peut concourir au bien-être de l'enfant, et qu'on préfère, au prétexte de la nécessaire stabilité de l'existence de l'enfant, consacrer une situation de fait qui s'est installée, le plus souvent dans un contexte émotionnel et conflictuel où les comportements prétendument honorables peuvent n'avoir aucunement été inspirées par le souci de l'intérêt de l'enfant.

C'est ainsi que l'on peut se permettre de douter de l'adéquation d'une décision qui estime qu'un enfant doit rester là où il se trouve, afin d'éviter qu'il ne soit, une nouvelle fois, perturbé, parce qu'il l'aurait déjà été suffisamment lors de la séparation de ses parents. N'est-ce pas un a priori de penser qu'un enfant sera davantage traumatisé par une modification de sa situation provisoire que par le maintien définitif de cette situation, alors qu'on ignore, le plus souvent, à défaut d'investigations sérieuses, si cette situation correspond, dans la réalité concrète de la vie de cet enfant, à ses besoins spécifiques ? Est-ce, par exemple, parce qu'une mère a été amenée à quitter le domicile conjugal, à la suite d'événements dont on ne connaît généralement pas la trame exacte qu'il convient de

(1350) Mons, 24 octobre 1985, Rev. trim. dr. fam. 1987, p. 39.

décider, quelques semaines plus tard, qu'il est préférable, pour les enfants, d'être confiés, ne fût-ce que provisoirement, à la garde de leur père au domicile conjugal ?

De même, on peut douter de la pertinence d'une décision prononcée en appel qui considère que, compte tenu du temps écoulé depuis la décision du premier juge, il n'est plus souhaitable de modifier ce qui a été précédemment décidé. Sans doute, faut-il en grande partie expliquer de tels raisonnements par la circonstance que la procédure d'appel n'a pas pu être traitée dans un délai suffisamment court. Mais un tel mode de fonctionnement de la justice revient en quelque sorte à supprimer le double degré de juridiction, puisque le seul fait de l'écoulement du temps amène le juge d'appel à estimer inopportun, pour l'enfant, non seulement de modifier la situation existante mais même de procéder à de nouvelles investigations pour vérifier si cette situation correspond à l'intérêt de l'enfant.

883. Il ne faut donc pas assimiler le besoin de sécurité et de stabilité d'un enfant au maintien de la situation existante. Un enfant n'est pas sécurisé par le seul fait qu'on choisit de ne pas toucher à sa situation familiale. Un enfant pourrait être, au contraire, davantage insécurisé et déstabilisé par le maintien de modalités d'organisation de son existence quotidienne qui ne lui conviennent pas que par l'adaptation de son cadre de vie, même au prix d'un changement, à ses besoins réels et concrets.

Avant de décider de maintenir une situation qui s'est clichée par l'effet d'événements circonstanciels ou qui s'est imposée dans le cadre d'un rapport de force, les magistrats devraient dès lors avoir acquis la conviction que cette situation est effectivement celle qui répond le moins mal aux besoins et aux aspirations de l'enfant, ou à tout le moins que le maintien de cette situation sera moins dommageable pour l'enfant que les effets éventuellement perturbants d'une modification de cette situation.

On ne peut dès lors qu'approuver, dans son principe, une décision comme celle prononcée le 29 avril 1983 par le président du tribunal de première instance de Liège ⁽¹³⁵¹⁾ qui n'a pas hésité à revenir sur la situation qu'un homme avait imposée à son épouse en emmenant sous sa garde son fils aîné, contre le gré de la mère de l'enfant. Après une enquête sociale réalisée à l'intervention du procureur du Roi, le magistrat décida de confier la garde des deux enfants à leur mère, en tenant compte du jeune âge de l'enfant, de la plus grande disponibilité de la mère et de l'opportunité pour l'enfant d'être élevé avec son petit frère.

4. La cohérence et la stabilité de l'entité familiale

884. La décision de confier la garde des enfants à un parent plutôt qu'à l'autre parent peut aussi être justifiée, dans la jurisprudence, par le souci de permettre aux enfants de vivre dans une entité familiale cohérente et stable. En d'autres termes, certains magistrats veillent, dans l'intérêt de l'enfant, à ce qu'il puisse vivre dans un environnement familial qui perpétuerait le mieux possible, après la séparation, le modèle unitaire de la famille et l'image d'une famille unie.

Ce quatrième critère diffère du précédent, parce qu'il ne s'agit pas, ici, de maintenir une situation que les événements ont imposée, mais il s'agit de choisir, entre les deux parents, celui auprès duquel les enfants continueront à vivre dans un contexte familial dont les caractéristiques se rapprocheront le plus possible de la famille qu'ils avaient connue avant la séparation des parents.

Le recours à un tel critère est, comme le précédent, justifié par la préoccupation de satisfaire le besoin de stabilité et de sécurité de l'enfant.

(1351) Civ. Liège, réf. 29 avril 1983, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 180 et la note J.L. Renchon.

885. C'est par référence à cet objectif de stabilité que les magistrats sont généralement enclins à confier la garde de l'enfant au parent qui lui assure le plus grand nombre de "continuums", tant au plan du lieu d'habitation que des conditions matérielles et morales d'éducation.

Comme l'a constaté une décision déjà citée du tribunal de première instance de Liège, statuant en appel d'une ordonnance d'un juge de paix sur base de l'article 223 du Code civil, le premier juge avait pris une mesure adéquate en confiant le droit de garde des enfants à leur père, parce que cette mesure *"a permis aux enfants de demeurer au foyer conjugal, dans un cadre de vie familial et de fréquenter la même école, leur assurant ainsi un maximum de stabilité"* (1352).

Dans une ordonnance prononcée le 25 juillet 1980, le président du tribunal de première instance de Tournai (1353) choisit, aussi, de confier la garde de trois enfants à leur père qui était resté vivre à la résidence conjugale à Tournai, alors que la mère s'était installée avec un compagnon à Bruxelles. La décision fut justifiée, entre autres motifs, par le souci de maintenir les enfants dans *"leur milieu naturel, scolaire et familial, puisque depuis leur plus tendre enfance ils ont vécu au domicile conjugal choisi par leurs parents et qu'ils ont tissé avec tous les membres des familles paternelle et maternelle des relations d'affection qu'ils poursuivront aujourd'hui"*. Le magistrat précise que *"retirer les enfants de ce tissu familial et même scolaire ... pourrait perturber gravement leur évolution future, alors que tout les destinait à rester dans la région de Tournai"*.

Bien que, dans le cas d'espèce tranché par le président du tribunal de Tournai, le magistrat ait aussi pris en compte des éléments qui lui paraissaient attester d'une instabilité personnelle de la mère (voy. infra, n° 894), il est, en réalité, classique dans la jurisprudence de considérer que l'intérêt d'un enfant commande qu'il puisse être confié à celui des parents qui reste vivre dans la région où l'enfant est né et a grandi. Une application fréquente de cette jurisprudence consiste, dans l'hypothèse où un des parents est de nationalité ou d'origine étrangère et, lors de la séparation, choisit de retourner dans son pays natal, à décider que l'intérêt de l'enfant est de continuer à résider en Belgique, où il a noué ses attaches.

A l'heure de la mobilité et de la circulation des personnes au-delà des frontières d'une région ou d'un pays, on devrait cependant veiller à se départir de tout esprit de clocher ou de réflexes trop régionalistes ou nationalistes.

On n'a jamais considéré jusqu'à présent que, lorsque les deux parents unis d'un enfant déménagent et s'installent, pour des raisons professionnelles, dans une autre ville ou dans un autre pays, ils porteraient atteinte au bien-être de l'enfant en le déracinant de son milieu d'origine.

(1352) Civ. Liège, 14 décembre 1978, Jur. Liège 1978-79, p. 242 (voy. supra, n° 880).

Dans le même sens, voy. aussi civ. Liège, réf. 17 mars 1987, cité par G. de Leval, Jurisprudence du Code judiciaire 1279-1280/17-2 et par G. Hiernaux, Chronique de jurisprudence, J.T. 1990, p. 519, n° 140, qui accorde la garde d'un enfant à son père, en tenant compte de ce que le père continue à vivre à l'ancienne résidence conjugale, avec ses propres parents qui s'occupent activement de l'enfant, tandis que la mère vit désormais avec un compagnon dans un milieu social différent et supérieur au sien et à celui de son mari, en manière telle que l'attribution du droit de garde à la mère *"risquerait de détacher l'enfant de son milieu d'origine, dans lequel il est appelé à vivre"*.

(1353) Civ. Tournai, réf., 25 juillet 1980, confirmé par Mons, 28 octobre 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 1979.

Sans doute, lorsque les père et mère se séparent, il peut être souhaitable de compenser la rupture de l' "*enveloppe psychique*" sécurisante que le couple des parents constituait pour l'enfant en cherchant à lui conserver ce que Françoise Dolto a appelé son "*enveloppe spatiale*" (supra, Titre II, n° 329). Le souci de maintenir l'enfant dans son environnement naturel peut dès lors constituer une bonne raison de le confier à un de ses parents plutôt qu'à l'autre parent.

Mais cet objectif ne devrait pas devenir un principe et il convient, aussi, d'être particulièrement attentif aux liens noués par l'enfant avec chacun de ses parents et à la capacité de chacun des parents d'exercer la fonction parentale. Si l'enfant est, in concreto, plus attaché à un des parents et si ce parent contribue davantage au bien-être de l'enfant, il paraît préférable pour cet enfant de lui assurer la continuité de sa vie affective plutôt que la continuité de son espace géographique.

886. C'est également par référence au critère de l'entité familiale que les magistrats considèrent généralement qu'il ne convient pas de séparer les frères et sœurs d'une même famille.

Comme l'indiquent respectivement la Cour d'appel de Liège et la Cour d'appel de Bruxelles, dans leurs arrêts des 17 février 1981 et 1er juin 1981, "*en principe, il est souhaitable de ne pas séparer les enfants*" (1354), et "*il ne convient pas, en règle générale, de dissocier le sort des enfants dont les père et mère vivent séparés*" (1355). La très grande majorité des décisions qui statuent sur l'attribution du droit de garde lors d'une séparation ou d'un divorce expriment dès lors une décision identique pour chacun des enfants du couple; ils sont confiés ensemble soit à la mère, soit au père.

L'objectif de réunir les enfants sous le même toit a même constitué, dans certains litiges, un des critères en fonction duquel le juge s'est prononcé. C'est ainsi que le président du tribunal de première instance de Liège, dans un cas d'espèce où le père avait lors de la séparation emmené avec lui son fils aîné de trois ans et demi, tandis que le plus jeune enfant, âgé de un an et demi, était resté auprès de sa mère, a décidé, après étude sociale, d'en confier la garde à la mère, non seulement parce qu'elle était plus disponible (supra, n° 875), mais aussi parce qu' "*il est souhaitable pour les deux petits frères d'être élevés ensemble*" (1356).

Le critère du maintien de la fratrie est assurément un critère qui a sa pertinence et sa logique.

Dans la jurisprudence actuelle des cours et tribunaux, ce critère doit plutôt être perçu comme un critère traditionnel, parce qu'il exprime un souci de ne pas porter atteinte à ce qui est encore perçu comme le caractère plus ou moins sacré de l'unité de la famille.

(1354) Liège, 17 février 1981, inédit, cité par G. de Leval, *Jurisprudence du Code judiciaire*, ch. 11, 1279-1280/16, n° 9.

(1355) Brux., 1er juin 1981, Pas. 1982, II, p. 18.

(1356) Civ. Liège, réf., 29 avril 1983, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, p. 180.

Voy. égal. civ. Bruxelles, 26 janvier 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1989, p. 100, qui considère "*que le premier juge a relevé un élément essentiel à l'épanouissement des enfants, la nécessité de sauvegarder, dans toute la mesure du possible, l'élément du groupe familial qu'ils constituent ensemble; que cet élément, aux dires mêmes des parents, est particulièrement présent en l'espèce puisqu'il apparaît que, quel que soit le parent gardien, les trois sœurs souhaitent par dessus tout demeurer ensemble*".

Mais ce critère peut procéder aussi d'une appréhension plus moderne et plus vigilante des besoins psycho-affectifs de l'enfant. Dans de nombreuses situations familiales, le lien noué entre les frères et soeurs constitue en effet un des éléments du sentiment d'identité et de sécurité de l'enfant, et la rupture de ce lien pourrait dès lors aggraver les perturbations psychiques vécues par l'enfant lors de la séparation de ses parents. Au surplus, comme l'ont montré les psychologues, l'enfant a besoin, pour ne pas être trop rivé à ses parents, de vivre dans sa classe d'âge et de nouer des relations avec d'autres enfants de sa génération (voy. supra, Titre I, n° 248). Ce besoin est sans doute encore plus impérieux lorsqu'à la suite de la séparation entre les parents, le risque s'accroît que chacun des parents s'attache davantage à ses enfants et en fasse, au mépris de la différence des générations, ses complices ou ses confidents.

Mais, une fois encore, il serait contraire à la prise en compte de l'intérêt concret de chaque enfant, tel qu'il est, lui, en fonction de sa personnalité et de son histoire, d'ériger le maintien de la fratrie en un principe absolu qui absorberait les singularités de chaque situation. Il peut advenir, pour de multiples raisons, qu'un enfant ait davantage besoin de vivre avec tel ou tel de ses parents plutôt qu'avec ses frères et soeurs, comme il peut advenir que le développement d'un enfant soit contrarié par le conflit avec un de ses frères ou soeurs.

On peut par exemple s'étonner que la Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 18 février 1987 (1357), ait d'emblée réservé le même sort à la fille aînée de douze ans et demi et aux deux enfants plus jeunes de cinq ans et demi et trois ans et demi, en les confiant tous les trois à la garde de leur père (voy. supra, n° 877), alors que la mère demandait expressément d'entendre la pré-adolescente qui, semblait-il, n'était pas la fille biologique de son père et se plaignait d'être discriminée par ce père.

Tout est donc cas d'espèce et, en cas de litige, il paraît prudent de vérifier, chaque fois, si ce qui est bien pour une majorité d'enfants est réellement bien pour tel ou tel autre enfant.

Au demeurant, un certain nombre de décisions publiées attestent que les magistrats admettent, par dérogation au principe du maintien de la fratrie, que *"cette norme peut être exceptionnellement écartée lorsque l'intérêt supérieur des enfants le commande en raison de circonstances de fait propres à la cause"* (1358), par exemple pour tenir compte *"de la prédilection marquée du fils pour son père et de la fille pour sa mère"* (1359).

(1357) Liège, 18 février 1987, J.M.L.B. 1987, p. 483, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 480.

(1358) Bruxelles, 1er juin 1981, Pas. 1982, II, p. 18 qui tient compte de ce que *"en l'espèce l'importante différence d'âge entre Pascale (18 ans) et Christine (11 ans) ainsi que leurs préférences respectives justifient notamment qu'elles ne soient pas confiées au même parent"*.

(1359) Liège, 17 février 1981, inédit, cité supra à la note infrapaginale n° 1354.

Voy., dans le même sens, Bruxelles, 23 novembre 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 446, qui se fonde sur les conclusions d'un rapport d'expertise médico-psychologique dont il résultait que le garçon, âgé de 7 ans et demi, avait une préférence marquée pour vivre avec son père tandis que la fille, âgée de 5 ans, avait davantage besoin de la *"tendresse maternelle"*.

5. Les défaillances ou les carences d'un des parents

887. Un cinquième critère auquel les tribunaux recourent classiquement pour décider de l'attribution du droit de garde est utilisé pour éliminer un des parents. Les magistrats refusent en effet d'octroyer la garde de l'enfant à celui des parents qui présente des caractéristiques négatives, en raison de ses défaillances ou de ses carences.

a) Les torts respectifs des époux

888. On sait que, pendant très longtemps, les torts d'un des époux à l'égard de l'autre ont joué un rôle important dans le choix du parent gardien. Le Code civil, jusqu'à la réforme opérée par la loi du 8 avril 1965, contenait d'ailleurs une disposition qui précisait qu'après le divorce, les enfants étaient, en principe, confiés à l'époux innocent et on a déjà eu l'occasion d'indiquer que, si en 1965, le législateur avait estimé nécessaire de modifier l'ancien article 302 du Code civil, il n'en continua pas moins de considérer que les tribunaux gardaient la faculté de prendre en considération les torts respectifs des époux pour attribuer le droit de garde (supra, Titre IV, n° 698).

Dans un tel contexte, les tribunaux avaient, régulièrement, considéré depuis le XIX^{ème} siècle que celui des époux qui violait les engagements du mariage ne pouvait être jugé apte à exercer la garde des enfants, et l'époux qui décidait de s'affranchir de son devoir de cohabitation, de rompre la vie commune ou de nouer une relation adultère avec un nouveau partenaire prenait généralement le risque de perdre définitivement la garde de ses enfants (1360).

Il n'est d'ailleurs pas rare, encore aujourd'hui, d'entendre la rumeur publique colporter que l'épouse qui "*se met dans ses torts*" n'obtiendra pas la garde de ses enfants et un certain nombre d'hommes parviennent toujours à faire croire à leurs épouses que si elles les quittent, elles perdront leurs enfants.

889. Depuis une vingtaine d'années, les tribunaux, sauf exceptions (1361), dissocient cependant de plus en plus clairement le débat sur les torts respectifs des époux et le débat sur la garde des enfants.

Comme l'a indiqué clairement la chambre de la jeunesse de la Cour d'appel de Mons, en

(1360) Voy., par exemple, civ. Verviers, 6 février 1884, Pas. 1884, III, 177, qui considéra que la femme qui abandonne le domicile conjugal et refuse de le réintégrer ne pouvait en aucun cas conserver la garde de l'enfant issu du mariage; voy. dans le même sens civ. Anvers, 7 septembre 1875, Pas. 1876, III, 59; civ. Bruxelles, 9 juin 1888, Pas. 1888, III, 300, à propos d'une épouse adultère qui fut privée de la garde de ses enfants; civ. Termonde, 5 septembre 1891, Pas. 1892, III, 10 qui condamna une femme qui avait quitté le domicile conjugal à remettre les enfants à son mari; Gand, 18 décembre 1923, Pas. 1924, II, 153.

(1361) Voy. le jugement du Tribunal de première instance de Marche-en-Famenne du 23 avril 1987 (Rev. trim. dr. fam. 1989, p. 111) qui considère que, lorsque l'épouse a décidé de quitter son mari, "*sans que la cause de ce départ n'apparaisse ou ne soit apparemment imputable au comportement (du mari), il serait inéquitable que celui-ci soit privé du droit et du devoir d'élever ses enfants, dès lors qu'il ressort des attestations reposant à son dossier que leur intérêt n'est nullement compromis s'ils reviennent auprès de lui*". Par réformation de l'ordonnance prononcée en première instance par le juge de paix de Marche-en-Famenne, sur base de l'article 223 du Code civil, le tribunal de Marche-en-Famenne confie dès lors la garde de deux enfants de six ans et de trois ans à leur père.

statuant sur la garde de quatre enfants, dans un arrêt prononcé le 7 novembre 1980 (1362), *"il ne s'agit ici ni de blâmer ni de récompenser mais de faire le choix qui, selon toute vraisemblance, répondra au plus grand avantage des enfants"* et *"les torts éventuels des parties en tant que mari, épouse ou concubin ne doivent entrer en ligne de compte que s'ils étaient directement liés à l'intérêt des enfants"*. En l'espèce, la Cour, qui se prononçait sur opposition d'un précédent arrêt rendu par défaut, décida de laisser les quatre enfants à la garde de leur mère, même si celle-ci avait provoqué la rupture du couple et s'était mise en ménage avec un neveu qui était son cadet de 18 ans et qui, au cours d'une scène, avait, semble-t-il, porté des coups au père des enfants.

Dans une ordonnance du 18 octobre 1985, le président du tribunal de première instance de Namur (1363) statuant sur les mesures provisoires d'une procédure en divorce relatives à la garde de deux enfants de 13 ans et 9 ans, écarta également, en termes précis, les allégations formulées par le père à propos d'une liaison de son épouse : *"Attendu que les arguments développés (par le père) quant à certaines relations privilégiées (de la mère) avec un sieur X sont sans pertinence et enveniment inutilement le présent débat; qu'à supposer ces relations privilégiées établies, rien ne permet de craindre qu'elles déterminent une moins grande disponibilité de temps et d'affection (de la mère) à l'égard de ses enfants"*.

890. Compte tenu de cette orientation actuelle de la jurisprudence, on a dès lors pu écrire que, pour les cours et tribunaux, les faits commis par l'un des époux à l'égard de son conjoint étaient sans rapport avec ses qualités de parent et qu'un mauvais époux pouvait très bien être un bon parent (1364).

Cette formule est, à vrai dire, étrange, parce qu'elle découpe abstraitement un homme ou une femme en plusieurs personnalités distinctes, alors que c'est toujours la même personne, avec la même structure psychique, qui noue des relations humaines avec d'autres personnes, tantôt des adultes, tantôt des enfants, et on conçoit mal comment chacune de ces relations humaines ne serait pas, en partie, déterminée par les mêmes traits de personnalité.

Il serait dès lors plus exact de dire que l'échec d'une relation de couple n'est pas significative d'une mauvaise relation parents-enfants. Celui des époux qui, en raison de la désunion conjugale, décide de rompre la vie commune et, éventuellement, de constituer un nouveau couple, ne perd assurément pas, pour autant, ses capacités éducatives et son aptitude à exercer la fonction parentale de garde de l'enfant.

Dès lors, si certains prétendus torts d'un des époux à l'égard de l'autre ne sont plus pris en compte dans un débat sur l'attribution du droit de garde des enfants, c'est parce qu'en réalité, ces torts ne sont plus considérés aujourd'hui, au plan humain, comme de véritables torts même s'ils restent, provisoirement, qualifiés de *"faute"* sur le plan juridique. Le fait pour un des époux de prendre l'initiative de rompre une vie conjugale ou d'entreprendre une nouvelle relation affective avec un nouveau partenaire ne sont plus perçus, dans la société moderne fondée sur les valeurs de liberté et d'égalité, comme le symptôme d'une personnalité instable ou incapable de respecter les règles et les principes fondamentaux de la vie en société.

Toutefois, d'autres torts qu'un des époux pourrait éventuellement imputer à son conjoint - comme la violence, les atteintes à la dignité de la personne, le manque de respect de

(1362) Mons, 7 novembre 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 188.

(1363) Civ. Namur, réf., 18 octobre 1985, Jur. Liège 1986, p. 46.

(1364) H. Stennoot, Het belang van het kind, R.W. 1974-75, col. 1741-1746.

l'autre, la tyrannie domestique - constituent des éléments qui pourraient être indicatifs de la difficulté psychique d'un des époux de nouer des relations humaines équilibrées et ils pourraient, dès lors, exercer une incidence sur l'appréciation de ses capacités éducatives et de sa maturité affective. Comme l'a justement écrit Marie-France Lampe, *"il ne faut pas tomber dans un pédocentrisme outrancier et nier que la faute sanctionnée par le divorce peut être révélatrice d'un comportement adulte inadéquat au plan familial et/ou social"* (1365). Une telle inadéquation pourrait dès lors aussi se manifester dans l'exercice de la fonction parentale et constituer un élément suffisamment inquiétant pour ne pas confier à un père ou à une mère la garde quotidienne de l'enfant et lui préférer l'autre parent.

b) L'immoralité d'un des parents

891. Si le fait, pour un des parents, d'avoir noué une nouvelle relation de couple, même avant la dissolution juridique du mariage, n'est plus incompatible avec l'attribution du droit de garde des enfants et peut même, aujourd'hui, devenir une circonstance favorable pour l'exercice de cette garde (voy. infra, n° 898), par contre, les tribunaux continuent à prendre en compte, pour trancher un litige relatif à la garde d'un enfant, ce qu'ils estiment être un comportement contraire aux bonnes moeurs adopté par un des parents dans ses relations affectives et sexuelles.

892. Tel est parfois le cas lorsqu'un des parents noue des relations successives et instables avec différents partenaires ou, surtout, manque de pudeur, à l'égard de l'enfant, dans sa vie sexuelle.

Dans un arrêt du 20 novembre 1978, la Cour d'appel de Bruxelles (1366) a retenu à la charge d'une femme mariée, outre des faits d'ivresse, la circonstance qu'elle avait emmené avec elle son garçon de 5 ans lors d'un week-end passé avec un ami au littoral belge, et elle a réformé l'ordonnance de première instance qui, en raison du jeune âge de l'enfant, en avait confié la garde à sa mère.

Une ordonnance du président du tribunal de première instance de Bruxelles du 9 novembre 1983 (1367) avait également confié la garde de deux fillettes à leur père, au motif que l'enquête sociale avait fait apparaître que la mère avait une vie sentimentale perturbée qui engendrait chez elle une instabilité de caractère et d'humeur. Cette ordonnance a cependant été réformée par la Cour d'appel de Bruxelles (1368) qui a, notamment, considéré que le rapport social ne fournissait *"aucune indication pouvant donner à penser que (la mère) manquerait de tendresse maternelle"*.

Cette réformation de l'ordonnance d'un juge du premier degré par le juge supérieur démontre clairement que les magistrats peuvent jeter un regard très différent, en fonction de leurs propres perceptions et de leurs propres valeurs, sur les répercussions au regard de l'éducation d'un enfant de la vie affective et sexuelle mouvementée d'un de ses parents.

(1365) M.F. Lampe, Le règlement de l'administration de la personne et des biens de l'enfant par voie de référé, Rev. trim. dr. fam., 1985, p. 17, n° 17.

(1366) Bruxelles, 20 novembre 1978, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 293.

(1367) Civ. Bruxelles, réf., 9 novembre 1983, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 101.

(1368) Bruxelles, 15 février 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 101. On observera que, dans ce cas d'espèce, la Cour a statué très rapidement en appel, en respectant le délai de trois mois imparti par l'article 1066 du Code judiciaire.

En réalité, il faut, semble-t-il, se méfier des préjugés et ce n'est pas seulement sur la base d'une pétition de principe qu'il convient de décider que la vie sentimentale agitée d'un des parents l'empêcherait d'exercer adéquatement la garde de l'enfant. C'est, au cas par cas, qu'il convient de vérifier si, en raison de ses comportements, un des parents ne parvient plus à prendre en compte les besoins fondamentaux de son enfant et à être suffisamment cohérent et structuré dans sa fonction de parent.

893. Pour certains magistrats, l'homosexualité d'un des parents est aussi un facteur qui doit conduire les tribunaux à écarter ce parent de la fonction de garde.

Dans une ordonnance prononcée le 4 avril 1986, le président du tribunal de première instance de Bruxelles ⁽¹³⁶⁹⁾ a fait droit à la demande d'un père qui entendait obtenir la garde de ses trois enfants, une fillette de 12 ans et deux garçons de 10 ans et 8 ans et demi, en raison de la relation homosexuelle que la mère, une enseignante, avait nouée avec une de ses anciennes élèves. Bien que la mère plaidait qu'elle avait *"toujours entouré ses enfants des soins et attentions nécessaires, alors que (le père), au prétexte de ses occupations professionnelles, ne s'occupait guère de l'éducation des enfants"*, le magistrat estima que *"le contact physique continuuel entre (la mère) et son amie ne se trouve pas dans la logique d'un couple père-mère"* et que *"cette image constante ne peut que déformer dans l'esprit d'un enfant la place réelle du père"*. Cette ordonnance fut confirmée par un arrêt du 2 mars 1987 de la Cour d'appel de Bruxelles ⁽¹³⁷⁰⁾ qui décida que *"la relation classique du triangle enfant-père-mère, fondamentale pour l'évolution future des enfants, ne peut qu'être perturbée par l'intrusion intempestive et persistante d'une seconde femme dans leur univers déjà fragile où l'image du père risque de s'en trouver affadie"* et *"qu'on est surpris que (la mère) n'ait pas aperçu la difficulté de concilier une vie privée telle qu'elle entend la mener et l'imposer avec le modèle de mère qu'elle doit fournir à ses enfants"*.

On peut évidemment s'interroger sur la pertinence d'une telle décision.

En réalité, tant en première instance qu'en degré d'appel, les magistrats ont délibérément voulu situer le débat non pas tellement au plan moral mais plutôt au plan psycho-affectif, encore que la Cour d'appel de Bruxelles ait pris la peine d'indiquer nettement, dans son arrêt, *"qu'en attribuant au premier juge des préjugés inacceptables, l'appelante témoigne d'un aveuglement persistant qui n'est pas loin de l'amener à un renversement des valeurs et à défier la société tout en frondant ceux qui ne partagent pas sa morale personnelle"*. Même s'il est vraisemblable que, dans les milieux judiciaires, l'homosexualité soit perçue comme un comportement réprouvé par la morale sociale et que ce jugement de valeur ait influé la décision adoptée, c'est essentiellement pour la raison que l'homosexualité de la mère pouvait compromettre le développement psychique des enfants, si elle continuait à exercer leur garde, que cette garde fut confiée au père.

Ce qui pose question est que, de toute manière, quelle que soit la décision relative à la garde, les enfants sont confrontés à l'homosexualité de leur mère et ils auront, dans leurs propres vies, à se définir en fonction de cette image maternelle. Ce n'est dès lors pas le fait de ne plus vivre auprès de leur mère qui supprime le problème qu'ils doivent affronter dans leur chemin vers leur propre identité et leur propre autonomie.

Les aide-t-on dès lors réellement dans le processus de leur éducation en prononçant une décision de principe qui a essentiellement pour objectif de leur exprimer clairement que le

(1369) Civ. Bruxelles, réf. 4 avril 1986, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 220.

(1370) Bruxelles, 2 mars 1987, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 219.

comportement de leur mère constitue une déviation par rapport aux normes de la vie sociale ? A-t-on suffisamment tenu compte, par contre, des effets psychiques ou de la souffrance qui pouvaient résulter, pour eux, de la brusque perte, au fil de la vie quotidienne, d'une affection maternelle dont, semble-t-il, ils bénéficiaient largement.

Il est, une nouvelle fois, difficile de trancher de tels débats par référence à des principes, sans chercher à comprendre, préalablement, dans le cadre d'une expertise pédo-psychologique, qui sont les parents, qui sont les enfants et quelle relation ils entretiennent les uns avec les autres.

c) L'instabilité et les désordres psychiques

894. Les tribunaux refusent également d'accorder le droit de garde à celui des parents qui fait preuve d'une instabilité personnelle, qui adopte des comportements perturbés ou qui est atteint de déséquilibre psychique.

Une telle manière de juger paraît effectivement logique et on comprendrait difficilement qu'un magistrat attribue la garde de l'enfant à un parent immature, alcoolique, toxicomane, ou souffrant d'une maladie mentale grave. On sait d'ailleurs que l'exercice de la fonction parentale suppose une maturité affective personnelle des parents (supra, Titre I, n° 241) et il peut dès lors être cohérent, lorsque le juge constate qu'un des parents fait preuve d'une particulière immaturité ou instabilité dans ses comportements personnels ou dans ses relations avec l'enfant, de refuser de lui confier la garde de l'enfant (1371).

Par contre, l'appréciation de l'instabilité personnelle d'un des parents peut être empreinte d'une grande subjectivité et il ne faudrait pas confondre la stabilité psycho-affective d'un homme ou d'une femme avec sa plus ou moins grande conformité aux normes ou aux valeurs en usage dans certains milieux sociaux, et plus particulièrement dans les classes aisées ou dans la bourgeoisie.

On peut, par exemple, se demander dans quelle mesure le président du tribunal de première instance de Tournai est suffisamment parvenu à se détacher de ses propres conceptions morales et philosophiques lorsque, dans une ordonnance déjà citée (supra, n° 881) du 25 juillet 1980 (1372), il a décidé de confier à leur père la garde de trois enfants de 7 ans et demi, 4 ans et demi et 3 ans, en constatant, notamment, que le rapport social mettait en évidence *"la complète évolution de la mère sur le plan spirituel et la remise en cause par son ami des valeurs classiques de la civilisation occidentale"*. Alors que les enfants avaient, depuis leur naissance, été élevés par référence à des valeurs religieuses, la mère était devenue *"agnostique"* et vivait dans un milieu *"très libéral"*. Le *"transfert des enfants"* dans le milieu maternel aurait dès lors pu, pour le magistrat, porter atteinte

(1371) Voy. Bruxelles, 20 novembre 1978, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 293, qui prend notamment en compte la circonstance qu'il résulte d'un procès-verbal de gendarmerie que la mère de l'enfant a été retrouvée avec son enfant de 4 ans, en pleine nuit, dans un débit de boisson, en état d'ivresse, pour refuser de lui accorder la garde de l'enfant qui lui avait cependant été attribuée par le premier juge en raison de son jeune âge.

Voy. égal. J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 7 décembre 1990, Rev. trim. dr. fam. 1990, p. 264 (supra, n° 877) qui confie à leur père la garde de trois jeunes enfants, après avoir constaté que la mère avait fréquemment déménagé avec ses enfants, qu'elle les avait à plusieurs reprises placés chez des tiers, qu'elle était retournée au Maroc pendant plusieurs semaines sans s'enquérir de leur sort et que divers membres de sa propre famille attestaient de son manque de stabilité et d'une certaine inconscience éducative.

(1372) Civ. Tournai, réf., 25 juillet 1980, confirmé par Mons, 28 octobre 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 179.

au besoin de sécurité morale des enfants. L'instabilité de la mère, au plan religieux et philosophique, a dès lors, en l'espèce, constitué un des critères de l'attribution du droit de garde au père, dans un contexte familial où il n'était cependant pas contesté que la mère offrait une plus grande disponibilité que le père et qu'elle portait à ses enfants, comme le père, *"un amour réel, constant et solide"*.

Ce qui fait difficulté, dans une telle décision, est qu'on aperçoit difficilement la raison pour laquelle *"la complète évolution"* d'un des parents *"sur le plan spirituel"* impliquerait que ce parent soit devenu moins apte à exercer adéquatement la fonction parentale ou que le bien-être des enfants serait mieux assuré par le parent qui reste attaché à ses propres valeurs morales et religieuses. Si l'évolution de la mère avait été analysée comme l'indice d'une immaturité affective ou d'un déséquilibre psycho-affectif, on aurait mieux compris l'inquiétude du magistrat à confier la garde des enfants à leur mère. Mais peut-on réellement affirmer que l'intérêt concret d'un enfant est de vivre avec son père, pour le motif que sa mère met en cause, dans sa vie personnelle, les principes moraux et religieux selon lequel le père veut continuer à éduquer ses enfants ? Il y a là, semble-t-il, une affirmation qui ne fait que traduire les convictions personnelles du magistrat ayant prononcé la décision, mais il est à présumer, dans une société pluraliste, que d'autres magistrats ou d'autres intervenants professionnels n'auraient pas exprimé la même profession de foi.

Il est d'ailleurs tout à fait humain qu'un juge se réfère à ses propres opinions et à ses propres valeurs lorsque, dans la recherche de ce qui pourrait correspondre à l'intérêt d'un enfant (supra, Titre III, n° 601 et s.), il cherche à déterminer, à propos de l'un et l'autre des parents, s'ils ne font pas preuve d'instabilité. Le subjectivisme est inévitablement à l'oeuvre dès lors qu'il s'agit d'apprécier ce qu'est une personnalité instable et c'est précisément la raison pour laquelle on ne peut qu'inviter les magistrats à se méfier de jugements trop hâtifs et à ne pas hésiter à recourir à des investigations approfondies.

On ne peut, à ce propos, qu'être particulièrement surpris de lire qu'un juge de paix ⁽¹³⁷³⁾ a, récemment, confié la garde de deux enfants de 4 ans et 2 ans à leur père, en considérant, notamment, que la mère, qui n'avait pas d'activité professionnelle, consacrait une partie de son temps à des occupations de détente, alors qu'elle aurait pu être une *"parfaite mère au foyer"*, qu'elle parlait exclusivement en français avec ses enfants, alors que ceux-ci vivaient dans un environnement unilingue flamand, et qu'à l'audience, elle avait réagi trop émotionnellement en manière telle qu'elle pourrait moins facilement que le père assurer une atmosphère sereine pour l'éducation des enfants.

Sans doute, le juge de paix a-t-il effectivement pu voir dans certains comportements de la mère des enfants l'un ou l'autre indice d'une éventuelle inaptitude à exercer adéquatement la fonction parentale, mais on ne peut s'empêcher de penser que le magistrat cantonal a essentiellement été déterminé par sa propre perception de l'image de la femme et de la mère et qu'il a confié la garde de deux jeunes enfants à leur père, parce que la mère ne correspondait pas à sa propre vision subjective d'une personnalité stable ou équilibrée. Il ne s'est par contre pas préoccupé de connaître, au moyen d'investigations sérieuses, les répercussions psycho-affectives que sa décision pouvait avoir concrètement dans la vie des deux enfants et il a par conséquent raisonné sur la base de principes abstraits qui ne faisaient qu'exprimer ses propres valeurs ou ses propres schémas mentaux.

Cette ordonnance du juge de paix de Boom - qui a d'ailleurs été réformée par le tribunal de première instance d'Anvers - est par conséquent significative de l'ensemble des préjugés qui peuvent opérer, inconsciemment, dans l'appréciation des mérites respectifs de chacun des parents pour l'attribution du droit de garde de l'enfant.

(1373) J.P. Boom, 3 juillet 1990, Rev. trim. dr. fam. 1991, p.408, réformé par civ. Anvers, 5 septembre 1990, inédit.

C. Les critères récents d'attribution du droit de garde exclusive

1. La qualité des liens affectifs entre un des parents et l'enfant

895. Une des bases du développement équilibré de l'enfant se trouve dans la qualité des liens affectifs qu'il a pu nouer avec chacun de ses parents; ce sont ces liens affectifs qui sont à la source du sentiment de sécurité, d'identité et d'estime de soi (supra, Titre I, n° 222).

Les circonstances de la vie ne permettent pas toujours à chacun des deux parents, sans qu'il n'y ait nécessairement là de reproches à leur faire, de nouer un tel lien affectif avec chacun de leurs enfants, et il peut exister, au surplus, de plus ou moins grandes incompatibilités affectives entre les êtres humains, même entre un parent et son enfant.

Plutôt que de s'en tenir à des critères classiques d'attribution du droit de garde comme, par exemple, la disponibilité matérielle ou la stabilité morale de chacun des parents, on pourrait dès lors prendre davantage en considération la disponibilité affective de chacun des parents à l'égard de son enfant; c'est-à-dire la qualité de l'échange affectif qui a pu s'établir, dans le passé comme dans le présent, entre un des parents et l'enfant. Il n'est pas indispensable pour un enfant, à partir d'un certain âge, que le parent avec lequel il vit soit de manière permanente présent auprès de lui; il peut, par contre, être beaucoup plus important que l'enfant se sente profondément en confiance auprès du parent qui exerce sa garde, même si celui-ci a un horaire professionnel plus chargé et ne peut pas lui-même prendre complètement en charge la surveillance ou l'entretien matériel de l'enfant.

Un tel critère n'apparaît pas fréquemment dans les décisions de jurisprudence publiées; il a cependant récemment été mis en exergue dans des rapports d'expertise médico-psychologique, parce que les médecins et les psychologues sont manifestement plus attentifs à cet aspect de la relation parent-enfant.

Un certain nombre de décisions font cependant expressément état, pour justifier l'octroi du droit de garde à un des parents, de la *"relation affectueuse"* (1374) que ce parent entretient avec l'enfant, ou de l'affection que l'enfant a trouvée auprès de ce parent (1375).

Dans la jurisprudence québécoise, un intéressant jugement de la Cour supérieure du Québec (1376), prononcé le 14 septembre 1987 (1377), a expressément considéré que *"le bien affectif d'un enfant est souvent le motif déterminant de la décision à prendre à son sujet"*. En effet, *"avant de donner (à l'enfant) l'instruction et l'enseignement moral ou religieux, il faut la nourrir et l'aimer"* et *"pour la rendre réceptive à un certain*

(1374) Trib. jeun. Bruxelles, 17 janvier 1990, inédit.

(1375) Trib. jeun. Bruxelles, 31 janvier 1990, inédit qui, sur la base des éléments contenus dans un rapport d'étude sociale, confie la garde d'un enfant d'un an à son père parce que le projet du père à l'égard de l'éducation de l'enfant est plus *"réfléchi"*, *"certaines des attitudes du père sont plus adéquates que celles de la mère"* et *"le père paraît spontanément plus attentif à stimuler l'enfant"*.

(1376) La Cour supérieure du Québec correspond, au niveau de la hiérarchie des juridictions, au tribunal de première instance en Belgique ou au tribunal de grande instance en France. Il y a une Cour supérieure, répartie en sections, pour l'ensemble de la province du Québec.

(1377) Droit de la famille 425, [1988] R.J.Q., 159.

développement intellectuel et moral, il faut qu'affectivement elle éprouve le moins d'obstruction possible". En l'espèce, la Cour a dès lors tranché le "*dilemme*" que lui posait la revendication de la garde d'une fillette de 7 ans tant par sa mère que par son père, en constatant que la preuve lui avait été apportée "*de façon prépondérante que les liens affectifs unissant (l'enfant) à sa mère étaient, à ce stade-ci de sa vie, plus forts et enrichissants que ceux l'unissant à son père*" et elle a dès lors accordé la garde légale de l'enfant à sa mère.

2. Les besoins ou les souhaits exprimés par l'enfant

896. Pendant une longue période, les tribunaux n'ont pratiquement attaché aucune importance aux souhaits qui pouvaient être exprimés par les enfants eux-mêmes à propos de l'attribution de leur garde. Cette attitude correspondait au modèle disciplinaire-autoritaire de l'éducation de l'enfant (supra, Titre I, n° 172 et s.). Dans un tel modèle éducatif qui a pour objectif d'inculquer à l'enfant les valeurs des adultes, ce sont les adultes qui dirigent l'éducation de l'enfant et les enfants n'ont dès lors "*rien à dire*". Compte tenu de leur immaturité, ils ne peuvent d'ailleurs pas savoir eux-mêmes ce qui convient à leur éducation.

On trouve encore, même dans la jurisprudence récente, l'expression de telles conceptions.

Dans un arrêt du 28 octobre 1980, la Cour d'appel de Mons ⁽¹³⁷⁸⁾, à propos d'enfants de 8 ans, 5 ans et 3 ans et demi, énonce expressément que "*s'en référer à l'avis d'aussi jeunes enfants est un leurre; qu'en faisant même abstraction de l'influence d'un des parents sur leur décision dans le choix de celui avec lequel ils veulent vivre, il n'en reste pas moins vrai que d'aussi jeunes enfants sont incapables de discerner quel est leur intérêt réel*".

Dans un arrêt du 25 juin 1981, la Cour d'appel de Mons ⁽¹³⁷⁹⁾ considère également, à propos d'un enfant de 7 ans, qu'à supposer qu'il ait expressément le désir d'être confié à son père, "*le jeune âge de l'enfant ne rendrait pas son souhait déterminant*".

Dans la conception traditionnelle de l'éducation d'un enfant, il était ainsi généralement admis qu'un enfant ne pouvait avoir lui-même conscience de ce qui lui convenait ou de ce qui était conforme à son intérêt et on refusait dès lors de se préoccuper de ce que l'enfant pensait, exprimait ou demandait.

897. Avec les modifications profondes induites par les sciences psychologiques dans le regard porté sur l'enfance, on a davantage pris conscience de ce que l'éducation équilibrée d'un enfant ne pouvait être réalisée qu'en respectant le rythme de vie, les besoins et les souhaits exprimés par l'enfant. La perspective s'est complètement inversée; non seulement il n'est pas exact de penser qu'un enfant serait nécessairement incapable de percevoir son propre intérêt, mais plus fondamentalement, on peut considérer qu'il est conforme à "*l'intérêt de l'enfant*" de tenir compte de ce qu'il vit, de ce qu'il ressent, et, dès lors, de ce qu'il exprime comme besoin ou comme attente.

Sans doute, n'y a-t-il pas lieu d'accéder nécessairement à tout ce qu'un enfant demande, parce que certaines de ses demandes peuvent lui être préjudiciables; sans doute, ne convient-il pas davantage de solliciter ou de sommer un enfant d'opérer lui-même un choix au profit d'un de ses parents plutôt que de l'autre parent; sans doute, existe-t-il toujours un risque sérieux, chaque fois qu'on est contraint, en raison du litige entre les

(1378) Mons, 28 octobre 1980, Rev.trim.dr.fam. 1981, p. 179.

(1379) Mons, 25 juin 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 341.

parents, d'entendre un enfant, de provoquer pour lui un conflit de loyauté (voy. supra, Titre II, n° 382 et s.).

Mais, comme l'a indiqué le professeur Nicole Dopchie, *"l'avis de l'enfant"* qu'il convient de prendre en considération pour l'attribution de sa garde, même dans son jeune âge, *"veut dire entendre ce que l'enfant a à dire au sujet de lui-même et de ses parents et en tenir compte plutôt que de le considérer comme un objet dont les parents ou le tribunal disposent à leur gré"* (1380).

Un enfant peut se sentir plus à l'aise et mieux intégré, affectivement et psychiquement, chez un de ses parents plutôt que l'autre, ou, inversement, il peut éprouver des difficultés relationnelles avec un de ses parents. Un enfant peut être plus attaché à l'environnement qui est le sien dans un des deux milieux parentaux plutôt que dans l'autre, comme, par exemple, sa maison, son quartier, ses amis, ses activités de loisirs. Ces éléments sont suffisamment importants dans la vie de l'enfant que pour être pris en compte par ses parents et, à défaut d'accord, par le tribunal; le respect de la liberté et des besoins spécifiques de l'enfant est en effet une des conditions du processus qui doit conduire, à terme, à l'autonomie de l'enfant.

Des décisions plus récentes ont dès lors été plus attentives à prendre en considération les souhaits exprimés par l'enfant. Ces décisions ont cependant été prononcées dans le contexte d'une demande en changement de la garde de l'enfant et on y reviendra ultérieurement (infra, n° 945).

3. La reconstitution d'un couple par un des deux parents

898. Alors que jusqu'à une époque récente, la décision prise par un des parents de nouer après la séparation une nouvelle relation de couple avait pu être interprétée comme un signe de laxisme ou d'immoralité, les sciences psychologiques ont apporté, récemment, un éclairage très différent à propos de l'impact pour l'enfant de la vie affective et sexuelle de chacun de ses parents séparés.

Il existe, en effet, un risque sérieux pour le développement psycho-affectif d'un enfant de vivre avec un parent qui n'a plus de partenaire sexuel. Outre que l'identité sexuelle de l'enfant risque d'être compromise, il peut se produire, au plan symbolique, une confusion des générations, lorsque le parent n'est pas suffisamment attentif à maintenir la distance entre les générations et utilise son enfant pour combler ses propres frustrations affectives et sexuelles.

"Pour un enfant à partir de cinq ans - garçon ou fille - il serait préférable, écrit Françoise Dolto, que la mère et le père aient, chacun de leur côté, leur propre vie affective et sexuelle, afin que l'enfant ne soit pas mis dans la situation de se considérer à la fois comme l'enfant et le conjoint de sa mère ou de son père, ce qui bloque sa dynamique de structure. Il est dangereux que le fantasme d'être le conjoint soit comme confirmé par la réalité. Une situation triangulaire est toujours préférable pour l'enfant. Il est mieux pour les enfants des deux sexes que la mère soit à nouveau couplée, surtout si, de son côté, le père vit seul. De même, il est mieux pour les enfants des deux sexes que le père soit couplé, mais surtout pour le garçon, lorsque la mère vit seule. Alors qu'on laisse encore par principe les garçons avec leur mère, qu'elle soit seule ou non, et ce jusqu'à douze, treize, quatorze ans" (1381).

(1380) N. Dopchie, précité, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 360.

(1381) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 42.

899. On ne trouve pas encore d'exemple significatif, dans la jurisprudence belge publiée, d'une telle conception relative à l'attribution du droit de garde des enfants et il reste fréquent qu'une femme vivant seule assume la garde de ses enfants, et même de ses garçons plus âgés, alors que le père a constitué un nouveau ménage avec sa compagne.

Dans une thèse de doctorat consacrée à l'analyse systématique de décisions ayant statué sur une demande de modification du droit de garde d'un enfant, Irène Théry a cependant mis en évidence l'importance qu'avait pu prendre dans les critères retenus par certains magistrats la reconstitution par un des parents d'un *"foyer normal"* (1382). Comme on aura l'occasion de le préciser lors de l'examen de la modification du droit de garde, cette jurisprudence peut cependant être interprétée dans le contexte plus général du souci des tribunaux d'assurer à l'enfant une *"stabilité"* familiale, et elle n'est pas nécessairement indicative d'une prise en compte de l'incidence psycho-affective pour l'enfant de la vie sexuelle de ses parents.

4. Le sexe de l'enfant

900. Un autre critère psycho-affectif qui a été introduit par les sciences psychologiques pour l'attribution du droit de garde d'un enfant est celui du sexe de l'enfant, du moins après les premières années de la petite enfance.

Compte tenu de ce qu'un enfant acquiert sa propre identité selon un processus d'identification à chacun de ses parents (voy. supra, Titre I, n° 224 et s.), il peut être essentiel pour la constitution de l'identité masculine d'un garçon qu'il vive principalement auprès de son père et pour la constitution de l'identité féminine d'une fille qu'elle vive principalement auprès de sa mère.

Ce mode d'éducation des enfants était, en réalité, le mode le plus répandu dans les sociétés traditionnelles. A partir d'un certain âge, le garçon était élevé avec les garçons dans un monde d'hommes et la petite fille était élevée avec les filles dans un monde de femmes. C'est avec l'avènement de la famille bourgeoise, lors de la révolution libérale et capitaliste, que l'éducation des enfants a été de plus en plus confiée aux mères, et ce phénomène s'est accentué avec le rétrécissement de la famille nucléaire, la prolongation de la scolarité, la réduction du nombre des internats et l'augmentation des familles monoparentales.

On a cependant mieux pris conscience, aujourd'hui, des atteintes qui peuvent être portées à l'équilibre psycho-affectif des garçons, lorsqu'ils sont éduqués dans leur environnement maternel sans la présence et le soutien affectif de leur père (supra, Titre I, n° 230 et s. et Titre II, n° 338 et s.). Cette prise de conscience a conduit une psychanalyste comme Françoise Dolto à écrire, sans même y mettre de nuances : *"Même si la mère est remariée, il serait important que le père prenne la responsabilité de son fils lorsque celui-ci est âgé de cinq, sept ans. Son fils a besoin de lui pour son développement d'homme et de futur père. Si le père renonce à s'occuper de lui, il l'oblige à coller à sa mère et à l'homme de celle-ci, si elle en a un; et c'est nuisible"* (1383).

Les magistrats et, d'une manière générale, les hommes et les femmes de notre temps, ont à ce point été formés et habitués à la prise en charge éducative des enfants par leur mère qu'on conçoit difficilement qu'une conception comme celle de Françoise Dolto puisse se

(1382) Voy. I. Théry, La référence à l'intérêt de l'enfant dans la modification du droit de garde après le divorce, thèse, Université Paris V - René Descartes, 1983, et I. Théry, La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés, p. 33, spéc. p. 67.

(1383) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 43.

traduire immédiatement dans les mentalités, dans les moeurs et, dès lors, dans des décisions de justice.

Sans doute, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 février 1984 ⁽¹³⁸⁴⁾ accorde-t-il la garde de deux fillettes de 11 ans et de 9 ans à leur mère, non seulement parce qu'elle est plus disponible que le père, mais aussi parce que *"s'agissant de deux filles, il apparaît plus indiqué et plus conforme à leur intérêt de les confier à leur mère qui les a elle-même élevées"*. Cet arrêt n'est cependant pas suffisamment significatif, parce qu'il confie la garde des enfants à leur mère et on pourrait dès lors n'y voir que la confirmation de la préférence reconnue traditionnellement à la mère.

On ne trouve par contre pas encore, dans la jurisprudence belge publiée ⁽¹³⁸⁵⁾, de décision qui aurait expressément considéré qu'un garçon devrait, à partir de 5-7 ans, être éduqué par préférence par son père.

5. Le respect de la relation de l'enfant avec chacun de ses parents

901. Un dernier critère qui a récemment été pris en considération pour l'attribution du droit de garde de l'enfant est celui de la capacité respective de l'un et l'autre des parents de laisser à l'enfant la possibilité de continuer à vivre sans entraves, au fil des différentes phases de sa vie quotidienne d'enfant de parents séparés, le lien d'attachement et d'affection qui l'unit à chacun de ses parents.

Un tel critère correspond à la prise de conscience récente (voy. supra, Titre II, n° 357) de la nécessité, pour l'enfant de parents séparés, de bénéficier de la présence et du soutien de chacun de ses parents et de vivre une véritable relation affective tant avec son père qu'avec sa mère, sans que l'un de ceu-ci, au prétexte de sa colère ou de sa rancune, n'interfère dans ce droit fondamental de l'enfant et n'utilise son enfant pour régler ses comptes avec son ex-conjoint, soit en empêchant l'enfant, consciemment ou inconsciemment, d'aimer librement l'autre parent, soit en incitant l'enfant à développer lui-même des sentiments d'agressivité à l'égard de l'autre parent.

Dans la mesure où de tels comportements se révèlent gravement préjudiciables pour l'enfant et constituent un détournement de la fonction parentale, on devrait, alors, considérer qu'un tel parent est moins apte que l'autre parent à exercer la responsabilité de la garde de l'enfant.

L'attribution, par contre, du droit de garde à celui des parents qui démontre sa capacité psychique à accepter, malgré la séparation, l'effectivité de la présence de l'autre parent dans la vie de son enfant augure davantage de la possibilité concrète pour l'enfant de rester en relation avec chacun de ses parents. Il n'est au demeurant pas rare que certains enfants motivent expressément leur demande d'être confiés à un parent plutôt qu'à l'autre parent par la considération qu'ils se sentiront plus libres, chez ce parent, de rencontrer l'autre parent, en accord avec leur propres souhaits et leurs propres sentiments.

902. Ce critère d'attribution du droit de garde - qui paraît effectivement un critère essentiel - n'est cependant apparu que récemment dans nos systèmes juridiques, parce qu'il procède d'une lecture nouvelle du divorce et de ses répercussions sur l'enfant.

(1384) Bruxelles, 15 février 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 101.

(1385) On notera cependant qu'un jugement inédit du Tribunal de la jeunesse de Bruxelles a, en confiant la garde d'un garçon de neuf ans à son père, expressément affirmé que *"la garde du père permettra à l'enfant de se structurer plus facilement dans son identité masculine"*.

Aussi longtemps que la collectivité stigmatisait le divorce et que les divorcés étaient contraints de se justifier et de se déculpabiliser en affirmant la culpabilité de l'autre, on pouvait avoir tendance à comprendre, voire même à excuser le parent qui exprimait son agressivité ou sa vengeance à l'égard de l'autre parent, et le corps social lui-même contribuait souvent à exclure un des parents de la vie de son enfant.

La prise en compte des valeurs de liberté et d'égalité dans l'aménagement des relations familiales a amené à poser un regard très différent sur le phénomène du divorce et sur les besoins de l'enfant de parents séparés, et elle permet d'expliquer, aujourd'hui, la particulière attention qui est portée, lors d'une séparation conjugale, à l'aptitude et à la volonté manifestées par chacun des parents de respecter, dans l'intérêt de l'enfant, la dignité et les qualités de l'autre parent.

Il est dès lors significatif que, dans la loi concernant le divorce et les mesures accessoires, adoptée le 23 janvier 1986 par le Parlement canadien pour l'ensemble des provinces du Canada et entrée en vigueur le 1er juin 1986, le législateur canadien ait expressément prévu, à l'article 16 (10), qu'en se prononçant sur la garde des enfants des époux, le tribunal *"applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contacts compatibles avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact"* (1386).

903. Dans la jurisprudence belge publiée, un jugement du tribunal de la jeunesse de Liège du 27 juin 1990 (1387) met également en exergue ce critère novateur.

"Les deux critères, selon le tribunal, applicables pour déterminer le parent gardien sont les suivants :

- *qui, du père ou de la mère, est le plus apte à s'occuper de l'enfant;*
- *lequel des deux parents veillera à respecter le mieux l'image de l'autre chez l'enfant".*

En l'espèce, le père avait, lors d'une des audiences devant le tribunal, accusé la mère d'administrer des médicaments à la fille des parties. Le tribunal avait ordonné sur le champ un examen médical de l'enfant qui se révéla négatif. Aux yeux du magistrat, les accusations portées par le père étaient *"de nature à ternir gravement l'image maternelle dans l'esprit d'une adolescente au demeurant fragile"*. Le tribunal décida dès lors de confier le droit de garde de l'enfant à sa mère.

C'est, semble-t-il, la seule décision publiée en Belgique qui ait exprimé aussi clairement le souci d'un magistrat de prendre en compte le droit fondamental de l'enfant d'obtenir de chacun de ses parents qu'il respecte sa double filiation (1388).

Un autre magistrat de la jeunesse a cependant aussi, dans une décision non publiée, confié le droit de garde d'un enfant à sa mère, en constatant expressément que *"la mère se*

(1386) Ce critère correspond à ce qu'on a appelé, dans la jurisprudence nord-américaine, la doctrine du *"friendly parent"*. Voy. A. Mayrand, La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale, Revue du barreau canadien, vol. 87, 1988, p. 203.

(1387) Trib. jeun. Liège, J.D.J. n° 7, septembre 1990, p. 41.

(1388) Voy. égal., de manière implicite, civ. Namur, réf. 18 octobre 1985, Jur. Liège 1986, p. 47 qui ordonne une étude sociale aux fins, notamment, de déterminer *"de quelle volonté chacune des parties est réellement animée pour préserver les enfants de dissensions qui ne les concernent pas"*.

montre nettement plus positive à l'égard du père que l'inverse" (1389). Cette décision est également significative d'une évolution, dans les milieux spécialisés des magistrats de la jeunesse, des conceptions et des mentalités à propos des besoins fondamentaux d'un enfant de parents séparés.

§ 2. LA GARDE ALTERNEE OU PARTAGEE

A . Le modèle nouveau de la garde alternée

904. La garde alternée ou partagée est un mode d'exercice du droit de garde de l'enfant selon lequel chacun des parents, alternativement, pendant des périodes relativement égales, prend l'enfant seul en charge et lui assure les soins et la surveillance qui lui sont nécessaires. Les parents se partagent par conséquent la responsabilité de la garde de l'enfant, soit qu'ils se relaient à leur ancien domicile commun où l'enfant continue à résider de manière permanente, soit, plus fréquemment, que l'enfant séjourne, en alternance, au domicile de chacun de ses parents, en manière telle qu'il a deux domiciles familiaux.

La durée du séjour de l'enfant auprès de chacun de ses deux parents varie selon les différentes formules de garde alternée et correspond à des séquences tantôt strictement égales, c'est-à-dire une moitié du temps d'existence chez chacun des parents, tantôt inégales, comme par exemple un deux tiers-temps chez un des parents et un tiers-temps chez l'autre parent. En général, la période passée sans interruption chez un des parents n'excède pas deux semaines, encore qu'on ait connu, en France, des alternances d'une année - une année, mais ce système, qui fut très critiqué, ne s'est, semble-t-il, pas réellement répandu.

Les différents systèmes de garde alternée se présentent dès lors, le plus souvent, selon les modalités suivantes :

- une semaine - une semaine chez chacun des parents;
- quinze jours - quinze jours chez chacun des parents;
- le lundi et le mardi chez un des parents, le mercredi et le jeudi chez l'autre parent et un week-end sur deux chez chacun des parents, en manière telle que les séquences de vie de l'enfant dans chacun de ses deux domiciles familiaux se déroule selon le rythme deux jours chez le père - deux jours chez la mère - cinq jours chez le père - cinq jours chez la mère;
- une semaine sur deux et les deux premiers jours de la seconde semaine chez un des parents (généralement la mère) et le mercredi de la seconde semaine à partir de midi ou du soir jusqu'au lundi à la rentrée des classes chez l'autre parent.

Mais on peut envisager d'autres variantes et, notamment, adapter un système de garde alternée aux situations professionnelles particulières des parents, en prévoyant, par exemple, que l'enfant séjournera chez un de ses parents une semaine sur trois, ou tous les week-ends, ou un mois tous les trois ou quatre mois, chaque fois qu'un des parents, en raison des contraintes de sa profession ou de voyages à l'étranger, se trouve indisponible au cours de ces périodes, alors que l'autre parent peut offrir cette disponibilité.

(1389) Trib. jeun. Bruxelles, inédit.

Voy. égal. la décision inédite prononcée par le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles qui, dans une procédure de modification du droit de garde après divorce, transfère la garde d'un garçon de sa mère à son père en constatant, notamment, que l'enfant *"supporte mal d'entendre les critiques dont son père fait l'objet dans le milieu maternel"*.

905. La solution de la garde alternée, qui est apparue progressivement dans les mœurs avec l'augmentation considérable des divorces, à partir des années 70, a été, à l'origine, vivement critiquée, tant par les juristes que par les spécialistes en sciences psychologiques.

C'est toutefois dans les milieux juridiques et judiciaires que la résistance a été et reste la plus vigoureuse (1390).

La critique la plus récurrente formulée à l'égard de la garde alternée est qu'elle sacrifie les besoins des enfants aux besoins ou aux désirs des parents. C'est un système qui aurait été conçu pour satisfaire l'amour-propre de parents revendiquant tous les deux d'exercer la garde de leur enfant et ne voyant d'autre compromis que de se le partager (1391). *"Comparable au jugement de Salomon, a écrit Marie-France Nicolas-Maguin, (la garde alternée) rend justice à chacun des parents en leur sacrifiant l'enfant traité et partagé comme un acquêt du ménage"* (1392).

(1390) En Belgique, le système de la garde alternée avait été critiqué de façon virulente par feu le Procureur du Roi de Bruxelles F. Poelman, in "Une année de divorces par consentement mutuel à Bruxelles, Eléments statistiques et commentaires", J.T. 1979, p. 5, où l'auteur parle de la *"déraison"* de parents qui se jugent capables de réussir *"ce tour de force inédit"*, et in "Pour une réforme urgente du divorce par consentement mutuel", J.T. 1982, p. 370, où l'auteur, de façon plus idéologique que scientifique, décrit les conséquences pathogènes de la garde alternée : *"Combien de juges de la jeunesse ne recueillent-ils pas de ces jeunes garçons ou de ces adolescents qui ont fugué, volé par compensation ou tenté une aventure sentimentale précoce et désastreuse pour échapper à la situation difficilement supportable où les plongeait de tels partages"*. Si l'on devait suivre l'analyse du Procureur du Roi Poelman, on en arriverait à conclure que la garde alternée, parce qu'elle est invivable pour l'enfant, conduit à terme à la délinquance juvénile ou au vagabondage. On peut se demander sur quelles bases objectives F. Poelman a pu, en 1982, soutenir sérieusement une telle affirmation, alors que le régime de la garde alternée ne venait que d'entrer dans les mœurs en Belgique depuis quelques années. Dans son étude publiée en 1979, l'auteur indiquait d'ailleurs qu'il n'avait recensé, au cours de l'année 1977, qu'un seul cas de garde alternée sur 675 dossiers de divorce par consentement mutuel. Où l'auteur avait-il dès lors pu repérer et observer, sinon sans doute dans son imagination, ces prétendus adolescents délinquants et vagabonds qui auraient échoué auprès d'un grand nombre de juges de la jeunesse, parce qu'ils auraient vécu sous le régime de la garde alternée ?

(1391) Voy. F. Poelman, J.T. 1982, p. 370 qui considère que les parents trouvent dans la garde alternée *"un remède efficace à leurs maux, un moyen de guérir les blessures d'amour-propre et de sauver leur honneur de partenaires à part entière"*.

(1392) M.F. Nicolas-Maguin, A propos de la garde conjointe des enfants de parents séparés, D. 1983, Chron., p. 111 et s., n° 9. Voy. égal. M.T. Meulders-Klein, Vers la co-responsabilité parentale dans la famille européenne, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 19 qui considère que les formules de garde alternée *"constituent en fait un véritable partage de la personne même de l'enfant, ainsi redevenu objet, et généralement objet silencieux des transactions parentales"*.

Les critiques traditionnellement formulées en France et en Belgique francophone à l'égard de la garde alternée s'appuient généralement sur les réflexions formulées dans un rapport rédigé en mars 1981, à la demande du Ministre délégué auprès du Premier Ministre français chargé de la Famille et de la Condition Féminine, Madame Monique

En d'autres termes, la garde alternée serait une solution adoptée par des parents égoïstes qui utiliseraient leur enfant pour combler leurs propres besoins et se révéleraient incapables d'organiser pour leur enfant un mode de vie prenant en compte ses besoins de stabilité et de continuité.

Une telle critique correspond peut-être à une certaine réalité. Il est sans doute vrai que, dans un certain nombre de situations, les parents, en organisant une garde alternée, mettent en place une solution qui correspond à leurs propres convenances, sans réellement se préoccuper de l'adéquation de ce mode de garde aux besoins concrets de leur enfant. Certaines gardes alternées s'expliquent vraisemblablement par des considérations strictement personnelles aux parents qui éprouvent la nécessité de se libérer professionnellement l'un et l'autre, à tour de rôle, ou qui veulent satisfaire leur propre plaisir de vivre régulièrement avec leur enfant, ou qui sont mus par le besoin de combler par la présence de leurs enfants le vide affectif auxquels ils sont confrontés après une séparation.

Les attentes de certains parents peuvent d'ailleurs être très inconscientes. Comme l'a montré la psychologue L. Fabre ⁽¹³⁹³⁾, la garde alternée peut être un moyen inconscient, pour les deux époux, de *"canaliser l'angoisse provenant de la séparation"*, et d'éviter le deuil de la désunion de la famille en maintenant par un *"rituel temporel"* un lien permanent entre les deux parents.

906. Il n'est donc pas impossible que la garde alternée constitue parfois ou même souvent un système organisé par les parents en fonction de leurs propres désirs ou de leurs propres intérêts.

Pelletier, par un groupe de travail composé de juristes, de psychologues, de sociologues et de fonctionnaires. Ce rapport - généralement appelé rapport Pelletier - était consacré à la problématique générale de *"la garde des enfants du divorce"* et il contenait une page et demi relative à la garde alternée. On trouve formulée dans ce rapport l'observation selon laquelle la garde alternée répondrait souvent *"à une volonté d'annuler les conséquences du divorce"* parce que *"pour que personne ne perde, l'enfant est partagé"*.

Le rapport Pelletier - qui paraît effectivement défavorable au régime de la garde alternée - ne peut cependant pas, semble-t-il, être considéré comme une référence précise et rigoureuse permettant de juger le régime de la garde alternée. Il faut savoir en effet qu'à l'époque où le rapport Pelletier fut rédigé, la garde alternée s'était manifestée en France comme une pratique qui consistait à changer le droit de garde et d'éducation de l'enfant lors de chaque année scolaire. Or, personne ne conteste qu'un tel système est effectivement très peu satisfaisant pour l'enfant. Par ailleurs, les membres du groupe de travail disent expressément avoir été influencés par des exemples qui leur ont été donnés *"d'évolution franchement pathologique à propos d'enfants de moins de trois ans, coupés entre deux milieux éloignés géographiquement ou simplement très différents"*. De tels exemples ne peuvent effectivement que susciter une particulière prudence voire même la méfiance. Mais les auteurs du rapport n'ont pas travaillé, d'après les indications qu'ils fournissent, sur des cas de garde alternée réussie ou simplement satisfaisante, et il était d'ailleurs trop tôt, en 1981, en France, pour procéder à un tel constat. Enfin, il est important de préciser que les rapporteurs ont prudemment assorti leur critique de la garde alternée d'une réserve qui faisait ressortir qu'elle leur paraissait contraire à l'intérêt de l'enfant *"notamment pour les enfants de moins de cinq ans"*.

⁽¹³⁹³⁾ L. Fabre, Un nouveau mode de garde : la garde alternée, Réflexions sur le vécu de la séparation chez les parents qui exercent la garde alternée, Le journal des psychologues, juin 1985, n° 28, p. 36.

On fera cependant immédiatement observer qu'à supposer même que les parents cherchent principalement, dans un régime de garde alternée, à y trouver leur propre compte, il n'en résulterait pas nécessairement qu'une telle formule de garde causerait certainement un préjudice à l'enfant (1394). Au contraire, un système d'aménagement de la vie quotidienne de la famille, après la séparation, qui convient à chacun des parents, présente, en tout cas, l'avantage de ne pas faire supporter par l'enfant le poids du désaccord ou de la frustration de ses parents.

Par ailleurs, on ne doit pas perdre de vue qu'en réalité tout système de garde peut procéder de la volonté d'un des parents de faire prévaloir ses propres intérêts. La revendication d'un des parents d'exercer la garde exclusive de l'enfant peut, aussi, être inspirée par des considérations strictement personnelles à ce parent qui, notamment, réclame de pouvoir vivre avec son enfant parce qu'il a besoin de sa présence, ou qu'il ne parvient pas à accepter que l'enfant ne lui "*appartienne*" pas mais soit aussi l'enfant d'un autre parent, ou qui ne peut pas tolérer que l'enfant puisse être accueilli et éduqué dans un autre foyer où les valeurs, les conceptions ou les modes d'existence seraient différents. A la base d'une revendication de garde exclusive, on peut régulièrement déceler, au-delà des discours artificiellement construits dans l'arène judiciaire, le besoin fusionnel d'un des parents de s'identifier à son enfant et d'obtenir que son enfant s'identifie à lui, dans le rejet ou l'exclusion de l'autre parent. Dans ce type de situations, l'intérêt de l'enfant peut être beaucoup plus gravement sacrifié à l'intérêt égoïste du parent qui exige sa garde exclusive que dans une situation de garde alternée, et un juge peut très bien, à son insu, contribuer à cautionner une telle démarche profondément préjudiciable à un enfant, sous le prétexte de la prétendue nécessité de mettre en oeuvre dans l'intérêt égoïste de cet enfant une solution de garde exclusive plutôt qu'une solution de garde alternée. Inversement, la facilité avec laquelle certains parents - généralement des pères - abandonnent à l'autre parent la responsabilité de garder l'enfant et d'assurer sa prise en charge quotidienne, sans s'y impliquer, peut, souvent, être interprétée comme une démission qui trouve aussi son explication dans la volonté de ce parent de faire prévaloir ses intérêts propres et ses préoccupations personnelles sur les besoins de son enfant.

La garde alternée n'a dès lors certainement pas - loin s'en faut - le monopole d'être représentative d'un mode de comportement parental qui ignorerait, éventuellement, le bien-être de l'enfant.

En réalité, quel que soit le régime de garde adopté par les parents, son adéquation ne peut être appréciée qu'en fonction de la situation particulière des parents et de l'enfant, et tout doit être ramené, dans chaque situation, au niveau de maturité des parents et à leur capacité d'organiser concrètement pour leur enfant un système de garde qui prend réellement en compte les besoins de l'enfant et les caractéristiques spécifiques de sa personnalité. Et ce n'est pas parce que certains parents recourent à un système de garde alternée pour satisfaire, peut-être, leurs propres besoins, que tous les parents qui choisissent ce mode de garde n'ont pas le souci du bien-être de leur enfant et que la garde alternée est, nécessairement, dans toutes les situations, une mauvaise solution pour l'enfant.

907. Il est dès lors indispensable, avant de porter un jugement de valeur sur la garde alternée, de situer préalablement le regard critique qui a été originairement posé sur ce

(1394) La solution qui consiste, pour des parents qui exercent une activité professionnelle, à placer un très jeune enfant dans une crèche ou chez une gardienne est aussi inspirée par l'intérêt des parents ou, en tout cas, par les exigences de leur choix d'existence. Or il n'est pas établi que ce système de garde cause nécessairement un préjudice à l'enfant. Il n'empêche que de jeunes mères ont été, à l'époque, vivement critiquées parce qu'elles sacrifiaient à la satisfaction de leurs propres intérêts l'intérêt de leur enfant.

mode de garde dans son contexte idéologique, car, comme l'a fait observer Hugues Fulchiron, sans peut-être se rendre compte de toute la portée de son observation, "*à vrai dire, l'hostilité presque générale à l'égard de la garde alternée repose plus sur une opinion de bon sens que sur des données scientifiques*" (1395). Or, chacun sait que le bon sens, c'est-à-dire le sens intuitif de ce qui est bon est, par essence, relatif et ne fait que refléter les représentations mentales et culturelles véhiculées dans une société à une époque donnée de son histoire.

Lorsqu'on a, à l'origine, mis en exergue les inconvénients de la garde alternée, on raisonnait encore dans un environnement fortement marqué par une vision traditionnelle du divorce et de ses effets pour l'enfant. Le divorce était en effet perçu comme un éclatement de la famille de l'enfant et les relations entre deux époux qui se séparaient ne pouvaient plus, pensait-on, qu'être traversées par l'hostilité ou l'agressivité, en manière telle que la cellule familiale d'origine se dissociait nécessairement, lors de la séparation, en deux cellules familiales antagonistes et il fallait, inévitablement, dans l'intérêt de l'enfant, en choisir une des deux qui constituerait désormais sa famille. Par ailleurs, depuis la révolution bourgeoise du XVIII^{ème} siècle, jusqu'il n'y a guère longtemps, la fonction de garde des enfants était essentiellement assumée par un seul des parents, la mère. Si la mère avait assumé exclusivement cette responsabilité lorsque la famille était unie, a fortiori devait-elle, pensait-on, continuer à l'assumer lorsque la famille se désunissait. Enfin, la conception que l'on se faisait de la fonction d'éducation d'un enfant impliquait nécessairement qu'on veille à assurer à l'enfant l'unité de ses références éducatives, puisque l'éducation consistait essentiellement à transmettre à l'enfant des valeurs, des conceptions et des connaissances auxquelles il devait se soumettre. Cette unité d'éducation supposait dès lors que l'enfant puisse être rattaché à un foyer stable et unique et à un modèle éducatif stable et unique.

C'est en raison de ces diverses considérations qu'on ne concevait pas d'autre mode de garde, lors du divorce, que la garde exclusive. On comprend dès lors que, dans un premier temps, la garde alternée fut jugée hors normes et contraire à ce qu'Hugues Fulchiron a appelé le "*bon sens*". On peut comprendre, aussi, qu'un notaire belge ait même qualifié, en 1981, la garde alternée de "*système farfelu en droit et en fait*". (1396)

Le rejet de la garde alternée s'est par conséquent inscrit dans un contexte social et culturel précis où on ne raisonnait que par rapport au modèle de la garde exclusive. On observera, d'ailleurs, que les caractéristiques du modèle de la garde exclusive correspondent à une organisation des relations familiales et à un regard sur l'enfance qui sont davantage déterminés par le processus disciplinaire-autoritaire que par le processus de personnalisation.

(1395) H. Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, p. 137.

On tiendra compte, pour déterminer la portée de l'observation de l'auteur, de ce que la garde alternée, lorsqu'elle fut vivement critiquée en France, était fréquemment comprise comme un système qui confiait, à tour de rôle, à chacun des parents, l'exercice exclusif de l'ensemble des prérogatives de l'autorité parentale. Or il est évident qu'un certain "*bon sens*" a rapidement conduit à écarter ce système qui ne correspondait pas aux exigences élémentaires de l'éducation d'un enfant.

(1396) Voy. l'intervention du notaire Georges Mahieu aux Journées notariales du 18 septembre 1981 à Huy, cité dans l'avis du ministère public précédant civ. Liège, 1983, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 302.

Il est significatif de constater que, dans un ouvrage qu'il publia six ans plus tard, le notaire Mahieu exprima une opinion beaucoup plus nuancée, en faisant état de ce que selon lui "*la garde alternée n'est en général pas souhaitable pour les enfants*" (Divorce et séparation de corps, p. 189, n° 255).

908. Par contre, au fur et à mesure du changement de perception induit par la pénétration des valeurs individualistes dans les comportements familiaux, on vit apparaître une lecture fort différente de la garde alternée.

C'est que, quoi qu'aient pu en penser les autorités judiciaires, la garde alternée commença, à tort ou à raison, à s'imposer dans les mœurs, par l'effet de la volonté d'un certain nombre de parents qui choisissaient ce système pour organiser la vie de leurs enfants après la séparation.

Un ouvrage publié au Québec en 1991 ⁽¹³⁹⁷⁾ décrit les résultats d'une recherche, menée en 1988 et 1989 auprès d'un certain nombre de parents et d'enfants qui vivaient sous le régime de la garde alternée. Cet ouvrage rend dès lors compte de ce que ces parents et ces enfants ont dit de la garde alternée dans leur vécu quotidien, et il en fait ressortir davantage d'aspects positifs que négatifs. Selon le mot d'un de ces enfants, *"la garde partagée, c'est ce qui peut nous arriver de mieux dans le pire"* ⁽¹³⁹⁸⁾. Comme l'indique, en tout cas, la note introductive de l'ouvrage, *"la garde partagée témoigne de notre époque"* ⁽¹³⁹⁹⁾.

Le contexte idéologique et culturel dans lequel s'inscrit la mise en oeuvre d'une garde alternée s'éloigne en effet du prisme traditionnel à travers lequel notre société avait perçu le phénomène du divorce. Le divorce d'un homme et d'une femme qui instituent une garde alternée de leur enfant n'est plus analysé comme l'éclatement de la famille de l'enfant, mais comme une organisation nouvelle et différente des relations familiales, par l'aménagement de deux lieux d'habitation dans lesquels l'enfant pourrait continuer à se sentir *"chez lui"*. La rupture entre les parents n'est dès lors plus vécue comme impliquant, par elle-même, l'impossibilité de continuer à se respecter et à se parler; elle peut être vécue dans le maintien d'une relation, c'est-à-dire d'une communication et d'un dialogue.

Par ailleurs, les parents qui pratiquent la garde alternée sont généralement des parents qui, avant la séparation, s'étaient déjà partagé la fonction de garde de l'enfant et ils n'aperçoivent pas pour quelle raison ils ne continueraient pas à la partager, malgré leur séparation. C'est d'ailleurs dans les milieux sociaux où s'est produite la plus grande égalisation des rôles respectifs de l'homme et de la femme, c'est-à-dire les classes moyennes, que se pratique, le plus fréquemment, la garde alternée.

Enfin et surtout, la garde alternée traduit une perception nouvelle des besoins fondamentaux de l'enfant de parents séparés. Ce qui est essentiel pour cet enfant, comme l'ont clairement montré des études comme celles de J. Wallerstein et J. Kelly ou J.J. Guillarmé et P. Fuguet (supra, Titre II, n° 359) est de conserver un véritable lien d'attachement avec chacun de ses deux parents. La sécurité ontologique d'un enfant, le sentiment d'estime de soi, la possibilité de s'identifier à ses parents et l'aptitude à conquérir son autonomie sont davantage préservés lorsque l'enfant peut vivre avec chacun de ses deux parents. Contrairement à ce qu'on avait pu penser précédemment, la continuité, au-delà de la séparation, du lien de l'enfant avec chacun de ses deux parents est souvent plus essentielle pour assurer la sécurité psycho-affective d'un enfant que l'unité de son habitation ou l'unité du modèle éducatif.

⁽¹³⁹⁷⁾ C. Guilmaine, *La garde partagée. Un heureux compromis*, Stanké, Montréal, 1991.

⁽¹³⁹⁸⁾ *ibidem*, p. 9.

⁽¹³⁹⁹⁾ J. Ghedin Stanké, in C. Guilmaine, *La garde partagée*, p. 8.

L'idée maîtresse de la garde partagée est dès lors, selon Claudette Guilmaine, *"le maintien du lien et de l'engagement des parents dans le quotidien de l'enfant"* (1400). Pour les parents qui pratiquent la garde alternée, un père et une mère ne peuvent pleinement assumer leur rôle de parents dans l'ensemble des tâches et des responsabilités qui leur incombent que s'ils vivent, l'un et l'autre, dans le quotidien, avec leur enfant. Ces parents considèrent que le lien qui s'établit avec un enfant, au cours du traditionnel droit de visite d'un week-end sur deux, est trop sporadique et trop artificiel pour permettre une véritable relation. On n'y partage que le plaisir et les loisirs; la relation est fondée sur la séduction et elle s'inscrit hors de toute discipline. Ni le parent ni l'enfant ne vivent comme ils sont. Ils construisent un type d'échange qui ne s'ancre pas dans la réalité. Ce mode de relation gomme aussi bien la spontanéité des personnalités respectives que les difficultés des événements quotidiens, elle efface la fonction de parent inscrit dans le réel de la formation et de l'éducation de l'enfant et elle nivelle les générations. Comme le faisait observer un père, *"la différence entre une garde partagée et des visites, c'est que tes enfants ne sont pas seulement tes amis, ils savent qu'ils sont tes enfants"* (1401).

Pour les enfants qui vivent un régime de garde alternée, ce mode de garde leur permet de conserver le soutien affectif de chacun des parents; ils reçoivent le message, dans leur vie quotidienne, qu'ils sont aimés de leurs deux parents et que chacun d'entre eux veut être réellement présent dans son existence d'enfant. Chacun des parents reste valorisé dans son rôle différent et complémentaire et l'enfant, qui n'est pas approprié exclusivement par un de ses parents, se sent libre d'aimer à la fois son père et sa mère. Il peut aussi, même s'il doit faire l'effort de s'adapter à des changements et à des déménagements récurrents, faire l'expérience des différences, acquérir un sens de l'ouverture et de la tolérance et développer sa propre autonomie. Ce sont ces raisons qui expliquent que les enfants eux-mêmes exprimaient, le plus souvent, quelles que fussent leurs motivations, une préférence pour la garde partagée (1402). Comme l'a indiqué un enfant : *"toi, tu es triste parce que tu as perdu papa, mais nous, on n'a perdu ni l'un ni l'autre"* (1403).

D'autres études avaient également été menées aux Etats-Unis (1404) auprès de parents qui

(1400) C. Guilmaine, *ibidem*, p. 18.

(1401) *ibidem*, p. 29

(1402) *ibidem*, p. 45.

(1403) *ibidem*, p. 9.

(1404) Voy. A. Abarbanel, *Shared Parenting after Separation and Divorce : A Study of Joint Custody*, *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 49, 1979, p. 320 qui étudia de manière approfondie le mode d'existence de quatre familles divorcées qui avaient organisé de commun accord une garde alternée et qui considéra que les enfants s'étaient correctement adaptés à ce système de garde, qu'ils avaient réellement la possibilité de conserver deux parents psychologiques et qu'ils ne souffraient pas du sentiment de perte ou de colère souvent éprouvé par les enfants de parents divorcés; D. A. Luepnitz, *Child Custody : A Study of Families after Divorce*, Lexington Books, Toronto, 1982, qui procéda à une étude comparative de seize familles avec garde exclusive à la mère, seize familles avec garde exclusive au père et dix-huit familles avec garde conjointe et/ou alternée, et qui constata que deux-tiers des enfants en garde exclusive étaient insatisfaits du nombre de visites du parent non gardien, tandis qu'à la différence des enfants en garde exclusive, les enfants en garde alternée entretenaient des relations approfondies et

pratiquaient volontairement une garde alternée et ces études - de type comportemental - avaient également fait apparaître que la grande majorité des parents et des enfants considéraient que ce système de garde était plus satisfaisant que le système de la garde exclusive (1405).

909. Dans l'état actuel de nos informations et de nos connaissances, il semble dès lors que la solution de la garde alternée comporte souvent plus d'avantages que la garde exclusive. L'observation des faits montre, en effet, que l'exercice d'une fonction parentale significative par chacun des deux parents implique que le père et la mère puissent disposer de périodes de vie commune avec l'enfant suffisamment longues et suffisamment récurrentes. Lorsque le contact entre un des parents et l'enfant se limite aux visites traditionnelles, le manque de temps et le contexte superficiel de la rencontre inhiberaient la libre expression par l'enfant et par le parent non gardien de leurs sentiments et de leurs émotions; tant l'enfant que le parent se retiendraient de dire ce qu'ils pensent, par peur d'être subséquemment privés d'une nouvelle visite. C'est comme si la relation entre le parent non gardien et l'enfant n'était pas suffisamment solide et suffisamment spontanée; à défaut de s'approfondir, elle risquerait alors de s'effiloche au fil des années.

Par ailleurs, comme dans toute relation humaine, c'est lorsque les parents et l'enfant passent réellement du temps ensemble que les parents apprennent à percevoir les besoins réels de leur enfant et sont stimulés à procurer à l'enfant ce qui lui est nécessaire. Un parent qui ne vit pas quotidiennement avec un enfant manifeste dès lors moins de préoccupations pour la vie de son enfant et s'investit moins dans son éducation. Il paraît acquis, selon les différentes études qui ont été effectuées, que lorsque les contacts entre

spontanées avec chacun de leurs deux parents et que trois-quarts des enfants en garde alternée trouvaient agréable et intéressant d'être confrontés à deux styles de vie différents; J. Greif-Brown, *Fathers, Children and Joint Custody*, American Journal of Orthopsychiatry, vol. 49, 1979, p. 311 qui interrogea quarante pères divorcés, dont huit pratiquaient une garde alternée, et qui constata qu'à la différence des pères qui ne faisaient qu'exercer un droit de visite, ces huit pères étaient davantage satisfaits de leur relation avec leur enfant et s'impliquaient davantage dans tous les aspects du développement et de l'éducation de leur enfant; S. Steinman, *The Experience of Children in a Joint Custody Arrangement: A Report of a Study*, American Journal of Orthopsychiatry, vol. 51, 1981, p. 403 qui étudia le mode d'existence de trente-deux enfants qui vivaient au sein de vingt-quatre familles sous le régime de la garde alternée et qui constata que ces enfants ne souhaitaient pas changer leur système de garde, que la majorité d'entre eux s'étaient bien adaptés à leur mode de vie, même si certains enfants étaient particulièrement attentifs à se montrer loyaux à l'égard de chacun de leurs deux parents, et que la possibilité offerte à l'enfant de conserver le soutien affectif et éducatif de ses deux parents l'aidait de façon significative à s'adapter à la situation de divorce.

(1405) On observera cependant que la garde alternée est critiquée par certaines organisations féministes et, notamment, aux Etats-Unis, par le N.O.W. Voy. la synthèse de ces critiques féministes dans l'étude du professeur québécois Renée Joyal-Poupard, *La garde partagée*, in *Le droit de la famille au Canada, Nouvelles orientations*, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, Ottawa, 1985, p. 115. Une première objection est tirée de ce qu'en raison de la situation souvent subalterne des femmes sur le marché du travail, leur rôle de mère reste leur principale source de satisfaction personnelle et un grand nombre de femmes perdraient dès lors une part essentielle des objectifs de leur existence si elles devaient partager les responsabilités éducatives avec le père. Une deuxième objection est tirée de ce que le partage de la garde réduit forcément le montant de l'aide financière apportée par le père et risque dès lors d'entraîner un déficit des ressources de la mère. Les mouvements féministes considèrent d'ailleurs que ce facteur financier joue fréquemment dans la demande de garde partagée formulée par le père.

un des parents et l'enfant sont trop courts et trop espacés, il existe un risque considérable que le droit de visite cesse, un jour, de s'exercer et, aussi, que le parent non gardien cesse de payer sa contribution alimentaire à l'entretien de l'enfant. Ce serait dès lors souvent une vue de l'esprit, dans le monde des juristes, de vouloir dissocier la problématique de l'exécution des obligations alimentaires de la problématique de l'organisation de la relation de l'enfant avec chacun de ses deux parents.

Toutes ces raisons expliquent que certains auteurs aient dès lors préconisé que, dans toute la mesure du possible, l'enfant puisse, après la séparation de ses parents, conserver une relation suffisamment significative avec chacun de ses deux parents ⁽¹⁴⁰⁶⁾.

910. Sans doute n'a-t-on pas encore pu apprécier toutes les incidences sur la formation de la personnalité d'un enfant d'un régime de garde alternée et c'est certainement une des raisons pour lesquelles d'autres auteurs ont soulevé de sérieuses réserves à l'égard de la garde alternée.

On peut notamment se demander si la garde alternée ne dissimule pas une difficulté des parents non seulement à faire le deuil de leur couple conjugal (voy. supra, n° 905) mais, surtout, une incapacité des parents à mettre en oeuvre des règles claires et précises pour l'éducation de leurs enfants. N'est-elle pas, en définitive, une manière aisée de ne rien décider et de ne rien trancher, en laissant un enfant naviguer au gré des vents, selon l'humeur et la disponibilité des parents. Ne constitue-t-elle pas un procédé commode qui dispenserait les parents d'organiser une structure éducative pour l'enfant; chaque parent "aurait" pour lui son enfant, pendant une certaine période, l'hébergerait à sa résidence comme on accueille un hôte ou comme on s'occupe d'une poupée, et puis s'en débarrasserait auprès de l'autre parent, en lui laissant, pendant une autre période, la charge de l'enfant. La garde alternée ne permettrait-elle pas, en d'autres termes, aux parents de démissionner de leurs responsabilités parentales, en ne se préoccupant pas de la nécessaire continuité de l'éducation de l'enfant et en s'abstenant de formuler une "loi familiale" (voy. supra, Titre II, n° 371) structurante pour l'élaboration de la personnalité de l'enfant. C'est en raison de cette menace pour l'équilibre psycho-affectif de l'enfant qu'on a parfois utilisé, pour qualifier la garde alternée, le terme de "nomadisme". Ce n'est pas tellement parce qu'un enfant aurait deux habitations et deux chambres qu'il serait un "nomade"; telle est aussi la situation de l'enfant qui vit un régime de droit de visite et telle est, d'ailleurs, la situation d'un enfant d'un couple uni qui rejoint chaque week-end une résidence de campagne. Un enfant soumis à un régime de garde alternée risquerait, par contre, de devenir un "nomade psycho-affectif", parce qu'il pourrait manquer de parents capables de lui fixer des repères socio-éducatifs clairs, constants et solides.

Par ailleurs, on n'est pas encore en mesure de déterminer précisément les effets à long terme d'une garde alternée sur la personnalité des enfants et d'aucuns se demandent si ces enfants, devenus adultes, n'auront pas plus de difficultés que d'autres à s'engager en

⁽¹⁴⁰⁶⁾ R.F. Cochran, *The Search for Guidance in Determining the Best Interest of the Child at Divorce : Reconciling the Primary Care taker and Joint Custody Preferences*, University of Richmond Law Review, vol. 20, 1985, p. 1 et ss. et spéc. p. 47 qui considère que le "meilleur intérêt de l'enfant" implique qu'en principe, on opte pour un régime de "joint physical custody". Ce régime impliquerait que le parent qui s'est principalement préoccupé de l'enfant lors de sa petite enfance ("the primary caretaker") soit désigné comme le "primary custodian", tandis que l'autre parent disposerait de périodes significatives de garde de l'enfant, qui lui permettraient de conserver un contact fréquent et continu avec son enfant.

C'est dans cette perspective que certains psychologues considèrent, aujourd'hui, que la période significative passée auprès de chaque parent devrait, au minimum, être fixée à une semaine, même si l'enfant, par la suite, passe une plus grande période auprès du "primary custodian".

profondeur dans des relations durables, s'ils ne chercheront pas à fuir devant les obstacles et l'effort, s'ils ne seront pas, à l'image de la société de consommation dans laquelle ils vivent, des adeptes de l'éphémère et du changement, au risque de perdre leur identité et leur âme.

La garde alternée comporte dès lors, vraisemblablement, un certain nombre de risques, encore que leur réalisation n'ait jamais été démontrée par une vérification objective dans les faits.

C'est qu'en réalité, il convient de faire observer que ces risques ne paraissent pas liés à la garde alternée en tant que telle; ils ne résultent pas a priori du choix effectué par deux parents séparés de continuer à vivre l'un et l'autre à tour de rôle, dans la vie quotidienne, auprès de leur enfant; ils sont plutôt liés aux effets des difficultés psycho-affectives de parents qui ne parviennent pas à assumer une véritable fonction éductive. Mais rien ne permet de considérer que des parents qui pratiqueraient un garde alternée ne seraient pas en mesure d'organiser, pour leur enfant, un cadre éducatif clairement délimité.

Il semble par conséquent que les objections fréquemment soulevées à l'encontre de la garde alternée ne procèdent pas de la garde alternée proprement dite, mais de l'inaptitude d'un grand nombre de parents à exercer adéquatement, après une séparation, leurs responsabilités parentales.

Il est, par ailleurs, étonnant que les adversaires de la garde alternée ne se posent pas autant de questions à propos des risques de la garde exclusive, alors qu'on sait mieux, aujourd'hui, qu'un certain nombre de dommages psychiques causés à l'enfant par la séparation de ses parents s'expliquent par l'éloignement ou l'absence d'un de ses parents, généralement le père. Il paraît acquis que les enfants qui ont manqué, pendant leur enfance, d'un de leurs deux parents manqueront, le plus souvent, devenus adultes, du sentiment de sécurité existentielle et d'identité personnelle qui leur permettra d'investir leurs énergies et leur efforts dans des activités créatrices et dans des relations durables. Le crédit dont, malgré ces données qui paraissent clairement acquises, le modèle de la garde exclusive continue à bénéficier et, inversement, le discrédit qui continue à frapper la garde alternée, alors qu'aucune donnée clairement acquise ne permet de conclure à son caractère préjudiciable pour l'enfant, montrent dès lors bien qu'il est souvent difficile de faire la part entre l'idéologie et la rigueur scientifique.

911. La problématique de la garde alternée reste dès lors, assurément, une problématique mal connue. Comme toutes les innovations, elle engendre autant de résistances passionnées que d'enthousiasme aveugle.

Or, personne ne peut prétendre, aujourd'hui, disposer du recul suffisant pour apprécier toutes ses incidences, même si on peut formuler l'hypothèse qu'elle correspond à l'évolution des mentalités dans une société individualiste fondée sur les valeurs de liberté et d'égalité, et qu'elle traduit la percée du processus de personnalisation dans l'organisation des relations familiales.

En tout état de cause, la garde alternée n'est pas et ne sera jamais une panacée. Elle n'est d'ailleurs effectivement pratiquée jusqu'ores que dans une proportion très limitée de situations de séparation conjugale; dans la plupart des pays occidentaux, le régime de la garde alternée ne paraît pas excéder 5% des régimes de garde des enfants de parents séparés ou divorcés.

La garde alternée ne convient pas, en effet, à tous les parents - et, le plus souvent, au père - qui ne sont pas nécessairement disposés ou disponibles pour exercer une garde à temps partiel de leur enfant ou qui n'ont pas les ressources financières pour mettre en oeuvre un régime de garde qui implique, pour l'enfant, l'aménagement de deux lieux d'habitation et

une organisation de son existence nécessairement plus onéreuse en raison du dédoublement de certaines charges.

La garde alternée ne convient pas non plus à tous les enfants qui n'ont pas nécessairement le désir ou la volonté ou la capacité de s'adapter à un mode d'existence impliquant des déménagements successifs ou d'entretenir une relation d'une égale importance avec chacun de leurs deux parents. L'opportunité de mettre en place une solution de garde alternée ne peut dès lors chaque fois s'apprécier qu'en fonction de la personnalité de l'enfant, de ses besoins spécifiques et de la qualité de sa relation avec chacun de ses parents.

912. Au surplus, la mise en oeuvre d'une garde alternée suppose la réunion d'un certain nombre de conditions.

Il convient d'abord - et cela paraît une évidence - que chacun des deux parents dispose des aptitudes éducatives nécessaires pour exercer la garde de l'enfant. La garde partagée est un régime qui implique que chacun des deux parents, malgré la séparation conjugale, continue à exercer la garde de l'enfant. Si un des parents manifeste des carences ou des défaillances dans l'exercice de ses responsabilités parentales, il se révélera généralement inopportun de lui attribuer le droit de garde de l'enfant, tant sous la forme d'une garde exclusive que sous la forme d'une garde alternée.

Il convient ensuite de tenir compte de l'âge de l'enfant. Il semble en effet, dans l'état actuel des connaissances des psychologues que, pendant la petite enfance, il soit particulièrement important pour l'enfant de pouvoir se structurer par rapport à un environnement spatial stable. Un très jeune enfant, en tout cas jusqu'à trois ans, s'attache à son cadre de vie, à sa maison, à sa chambre, à ses jouets, à ses peluches, et ceux-ci participent à la constitution de son sentiment de sécurité et d'identité. Jusqu'à trois ans, un enfant ne peut pas élaborer la notion abstraite du temps et de la distance, et la constance des êtres et des lieux lui est nécessaire pour éprouver sa propre constance. Ce sont ces raisons qui conduisent la majorité des psychologues à déconseiller l'organisation d'une garde alternée pour un enfant de moins de trois ans, ou même pour un enfant en âge pré-scolaire (1407).

On observera cependant que d'autres études paraissent contester qu'un très jeune enfant ne puisse pas s'adapter à un régime de garde alternée (1408), tandis que plusieurs études

(1407) Voy. N. Dopchie, Considérations sur l'adéquation psychologique de l'octroi d'un droit de garde alternée en cas de séparation ou de divorce, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 367.

Voy. égal. F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 70 qui considère que *"lorsqu'il est petit, un enfant ne peut pas supporter la garde alternée sans rester flou dans sa structure, jusqu'à, éventuellement, se dissocier au gré de la sensibilité de chacun"*. On observera, toutefois, que lorsque Françoise Dolto s'est exprimée à propos de la garde alternée, elle avait à l'esprit un mode de garde alternée qui impliquait que, lors de chaque période passée chez un des parents, l'enfant changeait d'environnement social et, notamment, d'école. L'opinion de Françoise Dolto est d'ailleurs très nuancée puisqu'elle écrit : *"Que (les enfants) puissent se rendre aussi souvent qu'ils le veulent chez l'autre parent, quand c'est possible, j'en suis d'accord, mais qu'ils n'aient pas à changer d'école du fait d'une réglementation de garde alternée"*.

(1408) Voy. C. Guilmaine, p. 80 qui fait observer que beaucoup d'enfants très jeunes sont obligés, pendant la semaine, de s'adapter à plusieurs milieux, en passant du domicile parental au domicile de la gardienne ou au domicile grand-parental, en manière telle que la stabilité de l'environnement du jeune enfant est davantage liée à la régularité du temps et à

récentes ont insisté sur les effets préjudiciables pour le développement psycho-affectif de l'enfant de l'absence dans sa vie quotidienne, lors des premières années de son existence, d'une des deux figures parentales, généralement le père (1409). Il serait dès lors inopportun de considérer que, même pour un petit enfant, ses rencontres et ses contacts avec ses deux parents ne devraient pas être fréquents, réguliers et constants. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Françoise Dolto suggérerait que les parents d'un jeune enfant exercent, éventuellement, une garde alternée dans le même lieu d'habitation, sans obliger l'enfant à changer lui-même d'habitation (supra, Titre II, n° 363).

Il convient ensuite, pour que la garde alternée soit praticable, que les parents continuent à vivre dans une certaine proximité géographique et, surtout, que les enfants puissent vivre dans un environnement social stable, c'est-à-dire qu'ils puissent conserver, quel que soit le parent auprès duquel ils vivent, la même garderie, la même école, les mêmes activités et la même vie sociale personnelle (1410).

Il convient enfin que chacun des parents soit capable, dans l'exercice de sa fonction parentale, de pratiquer la tolérance et l'ouverture à l'égard de l'autre parent, de manière à accepter les inévitables différences entre les styles de vie des deux milieux parentaux et à définir un cadre général structuré pour l'éducation de l'enfant.

On a souvent considéré que la garde alternée n'était concevable que lorsque les parents vivaient en bonne entente et partageaient les mêmes conceptions éducatives. C'est sans doute trop vite oublier que si les parents se sont séparés, c'est souvent parce qu'ils ont vécu des désaccords profonds et éprouvé des incompatibilités fondamentales entre leurs personnalités, leurs sensibilités et leurs approches respectives de la vie. Il est dès lors difficile d'imaginer qu'ils partageront, après la séparation, ce qu'ils n'ont pas pu partager pendant la vie commune et il serait naïf d'imaginer que des parents séparés formeront un couple parental uni dans une entente harmonieuse. Ce qui est dès lors important pour qu'une garde alternée soit praticable est que chacun des parents n'éprouve pas une hostilité radicale à l'égard de l'autre et se révèle capable de gérer les inévitables conflits, sans chercher, dans un affrontement permanent, à imposer systématiquement ses conceptions et ses décisions, en manière telle que l'enfant deviendrait alors l'otage de messages contradictoires qu'il lui serait impossible de respecter. Il paraît inopportun d'envisager une garde alternée si un des parents se révèle inapte à se dégager d'une volonté de satisfaire ses propres pulsions pour s'ouvrir à la réalité d'un enfant qui a besoin, lui, de recevoir des messages cohérents et structurés et qui, lorsqu'il vit chez chacun de ses parents, doit pouvoir se sentir libre, à l'égard de l'autre parent, de respecter les valeurs, les conceptions, les règles et les habitudes qui prévalent dans chacun des

la permanence des figures sécurisantes. Voy. égal. R. Mc Kinnon et J. S. Wallerstein, *Joint Custody and the Preschool Child*, Behaviour Sciences & the Law, vol. 4, 1986, p. 169, qui ont étudié vingt-cinq familles qui pratiquaient une garde alternée d'enfants âgés de 14 mois à 5 ans et qui ont, curieusement, constaté que les enfants du groupe d'âge de 1-3 ans s'étaient plus facilement adaptés au régime de la garde alternée que les enfants du groupe d'âge de 3-5 ans.

(1409) Voy. E. Sullerot, *Quels pères ? Quels Fils ?*, p. 224 et les références; voy. égal. O. Bourguignon, *Effets psychologiques sur l'enfant*, précité, p. 139 et G. Poussin et I. Sayn, *Un seul parent dans la famille*, précité, p. 174 et s.

(1410) Voy. N. Dopchie, p. 367; C. Guilmaine, p. 62. Voy. égal. F. Dolto, *Quand les parents se séparent*, p. 80 qui écrit : *"La garde alternée est nuisible quand l'enfant a deux écoles, par exemple une école lorsqu'il vit chez sa mère et une autre lorsqu'il est chez son père; c'est très mauvais parce que, alors, il n'y a ni continuum affectif, ni continuum spatial, ni continuum social"*

deux milieux. Pour réussir une garde partagée, il faut dès lors *"que les parents soient matures, disponibles, respectueux et capables de se parler"* (1411).

Ces qualités correspondent, en réalité, dans une société individualiste, aux valeurs de liberté et d'égalité, et elles devraient pouvoir être mises en oeuvre par tous les parents, dans le respect de l'intérêt et des droits de leur enfant (supra, Titre I, n° 246).

913. Il est dès lors parfois trop simple, pour un des parents, de se prévaloir de la prétendue mésentente qui existe entre les deux parents pour s'opposer à toute solution de garde alternée, alors que son opposition ne fait peut-être que traduire sa propre difficulté à organiser la séparation parentale dans l'intérêt de son enfant, voire même son propre refus de mettre loyalement en place un processus de coopération dans l'aménagement des rôles respectifs de chacun des parents.

Lorsque chacun des parents exprime le projet et le désir d'assumer réellement ses engagements parentaux, on ne peut pas vraiment se satisfaire d'une solution qui consisterait à constater qu'il existe de trop sérieux désaccords entre eux pour en conclure, rapidement, que la garde de l'enfant ne peut être organisée que de façon exclusive, c'est-à-dire par exclusion d'un des deux parents. Un adulte responsable peut en effet apprendre à régler des désaccords et on peut demander au père ou à la mère d'un enfant de fournir l'effort requis pour donner à leur enfant le droit de vivre une véritable relation avec chacun de ses parents. La garde partagée est un mode de garde de l'enfant qui est susceptible d'être appris et d'être approfondi, sans qu'on ne doive nécessairement y renoncer à la première difficulté (1412).

Certains auteurs (1413) font, au surplus, observer qu'il est étonnant, au prétexte des conflits entre les parents, de refuser l'organisation d'une garde alternée alors qu'on ne refuse pas l'exercice d'un droit de visite lorsque les parents continuent à éprouver de l'hostilité l'un à l'égard de l'autre. Or, compte tenu du contexte artificiel des visites, il est, en réalité, d'autant plus difficile et plus aléatoire, lors de l'exercice d'un droit de visite, de nouer une relation de qualité avec un enfant que le conflit entre les parents est exacerbé. On pourrait même formuler l'hypothèse que, lorsque les parents continuent à éprouver une particulière agressivité l'un à l'égard de l'autre, il est important, pour l'enfant, qu'il puisse être confié pendant une période suffisamment longue à la garde de chacun de ses parents pour pouvoir disposer du temps d'adaptation qui est nécessaire pour se sentir en confiance auprès de chacun de ses parents et effacer de son esprit, dans un milieu parental, les messages négatifs reçus dans l'autre milieu parental.

Sans doute, existera-t-il des situations dans lesquelles l'enfant n'aura ni la capacité ni l'énergie de supporter des allers et retours entre deux milieux trop hostiles et trop antagonistes, mais il est vraisemblable que, dans ces situations, il n'aura pas non plus ni la capacité ni l'énergie de supporter l'exercice d'un droit de visite et c'est d'ailleurs dans ces situations que le droit de visite cesse d'être exercé ou, à tout le moins, est réduit dans des limites très restrictives.

Il semble dès lors qu'en refusant systématiquement d'organiser une garde alternée lorsque le parent qui sollicite la garde exclusive s'y oppose ou prétend que les relations entre les

(1411) C. Guilmaine, p. 37.

(1412) Voy. G. Guilmaine, p. 84 et 87 qui fait observer que la garde partagée peut stimuler les parents à s'entendre. *"Il arrive, écrit-elle, que la garde partagée rehausse la qualité de la relation parentale, puisqu'elle recentre l'énergie des deux parents sur leur rôle et les force à mettre de côté leurs récriminations personnelles"*.

(1413) Voy. R.J. Cochran, p. 50.

parents sont trop conflictuelles, on affirme une solution et on invoque des arguments dont la pertinence n'a pas été suffisamment vérifiée dans les faits. En effet, les conditions dont on estime généralement qu'elles devraient être établies pour qu'une garde alternée puisse fonctionner de façon équilibrée et harmonieuse pour l'enfant sont des conditions qui doivent autant être établies pour qu'une garde exclusive combinée avec un droit d'hébergement puisse fonctionner de façon équilibrée et harmonieuse pour l'enfant, car ces conditions ne constituent, en définitive, que l'expression des besoins fondamentaux de tout enfant confronté à la séparation de ses parents.

On peut dès lors se demander si en multipliant les conditions qui devraient être réunies pour organiser un système de garde alternée, on ne fait pas, en réalité, qu'exprimer une résistance psychique ou socio-culturelle à un modèle que nos mentalités ne parviennent pas encore véritablement à assimiler, parce qu'il est encore trop nouveau et qu'il remet trop en cause le schéma traditionnel de l'unité de la résidence de l'enfant.

914. La question qui se pose à propos de la problématique de la garde alternée n'est dès lors pas tant de savoir s'il existe des conditions spécifiques et différentes qui doivent être établies pour mettre en oeuvre une solution de garde alternée par rapport à la garde exclusive. La question est, en réalité, dans les situations où les conditions psychosociales permettant un développement équilibré de l'enfant de parents séparés ne sont pas réunies, de déterminer selon quel rythme il convient d'organiser les relations de l'enfant avec chacun de ses parents et de répartir l'exercice du droit de garde par chacun des parents. Or, la réponse à une telle question ne paraît pas pouvoir être formulée de manière générale et abstraite. Tout dépend, une nouvelle fois, de la situation de chaque enfant, de la qualité de sa relation avec chacun de ses parents, de la disponibilité effective de chacun de ses parents et de sa capacité d'héberger son enfant. Tout dépend, surtout, de la question de savoir si l'enfant trouvera davantage de sécurité affective dans la continuité d'une seule habitation et d'un seul milieu de vie ou, au contraire, dans la continuité du lien d'attachement avec chacun de ses parents. Si c'est à ce point de vue qu'on se place, il est vraisemblable que la solution de la garde alternée conviendra plus spécifiquement aux enfants qui, avant la séparation, avaient noué un lien d'attachement privilégié avec chacun des deux parents. C'est dès lors dans les familles modernes, issues de la seconde révolution familiale individualiste, où la fonction d'étayage et d'éducation des enfants a davantage été répartie entre la mère et le père que le modèle de la garde alternée correspondra davantage aux besoins ou aux souhaits de l'enfant, même dans des situations familiales où la relation entre les deux parents est conflictuelle.

Il reste, cependant, que dans un certain nombre de situations de dissociation familiale, un des parents ou les deux parents témoignent malheureusement, dans l'exercice de la fonction parentale, d'une trop grande immaturité, ou d'un trop grand manque de structuration. Il arrive aussi que les émotions négatives qui ont été vécues pendant la vie conjugale conservent une telle force et une telle prégnance qu'un des deux parents ou que les deux parents ne parviennent pas à s'en dégager. Dans ces situations, on est alors obligé de constater que les parents sont, à tout le moins provisoirement, incapables de se parler et de se respecter. Une garde alternée pourrait alors très vite se transformer en une épreuve insupportable pour un enfant.

Il reste, aussi, que dans un certain nombre de situations, un enfant, en raison de sa propre personnalité, sera incapable de s'adapter à une garde alternée et aura fondamentalement besoin de s'attacher à un seul lieu de vie ou, simplement, exprimera la préférence de vivre chez un seul de ses parents.

Tout dépendra par conséquent, chaque fois, de chaque situation familiale et de chaque enfant. La manière la plus correcte d'aborder la problématique de la garde alternée et la plus proche d'une démarche objective et rigoureuse est dès lors de considérer qu'il n'y a pas de règle. La règle la plus malencontreuse serait celle qui, sous le couvert de telle ou telle idéologie, proclamerait que la garde alternée est une mauvaise solution qui doit

nécessairement être écartée ou, inversement, qu'elle est la meilleure solution qui devrait être généralisée.

B. La réception du modèle de la garde alternée dans la pratique judiciaire

915. Les critiques et les résistances qui ont été exprimées originellement à l'égard de la garde alternée se sont immanquablement traduites dans l'attitude que les magistrats ont adoptée lorsque les parents d'un enfant convenaient ou demandaient d'exercer une garde alternée.

Dans un premier temps, les milieux judiciaires ont paru marquer, à l'instar du Procureur du Roi Francis Poelman (supra, n° 905), une hostilité de principe à l'égard de toute forme de garde alternée.

Un arrêt prononcé le 23 novembre 1981 par la Cour d'appel de Bruxelles ⁽¹⁴¹⁴⁾ peut être considéré, dans la jurisprudence belge, comme l'arrêt de référence qui formule cette position de principe, d'autant qu'en l'espèce le régime de la garde alternée était recommandé par un expert pédo-psychiatre ⁽¹⁴¹⁵⁾. Selon cet arrêt, qui reprend partiellement la motivation du premier juge, la formule de la garde alternée *"paraît sacrifier à l'intérêt personnel des parents le besoin fondamental de jeunes enfants de stabilité et de continuité dans la tâche éducative et du cadre de vie en instituant un nomadisme permanent; en effet, (elle) offre en soi peu de garanties du point de vue éducatif, étant difficilement conciliable avec la nécessaire unité de direction, élément sécurisant pour des enfants de sept et de cinq ans"*.

Dans un second temps, la garde alternée fut progressivement reçue par le pouvoir judiciaire comme un mode admissible de garde de l'enfant, mais pour autant qu'elle ait été convenue et acceptée par chacun des deux parents. Par contre, la jurisprudence reste, à l'heure actuelle, généralement réticente à imposer les modalités d'une garde partagée, lorsqu'un des deux parents - généralement la mère - s'y refuse.

Il convient par conséquent de distinguer clairement les situations dans lesquelles les deux parents ont convenu d'un commun accord de se partager la garde de leur enfant et les situations dans lesquelles un des parents demande au juge qu'il organise judiciairement une garde partagée de l'enfant, malgré le désaccord de l'autre parent.

1. La garde alternée exercée du commun accord des deux parents

916. Une des manifestations la plus visible de la résistance de certains magistrats à admettre, en Belgique, la garde alternée s'est exprimée, il y a une dizaine d'années, dans le contexte du déroulement d'une procédure de divorce par consentement mutuel.

(1414) Bruxelles 23 novembre 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 446.

(1415) Compte tenu de l'attachement éprouvé par les deux enfants pour chacun de leurs deux parents, l'expert pédo-psychiatre auquel les parents avaient de commun accord demandé un avis médico-psychologique avait considéré que *"la moins mauvaise solution"* pour les deux enfants aurait été celle d'une garde partagée d'une semaine / une semaine chez chacun des parents. Les parents ne s'étaient pas ralliés à cette recommandation et avaient, l'un et l'autre, sollicité, en justice, à titre principal, la garde exclusive des deux enfants. La position exprimée par la Cour d'appel de Bruxelles à propos du régime de la garde alternée, dont aucun des deux parents n'était en définitive réellement demandeur, peut dès lors être considérée, dans le contexte de l'époque, comme une position de principe.

Les époux avaient convenu, dans leurs conventions préalables au divorce, qu'ils se partageraient la garde de leurs enfants et que, malgré la séparation et le divorce, ils exerceraient conjointement l'autorité parentale. Or, certains tribunaux estimèrent qu'une telle clause n'était ni légale ni conforme à l'intérêt des enfants et ils refusèrent d'admettre le divorce.

Dans son avis précédant un jugement prononcé le 26 mai 1983 par le tribunal de première instance de Liège ⁽¹⁴¹⁶⁾, le ministère public avait, notamment, considéré que *"la clause dite de garde partagée ou de garde alternée est un moyen détourné utilisé en vue de voiler l'absence d'accord entre parties sur la détermination de celui des parents à qui l'administration de la personne et des biens de l'enfant mineur sera confiée"* et que *"l'intérêt des enfants requiert un droit de garde continu, sauf à régler le droit de visite de l'époux évincé"*.

Dans son arrêt prononcé le 27 juin 1983, la Cour d'appel de Liège ⁽¹⁴¹⁷⁾ réforma toutefois le jugement du Tribunal de première instance de Liège du 26 mai 1983, mais en se référant à des considérations strictement juridiques. Selon la Cour, le juge du divorce par consentement mutuel n'a pas en effet, en droit belge, le pouvoir d'apprécier l'opportunité des solutions inscrites dans la convention préalable au divorce par consentement mutuel (supra, Titre IV, n° 727) et il ne peut dès lors refuser le divorce, au motif que les époux auraient aménagé une garde alternée de leur enfant.

Depuis cet arrêt, les époux qui divorcent par consentement mutuel savent qu'il leur est loisible d'organiser de commun accord, dans leurs conventions préalables, l'exercice alterné de la garde de leur enfant et qu'ils ne risquent pas, pour ce motif, à la fin de la procédure, de se voir refuser le divorce.

Il reste toutefois que, dans certains parquets, la clause de garde alternée, alors même qu'elle résulte d'un accord entre les époux, continue à susciter des inquiétudes ou des réticences, et les époux risquent dès lors, dans le contexte spécifique d'une procédure de divorce par consentement mutuel, d'être convoqués par un magistrat du ministère public, au palais de justice, pour s'entendre interroger sur les circonstances concrètes de l'organisation de cette garde alternée et, éventuellement, s'entendre formuler les objections ou les critiques émises à l'égard de ce mode de garde (supra, Titre IV, n° 744).

917. Les conceptions et les attitudes des magistrats évoluent cependant progressivement dans le sens de la reconnaissance et de la consécration judiciaire de la garde alternée décidée de commun accord entre les parents.

On peut aujourd'hui trouver, dans la jurisprudence belge publiée, des décisions qui, dans le cadre d'une procédure en divorce pour cause déterminée, ont acté la convention par laquelle les époux avaient organisé une garde partagée.

Un arrêt significatif de la Cour d'appel de Liège, prononcé le 21 janvier 1985 ⁽¹⁴¹⁸⁾, a, par réformation d'une ordonnance du président du tribunal de première instance de Namur, accepté de donner acte aux parents d'un enfant de quatorze ans de leur accord pour exercer alternativement sa garde une semaine sur deux du samedi à 11 h au samedi

⁽¹⁴¹⁶⁾ Civ. Liège 26 mai 1983, Jur. Liège 1983, p. 348.

⁽¹⁴¹⁷⁾ Liège 27 juin 1983, Jur. Liège 1983, p. 493 et la note C. Panier; Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 300 et la note J.L. Renchon.

⁽¹⁴¹⁸⁾ Liège 21 janvier 1985, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 238.

suivant à la même heure, en précisant que la demande des parties *"apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant et à son propre souhait"*.

Dans une ordonnance prononcée le 12 avril 1990, le président du tribunal de première instance de Bruxelles ⁽¹⁴¹⁹⁾ a également donné acte aux parents de deux enfants de 13 ans et demi et de 11 ans de l'accord qu'ils avaient conclu pour organiser le séjour des enfants *"chez chacun des parents en alternance d'une semaine à l'autre à partir du vendredi soir"*.

On aperçoit mal, effectivement, au nom de quelle prétendue vérité scientifique ou de quelle valeur éthique un magistrat pourrait considérer que deux parents qui, d'un commun accord, se partagent la garde de leur enfant porteraient, par principe, atteinte à l'intérêt de cet enfant. Dans notre système juridique, les parents ont le droit et la responsabilité de définir eux-mêmes les modalités de l'éducation de leur enfant. Ce n'est que lorsque la preuve est apportée, sur la base d'éléments objectifs et convaincants, qu'ils n'ont pas pris en compte l'intérêt et les droits de l'enfant que les autorités judiciaires ont le pouvoir de contrôler ou de rapporter les décisions prises par les parents (voy. supra, Titre III, n° 539 et 598). La conception personnelle d'un magistrat selon laquelle l'exercice d'une garde alternée serait préjudiciable aux enfants de parents séparés ne constitue pas un tel élément objectif. La preuve de ce qu'une garde alternée est préjudiciable à un enfant ne pourrait être établie qu'après des investigations sérieuses qui auraient démontré que, compte tenu de la situation familiale et des besoins ou des aspirations spécifiques de l'enfant, cette garde alternée ne constituerait pas, in concreto, pour cet enfant, un mode adéquat d'exercice de sa garde.

2. La garde alternée demandée par un seul des parents

918. Lorsque l'organisation d'un régime de garde alternée ne résulte pas d'un accord entre les deux parents de l'enfant, mais qu'elle est demandée au juge par un seul des parents, on se trouve dans une situation qui, au plan psychologique et émotionnel, est très différente.

Dans une garde alternée consentie, on peut présumer que chacun des parents, parce qu'il a accepté cette solution, ne se comportera pas, dans la vie quotidienne, en contradiction avec ce qu'il a voulu, accepté et décidé. On peut donc présumer que chacun des parents respectera franchement et loyalement les règles de cette garde alternée ⁽¹⁴²⁰⁾, en veillant à faciliter les déménagements successifs des enfants, en permettant à l'enfant de se sentir libre lorsqu'il exprime ses sentiments à l'égard de chacun de ses parents, en laissant à l'autre parent, sans intrusion intempestive, la responsabilité de la garde de l'enfant pendant toute la période où il héberge l'enfant, et en ne critiquant pas ou en ne dénigrant pas les décisions de l'existence quotidienne prises par l'autre parent.

Si une garde alternée est, par contre, imposée à un parent, sans qu'il l'ait librement choisie, on pourrait alors concevoir que, par dépit, par rancune ou par révolte, ce parent ne tente de saboter cette garde alternée, et multiplie, consciemment ou inconsciemment, les obstacles aux fins de la rendre impraticable. L'enfant deviendrait alors l'otage d'un régime de garde qui le placerait dans une situation difficile et inconfortable, parce que sa vie quotidienne serait sans cesse désorganisée, et parce qu'il serait confronté dans les deux milieux parentaux à des messages contradictoires. L'enfant vivrait de manière récurrente un conflit de loyautés (supra, Titre II, n° 343) dont on sait qu'il peut entraver les processus de développement de la personnalité.

(1419) Civ. Bruxelles, réf., 12 avril 1990, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 232.

(1420) Sur un certain nombre de règles ou de conseils qui peuvent contribuer à rendre une garde alternée praticable et opérationnelle, voy. C. Guilmaine, La garde partagée, p. 59 et s.

C'est en fonction de ces considérations qui s'ajoutent à l'hostilité de principe exprimée à l'égard de la garde alternée que les magistrats refusent, généralement, d'imposer eux-mêmes un régime de garde alternée, à la demande d'un des parents, lorsque l'autre parent s'y oppose.

919. Dans deux ordonnances prononcées respectivement le 12 mars 1985 et le 30 mai 1985, le président du tribunal de première instance de Liège ⁽¹⁴²¹⁾ a clairement énoncé ce point de vue des autorités judiciaires belges. Selon le magistrat, une garde alternée ne peut *"éventuellement s'avérer positive pour un enfant que si elle est sollicitée conjointement par deux parents à aptitudes éducatives équivalentes et décidés à collaborer ensemble au réel épanouissement de l'enfant et à s'accorder pour l'élaboration de sa pleine réussite."* Or, dans chacune des deux procédures, le magistrat constata tantôt *"le climat conflictuel actuel et l'acharnement mis par chacune des parties à voir triompher sa thèse"*, tantôt *"le sectarisme et l'intransigeance des parents"* qui aboutiront à faire de l'enfant *"un petit nomade en perpétuelle transhumance affective"*, et il en conclut qu'il ne pouvait être fait droit à la demande de garde alternée formulée par le père des enfants.

Dans une ordonnance prononcée le 16 décembre 1986, le président du tribunal de première instance de Bruxelles ⁽¹⁴²²⁾ a, en des termes plus nuancés, considéré *"que la garde alternée demeure une mesure délicate dont les inconvénients peuvent être tempérés par l'attachement équivalent et profond d'un enfant à ses deux parents; qu'en l'espèce et dès lors qu'elle est rejetée avec force par l'un des parents, elle risque d'entraîner une détérioration des rapports existant entre le père et la mère de l'enfant; que le tribunal estime qu'en l'espèce les conditions nécessaires à la réussite d'une garde alternée ne sont pas réunies et que des impératifs de stabilité et d'unité éducative s'opposent à son établissement"*.

920. On doit effectivement admettre que, lorsque les deux parents d'un enfant sont animés l'un à l'égard de l'autre par des sentiments personnels qui les empêchent de laisser leur enfant à l'abri de leur agressivité ou de leur fragilité émotionnelle, la garde alternée est une solution qu'il est difficile d'imposer à l'enfant, si on veut lui éviter d'être au coeur d'un champ de bataille incessant. On est alors forcé, pour protéger l'enfant, de lui choisir un seul lieu de vie où il ne sera pas contraint d'affronter, en permanence, les dissensions de ses parents.

Mais, dans de telles situations, l'octroi du droit de garde exclusive à un des parents, plutôt qu'à l'autre, n'en reste pas moins une solution mauvaise, car la raison pour laquelle le tribunal est obligé d'écarter une formule de garde partagée constitue implicitement un aveu de ce que les parents - ou à tout le moins l'un d'entre eux - ne parviennent pas à protéger l'enfant de leurs propres émotions et de leurs propres conflits d'adultes. L'attribution du droit de garde à un des parents s'accompagne donc, paradoxalement, de la reconnaissance de ce que les parents ne réussissent pas, en tout cas provisoirement, à être adéquats dans l'exercice de la fonction parentale.

Il convient par conséquent d'être prudent dans l'appréciation des motifs pour lesquels le tribunal estimerait devoir refuser une garde partagée et interdire à un enfant de pouvoir vivre alternativement chez chacun de ses deux parents, malgré la demande qui lui en aurait été exprimée par un des parents. Pour rejeter une formule de garde alternée, le tribunal doit, en réalité, être arrivé à la conclusion que la mise en oeuvre de cette garde partagée est impraticable, en raison de l'incapacité dans laquelle les parents se trouvent d'épargner à

(1421) Civ. Liège, réf., 12 mars 1985, Jur. Liège 1985, p. 208, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 455, et civ. Liège, réf., 30 mai 1985, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 511.

(1422) Civ. Bruxelles, réf., 16 décembre 1986, J.T. 1987, p. 252.

l'enfant un climat de tension, d'insécurité et d'attitudes éducatives contradictoires provenant de leur trop grande agressivité réciproque.

Par contre, il pourrait être exagérément simpliste de considérer qu'une garde partagée doit être écartée par le seul fait qu'un des parents s'y oppose ou que les parents ne sont pas encore parvenus à résoudre toutes leurs difficultés. Une telle conception aboutirait en effet à mettre entre les mains d'un des parents un pouvoir trop considérable, puisqu'il suffirait qu'il refuse une solution de garde alternée pour qu'on ne puisse pas envisager de donner à l'enfant et à l'autre parent la possibilité de vivre ensemble dans la vie quotidienne, hors les périodes limitées du droit de visite ou d'hébergement.

Par ailleurs, il semble que, si l'on veut éviter de donner une prime aux comportements irresponsables ou préjudiciables pour l'enfant, le tribunal devrait être attentif à vérifier si ce n'est pas un seul des parents qui, en raison de son manque de respect pour l'autre parent, contribue plus particulièrement à rendre une garde alternée impraticable. Il pourrait être cohérent, dans une telle situation, à défaut de pouvoir organiser une garde alternée, de ne pas confier le droit de garde exclusive à celui des parents qui empêcherait la réalisation de cette garde alternée, mais de le confier à celui des parents qui s'avère capable de permettre à l'enfant de vivre sa relation avec chacun de ses deux parents.

Une telle décision pourrait aussi avoir une portée symbolique considérable, aux yeux de l'enfant et de ses parents et, d'une manière générale, sur la conception que notre système social tend à promouvoir des responsabilités parentales de chacun des parents lors d'un divorce.

921. Le risque existe toutefois, dans de tels jugements à connotation normative, de ne pas tenir suffisamment compte de la réalité psychologique de l'enfant. Car, en fin de compte, tant pour la garde alternée que pour toute autre forme de répartition entre les deux parents de la prérogative de la garde de l'enfant, il convient, surtout, de s'assurer que la décision qui sera prise sera adaptée à la situation particulière et concrète de l'enfant. C'est l'enfant, en tant que tel, qui doit être compris et perçu dans ce qu'il vit et dans ce qu'il peut vivre.

Il peut dès lors advenir que, même si un des deux parents refuse manifestement d'apaiser le conflit, maintient autour de l'enfant un climat d'hostilité à l'égard de l'autre parent et s'oppose à toute garde partagée, il reste préférable de lui confier la garde de l'enfant, soit parce que l'enfant est particulièrement attaché à ce parent, soit parce qu'il manque d'un lien d'attachement avec l'autre parent, en manière telle que c'est auprès de ce parent qu'il trouve, provisoirement, sa sécurité psycho-affective.

Il peut aussi advenir que le refus, dans le chef du parent qui sollicite la garde exclusive, d'envisager pour l'enfant une solution de garde alternée, ne soit en aucune manière inspiré par une volonté agressive d'écarter l'autre parent de la vie de l'enfant mais soit justifié par des circonstances particulières qui tiennent aux convenances ou aux souhaits de l'enfant ou encore aux aptitudes de l'autre parent.

Tout enfant ne trouve pas nécessairement son compte dans une garde alternée, même lorsque chacun des parents est parvenu à le laisser en dehors des conflits parentaux. Un enfant peut se sentir mal à l'aise, dans un régime de garde alternée, par exemple parce qu'il éprouve des difficultés à s'adapter à d'incessantes modifications de son rythme d'existence ou parce qu'il a plus particulièrement besoin de la présence d'un de ses parents. C'est dès lors toujours en fonction de l'enfant qu'il est nécessaire de se situer pour apprécier non seulement la praticabilité mais aussi l'opportunité d'une solution de garde alternée. C'est la raison pour laquelle on ne peut qu'inviter les tribunaux à se méfier des préjugés et à se départir de prétendus principes pour rechercher, dans chaque situation où une garde partagée est proposée ou sollicitée, ce qui est susceptible de convenir le mieux à l'enfant, en sachant, aussi, que c'est souvent en ne frustrant pas trop

ni l'un ni l'autre des deux parents qu'on prend aussi en compte l'intérêt de l'enfant. Dans un rapport clôturant une expertise médico-psychologique ordonnée récemment par un tribunal, le professeur Dopchie exprimait dans les termes suivants sa recommandation d'une garde alternée : *"Les éléments en ma possession ont fait apparaître le besoin des enfants de maintenir la double référence parentale par des contacts égalitaires avec eux et l'attachement des deux parents à leurs enfants. Dans l'état actuel des sentiments exprimés par les uns et les autres, la garde alternée reste donc la mesure préservant au mieux les intérêts des enfants"*.

C'est dans cette perspective que, malgré les réticences de principe exprimées à l'égard de la garde alternée, un certain nombre de décisions judiciaires ont cependant fait droit, récemment, à une demande de garde alternée, même lorsqu'un des parents s'y oppose.

922. Dans la jurisprudence belge publiée, on peut, d'abord, constater que plusieurs magistrats ont estimé opportun d'organiser une garde alternée provisoire, lors de la séparation des parents, pendant la période des investigations sociales ou médico-psychologique mises en oeuvre pour rechercher et comprendre le meilleur intérêt des enfants. Cette suggestion avait d'ailleurs été formulée par Nicole Dopchie, pour l'excellente raison que *"trop souvent, il apparaît que les mesures provisoires qui confient l'enfant à l'un plutôt qu'à l'autre parent deviennent un état de fait qui a tendance à être entériné par le jugement définitif sans que la possibilité ait été réellement offerte à chacun des parents de donner la preuve de ses aptitudes éducatives"* (1423).

C'est en se référant expressément à cette opinion du professeur Dopchie que, dans un jugement prononcé le 24 novembre 1982, le tribunal de première instance de Bruxelles (1424) estima, en appel d'une procédure fondée sur l'article 223 du Code civil, qu'il convenait provisoirement de confier un enfant âgé de deux ans à la garde de sa mère lors des jours où elle était en congé - elle travaillait trois jours puis disposait de deux jours de congé - et à la garde de son père lors des jours où la mère était retenue par son activité professionnelle. Le tribunal précisa *"qu'il est particulièrement important que, dans le cadre des mesures provisoires que le juge peut prendre dans le cas de l'article 223 du Code civil, aucun des deux parents n'apparaisse déjà comme le coupable pénalisé"*.

Dans une ordonnance prononcée le 8 décembre 1983, le président du tribunal de première instance de Bruxelles (1425) décida expressément de ne pas statuer sur l'administration provisoire de la personne et des biens d'un enfant de deux ans, de faire procéder à une enquête sociale et, en attendant, de confier l'enfant *"aux soins (de son père) tout le mois"*.

(1423) N. Dopchie, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 366.

(1424) Civ. Bruxelles, 24 novembre 1982, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 203.

Dans un sens similaire, voy. J.P. Seneffe, 10 janvier 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 473, qui, dans une procédure fondée sur l'article 223 du Code civil, confie un enfant de trois ans alternativement un mois à son père et un mois à sa mère, pour une période de cinq mois, c'est-à-dire *"pendant un délai leur permettant de prendre attitude quant à leur avenir"*.

Dans la jurisprudence française publiée, voy. la décision d'un juge aux affaires matrimoniales du tribunal de grande instance de Paris du 19 décembre 1979, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 459. Ce juge, en attendant les renseignements qui pourront être obtenus par un examen médico-psychologique, décida que l'enfant vivrait habituellement chez sa mère et que le père le prendrait en charge *"une fin de semaine sur deux du jeudi soir à 18 h au lundi matin à 8 h 30"* et *"un milieu de semaine sur deux du mardi à 18 h au jeudi matin à 8 h 30"*.

(1425) Civ. Bruxelles, réf., Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 176.

de décembre, aux soins (de sa mère) tout le mois de janvier, et ainsi de suite". Cette ordonnance fut par la suite réformée le 22 mai 1984 par la Cour d'appel de Bruxelles ⁽¹⁴²⁶⁾ qui statua sur la base du rapport de l'étude sociale clôturée le 18 avril 1984. Selon l'assistante sociale, la situation de garde alternée se révélait préjudiciable à l'enfant qui était confié, chaque mois, à une crèche au régime linguistique différent. L'enfant fut confié par la Cour à la garde de son père qui était plus disponible et dont le milieu paraissait plus stable et sécurisant pour l'enfant.

Une autre solution, à titre provisoire, consiste à décider que chacun des parents occupera, à tour de rôle, la résidence conjugale dans laquelle les enfants continuent à vivre en permanence. Une telle formule de garde alternée n'est pas praticable pendant une longue période, surtout lorsque la tension est particulièrement vive entre les parents, mais elle permet de laisser aux parents le temps de s'organiser et aux magistrats de faire procéder à des mesures d'investigation.

C'est cette solution qui fut provisoirement mise en oeuvre par le président du tribunal de première instance de Namur, dans une ordonnance prononcée le 18 octobre 1985 ⁽¹⁴²⁷⁾. La garde de deux enfants de treize ans et neuf ans fut confiée alternativement à chacun des parents, à la résidence familiale, pendant une semaine complète, du lundi à l'heure de la sortie des classes jusqu'au lundi suivant. Le magistrat décida, par ailleurs, *"qu'il y a lieu de faire suivre l'application provisoire de cette formule novatrice d'une enquête sociale qui permettra de dire si tel est bien l'intérêt des enfants, de quelle volonté chacune des parties est réellement animée pour préserver les enfants"*.

923. Outre les décisions qui ont recouru à la garde alternée comme une mesure provisoire d'attente avant que le juge ne se prononce plus définitivement, d'autres décisions ont ordonné une garde alternée, même en l'absence d'accord des parents, parce que cette garde alternée paraissait au tribunal la solution la plus conforme à l'intérêt de l'enfant.

Dans un jugement prononcé le 8 octobre 1980, le tribunal de première instance de Nivelles ⁽¹⁴²⁸⁾ confirma en appel une ordonnance du juge de paix de Wavre qui avait confié la garde de trois enfants pendant quinze jours à leur père et pendant quinze jours à leur mère. Le tribunal se fonda sur une enquête de police qui indiquait *"que les enfants semblent apprécier le régime instauré par le premier juge de passer à tour de rôle quinze jours chez chacun de leurs parents qu'elles aiment tous les deux; qu'elles ne désirent pas être séparées complètement de l'un ou de l'autre de ceux-ci"*.

Dans une ordonnance prononcée le 26 juin 1987, le président du tribunal de première instance de Bruxelles ⁽¹⁴²⁹⁾ statuant sur les mesures provisoires d'une procédure en

⁽¹⁴²⁶⁾ Bruxelles, 22 mai 1984, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 177.

⁽¹⁴²⁷⁾ Civ. Namur, réf., 18 octobre 1985, Jur. Liège 1986, p. 46.

⁽¹⁴²⁸⁾ Civ. Nivelles 8 octobre 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 462.

Voy. égal. J.P. Forest 9 mars 1983, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 219 qui organise une garde alternée par quinzaines à l'égard d'une fillette de dix ans.

⁽¹⁴²⁹⁾ Civ. Bruxelles, réf. 26 juin 1987, J.T. 1987, p. 650, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 508. Voy., dans le même sens, Trib. jeun. Nivelles, 20 juin 1989, Rev. trim. dr. fam. 1989, p. 309. Les parents avaient en 1988 expressément convenu que leur enfant, âgé de cinq ans et demi, vivrait une semaine chez son père et une semaine chez sa mère. Dans le cadre d'un litige ultérieur devant le Tribunal de la jeunesse, le rapport d'étude sociale

divorce a décidé, après enquête sociale, dans un cas d'espèce où les parents avaient eux-mêmes, trois ans auparavant, lors de leur séparation, organisé une garde alternée, que cette garde continuerait à être exercée alternativement du vendredi à 18h au vendredi suivant à 18h, à la mère les semaines numérotées impaires et au père les semaines numérotées paires. Le magistrat considéra que, contrairement à une mesure de garde alternée sollicitée au stade de la séparation, en l'absence de l'accord des parents, la situation devait être appréciée différemment lorsque la garde alternée avait été pratiquée de commun accord depuis plusieurs années. En effet *"il ne s'agit pas d'émettre des considérations prospectives en termes de probabilités mais de faire une analyse en termes de résultats."* Or l'enquête sociale révélait que la garde alternée produisait pour les deux enfants âgés de neuf ans et six ans d'excellents résultats et qu'elle correspondait aux aspirations des enfants.

Ce cas d'espèce montre, assurément, qu'une garde alternée peut, dans la réalité des faits, se révéler positive pour des enfants et que les risques moraux ou psycho-affectifs sont parfois moins importants que ceux qu'on craint trop souvent.

Dans une ordonnance prononcée le 21 septembre 1989, le président du tribunal de première instance de Louvain statuant sur les mesures provisoires d'une procédure en divorce (1430) organisa également, malgré l'opposition de la mère, un régime de garde alternée à l'égard d'un enfant de quatre ans. Ce régime avait déjà été institué, lors d'une procédure fondée sur l'article 223 du Code civil, par le magistrat cantonal, après une enquête sociale qui avait conclu que *"tous les éléments objectifs recueillis permettaient d'instaurer une co-parenté (co-ouderschap)"*. Le président du tribunal estima que le désir de la mère de mettre fin à la garde alternée ne pouvait pas être retenu.

Ces décisions récentes constituent incontestablement le signe d'une timide évolution, dans les milieux judiciaires, des conceptions et des mentalités et elles montrent qu'un régime de garde alternée peut, parfois, être mis en oeuvre, même si les deux parents n'expriment pas expressément leur accord.

permet de constater que *"chacun des parents est complémentaire à l'autre dans ce qu'il peut apporter à l'enfant"* et mit en évidence *"l'attachement affectif de Thomas pour chacun de ses parents et réciproquement"*. Le juge de la jeunesse estima dès lors que le régime de la garde alternée, proposé par le père, *"résultait de la perception des besoins de l'enfant"*.

(1430) Civ. Louvain, réf., R.W. 1989-1990, p. 684.

SECTION II - LE CHANGEMENT DU DROIT DE GARDE

924. La pratique révèle que la décision judiciaire qui a confié le droit de garde de l'enfant à un de ses parents ou, éventuellement, qui a organisé une garde alternée de l'enfant ne met pas nécessairement un terme aux conflits entre les deux parents à propos de l'exercice du droit de garde. Plusieurs années plus tard, et même parfois quelques mois plus tard, un des parents prend l'initiative de solliciter du juge compétent une modification du régime de garde de l'enfant.

Cette initiative est généralement justifiée par la circonstance que l'enfant ne s'est pas adapté à son mode d'existence auprès du parent gardien, qu'il est confronté à des difficultés dans la relation avec le parent gardien, ou, simplement, qu'en raison d'événements qui ont modifié la vie de l'enfant ou de ses parents, il serait préférable que l'enfant puisse vivre, désormais, avec son autre parent.

Mais on sait, aussi, qu'une demande de changement de garde de l'enfant ne fait parfois que traduire, en réalité, l'insatisfaction ou l'amertume d'un parent non gardien qui ne parvient toujours pas à supporter la privation de la possibilité de vivre avec son enfant ou qui est toujours animé de la volonté, consciente ou inconsciente, de régler ses comptes avec son ex-conjoint.

925. Jusqu'il n'y a guère longtemps, les tribunaux se montraient particulièrement méfiant à l'égard des demandes en changement du droit de garde de l'enfant et ils motivaient leur attitude par référence au principe traditionnel de l'unité et de la stabilité de la garde et de l'éducation de l'enfant (infra, § 1).

On peut cependant déceler aujourd'hui une plus grande ouverture à l'idée du changement de la garde d'un enfant. Cette évolution n'est évidemment pas sans rapport avec les évolutions d'une société qui considère désormais le changement comme un des modèles de la vie contemporaine, même jusque dans la manière de se comporter au sein de la famille. Elle n'est pas non plus sans rapport avec les évolutions qui ont profondément modifié le regard porté sur le développement psycho-affectif de l'enfant et qui ont abouti à affirmer le droit fondamental de l'enfant à connaître ses deux parents et à vivre avec chacun de ses parents.

Dans l'analyse des hypothèses de changement du droit de garde, on distinguera dès lors d'une part les hypothèses classiques qui restent justifiées par référence au principe traditionnel de la stabilité de l'éducation de l'enfant, et, d'autre part, les hypothèses plus récentes qui traduisent une plus grande souplesse dans l'appréciation de l'opportunité d'un changement de la garde de l'enfant (infra, § 2).

§ 1. LE PRINCIPE TRADITIONNEL DE LA STABILITÉ

926. En affirmant, dans ses conclusions précédant l'arrêt prononcé le 3 mai 1979 par la Cour de Cassation de Belgique ⁽¹⁴³¹⁾, qu' *"on sait par expérience combien les modifications dans la garde d'un enfant sont désastreuses pour celui-ci"*, le procureur général Krings exprimait, sans ambages, une conception qui a manifestement été partagée par de nombreux magistrats.

Sans doute n'a-t-il jamais été contesté que le juge disposait du pouvoir de modifier le droit de garde d'un enfant, en s'inspirant de considérations relatives au seul intérêt de cet

⁽¹⁴³¹⁾ Cass. 3 mai 1979, Pas. 1979, I, 1035 et conclusions avocat général Krings, p. 1039.

enfant (voy. supra, Titre III, n° 596 et 597) ⁽¹⁴³²⁾. Mais la perception qu'on avait de l'intérêt d'un enfant était qu'il devait, en principe, après la séparation ou le divorce, rester sous la garde du parent auquel il avait été confié. On considérait, en effet, que le besoin fondamental d'un enfant de parents séparés ou divorcés était de vivre dans la stabilité et la sécurité, en manière telle que les changements qui auraient affecté son mode d'existence ne pouvaient que lui être préjudiciables ⁽¹⁴³³⁾.

Il résultait d'une telle conception qu'une demande de changement de garde ne pouvait être accueillie que si le parent demandeur démontrait qu'il existait des motifs impérieux de retirer cette garde au parent gardien, parce que celui-ci n'était pas parvenu ou ne parvenait plus à assurer à l'enfant une éducation convenable ou compromettait son intérêt. En d'autres termes, on estimait qu'il n'y avait lieu de porter atteinte à la stabilité du milieu de vie de l'enfant que s'il était rigoureusement établi que ce milieu de vie était devenu inadéquat pour l'enfant. Dans cette perspective, le changement de garde était essentiellement perçu comme une sanction des carences ou des failles du parent gardien dans l'exercice de la fonction parentale, et les tribunaux étaient d'autant plus réticents à admettre un changement de garde qu'ils savaient qu'une telle décision serait vécue par le parent gardien comme une forme de désaveu de ses qualités parentales.

927. Un jugement prononcé le 31 mars 1981 par le tribunal de la jeunesse de Verviers ⁽¹⁴³⁴⁾ exprime bien l'état d'esprit dans lequel les magistrats traitaient généralement les demandes en changement de garde, lorsqu'il énonce, notamment, *"qu'il est de doctrine et de jurisprudence que le droit de garde ne peut être enlevé à celui des auteurs auquel il a été confié et transféré à l'autre auteur que dans le cas où il y aurait ... soit un démérite dans le chef de l'auteur qui exerce le droit de garde, tel que l'intérêt de l'enfant s'en trouverait compromis, soit encore que serait établi le fait que l'enfant ne connaîtrait pas l'évolution souhaitée, étant démontré que ce déficit serait imputable à faute à l'auteur gardien"*.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles prononcé le 16 juin 1981 ⁽¹⁴³⁵⁾ énonce également, alors que les enfants demandaient, semble-t-il, de pouvoir résider avec leur mère, que *"le souhait exprimé par des enfants de dix et de douze ans de vivre avec leur mère ne saurait justifier à lui seul un changement de la garde en faveur de la mère, alors que la garde a été assumée de manière constante pendant plusieurs années par le père qui ne s'est jamais désintéressé de l'éducation de ses enfants ni soustrait à ses obligations"*. On perçoit manifestement dans cette motivation le souci des magistrats de ne pas priver un des parents du droit de garde, lorsqu'on ne peut pas lui faire de grief ou de reproche à propos de la manière dont il a exercé cette garde.

⁽¹⁴³²⁾ Voy. toutefois, à propos de la controverse relative à la question de savoir si cette règle était également applicable après un divorce par consentement mutuel ou si elle était, au contraire, primée par le respect du principe de la convention-loi, supra, Titre IV, n° 752 et s.

⁽¹⁴³³⁾ Voy. Bruxelles 5 avril 1982, R.W. 1982-83, col. 708 qui affirme, en écartant une demande de changement de garde, qu' *"il ne convient pas d'arracher l'enfant à son milieu familial"*.

⁽¹⁴³⁴⁾ Trib. jeun. Verviers, 31 mars 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 467.

⁽¹⁴³⁵⁾ Bruxelles, 16 juin 1981, Pas. 1982, II, 33.

Par ailleurs, un arrêt prononcé le 3 janvier 1985 par la Cour de cassation ⁽¹⁴³⁶⁾ est également indicatif de cette conception traditionnelle en ce qu'il rejette le pourvoi formé contre un arrêt du 23 mars 1984 de la Cour d'appel d'Anvers. La Cour d'appel d'Anvers avait rejeté la demande d'un père qui souhaitait obtenir, en droit, la garde de son enfant qu'il exerçait, en fait, depuis plusieurs années, au mépris des décisions judiciaires qui avaient confié cette garde à la mère. La Cour d'appel avait motivé sa décision en considérant *"qu'il y a uniquement lieu de vérifier si l'intérêt de l'enfant exige de le soustraire à la garde de la défenderesse pour le confier au demandeur; que celui-ci n'établit pas et qu'il ne ressort ni ne résulte d'aucun des éléments de la cause que la défenderesse ne serait pas en mesure de bien soigner l'enfant et de lui donner une bonne éducation; que sa situation matérielle paraît favorable et que sa conduite ne fait l'objet d'aucune critique"*. Dans son pourvoi, le père reprocha au juge d'appel de ne pas avoir voulu prendre en compte le fait qu'il était, selon lui, mieux à même que la mère d'exercer la garde de l'enfant et il soutenait que, pour apprécier une demande de changement de garde, la détermination de l'intérêt de l'enfant *"exige de comparer l'aptitude des deux parties sans qu'il soit requis que l'un établisse des fautes de l'autre"*. La Cour de cassation se borna à répondre qu'en décidant qu'il n'était pas établi qu'une modification de la garde s'imposait dans l'intérêt de l'enfant, la Cour d'appel avait légalement justifié sa décision. La Cour suprême cautionnait dès lors implicitement la motivation exprimée par la Cour d'appel d'Anvers et la solution traditionnelle qui y était affirmée.

928. Dans une thèse remarquable et remarquée, la sociologue Irène Théry ⁽¹⁴³⁷⁾ a procédé, il y a dix années, à une analyse des 235 dossiers contenant l'ensemble des ordonnances par lesquelles les juges aux affaires matrimoniales du tribunal de grande instance de Paris ont, au cours de l'année 1981, statué sur une requête en modification de garde, et elle a bien montré *"l'omniprésence, dans ces dossiers, de la référence à la stabilité"* ⁽¹⁴³⁸⁾.

Le changement de garde est en effet présenté, dans l'ensemble des décisions, comme un événement qui est, en lui-même, selon l'expression d'un magistrat, *"toujours perturbateur"* et auquel on ne se résout *"que si on ne peut l'éviter"* ⁽¹⁴³⁹⁾. C'est la raison pour laquelle le changement de garde ne peut être décidé, selon l'expression d'un autre magistrat, *"que pour des motifs graves"* et *"la gravité de ces motifs doit être interprétée strictement et restrictivement"* ⁽¹⁴⁴⁰⁾. Le changement de garde est donc perçu par les magistrats comme une aventure pleine de risques pour l'enfant : risques de traumatisme, risques de déséquilibre, risques de fragilisation...

Dans une des procédures en changement de garde introduite par un père qui soutenait qu'il pourrait, mieux que son ex-épouse, aider son fils dans son travail scolaire, le magistrat motiva le rejet de la demande en affirmant *"qu'il serait bien imprudent de bouleverser brusquement l'existence de cet enfant qui a toujours été élevé par sa mère, en le transplantant dans un autre milieu et en le privant de son cadre de vie, de son rythme et de son habitude"* et *"qu'un tel changement serait certainement plus préjudiciable à son*

⁽¹⁴³⁶⁾ Cass. 3 janvier 1985, Pas. 1985, I, 516; J.T. 1985, p. 389; R.W. 1985-86, col. 798.

⁽¹⁴³⁷⁾ I. Théry, La référence à l'intérêt de l'enfant dans la modification du droit de garde après le divorce, thèse, Université Paris V - René Descartes, 1983.

⁽¹⁴³⁸⁾ *ibidem*, p. 158.

⁽¹⁴³⁹⁾ *ibidem*, p. 185.

⁽¹⁴⁴⁰⁾ *ibidem*, p. 158.

équilibre, donc à ses études que le bénéfice que celles-ci pourraient éventuellement recevoir" (1441).

Dans une autre procédure, une mère faisait valoir qu'au moment du divorce, l'instabilité de sa situation personnelle et professionnelle ne lui avait pas permis d'envisager sérieusement la possibilité d'assurer la garde de ses enfants, mais par contre qu'elle avait actuellement formé une nouvelle famille, qu'elle venait de donner naissance à un enfant et qu'elle bénéficiait d'une grande disponibilité de temps pour accueillir ses trois enfants âgés de 14, 11 et 9 ans. La juge la débouta parce qu'elle ne faisait valoir aucun *"motif grave"* à l'appui de sa demande (1442).

La demande en changement de garde d'une autre mère fut également écartée, parce qu'elle n'apportait en rien la preuve ni que le père *"a failli à ses obligations"* à l'égard des enfants, ni qu'il *"ne leur apporte toute l'attention souhaitable tant sur le plan matériel que moral"*, ni que *"leur épanouissement serait compromis"*. Le juge conclut en précisant *"que tout changement ne pourrait qu'aboutir à perturber leur équilibre"* (1443).

Le parent gardien bénéficie dès lors, selon Irène Théry, *"d'une sorte de rente de situation : ce qui est acquis, installé, ne sera pas remis en cause sans motifs impérieux"* (1444).

929. On peut expliquer cette attitude des cours et tribunaux par diverses raisons.

Il y a, d'abord, la référence traditionnelle, dans le monde des juristes, à la valeur de la stabilité qui est considérée comme une valeur positive par elle-même : ce qui est stable est bon. Une telle approche, éminemment subjective, est cependant compréhensible dans le chef d'un juriste, lorsqu'on sait que la fonction du droit est, classiquement, de préserver le maintien d'un certain ordre et d'imposer des règles *"une fois pour toutes"*.

Ensuite, les sciences pédagogiques et psychologiques ont, pendant de très nombreuses années, contribué à répandre l'idée qu'en raison de sa fragilité et de son immaturité, l'enfant n'a pas la capacité de supporter les changements ou les bouleversements de son cadre d'existence. Il a, au contraire, pour grandir et se développer, essentiellement besoin de continuité. Cette analyse de l'intérêt de l'enfant a été, notamment, synthétisée dans l'ouvrage publié en 1973 à New-York - et déjà commenté (supra, Titre II, n° 356) - par un juriste, par une psychanalyste - la fille de Sigmund Freud - et par un psychologue (1445). Cet ouvrage, fit, à l'époque, autorité, même si certaines des thèses qui y étaient défendues furent, par la suite, comme on l'a déjà indiqué, sérieusement contestées. Les auteurs y écrivaient que *"la continuité des relations, de l'entourage et de toute l'influence qu'exerce l'environnement est un élément fondamental du développement normal de l'enfant"*, parce que *"l'instabilité de tous les processus mentaux pendant la période du développement exige une compensation que l'enfant trouvera dans la stabilité et la continuité du soutien que lui apportent les ressources externes"*. Et ils ajoutaient qu' *"une des conséquences de ces principes sur les lois régissant l'adoption, le droit de garde et le*

(1441) *ibidem*, p. 161.

(1442) *ibidem*, p. 160.

(1443) *ibidem*, p. 161.

(1444) *ibidem*, p. 159.

(1445) J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, Dans l'intérêt de l'enfant ? Vers un nouveau statut de l'enfance, traduction française de M. David, E.S.F., 1978.

placement familial est que tout placement d'enfant doit être définitif et inconditionnel et que les enfants ne doivent pas être changés au gré de décisions successives et provisoires". Dès lors, "en cas de divorce ou de séparation, le décret qui donne la garde à l'un des parents devrait être définitif et non sujet à modifications" (1446). On perçoit aisément l'influence que cette thèse a pu avoir sur les pratiques des magistrats.

On peut encore comprendre la solution traditionnellement exprimée par les tribunaux dans les procédures en modification du droit de garde comme la résultante d'un souci de politique judiciaire : affirmer l'autorité des décisions prononcées par les juges et éviter que les parents n'encombrent régulièrement le service public de la justice en cherchant à remettre systématiquement en question la décision précédemment adoptée. Comme Irène Théry l'a fait observer, dans une autre étude, *"à travers la stabilité de l'enfant, l'enjeu (pour les magistrats), c'est aussi la stabilité de la décision, comme condition de l'exercice, par la justice, de son rôle de régulation sociale"* (1447).

Enfin, on peut également se demander si la magistrature ne continue pas immanquablement à raisonner, lorsqu'elle traite certaines questions liées au droit de garde ou au droit de visite d'un enfant, par référence aux notions de faute et de culpabilité. Le problème du changement de garde reste souvent perçu par les cours et tribunaux dans une perspective de sanction. C'est comme si une décision de changement de garde consistait à punir le parent gardien, et une telle punition serait injuste et inadéquate lorsque le parent gardien n'a commis aucune faute ou n'est pas un mauvais parent. On perçoit mieux aujourd'hui le caractère inapproprié d'un tel raisonnement. Dans de nombreuses situations familiales, il serait en effet nécessaire de parvenir à dégager le débat relatif à l'intérêt d'un enfant de la question de savoir si un de ses deux parents est coupable d'avoir mal agi. La décision qui doit être prise à propos d'un enfant est une décision centrée sur l'enfant, sur ses besoins, ses aptitudes, ses sentiments, sa relation avec chacun de ses parents, et elle n'implique pas, en principe, qu'on porte un jugement de valeur sur les parents, qu'on les sanctionne d'une faute ou qu'on les acquitte de telle ou telle accusation. Mais on n'efface pas en un trait de plume, on le sait, les effets du processus disciplinaire-autoritaire dans les comportements et les mentalités.

930. A l'heure actuelle, un certain nombre de magistrats continuent dès lors à appréhender selon la logique traditionnelle de la stabilité la problématique du changement de garde d'un enfant, et ils refusent d'envisager une modification du droit de garde s'il ne leur est pas démontré que le parent gardien a *"démérité"* ou qu'il existe des *"motifs graves"* de changement.

Trois exemples de cette attitude peuvent être tirés de la recension de la jurisprudence récente, non publiée, du président du tribunal de première instance de Bruxelles statuant dans le contexte des mesures provisoires relatives à une procédure en divorce.

Une ordonnance du 26 février 1990 a débouté un père de sa demande en changement de la garde de deux garçons âgés de huit ans et demi et six ans qui étaient confiés à leur mère en vertu d'une ordonnance cantonale prononcée trois ans auparavant. Le père affirmait que la mère était surchargée de travail et il sollicitait une enquête sociale. Le magistrat répondit qu'il lui *"semblait que la mère avait parfaitement exercé l'administration qui lui avait été confiée"* et il refusa d'ordonner l'enquête sociale postulée.

Une ordonnance du 26 mars 1990 a débouté une mère de sa demande en changement de la garde du plus jeune de ses deux enfants, âgés respectivement de quinze ans et douze

(1446) *ibidem*, p. 40-44.

(1447) I. Théry, La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés, in *Du divorce et des enfants*, Cahier n° 111 de l'I.N.E.D., P.U.F., Paris, 1985, p. 62.

ans, qui avaient été confiés à leur père par une ordonnance prononcée neuf mois auparavant. La mère faisait état de ce que l'enfant était *"malheureux chez son père"*. Le magistrat considéra qu'il n'y avait *"aucun motif valable de refaire un complément d'enquête"*.

Une ordonnance du 14 février 1990 a adopté une attitude semblable dans un cas d'espèce où le père justifiait sa demande de changement de garde par le désir qui lui en avait été exprimé par son fils âgé de douze ans et demi. Ce garçon était confié depuis la séparation des parties intervenue en 1984 à la garde de sa mère en vertu d'une ordonnance cantonale. Le magistrat *"estima ne pas devoir suivre le raisonnement du père"*, parce qu' *"il n'est pas indiqué de faire dépendre le sort d'un enfant d'un désir que ce dernier aurait exprimé"*. Selon l'ordonnance, *"il est constant que le parent non gardien offre à l'enfant lorsqu'il le reçoit en visite un séjour généralement vierge d'interdits et de remontrances"* et *"que l'éducation d'un enfant jour après jour, heure après heure, auprès du gardien est en général et en principe plus stricte"*, en manière telle que l'enfant est attiré vers le milieu le plus clément. Comme l'enfant, aux yeux du magistrat, ne *"posait apparemment aucun problème particulier ou angoissant"*, la garde resta confiée, pendant l'instance en divorce, à sa mère et la demande d'enquête sociale fut écartée.

931. On observera que, dans chacune de ces trois décisions, le magistrat a non seulement refusé de faire droit à la demande de modification du droit de garde - ce qui était compréhensible dès lors que les raisons invoquées n'étaient pas suffisamment établies - mais, surtout, il n'a même pas accédé à la demande du parent non gardien d'ordonner une mesure d'investigation aux fins de déterminer si les raisons invoquées étaient conformes à la réalité vécue par l'enfant.

Or, les éléments dont le parent gardien faisait état auraient pu être considérés, s'ils étaient établis, comme des éléments sérieux justifiant qu'on se pose en conscience la question de l'intérêt de l'enfant. Un enfant de douze ans dont on dit qu'il est *"malheureux"* ou un enfant de douze ans et demi dont on soutient qu'il a exprimé le désir de venir vivre auprès de son père sont des enfants qui mériteraient, à tout le moins, d'être écoutés, même si le magistrat a des raisons de penser que le litige qui lui est soumis n'est peut-être qu'une des péripéties du conflit persistant entre les parents. Et cependant le magistrat a choisi, au nom du principe traditionnel de la stabilité, de fermer les yeux, en préférant ne pas savoir ce que ces enfants vivaient ou ressentaient.

C'est cette manière rigide de vouloir ignorer le caractère nécessairement évolutif des relations au sein de la famille aussi bien que des besoins et des sentiments d'un enfant qui est assurément critiquable dans de telles décisions. Un enfant évolue et il a dès lors le droit de ne pas rester dans une situation statique. Le changement est une des caractéristiques du mouvement de la vie et il serait profondément inexact de considérer que l'équilibre psychique d'un être humain est nécessairement fondé sur la stabilité et l'immobilisme.

A juste titre, certains magistrats, et plus particulièrement les magistrats spécialisés dans le traitement des problèmes relatifs à l'enfance, acceptent dès lors aujourd'hui de mettre en cause le postulat de la stabilité et ils ordonnent des mesures d'investigations approfondies lorsqu'ils sont saisis d'une demande en changement de garde d'un enfant.

§ 2. LES HYPOTHESES DE CHANGEMENT DE GARDE

A. Les hypothèses classiques

1. La défaillance du parent gardien

932. La défaillance du parent gardien constitue, dans la jurisprudence traditionnelle, l'hypothèse la plus classique qui autorise un changement de garde d'un enfant. Elle est en effet entièrement contenue dans la règle selon laquelle l'intérêt de l'enfant exige qu'il vive dans la continuité, sauf précisément si la stabilité et la sécurité de son éducation sont compromises par les comportements jugés inadéquats du parent gardien.

Toute la question est alors de déterminer à partir de quel degré ou de quelle limite on doit considérer que le parent gardien est inadéquat et que la stabilité de l'éducation d'un enfant est compromise.

933. Un premier critère est souvent tiré de l'instabilité de la personnalité ou du mode d'existence du parent gardien lui-même.

C'est d'ailleurs ce grief qui est, comme l'a bien montré Irène Théry, fréquemment allégué par le parent non gardien dans sa requête introductive de l'instance en modification du droit de garde ⁽¹⁴⁴⁸⁾.

Lorsque la réalité d'un tel grief est établie, les magistrats peuvent alors effectivement considérer que l'intérêt de l'enfant exige de retirer le droit de garde au parent gardien, comme, par exemple, à cette mère qui *"menait une vie instable et dont les deux enfants n'étaient pas scolarisés"* ⁽¹⁴⁴⁹⁾. Le seul fait de ne pas veiller à ce que ses enfants fréquentent l'école peut manifestement être perçu comme le symptôme d'une défaillance grave de la fonction d'éducateur de l'enfant et justifier un changement du droit de garde.

On observera cependant que la notion d'instabilité est une notion équivoque et relative, et qu'en réalité le parent demandeur en modification du droit de garde confond parfois changement, diversité et instabilité. Ce n'est pas parce que le parent gardien mène une vie ouverte au changement ou à la diversité qu'il doit être qualifié d'instable ou, surtout, qu'il serait instable ou fragile dans sa relation avec son enfant et dans l'exercice de sa fonction parentale. L'instabilité préjudiciable à un enfant est celle qui résulte des perturbations ou des dérèglements psychiques ou affectifs d'un des parents; elle ne résulte pas d'un mode d'existence qui, apparemment, paraîtrait mouvant, discontinu ou désordonné.

Dans la jurisprudence belge publiée, un arrêt prononcé le 27 juin 1989 par la Cour d'appel de Liège ⁽¹⁴⁵⁰⁾ illustre cette ambiguïté. La Cour a retiré la garde de deux enfants de huit ans et six ans à une mère qui avait adhéré depuis un an au mouvement des *"témoins de Jehovah"*, qui faisait partager à ses enfants ses nouvelles convictions, qui les obligeait à participer aux réunions du mouvement, et qui leur imposait une vie ascétique

⁽¹⁴⁴⁸⁾ Voy. I. Théry, La référence à l'intérêt de l'enfant, usage judiciaire et ambiguïtés, p. 61, qui cite une requête dans laquelle le père justifie sa demande en soutenant que *"la mère est de santé fragile, travaille et a de nouvelles amours"* et une autre requête, particulièrement typique, dans laquelle le père affirme que la mère *"n'a pas su retrouver l'équilibre de sa vie professionnelle et privée, et offrir aux enfants une structure familiale d'accueil sûre, stable et chaleureuse, et qu'il y a une forte probabilité qu'elle n'y parvienne pas davantage dans l'avenir, eu égard à sa nature instable et impulsive"*.

⁽¹⁴⁴⁹⁾ Voy. I. Théry, thèse, p. 170.

⁽¹⁴⁵⁰⁾ Liège, 27 juin 1989, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 400.

(suppression des activités sportives, des fêtes familiales et scolaires...). Par un souci élégant et compréhensible de ne pas heurter la liberté de conscience et de religion de la mère, la Cour n'a pas voulu justifier sa décision en prenant explicitement en compte les effets pathogènes pour les enfants de l'idéologie et des pratiques religieuses de la mère. Elle a, par contre, accordé le droit de garde au père, sur base de la considération que les enfants avaient toujours été élevés dans la religion catholique et que *"les conceptions proposées par la religion que l'intimée pratique actuellement sont en contradiction avec celles qui ont jusqu'à présent été inculquées aux enfants lesquels ont, compte tenu spécialement de leur âge, un impérieux besoin de stabilité"*.

Or, il paraît évident que si une mère juive devenait protestante ou si une mère catholique devenait laïque, on ne lui retirerait pas la garde de ses enfants, en soutenant que ses nouvelles convictions sont *"en contradiction"* avec les précédentes. Le changement des conceptions religieuses ou philosophiques des parents n'est pas, en tant que tel, un symptôme d'instabilité psychique ou affective. Ce peut au contraire être le signe d'une plus grande recherche d'équilibre personnel. Si la Cour d'appel de Liège a retiré le droit de garde à une mère *"témoin de Jehovah"*, c'est - on peut se permettre de le penser - parce qu'en réalité les pratiques religieuses de cette secte sont parfois inquiétantes et elles peuvent se révéler préjudiciables au développement équilibré de la personnalité d'un enfant. La Cour a, d'ailleurs, fait état dans son arrêt de ce que l'assistant social chargé de l'étude sociale avait constaté *"que les enfants donnent l'impression d'être peu épanouis, mal dans leur peau"* et qu'ils *"expriment clairement leur souhait de vivre avec leur père"*.

Ce ne sont par conséquent pas les évolutions ou les changements qui peuvent être repérés dans le mode de vie d'un des parents - même s'ils sont invoqués par l'autre parent pour formuler un grief d'instabilité - qui attestent, par eux-mêmes, d'une prétendue instabilité ou d'une prétendue inadéquation dans la fonction d'éducateur de l'enfant.

Par contre, il advient effectivement que, dans un certain nombre de situations familiales, telles que celle qui fut soumise à la Cour d'appel de Liège, le parent gardien de l'enfant, en raison de difficultés ou de troubles personnels, ne parvient plus à exercer adéquatement ses responsabilités parentales et risque dès lors de compromettre les processus permettant le développement équilibré de l'enfant : processus d'attachement, processus d'identification et processus de séparation-individuation. Dans ces situations, qui méritent des investigations approfondies, un changement du droit de garde peut s'avérer indispensable au respect de l'intérêt et des droits de l'enfant (1451).

934. Un deuxième critère parfois retenu par les tribunaux pour apprécier la qualité de l'éducation donnée à l'enfant par le parent gardien est déduit des résultats scolaires de l'enfant.

La réussite scolaire de l'enfant ou inversement ses échecs scolaires sont généralement perçus par les tribunaux comme un indice de son adaptation ou inversement de son inadéquation dans le milieu du parent gardien. C'est, au demeurant, une des raisons pour lesquelles les avocats ne manquent jamais, dans ce type de procédure, de déposer dans leur dossier une copie des bulletins, des livrets scolaires ou des journaux de classe de l'enfant. Il est en effet fréquent que les magistrats refusent d'envisager une modification du droit de garde de l'enfant lorsque ses résultats scolaires sont satisfaisants, tandis qu'ils acceptent, par contre, de retenir les échecs scolaires comme un des éléments qui pourrait attester de l'éducation défailante dispensée par le parent gardien.

(1451) Voy. trib. jeun. Bruxelles, 8 janvier 1990, inédit, qui, à titre précaire, transfère au père le droit de garde d'un garçon de six ans dont la mère souffrait de dépression et d'éthylisme. Les faits avaient préalablement été établis par une enquête de police. Le tribunal prit cependant la précaution complémentaire, avant de se prononcer définitivement, d'ordonner une étude sociale.

Irène Théry a épinglé, dans sa recherche, un dossier exemplaire ⁽¹⁴⁵²⁾. Une ordonnance du juge aux affaires matrimoniales du tribunal de grande instance de Paris avait transféré, pour une période transitoire d'une année, la garde d'un jeune garçon à son père en *"se fondant essentiellement d'une part sur les mauvais résultats scolaires du garçonnet, pouvant traduire une certaine perturbation psychique, d'autre part sur les sentiments manifestés par (l'enfant) lui-même"*. Or, une année plus tard, la situation ne s'était nullement améliorée. Le magistrat rendit dès lors une nouvelle ordonnance dans laquelle il constata que *"le bilan scolaire de (l'enfant) au terme de l'année scolaire qui s'achève est purement et simplement désastreux"* et que *"sa mère n'était donc pas responsable de son comportement au lycée"*. Il décida de confier à nouveau le droit de garde à la mère de l'enfant.

Cette polarisation de l'attention des plaideurs et des magistrats sur le *"bilan scolaire"* de l'enfant est critiquable, dans la mesure où on sait parfaitement, aujourd'hui, qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre le degré d'adaptation scolaire de l'enfant, son degré d'adaptation dans son environnement familial et son équilibre psychologique. Certains enfants continuent à obtenir des résultats scolaires satisfaisants ou même brillants ⁽¹⁴⁵³⁾, alors qu'ils se trouvent en réelle difficulté psycho-affective dans leur situation familiale et, par ailleurs, les raisons d'un échec scolaire peuvent être totalement étrangères à la nature de l'éducation dispensée par le parent gardien ou à la qualité de la relation entre l'enfant et son parent gardien. On ne peut dès lors qu'inviter les magistrats à se montrer circonspects dans l'utilisation du critère des résultats scolaires lors de l'examen d'une demande en changement du droit de garde et, plus généralement, chaque fois qu'il y a lieu d'apprécier l'intérêt d'un enfant.

2. Le départ du parent gardien à l'étranger

935. Une seconde hypothèse dans laquelle les tribunaux ont été amenés, classiquement, à modifier ou à envisager de modifier le droit de garde d'un enfant de parents séparés ou divorcés est l'hypothèse d'un départ à l'étranger projeté ou décidé par le parent gardien.

Cette hypothèse peut aussi être qualifiée de *"classique"*, parce qu'elle s'inscrit dans la logique du principe traditionnel de la stabilité. C'est en effet au nom de l'objectif de continuité et de stabilité de l'éducation de l'enfant que les tribunaux sont parfois conduits à penser que le déménagement de l'enfant dans un milieu de vie nouveau et différent provoquera un bouleversement de ses conditions d'existence et que l'intérêt de cet enfant exige dès lors de le maintenir dans son environnement naturel et habituel, en le confiant aux soins de l'autre parent.

936. La problématique du départ à l'étranger du parent gardien de l'enfant est une problématique difficile et douloureuse, et les praticiens savent qu'il n'existe pas de solution satisfaisante.

Cette situation ajoute en effet à la blessure d'une première séparation - la rupture du couple - la blessure d'une seconde séparation - l'éloignement géographique d'un des parents de l'enfant. Un des deux parents ressentira dès lors ce départ comme une souffrance ou une injustice, soit parce que le parent non gardien sera confronté, contre sa volonté, à un rétrécissement considérable de son temps de vie avec l'enfant, soit parce que le parent gardien sera contraint de cesser de partager son existence quotidienne avec son enfant. L'enfant, lui, pourra éprouver, davantage encore que lors de la séparation de

(1452) I. Théry, thèse, p. 171.

(1453) Sur l'hyper-investissement scolaire d'enfants culpabilisés par la séparation de leurs parents, voy. supra, Titre II, n° 334.

ses parents, une déchirure plus radicale entre ses deux racines parentales et être confronté à un grave conflit de loyauté à l'égard de ses deux parents, si chacun de ceux-ci se bat pour le garder auprès de lui.

On ne peut dès lors, a priori, qu'inviter les parents séparés ou divorcés à se montrer prudents avant d'envisager un départ à l'étranger. Mais la vie est faite de chemins imprévisibles et un adulte ne doit pas nécessairement, non plus, renoncer à une possibilité d'épanouissement qui lui est offerte pour le motif qu'il est séparé ou divorcé. A long terme, la bonne santé mentale d'un enfant est aussi liée à l'aptitude de chacun de ses parents de réaliser pleinement ses potentialités personnelles (voy. supra, Titre I, n° 247 et 248).

937. Lorsque le parent gardien d'un enfant est ainsi amené à prendre la décision de partir dans un pays étranger, les magistrats sont parfois appelés à devoir trancher eux-mêmes le dilemme qui se pose pour l'organisation de l'existence de l'enfant.

Ils sont tantôt saisis par le parent gardien qui leur demande l'autorisation judiciaire de s'expatrier avec l'enfant, parce qu'il ne veut pas contrevenir à une règle conventionnelle ou à une décision de justice qui lui interdit de fixer la résidence de l'enfant à l'étranger sans l'autorisation préalable du parent non gardien. Ils sont tantôt saisis par le parent non gardien qui exprime son opposition au projet ou à la décision du parent gardien de s'expatrier et qui sollicite un changement du droit de garde pour l'hypothèse où le parent gardien mettrait ou aurait mis son intention à exécution.

Dans de telles situations, la réaction classique des magistrats consiste à se référer au principe de la stabilité et de la continuité des conditions d'existence de l'enfant. Si le départ de l'enfant à l'étranger porte atteinte à cette stabilité et à cette continuité en raison de la rupture trop brutale que l'expatriation représenterait avec le milieu de vie habituel de l'enfant, le juge interdira le départ de l'enfant à l'étranger et accueillera la demande en changement de garde formulée par le parent non gardien. Si, par contre, le départ de l'enfant à l'étranger ne porte pas atteinte à cette stabilité et à cette continuité en raison de la force du lien affectif qui unit l'enfant au parent gardien, le juge ne verra pas d'objection au départ de l'enfant et écartera une éventuelle demande en changement du droit de garde.

Dans chacune des deux situations, le juge fait donc le choix de la stabilité, mais, dans un cas, il choisit la stabilité de l'environnement spatial et socio-culturel de l'enfant, tandis que dans l'autre cas il choisit la stabilité de la relation affective établie entre l'enfant et le parent gardien.

L'attention portée par les magistrats à la stabilité de la relation entre l'enfant et le parent gardien est cependant plus récente, parce que la prise en compte dans nos systèmes juridiques et judiciaires des besoins psycho-affectifs d'un enfant est plus récente que la prise en compte des caractéristiques de l'environnement matériel et moral de l'enfant. Traditionnellement, le réflexe des magistrats est donc davantage, dans ce type de problématique, protectionniste et xénophobe. Ce n'est d'ailleurs que récemment qu'on a commencé à intégrer dans nos moeurs et dans nos mentalités la possibilité d'une circulation plus fréquente des personnes au-delà des frontières d'un Etat.

938. Irène Théry a relevé deux exemples précis de l'attitude traditionnelle des magistrats dans les décisions prononcées en 1981 par les juges aux affaires matrimoniales du tribunal de grande instance de Paris.

Sans s'enquérir particulièrement des besoins affectifs des enfants, une première ordonnance a retiré la garde de deux enfants de sept ans et cinq ans à leur mère qui s'était installée au Mexique, *"étant donné leur jeune âge et le dépaysement complet qui serait le leur dans un pays éloigné dont ils ne connaissent ni la langue ni les usages loin de leur famille et de leurs petits camarades"*.

Une autre ordonnance a également confié au père la garde d'une fillette que sa mère souhaitait emmener aux Etats-Unis, en précisant que le père *"est en mesure de prendre le relais de la mère et de maintenir à l'enfant la plupart des habitudes qui, depuis le divorce, ont été les siennes (scolarité, relations familiales paternelles comme maternelles, amitiés, éducation religieuse, loisirs)"*.

939. On peut trouver un raisonnement comparable dans la jurisprudence québécoise.

Un jugement du 9 juin 1989 de la Cour Supérieure du Québec ⁽¹⁴⁵⁴⁾ transfère à son père la garde d'un enfant de neuf ans qui avait précédemment été attribuée à la mère, encore que l'enfant vivait, en réalité, une semaine chez sa mère et une semaine chez son père. La mère s'était remariée avec un diplomate qui venait d'être nommé, pour une durée de trois ans, à un poste de conseiller auprès de l'ambassadeur du Canada aux Philippines. L'enfant, qui était représenté à la procédure par un avocat, était, depuis qu'il avait appris la nouvelle du départ de sa mère à Manille, déchiré entre son affection pour ses deux parents et son équilibre personnel en avait été affecté. Le tribunal considéra que, si l'enfant devait vivre à Manille, *"il serait déraciné et emmené dans un pays possédant un climat, une culture, des moeurs, des institutions différentes des nôtres, et il serait encadré dans un milieu ou des institutions complètement étrangers à ceux qu'il a connus à ce jour"*. Le magistrat tint compte, au surplus, de la situation d' *"instabilité politique"* des Philippines. *"Des groupes de guérilleros s'attaquent aux autorités et aux institutions gouvernementales"*, et l'enfant pourrait développer *"une certaine anxiété ou psychose"*.

Un jugement du 3 juillet 1989 de la Cour Suprême du Québec ⁽¹⁴⁵⁵⁾ adopte la même attitude. Deux enfants de huit et cinq ans avaient également vécu en garde partagée auprès de leur père et de leur mère. Après deux années de séparation, la mère saisit le tribunal et sollicite leur garde exclusive, parce qu'elle souhaitait emmener ses enfants au Cameroun où son nouveau conjoint avait obtenu un contrat avec un organisme de coopération pour une période d'un an. Le tribunal rejeta cette demande et octroya la garde au père. Il justifia sa décision dans les termes suivants : *"Avec tout ce que (les enfants) ont vécu ces deux dernières années, et même avant, si l'on considère la tension qui existe dans un couple qui se sépare, il nous apparaît sage de leur permettre de se stabiliser encore plus avant d'effectuer un changement d'une telle envergure. Certainement qu'à court terme ils pourront être déçus, comme leur mère d'ailleurs, mais à plus long terme le Tribunal est d'avis qu'ils profiteront de cette stabilité que leur procurera leur présence chez leur père à Cap-Rouge. Ils ont besoin de calme, de leurs amis, de nos habitudes de vie pour compléter leur épanouissement et leur équilibre suite aux moments difficiles qu'ils viennent de vivre"*.

940. Dans la jurisprudence belge publiée, un jugement prononcé le 13 janvier 1984 par le tribunal de première instance d'Anvers a, aussi, refusé à la mère de trois enfants de dix, sept et quatre ans, l'autorisation qu'elle avait sollicitée de pouvoir emmener ses enfants en Ouganda, pour une période d'une à trois années, en raison de l'activité professionnelle que devait y exercer son nouveau compagnon de vie. Le tribunal considéra que la situation en Ouganda était peu sûre et *"instable"*, que les enfants rencontreraient *"très certainement de sérieux problèmes d'adaptation"* dans un enseignement dispensé dans

(1454) Droit de la famille 1252, (1989) R.D.F. p. 377.

(1455) Droit de la famille 1253, (1989) R.D.F., p. 365.

Dans le même sens, voy. égal. Droit de la famille 1185, (1988) R.D.F. p. 260, qui transfère la garde d'un enfant de trois ans et demi à son père parce qu'il était préférable, pour assurer une certaine stabilité à l'enfant, qu'il continue à habiter à Montréal, dans un milieu qu'il avait toujours connu, plutôt que de le transplanter dans un milieu étranger en Italie.

une langue étrangère, qu'il existait une grande probabilité qu'ils fassent "*marche arrière dans leurs études*" et qu'il y avait un risque que les enfants et leur père deviennent des "*étrangers*" l'un pour l'autre. Le tribunal accueillit dès lors la demande reconventionnelle en changement du droit de garde introduite par le père et lui confia le droit de garde des trois enfants, à moins que la mère ne lui fit savoir, avant que le jugement ne fût coulé en force de chose jugée, qu'elle renonçait à son projet de partir en Ouganda.

941. Il est significatif de retrouver dans ces différentes décisions qui viennent d'être analysées et qui font droit à une demande de changement de garde en raison du départ du parent gardien dans un pays éloigné, un état d'esprit très semblable à celui qui, souvent, anime les magistrats lorsque, inversement, ils refusent le changement du droit de garde sollicité par le parent non gardien à l'égard d'enfants qui sont destinés à rester sur le territoire de la Belgique.

Les magistrats considèrent, chaque fois, qu'il y a des "*risques*" et ils ne se sentent pas prêts à faire courir ces risques à un enfant; ils craignent que des modifications dans le mode de vie de l'enfant ne provoque des "*perturbations*"; ils ont tendance à penser que des changements, pour un enfant, sont susceptibles de devenir des "*bouleversements*". Ils redoutent par conséquent les effets négatifs du changement, tantôt du changement de l'environnement parental, lorsque le changement de garde est sollicité à l'intérieur du territoire national, tantôt le changement de l'environnement socio-culturel, lorsque le changement de garde est sollicité en raison d'un départ à l'étranger, sans d'ailleurs percevoir la contradiction qu'il y a à perdre de vue les prétendus effets négatifs du changement de l'environnement parental lorsqu'ils modifient le droit de garde en raison des effets négatifs du changement de l'environnement socio-culturel.

On pourrait repérer dans cette attitude de magistrats des causes qui ne sont pas seulement objectives et rationnelles mais qui sont aussi subjectives et émotionnelles, comme s'il y avait, en filigrane, une peur par rapport à ce qui est nouveau, différent, ou, inconnu, car la perception par un être humain d'un risque n'est parfois qu'une production mentale qui ne correspond pas nécessairement à l'existence d'une véritable menace dans la réalité. Ce qui, pour certaines personnes, constitue un risque sérieux à ne pas affronter peut, au contraire, être perçu par d'autres personnes comme un projet plein de promesses ou de potentialités.

Or, doit-on réellement considérer que le départ d'un enfant à l'étranger recèle de véritables risques pour cet enfant ? Beaucoup d'enfants, dans la société contemporaines, sont emmenés, en raison de la mobilité professionnelle des parents, dans une nouvelle région ou un nouveau pays et, souvent, ils s'en accommodent fort bien. Un enfant a en effet une capacité d'adaptation étonnante et la possibilité de vivre des expériences nouvelles et différentes stimule cette capacité d'adaptation.

La meilleure preuve en est, paradoxalement, que lorsque le litige est soumis au juge après que l'enfant est parti à l'étranger, soit parce que le parent gardien n'a pas prévenu le parent non gardien, soit même parce qu'il a violé une règle conventionnelle ou une injonction judiciaire qui lui interdisait de partir à l'étranger sans le consentement préalable du parent non gardien, l'appréciation de la situation par les magistrats est souvent radicalement différente. On constate généralement que l'enfant s'est bien adapté à son nouvel environnement et qu'il n'existe pas d'obstacle majeur à ce qu'il poursuive son séjour à l'étranger avec le parent gardien (1456).

(1456) Voy. Bruxelles 23 décembre 1982, Rev. trim. dr. fam. 1985, p. 95 qui confie à la mère l'administration provisoire de la personne et des biens d'une fille de douze ans et d'un garçon de onze ans, alors que l'a mère s'était installée en septembre 1981 à Tel Aviv (Israël) contre la volonté du père et qu'elle n'avait pas respecté une ordonnance de référé qui, sous le bénéfice de l'urgence, lui avait fait injonction de rapatrier les enfants en

Ce n'est par conséquent pas le changement en tant que tel qui constitue un risque ou une menace pour un enfant. La plupart des enfants disposent des ressources nécessaires pour faire face à un changement de leurs conditions d'existence et ils en retireront, souvent, un grand profit.

Par contre, certains enfants, en fonction de leur personnalité, de leurs besoins, de leurs attaches, de l'histoire de la constellation familiale, ou de l'attitude des parents, peuvent ne pas avoir la force psychologique suffisante pour vivre une nouvelle rupture par rapport à leur environnement et un changement radical serait alors, pour de tels enfants, trop difficile à supporter.

La problématique doit dès lors, dans toute la mesure du possible, être appréhendée en fonction de la situation particulière de chaque enfant.

942. On ne peut dès lors, a priori, qu'approuver la jurisprudence d'un arrêt prononcé le 9 novembre 1984 par la Cour d'appel de Bruxelles ⁽¹⁴⁵⁷⁾ qui a elle-même confirmé un jugement du 21 septembre 1983 du tribunal de première instance de Bruxelles.

Ce jugement avait autorisé la mère d'une fille de 14 ans et d'un garçon de 12 ans à s'établir avec ses enfants en Angleterre, pour y résider avec son second mari, de nationalité britannique. Le père qui avait sollicité reconventionnellement la garde de ses enfants dans l'hypothèse où la mère aurait transporté sa résidence à l'étranger, fut débouté de sa demande. Dans ce cas d'espèce, le tribunal avait, préalablement aux débats, désigné le 12 juillet 1983 un expert pédo-psychiatre. Cet expert déposa, dès le 29 août 1983, *"un rapport d'expertise très complet établi avec beaucoup de soin et de finesse"*. Ce rapport faisait ressortir que *"l'intérêt manifeste des enfants est de rester, conformément à leur souhait, confiés à leur mère et de s'établir avec elle dans son nouveau foyer en Angleterre"* et que les enfants *"repoussent catégoriquement la solution*

Belgique (voy. supra, Titre IV, n° 686 et la note infrapaginale n° 1041). Les enfants s'étaient cependant intégrés en Israël et un rapport d'expertise médico-psychologique avait précisé que *"la mère est perçue par les deux enfants comme la figure parentale la plus sécurisante"*. Voy. égal. civ. Bruxelles 29 mars 1988, Rev. trim. dr. fam. 1989, p. 106, qui confie à la mère l'administration de la personne et des biens d'un garçon de 14 ans et demi et d'une fillette de 11 ans, alors que la mère s'était expatriée contre le gré du père, qu'elle partageait son existence avec ses enfants entre une résidence en France et des croisières de longue durée sur un voilier appartenant à son compagnon, et qu'elle avait violé un jugement antérieur qui lui avait fait injonction de ne plus naviguer avec les enfants et de s'établir sur le continent. Une enquête sociale avait cependant révélé que les enfants *"apparaissent comme des enfants d'une intelligence supérieure à la moyenne, complètement intégrés dans leur actuel milieu, faisant partie d'une famille unie, poursuivant une scolarité régulière, en tout cas lorsqu'ils sont à terre, ayant beaucoup d'affection pour leur maman et l'ami de celle-ci"*. On peut assurément imaginer que, si la mère avait sollicité, avant de partir, l'autorisation de vivre avec ses deux enfants sur un voilier en haute mer, les magistrats le lui auraient refusé en invoquant qu'une telle *"aventure"* aurait porté atteinte au besoin de stabilité des enfants. Or les enfants non seulement s'adaptèrent à ces conditions de vie assez exceptionnelles mais ils devinrent même, semble-t-il, des enfants parfaitement épanouis.

Dans chacune de ces deux affaires, les *"risques"* si souvent invoqués ne se sont donc pas concrétisés. On peut par contre se poser la question des effets psychiques, à long terme, pour un enfant, de l'attitude d'une mère qui a violé systématiquement une injonction de justice et ignoré délibérément les intérêts et les droits du père de cet enfant.

(1457) Bruxelles, 9 novembre 1984, Rev. trim. dr. fam. 1987, p. 433.

de se voir actuellement confiés à leur père, lequel est remarié et s'est établi dans un village de la région de Namur."

S'appuyant par conséquent sur des investigations approfondies dont les conclusions étaient formelles, le tribunal de première instance de Bruxelles et la Cour d'appel de Bruxelles ont choisi, en l'espèce, la solution de la stabilité et de la sécurité affectives, même si, au cours des débats devant la Cour d'appel, il était apparu que *"les premiers résultats scolaires des enfants dans leur nouveau milieu révèlent certaines difficultés d'adaptation"*, mais, selon la Cour, *"ce fait n'est pas de nature à entraîner un changement de la garde des enfants"*.

On observera, avec intérêt, qu'une difficulté d'adaptation des enfants n'a pas été perçue, en l'espèce, par les magistrats, comme un risque ou comme une menace pour les enfants. Et effectivement, une difficulté dans l'existence n'est pas, en soi, négative. Elle peut, au contraire, devenir, pour chaque être humain, une occasion qui lui est offerte de grandir, de se dépasser et de conquérir son autonomie. Il est vrai que, dans ce litige, les craintes exprimées généralement par les magistrats avaient été apaisées par le *"feu vert"* donné par un expert pédo-psychiatre de renom.

3. La consécration d'une situation de fait

943. Une troisième circonstance dans laquelle les tribunaux font encore classiquement droit à une demande du changement du droit de garde de l'enfant est celle qui consiste à consacrer juridiquement une modification préalablement intervenue dans les faits de l'exercice de la garde de l'enfant. Si l'enfant a cessé effectivement de résider auprès du parent qui est officiellement titulaire du droit de garde et est désormais confié en fait à la garde du parent non gardien, on n'aperçoit pas la raison qui justifierait, à partir de l'écoulement d'un certain laps de temps, que le droit de garde ne soit pas transféré d'un parent à l'autre parent.

Une telle décision ne pose évidemment pas de problème lorsque le parent originairement gardien a explicitement ou implicitement marqué son accord au changement de résidence de l'enfant ⁽¹⁴⁵⁸⁾ ou, à tout le moins, n'exprime plus d'opposition au changement de garde lorsque le juge se prononce.

Mais lorsque le parent gardien soutient et démontre que la situation de fait a été imposée contre son consentement et sa volonté, la consécration légale de cette situation de fait est assurément équivoque. C'est, en effet, paradoxalement, au nom du principe de la stabilité de l'enfant que les magistrats entérinent la situation de fait imposée par le parent non gardien.

Dans un cas d'espèce cité par Irène Théry ⁽¹⁴⁵⁹⁾ et soumis au juge aux affaires matrimoniales du tribunal de grande instance de Paris, un père avait, en totale irrégularité, gardé sa fille à l'occasion d'un droit d'hébergement, et, quittant Paris, l'avait emmenée

⁽¹⁴⁵⁸⁾ Voy. Liège 22 mai 1985, Jur. Liège 1985, p. 466 qui fait droit, après un divorce par consentement mutuel, à la demande de changement du droit de garde formulée par le père, dans une espèce où l'enfant vivait depuis cinq ans avec son père et la mère ne s'était jamais opposée à ce qu'il réside auprès de son père. La mère s'opposait cependant au changement du droit de garde en faisant valoir qu'elle ressentirait cette décision *"comme une dévaluation tant à l'égard de l'ex-époux que de son enfant"*. La Cour considéra, à juste titre, que *"la distorsion entre le fait et le droit... est génératrice d'un état de tension permanente entre les parties, susceptible de se répercuter de façon déplorable sur le développement et l'équilibre de l'enfant"*.

⁽¹⁴⁵⁹⁾ I. Théry, thèse, p. 166.

vivre avec sa seconde épouse à Lyon. Après que cette situation de fait avait perduré plusieurs mois, le magistrat transféra au père le droit de garde, en faisant valoir que l'enfant *"se sent, chez son père, au sein du foyer qu'il a recréé en épousant Madame L. , avec un jardin où il y a des lapins et où vient de naître un petit garçon , stabilisée, heureuse, matériellement et moralement"* et que *"cette constatation pourrait, d'ores et déjà, suffire à emporter tout le reste"*. La stabilisation de l'enfant dans la situation de fait illégale créée par le père devint, dans ce litige, le critère en vertu duquel le tribunal changea le droit de garde de l'enfant (1460).

On peut évidemment comprendre que le magistrat n'ait pas voulu, lui, imposer à l'enfant une nouvelle modification de son cadre de vie. Mais le paradoxe de l'argumentation réside dans le fait que lorsqu'un changement de garde est sollicité par le parent non gardien, dans le respect des normes et des procédures, sans recourir à la voie de fait, on lui oppose généralement, pour le débouter de sa demande, que l'enfant serait ou pourrait être perturbé si on bouleversait ses conditions d'existence. Une telle allégation est-elle encore crédible, lorsqu'on constate que certains parents non gardiens imposent, dans les faits, un changement de la garde de l'enfant et que les magistrats justifient alors leur décision de leur confier la garde de l'enfant, par le motif que l'enfant n'a nullement été perturbé par ce changement et qu'il s'est intégré dans son nouvel environnement ?

En caricaturant l'analyse, on pourrait être tenté de dire que, pour rassurer un juge et le débarrasser de sa peur des risques traumatisants procédant pour l'enfant d'un éventuel changement de garde, le moyen le plus efficace est d'imposer ce changement de garde dans les faits, préalablement à la procédure, pour pouvoir apporter la démonstration, dans le cadre de la procédure, que l'enfant n'est pas déséquilibré et qu'il s'adapte à sa nouvelle situation.

De telles contradictions dans la manière d'appréhender la problématique du changement de la garde d'un enfant ne font, en tout cas, que confirmer que le primat de la stabilité constitue une pure pétition de principe et qu'il n'est pas exact de considérer qu'une modification des conditions d'existence, de l'environnement ou de la garde d'un enfant serait, par principe, préjudiciable à l'enfant. Tout dépend, une nouvelle fois, de chaque enfant et de chaque situation familiale, et c'est dès lors en fonction de l'enfant, de sa personnalité et de ses besoins qu'il convient de se prononcer.

B. Les ouvertures récentes au changement

1. Les sentiments exprimés par l'enfant

944. Une attitude plus libérale des magistrats à l'égard des demandes en changement de garde d'un enfant se manifeste incontestablement aujourd'hui lorsque cette demande est fondée sur les sentiments exprimés par l'enfant lui-même.

Il n'est pas rare qu'à partir d'un certain âge et, le plus souvent à partir de l'adolescence, un enfant formule le souhait de pouvoir venir vivre auprès du parent qui n'en avait pas jusque là exercé la garde.

Pour Françoise Dolto, ce désir de l'enfant ne doit pas être considéré comme suspect et il peut même être interprété comme un signe d'équilibre. *"C'est dommage, écrit-elle, que*

(1460) Voy., dans le même sens, civ. Bruxelles, 29 mars 1988, Rev. trim. dr. fam. 1989, p. 106 (déjà cité et commenté supra, n° 941, note infrapaginale n° 1456) qui reconfie à la mère le droit de garde de deux enfants de 14 ans et demi et 11 ans, bien qu'elle s'était expatriée avec ses enfants et avait refusé de s'incliner devant de précédentes décisions de justice, au motif que *"pour regrettable et blâmable que soit cette attitude, elle ne justifierait pas in se que l'équilibre et le mode de vie des enfants soit bouleversé"*.

cela ne leur arrive qu'à l'adolescence ! A cette époque il est temps, en tout cas pour eux, de vouloir vivre avec l'autre parent. Sinon, ce manque pèsera sur l'avenir de l'adolescent, lorsqu'il deviendra adulte et parent à son tour. Il est indispensable qu'il se fasse son propre jugement sur la personne de son père en le considérant comme un adulte par rapport à sa relation avec un autre adulte. De même à l'égard de la personne de sa mère. Cette observation a été faussée ou rendue impossible à partir du divorce. C'est pourquoi un séjour dépassant de beaucoup le temps des vacances chez le parent discontinu me semble indispensable : un séjour d'un an ou deux, avant que l'adolescent devenant adulte trouve une solution pour ne plus vivre chez ses parents. Et ce non pas dans le but de juger, mais dans celui de faire connaissance avec l'autre parent en tant qu'adulte cette fois, et non plus en tant que papa ou maman. Il est fort dommage que le parent continu prenne parfois cette recherche de son enfant comme un blâme à son égard. C'est, au contraire, le signe que ce parent l'a bien élevé et préparé à vivre les émois et la recherche de l'adolescence et de l'âge adulte"(1461).

945. Dans le contexte d'une évolution socio-culturelle qui veille à prendre mieux en compte les sentiments et les avis exprimés par les enfants et plus particulièrement les adolescents, il est logique que la jurisprudence ait également évolué et qu'elle fasse droit, aujourd'hui, aux demandes de changement du droit de garde justifiées par le souhait formulé par l'enfant lui-même.

L'analyse faite par Irène Théry des 235 dossiers prononcés en 1981 par les juges aux affaires matrimoniales du tribunal de grande instance de Paris, a montré que, dans 91 procédures, l'enfant souhaitait ce changement. Dans 68 de ces procédures, le parent gardien ne s'est pas opposé au changement de garde et s'est par conséquent rallié - à tout le moins pendant la procédure - au souhait exprimé par l'enfant mais 23 parents gardiens ont, par contre, contesté la demande. Or toutes ces demandes furent acceptées, soit purement et simplement (87), soit pour un des deux enfant (3), soit sous la forme d'une garde alternée (1).

Cette analyse révèle, à elle seule, qu'un certain nombre de magistrats français ont commencé à réserver un accueil beaucoup plus favorable au souhait formulé par un enfant de changer de garde.

Dans la jurisprudence belge, l'évolution paraît, au regard des décisions connues, plus lente et plus hésitante, puisqu'une décision très récente a encore non seulement débouté de sa demande le père d'un garçon de 12 ans et demi qui affirmait que son fils exprimait le désir de vivre auprès de lui mais a même refusé d'ordonner une mesure d'investigation qui aurait permis de cerner les sentiments et les besoins de l'enfant (1462).

Une ordonnance prononcée le 10 novembre 1987 par le président du tribunal de première instance de Nivelles (1463) a, par contre, modifié au profit d'un père la garde de deux jeunes filles de quatorze et dix ans qui avaient, à plusieurs reprises, exprimé leur désir de le rejoindre et qui avaient décidé, le 14 février 1987, de venir vivre chez lui.

(1461) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p.106 .

(1462) Voy. civ. Bruxelles, réf., 14 février 1990 inédit, qui a déjà et été commenté supra, n° 930.

Voy. égal. Bruxelles 16 juin 1981, Pas. 1982, II, 33, qui n'a pas pris en compte le souhait de changement de garde apparemment exprimé par deux enfants de douze et dix ans.

(1463) Civ. Nivelles, réf., 10 novembre 1987, Journal des procès n° 132 du 24 juin 1988, p. 32.

946. Toute la difficulté, par rapport au souhait exprimé par un enfant et même par un adolescent est, évidemment, de déterminer si ce souhait traduit réellement les aspirations sincères et les besoins profonds de l'enfant ou s'il est, consciemment ou inconsciemment, commandité par un parent non gardien qui persiste à vouloir régler ses comptes ou qui, simplement, cherche à obtenir une réparation affective.

Autant il est devenu inacceptable de soutenir qu'un enfant ne peut pas avoir conscience de son propre intérêt, autant il deviendrait, inversement, contestable que le souhait formulé par un enfant doive nécessairement devenir un critère absolu de changement du droit de garde.

On sait qu'il est parfois très facile d'attirer un enfant vers un mode de vie plus laxiste ou plus luxueux. On sait, aussi, qu'un enfant peut faire l'objet d'une considérable pression affective dès qu'il se sent menacé de perdre l'affection ou le soutien d'un de ses parents (1464). Dans la situation de dépendance où il se trouve, un enfant n'est donc pas toujours libre et autonome dans l'expression de ses sentiments (voy. supra, Titre II, n° 382 et s.). Ce sont les adultes qui détiennent par conséquent la responsabilité non seulement de détecter les situations dans lesquelles un enfant est aliéné au désir ou à la volonté d'un de ses parents mais aussi de rechercher si le souhait formulé par un enfant correspond à ses besoins psycho-affectifs et n'est pas contraire aux exigences élémentaires de son éducation morale et intellectuelle.

Si les magistrats veillent à adopter, à l'avenir, comme les y invite expressément la Convention relative aux droits de l'enfant, une attitude plus libérale et plus ouverte à l'égard des sentiments et des avis exprimés par un enfant, ils n'en doivent pas moins rester vigilants, prendre le temps de comprendre la situation familiale et personnelle de l'enfant et être attentifs à définir les limites procédant du respect de l'intérêt de l'enfant. Il paraît, en tout cas, essentiel que ce ne soit pas à la suite d'un mouvement impulsif ou d'un passage à l'acte qu'un enfant quitte subitement le parent qui exerce la responsabilité de sa garde pour rejoindre l'autre parent.

C'est la raison pour laquelle on ne peut qu'inviter les magistrats, dès qu'ils sont saisis d'un tel problème, à ne pas fermer les yeux, mais à ordonner les mesures d'investigation qui leur permettront non seulement de faire entendre l'enfant mais aussi de disposer d'informations approfondies sur la personnalité des parents (1465).

(1464) Dans le cas d'espèce tranché par l'ordonnance précitée du 10 novembre 1987 du président du tribunal de Nivelles, le magistrat a expressément fait état de la *"pression morale et affective du père sur les enfants que des correspondances produites accréditent"*, mais il a cependant estimé qu'il pouvait faire droit à la demande de changement de garde, compte tenu de l'initiative qui avait été prise par les deux jeunes filles de rejoindre leur père et de la situation de fait qui s'était installée.

(1465) En ce sens, voy. civ. Bruxelles réf. 11 février 1992, inédit, qui, avant d'envisager le changement de la garde d'une jeune fille de treize ans, ordonne une étude sociale, en précisant *"que le souhait d'un enfant de cet âge constitue indéniablement une indication importante lors de l'appréciation de la demande en modification de droit de garde; que toutefois cette donnée ne peut être déterminante, le jeune enfant étant particulièrement sensible à l'influence exercée par les adultes d'autant plus lorsque ceux-ci sont impliqués dans la problématique subjective du divorce; qu'il n'est pas illusoire que la prise de position de l'enfant lui ait été dictée, et ne soit pas le reflet du désir profond de celui-ci; que dans ces conditions seules des investigations approfondies sont de nature à clarifier ses motivations"*.

2. Les potentialités éducatives du parent non gardien

947. Dans la perspective tracée par l'enseignement de Françoise Dolto, on retiendra, contrairement aux idées traditionnellement reçues que, dans un certain nombre de situations familiales, il peut être conforme au véritable intérêt de l'enfant que le parent non gardien prenne, à un moment du développement de l'enfant, le relais du parent gardien.

Une telle décision permettrait à l'enfant non seulement de bénéficier des potentialités éducatives et affectives du parent avec lequel il a moins vécu et moins partagé son existence mais aussi de poursuivre le "*processus de séparation-individuation*" en se détachant du parent gardien auquel, en raison de la séparation du couple, il a peut-être été affectivement trop lié pendant le cours de son enfance.

"La justice, écrit Françoise Dolto, ne devrait pas oublier que les mesures prises dans l'intérêt de l'enfant constituent les conditions qui vont le conduire à devenir autonome à l'adolescence. Il est dans une dynamique évolutive. C'est pour cela que la décision concernant la garde devrait pouvoir souvent être remaniée. Tout ce qui peut le rendre plus apte à se séparer de ses deux parents, autant du parent continu que du parent discontinu, parce qu'il est capable de se prendre en responsabilité, doit être recherché avec les moyens des connaissances psychologiques actuelles dans les décisions qui seront prises" (1466).

3. Le refus du parent gardien de favoriser les relations de l'enfant avec le parent non gardien

948. Une dernière hypothèse de changement du droit de garde, inspirée par les travaux récents en sciences psychologiques, est celle qui pourrait procéder de l'obstruction mise par le parent gardien à permettre et à favoriser les relations sereines et positives de l'enfant avec le parent non gardien.

On sait les dégâts psycho-affectifs qui peuvent être causés à un enfant amputé, par l'effet des messages et des comportements possessifs ou agressifs du parent gardien, du droit de vivre librement et spontanément une véritable relation avec le parent non gardien.

C'est la raison pour laquelle les magistrats commencent à envisager sérieusement, aujourd'hui, de modifier au profit du parent non gardien le droit de garde d'enfants confrontés à de telles situations dramatiques et désastreuses.

L'objectif n'est pas seulement de permettre à ces enfants-là de tenter de reconstruire leur identité par référence à leur double racine parentale. L'objectif est, aussi, au-delà du traitement concret des difficultés éprouvées par ces enfants, de marquer symboliquement, à l'intention de tous les parents séparés et divorcés, dans le cadre d'une politique préventive des effets pathogènes du divorce, que le parent gardien a la responsabilité de favoriser la relation de l'enfant avec le parent non gardien et qu'il ne serait pas apte à exercer la garde de l'enfant s'il n'assumait pas adéquatement cette responsabilité.

949. C'est dans cette direction que se sont résolument orientées la loi et la jurisprudence canadiennes.

La loi fédérale du Canada concernant le divorce et les mesures accessoires, adoptée le 23 janvier 1986 et entrée en vigueur le 1 juin 1986 contient, outre la disposition qui incite le juge à prendre en considération, pour l'attribution du droit de garde, la circonstance que le parent gardien est disposé à faciliter les contacts avec l'autre parent (supra, n° 902), une

(1466) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 125.

autre disposition relative à la modification du droit de garde qui invite également le juge à appliquer *"le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque ex-époux le plus de contacts compatibles avec son propre intérêt"* (art. 17.9).

Par ailleurs, certaines ordonnances des magistrats canadiens qui statuent sur la garde de l'enfant comportent expressément *"un avertissement au gardien de faciliter l'exercice du droit d'accès du parent non gardien sous peine de perdre le droit de garde"* (1467).

950. Dans la jurisprudence belge, un jugement prononcé le 24 janvier 1990 par le Tribunal de la jeunesse de Liège (1468) dans une procédure relative à l'exercice du droit d'hébergement du parent non gardien (infra, n°) a expressément laissé entendre, dans ses motifs - sans cependant reprendre cette indication dans son dispositif - que le tribunal envisagerait le changement de garde de l'enfant si la mère *"ne collaborait pas à la parfaite exécution du large droit de visite"* attribué au père. Le magistrat a même précisé que *"cette épée de Damoclès constitue une garantie suffisante de l'exécution du droit de visite"*.

SECTION III - LE DROIT AUX RELATIONS PERSONNELLES DU PARENT NON GARDIEN

951. Lorsque qu'à la suite de la séparation ou du divorce des parents, la responsabilité de la garde de l'enfant cesse d'être partagée entre les deux parents et est, conformément à la solution la plus habituelle, attribuée exclusivement à un des parents, l'autre parent devient alors titulaire d'un droit aux relations personnelles avec l'enfant.

Ce droit aux relations personnelles représente, pour le parent privé de l'exercice du droit de garde, ce qui subsiste, après la séparation, du droit de garde qu'il avait, pendant la vie commune, concurremment exercé avec l'autre parent. C'est la raison pour laquelle le droit aux relations personnelles doit être considéré comme un *"démembrement"* du droit de garde de l'enfant (voy. supra, Titre III, n° 424). Le droit aux relations personnelles du père ou de la mère non gardien de l'enfant est dès lors, à la différence du droit aux relations personnelles accordé à d'autres membres de la famille de l'enfant (1469), un attribut et une responsabilité spécifiques de la fonction parentale.

Au fur et à mesure des évolutions qui ont, depuis le XIX^{ème} siècle, substitué, dans le champ des relations familiales et affectives, le modèle ou le processus de personnalisation au modèle ou au processus disciplinaire-autoritaire, la perception de la justification et des objectifs de ce droit aux relations personnelles du parent non gardien de l'enfant s'est considérablement modifiée.

L'analyse des modalités d'aménagement, dans la pratique judiciaire, du droit aux relations personnelles du parent non gardien suppose dès lors que soient préalablement mises en

(1467) Voy. A. Mayrand, La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale, (1988), R. du B. p. 225, note 115 et les références.

(1468) Trib. jeun. Liège, 24 janvier 1990, Ann. dr. Liège 1990, p. 397 et la note J.L. Renchon *"L'exercice de la fonction de juger dans les conflits relatifs au droit de visite"*.

(1469) Sur la distinction entre le droit aux relations personnelles des père et mère de l'enfant, en tant qu'attribut de l'autorité parentale, et le droit aux relations personnelles reconnu à d'autres membres de la famille de l'enfant, comme par exemple ses grands-parents, en tant que droit fondé sur les liens du sang ou de l'affection, voy. M. T. Meulders-Klein, A propos du droit de visite des grands-parents d'origine en cas de légitimation par adoption et du fondement du droit de visite des tiers en général, Rev. not. belge 1978, p. 118 et s.; voy. égal. supra, Titre III, n° 396.

exergue les conceptions qui se sont succédées, depuis le XIX^{ème} siècle jusqu'à nos jours, à propos de la nature et de la portée de ce droit aux relations personnelles (infra, § 1).

Il sera alors possible de procéder à la description plus approfondie des deux composantes actuelles du droit aux relations personnelles du parent non gardien. Ce parent peut en effet non seulement exercer un droit d'hébergement de l'enfant (infra, § 2), mais aussi, plus généralement, un droit de communiquer avec l'enfant (infra, § 3).

§ 1. LES CONCEPTIONS RELATIVES À LA NATURE ET À LA PORTÉE DU DROIT AUX RELATIONS PERSONNELLES DU PARENT NON GARDIEN

952. Le droit du parent qui n'exerce pas la garde de l'enfant à entretenir une relation personnelle avec son enfant est un droit qui n'a été consacré et organisé par la pratique judiciaire que de manière très progressive.

Ce sont en effet les tribunaux qui, en l'absence d'une quelconque disposition législative (1470), prirent, au XIX^{ème} siècle, l'initiative de reconnaître au parent séparé ou divorcé qui n'exerçait pas la garde de son enfant le droit de rencontrer son enfant. Mais, pendant une longue période, les tribunaux n'envisagèrent un tel droit que de manière extrêmement restrictive. Ce n'est que plus récemment qu'émergèrent des conceptions nouvelles qui permirent de conférer au droit aux relations personnelles une portée de plus en plus extensive.

Alors qu'à l'origine, le parent non gardien ne pouvait que visiter son enfant, on lui reconnut, par la suite, un droit d'hébergement de l'enfant, et on peut, aujourd'hui, se demander si ce que les juristes belges persistent à appeler, à tort, le droit de visite ne doit pas, en réalité, être considéré comme l'exercice à temps partiel du droit de garde de l'enfant.

A. Les visites

953. Dans une première conception, le droit aux relations personnelles a été envisagé par les tribunaux comme la possibilité offerte à son titulaire de voir et de visiter l'enfant, aux fins de garder un contact avec lui. C'est la raison pour laquelle on qualifia alors ce droit de "*droit de visite*".

L'objectif de ce droit de visite était, à l'instar des visites qu'à l'époque les membres de la

(1470) Le Code Napoléon ne contenait aucune disposition quelconque relative à un droit de visite ou d'hébergement de l'enfant, lors de la séparation ou du divorce de ses parents.

En France, ce droit a été inscrit dans le Code civil lors de la réforme opérée par la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale. Cette loi fit expressément état, dans le nouvel article 373-2 du Code civil, du "*droit de visite et de surveillance*" reconnu au parent qui, après le divorce ou la séparation de corps, n'exerce pas l'autorité parentale. La loi du 11 juillet 1975 relative au divorce consacra également, dans la section du Code civil qui organise les conséquences du divorce pour les enfants, le principe du "*droit de visite et d'hébergement*" reconnu au parent non gardien (art. 288 Code civil).

En Belgique, ni les lois qui ont modifié l'autorité parentale, ni les lois qui ont modifié le divorce n'ont, jusqu'à présent, inscrit, dans le Code civil, le principe du droit aux relations personnelles du parent non gardien, à la seule exception de la loi du 1 juillet 1972 portant réforme du divorce par consentement mutuel. C'est le seul texte légal qui fait référence au "*droit de visite*" d'un des parents, en obligeant les époux à constater, préalablement à la mise en oeuvre de la procédure, "*leur convention visant ... l'administration de la personne et des biens des enfants et le droit de visite*" (art. 1288 Code judiciaire) (supra, Titre IV, n° 728 et 729).

famille rendaient à un des leurs dans un pensionnat ou dans un couvent, de marquer aux yeux de l'enfant l'existence du lien du sang et de manifester, par un geste visible, le sentiment d'affection éprouvé pour l'enfant. Mais ces visites ne pouvaient pas avoir pour effet ni de perturber la régularité de l'existence quotidienne de l'enfant, ni d'affecter son mode d'éducation.

Une telle conception du droit aux relations personnelles doit assurément être comprise, dans le contexte socio-culturel du XIX^{ème} siècle, en rapport avec la manière d'envisager l'éducation des enfants. Dans un univers où l'éducation consistait, conformément au processus disciplinaire-autoritaire, à inculquer à l'enfant des idées, des comportements et des valeurs uniformes qu'il devait assimiler et auxquels il devait se soumettre, rien d'étranger ou de différent par rapport à l'environnement habituel de l'enfant ne pouvait venir faire obstacle à l'indispensable unité de son éducation. L'enfant devait être gardé dans un seul lieu et éduqué par référence à un seul modèle. Les visites faites à l'enfant par une personne qui n'assurait pas sa garde ne pouvaient dès lors être admises que pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte aux exigences de l'unité de cette éducation.

A la limite, on ne concevait pas encore véritablement que l'enfant pût avoir un réel intérêt à recevoir ces visites. On les percevait plutôt comme une concession faite, dans un souci d'humanité, au parent privé du droit de garde et on les tolérait pour autant qu'elles ne viennent pas troubler la vie de l'enfant.

954. Pendant le XIX^{ème} siècle, les tribunaux consacrèrent dès lors, dans les situations de divorce qui leur étaient soumises, le droit pour le parent non gardien - généralement la mère - de visiter son enfant et ils veillèrent à *"régler les jours, heures, lieux et nombres de visites que l'époux qui n'a pas obtenu la garde pourra faire"* (1471) à ses enfants.

Les décisions publiées en Belgique montrent que ces visites étaient courtes et limitées et qu'elles devaient s'effectuer, le plus généralement, hors du lieu où habitait le parent gardien (1472).

(1471) G. Beltjens, Encyclopédie du droit civil belge, Liège, 1891, T. I, art. 267, n° 18; voy. égal. R.P.D.B., T. III, V° Divorce et séparation de corps, n° 192.

(1472) Voy. not.. Liège 19 février 1852, Pas. 1852, II, 226 qui accorde à la mère d'un garçon confié à la garde de son père le droit *"d'aller visiter chaque jour son fils"*, au cours d'une période d'un mois par an, en mai ou en juin, *"dans un local convenable"*; civ. Bruxelles, 6 février 1879, Pas. 1879, III, 358, qui n'accorde à un père *"en raison de son caractère et de ses mœurs"* le droit de visiter son enfant que *"tous les quinze jours, le jeudi de 2h à 4h de l'après-midi, dans la maison (de la mère) et en présence de la personne qu'elle désignera"*; Gand 27 juin 1883, Pas. 1884, II, 137, qui, pendant l'instance en divorce, autorise la mère à visiter ses enfants dans la maison de son oncle, *"une fois par semaine aux jours et heures à convenir à l'amiable entre parties, sinon le dimanche de neuf heures du matin à six heures du soir"*; civ. Ypres 17 juin 1887, Pas. 1887, III, 323 qui, compte tenu de la situation *"morale"* de la mère adultère, dit que les enfants lui seront confiés *"une fois par quinzaine, pendant deux heures ou une fois par mois pendant six heures, au choix de la mère, en un lieu neutre à désigner par les parties"*; civ. Bruxelles 9 juin 1888, Pas. 1888, III, 300 qui accorde à une mère adultère le droit de visiter ses enfants deux fois toutes les semaines, dans le couvent où ils ont été placés par le père, *"aux heures réglementaires de l'établissement"*.

Voy. toutefois Gand 2 novembre 1883, Pas. 1884, II, 138 qui prescrit au mari *"de permettre (à son épouse), au moins deux fois par semaine, de recevoir chez elle la visite de son fils et de sa fille ou d'aller visiter cette dernière à la campagne, si le père juge à propos de l'y replacer"*; civ.. Bruxelles, réf. 24 décembre 1885, J.T. 1886, 76, qui, à propos d'une fillette élevée dans un pensionnat, considère que, pendant l'instance en

Un arrêt prononcé le 12 août 1869 par la Cour d'appel de Liège ⁽¹⁴⁷³⁾ est particulièrement significatif de la mentalité de l'époque. Considérant que *"le juge ne peut méconnaître les droits de la nature"*, la Cour accorda à une mère coupable du divorce et remariée *"des entrevues"*, *"même si celles-ci peuvent laisser à l'enfant une impression fâcheuse"*. Ces entrevues furent limitées à *"six en mai et juin et six en septembre et octobre, les lundis et jeudis de 10h à 12h dans un lieu à fixer de commun accord ou, faute d'entente, à l'hôtel de Suède à Liège"*. Par ailleurs, la Cour, convaincue que le père *"trouvera dans sa famille des coeurs assez dévoués pour se prêter à cette pénible mission"* décida que l'enfant serait chaque fois accompagné d'une personne à désigner par le père.

B. L'hébergement de l'enfant

955. Dans une deuxième conception, qui commença à s'exprimer dans la jurisprudence au cours de la décennie précédant la seconde guerre mondiale, le droit aux relations personnelles fut envisagé de façon plus extensive et il fut désormais perçu comme le droit du parent non gardien de vivre, à différents moments de l'année, une véritable relation avec l'enfant. Le droit aux relations personnelles devint alors le droit pour son titulaire d'accueillir l'enfant chez lui, pour des périodes plus ou moins longues, à l'occasion des congés ou des temps libres de l'enfant. Ce qui n'était autrefois qu'un *"droit de visite"* allait dès lors progressivement se transformer en un *"droit d'hébergement"*.

Cet élargissement du droit aux relations personnelles peut être mis en rapport avec les limitations qui furent apportées, depuis le début du XX^{ème} siècle, à l'omnipotence du détenteur de la puissance paternelle. Au fur et à mesure que l'Etat entendit contrôler ou restreindre les droits de l'autorité parentale, on ne vit plus d'objection fondamentale à ce que l'enfant soit soustrait, pendant une période limitée dans le temps, à l'autorité et à la surveillance de celui de ses parents qui était chargé d'assurer son éducation. On fut dès lors moins réticent à reconnaître à des membres de la famille qui n'élevaient pas l'enfant et, notamment, au père ou à la mère qui n'exerçait pas la garde, la possibilité de rencontrer l'enfant et d'éprouver la satisfaction de le recevoir et de le garder auprès d'eux. L'extension du droit aux relations personnelles peut dès lors être comprise, notamment, comme une affirmation du droit des adultes à bénéficier, dans leur intérêt, de la présence de l'enfant, dans un environnement socio-culturel où l'enfant était de plus en plus souvent considéré comme un *"bien affectif"* (voy. supra, Titre I, n° 242 et 247). Il est d'ailleurs symptomatique, comme l'a relevé le doyen Carbonnier ⁽¹⁴⁷⁴⁾, que c'est à partir de la généralisation des congés payés et de la naissance d'une société de loisirs que fut reconnu le droit d'héberger l'enfant, hors de sa résidence habituelle, pendant les périodes de détente et de loisirs.

Mais l'extension du droit aux relations personnelles du parent non gardien fut aussi perçue, au fil des années, sous l'angle des nécessités du développement de l'enfant. Conformément à l'éclairage apporté par les sciences humaines, les tribunaux admirent qu'il était important, aussi, pour l'enfant, de rencontrer et de connaître chacun de ses

séparation de corps, *"la mère conserve, au provisoire, le droit naturel et civil non seulement de visiter sa fille mais encore de la recevoir chez elle pendant le temps qui n'est pas consacré à son éducation"* et qui l'autorise dès lors à garder sa fille chez elle pendant les vacances de Noël et Nouvel-An.

Ces deux dernières décisions, à la différence des précédentes, ont admis des visites à la résidence du parent non gardien.

⁽¹⁴⁷³⁾ Liège, 12 août 1869, Pas. 1870, II, 95.

⁽¹⁴⁷⁴⁾ J. Carbonnier, Droit civil, T. II, 12^{ème} éd. 1983, p. 573, n° 166.

deux parents. Il convenait dès lors qu'un enfant privé, en raison de la séparation ou du divorce, de la possibilité de vivre quotidiennement avec un de ses parents, puisse, grâce au droit d'hébergement, conserver, dans son intérêt, un véritable lien d'affection avec ce parent.

956. Toutefois, dans cette seconde conception du droit aux relations personnelles, l'élargissement des droits du parent non gardien continua à être envisagé selon une perspective qui ne devait pas remettre en cause le principe de l'unité de l'éducation de l'enfant.

Les études juridiques qui furent publiées après la seconde guerre mondiale pour tenter de systématiser ⁽¹⁴⁷⁵⁾ la notion de "*droit de visite*" montrent clairement l'attachement de leurs auteurs à l'idéologie selon laquelle l'éducation d'un enfant ne peut être assurée que par référence à un modèle unique et centralisé.

Dans un article publié en 1952, Pierre Guiho ⁽¹⁴⁷⁶⁾ faisait expressément observer que "*le bénéficiaire du droit de visite n'a aucun pouvoir de direction de l'enfant*" et que "*les tribunaux ont toujours maintenu fermement ce principe et ils évitent d'ordonner des séjours trop longs ou trop fréquents qui lui permettraient d'exercer une influence sur l'enfant*". Selon cet auteur, le droit de visite n'a pour objectif que de "*sauvegarder les rapports de famille*" mais "*celui qui l'exerce ne doit pas s'immiscer dans l'éducation*".

Dans un article publié en 1965, Geneviève Viney ⁽¹⁴⁷⁷⁾ écrivait également : "*L'unité et la stabilité de direction sont incontestablement nécessaires à une formation cohérente de l'enfant. Or, cette nécessité met un frein sérieux à la généralisation d'un droit de visite qui risquerait d'exposer le mineur à des influences directement contraires à celles que souhaite lui réserver son éducateur*".

Dans une telle conception du droit aux relations personnelles, on persistait à considérer, comme par le passé, que le titulaire du droit d'hébergement, même lorsqu'il est le parent non gardien, ne peut pas, lorsqu'il reçoit l'enfant, porter la moindre atteinte à l'autorité exclusive du parent gardien, et il doit dès lors veiller à respecter et à appliquer les principes éducatifs adoptés par le parent gardien. Pour les mêmes raisons, on persistait aussi à considérer que le droit d'hébergement doit rester limité aux temps de loisirs de l'enfant et du parent non gardien; ce droit d'hébergement ne pouvait dès lors être accordé qu'au cours de périodes durant lesquelles l'enfant n'est pas astreint aux impératifs de son éducation, et, notamment, aux impératifs de sa scolarité.

957. C'est cette conception du droit aux relations personnelles qui continue, encore aujourd'hui, à prévaloir majoritairement dans la doctrine et dans la jurisprudence belges.

On peut, notamment, lire dans un ouvrage récent : "*Le droit aux relations personnelles a*

⁽¹⁴⁷⁵⁾ Ces études s'étaient fixé pour objectif, à l'époque, de dégager une théorie générale applicable aux différents droits de visite qui avaient été reconnus par les tribunaux, tant au profit du père ou de la mère non gardien qu'au profit d'autres membres de la famille.

Un tel objectif ne tenait cependant pas suffisamment compte de la différence profonde de nature qui existe entre le droit aux relations personnelles du parent non gardien qui relève de l'exercice de la fonction parentale et le droit aux relations personnelles qui est accordé à des personnes tierces à l'exercice de la fonction parentale.

⁽¹⁴⁷⁶⁾ P. Guiho, Essai d'une théorie générale du droit de visite, J.C.P. 1952, I, 963, spéc. n° 16.

⁽¹⁴⁷⁷⁾ G. Viney, Du droit de visite, Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 225, spéc. p. 229.

pour but de maintenir un contact entre son titulaire et l'enfant. Le titulaire doit rester dans ces limites et ne peut profiter de l'exercice de son droit pour contrecarrer les principes d'éducation donnés par le titulaire du droit d'éducation" (1478).

Par ailleurs, lorsqu'ils déterminent l'étendue du droit d'hébergement, un grand nombre de magistrats sont attentifs à ce que le droit d'hébergement ne déborde pas sur les périodes durant lesquelles l'enfant doit, en raison des impératifs de stabilité et de continuité de son éducation, se trouver sous l'autorité du parent qui a la responsabilité de cette éducation.

La durée du droit d'hébergement est dès lors fixée de manière telle que l'enfant soit ramené chez son parent non gardien avant l'expiration de la période de loisirs ou de temps libre de l'enfant, aux fins de permettre à l'enfant de réintégrer sa résidence habituelle et de se réadapter à son environnement normal, avant de reprendre le rythme de la vie quotidienne lors des périodes d'école. A l'heure actuelle, il reste dès lors extrêmement difficile pour le parent non gardien, devant certains tribunaux, d'obtenir, par exemple, que le droit d'hébergement de week-end puisse se prolonger jusqu'au lundi matin, à la rentrée à l'école. On continue à décider que l'enfant doit être reconduit à sa résidence le dimanche en fin d'après-midi ou en début de soirée (infra, n° 961).

Le droit d'hébergement reste par conséquent considéré, le plus souvent, comme une sortie de l'enfant; il sort de chez lui, pour *"aller en droit de visite"* chez le parent non gardien, à l'instar de ceux et celles qui, lors de leurs instants de liberté, sortent de chez eux pour s'adonner à des activités de détente ou de loisir. Il est d'ailleurs significatif que, dans la pratique québécoise, on a longtemps qualifié le droit de visite ou d'hébergement du parent non gardien de *"droit de sortie"* (1479).

Dans cette conception du droit aux relations personnelles du parent non gardien, l'enfant est donc considéré comme n'ayant, en principe, qu'un seul *"chez soi"* et qu'un seul parent *"gardien"*. L'unité de la résidence de l'enfant est le corollaire de l'unité de son éducation centralisée entre les mains du parent gardien (infra, n°).

C. L'exercice du droit de garde à temps partiel

958. Une troisième conception du droit aux relations personnelles a toutefois commencé, récemment, à éclipser cette seconde conception. Elle est inspirée par la même perspective et par les mêmes considérations que celles qui ont présidé à l'instauration de la garde partagée.

Cette nouvelle conception procède d'une remise en question radicale de la doctrine traditionnelle selon laquelle la séparation des deux parents d'un enfant implique nécessairement qu'on maintienne, pour l'enfant, un seul foyer, en choisissant, entre les deux parents, celui qui aura désormais la responsabilité d'assurer l'unité de l'éducation de l'enfant. La prise de conscience de l'importance, pour le développement intellectuel, moral et psycho-affectif de l'enfant, de ses deux références parentales a conduit à considérer que, lorsque les parents d'un enfant se séparent, l'existence de l'enfant devrait, autant que possible, être organisée de manière telle que l'enfant puisse vivre sa relation avec ses deux parents, au sein du foyer de chacun de ses deux parents, et puisse s'identifier et se confronter à chacun de ses parents dans la réalité de l'existence quotidienne.

C'est dans ce contexte qu'on a été amené à admettre non seulement que la séparation des

(1478) H. De Page et J.P. Masson, 4ème éd. 1990, p. 992, n° 1040; voy. égal. R.P.D.B., Compl. T. VI, V° Puissance paternelle - Autorité parentale, n° 29.

(1479) Voy. M. D. Castelli, Précis du droit de la famille, p. 230.

parents n'implique pas qu'un des parents soit subitement déchargé de la responsabilité de l'éducation de l'enfant (infra, n° 1025 et s.), mais aussi qu'il est artificiel de transformer, à partir de la séparation, un des parents en un parent qui ne vit plus avec son enfant que lors de périodes de loisirs, sans être activement présent dans l'existence quotidienne de l'enfant. Un droit de visite qui aboutit à faire du parent non gardien - généralement le père - un parent de loisirs, de distractions ou de cadeaux ⁽¹⁴⁸⁰⁾ disqualifie la nature de la relation que les parents entretiennent normalement avec leur enfant et provoque, dès lors, une distorsion de la fonction parentale. Sous prétexte d'assurer à l'enfant une prétendue stabilité, on le déstabilise, en réalité, lorsqu'on empêche que la relation de l'enfant avec un de ses parents puisse continuer à se vivre dans le contexte d'une véritable relation parentale. La relation entre un parent et son enfant ne peut en effet se maintenir et se développer que si chaque parent parvient à conserver une place et un comportement de parent auprès de l'enfant.

L'exercice par chacun des parents séparés de leur fonction parentale implique dès lors inévitablement que, dans une certaine mesure, on cesse de raisonner par référence au principe traditionnel de l'unité de la résidence et de l'unité de l'éducation de l'enfant. Si, après une séparation conjugale, chacun des parents veut et peut rester réellement un parent pour l'enfant, on est alors nécessairement contraint de considérer que l'enfant a désormais deux résidences - même s'il séjourne plus fréquemment dans une de ses deux résidences - et que l'enfant est désormais soumis à deux pôles d'influence. Ce serait non seulement irréaliste de croire qu'un enfant *"en droit de visite"* pourrait ne pas subir l'influence du parent auprès duquel il séjourne, mais, plus fondamentalement, ce serait une erreur de penser qu'il est indispensable pour l'enfant de le soustraire à l'influence d'un de ses parents. L'enfant a, au contraire, besoin, autant que possible, de recevoir de chacun de ses parents ce que ceux-ci peuvent lui donner et lui apprendre de ce qu'ils sont, de ce qu'ils savent ou de ce qu'ils pensent, tant pendant une période de loisirs que dans le déroulement de la vie quotidienne. Comme l'ont bien montré les travaux récents en sciences humaines, un enfant a d'autant plus confiance en lui-même qu'il a pu précisément bénéficier de l'influence de chacun de ses parents. On comprend par conséquent que les psychologues américaines J. Wallerstein et J. Kelly aient pu écrire, en mettant en évidence la nécessité pour l'enfant de parents séparés d'accroître ses rencontres avec le parent non gardien, qu' *"une complète révision du problème des visites doit tenir compte de l'idée que les deux parents conservent une responsabilité et un engagement centraux dans les soins et le développement psychologique de leurs enfants"* ⁽¹⁴⁸¹⁾.

959. Cette nouvelle perception de la nature et de la portée du droit aux relations personnelles a dès lors entraîné, dans la pratique, un nouvel élargissement de la durée des séjours de l'enfant chez le parent non gardien.

Il n'est plus rare aujourd'hui d'accorder au parent non gardien le droit de recevoir et de prendre en charge son enfant au-delà des seules périodes de loisirs de l'enfant. Certains droits d'hébergement sont fixés selon des modalités qui permettent au parent non gardien de s'impliquer dans la vie scolaire de l'enfant, en recevant son enfant chez lui lors de journées, de soirées ou de nuits qui ne sont pas limitées aux week-ends.

Dans la jurisprudence récente, on trouve dès lors des décisions judiciaires qui ont accueilli plus favorablement les demandes du parent non gardien tendant à s'occuper de son enfant jusque et y compris pendant des jours d'école. Les magistrats commencent à accepter, par exemple, que le droit d'hébergement du week-end commence le vendredi

⁽¹⁴⁸⁰⁾ On appelle aux Etats-Unis le père dont la fonction se limite à exercer un droit de visite de week-end un *"Disneyland Daddy"*. D'aucuns, en Belgique, l'appellent, par analogie, un *"papa Walibi"*.

⁽¹⁴⁸¹⁾ J. Wallerstein et J. Kelly, p. 184.

soir à la sortie de l'école et s'achève le lundi matin lors du retour à l'école. Ils commencent à accepter également que le parent non gardien héberge l'enfant une ou deux soirées pendant la semaine (infra, n° 964).

Une ordonnance prononcée le 21 mars 1984 par le président du tribunal de première instance de Liège ⁽¹⁴⁸²⁾ fournit une illustration de cette évolution de la nature et de la portée du droit aux relations personnelles. Faisant état *"du courant actuel d'élargissement du droit de visite aboutissant, en fait, à une garde partagée"*, mais refusant de faire de l'enfant un *"petit romanichel en perpétuelle transhumance sentimentale ou affective"*, le magistrat fixa le droit de visite d'une mère - qui ne pouvait se libérer professionnellement le vendredi qu'à partir de 20h - les premier, troisième et éventuel cinquième week-ends du mois du vendredi à 20h jusqu'au lundi matin à l'heure de reprise des cours à l'école et les deuxième et quatrième mercredis du mois de la sortie des cours jusqu'au lendemain à la reprise des cours.

Le droit aux relations personnelles qui avait été jusqu'à présent considéré comme un démembrement du droit de garde (supra, Titre III, n° 424) peut alors être perçu, dans cette perception nouvelle, comme un véritable mode d'exercice du droit de garde. Dans ces situations, la garde n'est plus attribuée en exclusivité à un seul des parents; il devient plus exact de dire qu'elle est répartie entre les deux parents, même si cette répartition n'est pas égalitaire, comme dans la garde alternée. En d'autres termes, les deux parents restent tous les deux les *"gardiens"* de leur enfant, mais à des rythmes différents et pendant des périodes différentes.

C'est dans la mouvance de cette nouvelle conception du droit aux relations personnelles qu'il convient de comprendre le changement de terminologie qui a été proposé par Françoise Dolto, et qui consiste à remplacer les qualificatifs de *"parent gardien"* et *"parent non gardien"* par les qualificatifs de *"parent continu"* et de *"parent discontinu"*, ou de *"parent qui a le temps principal"* et de *"parent qui a le temps secondaire"* ⁽¹⁴⁸³⁾.

Dans le langage juridique, cette nouvelle terminologie pourrait se traduire par une formule qui indiquerait expressément que chacun des parents exerce, au cours de moments successifs, la responsabilité de la garde de son enfant.

Cette formule pourrait être :

"X... exercera la garde de l'enfant ... :

- *un week-end sur deux du vendredi soir à la sortie de l'école au lundi matin à la rentrée à l'école;*
- *le jeudi à partir de 18h jusqu'au vendredi matin à la rentrée à l'école;*
- *la moitié des vacances et congés scolaires";*

"Y exercera la garde de l'enfant ... tous les autres jours de l'année".

960. Cette perception nouvelle de la répartition de la responsabilité de la garde de l'enfant entre ses deux parents correspond assurément mieux aux besoins de l'enfant tels qu'ils ont été appréhendés dans un précédent titre de cet ouvrage (voy. supra, Titre II, n° 353 et s).

Il n'en reste pas moins que ce modèle n'est pas encore entré dans les mœurs judiciaires et l'analyse qui va être entreprise de l'organisation du droit d'hébergement du parent non gardien dans la pratique des tribunaux permettra de montrer que les évolutions sont

⁽¹⁴⁸²⁾ Civ. Liège, réf. 21 mars 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 449.

⁽¹⁴⁸³⁾ Voy. F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 148, note 10.

particulièrement lentes.

Au surplus, beaucoup de parents, dans la réalité quotidienne, ne se révèlent pas prêts ou ne sont pas aptes à tolérer et à organiser la dualité des résidences et des pôles de référence d'un enfant. Il advient alors souvent que le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant commande de renoncer à un modèle plus idéal et contraint les tribunaux à restreindre considérablement les rencontres de l'enfant avec un de ses parents.

§ 2. LE DROIT D'HEBERGER OU DE GARDER L'ENFANT

A. La détermination de la durée et de la fréquence du droit d'hébergement

1. Le droit d'hébergement dit classique

961. Conformément à la conception traditionnelle du droit aux relations personnelles qui implique que le parent non gardien n'accueille l'enfant que lors des périodes de loisirs de l'enfant (supra, n° 955), la jurisprudence belge continue à fixer le plus généralement le droit de visite du parent non gardien selon une durée et une fréquence qui sont devenues tellement répétitives que c'est à juste titre qu'on le qualifie de droit de visite "*classique*" (1484) ou même de droit de visite "*rituel*". La solution est d'ailleurs tellement classique qu'un certain nombre d'avocats et de notaires la proposent, telle quelle, aux parents qui les consultent et ne songent pas à l'individualiser davantage en fonction des particularités de chaque cas d'espèce.

Ce droit d'hébergement classique est d'un week-end sur deux, du vendredi soir (entre 18h et 20h) au dimanche soir (entre 18h et 20h) et de la moitié des vacances scolaires (1485).

On observera cependant que, pour un certain nombre de magistrats, une telle fréquence correspond à ce qu'ils continuent à appeler un droit de visite "*large*" ou "*étendu*". C'est qu'aux yeux de ces magistrats, un tel droit d'hébergement constitue une extension par rapport au droit d'hébergement qui était antérieurement accordé - comme par exemple un dimanche sur deux de 10h à 18h ou un week-end sur deux du samedi à 10h au dimanche à 18h - et il représente, selon eux, l'étendue maximale qu'il convient de fixer de façon à ne pas porter atteinte à l'unité de résidence et d'éducation de l'enfant.

2. Le droit d'hébergement plus étendu que la solution classique

962. Dans le régime classique de droit de visite, le parent non gardien n'héberge, en réalité, l'enfant que durant une période strictement limitée aux loisirs de l'enfant et il n'a aucun contact avec l'école de l'enfant, puisque, le plus souvent, il ne le conduit ni ne le cherche à l'école. Au surplus, l'enfant ne dort chez le parent non gardien que durant 2 nuits sur 14 et il s'écoule un délai de 12 jours pendant lequel l'enfant, en principe, ne rencontre plus le parent non gardien. Ce délai est parfois allongé lorsque le droit

(1484) L'expression de droit de visite "*classique*" est utilisée par les magistrats eux-mêmes dans certaines de leurs décisions. Voy. à titre d'exemple Bruxelles 15 février 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 101.

(1485) Voy. dans la jurisprudence belge publiée, civ. Tournai, réf., 23 janvier 1981, confirmé par Mons 25 juin 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 341; civ. Liège 29 avril 1983, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 180; civ. Bruxelles, 9 novembre 1983, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 101; Bruxelles 22 mai 1984, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 177; Bruxelles 19 juin 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 198; civ. Bruxelles, 4 avril 1986, confirmé par Bruxelles 2 mars 1987, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 220.

d'hébergement ne peut pas s'exercer au cours d'un des week-ends de visite, en raison de l'indisponibilité de l'enfant ou du parent non gardien.

Sans doute, un grand nombre de psychologues ont-ils attiré l'attention sur l'importance, pour l'enfant, de la régularité des rencontres entre le parent non gardien et l'enfant, et c'est souvent cette régularité, plus que la fréquence des visites, qui rassure l'enfant et lui donne la certitude que le parent qui ne vit pas avec lui l'aime et lui exprime son attachement. Comme l'indique Françoise Dolto, il faut, pour l'enfant, des jours de visite *"préalablement connus de lui"*, c'est-à-dire *"que l'enfant le sache à l'avance et que cela se passe en effet"*, parce que *"les enfants ont des repères d'espace et de temps qui sont associés à des relations humaines précises et à des paroles qui respectent leur espace et leur temps"* (1486).

Mais il convient, malgré tout, de tenir compte de ce que les enfants, surtout lorsqu'ils sont jeunes, ont de la peine à pouvoir se représenter abstraitement l'écoulement du temps. Comme l'ont clairement expliqué J. Goldstein, A. Freud et A.J. Solnit, *"à la différence de l'adulte qui mesure le temps à l'aide de pendules et calendriers, les enfants ont une notion intérieure du temps, qui est fonction de l'urgence de leurs besoins instinctuels et affectifs"* (1487). L'enfant ne peut donc pas comprendre, après l'écoulement d'un certain temps, que le parent qu'il ne voit plus n'a pas disparu ou ne l'a pas abandonné. Il peut dès lors être souhaitable, pour l'enfant, d'organiser des rencontres rapprochées avec le parent non gardien, de manière à ce que l'enfant perçoive clairement la présence récurrente de chacun de ses parents dans son univers quotidien.

Par ailleurs, on sait que, dans toute relation humaine qui a été interrompue pendant une certaine période, un temps d'approche est nécessaire pour rétablir le contact et une relation ne peut être vraie, profonde et féconde que si elle peut se vivre dans une certaine durée.

Enfin, tout parent qui s'implique personnellement dans l'éducation et dans la formation de son enfant peut considérer qu'il est important, pour l'enfant et pour lui, de le conduire ou de le chercher à l'école, et de passer avec lui des soirées qui précèdent un jour d'école.

963. On peut dès lors comprendre que certains parents dits non gardiens demandent actuellement de pouvoir exercer un droit d'hébergement plus étendu que la solution classique. Ils souhaitent, par exemple, que, lors des week-ends de visite, l'enfant puisse encore passer la nuit du dimanche soir au lundi et qu'ils puissent le ramener à l'école le lundi matin, en faisant valoir que la soirée du dimanche n'est en rien comparable aux soirées du vendredi ou du samedi et qu'elle s'inscrit, pour l'enfant et le parent non gardien, dans un contexte plus proche du contexte de la vie quotidienne. D'autres souhaitent, également, que l'enfant puisse passer une soirée et une nuit chez eux dans le cours de la semaine.

Une telle demande n'émane d'ailleurs pas seulement des parents non gardiens. Elle paraît, aussi, correspondre au souhait des enfants eux-mêmes. Les psychologues J. Wallerstein et J. Kelly ont, dans leur étude consacrée aux effets du divorce sur les enfants, mis en évidence les doléances de jeunes qui se plaignaient de n'avoir pas pu rencontrer suffisamment leur père, après la séparation. Lors de leurs entretiens avec les enfants de familles séparées, elles ont constaté que ceux-ci exprimaient *"avec une intensité frappante et émouvante leur désir d'un contact accru avec le père"*. Elles ont dès lors considéré que ce *"choeur de protestations"* indiquait *"l'impérieuse nécessité d'une*

(1486) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 59.

(1487) J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit, Dans l'intérêt de l'enfant ? p. 25.

révision des idées" à propos de la durée du droit de visite (1488). Selon J. Wallerstein et J. Kelly, la pratique d'un droit de visite ne s'exerçant que deux fois par mois s'est érigée en un usage qui s'est installé dans les moeurs judiciaires, sans que personne s'interroge sur sa compatibilité avec les besoins et les aspirations des enfants. Or, selon les observations faites cinq ans après la séparation des parents, *"la tristesse, la déception et la colère"* des enfants qui n'ont eu que des contacts très limités avec leur père s'opposent *"au plaisir et à la confiance en soi de ceux auxquels le père témoigne continuellement son amour et son intérêt"*. Sur la base d'un tel constat, les auteurs estimèrent dès lors pouvoir souscrire à l'opinion qui leur avait été émise par un des pères qu'elles avaient interrogés : *"Si vous vous souciez des enfants - ce qui serait normal - consacrez-leur suffisamment de temps. Je ne m'imaginais pas voyant mes enfants aux vacances seulement. Je leur parle au téléphone tous les jours ou presque et nous nous voyons très souvent. Un contact fréquent est primordial pour rester au courant de ce que font et pensent mes enfants"*. (1489)

964. A l'heure actuelle, les attitudes des magistrats belges restent cependant hésitantes et floues par rapport aux demandes d'élargissement du droit d'hébergement. Ils ne savent pas s'ils doivent faire prévaloir l'objectif de la stabilité de l'environnement de l'enfant ou l'objectif de la qualité de la relation de l'enfant avec le parent non gardien.

Certains s'en tiennent à leur jurisprudence traditionnelle et ils justifient leur refus d'accéder à la demande du parent non gardien par une considération de principe comme celle qui consiste à affirmer que *"rien ne milite pour élargir (le droit de visite) au-delà d'un droit de visite classique"* (1490).

D'autres magistrats acceptent par contre de prendre en considération le souhait formulé par le parent non gardien d'exercer un droit d'hébergement plus étendu que dans la solution dite classique.

Dans la jurisprudence belge publiée, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 23 novembre 1981 (1491) apparaît comme un arrêt précurseur, parce qu'il a organisé un droit de visite de quinzaine qui commençait le vendredi à 17h et s'achevait le mardi matin à la rentrée à l'école. Dans le cas d'espèce, la Cour a certainement été inspirée par l'avis médico-psychologique du pédo-psychiatre consulté par les parents qui avait recommandé une garde alternée (supra, n° 915). Au surplus, comme le droit de garde du garçon était confié à son père et le droit de garde de la fille était confié à sa mère, la Cour a mis en oeuvre cette solution avec l'objectif prioritaire de réunir les enfants. Selon la Cour, *"la multiplication des journées et des nuits passées sous le même toit permettra (aux enfants) de maintenir entre eux d'étroits rapports familiaux"*.

La motivation de cet arrêt aurait pu déclencher, dans la jurisprudence, un changement des mentalités et des conceptions. En effet, si la Cour n'a pas vu d'objection à ce qu'un enfant passe quatre nuits consécutives chez le parent non gardien, aux fins de maintenir d'étroits rapports familiaux avec son frère ou sa soeur, on voit difficilement comment les tribunaux pourraient soulever une objection à ce qu'un enfant passe quatre nuits consécutives chez le parent non gardien aux fins de maintenir d'étroits rapports familiaux avec ce parent. Le besoin de l'enfant de conserver après la séparation un lien

(1488) J. Wallerstein et J. Kelly, p. 181 et s.

(1489) J. Wallerstein et J. Kelly, p. 306.

(1490) Civ. Bruxelles, réf., 12 janvier 1990, inédit.

(1491) Bruxelles, 23 novembre 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 446.

d'attachement profond avec chacun de ses parents est en effet un besoin aussi fondamental que le maintien de la fratrie.

Un autre arrêt, prononcé le 26 mars 1981 par la Cour d'appel de Mons ⁽¹⁴⁹²⁾ a, aussi, organisé un droit de visite élargi au profit d'une mère hôte de l'air, dans un cas d'espèce où les magistrats avaient estimé, en raison des horaires professionnels de la mère, devoir confier la garde d'un enfant de six ans à son père (voy. supra, n° 877). La Cour a "alloué" à la mère, durant les mois qui ne comprennent pas de vacances scolaires, un droit de visite *"durant treize jours par mois, à répartir pendant les périodes où la mère est présente en Belgique"*. Ce droit d'hébergement particulièrement large a manifestement été accordé à la mère de l'enfant comme une forme de compensation psychologique au retrait du droit de garde. Mais, ici aussi, il est important de souligner que des magistrats n'ont pas vu d'objection, au point de vue de l'intérêt de l'enfant, à ce qu'il passe treize jours par mois chez le parent qui n'était pas titulaire du droit de garde, parce qu'ils ont été conscients de ce que l'enfant avait besoin de vivre auprès de chacun de ses deux parents. On comprend dès lors moins bien pourquoi il est tellement plus difficile, pour d'autres parents qui ne sont pas moins attachés à leurs enfants, d'obtenir un droit d'hébergement pendant une période consécutive aussi longue.

On ne trouve d'ailleurs pas, dans la jurisprudence belge publiée, d'autres décisions qui auraient organisé un droit d'hébergement aussi étendu. Les droits de visite qui excèdent la solution classique sont, en général, ceux qui permettent au parent dit non gardien de recevoir ses enfants les week-ends, pendant trois nuits au lieu de deux nuits, c'est-à-dire du vendredi soir à la sortie de l'école au lundi matin à la rentrée à l'école ⁽¹⁴⁹³⁾ ou un ou plusieurs mercredis par mois, soit pendant l'après-midi ⁽¹⁴⁹⁴⁾, soit, éventuellement, jusqu'au jeudi matin ⁽¹⁴⁹⁵⁾.

⁽¹⁴⁹²⁾ Mons 26 mars 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 336.

⁽¹⁴⁹³⁾ En ce sens, voy. civ. Liège 12 mars 1985, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 455 qui refuse de faire droit à une demande de garde alternée (supra, n° 919) mais qui accorde au père non gardien les trois nuits des week-ends de visite depuis le vendredi à 18h jusqu'au lundi matin; Bruxelles 14 janvier 1988, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 395 qui refuse de faire droit tant à la demande de garde du père qu'à sa demande subsidiaire tendant à ordonner une enquête sociale (voy. supra, n° 880) mais qui accorde à ce père un droit de visite d'un week-end sur deux du vendredi soir à la sortie de l'école au lundi matin, par réformation de l'ordonnance du premier juge qui avait limité le droit de visite du samedi à 10h au dimanche à 19h.

⁽¹⁴⁹⁴⁾ Voy. civ. Bruxelles 16 décembre 1986, J.T. 1987, p. 252 qui refuse d'organiser une garde alternée (supra, n° 919) mais qui "octroie" à la mère de l'enfant deux ou trois mercredis après-midi par mois, afin que soient *"rééquilibrées les relations personnelles de l'enfant avec ses parents sans que soit compromise l'unité éducative souhaitable"*.

Dans la jurisprudence non publiée, voy. civ. Bruxelles réf. 12 avril 1990, inédit, qui déboute un père de sa demande de garde alternée à l'égard de deux enfants de six ans et trois ans et demi mais lui accorde, en semaine, un droit de visite chaque mercredi de 12h à 18h.

⁽¹⁴⁹⁵⁾ Voy. civ. Liège 21 mars 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 449, déjà cité et commenté supra, n° 959.

Dans la jurisprudence non publiée, voy. civ. Bruxelles réf. 10 janvier 1990, inédit, qui refuse à un père de lui accorder le droit de visite qu'il sollicitait, en semaine, chaque

Dans des hypothèses exceptionnelles, certains magistrats ont accordé au parent non gardien un droit d'hébergement fixé durant la totalité ou la majorité des week-ends.

Dans un jugement prononcé le 7 décembre 1990, le juge de paix de Saint Josse-ten-Noode (1496) a ainsi accordé à la mère de trois enfants de six, quatre et deux ans un droit de visite tous les week-ends du vendredi à 18h au dimanche à 18h. On peut, dans ce cas, considérer aussi que cette faveur consentie à une mère s'explique par une forme de compensation psychologique au retrait du droit de garde. Il faut cependant reconnaître que le magistrat paraît avoir usé avec beaucoup d'à-propos de son pouvoir d'individualiser sa décision en fonction de la situation concrète des parties et des enfants, parce qu'en l'espèce le père était au chômage et un seul enfant était en âge de scolarité, en manière telle que le parent gardien disposait de suffisamment de temps libre, pendant la semaine, pour s'occuper lui-même de ses enfants et il ne paraissait dès lors pas indispensable de lui permettre de passer certains week-ends avec ses enfants.

En principe, les tribunaux veillent, à juste titre, à ce que le parent gardien puisse, lui aussi, vivre avec ses enfants durant les périodes de week-end. Comme l'a indiqué le président du tribunal de première instance de Bruxelles, *"il n'est pas possible de cantonner un des parents dans des tâches d'éducation quotidienne sans jamais lui permettre de vivre une relation moins rigide avec son enfant, à l'occasion de week-ends où des activités de loisirs plus enrichissantes peuvent être menées; une fois le droit de garde attribué, il est indispensable d'attribuer au parent gardien certains week-ends au cours desquels il pourra apparaître à l'enfant comme dispensateur de loisirs au même titre que le parent non gardien; agir autrement devrait nécessairement fausser chez l'enfant l'image de l'un et l'autre de ses parents"* (1497).

On ne peut, a priori, qu'approuver une telle motivation, mais on doit, alors, s'étonner qu'elle ne soit pas suivie dans toutes ses implications. Car c'est, aussi, fausser chez l'enfant l'image d'un de ses parents si celui-ci ne peut l'accueillir chez lui que lors de week-ends et de vacances et s'il est, par là même, réduit à être un *"dispensateur de loisirs"*, sans avoir la possibilité, dans le contexte d'un hébergement élargi, de se consacrer à *"des tâches d'éducation quotidienne de l'enfant"*.

mercredi de la sortie de l'école au jeudi matin et un jeudi soir sur deux jusqu'au vendredi matin, parce que *"cette formule présente l'inconvénient d'aboutir à peu près à la consécration d'un système de garde alternée"* et qu'elle *"implique des déplacements incessants du centre de vie de l'enfant"*, mais qui fixe toutefois son *"droit de visite"* à l'égard de son enfant de douze ans à un week-end sur deux du vendredi à 16 h au lundi matin et à un mercredi après-midi sur deux jusqu'au jeudi matin; civ. Bruxelles réf. 19 janvier 1990, inédit, qui fixe le droit de visite du père à l'égard d'une fillette de huit ans à un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin et à tous les jeudis soirs jusqu'au vendredi matin; civ. Bruxelles réf. 8 mars 1990, inédit, qui accorde au père d'une fillette de cinq ans un droit de visite de semaine un jeudi sur deux jusqu'au vendredi matin *"étant donné le caractère apparemment très étroit des liens existant entre l'enfant et son père qui s'en est occupé jusqu'à présent d'une manière très suivie"*; civ. Bruxelles réf. 16 mars 1990, inédit, qui, dans un litige où chacun des parents demandait la garde de deux enfants de douze et dix ans, ordonne une enquête sociale, attribue à titre précaire la garde à la mère et accorde au père, en semaine, un droit d'hébergement tous les mercredis après-midi jusqu'au jeudi matin.

(1496) J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 7 décembre 1990, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 264, déjà commenté supra, n° 877.

(1497) Civ. Bruxelles, réf. 16 décembre 1986, J.T. 1987, p. 252.

965. C'est donc, à l'heure actuelle, un coup de dé que le parent non gardien joue lorsqu'il sollicite, pendant l'année scolaire, un droit d'hébergement plus étendu que la solution classique.

La réponse qui lui sera donnée dépendra non pas d'une évaluation concrète des besoins, des sentiments ou des aspirations de chaque enfant, mais des normes abstraites que le magistrat applique en fonction de ses usages, de ses conceptions et de sa sensibilité.

Cette indétermination de la jurisprudence révèle, en tout cas, que les magistrats éprouvent de la difficulté à se dégager du modèle traditionnel de l'unité de la résidence et de l'unité de l'éducation des enfants, et qu'ils ne se posent pas, à partir d'une compréhension de la réalité concrète de l'existence de l'enfant et de chacun de ses parents, la question de savoir si, pour cet enfant, l'organisation d'un droit d'hébergement plus étendu lui apportera ou non davantage de bien-être.

B. La détermination des modalités d'exercice du droit d'hébergement

1. Le calendrier de l'hébergement de l'enfant

966. Un certain nombre de difficultés se posent fréquemment, dans la pratique, pour déterminer les dates exactes auxquelles le parent non gardien exercera son droit d'hébergement. La formule classique d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances ne permet pas, en effet, telle quelle, de fixer les jours précis auxquels le parent non gardien pourra venir chercher ses enfants chez le parent non gardien.

Pour tenter de remédier à ces difficultés, certains magistrats utilisent, dans leurs jugements, des formules plus précises.

Ces formules consistent à prévoir :

- que le droit de visite du week-end s'exercera le deuxième et le quatrième week-end du mois ou les premier, troisième et éventuel cinquième week-end du mois ⁽¹⁴⁹⁸⁾;
- que, lors des vacances scolaires de Noël, de Pâques et d'été, le droit de visite s'exercera la première (ou la seconde) moitié des vacances ⁽¹⁴⁹⁹⁾ ou encore la première moitié des vacances les années paires (ou impaires) et la seconde moitié les années impaires (ou paires);
- que, lors des congés trimestriels de détente de Toussaint et de Carnaval, le droit de visite s'exercera en alternance une année sur deux ⁽¹⁵⁰⁰⁾.

De telles formules permettent effectivement, plus particulièrement pour les vacances et congés de détente, d'éviter des discussions ou des affrontements, tout en recourant à un critère d'équité par rapport aux aspirations respectives des parents.

Ces formules sont cependant très rigides et elles n'incitent pas les parents à faire l'effort de la souplesse dans leurs relations respectives. Elle peuvent provoquer, au surplus, des

⁽¹⁴⁹⁸⁾ Voy. civ. Tournai, réf. 25 juillet 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 179; civ. Tournai, réf. 23 janvier 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 341.

⁽¹⁴⁹⁹⁾ Ibidem.

⁽¹⁵⁰⁰⁾ Voy., à titre d'exemple, civ. Liège réf. 12 mars 1985, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 455 qui décide "*que le père recevra sa fille à l'occasion du congé de Toussaint les années impaires et de celui de Carnaval les années paires*".

incompatibilités entre le régime des week-ends et le régime des vacances. Lorsque, par exemple, le tribunal a fixé le droit de visite de week-end les deuxième et quatrième week-ends de chaque mois, et que les vacances de Pâques commencent le deuxième week-end et se terminent le quatrième week-end du mois, que devient le droit de visite de week-end du parent non gardien ? Devra-t-il attendre, après le droit de visite exercé pendant sa période de vacances de Pâques, jusqu'au deuxième week-end du mois suivant pour revoir ses enfants ?

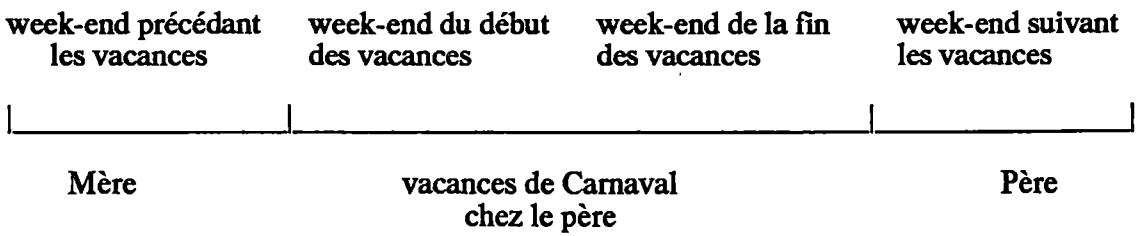
967. En réalité, aucune formule générale et abstraite ne permet d'envisager et de résoudre toutes les difficultés qui peuvent se présenter dans le déroulement de la vie quotidienne.

Certains parents se disputent, par exemple, à propos du découpage des vacances. Comment calculer la moitié d'une période de vacances ? En principe, on peut considérer que, sauf pour les vacances d'été, les vacances commencent le vendredi soir à la sortie de l'école et se terminent le lundi matin à la rentrée à l'école et qu'elles comprennent, dès lors, 17 nuits et 16 jours. La première moitié des vacances s'achève dès lors, selon le mode de calcul pris en considération, soit le samedi soir, soit le dimanche matin. Comment, en cas de désaccord, fixer clairement le moment où le parent non gardien peut venir chercher l'enfant ou doit le ramener ?

D'autres parents se disputent à propos du mode de calcul des différents week-ends du mois. Lorsque le juge a accordé au parent non gardien un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires, comment convient-il de fixer la reprise de l'alternance après une période de vacances ? En principe, il est plus logique de considérer que les week-ends qui marquent le début et la fin des périodes de vacances sont inclus dans les vacances. Ces week-ends échappent dès lors au régime des week-ends de l'année scolaire et il y a lieu de les répartir en fonction de la règle applicable à la répartition des vacances. Lors du week-end qui suit le week-end de la fin des vacances, les enfants seront alors pris en charge par le parent qui ne les a pas gardés lors du week-end précédant le week-end du début des vacances, quelles qu'aient pu être les modalités de répartition des dites vacances (1501).

Lorsque le juge a, plutôt qu'un week-end sur deux, accordé par contre au parent non gardien, par exemple les premier, troisième et cinquième week-ends du mois, par référence à quel jour de la semaine doit-on déterminer ces week-ends ? Le premier week-end du mois est-il celui qui commence le premier vendredi du mois, le premier samedi du mois ou le premier dimanche du mois ? La solution la plus simple ne consiste-t-elle pas à considérer que le week-end comprend deux jours de la semaine et qu'il commence dès lors le samedi ? Mais le parent non gardien ne pourrait-il pas prétendre qu'il reçoit son enfant le week-end à partir du vendredi et que le week-end commence dès lors le

(1501) Ainsi, si le parent non gardien a exercé un droit de visite qui lui avait été accordé durant la totalité des vacances de Carnaval, il exercera, aussi, son droit de visite de week-end lors du week-end qui suit les vacances de Carnaval, s'il n'avait pas exercé de droit de visite lors du week-end qui précédait les vacances de Carnaval. C'est la seule manière de respecter correctement l'alternance, même si ce système aboutit à la prise en charge de l'enfant par un de ses parents au cours de trois week-ends consécutifs. On peut synthétiser cette solution dans le schéma suivant :



vendredi ?

968. La survenance de tels problèmes est, assurément, le signe d'un manque profond de communication entre les parents et il ne sera possible, à long terme, de les résoudre véritablement qu'en suscitant la mise en place d'un dialogue entre les parents.

Mais, lorsque ce dialogue s'avère impossible, les juristes - magistrats, avocats et notaires - peuvent contribuer préventivement à éviter les incidents en individualisant les solutions et en déterminant de la manière la plus précise et la plus concrète les modalités du droit d'hébergement ⁽¹⁵⁰²⁾.

La forme la plus extrême de cette individualisation consiste à établir, semestre par semestre ou année par année, un calendrier des jours et heures pendant lesquels s'exercera le droit d'hébergement.

969. Dans des situations plus exceptionnelles, les tribunaux ont apporté à ces questions de détermination des dates de séjour de l'enfant chez chacun de ses parents une réponse qui prend, aussi, en compte la plus grande indisponibilité professionnelle d'un des parents. Ils ont alors laissé à ce parent, plus particulièrement pour les vacances, le choix de la période qui correspond à ses convenances.

Dans une ordonnance prononcée sur la base de l'urgence, à la veille des vacances de Pâques, le président du tribunal de première instance de Liège statuant en référé ⁽¹⁵⁰³⁾ a accordé au père la période des vacances qu'il sollicitait, pendant le congé qu'il avait obtenu à l'usine, alors que la mère affirmait qu'elle avait déjà *"pris un arrangement avec une amie pour effectuer des excursions"*. Le magistrat a considéré *"que la mère ne travaille pas"* et *"qu'une priorité pour les dates de vacances doit être accordée au père qui ne voit l'enfant qu'un week-end sur deux et qui travaille"*.

Dans son arrêt du 26 mars 1981 par lequel la Cour d'appel de Mons organisait le droit de visite d'une femme hôtesse de l'air (supra, n° 964), la Cour a, préventivement, décidé, compte tenu de la situation professionnelle particulière de cette mère, qu'elle aurait le choix de la période des vacances de Noël, de Pâques et des grandes vacances *"à la condition que ce choix soit communiqué au père deux mois à l'avance en ce qui concerne Noël et Pâques et quatre mois à l'avance en ce qui concerne les grandes vacances"*.

Une telle solution doit cependant être pratiquée avec beaucoup de prudence ⁽¹⁵⁰⁴⁾. Si on peut parfois concevoir qu'un des parents se trouve en réelle difficulté de choisir ses vacances, on ne peut pas, non plus, soumettre l'autre parent à une forme d'arbitraire qui

⁽¹⁵⁰²⁾ Voy. à titre d'exemple, civ. Liège, réf. 21 mars 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p.449 qui, sous le bénéfice de l'urgence, après un divorce par consentement mutuel, détermine, en raison des conflits surgis entre les parents, les modalités précises d'un droit d'hébergement plus étendu que la solution classique.

⁽¹⁵⁰³⁾ Civ. Liège, réf., 30 mars 1983, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 448.

⁽¹⁵⁰⁴⁾ Voy. civ. Bruxelles réf. 4 avril 1986, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 220 qui, après avoir confié au père la garde des enfants en raison de l'homosexualité de la mère (supra, n° 893), décide, aussi, que le père choisira lui-même la moitié des vacances qu'il passera avec ses enfants à condition d'en avertir la mère deux mois à l'avance. Sans doute, la mère disposait-elle d'une plus grande disponibilité professionnelle, puisqu'elle était enseignante, mais est-il raisonnable de la laisser attendre, chaque année, jusqu'au mois de mai pour connaître la période qu'elle passera avec ses enfants pendant les grandes vacances ?

pourrait laisser la place à un désir de toute puissance ou aux règlements de comptes. Il ne convient pas de perdre de vue que les solutions trop radicales ou trop unilatérales portent en elles-même le germe de frustrations et de conflits dont l'enfant devient inévitablement la victime.

2. Les trajets de l'enfant

970. L'hébergement de l'enfant chez le parent non gardien implique que l'enfant soit déplacé d'une résidence vers une autre résidence et que le trajet entre les deux résidences soit organisé et pris en charge par les parents.

Dans la conception traditionnelle qui tend à considérer le droit de visite comme une sortie de l'enfant qui quitte sa résidence pendant ses période de loisirs, le parent non gardien est généralement perçu comme un visiteur qui emmène l'enfant hors de chez lui et qui doit dès lors le ramener chez lui. C'est la raison pour laquelle la solution traditionnelle, à propos des déplacements de l'enfant, consiste à prévoir que le parent qui exerce son droit d'hébergement a la charge d'aller chercher l'enfant chez le parent gardien et d'aller le reconduire ⁽¹⁵⁰⁵⁾.

Cette solution risque cependant d'accréditer, dans l'esprit de l'enfant, l'idée selon laquelle il est "*en visite*" chez le parent non gardien, avec toutes les conséquences qui en résultent sur l'image que l'enfant se forme d'un de ses parents et sur la place occupée par ce parent dans l'exercice de la fonction parentale.

C'est la raison pour laquelle il pourrait être plus judicieux de décider que chacun des parents effectuera un trajet avec l'enfant, sans préjudice des situations dans lesquelles cette solution est difficilement praticable, par exemple parce qu'un seul des parents dispose d'une voiture. Cette manière de procéder traduit plus visiblement, aux yeux de l'enfant, non seulement qu'il est "*chez lui*" auprès de chacun de ses parents mais surtout que chacun de ses parents contribue, matériellement et symboliquement, à organiser la relation de l'enfant avec l'autre parent.

971. Dans la jurisprudence publiée, on constate que les tribunaux se sont montrés attentifs à régler cet aspect des modalités du droit d'hébergement lorsque le déplacement de l'enfant entraîne une dépense d'argent ou de temps et ils veillent parfois, alors, à répartir équitablement cette charge entre les deux parents ⁽¹⁵⁰⁶⁾.

Mais certaines décisions ⁽¹⁵⁰⁷⁾ ont également, indépendamment d'un problème de coût ou de longueur des déplacements, tenu à préciser, dans leur dispositif, que chacun des parents aurait, lors de l'exercice du droit d'hébergement, la charge d'un des trajets de l'enfant, le parent non gardien allant chercher l'enfant et le parent gardien allant reprendre l'enfant.

⁽¹⁵⁰⁵⁾ Voy. dans la jurisprudence publiée, civ. Tournai, réf. 23 janvier 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 341; Trib. jeun. Nivelles 7 décembre 1982, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 225; civ. Bruxelles, réf. 9 novembre 1983, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 101; Bruxelles 19 juin 1984, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 198 (motifs).

⁽¹⁵⁰⁶⁾ Voy. civ. Tournai réf. 25 juillet 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 179, dans un cas d'espèce où le père avait continué à habiter à Tournai et la mère s'était installée à Bruxelles et où le tribunal décida que la mère non gardienne viendrait chercher les enfants le vendredi soir à Tournai et que le père gardien viendrait les rechercher à Bruxelles le dimanche soir.

⁽¹⁵⁰⁷⁾ Bruxelles 22 mai 1984, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 177; J.P. St Josse-Ten-Noode, 7 décembre 1990, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 264.

Il est symptomatique que ces décisions statuaient, en réalité, sur le droit d'hébergement d'une mère, dans des litiges où la mère n'avait pas obtenu le droit de garde qu'elle avait sollicité. C'est une excellente preuve, semble-t-il, de ce que la question de la prise en charge des trajets de l'enfant a une portée qui n'est pas seulement matérielle mais surtout symbolique. Les tribunaux y sont certainement plus sensibles lorsque c'est la mère qui exerce un droit de visite, parce que, compte tenu de l'importance traditionnellement attachée au lien affectif entre l'enfant et sa mère, ils imaginent plus difficilement de confiner la mère dans un rôle de "visiteur". On ne voit cependant pas, a priori, pourquoi on traiterait différemment cette question selon le sexe du parent non gardien, sauf à prendre en compte que, dans un certain nombre de situations, un homme peut effectivement éprouver moins de difficultés qu'une femme à supporter la charge des trajets de l'enfant entre ses deux résidences.

972. Une autre solution, qui permet de régler le problème des déplacements de l'enfant sans donner au séjour de l'enfant chez le parent non gardien un caractère trop prononcé de "visite", consiste à prévoir que les trajets de l'enfant seront effectués à partir de l'école.

Cette solution présente l'avantage, pour le parent non gardien, d'avoir un contact régulier avec l'école de l'enfant. Elle présente aussi le considérable avantage, pour l'enfant, de permettre une transition moins tranchée et plus sereine entre les univers respectifs des deux parents.

Dans les situations conflictuelles où l'enfant se sent tiraillé ou coupé entre ses deux parents, il lui est parfois difficilement supportable d'affronter l'instant où il doit, sous les yeux de ses parents, quitter un de ses parents pour rejoindre l'autre. Lorsque les parents, en raison de leur propre immaturité ou de leur rancune à l'égard de l'autre parent, exigent que l'enfant leur manifeste des signes d'attachement mais tolèrent difficilement que l'enfant manifeste des signes d'attachement à l'autre, l'enfant est piégé et il lui est impossible de faire face à une telle situation. L'école peut alors constituer un lieu de médiation dans l'espace et dans le temps entre les deux milieux parentaux, sans que l'enfant ait à éprouver trop brutalement l'antagonisme entre son père et sa mère.

Les tribunaux se sont cependant montrés réticents à mettre en place cette solution réglant le déplacement de l'enfant d'une de ses résidences vers l'autre résidence. Les raisons de cette résistance sont autant psychologiques que matérielles; d'une part, le principe de l'unité de l'éducation de l'enfant a souvent conduit à considérer que c'est le parent gardien qui a la responsabilité exclusive de tout ce qui relève de la scolarité de l'enfant; d'autre part, on n'imaginait pas d'obliger un enfant à emmener ses bagages à l'école.

A vrai dire, le problème des bagages peut être aisément résolu si les parents veillent à en assurer le transport à un autre moment de la journée. Il n'y aurait plus alors qu'à se dégager de la croyance encore trop marquée selon laquelle l'intérêt de l'enfant commande que son éducation soit exclusivement assurée par un seul de ses parents, puisqu'une perception plus correcte des besoins fondamentaux de l'enfant de parents séparés conduit à formuler, en principe, une conclusion exactement contraire.

Il n'en reste pas moins que, dans la pratique, différents obstacles matériels - et notamment l'indisponibilité du parent non gardien - peuvent rendre impossible le déplacement de l'enfant par l'intermédiaire de l'école.

Quoi qu'il en soit, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant implique qu'on s'écarte des solutions figées ⁽¹⁵⁰⁸⁾ et qu'on recherche, dans chaque cas et en tenant compte des

(1508) Voy. Brux. 29 mai 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 444 qui, dans un cas où la mère vivait dans la région parisienne et le père à Bruxelles, dispense désormais le père de l'obligation d'aller chercher son fils, actuellement âgé de 13 ans, au domicile de la

particularités de chaque situation familiale, le processus qui permettra concrètement à l'enfant de vivre le plus sereinement le déplacement de la résidence d'un de ses parents vers la résidence de l'autre parent.

C. Les restrictions apportées au droit d'hébergement du parent non gardien

1. Les restrictions portant sur le principe ou la durée du droit d'hébergement

a) Exposé introductif

973. Une analyse attentive des faits et des situations familiales montre que les problèmes posés par l'exercice du droit d'hébergement du parent non gardien sont malheureusement fréquents et nombreux.

Il ne suffit pas de poser, en théorie, le principe selon lequel le parent qui n'exerce pas la garde d'un enfant a le droit et le devoir de continuer à entretenir une relation régulière avec son enfant.

Dans la pratique, on est contraint de constater qu'un grand nombre de parents non gardiens - le plus souvent des pères - se détachent progressivement de leur enfant et renoncent à exercer leur fonction parentale. On est aussi obligé de constater qu'en raison tantôt de l'inadéquation du parent non gardien, tantôt de la gravité du conflit entre les parents et des troubles présentés par l'enfant, l'exercice du droit d'hébergement se révèle inopportun ou même préjudiciable pour l'enfant. Les praticiens magistrats et avocats sont souvent impuissants à régler ces situations en fonction de ce qui serait, théoriquement, souhaitable pour l'enfant et il doivent parfois se résoudre à entériner la disparition progressive d'un des parents de la vie de l'enfant.

974. Une enquête récente sur les situations familiales réalisée, en France, par l'Institut national des études démographiques ⁽¹⁵⁰⁹⁾ a montré, sur la base des réponses fournies aux enquêteurs par la mère ou par le père que, sur 100 enfants dont les parents sont séparés, 21 enfants voient leur père moins d'une fois par mois et 27 enfants ne le voient plus jamais tandis que pour 11 enfants, il n'y a pas de réponse mais l'absence de réponse peut laisser supposer que le père est absent de la vie de son enfant. On aboutit par conséquent à un chiffre se situant entre 48 et 59% d'enfants de parents séparés qui ont perdu tout contact avec leur père ou qui n'ont que des relations très épisodiques avec lui.

Sans doute, un tel chiffre surprendra-t-il les magistrats, les avocats ou les notaires qui interviennent dans les procédures de divorce ou de séparation, parce qu'ils auront a priori l'impression que le droit de visite est juridiquement organisé au profit du père dans des proportions plus importantes. Mais il faut évidemment tenir compte de ce qu'un certain nombre de situations de dissociation familiale ne font pas l'objet d'un règlement juridique, soit en raison de la marginalité sociale de la famille, soit en raison de ce que le père a disparu très rapidement de l'existence de l'enfant et qu'aucune prétention juridique n'a jamais été formulée.

Mais, même dans les familles où le père a réellement vécu sa paternité et où la séparation des parents a été traitée par des professionnels, juristes ou psycho-sociaux, la proportion d'enfants qui vont progressivement être privés de leur relation à leur père reste considérable. L'étude menée par J. Wallerstein et J. Kelly auprès des familles divorcées

mère et de l'y ramener et dit que l'enfant se rendra en train de Paris à Bruxelles et retour.

(1509) Voy. H. Leridan et C. Villeneuve - Gokalp, Entre père et mère, Population et sociétés, janvier 1988, n° 220.

qui avaient volontairement accepté de se présenter aux entretiens qu'elles avaient organisés a montré, cinq ans après la séparation, que si 45% des enfants bénéficiaient de visites *"raisonnables"*, c'est-à-dire au moins deux ou trois fois par mois, par contre 26% n'avaient plus de contacts ou des contacts très irréguliers avec leur père. Pour les autres enfants, les visites n'étaient que mensuelles ou n'intervenaient que lors des vacances et des fêtes.

Ce qui a, par ailleurs, frappé les deux psychologues américaines est que, si la moitié des enfants étaient satisfaits de la fréquence des visites, l'autre moitié étaient *"déçus par la faible fréquence des visites paternelles"* et ils *"éprouvaient une vive déception devant cette négligence ou cette indifférence et beaucoup la vivaient de façon chronique et intense"* (1510).

975. L'analyse de la jurisprudence publiée dans les revues juridiques ne permet évidemment pas de se rendre compte du nombre important de droits de visite qui ne sont pas demandés par le parent non gardien, qui ne sont pas accordés au parent non gardien ou, a fortiori, qui ne sont pas exercés par le parent non gardien.

Par contre, le dépouillement des décisions non publiées confirme effectivement qu'en s'en tenant au seul examen des dispositions arrêtées sur papier par les jugements qui réglementent le droit de garde et le droit de visite, on observe qu'un nombre important de décisions n'organisent aucun droit d'hébergement pour le parent non gardien, soit parce que le droit de garde est attribué à la mère ou au père en l'absence de l'autre parent qui fait défaut, soit parce que la décision, en l'absence d'une demande du parent non gardien ou en raison de l'âge des enfants, se limite à *"réserver"* le droit de visite du parent non gardien, soit même parce que la décision refuse, provisoirement, d'accorder un droit de visite au parent non gardien. Par ailleurs, un certain nombre de décisions restreignent le droit d'hébergement du parent non gardien par rapport à la solution classique et ne lui accordent qu'un droit de visite limité à un seul jour par quinzaine sans nuitée, à sa résidence (1511).

On ne peut dès lors pas se borner à consulter la jurisprudence publiée pour décrire les difficultés qui peuvent se présenter pour l'exercice du droit d'hébergement du parent non gardien et qui conduisent les tribunaux, à tort ou à raison, à apporter des restrictions au principe ou à la durée de ce droit d'hébergement.

b) Les difficultés relatives à l'organisation matérielle de l'hébergement

976. Une des premières difficultés soumise de manière récurrente aux tribunaux est relative à l'organisation matérielle de l'hébergement de l'enfant chez le parent non gardien.

La difficulté peut provenir de ce que le parent non gardien ne disposerait pas d'un logement suffisamment adéquat pour recevoir ses enfants ou, à tout le moins, de ce que le parent gardien exprimerait au tribunal des reproches ou des craintes à propos des conditions matérielles dans lesquelles les enfants seraient hébergés.

(1510) J. Wallerstein et J. Kelly, p. 305.

(1511) Sur les 245 ordonnances francophones du président du tribunal de première instance de Bruxelles qui, entre le 1er janvier et le 30 avril 1990, ont statué sur le droit de garde ou sur le droit de visite d'un enfant, pendant une procédure en divorce, 28 ont été prononcées par défaut, 32 ont réservé le droit de visite, 12 ont refusé un droit de visite et 27 n'ont accordé qu'un droit de visite restreint. Par conséquent, dans 29% des cas, aucun droit de visite n'a été réglementé et dans 11% des cas le droit de visite accordé est un droit de visite encore plus réduit que la solution classique.

Dans de telles situations, les magistrats jugent parfois nécessaire d'ordonner une information sociale pour vérifier dans quelle mesure le parent non gardien est en mesure d'accueillir son enfant et, par prudence, n'accordent, avant de connaître les résultats de cette information sociale, qu'un droit de visite sans hébergement de nuit (1512).

On n'insistera cependant jamais assez sur le besoin fondamental de l'enfant de conserver sans interruption, lors de la séparation du couple, une véritable relation avec chacun de ses parents. Lorsque le parent non gardien est immédiatement prêt à recevoir l'enfant, on ne devrait pas, semble-t-il, s'arrêter trop rapidement à des objections d'ordre matériel qui sont sans commune mesure avec l'importance et la qualité des relations affectives. Ce n'est dès lors que s'il existe des indices sérieux d'atteintes qui pourraient être portées à l'hygiène ou à la santé de l'enfant, en raison des conditions matérielles de son hébergement chez le parent non gardien, qu'un tribunal pourrait prendre l'initiative de priver provisoirement l'enfant de passer des nuits chez le parent non gardien, en attendant que des investigations plus approfondies n'aient pu être réalisées.

977. Une autre difficulté tenant à l'organisation matérielle de l'hébergement peut provenir de la distance géographique entre les domiciles respectifs des deux parents. Le problème ne se pose pas à l'intérieur d'un territoire aussi exigu que celui de la Belgique, mais la difficulté est, par contre, parfois incontournable, lorsqu'un des parents réside à l'étranger.

Le souci de ne pas imposer à l'enfant des déplacements fastidieux et fatigants peut alors conduire les tribunaux à restreindre considérablement les droits d'hébergement de week-end.

Mais une telle restriction devrait, dans toute la mesure du possible, être compensée par l'organisation de séjours plus longs de l'enfant chez le parent non gardien en dehors des périodes de fréquentation scolaire. Sans aboutir, pour autant, à priver le parent gardien de toute possibilité de vacances avec l'enfant, il conviendra, cependant, d'accorder autant que possible au parent non gardien une grande partie des vacances. Comme l'a fait observer Françoise Dolto, un enfant a besoin de passer un temps minimum avec le "*parent non continu*" - qu'elle a approximativement évalué à deux jours par semaine ou cent quatre jours par an - et, dès lors, lorsque ce temps n'a pas pu être pris régulièrement au cours de l'année, il devrait être "*regroupé*" (1513).

c) Le bas-âge de l'enfant

978. Le bas-âge de l'enfant est, souvent, un élément pris en considération par les tribunaux pour restreindre ou limiter le droit d'hébergement du parent non gardien.

La réticence des magistrats à accorder au parent non gardien - généralement le père - un

(1512) Voy. civ. Bruxelles, réf., 16 mars 1990, inédit qui, avant dire droit, ordonne une enquête sociale "*pour vérifier si les conditions d'hébergement chez le père sont correctes*" et, à titre précaire, n'accorde au père d'un enfant de trois ans et demi qu'un droit de visite d'un samedi sur deux de 10h à 18h.

Voy. toutefois civ. Bruxelles, réf., 9 avril 1990, inédit qui, dans un litige où la mère s'opposait au droit de visite "*classique*" demandé par le père et sollicitait une enquête sociale à propos des conditions de logement offertes par le père après la séparation, répondit à la mère que les enquêtes sociales n'étaient pas faites pour vérifier les possibilités d'hébergement de l'enfant et accorda au père, à partir du jour où il aurait pris un appartement en location, le droit de visite traditionnel d'un week-end sur deux.

(1513) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 51.

droit d'hébergement étendu à l'égard d'un enfant en bas-âge s'explique essentiellement par des considérations socio-culturelles. Il a souvent été considéré qu'un père n'était pas capable de donner des soins à un enfant en bas-âge et, comme l'a indiqué le juge de paix de Saint-Hubert dans une ordonnance prononcée le 1er septembre 1986 ⁽¹⁵¹⁴⁾, il "*paraît difficile d'imaginer qu'un homme puisse seul, heure après heure, jour après jour, assumer les obligations contraignantes*" que de tels soins impliquent, c'est-à-dire "*bains, langes, repas à heures fixes...*". Le juge a dès lors non seulement refusé de confier au père la garde de l'enfant qu'il sollicitait mais il a, au surplus, organisé un droit de visite sans hébergement de nuit, chaque samedi de 8h30 à 18h30.

Une ordonnance du 14 avril 1989 du président du tribunal de première instance de Mons ⁽¹⁵¹⁵⁾ refuse aussi un droit d'hébergement de week-end au père d'un enfant de neuf mois. L'ordonnance précise que, lors d'une procédure qui avait été introduite antérieurement devant le juge de paix, le père n'avait obtenu que le droit de rendre visite à l'enfant au domicile de la mère. Le droit de visite qui est alors accordé par le magistrat les premier et troisième samedis du mois et deuxième et quatrième dimanches du mois de 10h à 18h constitue déjà à ses yeux une extension. La cause est, au demeurant, mise en continuation au mois de juin pour "*revoir la situation*" avant la période des vacances.

979. Ce sont, aussi, parfois, des considérations davantage psycho-affectives qui justifient les réserves formulées par les magistrats; ils veulent éviter, semble-t-il, que l'enfant soit séparé de sa mère.

Une ordonnance du 3 janvier 1990 du président du tribunal de première instance de Bruxelles statuant en référé ⁽¹⁵¹⁶⁾ refuse d'accorder un droit d'hébergement d'un week-end sur deux au père d'un enfant d'un an. "*Compte tenu de ce que l'enfant encore très jeune pourrait être perturbé s'il était laissé pendant de trop longues périodes à la garde de son père qu'il ne connaît que très mal*", le magistrat fait preuve de prudence et organise, pendant trois mois, un droit de visite d'un dimanche sur deux de 14h à 16h et, pendant les trois mois suivants, de 14h à 18h, en précisant cependant que "*la situation devra être revue dans six mois en vue d'une extension éventuelle du droit de visite*".

Dans une ordonnance prononcée le 16 mars 1990, le même président du tribunal de Bruxelles ⁽¹⁵¹⁷⁾ organise le droit d'hébergement d'un père à l'égard de son enfant d'un an et demi. Dans cette procédure, une enquête sociale avait préalablement été ordonnée. Cette enquête confirma que ce père était en mesure d'exercer son droit de visite "*dans de bonnes conditions affectives, morales et matérielles*". L'ordonnance fixa néanmoins, jusqu'à l'âge de trois ans, un droit de visite sans hébergement de nuit, les premier, troisième et cinquième samedis du mois de 10h à 18h et les deuxième et quatrième dimanches du mois de 10h à 18h. Ce n'est qu'à partir du jour où l'enfant aura atteint l'âge de trois ans que le droit de visite sera exercé les deuxième et quatrième week-ends de chaque mois du vendredi à 18h au dimanche à 18h.

980. On sait, effectivement, que pour un enfant très jeune, la stabilité des repères spatio-temporels est un élément important de sécurité. On sait, aussi, que la présence, auprès de l'enfant, de sa figure d'attachement préférentielle est indispensable à la préservation de son sentiment d'existence. Comme cette figure d'attachement préférentielle reste, le plus

(1514) J.P. St-Hubert 1 septembre 1986, J.L.M.B. 1987, p. 33.

(1515) Civ. Mons, réf., 14 avril 1989, Rev. trim. dr. fam. 1990, p. 422.

(1516) Civ. Bruxelles, réf., 3 janvier 1990, inédit.

(1517) Civ. Bruxelles, réf., 16 mars 1990, inédit.

souvent, la mère de l'enfant, il est cohérent d'organiser la vie quotidienne de l'enfant dans des conditions qui lui permettent de bénéficier le plus largement possible de la présence de sa mère.

Mais on sait aussi que l'enfant peut, dès la petite enfance, éprouver un réel lien d'attachement avec son père et, par ailleurs, que la qualité de la relation que l'enfant aura, au fil des années, avec son père et la qualité de l'identification de l'enfant à l'image paternelle dépendent, pour partie, de la qualité du lien d'attachement, noué dès la petite enfance, avec le père. Il est dès lors également important, pour l'enfant, d'organiser sa vie quotidienne, après la séparation, dans des conditions qui non seulement évitent une rupture du lien d'attachement avec le père mais surtout favorisent le développement de ce lien d'attachement avec le père.

La très grande prudence manifestée par les tribunaux pour la détermination du droit d'hébergement du parent non gardien à l'égard d'un enfant en bas-âge ne paraît dès lors pas correspondre à la conception qu'on a actuellement des besoins psycho-affectifs de l'enfant. On pourrait même dire que, pour un enfant très jeune, il est essentiel de rencontrer fréquemment et régulièrement chacun de ses deux parents. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Françoise Dolto suggérerait que les parents maintiennent, pour les enfants avant trois ans, une cohabitation "*socio-amicale*" (supra, Titre II, n° 363).

Si cette solution n'est pas envisageable, on devrait alors imaginer des formules pragmatiques qui permettent de concilier des objectifs difficilement conciliables, à savoir la sécurité et la stabilité de l'enfant auprès du parent qui représente la figure d'attachement préférentielle et la nécessité d'un contact fréquent et régulier avec l'autre parent ⁽¹⁵¹⁸⁾. Dans la mise en oeuvre de ces formules, on ne perdra pas de vue que l'enfant a une notion du temps très différente de l'adulte et qu'il a besoin de vérifier, répétitivement, que chacun des parents tient à lui, qu'il s'occupe de lui et qu'il lui est attaché. Il semble par conséquent que, tout en respectant le principe selon lequel l'enfant en bas-âge vit principalement auprès d'un de ses parents, rien ne devrait empêcher que cet enfant rencontre fréquemment l'autre parent, et même passe une ou plusieurs nuits par semaine en sa résidence, à l'instar des enfants en bas-âge qui, lorsque les parents vivent ensemble, sont souvent confiés à la garde matérielle de leurs grands-parents et passent une nuit auprès d'eux.

d) La défection du parent non gardien

981. Une autre difficulté régulièrement soumise aux tribunaux est celle de la défection du parent non gardien qui, pendant une longue période, a démissionné de sa fonction parentale et s'est abstenu de maintenir des rencontres régulières avec l'enfant.

A vrai dire, on ne peut pas toujours cerner de manière précise les causes d'un tel comportement qui n'est pas nécessairement indicatif d'une inadéquation du parent à entretenir une relation de qualité avec son enfant. J. Wallerstein et J. Kelly ont bien montré - dans un contexte socio-culturel où le parent non gardien est généralement le père, mais l'observation serait tout aussi pertinente pour certaines mères non gardiennes - que des pères qui avaient entretenu une excellente relation avec leur enfant pendant la vie commune pouvaient, lors d'une séparation, être confrontés à des difficultés psychologiques telles qu'ils se trouvaient provisoirement incapables d'être un père disponible et responsable pour leurs enfants. Tel est le cas, par exemple, de pères

(1518) En ce sens, voy. trib. jeun. Bruxelles 8 janvier 1990, inédit, qui entérine un accord intervenu entre les deux parents non mariés d'une enfant de dix mois. Cet accord prévoyait que le droit de garde était confié à la mère, mais que le père, qui commençait ses activités professionnelles à 14h, exercerait un droit de visite tous les jours de 8h30 à 17h30 et irait déposer l'enfant à la crèche. Le magistrat a considéré qu'il était conforme à l'intérêt de l'enfant qu'elle soit confiée aussi aux soins quotidiens de son père.

déprimés (1519) ou de pères culpabilisés (1520) qui, par tristesse ou par peur, n'ont pas la force d'affronter la situation familiale et d'affirmer leur présence auprès de leurs enfants.

982. En général, lorsque les tribunaux sont saisis d'une demande relative au droit de visite d'un parent qui ne s'est plus occupé de son enfant, ils font preuve d'une grande prudence et ils n'accordent à ce parent qu'un droit de visite limité et, éventuellement, progressif. La raison de cette attitude est, selon les magistrats, qu'il est nécessaire de réhabituer ou de réadapter l'enfant à la relation qu'il avait provisoirement perdue avec un de ses parents. On peut se demander cependant si, plus fondamentalement, les magistrats n'éprouvent pas la crainte qu'un tel parent soit inadéquat pour son enfant ou même s'ils ne sont pas inconsciemment amenés à sanctionner le comportement de ce parent.

Un exemple significatif de cette jurisprudence restrictive peut être trouvé dans une ordonnance inédite prononcée le 5 mars 1990 par le président du tribunal de première instance de Bruxelles (1521). A un père qui demandait un droit de visite à l'égard de son enfant de onze ans qu'il n'avait plus rencontré depuis un an et demi, le tribunal répondit que *"le contact perdu doit se rétablir petit à petit"* et il fixa dès lors un droit de visite restreint aux deuxième et quatrième samedis du mois de 14h à 19h.

Dans certaines hypothèses, les magistrats prennent la précaution - et c'est logique - de recourir à des mesures d'investigation. Une ordonnance prononcée le 26 janvier 1990 par le président du tribunal de Bruxelles (1522) a statué sur le droit de visite d'un père à

(1519) J. Wallerstein et J. Kelly (p. 175) citent le cas d'un homme dévoué mais timide dont la femme, après douze ans de mariage, avait pris l'initiative du divorce et l'avait prié de quitter la maison. Lorsque l'amant de cette femme s'installa dans cette maison, il fut insupportable pour ce père d'aller chercher ses deux fillettes *"dans la demeure qu'il avait construite pour la famille et qu'il regrettait encore"*. *"Il ne supportait plus de se tenir sur le seuil, à attendre les enfants, douloureusement conscient de ce qu'un autre homme occupait sa place. Son humiliation s'accroissait encore du fait que ses filles paraissaient bien et heureuses et pas le moins du monde accablées de nostalgie à son sujet. Malgré tout l'amour qu'il leur vouait, il ne leur rendit pas une seule visite pendant les six mois qui suivirent la séparation"*.

(1520) Il advient souvent que des pères qui ont pris l'initiative de la séparation et qui s'en sentent culpabilisés à l'égard de la mère, n'osent pas affronter la colère ou l'agressivité de leur épouse et, par mesure de prudence ou pour ne pas provoquer de tension, préfèrent ne pas venir chercher leur enfants et ne pas exercer de droit d'hébergement. Ils ne se rendent pas compte qu'en se comportant de cette manière, ils renforcent la croyance de leurs enfants qu'ils les ont effectivement *"abandonnés"*.

(1521) Civ. Bruxelles, réf. 5 mars 1990, inédit.

Voy. dans le même sens, civ. Bruxelles réf. 12 avril 1990, inédit, qui n'accorde qu'un droit de visite restreint à un dimanche sur deux de 10h à 18h à une mère qui avait *"abandonné"* ses enfants *"au profit d'un jeune amant"* et qui avait *"consciemment"* choisi *"un lieu de vie géographiquement éloigné du lieu d'attache des enfants"*. Aux yeux du tribunal, l'exercice de ce droit de visite restreint sera indicatif *"de la volonté de la mère de renouer des contacts réguliers avec ses enfants"* et ce n'est que par la suite qu'il conviendra d'examiner la possibilité d'un élargissement éventuel du droit de visite.

(1522) Civ. Bruxelles, réf., 26 janvier 1990, inédit.

Voy. égal. civ. Bruxelles réf. 8 mars 1990, inédit, qui à propos du droit de visite d'un père dont les enfants âgés de 14 ans, 12 ans et 8 ans, s'étaient éloignés affectivement, décide, après enquête sociale, que le droit de visite s'exercera, au cours du

l'égard de ses deux enfants de huit ans et cinq ans et demi, après qu'une enquête sociale avait expressément conclu à une *"reprise suivie du droit de visite"*. Le tribunal accorda à ce père, à titre précaire, un droit de visite d'un dimanche sur deux de 10h à 18h et fixa la cause en prosécution un mois et demi plus tard pour déterminer les modalités ultérieures du droit de visite.

On ne peut pas s'empêcher de penser que ces différentes décisions sont particulièrement sévères et restrictives. En organisant un droit de visite dont la durée est tellement réduite, ne crée-t-on pas un contexte exagérément artificiel qui constituera lui-même un obstacle au développement d'une véritable relation entre l'enfant et le parent non gardien ?

Comme l'indiquent J. Wallerstein et J. Kelly, les juges et les avocats sous-estiment les difficultés structurelles à vivre une véritable relation parent-enfant dans le cadre étroit d'un droit de visite, et ils orientent souvent leurs efforts *"vers l'application de restrictions et de conditions strictes, entravant encore davantage une relation qui, dans le meilleur des cas, est fragile et demande bien plutôt des encouragements"* (1523).

Sans doute, est-il opportun, dans certaines situations, de s'assurer, par des mesures d'investigation, que la relation de l'enfant avec le parent non gardien ne s'est pas sérieusement dégradée mais lorsque le tribunal reçoit tous ses apaisements, pourquoi hésiter encore et compliquer la possibilité pour l'enfant et le parent non gardien de promouvoir une relation parentale à part entière ?

983. Dans la jurisprudence belge publiée, un jugement du tribunal de première instance de Nivelles du 8 septembre 1981 (1524) adopte une attitude encore plus radicale à l'égard d'un père qui, pendant huit ans, n'avait pas cherché à voir et rencontrer son enfant. Sans se préoccuper de vérifier la manière dont l'enfant - qui avait treize ans - percevait sa relation avec son père, le tribunal considéra que *"le demandeur ne démontre pas en quoi ses prétentions actuelles seraient de nature à apporter un quelconque élément positif"* (à l'enfant) *et pourraient lui être utiles"*. Le droit de visite sollicité fut dès lors refusé.

On peut également se demander si une telle décision ne condamne pas trop rapidement le parent non gardien et prend réellement en compte les besoins concrets de l'enfant. Rien, apparemment, ne permettait en effet d'affirmer, péremptoirement, que cet enfant n'attendait plus un signe de son père et qu'elle n'aurait pas été heureuse de le retrouver. Beaucoup d'enfants, surtout lorsqu'ils sont jeunes *"restent solidement ancrés dans leur loyauté et leur nostalgie"* (1525) à l'égard du parent absent et si, à partir de l'adolescence, un certain nombre de jeunes rejettent à leur tour le parent qui les a rejetés, d'autres conservent toujours l'espoir que ce parent revienne.

Il aurait dès lors été, semble-t-il, plus conforme au respect de l'intérêt et des droits de l'enfant de ne pas écarter la demande du parent non gardien, sans avoir cherché à vérifier, par une mesure d'investigation, la solution concrète qui correspondait le plus adéquatement, en fonction de la personnalité de l'enfant, à ses besoins et à ses attentes.

premier mois, un samedi sur deux de 14h à 18h et, ensuite, tous les samedis de 14h à 18h.

(1523) J. Wallerstein et J. Kelly, p. 169.

(1524) Civ. Nivelles 8 septembre 1981, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 206.

(1525) J. Wallerstein et J. Kelly, p. 305.

e) L'inadéquation du parent non gardien

984. Un certain nombre de décisions judiciaires restreignent ou écartent, aussi, les demandes de droit de visite présentées par un parent qui est jugé inadéquat à exercer la fonction parentale.

La difficulté inhérente à ce type de litiges procède de ce que les allégations d'inadéquation formulées à l'origine par le parent gardien peuvent être contaminées par les sentiments et les émotions que ce parent gardien a éprouvés ou continue d'éprouver dans le contexte de la relation conjugale.

Le tribunal doit dès lors s'imposer de vérifier la réalité des reproches faits par le parent gardien et, au surplus, de vérifier ces reproches dans le contexte spécifique de la relation parent-enfant.

Car il est évident que, comme l'a expressément édicté le législateur français, *"un droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé que pour des motifs graves"* (art. 288 Code civil français).

985. L'analyse de la jurisprudence montre que les magistrats peuvent avoir des pratiques et des opinions très différentes sur l'opportunité d'organiser un droit de visite au profit d'un parent jugé inadéquat.

Une ordonnance prononcée le 8 février 1990 par le président du tribunal de première instance de Bruxelles ⁽¹⁵²⁶⁾ refuse d'accorder un droit de visite à un père qui avait créé et maintenu, au sein de la famille, *"un climat d'insécurité et de tension"* et qui avait porté des coups et blessures à la mère de l'enfant. Cette décision est surtout sévère, en ce qu'elle refuse également de faire droit à la demande subsidiaire du père tendant à entendre désigner un centre médico-psychologique ayant pour mission d'organiser la reprise des contacts entre l'enfant, âgée de six ans, et son père. Le père et l'enfant furent dès lors privés de toute possibilité de rencontre, sans cependant qu'ait été sérieusement vérifiée, dans la situation concrète de l'enfant, l'opportunité de prendre une décision aussi grave.

Une ordonnance du 26 avril 1990 du président du tribunal de Bruxelles ⁽¹⁵²⁷⁾ refuse d'accorder un droit de visite au père maghrébin de trois enfants âgés de huit ans et demi, sept ans et six ans. Le magistrat avait apparemment éprouvé le sentiment, lors de l'audience, que ce père était manifestement inadéquat, parce que l'ordonnance fait état de ce que, dans le contexte du débat sur la garde, ce père avait déclaré *"qu'il lui fallait les enfants"*. Selon le magistrat, *"eu égard à l'état d'esprit du demandeur, il ne semblait pas indiqué dans un premier temps de conférer (au père) un droit de visite"*. Sans doute, le magistrat a-t-il pu percevoir qu'il existait un risque que ce père se venge de ne pas obtenir la garde des enfants et on peut comprendre sa prudence. Mais convenait-il, pour autant, de trancher de manière aussi abrupte, à l'aune des émotions exprimées lors d'une audience, la question de savoir si ce père avait la capacité et le désir de s'occuper de ses enfants, sans recourir à des mesures d'investigation complémentaires ? On ne peut pas, semble-t-il, juger définitivement les qualités parentales d'un homme ou d'une femme, sur la base des attitudes manifestées dans le cadre très particulier d'une audience d'un tribunal.

Dans un litige où des éléments permettaient de penser que le père faisait preuve d'une violence *"pathologique"*, le président du tribunal de première instance de Bruxelles a, par contre, dans une ordonnance prononcée le 17 janvier 1990, sursis à statuer sur le

(1526) Civ. Bruxelles, réf., 8 février 1990, inédit.

(1527) Civ. Bruxelles, réf., 26 avril 1990 inédit.

droit de visite mais a prescrit une enquête sociale aux fins de vérifier les conditions éventuelles d'hébergement des enfants et l'évolution psychologique du père.

Une autre ordonnance du 28 mars 1990 du président du tribunal de Bruxelles prescrit également une enquête sociale, dans une procédure où la mère affirmait que le père buvait et que les enfants en avaient peur. Le magistrat accepta toutefois, à titre précaire, d'accorder au père un droit de visite limité au deuxième et quatrième samedis du mois de 10h à 19h.

986. Compte tenu de ce que la décision de rompre, même provisoirement, la relation d'un enfant avec un de ses parents est une décision grave, non seulement par ses effets immédiats dans la vie de l'enfant, mais aussi par sa dimension symbolique, il semble qu'elle ne devrait jamais être prise avant que le tribunal se soit assuré, par une étude sociale ou une expertise médico-psychologique, qu'elle est strictement commandée par la nécessité de protéger l'enfant d'une souffrance ou d'un danger sérieux et qu'il n'existe pas d'autre solution permettant au parent non gardien de rester un parent dans la vie de son enfant.

En d'autres termes, la suppression ou la restriction d'un droit d'hébergement ne devrait pas être ordonnée sur la base d'éléments apparents ou de principes abstraits dont on inférerait trop rapidement que le parent non gardien est un parent inadéquant pour ses enfants. Outre qu'une telle accusation peut profondément blesser la dignité d'un être humain, elle atteint, aussi, la personne de l'enfant, dont une des deux racines parentales est, à ses yeux, gravement disqualifiée.

Avant de prendre de telles décisions, il semble dès lors que les magistrats devraient avoir acquis une certitude suffisante que les restrictions apportées à la relation de l'enfant avec un de ses parents correspondent aux besoins réels de l'enfant, évalués concrètement en fonction des particularités de sa situation familiale. C'est dans cette perspective qu'il est raisonnable de considérer que les tribunaux doivent, préalablement, s'être entourés d'informations approfondies recueillies par des experts.

987. On ne peut dès lors qu'approuver, à l'instar de feu le professeur Jean-Marie Pauwels, un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 10 décembre 1982 ⁽¹⁵²⁸⁾ qui avait réformé l'ordonnance prononcée le 15 avril 1981 par le président du tribunal de première instance de Bruges ⁽¹⁵²⁹⁾, en regrettant toutefois que, dans un tel domaine, le juge d'appel ne se soit prononcé que vingt mois après le premier juge.

En première instance, le magistrat avait refusé tout droit de visite à un père homosexuel, après qu'une enquête sociale avait révélé qu'il formait *"un faux ménage"* avec son ami et que les deux hommes partageaient le même lit. Selon les termes de l'ordonnance, il convenait en effet *"d'épargner aux enfants de devoir fréquenter un tel milieu"*. Aux yeux de la Cour, par contre, l'homosexualité du père ne pouvait pas constituer par elle-même une raison suffisante de couper le lien entre le père et ses enfants, dès lors que l'étude sociale n'avait pas établi que les comportements du père étaient susceptibles de causer un préjudice aux enfants.

On observera cependant que la Cour d'appel de Gand, même si elle justifia sa décision par le jeune âge des enfants, jugea utile de privilégier la fréquence des visites chez le père plutôt que leur durée et elle ne permit dès lors pas aux enfants de loger chez leur père. Le droit de visite fut fixé les premier, troisième et cinquième samedis du mois et les

⁽¹⁵²⁸⁾ Gand, 10 décembre 1982, R.W. 1984-85, col. 2134 et la note J.M. Pauwels "Omgangsrecht van de homofiele ouder".

⁽¹⁵²⁹⁾ Civ. Bruges, réf., 15 avril 1981, J.T. 1982, p. 364.

deuxième et quatrième dimanches du mois de 10h à 18h ⁽¹⁵³⁰⁾.

988. Les juridictions québécoises ont aussi été appelées à trancher la question du droit de visite d'un père homosexuel, mais celui-ci était porteur du virus du sida et, par ailleurs, il consommait du haschich.

En première instance, la Cour supérieure du Québec, dans un jugement prononcé le 18 avril 1989 ⁽¹⁵³¹⁾, a considéré que *"l'homosexualité du père et le fait qu'il vive une relation de couple ne créent ni dans les faits ni en droit de motif permettant d'exclure tout contact entre lui et ses enfants"*, même si, en l'espèce, l'aîné des enfants manifestait un comportement particulier, parce qu'il refusait d'être un garçon et se costumait en fille chaque fois qu'il en avait l'occasion. Le tribunal considéra également *"qu'il serait inacceptable de conclure que l'état de séropositivité du père (et de son ami) constitue un motif d'exclusion des droits de visite des enfants à leur père"*, parce que *"les contacts familiaux normaux ne sont pas des moyens identifiés et identifiables de transmission du virus"* et *"la possibilité d'un accident où le sang des enfants serait en contact avec celui (du père) ou de son compagnon est tellement faible qu'il faut le considérer comme théorique"*. Ce jugement fut cependant réformé par un arrêt de la Cour d'Appel du Québec du 15 janvier 1990, au motif que *"si le fait que le père soit homosexuel et séropositif, comme son compagnon, ne constitue peut-être pas un motif suffisant pour lui refuser d'emmener les enfants chez lui"*, le premier juge avait, par contre, omis de prendre en considération la consommation de stupéfiants par le père et son compagnon. Or, selon la Cour, *"l'usage de haschich que le père fait de façon habituelle, même nonchalante, amène à conclure qu'il s'agit d'un milieu inapproprié pour un enfant"*. La Cour réduisit dès lors le droit de visite du père en lui interdisant d'emmener ses deux enfants chez lui, mais en lui permettant, à son choix, de les visiter chez leur mère ou de sortir avec eux, entre 10h et 16h, chaque samedi.

989. Ces deux décisions québécoises prononcées dans la même affaire sont, une nouvelle fois, exemplaires de la divergence des opinions et des sensibilités des magistrats. En appel, la décision a été prise à la majorité par deux magistrats. Le troisième magistrat a exprimé une opinion dissidente qui approuve la décision du premier juge, en reprenant expressément la considération selon laquelle *"le meilleur intérêt d'un enfant exige qu'il maintienne la relation la plus normale possible avec le parent qui n'en a pas la garde"* et, dès lors, *"seule l'existence de circonstances qu'on peut qualifier d'exceptionnelles mènera à la suppression de tels contacts... à leur diminution ou à leur réalisation sous des conditions particulières"*.

Il est probable que cette divergence des opinions ne fait que traduire la tension qui existe entre deux préoccupations contradictoires : d'une part, le souci de permettre à un enfant, quels que soient les défauts ou les difficultés existentielles d'un de ses parents, de le connaître, de le rencontrer, de l'aimer, de recevoir ses signes d'affection; d'autre part, le souci de protéger l'enfant de la possible nocivité morale ou psychique d'un père ou d'une mère qui, en raison du dérèglement ou des perturbations de sa personnalité, se révèle incapable d'exercer les responsabilités de la fonction parentale.

On connaît mieux aujourd'hui le caractère destructeur, pour la santé mentale d'un enfant, du comportement pathologique d'un de ses parents.

⁽¹⁵³⁰⁾ Voy. dans un sens différent civ. Bruxelles 4 avril 1986 et Bruxelles 2 mars 1987, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 219 qui, s'ils privent une femme homosexuelle du droit de garde des enfants (supra, n° 893), lui accordent cependant un droit de visite classique d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires.

⁽¹⁵³¹⁾ Droit de la famille 663, (1989) R.J.Q. 1550 et (1989) R.D.F. 544.

Or, selon les observations faites par J. Wallerstein et J. Kelly, 15% des pères, dans les familles dissociées qu'elles ont étudiées, *"souffraient d'une maladie psychiatrique grave, telle que la schizophrénie paranoïde, la psychose maniaco-dépressive ou l'alcoolisme chronique grave"* et il n'était pas rare que l'enfant *"fut choisi comme partenaire ou victime involontaire des troubles paternels"*.

Il est dès lors, parfois, souhaitable de séparer un enfant d'un parent psychiquement malade, mais on ne peut pas ne pas tenir compte, non plus, de l'intensité de l'attachement de l'enfant à ce parent. Il convient dès lors de vérifier si l'enfant est capable, émotionnellement, de supporter cette séparation qui lui serait imposée et si cette séparation ne provoquerait pas, pour lui, des sentiments de frustration, de rejet ou de culpabilité qui lui seraient préjudiciables.

Toute la question est donc celle de savoir, en premier lieu, à partir de quel moment on doit considérer que le comportement du parent non gardien génère réellement un risque sérieux de nocivité pour un enfant. Lorsque tel est le cas, il convient encore, en second lieu, de décider si l'existence de ce risque implique, pour autant, que l'enfant soit privé d'une relation dont le maintien peut se révéler indispensable à la préservation de son propre équilibre psycho-affectif.

Avant de répondre positivement à de telles questions, un magistrat doit, semble-t-il, d'une part s'assurer qu'il ne projette pas trop massivement sur la problématique familiale qu'il est appelé à trancher ses propres appréhensions émotionnelles ou ses propres conceptions morales, et d'autre part s'appuyer sur des éléments objectifs et sérieux, recueillis dans le contexte d'une analyse approfondie de la situation familiale.

Une telle exigence procède autant du souci de comprendre l'intérêt concret et véritable de l'enfant que de l'obligation faite aux autorités étatiques, dans une société démocratique, d'assurer à toute personne le droit au respect de sa vie familiale, tel qu'il a été circonscrit par la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme (supra, Titre III, n° 508 et s.).

f) Les sentiments et les opinions exprimés par l'enfant

990. Un autre élément qui peut conduire les tribunaux à aménager restrictivement le droit d'hébergement du parent non gardien tient aux sentiments ou aux opinions exprimés par des enfants qui demandent de tenir compte de leurs propres convenances pour la détermination de la durée et de la fréquence de ce droit d'hébergement.

C'est dans ce contexte que, lorsque l'enfant est devenu adolescent et a atteint un âge de suffisante maturité, les magistrats déclarent, souvent, *"réserver"* le droit de visite du parent non gardien ⁽¹⁵³²⁾. Une telle décision s'abstient par conséquent de fixer les périodes de droit de visite et d'hébergement et implique que le parent non gardien ne recevra ses enfants qu'en fonction des convenances et des souhaits exprimés tant par les enfants que par le parent non gardien.

Par ailleurs, dans une procédure où la mère d'une adolescente de 14 ans et demi affirmait que l'enfant souhaitait que le droit de visite chez son père soit limité à un samedi par mois de 14h à 19h, alors que le père souhaitait un droit de visite plus étendu, une ordonnance

(1532) Voy. par exemple, civ. Bruxelles, réf. 10 janvier 1990, inédit qui réserve le droit de visite d'un père à l'égard d'une jeune fille de 17 ans; civ. Bruxelles, réf., 20 février 1990, inédit qui réserve le droit de visite d'un père à l'égard d'un garçon de 15 ans et demi; civ. réf. Bruxelles, 28 mars 1990, inédit qui réserve le droit de visite d'un père à l'égard d'un garçon de 16 ans; civ. Bruxelles, réf. 29 mars 1990, inédit, qui *"à la demande des filles"* - selon les dires des parents - réserve le droit de visite d'un père à l'égard de deux adolescentes de 16 ans et 12 ans et demi.

du 10 janvier 1990 du président du tribunal de Bruxelles ⁽¹⁵³³⁾ a décidé de faire droit aux prétentions de la mère et a fixé le droit de visite à un samedi par mois de 14h à 18h.

Une ordonnance du 6 avril 1990 du président du tribunal de Bruxelles ⁽¹⁵³⁴⁾ a aussi décidé, après qu'une enquête sociale avait révélé que l'appartement du père était exigu et que les enfants étaient réticents à y passer la nuit, que le droit de visite serait limité à un samedi sur deux de 10h à 19h.

991. Ce que la recension de ces décisions de jurisprudence ne permet pas de faire apparaître est si, dans de multiples autres procédures où le magistrat fixe, le plus souvent conformément à la formule classique, la fréquence précise des visites, on s'est effectivement préoccupé de connaître les sentiments ou les opinions des enfants parvenus à l'âge de l'adolescence.

Il est frappant, à ce propos, de constater que, dans un certain nombre de décisions qui déclarent tenir compte des souhaits formulés par les enfants, le magistrat se fonde en réalité sur ce que les parents ou même un seul des parents ont affirmé à l'audience. Mais on ne sait jamais vraiment ce que les enfants eux-mêmes proposent ou demandent, et on n'a pas recouru à des mesures d'investigations qui auraient permis de les entendre.

Or, l'enquête de J. Wallerstein et J. Kelly a montré que beaucoup d'adolescents s'attristent ou se vexent de ce que le calendrier des visites est établi sans leur avis. *"Nombre de jeunes, écrivent-elles, se sentaient victimes impuissantes face à la rigidité du calendrier. A leurs yeux, ces programmes s'étendaient indéfiniment dans l'avenir, gouvernant et façonnant leur vie de façon puissamment restrictive"* ⁽¹⁵³⁵⁾.

A l'adolescence, les jeunes ont leurs propres activités et leurs propres horaires; ils voudraient dès lors demander à leurs parents d'en tenir compte, en obtenant de leur part de la souplesse. Une telle aspiration est conforme au processus de séparation-individuation qui constitue une des caractéristiques de la phase adolescente, même si, dans le même temps, les adolescents ont encore besoin d'éprouver que les parents continuent à leur exprimer leur attachement et sont capables de leur fixer des limites (supra, Titre I, n° 207 et 208).

Pour la détermination de la fréquence des rencontres d'un adolescent avec le parent non gardien, une attitude qui consiste à s'abstenir ou à démissionner, tout comme une attitude qui consiste à imposer des horaires sans tenir compte des convenances de l'adolescent sont des attitudes qui ne respectent pas l'intérêt et les droits de l'enfant.

Lorsque les magistrats perçoivent, dans le contexte d'un litige qui leur est soumis, que l'intérêt et les droits d'un adolescent risquent d'être méconnus, il serait dès lors légitime qu'ils veillent à prendre en considération les sentiments et les opinions des adolescents, en cherchant à les comprendre et en leur permettant de les exprimer.

g) Les troubles éprouvés par les enfants et le refus des visites

992. Une des questions les plus difficiles qui se posent aux tribunaux, à propos de l'exercice du droit d'hébergement, est celle de l'attitude à adopter par rapport à des enfants qui manifestent des troubles psycho-somatiques dans le contexte des visites chez le parent non gardien ou qui expriment un malaise, une réticence, voire parfois même un

(1533) Civ. Bruxelles, réf., 10 janvier 1990, inédit.

(1534) Civ. Bruxelles, réf., 6 avril 1990, inédit.

(1535) J. Wallerstein et J. Kelly, p. 189.

refus à se rendre en visite chez le parent non gardien.

Souvent, ces comportements de l'enfant ne traduisent pas, comme on pourrait trop vite le croire, une inadéquation du parent non gardien dans ses attitudes parentales ou une défaillance de la relation entre l'enfant et le parent non gardien.

L'enfant, par contre, exprime, à travers de tels comportements, qu'il ne parvient plus à se situer et à trouver sa place dans les conflits, fréquemment graves, qui ont surgi entre ses parents.

Comme l'a bien montré le professeur Jean-Yves Hayez, *"lorsque l'enfant pressent que ses parents séparés continuent à s'entredéchirer et que, entre autres, leurs conflits persistants continuent à porter sur lui (son éducation, ses vêtements, ses circulations entre eux), le fait de devoir continuer à les fréquenter tous les deux peut être source de lourdes préoccupations intérieures"* (1536).

Dans ces situations, l'enfant est en effet piégé dans l'affection qu'il ressent pour chacun de ses parents et dans le besoin qu'il éprouve de ressentir l'affection de chacun de ses parents. S'il reçoit d'un de ses parents et a fortiori de chacun de ses parents le message qu'il risque de perdre l'affection de l'un s'il continue à témoigner de l'affection pour l'autre, l'enfant est confronté à une tâche insurmontable, puisqu'il n'aperçoit pas la manière dont il pourrait à la fois librement témoigner son affection à ses deux parents et à la fois conserver l'affection de ses deux parents.

De telles situations sont malheureusement fréquentes (voy. infra, Titre I, n° 315), soit parce que les parents restent empêtrés dans les sentiments négatifs qu'ils éprouvent l'un pour l'autre - colère, amertume, jalousie, haine - soit parce que le parent gardien investit son enfant de manière fusionnelle et possessive, sans parvenir à accepter que l'enfant est, aussi, l'enfant d'un autre que lui.

Dans de telles situations, un des ex-époux - ou les deux - ne parviennent dès lors pas à supporter que l'enfant puisse éprouver, lui, des sentiments positifs pour chacun de ses parents et il utilise la fragilité et la dépendance de l'enfant pour tenter de lui faire endosser par une subtile contrainte ses propres sentiments agressifs à l'égard de l'autre parent.

Un tel message peut être explicite et s'exprimer par des critiques systématiques adressées à l'égard de l'autre parent ou de son nouveau partenaire, par des menaces proférées à l'égard de l'enfant s'il ne se comporte pas chez l'autre parent selon les injonctions qui lui ont été faites, par des interdictions formulées à l'enfant de raconter à l'autre parent ce qu'il sait ou ce qu'il ressent.

Un tel message peut aussi être implicite et s'exprimer par des regards, par des cris, par des pleurs, par des supplications, par des états dépressifs qui laissent entendre à l'enfant qu'il doit choisir son camp et qu'il ne peut pas continuer à aimer le *"mauvais"* de ses deux parents.

Ces attitudes sont parfois difficiles à déceler pour les avocats et pour les magistrats, parce que, à l'instar de beaucoup d'émotions négatives ou agressives, elles se dissimulent souvent sous la façade de comportements apparemment raisonnables et de discours prétendument inspirés par l'intérêt de l'enfant.

Dans la vie quotidienne de la famille, la réalité des affects est, par contre, radicalement différente et, même lorsqu'on ne peut pas les déceler, l'enfant, lui, y est confronté, au jour le jour, et c'est dès lors lui qui subit de plein fouet les effets destructeurs des

(1536) J.Y. Hayez, Questions autour de la séparation, in *L'enfant et le divorce*, précité, p. 26.

messages de haine ou des comportements possessifs qu'il perçoit et qu'il ressent.

Comment l'enfant ne traduirait-il pas, alors, dans son corps, ces messages qu'il est incapable de gérer et qui constituent, pour lui, une véritable violence, parce que ses inclinations spontanées et ses besoins profonds ne le portent pas, lui, à évincer ou à haïr un de ses parents ?

Lorsqu'un enfant, le plus souvent lors de la transition entre chacun des deux milieux parentaux, c'est-à-dire dans les heures ou les jours qui précèdent ou qui suivent les déplacements liés à l'exercice du droit de visite, présente différents troubles psychosomatiques - maux de ventre, énurésie, agitation, cauchemars - ou même laisse apparaître qu'il refuse de quitter ou de rejoindre un de ses parents, il est vraisemblable, le plus souvent qu'il ne fait qu'exprimer, par là, ses propres sentiments de peur, d'angoisse et d'impuissance face à une situation émotionnelle qui le dépasse complètement.

En d'autres termes, tout enfant qui n'éprouve pas fondamentalement le droit inconditionnel d'aimer autant son père que sa mère et d'être aimé autant de son père que de sa mère est, partiellement, un enfant éclaté à l'intérieur de lui-même. Cette sensation d'éclatement est alors ravivée chaque fois que l'enfant passe des mains d'un de ses parents vers les mains de l'autre parent (1537). Les douleurs psychosomatiques manifestées par l'enfant n'apparaissent dès lors souvent que comme le symptôme d'une douleur plus profonde qui procède de l'impossibilité vécue par l'enfant de réconcilier, à l'intérieur de lui-même, les deux parts constitutives de son identité.

Il serait alors incorrect, dans toutes ces situations, d'imputer nécessairement les troubles présentés par l'enfant à une carence ou à une négligence du parent non gardien, même si la tentation est forte pour le parent gardien de tirer prétexte de ces troubles ou de l'attitude apparente de refus de l'enfant pour solliciter la réduction ou la suppression des visites.

On ne peut cependant pas minimiser ou banaliser ces troubles de l'enfant, non seulement parce qu'ils sont indicatifs d'une véritable souffrance de l'enfant qui devrait être prise en compte par ses parents et par les intervenants professionnels, mais aussi parce que, dans certaines situations, il advient effectivement que ces troubles témoignent de difficultés réelles éprouvées par l'enfant dans sa relation avec le parent non gardien ou même de défaillances sérieuses ou graves dans l'exercice de la fonction parentale.

993. La première règle, face à de telles situations, sera certainement de ne pas accepter les explications toute faites, qui sont souvent trop rapidement servies par les parents et par leurs avocats, mais de chercher à comprendre, le plus attentivement possible, ce qui se passe réellement pour l'enfant.

Il serait dès lors maladroit de réserver immédiatement une suite à la demande fréquemment formulée par le parent gardien de réduire ou de supprimer le droit d'hébergement du parent non gardien.

Il est, par contre, souhaitable de faire procéder à des investigations approfondies par des personnes qualifiées qui ont été formées à écouter les dires, les plaintes ou les émotions exprimés par des enfants et à tenter de leur donner leur signification la plus vraisemblable dans le contexte des relations intra-familiales et en fonction de la personnalité de chacun des parents.

Ce sont ces experts qui, quel que soit le risque d'arbitraire ou de subjectivité inhérent aux disciplines des sciences humaines, sont, dans l'organisation actuelle de notre société, les mieux formés et les plus qualifiés pour essayer de déterminer si les troubles manifestés par l'enfant doivent être interprétés comme le symptôme des conflits et des émotions

(1537) Voy. F. Dolto, *Quand les parents se séparent*, p. 51.

négatives vécus entre les deux parents, ou s'ils sont éventuellement indicatifs d'une négligence, d'une inadéquation ou même de maltraitances dans le chef du parent non gardien.

Ce n'est que dans la seconde hypothèse que le juge, s'il partage la conviction des experts, pourra être amené, dans l'intérêt de l'enfant dont le bien-être serait sérieusement menacé, à prendre une décision qui limite ou qui supprime les visites, sauf s'il apparaissait que, par un soutien thérapeutique approprié, le parent non gardien pourrait être aidé à modifier ses attitudes et à améliorer sa relation avec l'enfant.

Dans la première hypothèse, il n'existe par contre pas, en principe, de raison objective de restreindre le droit d'hébergement du parent non gardien, parce que la qualité de la relation de l'enfant avec le parent non gardien n'est pas en tant que telle mise en cause; c'est, en réalité, le climat d'hostilité entre les parents qui complique les visites et qui porte atteinte au droit de l'enfant de bénéficier, dans une atmosphère de sérénité et de sécurité, de rencontres et de contacts avec chacun de ses parents. Dans la mesure où le juge a pour fonction d'indiquer la loi et d'assurer la consécration des droits et des obligations des citoyens, il veillera alors, en principe, à exprimer, dans sa décision, que le droit de l'enfant à vivre une véritable relation avec chacun de ses parents doit être respecté et sauvegardé, quels que soient les affects négatifs vécus par l'un et/ou l'autre des parents. Le juge reconnaîtra et maintiendra par conséquent le droit d'hébergement du parent non gardien, en l'organisant selon des modalités qui permettent à l'enfant de vivre le moins mal possible la transition entre les deux milieux parentaux. En d'autres termes, il est essentiel que le juge affirme le principe selon lequel personne ne peut entraver le droit et le devoir des parents de continuer, malgré les vicissitudes de l'existence, à entretenir une relation de parent avec son enfant et, comme l'a enseigné Françoise Dolto, l'enfant lui-même ne peut se mettre en travers de ce devoir. Si *"le devoir de visite fait appel chez le parent à sa conscience morale"*, l'enfant, lui, doit apprendre *"le devoir d'attendre"* le parent qui l'emmène en visite. *"Le petit enfant, écrit Françoise Dolto, doit être instruit de ce devoir. Il faut lui dire qu'il n'a pas le droit de se faire du mal à lui-même : c'est un dire structurant pour lui. Il n'a pas le droit de faire du mal à un parent qu'il aime, parce qu'il se fait du même coup mal à lui-même"* (1538).

994. Mais la solution de principe ne peut pas, non plus, devenir une solution absolue et rigide. Une loi qui ne prendrait pas en compte l'incapacité psychique de certains enfants de se soumettre à une règle qui est, en principe, conforme à leur intérêt serait une loi qui pourrait elle-même porter atteinte à l'intérêt et aux droits de l'enfant lorsqu'elle méconnaîtrait la personnalité spécifique ou les sentiments propres de chaque enfant.

Or, il existe des enfants qui sont confrontés à des conflits tellement graves et à des comportements parentaux tellement possessifs qu'ils n'ont plus la force d'affronter la dynamique émotionnelle des adultes et qu'ils deviennent strictement incapables d'encaisser les coups échangés entre les parents.

Ces enfants peuvent dès lors ressentir comme une menace trop terrifiante l'obligation qui leur serait faite de se rendre en visite chez l'autre parent et ils ne peuvent provisoirement trouver une certaine paix et une certaine sécurité qu'en étant libérés du poids que peut représenter pour eux l'impossibilité de satisfaire aux messages et aux exigences inconciliables des adultes.

Sans doute, une telle situation aura-t-elle à long terme des effets pathogènes pour l'enfant, mais le mieux peut devenir l'ennemi du bien et, dans certains cas, il n'y a pas d'autre solution pour la survie à court terme de l'enfant et pour la préservation précaire de son

(1538) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 57.

équilibre physique et mental que de suspendre les visites faites à l'autre parent (1539).

Une telle décision suppose assurément que des experts qualifiés soient arrivés, sur la base de leurs observations cliniques, à la conclusion précise que le traumatisme qui serait subi par l'enfant si on lui imposait par la contrainte de se rendre chez le parent non gardien serait plus grave que le traumatisme qu'il subirait en étant coupé d'une de ses deux racines affectives.

Une telle décision suppose, aussi, que le juge n'ait pas trop rapidement démissionné et qu'il ait acquis la conviction que, sans attenter à la personnalité de l'enfant, tous les moyens ont été mis en oeuvre pour permettre à l'enfant, malgré le contexte familial, de continuer à vivre sa relation avec ses deux parents, fût-ce même sous des modalités particulières et éventuellement restrictives.

995. On peut comprendre que, compte tenu de la complexité de cette situation, les attitudes que les magistrats adoptent dans les décisions qu'ils prononcent peuvent être fort différentes et varier selon leurs sensibilités et la perception qu'ils ont de leur rôle et de leur fonction.

Certains magistrats expriment de manière très claire leur préoccupation de faire respecter le droit d'hébergement du parent non gardien et insistent dès lors sur la nécessité d'imposer aux enfants les visites fixées par le tribunal, même s'ils acceptent de les limiter par rapport à la solution classique.

Une illustration significative de cette tendance, dans la jurisprudence belge publiée, est fournie par les deux décisions prononcées les 23 juin 1982 et 14 décembre 1983 dans le même cas d'espèce par le président du tribunal de première instance de Mons (1540). La

(1539) En ce sens, voy. N. Dopchie, *Le droit de garde de l'enfant ou à la mère ? Point de vue médico-psychologique*, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 362, qui explique que la personnalité de certains enfants *"pris dans le système pathologique de leur mère serait encore plus gravement détruite s'ils étaient obligés par la contrainte de revoir un père qu'ils considèrent comme un ennemi irréductible, parce que ces enfants sont incapables de vivre une situation qui leur ferait croire qu'ils courent le risque de perdre la mère à laquelle ils sont attachés"*; J. Y. Hayez, *A propos des refus de visite exprimés par de jeunes enfants*, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 192, qui considère que dans une majorité de cas *"il sera impossible de diluer suffisamment l'angoisse et la révolte de la mère, et le moindre traumatisme pour l'enfant sera alors de suspendre les visites du père"*.

On peut cependant se demander si les opinions des professeurs Dopchie et Hayez ne sont pas trop fatalistes, si elles ne laissent pas trop de place à une prétendue irréductibilité des pathologies familiales et si elles n'oblitérent pas trop rapidement l'effet structurant de la loi sur les problématiques pathologiques et transgressives. En d'autres termes, jusqu'à quel point protège-t-on réellement l'enfant, en confortant le système pathologique de la mère et en renonçant à imposer à tous les membres d'une famille le respect des lois fondamentales de la société humaine ?

Sur cette problématique, voy. J. Grechez, *Le droit d'accéder à ses deux parents*, Dialogue, n° 115, p. 51 et s.

(1540) Civ. Mons, réf., 23 juin 1982 et civ. Mons, réf. 14 décembre 1983, avec avis contraire du Ministère public, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 183 et la note J.Y. Hayez *"A propos des refus de visite exprimés par de jeunes enfants"*.

Voy. égal. Bruxelles (ch. jeun.) 18 juin 1987, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 475, qui, sans recourir à des investigations particulières, décide de *"n'accorder aucun crédit"* aux allégations tant de la mère que du père selon lesquelles ils n'étaient pas en mesure de forcer les enfants dont ils exerçaient respectivement la garde à se rendre chez l'autre

mère d'un enfant de trois ans et demi affirmait, sur la base de certificats médicaux, que l'enfant éprouvait une véritable angoisse à l'idée de se rendre chez son père et qu'il présentait de sérieux troubles psychologiques. Le magistrat considéra cependant qu'un enfant *"est incapable par lui-même de haine ou de peur à l'égard de son père"*, et qu'il était dès lors nécessairement *"conditionné par une mère possessive et vindicative"*. Le magistrat refusa dès lors de faire droit à la demande d'expertise médico-psychologique formulée par la mère et organisa les modalités progressives du droit de visite du père, en considérant qu'il suffira à la mère *"qu'elle explique la situation à son fils pour que celui-ci perde toute crainte à l'égard de son père"*.

Une telle décision est assurément trop rigide, parce que, comme l'indique le professeur Hayez dans une note d'observations rédigée à propos de ces deux décisions, il n'est évidemment pas exact qu'un enfant est incapable de peur à l'égard de son père. Un enfant éprouve, comme tout être humain, des sentiments et, même à quatre ans, *"il peut déjà avoir une peur très profonde et chronique de son père"*, en raison de multiples causes qui méritent d'être recherchées et comprises. Plutôt que de recourir à des pétitions de principe, il paraissait dès lors indispensable, dans une situation où l'enfant manifestait des troubles évidents, d'ordonner une mesure d'investigation approfondie et, notamment, une expertise médico-psychologique. Ce n'est qu'à la lumière de ces investigations qu'il aurait été mieux possible de déterminer d'une part les origines de l'angoisse de l'enfant et d'autre part les modalités des rencontres avec le père qui auraient permis de parer à cette angoisse.

L'attitude adoptée par le président du tribunal de Mons paraît dès lors aujourd'hui anachronique et elle tranche radicalement avec le souci exprimé par d'autres magistrats, surtout lorsqu'ils ont acquis une certaine spécialisation dans les problèmes spécifiques de l'enfance, d'appréhender la réalité de la situation familiale et de comprendre les événements et les sentiments vécus par l'enfant.

On peut trouver un exemple assez admirable d'une attitude empreinte à la fois de compréhension et de fermeté à la lecture d'un jugement prononcé le 24 janvier 1990 par le tribunal de la jeunesse de Liège (1541).

A la suite de vacances au cours desquelles un incident violent avait opposé l'enfant des ex-époux à son père et à sa compagne, l'enfant refusa de retourner en visite chez son père et de dormir chez lui. Le juge de la jeunesse tenta, dans un premier temps, de réorganiser, de l'accord des parties, une reprise de contact progressive entre l'enfant et son père et prononça un premier jugement provisionnel fixant les modalités de ce droit de visite. Ce fut un échec. Un mois et demi plus tard, le tribunal prononça alors un second jugement provisionnel par lequel, en maintenant des modalités provisoires de droit de visite, il désignait un expert pédo-psychiatre avec la mission *"de dire si l'enfant énonçait des réticences à l'idée de rencontrer son père et, dans l'affirmative, d'en déterminer les raisons"*. Le droit de visite ne fut toujours pas exercé, mais, au cours de son expertise, l'expert organisa une rencontre entre l'enfant et son père et parvint à recréer un contact entre eux. L'expert décida alors d'être personnellement présent lors de l'exercice du droit de visite qui devait suivre cette rencontre. Même s'il assista à une *"véritable scène d'hystérie"*, l'enfant finit par rejoindre le domicile de son père et passa le week-end chez lui. Informé de ces événements lors d'une nouvelle audience qui suivait l'exercice de ce droit de visite, le juge de la jeunesse décida d'assister elle-même, dans le cadre des

parent et *"rappelle aux parties qu'elles ont le devoir de se faire obéir de leurs enfants et notamment d'exiger d'eux, conformément à l'article 371 du Code civil, qu'ils honorent et respectent leurs père et mère"*.

(1541) Trib. jeun. Liège, 24 janvier 1990, Ann. droit Liège 1990, p. 397 et la note J.L. Renchon *"La fonction de juger dans les conflits relatifs à l'exécution d'un droit de visite"*.

opérations d'expertise, à la remise de l'enfant lors du droit de visite ultérieur, "et précisa le comportement qu'elle entendait voir adopter par chacune (des parties) dans l'intérêt de l'enfant : la mère devait arriver seule avec Sandrine, la déposer sans sortir de son véhicule et quitter immédiatement les lieux, tandis que le défendeur devait attendre sur le trottoir pour emmener immédiatement l'enfant". Comme l'indique expressément le jugement, "le juge de la jeunesse en présence de l'expert constata sur place que chacun respecta les consignes et que l'enfant sortit spontanément du véhicule pour se jeter dans les bras de son père". Se fondant alors sur ses propres constatations et sur les conclusions du rapport de l'expert qui précisait que les difficultés psychologiques de l'enfant trouvaient principalement leur origine dans l'attitude de la mère qui avait laissé à l'enfant "le pouvoir de décider ou non de l'exécution ou non du droit de visite", qui ne lui avait pas "inculqué le respect de son père à travers le respect de ses droits et des décisions de justice qui les consacrent" et qui avait "créé un climat de psychose" pour l'enfant, le juge de la jeunesse fixa les modalités précises du droit d'hébergement du père, en précisant, au surplus, qu'il pourrait être fait droit à une demande de changement de garde si la mère "s'obstinait dans son attitude et ne collaborait pas" à la parfaite exécution du droit de visite.

Cette décision traduit adéquatement, semble-t-il, l'office du juge dans les conflits relatifs à l'exercice d'un droit de visite. Il est en effet indispensable que le juge veille à la fois à comprendre la situation réelle vécue par l'enfant et à la fois à rendre effective, par tous les moyens dont il dispose, la possibilité pour l'enfant de continuer à vivre sa relation avec le parent non gardien, lorsque le maintien de cette relation est conforme à son intérêt.

996. Une ordonnance prononcée le 1er mars 1990 par le président du tribunal de Bruxelles ⁽¹⁵⁴²⁾ révèle, inversement, que la résistance d'un enfant peut, aussi, procéder de la personnalité perturbée du parent non gardien.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est essentiel que le juge prenne le temps de recueillir des informations objectives et approfondies.

Dans ce cas d'espèce, le magistrat avait précisé, dans une précédente ordonnance, décidé de recourir à une expertise médico-psychologique. Or cette expertise avait montré que le père avait une personnalité rigide, qu'il n'était pas capable d'entretenir une relation altruiste avec ses enfants, qu'il faisait preuve d'autoritarisme et de confusion. Les enfants avaient dès lors besoin d'une séparation avec leur père et il était important pour eux de vivre ce que l'expert appela une "convalescence morale", à la suite des difficultés ou des souffrances qu'ils avaient vécues.

Le président du tribunal décida par conséquent, dans le cadre de la procédure en divorce pour cause déterminée, de n'accorder aucun droit de visite au père pendant une période fixée minimalement à six mois.

997. Si certains magistrats sont donc soucieux de ne se prononcer qu'après avoir voulu comprendre les raisons pour lesquelles un enfant résiste à se rendre en visite chez le parent non gardien, d'autres magistrats, par contre, prenant en quelque sorte le contre-pied de l'attitude qui consiste à imposer péremptoirement les visites aux enfants, ont aujourd'hui tendance à réduire ou à suspendre très rapidement le droit d'hébergement du parent non gardien dès qu'il est fait état de difficultés importantes entre l'enfant et le parent non gardien.

Une ordonnance prononcée le 11 juillet 1985 par le président du tribunal de première

(1542) Civ. Bruxelles, réf. 1 mars 1990, inédit.

instance de Bruxelles (1543) suspend provisoirement le droit de visite d'un père à l'égard de son fils de 14 ans et demi, au motif qu'entendu par le magistrat, le garçon lui avait déclaré qu'il *"ne peut admettre aux côtés de son père la présence de la concubine de ce dernier et des deux enfants de cette dame"*, qu'il ne se sentait pas *"chez lui, au sein du nouveau foyer de son père"* et qu'il ne voulait pas *"avoir de contacts avec cette femme"*.

Sans doute, le magistrat mit-il la cause en continuation à une audience postérieure aux vacances scolaires pour permettre à l'enfant de *"repenser le problèmes des rapports avec son père"*.

Il n'en reste pas moins qu'il paraît difficilement acceptable, au regard de l'intérêt d'un adolescent de 14 ans, d'entériner purement la décision que celui-ci prendrait de ne plus entretenir de relations avec son père. Une telle décision peut être grave, lorsqu'on connaît les effets déstructurants pour un adolescent de la rupture intempestive d'une de ses deux filiations et de la violation de l'ordre des générations. Un adolescent se fait un tort considérable à lui-même lorsqu'il décide, sous sa propre impulsion, de se priver de son père et ce n'est pas, par ailleurs, aux adolescents à imposer leurs lois aux adultes (voy. supra, Titre I, n° 208 et Titre II, n° 384).

Un magistrat ne devrait dès lors traduire en termes de loi l'initiative prise par un enfant ou un adolescent de ne plus rencontrer un de ses parents qu'après avoir acquis la certitude, par des investigations approfondies, que cette solution est rigoureusement commandée par le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant et après s'être assuré qu'il n'existe aucune possibilité, y compris thérapeutique, de maintenir un lien entre l'enfant et le parent non gardien (1544).

Cette attitude paraît être la seule qui exprimerait adéquatement la responsabilité dont les magistrats sont investis à l'égard d'un certain nombre de situations familiales où les pulsions et les affects ont cessé d'être régulés par une loi imposant les limites du permis et du défendu. La responsabilité du magistrat est en effet de permettre, comme l'a écrit un thérapeute de couple, *"une réintégration du processus de la loi dans les relations"* au sein

(1543) Civ. Bruxelles, réf., 11 juillet 1985, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 505.

Voy. égal. civ. Bruxelles, réf. 18 janvier 1990, inédit qui, statuant sur le droit de visite sollicité par un père à l'égard de son garçon de 17 ans et de sa fille de 13 ans et demi, décide non seulement de ne pas fixer de droit de visite mais aussi de ne pas recourir à l'enquête sociale sollicitée par le père, au motif que *"l'âge de J. ne permet plus d'obliger ce jeune homme à voir son père"* et que *"la jeune A. qui n'a plus vu son père depuis un an et demi ne peut éprouver pour son père un sentiment affectueux"* (sic !).

(1544) En ce sens, voy. civ. Mons, réf., 30 juin 1989, Rev. trim. dr. fam. 1990, p. 425 qui, à propos d'un enfant de onze ans refusant de se rendre en visite chez sa mère parce que, selon les informations recueillies par la police, il se plaignait *"du fait que, dans le milieu maternel, on disait du mal de son père, ce qui le peinait et de ce que sa mère avait quitté le domicile conjugal"*, désigna un expert-médecin avec la mission *"de tenter d'expérimenter les formes de visite ou d'absence de visite qu'il jugera les plus utiles à l'enfant"* et *"de donner, après cette période d'expérimentation ... son avis sur les modalités selon lesquelles il semble être de l'intérêt de l'enfant de rencontrer sa mère"*.

Voy. égal. civ. Bruxelles, 16 mars 1990, inédit, qui, après qu'une enquête sociale avait révélé qu'un enfant de quinze ans exprimait un *"désir de vengeance"* à l'égard de son père et refusait de le rencontrer, décida *"compte tenu des conséquences graves que pourrait avoir sur la structuration de la personnalité de l'enfant une suspension du droit de visite"* de désigner un expert pédo-psychiatre aux fins de rechercher *"si le droit de visite devait être maintenu et, si oui, selon quelles modalités"*.

de ces familles (1545).

Or une des lois fondamentales de la société des hommes, qui est constitutive de l'équilibre psychique de chaque être humain, est celle qui impose aux enfants de ne pas renverser l'ordre des générations et de ne pas évincer ou tuer, fut-ce symboliquement, leur père-mère.

Il pourrait dès lors être dramatique pour un enfant ou pour un adolescent que la seule force de son désir puisse aboutir à ce qu'avec la caution du juge il renie un de ses parents.

Ce n'est que dans des situations familiales où il s'avèrera qu'en raison des carences ou des défaillances d'un des parents, un enfant ou un adolescent peuvent légitimement revendiquer le droit de s'extraire d'un lien pathogène les empêchant de conquérir leur autonomie qu'il sera, alors, justifié de restreindre ou de suspendre un droit aux relations personnelles dont le magistrat aurait acquis la conviction qu'il est devenu préjudiciable pour le développement de la personnalité de l'enfant (1546).

2. Les restrictions portant sur les modalités du droit d'hébergement

a) L'interdiction de mettre l'enfant en présence de certaines personnes

998. Il n'y a guère longtemps les tribunaux assortissaient régulièrement leur décision relative à l'exercice du droit d'hébergement du parent non gardien d'une interdiction faite à ce parent, lorsqu'il avait noué après la séparation une nouvelle relation de couple, de mettre les enfants en présence de sa nouvelle compagne ou de son nouveau compagnon.

Une telle décision était généralement justifiée par des considérations morales; il ne fallait pas que les enfants soient confrontés à la situation d'illégalité ou d'immoralité dans laquelle un des parents s'était installé.

Encore récemment, le juge de paix du 3ème canton de Gand, dans une ordonnance prononcée le 8 décembre 1988 (1547), a interdit au père, lors de l'exercice de son droit de visite, de mettre l'enfant en présence de sa concubine. Bien que le juge ait expressément indiqué dans son ordonnance qu'il était dubitatif sur l'effectivité d'une telle mesure, il considéra que *"des raisons de moralité et l'âge de l'enfant qui approche de la puberté justifient cette interdiction"*, parce qu' *"il n'y a pas lieu d'apprendre à un enfant que les obligations légales du mariage sont devenues lettre morte et que l'enfant lui-même ne devrait pas à l'avenir les respecter"*.

(1545) J. Grechez, précité, Dialogue, n° 115, p. 55.

(1546) En ce sens, voy. Mons 6 décembre 1990, J.T. 1991, p. 197 qui, après avoir rappelé le principe selon lequel *"le titulaire du droit de garde doit prendre toutes les mesures qui s'imposent et faire éventuellement preuve d'autorité sur ses enfants pour que le parent non gardien puisse exercer effectivement son droit aux relations personnelles avec eux"* admet, dans le cas d'espèce, sur la base des conclusions d'une étude sociale approfondie, qu'en raison des menaces et des actes de violence dont ils ont été les témoins et les victimes, le refus catégorique de deux jeunes filles de seize et de quatorze ans de se rendre chez leur père n'est pas un caprice momentané. La Cour met dès lors un terme aux relations des enfants avec leur père, parce que *"dans les circonstances exceptionnelles de la cause"*, ces relations seraient *"de nature à compromettre leur équilibre psychologique"*

(1547) J.P. 3ème canton Gand, J.J.P. 1989, p. 300.

En réalité, ce qui, le plus souvent, explique une telle demande formulée au juge par le parent gardien ressortit plutôt des émotions éprouvées par le parent gardien à l'égard du nouveau partenaire de son ex-conjoint : un sentiment compréhensible de jalousie et, aussi, un sentiment de peur d'être dévalué ou supplanté dans son image de parent de l'enfant. Cette demande traduit dès lors essentiellement l'insécurité personnelle ressentie par le parent gardien et c'est en soignant cette insécurité qu'on pourra le mieux contribuer à résoudre la problématique qui se pose.

Si on se place du point de vue de l'enfant lui-même, il n'existe pas, en soi, de contre-indication à ce qu'il connaisse la vérité et à ce qu'il rencontre la personne avec laquelle son père ou sa mère a noué une relation de couple.

Au contraire, il apparaît aujourd'hui qu'il est sain pour le développement psycho-affectif des enfants que ses parents puissent vivre leurs investissements affectifs et sexuels dans le monde des adultes (voy. Titre I, supra, n° 248) et il est d'ailleurs préférable pour l'enfant que ses parents lui indiquent clairement qu'ils entendent vivre leur sexualité avec un adulte plutôt que de se replier affectivement sur l'enfant. Car, comme l'a indiqué Françoise Dolto, *"pour l'inconscient de l'enfant, ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait un adulte qui l'empêche d'avoir une intimité totale avec son parent"* (1548) et il ne peut dès lors qu'être positif pour l'enfant qu'il sache qu'un de ses parents partage effectivement une relation intime avec un autre adulte (1549).

C'est dès lors à juste titre que les tribunaux ont progressivement abandonné leur jurisprudence traditionnelle et que, sauf circonstances particulières, ils ne prononcent plus à charge du parent non gardien une interdiction de mettre les enfants en présence de sa nouvelle compagne ou de son nouveau compagnon (1550).

On ne manquera cependant pas de faire observer qu'il pourrait parfois être judicieux, dans le chef du parent non gardien, de tenir compte de ce que la nouvelle compagne ou le nouveau compagnon n'est pas aisément accepté par le parent gardien et dès lors de faire preuve de tact à l'égard de l'enfant, en veillant, dans la période consécutive à la séparation, à ne pas imposer de manière permanente la présence d'une personne étrangère aux yeux de l'enfant et à assurer à l'enfant une présence et un soutien personnels qui sont susceptibles de le rassurer sur l'affection que son père ou sa mère continue à lui apporter (1551).

999. L'évolution actuelle de la jurisprudence à propos des rencontres des enfants avec la nouvelle compagne ou le nouveau compagnon du parent non gardien n'implique par contre pas que les tribunaux aient définitivement renoncé à faire défense au parent non gardien, dans des circonstances spécifiques, de mettre les enfants en présence d'autres

(1548) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 73.

(1549) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 77.

(1550) En ce sens, voy. trib. jeun. Nivelles 7 décembre 1982, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 215.

(1551) Voy. civ. Liège 25 mars 1982, Jur. Liège, 1982, p. 249 qui, tout en affirmant *"qu'il est du plus grand intérêt des enfants de conserver des contacts avec leur père et éventuellement avec la nouvelle compagne de celui-ci"* considère cependant que *"la séparation est trop récente et l'amertume d'une épouse délaissée trop compréhensible pour qu'un tribunal impose dès à présent un droit de visite incluant des contacts avec une nouvelle compagne"*.

tières personnes.

Une ordonnance du président du tribunal de première instance de Bruxelles du 4 avril 1986 (1552) a fait obligation à une mère non gardienne d'exercer son droit de visite à l'égard de ses trois enfants "hors la présence" de la femme avec laquelle elle avait noué une relation homosexuelle. Cette ordonnance fut confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 2 mars 1987 (1553) qui a expressément précisé que "s'il convient de maintenir la condition que le droit de visite doit s'exercer hors de la présence de la compagne homosexuelle), encore n'y a-t-il pas lieu de prévoir dès maintenant une suspension de l'exercice de ce droit en cas de transgression constatée par huissier" mais "qu'il appartiendra à l'intimé, en pareil cas, de solliciter du président du tribunal des modifications au droit de visite qui s'imposeraient eu égard aux circonstances de la cause".

Ces deux décisions paraissent sévères, d'autant qu'en l'espèce, les enfants avaient déjà rencontré fréquemment la compagne de leur mère avant l'introduction de la procédure en divorce.

On peut, en réalité, se demander si ces décisions ne sont pas inspirées davantage par des considérations abstraites que par la prise en compte de l'intérêt concret des enfants. On ne trouve pas, en tout cas, dans ces décisions, d'explication convaincante de ce que l'intérêt des enfants aurait été sérieusement compromis s'ils avaient continué à rencontrer la femme avec laquelle ils savaient, de toute manière, que leur mère partageait une relation homosexuelle. N'était-il pas plus opportun de les aider à accepter la réalité du choix effectué par leur mère plutôt que d'occulter cette réalité ? (1554).

b) Les restrictions relatives au mode d'éducation des enfants

1000. Dans certaines circonstances, les tribunaux peuvent être amenés à assortir l'exercice du droit d'hébergement du parent non gardien de restrictions relatives au mode d'éducation qui sera donné aux enfants.

C'est ainsi que régulièrement les tribunaux prononçaient des décisions par lesquelles ils faisaient interdiction au parent non gardien de "fréquenter des débits de boisson" avec l'enfant.

L'examen de la jurisprudence belge publiée montre, par ailleurs, que de telles restrictions ont également été prononcées à l'égard d'un parent qui avait rejoint la secte des Témoins de Jehovah.

Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 18 décembre 1986 (1555) a, après que le père avait admis à l'audience "que certains dimanches durant la matinée il va avec ses enfants de porte en porte pour faire des démarches au profit de sa nouvelle confession et qu'il participe aussi avec eux aux activités des Témoins de Jehovah le dimanche après-midi", organisé son droit de visite "de manière telle à ce qu'il ne puisse mettre ses enfants en contact avec les Témoins de Jehovah, ni les faire ou laisser participer aux activités organisées par ceux-ci" et lui a ordonné "que ses enfants puissent accomplir leurs

(1552) Civ. Bruxelles réf., 4 avril 1986, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 219.

(1553) Bruxelles, 2 mars 1987, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 219.

(1554) Sur cette question, voy. F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 80.

(1555) Liège, 18 décembre 1986, Inédits de droit de la famille, J.L.M.B. 1987, p. 503.

devoirs religieux dans le rite catholique romain pendant la durée de la visite s'ils en expriment le désir".

Un autre arrêt de la Cour d'appel de Liège du 24 juin 1987 ⁽¹⁵⁵⁶⁾ a expressément considéré que *"si certaines pratiques religieuses sont susceptibles d'entraîner pour l'enfant certains risques tant en ce qui concerne sa santé physique que son équilibre psychique, le juge doit, lorsqu'il attribue le droit de garde ou accorde un droit de visite, prendre toutes dispositions utiles aptes à sauvegarder la santé et l'éducation de l'enfant"*. La Cour a dès lors confirmé l'ordonnance du premier juge qui avait subordonné l'exercice du droit de visite aux modalités suivantes : *"interdiction de faire du porte à porte, souscription d'une assurance-assistance et engagement écrit de faire soigner l'enfant de manière adéquate, y compris par transfusion sanguine"*.

c) Les restrictions relatives aux déplacements à l'étranger

1001. Les tribunaux sont régulièrement sollicités par le parent gardien de faire interdiction au parent non gardien, plus particulièrement lorsqu'il est de nationalité étrangère ou que sa famille réside à l'étranger, d'emmener les enfants à l'étranger, pendant l'exercice de son droit de visite, sans le consentement préalable du parent gardien.

A de nombreuses reprises, les tribunaux ont accepté de faire droit à de telles demandes, soucieux d'éviter qu'à l'issue du droit de visite, le parent non gardien ne reconduise pas l'enfant auprès du parent gardien et le retienne dans un pays où la décision judiciaire relative au droit de garde ne pourrait pas être exécutée.

Certains tribunaux ont même imaginé de subordonner l'exercice du droit de visite du parent non gardien étranger à la condition qu'il remette préalablement son passeport entre les mains du parent gardien ou qu'il verse une caution qui servirait de garantie au retour des enfants ⁽¹⁵⁵⁷⁾.

On sait, par les drames qu'ont provoqué un certain nombre de rapt internationaux d'enfants que ces mesures s'avèrent, le plus souvent, inefficaces et que le parent qui a décidé d'emmener ses enfants à l'étranger, sans esprit de retour, parvient à contourner les injonctions ou les interdictions qui lui auraient été faites.

En réalité, sauf à assortir l'exercice du droit de visite de restrictions draconiennes qui

⁽¹⁵⁵⁶⁾ Liège 24 juin 1987, J.L.M.B. 1987, p. 1036.

⁽¹⁵⁵⁷⁾ Voy. dans la jurisprudence publiée, l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 26 juin 1975 (Doc. prot. jeun., I - 326) qui réforme la décision par laquelle le premier juge avait subordonné le droit pour une mère belge installée au Canada d'exercer son droit de visite lors de ses retours en Belgique au dépôt de son passeport, de son billet d'avion et d'une somme de 50.000 FB au greffe du tribunal de la jeunesse. La Cour a considéré que ces mesures étaient contraires à l'ordre public *"dans la mesure où elles privent l'appelante de pièces d'identité qu'elle doit présenter à toute réquisition de l'autorité et où elles subordonnent l'exercice d'un droit découlant du statut familial, c'est-à-dire de l'état des personnes, au versement d'une somme d'argent"*. L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles maintint, par contre, les dispositions du jugement du tribunal de la jeunesse qui avaient organisé l'exercice du droit de visite de cette femme en Belgique, qui lui avaient interdit d'emmener les enfants à l'étranger et qui avaient, au surplus, imposé la participation des grands-parents maternels à l'exercice du droit de visite.

disqualifient la relation du parent non gardien avec son enfant (1558), la véritable solution aux rapt internationaux d'enfants ne réside pas dans les mesures d'ordre interne qui seraient adoptées par les juridictions d'un Etat mais dans les mécanismes de reconnaissance et d'exécution des décisions relatives à la garde des enfants qui seront mises en oeuvre dans les relations interétatiques en vertu de traités internationaux.

Ne serait-il pas injuste et inopportun, sous le prétexte d'assurer une protection souvent illusoire à quelques enfants qui feront l'objet d'un rapt odieux, de décider de priver tous les autres enfants du droit fondamental de connaître une de leurs deux patries ou une de leurs deux familles, et d'empêcher les parents non gardiens d'origine étrangère ou domiciliés à l'étranger du droit de retourner régulièrement avec leurs enfants dans leur pays d'origine ou de leur faire connaître le pays où ils résident ? (1559)

C'est la raison pour laquelle il convient d'approuver, dans la jurisprudence récente, un jugement du tribunal de la jeunesse de Bruxelles prononcé le 9 avril 1991 (1560) qui, quelques mois avant le début des pénibles événements qui continuent d'ensanglanter la Yougoslavie, avait considéré, même par défaut, qu'une mère ne démontrait pas la nécessité d'interdire à un père yougoslave de se rendre dans son pays avec son enfant, notamment à l'occasion des périodes de vacances.

(1558) Voy. civ. Bruxelles, réf., 5 avril 1990, inédit qui, pour tenir compte des appréhensions d'une mère opposée, en raison du risque de rapt des enfants, à l'exercice d'un droit de visite par son mari marocain, subordonne le droit de visite limité aux deuxième et quatrième samedis du mois de 14h à 18h aux conditions suivantes : signature d'une déclaration destinée aux autorités marocaines par laquelle le père s'engage à ne pas quitter le territoire de la Belgique avec ses enfants, remise de son passeport à l'avocat de la mère pendant l'exercice du droit de visite, exercice du droit de visite dans un centre spécialisé ou en présence d'un tiers désigné par l'expert pédo-psychiatre nommé par le tribunal.

Des mesures aussi restrictives sont assurément efficaces, mais elles aboutissent à vider le droit aux relations personnelles du parent non gardien de toute substance. Est-on par ailleurs conscient des effets pervers d'une telle politique ? Si les parents étrangers qui n'exercent pas la garde de leur enfant apprennent que les juges belges assortissent l'exercice de leur droit aux relations personnelles de telles restrictions, on ne devrait pas s'étonner qu'ils soient tentés de substituer à une justice exagérément protectionniste leur propre justice du fait accompli. Comme on l'a récemment fait observer, *"il est maintenant bien établi qu'une des causes de l'enlèvement d'enfants réside dans la crainte d'une privation de relations avec l'enfant ou de l'absence réelle de celles-ci"* (P. Monin-Hersant et B. Sturlese, L'entrée en vigueur de la convention franco-algérienne du 21 juin 1988 : un nouvel espoir pour les enfants déchirés, Gaz. Pal., 1988, p. 523).

(1559) Voy. en ce sens la convention franco-algérienne du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens entrée en vigueur le 1er août 1988. Le postulat qui était à la base des règles inscrites dans cette convention est le respect de la double appartenance culturelle de l'enfant qui implique que l'enfant puisse se sentir chez lui chez ses deux parents séparés et circuler librement entre ses deux pays. C'est la raison pour laquelle, dans le préambule de la convention, les deux Etats se déclarent *"conscients de ce que l'intérêt de l'enfant commande que celui-ci puisse conserver des relations paisibles et régulières avec ses parents séparés, où qu'ils résident"*.

(1560) Trib. jeun. Bruxelles, 9 avril 1991, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 425.

Voy. égal., dans la jurisprudence antérieure, Liège, 11 juin 1975, Jur. Liège, 1975, p. 25 qui dit n'y avoir lieu d'interdire à un père espagnol domicilié en Belgique d'emmener son enfant hors du territoire national à l'occasion de l'exercice de son droit de visite.

§ 3. LE DROIT DE COMMUNIQUER AVEC L'ENFANT

A. Le principe

1002. Le droit aux relations personnelles du parent non gardien ne se réduit pas au droit et au devoir de recevoir l'enfant à sa résidence, de l'héberger ou de l'emmener en vacances au cours de périodes délimitées dans le temps.

Si les contacts et les rencontres du parent non gardien avec son enfant étaient confinées à ces périodes, il pourrait, parfois, s'écouler un long laps de temps pendant lequel l'enfant serait privé de toute relation avec un de ses parents. Or, un enfant a besoin non seulement de savoir mais aussi de sentir que ses parents se soucient de lui, qu'ils s'intéressent aux faits et gestes de sa vie quotidienne, qu'ils s'associent à ses progrès, à ses activités ou aux événements de son existence.

C'est la raison pour laquelle on admet généralement que le droit aux relations personnelles du parent non gardien implique, outre le droit d'hébergement, un droit de communiquer avec l'enfant.

Cette conception est récente, parce qu'on avait longtemps considéré, par référence au modèle de l'unité de résidence et de l'unité de l'éducation de l'enfant, que le parent non gardien ne devait pas s'immiscer dans la vie quotidienne de l'enfant. On sait aujourd'hui que le sentiment de sécurité et d'identité de l'enfant procède, au contraire, de la certitude qui lui est donnée, comme pendant la vie commune des parents, que chacun de ses père et mère reste présent dans sa vie d'enfant.

B. Les deux composantes du droit de communiquer avec l'enfant

1. Le droit de correspondre avec l'enfant

1003. Le droit du parent non gardien de communiquer avec l'enfant se traduit, en premier lieu, par un droit de correspondre avec l'enfant, soit par écrit, soit par téléphone.

Il est important pour l'enfant, lorsqu'il est physiquement séparé d'un de ses parents, que ce parent continue à exister, à ses yeux, au fil de l'existence quotidienne, par l'intermédiaire des moyens de communication et de relation que constituent le courrier ou les conversations téléphoniques.

"En cas de divorce ou de séparation, a écrit Françoise Dolto, il faudrait que le parent continu ... puisse supporter ces communications téléphoniques entre l'enfant et l'autre parent, quel que soit l'âge de l'enfant d'ailleurs. Si la mère ne tolère pas ces coups de téléphone, l'enfant est dans une déchirure. C'est pourquoi il faudrait que la mère et le père puissent s'entendre sur leur valeur pour l'enfant et sur leur fréquence". Cet auteur indique au surplus : *"Quel que soit l'âge de l'enfant, le courrier est également un moyen de communication. Là aussi, cela suppose que le parent continu lise la lettre ou la carte de l'autre parent et tolère que l'enfant la fixe, par exemple, à la tête de son lit et qu'il puisse y répondre par un dessin dès qu'il est en âge de le faire. C'est une façon de rester en relation. Il y a aussi des objets transitionnels auxquels l'enfant peut être très attaché. Certains peuvent lui avoir été offerts par son père. Ils peuvent lui permettre une tolérance plus grande à la séparation"* (1561).

2. Le droit de rencontrer l'enfant

1004. Le droit du parent non gardien de communiquer avec l'enfant se traduit, en second lieu, par un droit de rencontrer l'enfant, en dehors des périodes de droit d'hébergement,

(1561) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p. 62.

lorsque ces rencontres se déroulent dans le contexte des activités personnelles de l'enfant et ne portent pas atteinte à la séparation des résidences des parents.

Ce droit de rencontrer l'enfant pourra dès lors s'exercer, par exemple, dans le cadre des activités scolaires de l'enfant (rencontres à l'école, contacts avec le professeur et la classe de l'enfant), ou à l'occasion d'une prestation de l'enfant (spectacle d'enfants, compétition sportive...).

Le principe de ce droit du parent non gardien a été affirmé, dans la jurisprudence belge, par un jugement du tribunal de la jeunesse de Nivelles du 28 juin 1983 (1562) qui a considéré qu' *"il est de l'intérêt des enfants de rencontrer d'une manière aussi large que possible le parent qui n'exerce pas la garde afin que les relations personnelles entre parents et enfants se poursuivent indépendamment des relations existant ou ayant existé entre époux"* et que, dès lors, *"eu égard aux éléments de la cause, et notamment l'âge des enfants, il échet de déclarer la demande du père d'interdire à la mère de rencontrer ses enfants en dehors des strictes limites du droit de visite non fondée"*.

C. Les modalités d'exercice du droit de communiquer avec l'enfant

1005. Le droit du parent non gardien de communiquer avec son enfant n'est évidemment pas un droit inconditionnel et, comme tous les attributs de la fonction parentale, il doit s'exercer dans le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant.

Or l'intérêt de l'enfant commande qu'un tel droit ne s'exerce pas dans le désordre au gré des impulsions ou des mouvements d'humeur du parent non gardien. Les parents doivent dès lors veiller à organiser l'exercice de ce droit, en respectant la vie privée et familiale de chacun des membres de la famille et en tenant compte des convenances personnelles de l'enfant.

La reconnaissance, au profit du parent non gardien, d'un droit et d'un devoir de communiquer avec l'enfant signifie, par conséquent, que le parent gardien n'a pas, lui, le droit, sous le prétexte qu'il exerce le droit de garde, d'interdire à l'autre parent de communiquer avec son enfant. En revanche, le parent non gardien ne peut, lui, sous le prétexte qu'il est titulaire d'un droit de communiquer avec l'enfant, imposer au parent gardien des modalités d'exercice de ce droit qui n'auraient pas été préalablement discutées et acceptées.

Si, en raison de leur conflit, les parents ne parviennent pas à s'accorder sur les modalités d'exercice de ce droit du parent non gardien, ils ne pourront que s'en remettre au juge qui déterminera, en tenant compte des circonstances de la cause, la moins mauvaise manière d'assurer à l'enfant son droit fondamental de rester en relation avec chacun de ses deux parents.

(1562) Trib. jeun. Nivelles 28 juin 1983, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 113.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITE DE L'EDUCATION DE L'ENFANT

1006. Après l'analyse des pratiques portant sur la répartition, entre les deux parents, de la prérogative et de la responsabilité de la garde de l'enfant, il convient d'examiner la manière dont est, aussi, répartie, en raison de la séparation des parents, la prérogative et la responsabilité de l'éducation de l'enfant, qui constitue le second attribut de l'autorité sur la personne de l'enfant (supra, n° Titre III, n° 429 et s.).

La solution la plus usuelle, qui correspond au demeurant en Belgique à la règle légale d'aménagement de l'autorité parentale des parents séparés (supra, Titre IV, n° 671), consiste, en raison de la situation conflictuelle entre les parents, à confier la responsabilité de l'éducation de l'enfant en exclusivité à un seul des parents.

Il est alors logique, dans cette perspective, comme l'a fait au demeurant le législateur belge (art. 374 Code civil), d'attribuer exclusivement le droit d'éducation à celui des parents auquel a déjà été attribué exclusivement le droit de garde (1563).

La pratique traditionnelle consiste par conséquent à organiser l'exercice exclusif du droit d'éducation par le parent gardien (infra, section I) et ce parent détient alors ce qu'on appelle maladroitement, dans le langage juridique belge, "*l'administration de la personne de l'enfant*" (supra, Titre III, n° 434). L'autre parent ne dispose plus, dans cette hypothèse, que d'un "*droit de surveillance*" qui traduit ce qui subsiste, pour lui, après la séparation du couple, de sa responsabilité de l'éducation de l'enfant (supra, Titre III, n° 435).

Les perspectives nouvelles ouvertes par une meilleure compréhension des besoins psycho-affectifs de l'enfant de parents séparés et les revendications formulées par un certain nombre de pères soucieux de ne pas être évincés, après la séparation, de l'exercice de leur fonction parentale, ont cependant conduit à l'avènement d'une pratique différente généralement appelée la "*garde conjointe*". Cette dénomination, inspirée du terme anglais

(1563) Dans certaines situations exceptionnelles, des magistrats ont cependant parfois confié le droit d'éducation - souvent appelé en Belgique la "*garde juridique*" - au parent qui n'exerce pas le droit de garde - souvent appelé, alors, la "*garde matérielle*" (voy. supra, Titre III, n° 412).

Ce mode de répartition des prérogatives de l'autorité parentale était plus fréquent à l'époque où, en principe, le père exerçait seul, pendant le mariage, la puissance paternelle. Lorsque les tribunaux estimaient devoir confier un enfant, notamment en raison de son âge, aux soins et à la garde de la mère, ils maintenaient cependant le principe légal selon lequel le père exerçait l'autorité à l'égard de l'enfant. Le père s'entendait par conséquent attribuer la "*garde juridique*" de l'enfant.

Cette pratique est tombée en désuétude depuis les réformes législatives qui ont substitué à la prédominance paternelle le principe d'égalité des père et mère. Elle n'a cependant pas, semble-t-il, été complètement abandonnée.

Voy. trib. jeun. Bruxelles 22 mars 1990, inédit, qui statue sur une requête en modification du droit de garde d'une fillette de huit ans introduite devant le tribunal par le père de l'enfant en raison de l'incarcération de la mère pour une durée de cinq mois. Lorsque le tribunal statua, la mère était sortie de prison et le juge décida de lui laisser le droit de garde, parce que l'enfant était "*très attachée à sa mère*". Le tribunal confia, par contre, provisoirement, la "*garde juridique*" de l'enfant à son père et mit la cause en continuation à une audience du mois de juin 1990 pour examiner l'évolution de la situation.

"joint custody" est, en réalité, inadéquate, parce que la garde conjointe ne consiste pas à exercer conjointement la responsabilité de *"la garde"* de l'enfant, mais, en réalité, de *"l'éducation"* de l'enfant. Cette pratique nouvelle a progressivement amené les tribunaux et, dans certains pays, le législateur à organiser expressément, après la séparation ou le divorce, l'exercice conjoint par les deux parents du droit d'éducation de l'enfant (infra, section II).

SECTION I - L'EXERCICE EXCLUSIF DU DROIT D'ÉDUCATION PAR LE PARENT GARDIEN

§ 1. LA PORTÉE DES PRÉROGATIVES DU PARENT GARDIEN

1007. En droit belge, le parent qui exerce seul le droit de garde de l'enfant exerce, aussi, seul, le droit d'éducation de l'enfant, parce qu'en vertu de la loi, de la convention signée par les parties ou de la décision judiciaire qui a été prononcée, il a généralement obtenu *"l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant"* (art. 374 Code civil applicable aux parents séparés) ou *"l'administration de la personne"* de l'enfant (art. 1279 Code judiciaire applicable aux parents en instance de divorce pour cause déterminée, art. 302 Code civil applicable aux parents divorcés pour cause déterminée et art. 1288 Code judiciaire applicable aux parents divorcés par consentement mutuel).

Cette *"administration de la personne"* de l'enfant signifie par conséquent qu'un des parents est devenu titulaire tant du droit de garde que du droit d'éducation de l'enfant ⁽¹⁵⁶⁴⁾ (1565).

1008. L'attribution au parent gardien du droit d'éducation de l'enfant a, dans la conception classique, une double portée :

- d'une part, le parent gardien a le pouvoir de définir seul l'orientation philosophique de l'enfant et de prendre seul toutes les décisions relatives à cette éducation;
- d'autre part, le parent non gardien est tenu de respecter le mode d'éducation choisi par le parent gardien et de ne pas porter atteinte aux décisions adoptées par le parent gardien.

A. Le pouvoir exclusif de décision du parent gardien

1009. La jurisprudence belge a, à de nombreuses reprises, exprimé et rappelé le principe selon lequel le parent qui obtient l'administration de la personne de l'enfant exerce *"la*

(1564) Certains magistrats et, notamment, le juge de paix lorsqu'il prononce des mesures urgentes et provisoires sur base de l'article 223 du Code civil, se limitent parfois, dans le dispositif de leurs décisions, à confier le *"droit de garde"* au parent gardien, sans viser expressément *"l'administration de la personne"* de l'enfant. Le parent gardien n'en est pas moins titulaire, aussi, de l'administration de la personne de l'enfant, par application de la règle légale d'aménagement de l'autorité parentale contenue dans l'article 374 du Code civil ou dans l'article 1279 du Code judiciaire (supra, Titre IV, n° 671 et 696).

(1565) Comme on l'a déjà indiqué, il serait plus élégant et adéquat, à l'avenir, de qualifier ces prérogatives, dans la loi, dans les règlements conventionnels ou dans les décisions judiciaires, en utilisant la notion de *"responsabilité de la garde et de l'éducation de l'enfant"* (supra, n° 860) plutôt que la notion d' *"administration de la personne de l'enfant"*.

direction morale, intellectuelle et philosophique” de l’enfant ⁽¹⁵⁶⁶⁾ et il prend dès lors seul les décisions relatives à l’éducation de l’enfant ⁽¹⁵⁶⁷⁾. Il n’est donc pas tenu d’obtenir l’accord préalable de l’autre parent ⁽¹⁵⁶⁸⁾.

Il résulte de ce principe que le parent gardien a le pouvoir :

- de fixer lui-même la résidence de l’enfant ⁽¹⁵⁶⁹⁾;
- de choisir lui-même l’établissement scolaire que l’enfant fréquentera ⁽¹⁵⁷⁰⁾ et le type d’enseignement et d’orientation qui sera donné à l’enfant ⁽¹⁵⁷¹⁾;
- de déterminer la langue de l’éducation de l’enfant;
- de déterminer les options philosophiques et religieuses de l’éducation de l’enfant et, dès lors, de décider, notamment, si l’enfant pratiquera une religion ⁽¹⁵⁷²⁾, si l’enfant fréquentera une école laïque ou confessionnelle et s’il sera inscrit au cours de morale laïque ou de religion ⁽¹⁵⁷³⁾;
- de déterminer les traitements médicaux qui devraient être suivis par l’enfant;
- de choisir les activités sportives ou culturelles auxquelles l’enfant participera;

⁽¹⁵⁶⁶⁾ Voy. civ. Liège, réf., 15 octobre 1985, Jur. Liège 1986, p.45; civ. Liège, réf., 6 mai 1986, Jur. Liège 1986, p. 351; Liège, 7 janvier 1987, J.L.M.B. 1987, p. 188. En doctrine, voy. M. Bax, *Levenbeschouwelijke lottbepaling van het kind bij echttelijke moeijikheden*, note sous civ. Termonde, réf., 13 février 1980, R.W. 1980-81, col. 1791; M.F. Lampe, *Le règlement de l’administration de la personne et des biens de l’enfant par voie de référé*, Rev. trim. dr. fam. 1985, p. 30, n° 36; R. Uyttendaele, *De maatregelen aangaande de kinderen*, in *Voorlopige maatregelen*, p. 82, n° 70.

⁽¹⁵⁶⁷⁾ Civ. Termonde, réf., 13 février 1980, R.W. 1980-81, col. 1789 et la note M. Bax.

⁽¹⁵⁶⁸⁾ Trib. jeun. Bruxelles, 1er octobre 1973, J.T. 1973, p. 680.

⁽¹⁵⁶⁹⁾ Bruxelles 14 février 1979, R.W. 1978-79, col. 2671, qui reconnaît implicitement que la mère gardienne des trois enfants avait le droit, alors qu’elle résidait à Bruxelles, de décider de s’installer avec ses enfants à Malines, dont elle était originaire et où vivaient les membres de sa famille; J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 21 novembre 1989, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 260 qui affirme expressément *“qu’il est de jurisprudence unanime que le titulaire du droit de garde provisoire a, en principe, le droit de choisir le lieu de résidence de l’enfant et le mode d’éducation de ce dernier”*.

⁽¹⁵⁷⁰⁾ Bruxelles, 14 février 1979, R.W. 1978-79, col. 2671; civ. Anvers, réf., 10 décembre 1982, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 173; Liège, 7 janvier 1977, J.L.M.B. 1987, p. 188; Bruxelles, ch. jeun., 9 juin 1987, inédit, R.G. n° 3252/86.

⁽¹⁵⁷¹⁾ Bruxelles, 29 mai 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 444.

⁽¹⁵⁷²⁾ Bruxelles, ch. jeun. 9 juin 1987, inédit, R.G. n° 3522/86.

⁽¹⁵⁷³⁾ Civ. Termonde, réf., 13 février 1980, J.T. 1980, p. 493; civ. Liège, 15 octobre 1985, Jur. Liège 1986, p. 45.

- de fixer le mode habituel de vie de l'enfant;
- de signer lui-même les autorisations ou les documents en rapport avec l'éducation, la scolarité, les activités ou les déplacements de l'enfant.

1010. Une jurisprudence récente a cependant apporté une exception à ce principe à propos des options philosophiques et religieuses.

Dans un arrêt prononcé le 7 janvier 1987, la Cour d'appel de Liège ⁽¹⁵⁷⁴⁾ a considéré que, si l'époux gardien a le pouvoir de choisir l'école de l'enfant, par contre *"le choix du cours de religion ou de morale laïque est une décision fondamentale relevant de l'exercice conjoint de l'autorité parentale"*. La Cour considère en effet *"que tel est l'esprit de l'article 2 du premier protocole additionnel de la Convention des droits de l'homme, signé à Paris le 20 mars 1952 et approuvé par la loi du 13 mai 1955, qui dispose notamment : 'L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques' ; que cette disposition utilise le pluriel en faisant état du droit des parents, c'est-à-dire de leur mission commune ou conjointe d'éducation religieuse et philosophique de leurs enfants"*.

Sans doute cette argumentation, qui s'autorise, sans cependant y faire référence, de l'enseignement du professeur Rigaux ⁽¹⁵⁷⁵⁾, répond-elle à la préoccupation légitime de continuer à associer le parent non gardien à l'éducation de l'enfant et elle paraît dès lors, de lege ferenda, particulièrement appropriée.

Mais il paraît cependant difficile de suivre le raisonnement exprimé par la Cour d'appel de Liège, parce que le texte du traité international invoqué dans l'arrêt paraît sollicité très au-delà des motivations et des objectifs qui ont inspiré ses rédacteurs. En faisant obligation aux Etats, *"dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement"*, de respecter le droit des parents de transmettre à leurs enfants leurs convictions religieuses et philosophiques, les signataires du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'ont certainement pas voulu que, désormais, les autorités législatives ou judiciaires d'un Etat n'aient plus le pouvoir, dans le contexte d'un conflit entre les deux parents d'un enfant, de confier à un des parents la compétence exclusive de déterminer les options religieuses ou philosophiques de l'éducation de l'enfant. En d'autres termes, il ne résulte pas de la disposition contenue dans le premier protocole additionnel que la fonction parentale d'éducation religieuse et philosophique d'un enfant devrait nécessairement, quelles que soient les circonstances, être exercée conjointement par les deux parents ⁽¹⁵⁷⁶⁾. Il n'est dès lors pas contraire aux dispositions de la Convention européenne et de ses protocoles additionnels que la juridiction d'un Etat signataire attribue, dans l'intérêt de l'enfant, la responsabilité de son éducation à un seul de ses parents.

On pourrait sans doute prétendre que la clause de style, par laquelle les tribunaux, lors d'une séparation ou d'un divorce, privent systématiquement le parent non gardien de la

⁽¹⁵⁷⁴⁾ Liège 7 janvier 1987, J.L.M.B. 1987, p. 188.

⁽¹⁵⁷⁵⁾ Voy. F. Rigaux, L'exercice, par un époux, de la liberté de changer de religion ou de conviction, note sous Anvers 19 décembre 1977, Rev. crit. jur. belge 1980, p. 207, n° 19.

⁽¹⁵⁷⁶⁾ En ce sens, voy. R. Uyttendaele, De maatregelen aangaande de kinderen, p. 89, n° 81.

possibilité de participer aux décisions relatives à l'éducation de son enfant, constitue une violation du droit de toute personne au respect de sa vie familiale ⁽¹⁵⁷⁷⁾, ou encore que la décision judiciaire qui aurait retiré à un des parents l'exercice de son droit d'éducation sans le justifier par des considérations tirées impérieusement du respect de l'intérêt et des droits de l'enfant porterait atteinte aux droits parentaux protégés par l'article 8 de la Convention.

Mais il paraît évident qu'aucune règle de droit ne pourra jamais affirmer qu'il serait illicite de confier à un des deux parents d'un enfant la mission de déterminer lui-même, à l'exclusion de l'autre, les options religieuses et philosophiques de l'enfant.

Dès lors, lorsque, conformément à la pratique la plus usuelle, le droit d'éducation d'un enfant est attribué à un seul des parents - quel que soit le jugement de valeur qu'on puisse porter sur le caractère adéquat d'une telle décision ⁽¹⁵⁷⁸⁾ - il y a lieu d'en inférer, sur le plan juridique, que ce parent a le pouvoir de choisir lui-même l'orientation philosophique et religieuse de l'éducation de l'enfant. On n'aperçoit d'ailleurs pas ce qui, a priori, justifierait qu'on réserve un sort particulier, dans la répartition des prérogatives de l'autorité parentale entre les deux parents, aux options religieuses et philosophiques, en regard des autres options relatives à l'éducation de l'enfant.

En réalité, on peut se demander si la solution exprimée dans l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 7 janvier 1987 ne traduit pas une préoccupation différente, et si les magistrats n'ont pas plutôt voulu dire que le parent gardien, investi du droit exclusif d'éducation de l'enfant, reste cependant tenu de respecter les options philosophiques et religieuses arrêtées de commun accord entre les deux parents pendant la vie commune. Une telle règle ne constituerait qu'une application du principe plus général selon lequel les décisions adoptées de commun accord entre les parents dans l'exercice de leur fonction éducative ont "*force de chose décidée*" et engagent les parents l'un à l'égard de l'autre (supra, Titre III, n° 591), aussi longtemps à tout le moins qu'un des parents n'établit pas que l'intérêt de l'enfant justifie la révision de ces décisions. C'est en ce sens qu'on devrait alors considérer que le parent qui exerce exclusivement, après la séparation, le droit d'éducation de l'enfant, doit continuer à respecter les accords que les deux parents avaient conclu pendant la vie commune pour la définition des options importantes de l'éducation de l'enfant.

B. Le respect par le parent non gardien des prérogatives du parent gardien

1011. La solution traditionnelle qui consiste à affirmer que le parent gardien dirige seul l'éducation de l'enfant et prend seul, sans devoir obtenir l'accord du parent non gardien, les décisions relatives à cette éducation, est généralement complétée, dans la doctrine et la jurisprudence belges, par l'affirmation d'une règle connexe en vertu de laquelle le parent non gardien, lorsqu'il exerce son droit de visite et d'hébergement, est tenu de ne pas porter atteinte aux prérogatives du parent gardien pour l'exercice du droit d'éducation de

⁽¹⁵⁷⁷⁾ C'est dans cette direction que s'est orienté le Hoge Raad des Pays-Bas lorsqu'il a considéré que la disposition de la loi néerlandaise qui empêchait les tribunaux, après le divorce, d'organiser l'exercice conjoint de l'autorité parentale était contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Voy. infra, n° .

⁽¹⁵⁷⁸⁾ Voy. infra, n° 1035 les réflexions consacrées à l'opportunité d'instituer le principe de l'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant.

l'enfant (1579).

Dès lors, le parent non gardien serait contraint non seulement de ne pas modifier les décisions éducatives adoptées par le parent gardien - ce qui est logique - mais aussi de se conformer, dans ses attitudes à l'égard de l'enfant, au mode d'éducation et aux principes éducatifs dispensés par le parent gardien.

Une ordonnance du président du tribunal de première instance de Liège du 2 novembre 1978 (1580), prononcée dans un litige où la mère gardienne demandait de subordonner la reconnaissance du droit de visite du père à une enquête préalable sur le type de films et de revues que le père laissait voir à ses enfants, a expressément affirmé que *"si la mère est plus rigoriste, moralement parlant que le père, celui-ci doit cependant en tenir compte raisonnablement dans son comportement à l'endroit des enfants, la mère, titulaire de la garde, exerçant seule l'autorité sur ceux-ci"*. Le magistrat considéra toutefois *"qu'étant à présumer que le père a compris, il y a lieu de lui reconnaître sans atermoiement le droit de visite dont il disposait jusqu'ici"*.

1012. Une telle affirmation paraît cependant devoir être nuancée, parce qu'elle ne correspond plus à la nature et à la portée qu'on reconnaît aujourd'hui au droit aux relations personnelles du parent non gardien (supra, n° 958).

Il est évident que le parent non gardien doit contribuer à assurer la cohérence de l'éducation de l'enfant (supra, n° Titre II, n° 370 et 371) et, en ce sens, il serait désastreux qu'il conteste, contrecarre ou sape les principes éducatifs du parent gardien.

Mais le parent non gardien n'est pas un être désincarné; il a sa personnalité, son tempérament, ses attitudes, ses valeurs... Il serait dès lors irréaliste de penser que, pendant les périodes au cours desquelles l'enfant est confié à la garde du parent qui n'est pas titulaire du droit d'éducation, celui-ci devrait tenter d'éduquer l'enfant en se comportant comme se comporte l'autre parent et en agissant comme agirait l'autre parent.

Il serait, au demeurant, dommageable pour l'enfant qu'un de ses deux parents ne se montre pas fidèle à lui-même, à ses valeurs et à ses sentiments dans la relation qu'il entretient avec son enfant. Le droit d'hébergement du parent non gardien a précisément pour objectif, dans la conception actuelle, de permettre à l'enfant de rencontrer son *"parent non continu"* pour vivre et découvrir avec lui un mode de relation qui est lié à sa personnalité, ses qualités et ses choix d'existence. On sait d'ailleurs que la véritable éducation ne consiste pas à tenter d'imposer à l'enfant des principes ou des préceptes mais qu'elle procède de l'identification de l'enfant aux attitudes et aux valeurs des personnes qui lui prodiguent leurs soins, leur attention, leur confiance et leur amour.

Il serait dès lors déraisonnable de soutenir que le parent non gardien devrait, lors de l'exercice de son droit d'hébergement, se conformer au mode d'éducation dispensé par le parent gardien.

1013. En réalité, le parent non gardien ne fait rien d'autre, pendant son droit d'hébergement, que d'assumer, à temps partiel, la responsabilité de la garde de l'enfant, et, à ce titre, il est compétent pour prendre toutes les décisions liées à l'exercice effectif de la garde de l'enfant, c'est-à-dire les décisions relatives à la vie quotidienne de l'enfant (supra, Titre III, n° 420) : détermination de l'horaire de la journée, organisation des activités et des loisirs, surveillance du travail scolaire, soins médicaux urgents...

(1579) Voy. H. De Page et J.P. Masson, 4ème éd. p. 992, n° 1040; R.P.D.B., Compl. T. VI, V° Puissance paternelle - Autorité parentale, n° 29.

(1580) Civ. Liège, réf., 2 novembre 1978, Jur. Liège 1979, p. 149.

Lorsque le parent non gardien prend de telles décisions, il a le droit de se comporter en fonction de ses propres conceptions éducatives et le parent gardien ne pourrait revendiquer un prétendu droit d'ingérence dans l'exercice par le parent non gardien de sa fonction de garde de l'enfant, sauf évidemment si le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant justifiait une restriction ou une suspension des visites (supra, n° 984 et s.).

Tout ce qui permet à l'enfant de bénéficier des qualités et des potentialités spécifiques de chacun de ses parents concourt au développement et à l'équilibre psycho-affectif de sa propre personnalité. Un enfant ne souffre pas de vivre avec des adultes différents; il s'enrichit au contraire de leurs différences et, en général, il dispose d'une suffisante capacité d'adaptation à des milieux différents.

Ce dont, par contre, un enfant souffre, c'est de sentir ou de percevoir, en raison des messages et des injonctions d'un de ses parents, qu'il ne peut pas vivre son droit fondamental à la différence, parce qu'on ne le laisse pas libre de se confronter, dans chacun de ses deux milieux parentaux, à la différence des personnalités, des modes d'existence ou des valeurs de référence.

§ 2. LE DROIT DE SURVEILLANCE DU PARENT NON GARDIEN

1014. Dans la conception traditionnelle qui consiste à concentrer entre les mains du parent gardien le pouvoir et la responsabilité d'assurer l'unité de l'éducation de l'enfant, en prenant seul toutes les décisions importantes qui sortent du champ de la vie quotidienne de l'enfant, on a cependant veillé à conserver au profit du parent non gardien ce que la doctrine et la jurisprudence ont appelé, par référence au texte de l'article 303 du Code Napoléon, un "*droit de surveillance*" (1581).

Ce droit de surveillance est généralement compris comme un droit de regard ou de contrôle que le parent non gardien exerce sur la manière dont le parent gardien dirige l'éducation de l'enfant et prend les décisions importantes relatives à cette éducation.

Le droit de surveillance du parent non gardien est par conséquent le corollaire du droit d'éducation du parent gardien et il ne porte que sur les décisions qui rentrent dans le champ du droit d'éducation (supra, Titre III, n° 430 et 431); il ne porte pas sur les décisions qui sont liées à l'exercice du droit de garde, c'est-à-dire les décisions relatives à l'organisation de la vie quotidienne de l'enfant (1582).

Le parent non gardien ne peut dès lors pas, lui non plus, revendiquer un prétendu droit d'ingérence dans l'exercice par le parent gardien de sa fonction de garde de l'enfant et dans les décisions qu'il prend pour organiser la vie quotidienne de l'enfant, sauf, éventuellement, solliciter le changement de la garde (supra, n° 932 et s.) si celle-ci n'était pas exercée dans le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant.

1015. Le droit de surveillance du parent non gardien a, dans sa conception actuelle, une double composante :

- d'une part, il permet au parent non gardien, conformément à une solution traditionnelle, de recourir aux tribunaux pour contester l'opportunité des décisions importantes que le parent non gardien projette de prendre ou vient de prendre;

(1581) Sur l'origine légale et la définition du droit de surveillance, voy. supra, Titre III, n° 591.

(1582) En ce sens, voy. Hugues Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, p. 59 n° 50.

- d'autre part, il permet au parent non gardien, selon une solution plus récente, de demander des informations relatives à l'éducation de l'enfant et de donner son avis à propos des décisions relatives à cette éducation.

A. Le droit de recours devant les tribunaux

1016. Le principe de l'unité de l'éducation de l'enfant a longtemps conduit à considérer que le parent non gardien ne devait pas s'immiscer personnellement dans l'éducation de l'enfant et qu'il devait laisser au parent gardien la libre initiative des décisions importantes relatives à l'éducation de l'enfant, de manière à ne pas compromettre la sécurité de l'enfant et la stabilité de son existence.

C'est dans cette perspective protectionniste que le droit de surveillance du parent non gardien ne se concrétisait, en pratique, selon la doctrine et la jurisprudence ⁽¹⁵⁸³⁾, qu'en un droit de faire appel aux instances judiciaires si le parent non gardien avait des raisons de se plaindre de l'inadéquation des décisions prises par le parent gardien.

Pour contenir encore davantage la portée du droit de surveillance du parent non gardien, une certaine jurisprudence a, au surplus, veillé à circonscrire expressément les limites de ce droit de recours aux tribunaux.

Le parent non gardien n'a pas le droit de se plaindre et de former un recours pour la seule raison qu'il n'est personnellement pas d'accord avec les conceptions éducatives du parent gardien; il ne peut se plaindre que lorsque le parent non gardien méconnaît l'intérêt et les droits de l'enfant. Selon une formule très restrictive énoncée par le tribunal de la jeunesse de Bruxelles, dans un jugement prononcé le 1er octobre 1973 ⁽¹⁵⁸⁴⁾, le parent non gardien peut saisir les tribunaux *"au cas où un usage abusif ou erroné du droit d'administration viendrait à mettre en péril la bonne éducation des enfants"*.

L'objectif d'une telle délimitation du droit de surveillance du parent non gardien a évidemment été d'éviter qu'un parent frustré ou hostile ne puisse sans cesse recourir au juge pour contester les décisions prises par le parent non gardien ⁽¹⁵⁸⁵⁾. Comme l'a indiqué la Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt prononcé le 29 juin 1967 ⁽¹⁵⁸⁶⁾, *"l'intérêt de l'enfant commande, en cas de séparation des époux, que l'exercice de la puissance paternelle ne dégénère pas entre eux en une série de conflits judiciaires, celui des parents qui s'est vu confier l'administration provisoire du mineur devant se voir reconnaître une certaine autorité bornée seulement par un contrôle juridictionnel jouant en cas d'abus ou de faute"*.

⁽¹⁵⁸³⁾ Voy. Trib. jeun. Bruxelles 1er octobre 1973, J.T. 1973, p. 680 qui considère que le parent non gardien *"conserve un droit de regard qui lui permet de faire appel aux instances judiciaires"* dans les cas où le parent gardien *"viendrait à mettre en péril la bonne éducation de l'enfant"*.

⁽¹⁵⁸⁴⁾ ibidem

⁽¹⁵⁸⁵⁾ Voy. M. Bax, Kroniek, Personen-en familierecht (1977-79), R.W. 1979-80, col. 1740, n° 37.

⁽¹⁵⁸⁶⁾ Bruxelles 29 juin 1967, J.T. 1967, p. 609.

Voy. égal. Bruxelles, ch. jeun., 9 juin 1987, inédit, R.G. n° 3252/86 qui précise *"que la stabilité et le bon épanouissement d'un enfant exige ... que le droit d'initiative qui appartient au parent gardien ne soit sans cesse entravé par une opposition systématique de l'autre parent"*.

On peut aisément percevoir, dans une telle perspective, que les tribunaux se sont toujours montrés particulièrement prudents avant d'accueillir le recours du parent non gardien et de contraindre le parent gardien à adopter une décision différente de celle qu'il voulait prendre ou qu'il avait déjà prise.

Au surplus, comme le recours est le plus souvent introduit après que la décision du parent gardien a déjà été prise et exécutée, les tribunaux sont évidemment réticents à porter atteinte au principe traditionnel de la sécurité et de la stabilité de l'éducation de l'enfant, en imposant à cet enfant une nouvelle décision qui viendrait modifier la décision antérieurement adoptée.

1017. L'étude de la jurisprudence publiée révèle dès lors que les magistrats ne critiquent généralement pas le choix que le parent gardien a effectué de l'établissement scolaire et du type d'enseignement dispensé à l'enfant, à tout le moins lorsqu' *"aucun abus ou faute patente n'est démontré dans l'exercice de ce droit"* (1587).

Dans un jugement déjà cité (supra, n° 1016) du 1er octobre 1973, le tribunal de la jeunesse de Bruxelles (1588) n'a pas fait droit au recours d'un père qui se plaignait de ce que la mère, exerçant son droit exclusif d'éducation, avait décidé de retirer ses enfants d'une école communale de type traditionnel pour les inscrire à l'école Decroly. Sans doute, le tribunal s'est-il posé la question de savoir *"si, en l'espèce, la mère a agi avec sagesse et opportunité en changeant le régime scolaire des enfants alors qu'ils entraient en deuxième primaire et que leurs résultats de l'année précédente étaient très satisfaisants dans un type déterminé d'enseignement"*, mais il a considéré qu' *"il serait cependant téméraire d'affirmer qu'en agissant de la sorte (la mère) a mis en péril l'avenir scolaire des enfants"* et *"que (le père) n'établit nullement que les enfants concernés ne disposent pas des ressources nécessaires pour s'adapter à un nouveau régime scolaire dont la valeur n'est par ailleurs pas mise en doute"*.

Dans une ordonnance prononcée le 10 décembre 1982, le président du tribunal de première instance d'Anvers a débouté un père qui reprochait à son épouse d'avoir retiré leur enfant de cinq ans de l'école gardienne de la ville d'Anvers, qui se trouvait à proximité de l'ancien domicile conjugal, pour l'inscrire dans une école de l'enseignement libre près de la nouvelle résidence de la mère à Merksem, dans la périphérie anversoise.

C'est probablement le fait que la décision de son épouse avait été adoptée à son insu qui avait heurté le père. Car il faut reconnaître, comme l'a indiqué le tribunal, qu'il eût été déraisonnable d'imposer à un enfant de cinq ans un déplacement d'au moins 45 minutes par jour, alors qu'il avait la possibilité de fréquenter une école à côté de sa résidence habituelle et qu'au surplus sa mère avait effectué dans cette école toutes ses études.

Dans un arrêt prononcé le 29 mai 1984, la Cour d'appel de Bruxelles (1589) a également débouté, par confirmation de la décision du premier juge, un père qui entendait obtenir que son fils, âgé de treize ans, soit placé comme interne au collège de Maredsous. La mère qui habitait dans la région parisienne n'entendait pas que le garçon poursuive ses études en internat et, en tout état de cause, souhaitait qu'il fréquente une école en France, à proximité de son domicile. La Cour écarta la demande de ce père en précisant que *"le parent non gardien, dans le cadre de son droit de surveillance, pourrait uniquement demander en justice que la préférence soit donnée à son choix quant à l'établissement"*

(1587) Bruxelles 29 juin 1967, J.T. 1967, p. 609.

(1588) Trib. jeun. Bruxelles 1er octobre 1973, J.T. 1973, p. 680

(1589) Bruxelles 29 mai 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 444.

scolaire, dans la seule hypothèse où le parent gardien ferait un choix tout à fait abusif et inapproprié, en manière telle que les intérêts et l'avenir de l'enfant s'en trouveraient gravement compromis".

Dans un arrêt prononcé le 9 juin 1987, la chambre de la jeunesse de la Cour d'appel de Bruxelles ⁽¹⁵⁹⁰⁾, confirmant un jugement du tribunal de la jeunesse de Bruxelles du 29 octobre 1986, a débouté une mère qui se plaignait de ce que le père, titulaire du droit de garde, avait retiré leur fille de l'établissement scolaire "Robert Catteau" - d'inspiration laïque - et l'avait inscrite à l'établissement "La Vierge Fidèle" - d'inspiration catholique. La mère était, en réalité, choquée de ce qu'une telle décision avait pu être prise sans concertation préalable avec elle. Le père expliquait cependant qu'il avait effectué ce choix pour des raisons pratiques, parce que l'école était plus proche de son lieu de travail. La Cour indiqua expressément que *"l'équilibre et la stabilité de l'enfant commandent que celle-ci ne doive pas sans cesse changer d'établissement scolaire au gré des fantaisies d'une des parties"*.

1018. Deux arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles ont, par ailleurs, laissé la mère gardienne des enfants choisir la langue de la scolarisation des enfants, sans faire droit à la demande du père qui aurait voulu un enseignement dispensé en une autre langue.

Un arrêt du 30 décembre 1974 ⁽¹⁵⁹¹⁾ a considéré que si l'enfant bilingue d'un père flamand bilingue et d'une mère wallonne unilingue est confié à sa mère, la mère effectue un choix judicieux en inscrivant désormais l'enfant dans une école francophone, puisque l'enfant est éduqué en français dans son milieu familial et que la mère ne peut suivre les études de son enfant que si elles se déroulent en français.

Un arrêt du 14 février 1979 ⁽¹⁵⁹²⁾ a réformé une ordonnance de première instance qui avait accordé à la mère la garde des trois enfants du couple, mais sous la condition que les enfants poursuivent leur enseignement dans une école du régime francophone. La mère avait, entre-temps, quitté Bruxelles et rejoint sa ville natale, Malines, où vivaient les membres de sa famille. Lors de la rentrée scolaire, elle s'était trouvée dans l'impossibilité d'inscrire ses enfants, en territoire flamand, dans une école francophone. La Cour considéra, sans attacher une particulière importance au fait que l'ordonnance du premier juge avait été délibérément violée, que la mère avait agi dans l'intérêt des enfants en les inscrivant dans une école néerlandophone proche de leur domicile et les magistrats ne firent pas droit à la demande du père des enfants.

1019. Ce n'est, en définitive, que dans le domaine des options religieuses et philosophiques de l'éducation de l'enfant qu'on trouve plusieurs décisions publiées qui ont fait droit au recours introduit devant les tribunaux par le parent non gardien sur le fondement de son droit de surveillance et qui ont imposé des limites ou des modifications aux choix opérés par le parent gardien.

Les situations dans lesquelles les tribunaux ont accueilli l'action du parent non gardien étaient chaque fois caractérisées par la circonstance que le parent gardien prenait l'initiative de changer, après la séparation, les conceptions philosophiques ou religieuses qui avaient présidé à l'éducation de l'enfant par les deux parents lors de leur vie commune.

⁽¹⁵⁹⁰⁾ Bruxelles, ch. jeun. 9 juin 1987, inédit, R.G. n° 3252/86.

⁽¹⁵⁹¹⁾ Bruxelles 30 décembre 1974, Pas. 1975, II, 95, R.W. 1975-76, col. 1941.

⁽¹⁵⁹²⁾ Bruxelles 14 février 1979, R.W. 1798-79, col. 2671.

C'est au nom du principe de la stabilité et de la continuité de l'éducation de l'enfant que les magistrats considérèrent qu'il était important, pour l'enfant, de maintenir les orientations philosophiques ou religieuses qui leur avaient été précédemment données.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 1 décembre 1981 ⁽¹⁵⁹³⁾ confirme une ordonnance du président du tribunal de première instance de Nivelles du 16 octobre 1981 qui avait ordonné à la mère de deux fillettes de 13 ans et 12 ans de les réinscrire à l'athénée de Waterloo, alors qu'elle les avait inscrites, au début de l'année scolaire, à l'Institut de l'Immaculée Conception à Braine-l'Alleud. Les enfants avaient toujours, précédemment, fréquenté des écoles de l'enseignement officiel laïque. Or la mère, sans avertir le père, les avait subitement inscrites dans une école de l'enseignement libre catholique. La mère expliquait sa décision par les carences de l'athénée de Waterloo sur le plan de l'organisation et de la discipline, elle précisait que la nouvelle école, même si elle appartenait officiellement à l'enseignement libre catholique, était composé en sa quasi totalité de laïcs et que beaucoup d'élèves étaient issus de familles non pratiquantes, voire non croyantes, et elle ajoutait que ses deux filles ne désiraient pas retourner à leur ancienne école. Toutes ces données auraient dû être vérifiées par les magistrats s'ils avaient voulu s'assurer des véritables raisons de la décision de la mère des enfants, mais il résulte de l'arrêt - et c'est probablement ce qui explique que les magistrats se soient montrés sévères à l'égard de la mère - que le père des enfants était le président de l'association des parents de l'athénée de Waterloo. Le conflit à propos du choix de l'école s'inscrivait dès lors, vraisemblablement, dans le contexte d'un règlement de comptes entre les époux.

La Cour considéra qu'il serait *"contraire à l'intérêt (des enfants) de se voir successivement soumises à des influences divergentes au plan philosophique"* et que *"leur jeune personnalité a, semble-t-il, plus de chances de se structurer et de s'épanouir si elle peut se guider sur des repères éducatifs constants et continus"*.

On ne peut pas cependant pas s'empêcher d'éprouver, rétroactivement, des inquiétudes pour la sérénité de ces deux enfants, obligées de réintégrer leur ancienne école, à la grande fureur de leur mère, et se demander si la décision n'aurait pas dû, en tout cas, être assortie de mesures d'investigation ou d'accompagnement psycho-social.

Une ordonnance du président du tribunal de première instance de Liège, prononcée le 15 octobre 1985 ⁽¹⁵⁹⁴⁾, a également fait droit à la demande du père d'une fillette de dix ans qui s'opposait à la décision que la mère avait prise de l'inscrire, dans sa nouvelle école, au cours de religion. Le magistrat constata que l'enfant n'était pas baptisée, qu'elle n'avait jamais reçu d'enseignement religieux, que les époux ne s'étaient pas mariés religieusement et qu'ils n'avaient pratiqué aucune religion. Il estima dès lors que l'intérêt de l'enfant imposait *"qu'il soit mis à l'abri d'une vocation subite ou d'un changement philosophique de son parent gardien"*.

Enfin, une autre ordonnance du président du tribunal de première instance de Liège, prononcée le 6 mai 1986 ⁽¹⁵⁹⁵⁾ a, à la demande du père, formulé à une mère qui exerçait la garde de quatre des cinq enfants du couple des injonctions extrêmement précises à propos de l'éducation religieuse des enfants. Cette femme avait, après la séparation, commencé à fréquenter les Témoins de Jehovah et le père souhaitait obtenir que les enfants ne soient pas mis en contact avec les Témoins de Jehovah.

(1593) Bruxelles 1 décembre 1981, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 65.

(1594) Civ. Liège, réf., 15 octobre 1985, Jur. Liège 1986, p. 45.

(1595) Civ. Liège, réf., 6 mai 1986, Jur. Liège 1986, p. 350.

Le tribunal, en des termes sévères qui sont vraisemblablement justifiés par l'inquiétude que suscite généralement l'adhésion des parents d'un enfant à la secte des Témoins de Jehovah, considéra que *"si postérieurement (à la vie commune des parties) un changement philosophique survient dans le chef de l'une ou l'autre d'entre elles, ses nouvelles convictions sont bien évidemment tout aussi respectables en elles-mêmes que les précédentes ou qu'un athéisme antérieur, mais qu'il ne peut être admis que l'intéressé les impose ou même simplement les fasse partager par l'enfant confié à sa garde et le mutile ainsi dans ses propres options à un âge où, de surcroît, il n'a pas, le plus souvent, le discernement requis pour un choix d'orientation susceptible d'engager tout son avenir"* Le tribunal fit dès lors *"défense"* (à la mère) *de mettre les enfants communs en contact avec les témoins de Jehovah, tant au niveau 'fermé' de rencontres, réunions, baptêmes ou congrès, que dans le cadre de manifestations ou démarches publiques (notamment et spécialement le porte-à-porte) et de les faire ou même laisser participer à ses propres activités en ces mêmes domaines, qu'elles soient celles de membre, aspirant, adepte ou autre qualité ou qualification généralement quelconque"*.

On ne peut que reposer, à la lecture de cette ordonnance, la question qui a déjà été posée précédemment (supra, n° 933) des véritables motifs de l'injonction comminée à la mère. A-t-elle réellement été justifiée, comme l'affirma le magistrat, par la considération que le parent gardien ne peut pas faire partager à ses enfants une nouvelle orientation philosophique ou religieuse, ou était-ce plutôt parce que les tribunaux sont particulièrement soucieux d'éviter qu'un enfant ne puisse être soumis à l'influence d'une secte comme celle des Témoins de Jehovah ?

Mais on peut aussi se demander, comme on l'a déjà fait observer (supra, n° 1010), si les tribunaux n'ont pas, en réalité, le souci de respecter les *"pactes"* que les parents auraient conclu, pendant leur vie commune, à propos des orientations religieuses ou philosophiques de l'éducation de l'enfant et si, même s'ils ne s'en expliquent guère, ils ne font pas application d'un principe plus général permettant de considérer que les parents sont engagés, l'un à l'égard de l'autre, par les décisions qu'ils ont prises ensemble dans l'exercice du droit d'éducation de l'enfant. Dans cette perspective, il serait alors logique d'étendre l'application de ce principe non seulement aux options philosophiques et religieuses mais à toutes les décisions importantes relatives à l'éducation de l'enfant, et notamment au choix de l'établissement scolaire ou de la langue de scolarisation de l'enfant.

1020. Il est, en tout cas, frappant de constater, une nouvelle fois, la référence faite par les magistrats au principe de la *"stabilité"* de l'enfant. C'est ce principe qui est généralement invoqué pour justifier la condamnation de l'initiative prise par le parent gardien de changer l'orientation religieuse ou philosophique de l'éducation de l'enfant.

Or, sous réserve de la problématique particulière posée par l'appartenance d'un des parents à la secte des Témoins de Jehovah, il faut bien reconnaître que ce qui est choquant, dans l'attitude des mères sanctionnées par les décisions qui viennent d'être commentées, ce n'est pas d'avoir changé un enfant d'école ou de l'avoir inscrit à un cours de religion plutôt qu'à un cours de morale, mais c'est d'avoir pris seules une telle décision, sans avoir cherché à y associer le père de l'enfant, alors que cette décision pouvait avoir des conséquences dans sa relation avec ses enfants et dans son projet éducatif pour ses enfants.

Car, ce qui perturbe essentiellement l'équilibre ou la stabilité d'un enfant, bien plus qu'un changement d'école ou un changement de références religieuses ou philosophiques, c'est que ses parents n'aient pas pu préalablement en parler, qu'ils n'aient pas pu se concerter, qu'ils n'aient pas pu ensemble apprécier les avantages et les inconvénients de ce changement pour l'organisation de la vie familiale et pour l'éducation de l'enfant. Ce qui déstabilise un enfant, c'est de percevoir que la décision prise unilatéralement par un de ses

parents provoque la colère de l'autre parent, parce qu'on ne tient pas compte de son point de vue, parce qu'on l'écarte de la vie de ses enfants ou, même parfois, parce qu'un des objectifs de cette décision était de poursuivre le règlement de comptes entre époux en frappant un nouveau coup. L'enfant est, alors, piégé, parce qu'un de ses parents lui demande d'exécuter une décision que l'autre parent lui demande, explicitement ou implicitement, de ne pas exécuter et, sauf à produire des mécanismes de défense ou de fuite, l'enfant ne peut que se trouver en grande difficulté ou en grande souffrance dans de telles situations (supra, Titre II, n° 343).

Il est dès lors intellectuellement insatisfaisant que les tribunaux justifient leur injonction faite au parent gardien de rapporter la décision qu'il a prise de changer l'orientation philosophique de l'enfant par la nécessité de maintenir, pour l'enfant, une ligne idéologique stable. Ce n'est pas, en effet, cette stabilité-là qui est, fondamentalement, nécessaire pour l'enfant. Ce qui lui est nécessaire, c'est la sécurité mentale et psychique que lui procure une décision qui a été concertée par ses parents et qui a reçu l'aval de chacun de ses deux parents.

Mais affirmer une telle solution aboutit, au plan juridique, à exiger le consentement du parent non gardien à propos des décisions importantes relatives à l'éducation de l'enfant et à instaurer un régime de "*garde conjointe*" (infra, n° 1025 et s.). Or, les tribunaux restent, en Belgique, très réticents à envisager une telle formule, parce qu'elle porterait atteinte au principe traditionnel de l'unité de l'éducation de l'enfant et de la concentration exclusive de la responsabilité éducative entre les mains du parent gardien.

B. Le droit d'information et de concertation

1. Le devoir d'information et de concertation du parent gardien

1021. Alors que le droit de surveillance du parent non gardien avait été conçu dans une perspective restrictive de manière à préserver le principe de l'unité et de la stabilité de l'éducation de l'enfant dans le milieu familial du parent gardien, et qu'il se trouvait dès lors généralement limité à un droit de recours devant les tribunaux, une certaine doctrine et une certaine jurisprudence ont, récemment, conféré à ce droit de surveillance une portée plus large.

Cette évolution, qu'il y a lieu de mettre en parallèle avec l'évolution de la nature et de la portée du droit aux relations personnelles du parent non gardien (supra, n° 958), traduit la révision progressive des idées et des mentalités à propos de l'exercice de la fonction parentale après une séparation ou un divorce. Le développement d'une conception qui tend à permettre à chacun des parents de conserver sa responsabilité et son engagement de parent à l'égard de son enfant conduit à une extension progressive des prérogatives et des devoirs du parent non gardien.

C'est dans ce contexte qu'on a soutenu, à juste titre, que le parent non gardien se trouvait dans l'impossibilité d'exercer un réel droit de surveillance ou de regard sur l'éducation de son enfant s'il ne recevait pas des informations précises à propos de cette éducation.

On a dès lors progressivement admis que le parent non gardien pouvait faire valoir à l'égard du parent gardien un "*droit d'information*" et un "*droit à la consultation, à la discussion*" ⁽¹⁵⁹⁶⁾, ce qui implique que le parent gardien aurait désormais l'obligation

⁽¹⁵⁹⁶⁾ Voy. dans la doctrine française, A. Benabent, *Droit civil, La Famille*, 2ème éd., 1984, Litec, Paris, n° 616; M.J. Gebler, *Jurisclasseur civil, Divorce : conséquences à l'égard des enfants*, Fasc. n° 70, n° 7 et s.; H. Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, p. 59, n° 50. Le développement de cette doctrine, en France, s'est appuyé, au plan juridique, sur la consécration par le législateur, en termes formels, dans la loi du 4 janvier 1970 relative à l'autorité parentale (art. 372-2 Code civil français) du "*droit de*

d'informer, à l'avance, le parent non gardien des décisions éducatives importantes qu'il se propose de prendre et, même, de recueillir l'avis du parent non gardien.

Cette évolution des conceptions a été, en France, entérinée, à tout le moins partiellement, par la loi du 22 juillet 1987 relative à l'autorité parentale. Le nouvel article 288 du Code civil français dispose en effet : *"L'époux à qui la garde des enfants n'a pas été confiée conserve le droit de surveiller leur entretien et leur éducation . Il doit être informé en conséquence des choix importants relatifs à la vie de ces derniers"* (1597).

Au Canada, la récente loi sur le divorce a, en des termes plus généraux, reconnu aussi à l'époux qui obtient un droit d'accès le droit, sauf ordonnance contraire du tribunal, de *"demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant"* (art. 16.5 loi concernant le divorce et les mesures accessoires) (1598).

1022. Cette nouvelle approche de la portée du droit de surveillance du parent non gardien a également trouvé un écho dans la jurisprudence belge.

Un jugement du tribunal de première instance de Nivelles du 5 avril 1983 (1599), qui statuait dans un litige où les aspects financiers étaient prépondérants, parce que la mère réclamait au père la moitié des frais médicaux qu'elle avait engagés pour l'enfant des parties, a, en faisant expressément référence au texte de l'article 303 du Code civil et au droit de surveillance du parent non gardien, considéré que la mère avait *"omis de consulter le père de l'enfant sur l'opportunité de pareils traitements"*. Pour le tribunal, l'octroi de la garde et de l'administration de la personne des enfants à un des parents *"ne confère pas à celui-ci un blanc-seing pour recourir à des traitements dentaires, ophtalmiques ou cliniques éventuellement somptuaires qui seraient à charge pour moitié de l'autre parent sans que ce dernier ne puisse proposer un autre médecin, un autre traitement ou une autre clinique éventuellement moins coûteux et tout aussi efficaces"*.

Dans son arrêt déjà commenté du 29 mai 1984, la Cour d'appel de Bruxelles (1600) a également affirmé que la *"mission de surveillance et de contrôle (du parent non gardien) appelle la nécessité d'une concertation entre les ex-époux, surtout au moment où vient s'imposer un choix nouveau, voire un changement dans l'orientation des études"*.

Dans la jurisprudence non publiée, il est également intéressant de relever que, dans un litige où il était apparu, à la suite d'une étude sociale, que la mère avait mis en place *"des règles de fonctionnement du système familial"* qui *"cherchaient à soustraire les enfants au père"*, le tribunal de la jeunesse de Bruxelles, dans un jugement prononcé le 27 février

surveillance" du parent non gardien. La volonté du législateur de reconnaître plus explicitement que dans l'article 303 du Code Napoléon le droit de surveillance du parent non gardien a justifié, semble-t-il, l'extension donnée, en France, à cette prérogative de l'autorité parentale (voy. R. Legeais, L'autorité parentale, p. 103, n° 109).

(1597) Voy. à propos de ce texte, H. Fulchiron, Les relations parents-enfants dans le nouveau droit français de l'autorité parentale, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 413, n° 18 à 21.

(1598) Voy. A. Mayrand, La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale (1988), R. du B. Can., p. 204; D. Marcelli, Précis du droit de la famille, p. 235.

(1599) Civ. Nivelles, 5 avril 1983, Rev. trim. dr. fam. 1985, p. 403.

(1600) Bruxelles 29 mai 1984, Rev. trim. dr. fam. 1986, p.444 (voy. supra, n° 1017).

1990 (1601), a, en même temps qu'il fixait les modalités du droit de visite du père, fait obligation à la mère de communiquer au père les bulletins et les programmes de loisirs des deux enfants, âgés de 14 et 12 ans et demi.

2. Les démarches effectuées auprès de tiers

1023. Dans le contexte de l'élargissement du droit de surveillance, on a également admis que le parent non gardien pouvait directement s'adresser à des tiers qui sont associés à l'éducation ou à l'entretien de l'enfant et leur demander des informations à propos de l'enfant.

On songe plus particulièrement à la possibilité pour le parent non gardien de rencontrer le directeur de l'école et le professeur de l'enfant et de demander la communication d'une copie des bulletins de l'enfant ou du programme des activités scolaires (1602).

On songe aussi à la possibilité pour le parent non gardien de prendre contact avec une clinique, un médecin ou un psychologue qui soigne l'enfant et de lui demander des informations précises à propos de l'état de santé de l'enfant.

L'exercice par le parent non gardien d'un droit de surveillance n'aurait guère de consistance ou de portée pratique si ce parent était privé du pouvoir de recueillir les éléments d'information qui lui sont nécessaires pour comprendre la situation ou l'évolution de son enfant. Le parent gardien ne pourrait dès lors pas prétexter de l'exercice exclusif du droit d'éducation pour interdire de telles démarches.

1024. Le droit de surveillance paraît dès lors impliquer, aussi, que le parent non gardien a le pouvoir de prendre certaines initiatives qu'il juge utiles pour apprécier les besoins de son enfant, comme par exemple consulter lui-même un médecin ou un psychologue avec l'enfant.

Sans doute, sera-t-il toujours préférable, pour assurer la cohérence de l'éducation de l'enfant et éviter de l'impliquer dans une surenchère de consultations, que les deux parents se concertent avant de prendre de telles initiatives, mais, à peine de vider le droit de surveillance de sa substance, rien ne devrait empêcher, en droit, lorsqu'une telle concertation s'avère provisoirement impossible, que le parent non gardien entreprenne avec l'enfant, auprès des personnes qualifiées, les démarches qui lui paraîtraient utiles pour obtenir leurs conseils ou leur aide dans l'intérêt de l'enfant.

(1601) Trib. jeun. Bruxelles 27 février 1990, inédit

(1602) Voy. l'ordonnance de référé du président du tribunal de grande instance de Paris du 23 février 1971 (Rev. trim. dr. san. soc. 1971, p. 390, obs. P. Raynaud) qui précise que *"le droit de surveillance du père est normalement exercé de son fait par un contrôle régulier de la conduite, de la santé, de l'évolution intellectuelle et de la scolarité de son fils"* et *"un contact avec la direction de l'établissement où il se trouve placé et avec le professeur principal"*.

En France, des circulaires ministérielles ont reconnu au parent non gardien le droit de se faire communiquer par les chefs d'établissements *"les informations relatives au déroulement des études ainsi qu'aux décisions qui s'y rapportent"*, notamment les bulletins scolaires et les avis d'orientation. Voy. H. Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, p. 60, n° 51. L'auteur fait toutefois observer que l'entretien qu'il a eu avec le directeur d'un collège de la banlieue lyonnaise a révélé que, dans les faits, seul le parent gardien participe effectivement à la vie scolaire de l'enfant. L'élargissement des droits du parent non gardien n'implique par conséquent pas qu'il cherche, pour autant, à les exercer. C'est l'occasion de rappeler une nouvelle fois, que les droits de la fonction parentale sont, aussi, et même surtout, des devoirs à l'égard de l'enfant.

SECTION II - L'EXERCICE CONJOINT DU DROIT D'EDUCATION

§ 1. L'AVENEMENT DE LA GARDE CONJOINTE

1025. Le modèle du droit d'éducation exclusif était fondé sur la double idée de la nécessaire unité de l'éducation de l'enfant et de l'impossibilité pour deux parents séparés ou divorcés de s'entendre à propos de cette éducation.

Commentant la disposition du Code civil français qui, avant la réforme opérée par la loi du 22 juillet 1987, attribuait l'exercice de l'autorité parentale au parent gardien, le doyen Carbonnier écrivait : *"A la direction conjointe, qui était la règle pendant le mariage, le divorce substitue donc une direction unitaire. C'était une nécessité : des époux en état d'hostilité, on ne pouvait plus guère espérer qu'ils agissent de concert, outre qu'ils vont peut-être résider à une plus grande distance l'un de l'autre. Une concentration des pouvoirs étant ainsi inévitable, il était raisonnable qu'elle se fit sur la tête de l'époux gardien : c'est lui qui aura l'enfant à portée de la vue et de la voix"* (1603).

Ce modèle présentait cependant un inconvénient considérable; il organisait, en termes juridiques, le désengagement d'un des parents de sa fonction de parent. Privé non seulement du droit de garde mais aussi du droit d'éducation, le parent non gardien n'exerçait plus qu'une fonction parentale dévaluée et disqualifiée.

Pendant longtemps, cet inconvénient ne parut toutefois pas porter sérieusement à conséquences. Dans un univers socio-culturel où l'éducation d'un enfant devait être assurée selon une logique disciplinaire-autoritaire, il n'importait pas tellement que l'autorité ne soit exercée que par un seul des parents. L'essentiel par contre était que cette autorité puisse être exercée de façon ferme et efficace.

Une telle conception allait toutefois être fondamentalement remise en cause à partir des années septante.

1026. L'évolution des idées a certainement été, à l'origine, stimulée par les revendications formulées par des mouvements de pères (1604) qui se plaignaient d'être systématiquement écartés, lors d'une séparation ou d'un divorce, de l'exercice de leur fonction parentale. Dans la mesure où la garde des enfants était effectivement, dans la très grande majorité des situations, confiée à la mère, c'était, conformément au modèle du droit d'éducation exclusif, la mère qui détenait l'autorité parentale et exerçait le droit d'éducation de l'enfant. Des pères qui, pendant la vie commune, avaient, en raison de la redistribution des rôles conjugaux, pris une part active dans l'éducation de leur enfant ne comprenaient pas qu'ils pouvaient, quelques années plus tard, être *"éjectés"* (1605) de leur fonction parentale, et ils revendiquèrent la possibilité de rester, après la séparation du couple, des pères à part entière.

(1603) J. Carbonnier, Droit civil, T. II, 1979, p. 229, n° 74 .

(1604) Un des premiers ouvrages qui défendit la cause de la garde conjointe aux Etats-Unis (M. Roman et W. Haddad, *The disposable parent*, 1978) avait été écrit par deux pères qui se prévalaient essentiellement, pour soutenir et justifier leurs idées, de leur qualité de pères exclus, en raison de leur divorce, de l'exercice de leur fonction parentale.

(1605) Le terme *"parent éjecté"* pourrait constituer la traduction française du titre de l'ouvrage de M. Roman et W. Haddad, *The disposable parent*.

1027. Mais ce sont, surtout, les réflexions et les recherches menées dans le secteur des sciences humaines qui ont contribué à ébranler le modèle de la concentration des prérogatives parentales entre les mains du parent gardien.

Des chercheurs se sont attachés à montrer que c'était une illusion de croire qu'on assurait la sécurité psycho-affective d'un enfant et la cohérence de son éducation en attribuant l'autorité parentale à un seul de ses parents. Si des parents sont en conflit et restent dans un état d'hostilité et d'affrontement, le sentiment de sécurité de l'enfant et la cohérence de son éducation sont menacés même lorsqu'on prive un des parents de l'exercice du droit d'éducation de l'enfant, parce que l'enfant, quelle que soit la décision juridique adoptée, est de toute manière confronté, dans le vécu de ses relations avec chacun de ses parents, à la réalité de la situation conflictuelle. *"Contrairement aux adultes, ont indiqué J. Goldstein, A. Freud et A.J. Solnit, les enfants sont incapables d'avoir des liens affectifs avec différentes personnes qui n'ont pas de rapport entre elles ou sont hostiles les unes aux autres. Ils ne peuvent aimer librement des personnes différentes que dans la mesure où celles-ci s'accordent entre elles. Dans le cas contraire, ils deviennent la proie de graves conflits de loyauté"* (1606).

C'était dès lors un mythe de penser que l'attribution juridique à un des parents de la responsabilité exclusive de l'éducation de l'enfant était susceptible de préserver l'enfant, dans sa vie d'enfant, des conséquences pathogènes des conflits entre ses parents, sauf à imaginer de faire disparaître complètement et définitivement un des deux parents de l'existence de l'enfant (1607), mais une telle solution serait irréaliste et elle provoquerait, par ailleurs, d'autres conséquences pathogènes sur le développement psycho-affectif de l'enfant.

La solution traditionnelle de l'exercice exclusif de l'autorité parentale ne produisait dès lors pas, dans les faits, les effets qu'on était censé en attendre, parce qu'elle n'apportait aucune solution véritable à la situation de conflit entre les parents et parce qu'elle n'empêchait pas que l'enfant soit impliqué dans cette situation de conflit.

Mais, au surplus, les experts en sciences psycho-sociales mirent l'accent sur les effets pervers du modèle de l'autorité parentale exclusive. En obligeant les deux parents, lorsqu'ils se séparaient, à s'affronter, pour tenter d'obtenir, l'un au détriment de l'autre, l'exercice exclusif des droits parentaux, les parents déclenchaient, en réalité, ce que des auteurs américains ont appelé une *"winner take all battle"*, c'est-à-dire *"une bataille où le vainqueur s'adjuge tout"* (1608).

La règle de l'exercice exclusif de la fonction parentale par un seul des parents aboutit dès lors, paradoxalement, à attiser l'hostilité entre les parents; elle renforce les sentiments d'amertume, de frustration, d'angoisse et d'agressivité et elle menace, par là même, le sentiment de sécurité et la cohérence de l'éducation de l'enfant.

Comme l'a écrit un expert américain : *"The notion of winner takes all causes the parents to take adversary positions regarding custody. It forces exaggeration and mistruth. It*

(1606) J. Goldstein, A. Freud et A.J. Solnit, Dans l'intérêt de l'enfant, p. 26.

(1607) C'est cette solution que, sur la base de leurs prémisses, J. Goldstein, A. Freud et A.J. Solnit avaient, à l'époque, préconisée, puisqu'ils avaient suggéré qu'en cas de séparation ou de divorce, le tribunal choisisse le parent qui exercerait désormais la garde et l'éducation de l'enfant, sans accorder aucun droit de visite légal à l'autre parent (voy. supra, Titre II, n° 356).

(1608) Voy. H. J. Folberg et M. Graham, Joint Custody of Children Following Divorce, (1979) 12 U.C. Davis L. Rev., p. 526.

discourages the parents from focusing on what is really the best interests of any individual child. It discourages mature compromise and encourages competition for control and struggles for power" (1609).

1028. C'est en réaction aux effets dommageables pour les enfants du modèle traditionnel - qualifié dans la littérature anglophone de *"sole custody"* - que se dégagea progressivement le modèle qualifié dans les pays de common law de *"joint custody"* et fréquemment désigné en langue française de *"garde conjointe"* (1610).

La conception qui est à la base de la *"garde conjointe"* est que l'intérêt d'un enfant de parents séparés est véritablement pris en compte, non pas lorsqu'on cherche, dans un climat de compétition et d'affrontement, à déterminer lequel des deux parents est le plus apte à assurer la responsabilité de l'éducation de l'enfant, mais, au contraire, lorsqu'on cherche à favoriser la coopération et la collaboration entre chacun des parents, de façon à ce qu'ils restent l'un et l'autre le parent de l'enfant et qu'ils assument l'un et l'autre leur part de responsabilité dans l'éducation de leur enfant.

La garde conjointe implique dès lors que les parents puissent participer l'un et l'autre à l'exercice effectif de la fonction parentale et qu'ils prennent l'un et l'autre les décisions importantes relatives à l'éducation de l'enfant, de façon à ce que l'enfant puisse, après la séparation, continuer à entretenir une véritable relation avec chacun de ses parents, sans que l'un ne soit, psychologiquement et juridiquement, exclu de son engagement et de ses responsabilités de père ou mère de l'enfant (1611).

(1609) S.F.G. Schwartz, *Toward a Presumption of Joint Custody*, (1984) Fam. L. Q. p. 233.

(1610) Comme on l'a déjà indiqué (supra, n° 1006), le concept de *"garde conjointe"* n'est pas adéquat dans la terminologie juridique francophone, parce qu'il désigne, en réalité, la *"responsabilité conjointe de l'éducation de l'enfant"*. La confusion terminologique procède de ce que, dans les pays de common law, le concept de *"custody"* ne correspond pas à notre concept de *"garde"*, même si on a tendance à le traduire par *"garde"*. La *"custody"* désigne un ensemble de prérogatives de l'autorité parentale qui excède largement la garde et qui comprend le droit d'éducation (*"upbringing"*).

(1611) On a proposé de multiples définitions de la garde conjointe.

Dans la littérature anglo-saxonne, voy. J.D. Payne et P.J. Boyle, *Divided opinions on joint custody*, (1979) 2 Fam. Law Rev., p. 166 : *"Joint custody recognizes that marriage breakdown ends the husband-wife relationship but need not, and should not, end the parent-child relationships and gives to each parent a degree of responsibility for and control over a child's upbringing and development"* ; D.J. Miller, *Joint Custody*, (1979/80) 13 Fam. L.Q. p. 360 : *"The essence of joint custody is that both parents share responsibility and authority with respect to the children. This involves parental consultation and agreement on all major decisions affecting the children"*.

En littérature francophone, voy. A. Mayrand, *La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale*, (1988) R. Du B. Can., p. 217 : *"On peut définir la garde conjointe comme le droit et le devoir reconnus à des père et mère divorcés ou séparés de prendre ensemble les décisions importantes que le soin et l'éducation de leur enfant requièrent"*.

En littérature néerlandophone, où on utilise fréquemment le terme de *"co-ouderschap"*, voy. R. Uyttendaele, *Co-ouderschap en de echtscheiding door onderlinge toestemming*, R. G.D.C. 1989, p. 286, n° 3 : *"De essentie (van co-ouderschap) is dat beide ouders verantwoordelijk blijven voor en betrokken blijven bij de opvoeding van hun kinderen over de echtscheiding heen"*.

§ 2. LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA GARDE CONJOINTE.

1029. La résistance des juristes à se dégager d'un modèle traditionnel de référence et à intégrer un modèle nouveau et différent explique l'écart qui a pu se produire, depuis plusieurs années, entre la reconnaissance de la garde conjointe dans les sciences psychosociales et le mode de fonctionnement des pratiques juridiques.

Au Québec, le professeur Jean Pineau écrivait, encore, en 1983, alors que la garde conjointe avait déjà été reconnue dans de nombreux Etats américains : *"Cette notion de garde pseudo-conjointe nous paraît être un faux problème et une complication inutile. La dichotomie de la garde en garde juridique et garde physique ne peut être que source d'embarras"* (1612).

En Belgique, la méfiance reste, même aujourd'hui, extrêmement vive et il est le plus souvent impossible, pour le parent qui n'exerce pas la garde de l'enfant, d'obtenir devant les tribunaux qu'il soit associé à l'exercice du droit d'éducation de l'enfant, si le parent non gardien ne marque pas expressément son accord sur cette solution (infra, n° 1047).

Il n'empêche que le modèle de la responsabilité conjointe de l'éducation de l'enfant a progressivement influencé les pratiques et les règles juridiques, en respectant des rythmes propres à chaque culture et à chaque collectivité politique.

C'est dans les pays de common law que l'évolution s'est le plus rapidement dessinée.

1030. Aux Etats-Unis, un grand nombre d'Etats ont adopté des législations spécifiques introduisant le modèle de la *"joint custody"* dans la réglementation de l'exercice de l'autorité parentale lors du divorce (1613).

La législation la plus fréquemment citée - encore qu'elle ne fût pas la première (1614) - est celle de l'Etat de Californie. Une loi du 22 septembre 1979 réforma la section 4600 du Code civil en y insérant le préambule suivant : *"Le législateur considère et déclare que la politique de cet Etat est d'assurer aux enfants mineurs des contacts fréquents et prolongés avec chacun de leurs deux parents, après que ceux-ci se soient séparés ou que le mariage ait été dissous et d'encourager les parents à partager les droits et les responsabilités des soins et de l'éducation des enfants afin de mettre cette politique en pratique"*. Cette législation prévoit que lorsque les deux parents expriment leur accord sur un système de *"joint custody"*, il existe une présomption que ce régime est conforme au meilleur intérêt de l'enfant. Si les parents ne sont pas d'accord, le texte prévoit que le juge peut ordonner soit un système de *"joint custody"*, soit un système de *"sole custody"*, sans indiquer une préférence pour l'un par rapport à l'autre, mais si le juge renonce à ordonner un système

(1612) J. Pineau, *La famille : Droit applicable au lendemain de la loi 1989*, P.U.M. Montréal, 1983, p. 175

(1613) Voy. à propos de ces différentes législations, E. Scott et A. Derdeyn, *Rethinking Joint Custody*, (1984) *Ohio State Law Journal*, p. 455 et s.

(1614) La première législation américaine relative à la garde conjointe fut celle adoptée en 1975 par l'Etat de Caroline du Nord.

de *"joint custody"*, il doit expressément indiquer dans son jugement les raisons de sa décision ⁽¹⁶¹⁵⁾.

Certaines législations, comme celle de l'Etat de Floride ou de l'Idaho, ont même établi une présomption en faveur du système de *"joint custody"*, sans distinguer selon que les deux parents expriment ou n'expriment pas leur accord sur cette solution, et le juge est dès lors tenu d'ordonner la garde conjointe, sauf s'il constate que ce système est préjudiciable pour l'enfant.

Par contre, d'autres Etats américains qui ont instauré le régime de *"joint custody"* ne prévoient pas que le juge puisse imposer un tel système lorsqu'un des parents s'y oppose.

1031. Au Canada, ce sont les cours et tribunaux qui ont progressivement admis des formules d'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant, mais, le plus souvent, elles ne sont organisées dans une décision judiciaire que lorsqu'elles sont proposées et acceptées par les deux parents ⁽¹⁶¹⁶⁾. La loi fédérale sur le divorce, sans aborder expressément la problématique de la garde conjointe, laisse, par contre, au juge tout pouvoir d'appréciation, en se bornant à préciser que *"l'ordonnance rendue par le tribunal ... peut prévoir la garde par une ou plusieurs personnes"* (art. 16.4 loi concernant le divorce et les mesures accessoires).

Dans la province du Québec, un jugement prononcé le 17 juin 1986 par la Cour supérieure du Québec ⁽¹⁶¹⁷⁾ a expressément tranché la question de savoir si le juge pouvait faire droit à une demande de garde conjointe qui était contestée par un des parents mais qui était recommandée par les deux experts nommés par le tribunal. Le juge Gomery, constatant *"l'écart entre le domaine juridique et celui des sciences humaines"* a, en se référant à la loi canadienne sur le divorce, décidé *"qu'il possède le droit d'ordonner que les deux parents exercent conjointement la garde d'un enfant, même s'ils ne sont pas d'accord qu'il soit ainsi décidé"* et que *"ce droit devient un devoir si le tribunal estime qu'une telle ordonnance sera bénéfique pour l'enfant, ou du moins qu'il est probable que l'intérêt de l'enfant sera mieux servi"*. *"Dans son appréciation de la matière, il peut, poursuit le juge, prendre en considération l'effet psychologique d'une ordonnance qui confie la garde exclusive de l'enfant à l'une ou l'autre des parties; parfois l'effet négatif d'un tel jugement sur l'état d'esprit du parent privé de la garde pourrait être nuisible à"*

⁽¹⁶¹⁵⁾ On observera cependant que, de façon à introduire dans cette législation toutes les nuances qui peuvent s'avérer nécessaires, le législateur californien a ajouté en 1988 un paragraphe complémentaire à la section 4600 du Code civil. Le nouveau texte précise : *"Cette section n'établit aucune préférence ni présomption pour ou contre la garde conjointe, la garde physique conjointe ou la garde exclusive, mais elle donne au tribunal et à la famille la plus entière liberté de choisir un projet parental qui soit dans le meilleur intérêt de l'enfant ou des enfants"*. Voy. W. Wadlington, Les Etats-Unis d'Amérique : un nouveau point sur les questions relatives aux enfants, in Regards sur le droit de la famille dans le monde, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, C.N.R.S., Paris, 1991, p. 143.

⁽¹⁶¹⁶⁾ Voy. C. L'Heureux-Dubé, La garde conjointe, concept acceptable ou non ?, (1979) 39 R.du B., p. 835 et s. et les références à la jurisprudence, p. 838, notes 10 à 14; A. Mayrand, La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale, (1988) 67 R.du B. Can., p. 193 et s.; M. Provost, Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant : réflexions à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel, (1987), R.du B., p. 199 et s., spéc. p. 211-213; J.P. Ryan, Joint Custody in Canada : Time for a second Look, (1986) 49 R.F.L. (2 d), p. 119 et s.

⁽¹⁶¹⁷⁾ Droit de la famille 301, (1986) R.J.Q. p. 2141.

l'intérêt de l'enfant" . En l'espèce, "le tribunal constate que, pour la mère, il serait extrêmement important psychologiquement qu'elle ne soit pas privée d'une participation à l'éducation de ses enfants" et qu'"il ne faut pas oublier que (le père) a agi unilatéralement dans le passé et le jugement ne devrait pas lui laisser l'impression qu'il a le droit de prendre des décisions importantes qui affectent la vie des enfants, sans même consulter la requérante".

La Cour d'appel du Québec (1618) a cependant réformé ce jugement, non pas parce qu'elle excluait, en droit, la possibilité d'imposer une garde conjointe, mais parce qu'elle a considéré que, dans le cas d'espèce, cette garde conjointe n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant, en raison de la trop grande divergence de vues entre les deux parents. Dans son opinion justifiant l'arrêt, le juge Gendreau a exprimé les considérations suivantes : *"Bien que très conscient des difficultés d'application de la garde conjointe, je ne peux la caractériser comme non disponible au juge. Toutefois, avant de l'imposer, le juge, sachant l'importance de l'unité de direction et la continuité dans l'éducation d'un enfant, surtout s'il est jeune, devra s'assurer qu'elle a des chances de réussir. C'est pourquoi, il lui faudra être convaincu que les époux seront tous deux de bons parents et surtout qu'ils sont capables de passer outre leurs querelles personnelles pour collaborer ensemble au meilleur développement de leurs enfants. Je reconnais aisément, et je ne crois pas faire ainsi preuve de pessimisme, que la rencontre de ces conditions sera moins fréquente qu'il pourrait être souhaitable qu'elle le fût ... Je crois enfin que le juge pourra, s'il le croit à propos, définir aux parties des activités ou décisions où elles devront s'entendre. Ainsi, par exemple, il pourra prévoir spécifiquement que le choix de la maison d'enseignement, du camp de vacances, des traitements médicaux à long terme d'un enfant handicapé, devront faire l'objet d'un accord entr les ex-conjoints. En délimitant précisément les limites du rôle additionnel conféré à celui qui n'est pas le gardien, il évitera de créer des litiges sur le contenu même des droits de chacun"* (1619).

1032. En France, la reconnaissance juridique de l'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant a été assurée, dans un premier temps, par la jurisprudence et, dans un second temps, par le législateur.

La problématique de la *"garde conjointe"* a été, à l'origine, considérablement embrouillée par la circonstance que certaines juridictions avaient, au début des années 1980, admis un exercice alterné de l'autorité parentale par chacun des parents, à tour de rôle, une année sur deux. Compte tenu de ce que, dans le contexte législatif de l'époque (art. 372-2 Code civil français antérieur à la loi du 22 juillet 1987), l'attribution du droit de garde à un des parents entraînait, de plein droit, lors du divorce, l'exercice par ce parent des autres prérogatives de l'autorité parentale et, notamment, du droit d'éducation, on avait imaginé, pour réaliser l'égalité entre les parents, de confier, à un des parents, pendant un an, l'exercice exclusif des attributs de l'autorité parentale et, notamment, du droit de garde et du droit d'éducation, et, à l'autre parent, pendant l'année suivante, l'exercice exclusif des

(1618) Droit de la famille 301, (1988) R.J. Q. , p. 17

(1619) Voy. un cas d'application dans Droit de la famille 1219, (1989) R.D.F., p. 112, où un juge de la Cour supérieure du Québec précise que le père, qui résidait en France, alors que la mère résidait avec l'enfant à Montréal, *"a conjointement avec (la mère) les droits relatifs à l'éducation à l'extérieur du foyer, notamment le choix de la maternelle et de l'école primaire"*.

mêmes attributs de l'autorité parentale ⁽¹⁶²⁰⁾. C'est ce système qui, en France, fut, à l'origine, qualifié de *"garde alternée"* et la confusion entre cette forme de garde alternée et ce qu'on appelle aujourd'hui la garde alternée ou partagée (supra, n° 904) a incontestablement compliqué les débats relatifs à l'opportunité de ces différentes formules. Car il paraît assez évident que l'alternance de l'exercice des prérogatives de l'autorité parentale, si elle a sans doute pour objectif de ne pas frustrer un des parents, manque par contre totalement l'objectif qui est mis en exergue dans la garde conjointe et qui est d'instaurer une concertation entre le père et la mère partageant les responsabilités de l'éducation de l'enfant. C'est la raison pour laquelle le système de garde alternée originellement envisagé en France fut sérieusement critiqué et, au demeurant, rejeté par d'autres juridictions ⁽¹⁶²¹⁾.

Parallèlement à cette pratique curieuse de la garde alternée, la jurisprudence française accueillit, aussi, la *"garde conjointe"* appelée également *"autorité parentale conjointe"*. Créée par les juges parisiens, à partir de la fin des années septante, cette pratique était déjà largement répandue en province, dès 1983, selon les précisions apportées à cette époque par le Garde des Sceaux à l'Assemblée Nationale ⁽¹⁶²²⁾, bien que certaines juridictions s'y opposaient sur la base d'arguments textuels ⁽¹⁶²³⁾. Cette garde conjointe n'était cependant acceptée, selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, que lorsque *"les parents conscients de leurs responsabilités sont aptes à les assurer et profondément d'accord pour continuer à exercer conjointement l'ensemble des attributs de l'autorité parentale"* ⁽¹⁶²⁴⁾.

C'est dans ce contexte jurisprudentiel qu'intervint, après un premier arrêt qui avait déjà indirectement admis la légalité de la garde conjointe ⁽¹⁶²⁵⁾, l'arrêt de la Cour de cassation

⁽¹⁶²⁰⁾ En ce sens, voy. Montpellier 22 avril 1980 et Nîmes 21 octobre 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 451 et 457, Gaz. Pal. 1981, I, p. 95 et la note M. Brazier; voy. égal. trib. gr. inst. Créteil, juge aff. matr., 4 décembre 1981, cité par C. Neirinck - Campredon, La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 292, n° 336.

⁽¹⁶²¹⁾ Voy. Grenoble 8 mars 1982, J.C.P. 1983, IV, 331, qui considère que le système d'exercice alterné de l'autorité parentale porte atteinte à *"l'unité de foyer, l'unité de direction et l'unité d'éducation indispensables pour que l'enfant se développe et s'épanouisse"*, qu'il *"risque de créer une instabilité renouvelée"* et que l'enfant *"risque d'être traumatisé par cette garde pendulaire"*.

⁽¹⁶²²⁾ Voy. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, Chronique de jurisprudence, Personnes et droits de famille, Rev. trim. dr. civ. 1984, p. 95; H. Fulchiron, Autorité parentale et parents désunis, p. 152, n° 154.

⁽¹⁶²³⁾ Reims, 19 novembre 1981, Rép. Defrenois 1982, p. 1256, et la note critique J. Massip. Selon cet arrêt, *"toute possibilité de garde associée ou conjointe est exclue par l'article 287 du Code civil qui dispose que selon l'intérêt des enfants mineurs, leur garde est confiée à l'un ou à l'autre des époux"*.

⁽¹⁶²⁴⁾ Paris 27 octobre 1982, D. 1983, I.R., p. 449, obs. A. Benabent.

⁽¹⁶²⁵⁾ Cass. civ. 21 mars 1983, D. 1983, II, 53, note T. Moussa; J.C.P. 1984, II, 20163, note A. Dekeuwer; Rép. Defrenois 1983, p. 1488, obs. J. Massip; voy. égal. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, Rev. trim. dr. civ. 1984, p. 95.

de France du 2 mai 1984 ⁽¹⁶²⁶⁾ qui, s'inspirant de considérations plus politiques que juridiques, consacra le régime de l'exercice conjoint de l'autorité parentale mais condamna, par contre, le régime de l'exercice alterné des prérogatives de l'autorité parentale. Selon la Cour de cassation de France, *"si, en cas de divorce, le juge tenant compte des accords passés entre époux, peut confier conjointement la garde des enfants communs à leurs père et mère, il ne peut leur en confier alternativement la garde"*

Quelques années après la reconnaissance judiciaire de la garde conjointe, le législateur français franchit un pas supplémentaire lors de l'adoption de la loi du 22 juillet 1987 - dite loi Malhuret ⁽¹⁶²⁷⁾. Cette loi inscrit en effet expressément dans le Code civil français la possibilité d'organiser l'exercice conjoint de l'autorité parentale par des parents séparés ou divorcés, et elle n'exclut pas, par ailleurs, que le juge impose ce système, à la demande d'un des parents, même si l'autre parent n'y consent pas expressément.

C'est ainsi que l'article 287 nouveau du Code civil - qui régit les conséquences du divorce pour les enfants - dispose désormais : *"Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents après que le juge ait recueilli leurs avis, soit par l'un d'eux"*. Comme l'a indiqué Hugues Fulchiron, *"on remarquera que le législateur envisage en premier lieu l'exercice conjoint de l'autorité parentale : le maintien de la communauté parentale malgré la séparation aurait donc valeur de principe"*. Selon cet auteur, *"tel devrait être le premier choix des parents, le premier réflexe du juge qui ne passerait à la seconde branche alternative qu'en cas de nécessité"* ⁽¹⁶²⁸⁾.

1033. Aux Pays-Bas, la reconnaissance de la garde conjointe, qui reste toutefois réservée à des parents y consentant l'un et l'autre, a procédé d'une solution jurisprudentielle qui a expressément écarté les dispositions d'un texte de loi trop rigide.

Comme dans d'autres pays européens ⁽¹⁶²⁹⁾, la législation néerlandaise ne prévoit, après

⁽¹⁶²⁶⁾ Cass. civ. 2 mai 1984, D. 1985, I.R., p. 171, obs. A. Benabent; Gaz. Pal. 1-2 mai 1985, Pan. p. 69, obs. Grimaldi; J.C.P. 1984, IV, p. 219; Rep. Defrenois 1985, p. 328, obs. J. Massip; voy. égal. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, Rev. trim. dr. civ. 1984, p. 691.

⁽¹⁶²⁷⁾ Le projet de loi avait été présenté à l'Assemblée Nationale par Claude Malhuret, Ministre délégué des droits de l'homme. Le lien symbolique qui a été créé en France entre l'instauration du régime de la garde conjointe et les valeurs individualistes ou démocratiques mérite, dans le cadre de cette étude, d'être souligné. Voy. supra, n° 907 le lien qui a été opéré entre le régime de la garde exclusive et la logique disciplinaire-autoritaire.

⁽¹⁶²⁸⁾ H. Fulchiron, Les relations parents-enfants dans le nouveau droit français de l'autorité parentale, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 416.

⁽¹⁶²⁹⁾ Les législations de l'Allemagne et de la Suisse, en prévoyant explicitement que l'autorité sur la personne de l'enfant est exercée par un seul des époux après le divorce ou par la mère lorsque les parents ne sont pas mariés (supra, Titre IV, n° 674), excluent par là même un régime d'autorité parentale conjointe.

En Allemagne, le § 1671 § 1.4 du Code civil, relatif à l'autorité parentale exercée par un des époux après le divorce, a toutefois été déclaré contraire à l'article 6, III, 2 de la Loi fondamentale par un arrêt du 3 novembre 1982 de la Cour Constitutionnelle fédérale. La Cour a en effet estimé que l'Etat n'a pas le droit d'exclure un des époux de ses droits parentaux, lorsque les deux époux sont d'accord pour continuer à exercer ensemble leurs

le divorce, que l'attribution à un seul des époux des prérogatives parentales. La règle y est particulièrement stricte, parce que, lors de la dissolution du mariage par le divorce comme par le décès, le régime de l'autorité parentale est remplacé par un régime de tutelle, et le tribunal, conformément à l'article 161.1 du Code civil, désigne dès lors, lors du divorce, le tuteur de l'enfant. Le parent qui n'a pas été désigné tuteur perd l'exercice de son autorité parentale; il n'est plus que subrogé tuteur, investi d'une mission de contrôle à l'égard des actes et des décisions du parent tuteur.

Or, le Hoge Raad des Pays-Bas, dans un arrêt du 4 mai 1984 ⁽¹⁶³⁰⁾, a décidé que l'article 161.1 du Code civil néerlandais était contraire à l'article 8 al. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'il portait une atteinte injustifiée à la vie privée et familiale de deux époux qui souhaitaient maintenir, après le divorce, un régime d'autorité parentale conjointe et continuer à exercer l'un et l'autre la responsabilité de l'éducation de leur enfant. La Cour suprême des Pays-Bas a dès lors admis, en vertu de la primauté du traité international sur la loi interne, consacrée par l'article 94 de la Constitution, la légalité de l'exercice conjoint de l'autorité parentale après le divorce. Elle a cependant subordonné la possibilité pour le juge de faire droit à une telle demande à plusieurs conditions : les parents doivent exprimer l'un et l'autre leur souhait de maintenir l'exercice conjoint de leur autorité parentale; le juge doit pouvoir présumer que les deux parents ont conservé entre eux une entente suffisante pour être capables de s'accorder sur les décisions qui devront être prises en rapport avec l'entretien et l'éducation de l'enfant; le juge doit vérifier que l'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas à l'exercice d'une garde conjointe.

Postérieurement à son arrêt du 4 mai 1984, le Hoge Raad a étendu sa jurisprudence aux

responsabilités parentales après le divorce et que cet accord n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette solution jurisprudentielle n'a cependant pas été étendue aux parents non mariés. Voy. M. T. Meulders-Klein, Vers la co-responsabilité parentale dans la famille moderne, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 19 et p. 21.

En Suisse, l'art. 297 al. 3 du Code civil précise que *"l'autorité parentale appartient... en cas de divorce, à l'époux auquel les enfants sont confiés"*. Il en résulte que *"la rupture définitive du lien conjugal rend impossible l'exercice collectif de l'autorité parentale; les enfants communs doivent dès lors être attribués à l'un des deux époux, l'autre se trouvant de ce fait privé de l'autorité parentale"*. Voy. H. Deschenaux et P. Tercier, Le mariage et le divorce, la formation et la dissolution du lien conjugal, 3ème éd., Ed. Staempfli, Berne, 1985.

Un jugement du Bezirksgericht I de Saint-Gall (R.S.J. 1989, p. 139) a cependant ratifié une convention de garde conjointe, au motif que les juges sont parfois amenés à *"relativiser l'effet de la loi qui, dépassée par l'évolution des connaissances et des mentalités, conduit à des résultats choquants et inacceptables en pratique"*. Voy. J.F. Perrin, Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale conjointe ?, La semaine judiciaire, Genève, 1990, p. 372.

⁽¹⁶³⁰⁾ Hoge Raad, 4 mai 1984, N. J. 1985, n° 510, p. 1650. Voy. à propos de cet arrêt, M. Rood-de Boer, Een schok in het familie-en jeugdrecht, N.J.B. 1984, p. 1277; J. Jansen, Ouderlijke macht na echtscheiding, F.J.R. 1984, p. 137.

L'arrêt du 4 mars 1984 a été suivi par un second arrêt du 21 mars 1986 qui a permis à la Cour suprême de préciser sa jurisprudence (N.J. 1986, n° 586, p. 2204).

parents non mariés (1631).

1034. La consécration juridique du modèle de la garde conjointe dans un certain nombre de pays occidentaux ne constitue pas seulement un phénomène national propre à certains Etats.

Le principe de la garde conjointe a également été affirmé, au plan européen, dans plusieurs textes ou documents de portée internationale.

Dans le cadre des activités du Conseil de l'Europe, une Recommandation adoptée en 1984 par le Comité des Ministres et déjà précédemment commentée (1632) a, notamment, exprimé les principes suivants :

- Principe 5 : *"Les responsabilités parentales appartiennent conjointement aux deux parents à l'égard de l'enfant de leur mariage"* (1633).
- Principe 6 : *"En cas de dissolution du mariage ou de séparation des parents, l'autorité compétente appelée à intervenir statue sur l'exercice des responsabilités parentales. A cet effet, elle prend toute mesure appropriée, en répartissant par exemple l'exercice des responsabilités entre les deux parents ou, si ceux-ci y consentent, en décidant que les responsabilités seront exercées conjointement. En prenant sa décision, l'autorité tient compte de l'accord éventuel conclu entre les parents dans la mesure où il n'est pas contraire aux intérêts des enfants"* (1634).
- Principe 10 :
 1. *Lorsque les responsabilités parentales sont exercées conjointement par les deux parents, toute décision affectant les intérêts de l'enfant doit être prise d'un commun accord.*

(1631) Hoge Raad 21 mars 1986, N. J. 1986, n° 585. La Cour suprême a justifié sa décision par référence non seulement à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais aussi à l'article 14 qui ne permet pas, sans justification suffisante, d'opérer une distinction entre les parents dont les enfants sont nés dans ou hors mariage.

(1632) Recommandation n° R (84) 4 du Comité des Ministres sur les responsabilités parentales. Voy. supra, titre III, n° 560 et titre IV, n° 676.

(1633) Les recommandations relatives aux enfants nés hors mariage sont contenues dans le principe 7. Elles laissent aux législations nationales, compte tenu de leur diversité, une grande liberté d'appréciation, mais l'exposé des motifs indique que *"dans certains Etats, on considère qu'en raison de l'évolution des mœurs et de la prise de conscience croissante par les pères de leurs responsabilités, il est préférable et, à long terme, bénéfique pour l'enfant que les deux parents exercent conjointement les responsabilités parentales"*

(1634) L'exposé des motifs donne au principe 6 une portée plus large que ce que les dispositions contenues dans le texte indiquent expressément. Il y est précisé en effet que *"l'important est d'affirmer l'unité de la responsabilité des parents, même s'ils ne vivent pas ensemble, à l'égard de l'enfant et d'encourager leur collaboration entre eux, lorsqu'il s'agit d'assurer le bien-être moral et matériel de celui-ci"*.

2. *S'il y a désaccord, l'autorité compétente saisie par l'un des parents doit, dans la mesure où l'intérêt de l'enfant l'exige, s'efforcer de concilier les parents et, si cette tentative n'aboutit pas, prendre toute décision appropriée*".

Par ailleurs, le protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 novembre 1984, contient une disposition qui énonce expressément le principe de l'égalité des responsabilités parentales des époux, même après le divorce. L'article 5 de ce protocole énonce en effet : *"Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants"*.

Même si cette disposition, de portée générale, n'apporte pas une réponse précise à propos de l'exercice du droit d'éducation après la séparation ou le divorce, elle indique cependant une direction suffisamment claire pour en inférer la priorité reconnue à un modèle qui assure le maintien des responsabilités de chaque parent plutôt que l'exclusion d'un des parents de ses responsabilités.

Enfin, dans le cadre des Communautés européennes, une résolution du Parlement européen du 8 juillet 1986 sur les familles monoparentales (J.O. n° C 227 du 8 septembre 1986) a expressément marqué sa préférence pour le système de la garde conjointe.

Dans le contexte de la politique des Communautés européennes relative à *"la promotion des actions positives en faveur des femmes"* et aux *"actions visant à combattre le chômage des femmes"*, le Parlement européen s'est penché sur la situation des familles monoparentales - généralement constituées par la mère et ses enfants - et a voulu inviter la Commission et les Etats membres à adopter un certain nombre de mesures destinées à améliorer la situation de ces familles, et plus particulièrement des femmes et de leurs enfants. Constatant que *"les difficultés économiques dans lesquelles se trouve la mère en tant que parent isolé sont aggravées par d'autres circonstances et notamment ... par des problèmes sociaux et psychologiques"* parce que *"les possibilités de vie sociale et culturelle, de loisirs et de vacances des familles monoparentales sont plus limitées"*, parce que *"la responsabilité de l'éducation des enfants pèse plus lourdement sur le parent isolé et provoque parfois chez celui-ci un sentiment d'insécurité et des problèmes psychologiques"* et parce que *"l'ensemble de ces conditions a des répercussions sur l'état psychique et physique des enfants qui, généralement, se trouvent déjà, pour des raisons financières, défavorisés dans la vie"*, le Parlement européen, parmi de multiples autres mesures proposées, en appelle *"aux juridictions des Etats membres pour que le bien de l'enfant soit mis au premier rang en matière surtout de garde des enfants sans privilégier l'un des deux parents, et que soient étudiés plus à fond les moyens d'assurer que la responsabilité commune des parents dans l'éducation de leurs enfants se poursuive même s'il y a rupture du lien conjugal, notamment en recourant de manière accrue à la possibilité de la garde conjointe"*.

Cette Résolution n'a aucune force juridique contraignante, puisque le Parlement des Communautés européennes n'est pas investi du pouvoir législatif. Adoptée par l'ensemble des députés européens, elle a cependant une particulière valeur symbolique.

§ 3. LES CONTROVERSES À PROPOS DE LA GARDE CONJOINTE

1035. Il n'est plus contesté, aujourd'hui, que des parents qui choisissent, d'un commun accord, de continuer à exercer conjointement la responsabilité de l'éducation de leur enfant, après la séparation ou le divorce, ne devraient pas, en principe, être empêchés par la loi ou par le juge de traduire cette décision en termes juridiques. Par là, les parents prennent l'engagement, l'un à l'égard de l'autre, de se concerter aux fins de prendre ensemble toute décision importante relative à l'éducation de leurs enfants.

Ce qui, par contre, pose difficulté et divise les partisans et les adversaires de la garde conjointe est de savoir s'il est opportun, au plan de l'intérêt de l'enfant, d'imposer, par l'effet de la loi ou d'une décision judiciaire, une règle d'exercice conjoint du droit d'éducation lorsqu'un des parents demande au juge de mettre en oeuvre ce régime, mais que l'autre parent s'y oppose.

On a vu que différents systèmes existent dans les pays occidentaux : tantôt la loi ou le juge subordonnent l'organisation d'une garde conjointe à l'accord des deux parents, tantôt la loi laisse au juge le pouvoir d'apprécier s'il estime opportun de faire droit à la demande de garde conjointe d'un des parents malgré le refus de l'autre parent, tantôt la loi pose le principe préférentiel de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en laissant néanmoins au juge le pouvoir de l'écarter s'il se révèle incompatible avec l'intérêt de l'enfant.

1036. On soutient généralement que, lorsque les deux parents ne manifestent pas une volonté commune de faire fonctionner une garde conjointe, celle-ci se révélera très rapidement impraticable. S'ils ne sont déjà pas d'accord sur le principe d'une concertation ou d'une collaboration, comment peut-on imaginer qu'ils parviendront à s'accorder lorsqu'ils devront prendre un certain nombre de décisions relatives à l'éducation de leur enfant ?

On s'inquiète, aussi, pour l'enfant. Si les parents ne parviennent pas à s'accorder parce qu'ils ne supportent plus de se rencontrer, parce qu'ils restent en conflit l'un par rapport à l'autre, parce qu'ils ne partagent pas les mêmes valeurs ou les mêmes conceptions éducatives, comment prendront-ils, dans la vie quotidienne, les décisions relatives à l'éducation de l'enfant ? Une telle situation conduira à une dilution des responsabilités; comme personne n'a le pouvoir de décider, personne ne décidera; si, par contre, un des parents prend une initiative et impose une décision, l'autre pourra toujours contester la décision et cette décision n'aura pas la force d'une véritable décision. Dans de telles conditions, l'enfant vivra dans un univers sans règles et sans loi, et il sera sans cesse déstabilisé.

On s'inquiète, enfin, pour le juge. Un système de garde conjointe, lorsque les parents ne s'entendent pas, ne laissera pas le juge en paix. On le saisira dès qu'un désaccord surgira à propos d'une décision relative à l'éducation de l'enfant et la vie familiale après le divorce sera émaillée d'incessants recours aux autorités judiciaires.

Ce sont ces diverses considérations qui justifient traditionnellement le refus opposé par le législateur ou par les magistrats à la mise en oeuvre d'une garde conjointe lorsque celle-ci n'a pas expressément été acceptée par les deux époux.

Telle fut d'ailleurs, en France, la position la plus fréquemment adoptée par la doctrine et la jurisprudence avant la promulgation de la loi du 22 juillet 1987. Un auteur, qui est aussi juge et qui avait contribué à initier les premières pratiques de garde conjointe au tribunal de grande instance de Paris, avait considéré que *"l'accord de principe des parents est un des éléments constitutifs"* de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et que le magistrat doit dès lors *"s'assurer de la réalité du concours parental"* (1635). Dans une circulaire du 6 mai 1983, le Garde des Sceaux de la République française (1636) n'avait, également, à l'époque, exprimé son approbation à la pratique de la garde conjointe que

(1635) M. F. Nicolas-Maguin, A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés, D. 1983, chron., p. 111 et s., n° 14 et 15.

(1636) Voy. le commentaire de cette circulaire in H. Fulchiron, Autorité parentale et parents désunis, p. 212 et 213 et les notes 121 et 122.

"dans la mesure où elle répond au seul intérêt de l'enfant et où elle se fonde sur un accord des époux". "Il m'apparaît en effet essentiel, indiquait le Ministre, afin que ce type de garde puisse être organisé sans préjudice pour le mineur, qu'il repose sur un consensus des parents quant aux options fondamentales à prendre en matière d'éducation. Dans le cas contraire, il est à craindre que la participation égale de chacun des parents ... ne devienne illusoire et ne provoque des conflits incessants dont le juge deviendrait nécessairement l'arbitre". Le rapport du groupe de travail constitué par le ministre Pelletier à propos de la garde des enfants du divorce aboutissait à une conclusion semblable. Aux termes de ce rapport, la garde conjointe *"implique pour produire toute son efficacité un accord complet et sincère entre les parents, non seulement sur le principe même de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et de la garde, mais encore sur ses modalités pratiques de fonctionnement"* (1637).

Dans une telle conception, on considère, en définitive, que la possibilité de maintenir entre les parents un exercice conjoint de leurs responsabilités parentales ne peut procéder que de la seule volonté des parents, et que, par contre, il est illusoire d'espérer qu'une loi ou qu'une décision judiciaire pourrait amener des parents à coopérer et à s'entendre (1638).

1037. Une telle vision n'est-elle pas exagérément pessimiste ?

En présupposant que deux êtres humains, lorsqu'ils refusent de s'entendre, ne parviendront jamais à s'entendre, ne tombe-t-on pas, en réalité, dans le piège classique qui consiste à poursuivre la guerre parce qu'on est en guerre, plutôt qu'à tenter d'entreprendre un geste de paix ?

Or, refuser d'instituer l'exercice conjoint du droit d'éducation sous le prétexte que les parents ne s'entendent pas revient, en pratique, à organiser un régime d'exercice exclusif du droit d'éducation qui aboutit concrètement, selon le tempérament ou la personnalité du parent non gardien, soit à ce que celui-ci s'efface et démissionne de sa fonction parentale - ce qui est le plus fréquemment le cas - soit, au contraire, à ce qu'il mène désormais une politique d'affrontement et de confrontation avec le parent gardien parce qu'il refuse la position d'exclusion ou de soumission dans laquelle il est placé. Au lieu de produire une solution qui contribuerait à réduire un état d'hostilité, on n'a fait alors que renforcer l'hostilité entre les protagonistes.

A l'inverse, la garde conjointe représente un pari optimiste sur l'avenir. Plutôt que de s'arrêter à la seule circonstance que les parents ne s'entendent pas et qu'un des parents s'y oppose, le juge tend, au contraire, à penser qu'il est toujours préférable de susciter chez les êtres humains leurs énergies positives plutôt que d'attiser leurs pulsions agressives, et qu'il contribuera davantage à préserver l'équilibre de l'enfant en stimulant

(1637) Rapport Pelletier, précité, p. 15.

(1638) Voy. J.Y. Hayez, Questions autour de la séparation, in *L'enfant et le divorce. Actes du cycle de conférences organisé par le comité de patronage de l'arrondissement de Marche, 1990-91*, p. 26 et s., qui écrit *"... Imaginer la coopération des parents... et la rendre obligatoire par décision judiciaire me paraît comme une utopie. En particulier, je trouve extrêmement dangereux le raisonnement qui consiste à dire : On va prendre une mesure de garde conjointe, comme cela, ils seront bien obligés de coopérer. Il me semble que c'est là prendre un pari à risque bien grave sur le dos de l'enfant, otage du désir des adultes ! Inversement, lorsque les conflits entre adultes se sont atténués, ceux-ci n'ont pas besoin d'une obligation judiciaire pour trouver tous seuls qu'il est plus enrichissant et apaisant pour leur enfant de lui faire une démonstration de coopération"*.

Dans le même sens, E. Scott et A. Derdeyn, *Rethinking Joint Custody*, (1984) 45 *Ohio State Law Journal*, p. 455 et s.

ce qui rapproche ses parents plutôt que ce qui les oppose (1639). En mettant en oeuvre une garde conjointe, même si un des parents prétend s'y opposer, le juge refuse d'adopter une attitude fataliste et il prend lui-même l'initiative d'un geste de paix, en faisant confiance dans la capacité d'un certain nombre de parents de restaurer une entente entre eux autour de la préservation de l'enfant (1640).

1038. Se rend-on suffisamment compte, par ailleurs, que la règle qui consiste à subordonner à l'accord des deux parents la possibilité de maintenir un exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant a un redoutable effet pervers, en ce qu'elle donne au parent qui assure la garde de l'enfant un pouvoir considérable sur l'autre parent ?

Car il est évident que, dans un système où les tribunaux n'acceptent de reconnaître le droit et le devoir du "*parent non continu*" de prendre sa part dans la responsabilité de l'éducation de l'enfant, qu'à la condition que le "*parent continu*" y consente expressément, le parent continu n'a, lui, rien à perdre; il sait que s'il refuse d'exprimer son consentement sur la mise en oeuvre d'une garde conjointe, c'est lui qui, de toute façon, obtiendra l'exercice exclusif du droit d'éducation de l'enfant (1641).

1039. Enfin et peut-être surtout, les adversaires de la garde conjointe ordonnée par la loi ou par le juge ne se méprennent-ils pas à propos de la fonction d'une règle de droit et n'ont-ils pas trop rapidement tendance à perdre de vue que la loi peut produire un effet utile de structuration des relations familiales après un divorce.

Une loi a deux effets :

- un effet symbolique, en tant qu'elle contribue à enraciner certaines valeurs ou certaines représentations mentales et culturelles qui participent à la cohésion de la vie sociale;

(1639) C'est cette démarche qui se trouve, aujourd'hui, à la base de la médiation familiale. Voy. infra, Conclusion, n° 1087.

(1640) En ce sens, voy. trib. gr. inst. Versailles, 28 mai 1981, Gaz. Pal. 1982, II, Somm., p. 244 qui, malgré le désaccord entre les parents, organise une garde conjointe. Le tribunal a fait confiance à la capacité d'évolution des parents. *"La prise de conscience par les parties de la réalité de leur conflit et des répercussions de celui-ci sur leurs enfants devrait permettre aux père et mère dont le niveau intellectuel est élevé, de faire évoluer la situation dans un sens favorable à l'intérêt de leurs enfants et au développement de la personnalité de ceux-ci. Il est certain qu'une telle évolution ne peut se produire si les parties en restent à l'échange de propos malveillants dès qu'un problème relatif à l'éducation de leurs enfants se pose. Aussi, estimant que les père et mère sont capables de cette évolution, seule conforme à l'intérêt véritable de leurs enfants, il paraît souhaitable d'organiser une mesure de garde conjointe, celle-ci devant avoir pour effet de permettre aux parties de dépasser leur conflit personnel pour prendre une décision en commun relative à l'éducation de leurs enfants"*.

Voy. égal. M. Moulay, Le rôle incitateur des procédures de justice en matière de garde d'enfant, Le Journal des psychologues, n° 28, juin 1985, p. 32, qui considère que le juge manque sa fonction lorsqu'en arguant du conflit entre les parents, il les sépare définitivement, au lieu de tenter d'aménager les conditions concrètes d'un plan de mise en oeuvre de la garde qui privilégie la solidarité parentale et la notion de parent coopérant.

(1641) Comme l'a très justement fait observer A. Dekewer (note sous cass. fr. 2 mai 1984, J.C.P. 1985, II, 20412), si le juge n'avait pas la faculté d'imposer une garde conjointe, *"chaque conjoint disposerait, à l'égard de la garde conjointe, d'un droit de veto aussi injustifié qu'inopportun, lui permettant de faire pression sur l'autre, voire de monnayer son acceptation de l'autorité parentale conjointe"*.

- un effet pratique, en tant qu'elle oblige deux personnes en litige à se conformer, pour dépasser ce litige, à ce que la règle prescrit.

Or, si on se place à chacun de ces deux niveaux, on peut penser qu'une loi qui oblige les parents à se concerter pour prendre ensemble les décisions importantes relatives à l'éducation de l'enfant produit davantage de conséquences positives qu'une loi qui attribue à un des parents le pouvoir d'exclure l'autre parent en prenant seul les décisions importantes pour l'éducation de l'enfant.

1040. Au plan symbolique, n'est-il pas préférable, compte tenu de notre perception actuelle des besoins fondamentaux d'un enfant de parents séparés (supra, Titre II, n° 353 et s.) qu'une loi marque clairement, dans notre système de représentations mentales, que la valeur à soutenir ou l'objectif à atteindre, lorsque les parents se séparent, est qu'ils parviennent, dans l'intérêt de leur enfant, à continuer à se concerter pour déterminer ensemble les options éducatives qui assureront la cohérence de l'éducation de l'enfant.

N'est-il pas préférable, aussi, qu'aux yeux de l'enfant, il soit écrit, chaque fois que c'est possible, que ses deux parents sont, autant l'un que l'autre, ses parents "*psychologiques*", qu'ils restent, autant l'un que l'autre, responsables de son devenir, et que la loi ou le juge ne disqualifient pas l'un par rapport à l'autre ?

1041. Au plan pratique, par ailleurs, il n'est pas exact, comme on l'a parfois soutenu, que l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne constituerait pas une véritable règle de droit. Elle fait naître en effet dans le chef de chacun des parents une véritable obligation : elle les oblige à recueillir le consentement de l'autre parent avant d'engager l'enfant dans une option importante de son éducation; elle leur interdit de prendre seul une décision importante relative à l'éducation de l'enfant.

Cette règle a dès lors des effets immédiats sur le comportement des parents, pour le cas où ils se trouveraient en litige à propos d'une décision qui devrait être prise dans l'intérêt de l'enfant, parce que chacun des parents sait qu'il n'a pas le droit de décider seul, qu'il est obligé d'en référer à l'autre parent et qu'il est contraint de rechercher une solution concertée, éventuellement en faisant appel à un tiers qui dispensera son aide dans la recherche de cette solution.

Or, une telle règle peut avoir des effets positifs dans les relations intra-familiales; elle empêche en effet un des parents de s'arroger le pouvoir de tout décider, elle évite les passages à l'acte d'un parent qui traduit ses propres impulsions en une décision qui n'aurait pas été réfléchie et qui ne serait pas inspirée par une compréhension correcte des besoins de l'enfant; elle protège l'enfant des mouvements d'humeur d'un parent qui pose un acte en rapport avec l'éducation de l'enfant sans percevoir qu'il est essentiellement mû par ses propres émotions ou par ses propres intérêts.

Les différents litiges soumis aux tribunaux par des parents non gardiens qui contestent une décision éducative prise unilatéralement par le parent gardien constituent une exemplaire illustration des effets positifs qui peuvent être produits par la règle de l'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant.

Lorsque le parent gardien exerce seul ce droit d'éducation, il peut décider, quelques jours avant la rentrée des classes, de changer un enfant d'école et provoque, par là même, une véritable perturbation dans les relations des enfants avec chacun de leurs parents (1642).

(1642) Voy. Bruxelles 1 décembre 1981, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 65 et civ. Anvers, réf., 10 décembre 1982, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 173, commentés respectivement supra, n° 1019 et 1017.

Lorsque le parent gardien exerce seul le droit d'éducation de l'enfant, il peut décider, intempestivement, d'inscrire l'enfant à un cours de religion au lieu d'un cours de morale laïque (1643) ou dans un club de sport plutôt que dans un autre club de sport. Le seul fait qu'une telle décision soit prise sans le consentement de l'autre parent et le risque qu'elle soit même inspirée par un mouvement d'humeur dirigé contre cet autre parent provoqueront, au sein de la famille, des frustrations, des colères ou des drames qui auraient pu être évités si chacun, y compris l'enfant, savait que la règle organisant les relations familiales imposait que ce type de décision ne soit prise qu'avec le consentement de chacun des parents.

Lorsque le parent gardien exerce seul le droit d'éducation de l'enfant, il peut décider, subitement, de changer la résidence de l'enfant et même de s'installer à l'étranger, sans avoir effectué la démarche élémentaire d'obtenir le consentement de l'autre parent et d'organiser avec lui les différentes conséquences d'une telle décision sur la vie de l'enfant et sur ses relations avec l'autre parent. Le seul fait pour un des parents d'exercer un tel pouvoir sur l'organisation de la vie familiale et du mode d'existence d'un enfant ne provoquera-t-il pas pour cet enfant beaucoup plus d'inquiétude ou de peur, notamment par rapport aux réactions de l'autre parent, que s'il savait, au contraire, qu'une décision aussi grave de conséquences ne sera jamais prise avant d'avoir été préalablement concertée, discutée et aménagée par ses deux parents.

Par ailleurs, quelle image l'enfant peut-il se faire d'un de ses parents - généralement le père - lorsqu'il est obligé de constater que ce parent, par la volonté de la loi ou d'un juge, est mis dans la position de dépendre du bon vouloir ou des prérogatives du parent gardien pour l'organisation des modalités de la vie de l'enfant, y compris celles qui ont une répercussion immédiate sur la relation de l'enfant avec le parent non gardien.

1042. La règle de l'exercice conjoint du droit d'éducation, à la différence de la règle qui concentre les prérogatives parentales entre les mains d'un seul des parents, présente ainsi l'incontestable avantage non seulement d'éviter un litige sur la désignation de celui des parents qui exercera les prérogatives parentales, mais surtout de dresser un barrage contre les fantasmes ou les désirs de toute puissance d'un des parents à l'égard de l'autre parent ou à l'égard de l'enfant.

J.J. Guillarmé et P. Fuguet (1644) ont bien montré, dans leur étude consacrée aux effets psycho-affectifs du divorce sur les enfants, que le principe même d'une attribution univoque de l'autorité parentale, en survalorisant un parent par rapport à l'autre parent, cautionne et légitime le désir inconscient d'emprise d'un des parents sur son enfant. A l'inverse, la garde conjointe, au lieu de récompenser l'un des parents et de punir l'autre, *"confirme le couple dans sa mission éducative"*. Si, actuellement, les discussions à propos de la garde conjointe *"soulèvent les violences et les passions"*, c'est, aux yeux des auteurs, *"sans doute parce qu'elles retirent à chacun des parents un peu de son désir de puissance; un peu aussi de son fantasme d'immortalité"*

(1643) Voy. civ. Liège, réf., 15 octobre 1985, Jur. Liège 1986, p. 45, commenté supra, n° 1019.

(1644) J.J. Guillarmé et P. Fuguet, Les parents, le divorce et l'enfant, p. 122 - 124.

Voy. égal. M. Moulay, précité (note 1640), p.34 qui considère que lorsque le juge attribue à la mère l'ensemble des droits parentaux, *"la mère voit ses désirs tout puissants se réaliser dans la réalité"*, alors même qu'elle aurait été capable, le plus souvent, d'instituer une autre relation avec le père *"si la justice avait suscité un air de concertation"*. La justice, selon lui, crée les conditions *"qui placent l'un des parents (la mère à 90%) en possibilité de séparer l'enfant de l'autre parent, de façon parfois définitive"*.

La règle de droit qui impose l'exercice conjoint du droit d'éducation est, dès lors, dans une société qui promeut les valeurs de liberté et d'égalité, une règle qui, en principe, pourrait produire des effets positifs sur la structuration des relations au sein d'une famille séparée, parce que, contrairement à la règle de droit qui attribue à un des parents l'exercice exclusif du droit d'éducation, elle oblige chacun des parents à tenir compte, dans la réalité, de l'autre parent et de la part de responsabilité qu'il continuera à assumer dans le processus de l'éducation de l'enfant.

1043. Il est bien évident cependant que, comme chaque fois qu'il convient de rechercher ce qui correspond au meilleur intérêt d'un enfant, il n'existe pas de panacée. Dans un certain nombre de situations familiales, il sera inopportun ou inadéquat pour l'enfant d'imposer que toutes les décisions relatives à son éducation soient concertées et convenues entre ses parents.

Lorsque le conflit entre les parents a atteint un degré d'exacerbation qui les empêche de se voir, de se parler et de s'écouter, il deviendrait complètement irréaliste de les obliger à coopérer pour éduquer leur enfant.

Lorsque l'enfant ne s'entend pas avec un de ses parents et qu'il montre manifestement, par son comportement, qu'il ne se sent pas en sécurité auprès d'un de ses parents, on voit mal comment on déciderait que ce parent doive nécessairement exprimer son consentement à propos des décisions relatives à l'éducation de l'enfant.

Lorsqu'un des parents ne parvient pas à être adéquat dans l'exercice de ses responsabilités de parent, on ne peut pas davantage exiger du parent gardien qu'il se concerte, chaque fois, avec l'autre parent et qu'il obtienne son autorisation avant de prendre une décision importante à propos de l'enfant.

Dans toutes ces situations, une règle qui imposerait l'exercice conjoint du droit d'éducation se révélerait impraticable et inefficace. Elle aurait un effet déstructurant pour l'organisation de l'existence de l'enfant dans le milieu familial du parent gardien et elle n'aurait dès lors plus aucune valeur de règle; au lieu de prescrire un comportement auquel les parents devraient se conformer, elle induirait, au contraire, une possibilité pour les parents de définir un quelconque cadre éducatif de l'enfant.

1044. C'est la raison pour laquelle on ne peut évidemment pas concevoir que le législateur ou les juges transforment la garde conjointe en une règle qui s'appliquerait nécessairement dans toutes les situations de séparation. Il est indispensable de l'assortir d'exceptions. Mais ces exceptions devraient être justifiées par le caractère exceptionnel de la situation, ce qui ne signifie pas, malheureusement, que ces situations ne se présenteront pas fréquemment, mais ce qui signifie que le juge aura dû se résoudre à constater que les parents de l'enfant ou à tout le moins un des parents ne parviennent pas, malgré l'aide qui pourrait leur être procurée, à épargner à leur enfant le climat conflictuel procédant de leur colère, de leurs angoisses, de leur manque de structure, de leurs désordres affectifs...

Il importera cependant, dans ces situations, de rechercher les causes de l'hostilité des parents, de s'assurer qu'ils refusent un soutien thérapeutique approprié et, aussi, dans toute la mesure du possible, de ne pas exclure de l'exercice du droit d'éducation de l'enfant celui des parents qui fait preuve de sa capacité de protéger l'enfant des dissensions conjugales.

1045. Il résulte de ces considérations que la recommandation de principe de la garde conjointe formulée dans une loi telle que la loi française du 22 juillet 1987 ou dans une résolution telle que la résolution du Parlement européen du 8 juillet 1986 paraît correspondre à notre perception actuelle de la fonction parentale et des besoins de l'enfant de parents séparés (voy. supra, Titre II, n° 359).

Mais cette recommandation de principe doit pouvoir être modulée en fonction des situations particulières et les magistrats doivent dès lors conserver le pouvoir de déterminer si, en raison du caractère insoluble d'un conflit parental ou en raison des difficultés personnelles qui empêchent un des parents d'exercer adéquatement la fonction parentale, il n'est pas préférable, parfois, dans le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant, de renoncer à l'exercice conjoint de ce droit d'éducation, parce que ce régime créerait, pour l'enfant et pour le parent gardien, des inconvénients majeurs qui excéderaient largement les avantages de la garde conjointe.

Comme l'ont fait observer avec pertinence Claire Neyrinck-Campredon (1645) ou Hugues Fulchiron (1646), un père ou une mère ne peuvent pas prétendre imposer un droit inconditionnel à exercer les prérogatives de la fonction parentale, et il convient dès lors de veiller à ce que *"suscitées par la recherche du plus grand intérêt de l'enfant"*, les possibilités nouvelles qu'offre le modèle de la garde conjointe ne soient pas *"détournées de ce but et mises au service des revendications exacerbées de parents qui exigent la reconnaissance de leurs droits"*.

§ 4. L'ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE BELGE

A. L'accord des parents

1046. Si, à l'origine, la jurisprudence belge a marqué certaines réticences, notamment dans le contexte des procédures de divorce par consentement mutuel (1647), à accepter une convention par laquelle les parents s'engageraient à exercer conjointement l'administration de la personne de l'enfant, ces hésitations se sont, aujourd'hui, sauf rares exceptions (1648), dissipées.

Il n'est dès lors plus sérieusement contesté que les époux qui divorcent par consentement mutuel peuvent prévoir, dans leur convention préalable, une clause organisant l'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant.

Dans la pratique, les notaires et les avocats suggèrent généralement aux époux des clauses qui, sans instituer expressément l' *"administration conjointe de la personne"* de l'enfant ou, selon une terminologie plus adéquate, la *"responsabilité conjointe de l'éducation"* de l'enfant, précisent toutefois que les décisions importantes relatives à l'éducation, la santé, l'orientation scolaire, philosophique ou religieuse ou la résidence de l'enfant seront prises

(1645) C. Neyrinck-Campredon, note sous Paris 28 mai 1982, J.C.P. 1983, II, 20042.

(1646) H. Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, p. 222.

(1647) Voy. sur cette problématique, l'analyse des règles relatives à l'aménagement conventionnel de l'autorité parentale dans les procédures de divorce par consentement mutuel, *supra*, Titre IV, n° 731 et les références jurisprudentielles.

(1648) Voy. Anvers 30 mars 1988, R.W. 1988-89, p. 682, R.G.D.C. 1983, p. 331. Pour la critique de cet arrêt, voy. *supra*, Titre IV, n° 732; voy. égal. R. Uyttendaele, *Coouderschap en de echtscheiding door onderlinge toestemming*, R.G.D.C. 1989, p. 284.

de commun accord entre les époux (1649). Si ces clauses circonscrivent à certaines décisions éducatives l'exercice conjoint de la fonction parentale et si elles sont dès lors moins larges qu'une clause dite de garde conjointe, elles assurent cependant une réelle participation du parent non gardien à l'éducation de l'enfant et elles présentent, aussi, le mérite de définir plus précisément la nature des décisions à propos desquelles le consentement de chacun des deux parents sera requis.

Il n'est, par ailleurs, pas davantage contesté que, dans le contexte d'une des procédures contentieuses qui tendent, en droit belge, à faire aménager judiciairement les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge peut homologuer un accord par lequel les parents ont convenu d'exercer conjointement l'administration de la personne de l'enfant ou la responsabilité de l'éducation de l'enfant (1650).

B. La garde conjointe sollicitée par un des parents

1047. A l'heure actuelle, la jurisprudence belge reste très attachée à la conception qui subordonne à l'accord des deux parents la mise en oeuvre de l'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant.

Lorsque le juge confie à un des deux parents le droit de garde de l'enfant, il refuse, le plus souvent, si le parent gardien s'y oppose, de faire droit à la demande du parent non gardien tendant à organiser l'autorité parentale conjointe. Ce refus est généralement motivé par la justification classique de la nécessaire unité de l'éducation de l'enfant (supra, n° 1025). Pour les magistrats belges, le modèle de référence reste dès lors, comme pour le législateur (supra, Titre IV, n° 676), le modèle traditionnel de l'exercice exclusif de l'autorité parentale par le parent gardien.

1048. Dans la jurisprudence publiée, un arrêt prononcé le 22 décembre 1986 par la Cour d'appel de Liège (1651) illustre particulièrement cette tendance.

En première instance, le président du tribunal avait, lors d'une procédure en divorce, confié la garde matérielle d'une fillette de dix ans à sa mère, mais il avait confié la *"garde juridique"* aux deux parents, *"en sorte que toutes les décisions importantes concernant l'éducation, la religion, la scolarité et la gestion du patrimoine de l'enfant devront être prises ensemble"*. La mère interjeta appel et la Cour d'appel de Liège réforma l'ordonnance du premier juge, en confiant à la mère *"l'administration de la personne de l'enfant"*. Dans un avis précis et documenté précédant l'arrêt, l'avocat général A. Spriesterbach fit observer que le président du tribunal avait, sur le plan du droit, le pouvoir de prendre *"les mesures qu'il estime les plus adéquates à l'intérêt de l'enfant"*,

(1649) Dans son récent ouvrage *"Notarieel Familierecht"*, qui contient un modèle de convention préalable à divorce par consentement mutuel (p. 637), le professeur Casman propose une clause dans laquelle la mère de l'enfant, qui exerce le droit de garde, prend l'engagement de *"se concerter (overleg te plegen)"* avec le père pour toutes les décisions importantes relatives à *"l'avenir (de toekomst)"* de l'enfant, sans toutefois renoncer à ses prérogatives de titulaire du droit de garde (*"zonder evenwel hierbij aan haar prerogatieven als titularis van het hoederecht te verzaken"*). Cette formule tend plutôt à organiser de manière extensive le droit de surveillance du parent non gardien qu'à mettre en oeuvre un régime d'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant.

(1650) Voy., dans le contexte des mesures provisoires relatives à une procédure en divorce, civ. Bruxelles, réf., 12 avril 1990, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 232, qui homologue l'accord par lequel deux époux organisent à la fois une garde alternée et l'exercice conjoint de l'administration de la personne et des biens des enfants.

(1651) Liège 22 décembre 1986, Rev. trim. dr. fam. 1989, p. 285.

qu'il n'était dès lors pas tenu de désigner un des parents qui exercerait seul les prérogatives de la fonction parentale et qu'on pouvait concevoir qu'il organise une administration conjointe. Toutefois, selon l'organe du ministère public, sur le plan des faits, *"il est de l'intérêt de l'enfant de tenter de concentrer les pouvoirs de l'administration de la personne dans les mains d'un seul de ses auteurs"* et *"l'administration conjointe paraît inopportune lorsque, comme en l'espèce, aucun péril n'est à craindre et aucun grief formulé"*. Or il apparaissait, dans cette cause, selon l'avocat général, que le père demandait d'exercer l'administration conjointe de la personne de son enfant *"sans formuler à ce sujet la moindre critique à l'égard de son épouse mais dans le seul souci de pouvoir exercer son devoir d'éducation"*.

La Cour se rallia à l'avis du ministère public en constatant que le père *"ne fait état d'aucun péril et ne formule aucun grief à l'égard des capacités éducatives (de la mère)"*.

Quelle que soit l'opinion qu'on puisse avoir à propos de la garde conjointe, ne doit-on pas, une nouvelle fois, regretter que les magistrats, probablement sans s'en rendre compte, incitent implicitement les parents, par ce type de raisonnement, à se situer dans une logique d'affrontement et d'accusation, plutôt que de coopération et de respect de leurs qualités spécifiques de père et mère de l'enfant ? Faut-il vraiment, comme le suggère l'arrêt, qu'un père formule des griefs à l'égard de son épouse pour que le juge prenne en considération sa demande de ne pas être privé de son *"devoir d'éducation"*?

1049. Dans la jurisprudence non publiée, on peut encore trouver de nombreux exemples de refus d'instaurer l'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant.

Dans son laconisme, une ordonnance du 12 avril 1990 du président du tribunal de première instance de Bruxelles ⁽¹⁶⁵²⁾, traduit assez bien les conceptions actuelles de la plupart des magistrats belges. *"Il n'est pas démontré, répond le magistrat à un père qui demandait de rester associé, sur le plan juridique, à l'exercice de ses responsabilités éducatives, qu'il serait de l'intérêt des enfants qu'une garde alternée ou conjointe soit organisée et nous ne voyons pas d'utilité à faire procéder à une enquête sociale"*. L'ordonnance se limite à préciser que *"pour les options fondamentales relatives au choix de l'enseignement des enfants, (le père) devra être consulté par la mère"*.

Par ailleurs, à un père qui demandait de dire que toutes les décisions concernant le choix de l'école de son fils âgé de huit ans et demi seraient prises de commun accord entre les parents, le président du tribunal de première instance de Bruxelles répondit, dans une ordonnance du 23 février 1990 ⁽¹⁶⁵³⁾ que *"la difficulté d'obtenir pareil consensus risque de paralyser l'exercice par la mère de l'administration provisoire qui lui est confiée"* et *"qu'il suffit de rappeler que le père pourrait, en cas d'abus de droit, faire appel au contrôle judiciaire et ce en vue d'assurer le plus grand intérêt de l'enfant"*.

Un jugement du 19 janvier 1990 du tribunal de la jeunesse de Bruxelles ⁽¹⁶⁵⁴⁾ a considéré, dans un litige relatif à la garde d'un enfant de parents non mariés, âgé de deux ans et demi, que *"vu le très jeune âge de l'enfant, il n'est pas possible ... de recourir à la garde conjointe, laquelle compromettrait à coup sûr (sic !) la continuité de la tâche éducative..."*. Une étude sociale effectuée avant le jugement indiquait cependant, dans ce cas d'espèce, que le père et la mère avaient des *"capacités éducatives égales"*.

(1652) Civ. Bruxelles, réf. 12 avril 1990, inédit.

(1653) Civ. Bruxelles, réf., 23 février 1990, inédit.

(1654) Trib. jeun. Bruxelles 19 janvier 1990, inédit

Un jugement du 7 novembre 1990 du tribunal de la jeunesse de Bruxelles ⁽¹⁶⁵⁵⁾ est aussi particulièrement indicatif de la position actuelle de la majorité des magistrats belges et il résume clairement les arguments généralement opposés au régime de la garde conjointe :

"Attendu que l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur la personne et de l'administration des biens d'un enfant qui permet à chacun de ses parents qui vivent séparés d'exercer ensemble l'autorité parentale de manière égalitaire sur sa personne peut se justifier à titre exceptionnel;

Attendu que ce système de garde conjointe exige non seulement une large communauté de vue en matière éducative entre les deux parents mais encore une bonne relation et une profonde collaboration entre eux;

Que si tel n'est pas le cas des situations conflictuelles peuvent surgir pouvant compromettre les relations positives de l'enfant avec ses deux parents;

Que l'enfant qui se sentirait constamment l'enjeu de tractations entre ses parents risque de se sentir dans une incertitude constante et de se déstabiliser gravement".

1050. Ce n'est dès lors qu'à titre exceptionnel que certains magistrats acceptent d'organiser, contre le gré d'un des parents, l'exercice conjoint du droit du droit d'éducation de l'enfant.

Une ordonnance du président du tribunal de première instance de Liège du 23 décembre 1986 ⁽¹⁶⁵⁶⁾ est assurément novatrice lorsqu'elle affirme *"qu'à défaut d'objection majeure, la garde juridique conjointe peut être considérée comme la norme, la séparation des époux ne justifiant pas en elle-même la perte par l'un de ceux-ci de sa puissance parentale normale"*. Bien que la mère s'opposait à cette garde juridique conjointe *"en affirmant qu'elle engendrerait une intrusion permanente du père"*, le magistrat décida qu'à partir d'un délai de six mois après son ordonnance, *"chaque parent aura la garde juridique conjointe de l'enfant, en sorte que toutes les décisions importantes concernant la religion, la scolarité et les loisirs de l'enfant devront être prises en commun"*.

Une telle décision paraît actuellement isolée dans la jurisprudence belge publiée. C'est, faut-il le rappeler, une ordonnance semblable qui a été réformée par l'arrêt du 22 décembre 1986 de la Cour d'appel de Liège (supra, n° 1048).

1051. Par contre, lorsque, dans certaines situations exceptionnelles, les magistrats ordonnent, contre le gré d'un des parents, une garde alternée (supra, n° 923), il est dès lors logique qu'ils décident, aussi, que les parents exerceront conjointement le droit d'éducation de l'enfant.

On voit mal, en effet, comment des parents pourraient organiser concrètement l'existence quotidienne d'un enfant en vivant sous le régime de la garde alternée, sans être tenus, l'un à l'égard de l'autre, de se concerter et de s'accorder à propos des décisions importantes relatives à l'éducation de cet enfant. On voit mal, aussi, comment un des parents pourrait parvenir à exercer véritablement sa fonction de parent et d'éducateur chaque fois que l'enfant séjourne chez lui, s'il est privé, juridiquement et psychologiquement, de l'exercice des prérogatives de l'autorité parentale.

(1655) Trib. jeun. Bruxelles 7 novembre 1990, inédit.

(1656) Civ. Liège, réf., 23 décembre 1986, Inédits de droit de la famille, J.L.M.B. 1987, p. 502.

C'est dès lors à juste titre que le président du tribunal de première instance de Bruxelles, dans une ordonnance du 26 juin 1987 ⁽¹⁶⁵⁷⁾, après avoir décidé sur base des conclusions d'une étude sociale que deux enfants de neuf ans et six ans resteraient confiés à la garde alternée de leurs parents, a dit *"que les parties prendront en commun les décisions concernant l'éducation, l'entretien, les études, la santé et le bien-être des enfants"*.

⁽¹⁶⁵⁷⁾ Civ. Bruxelles, réf., 26 juin 1987, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 500; voy. égal. Civ. Arlon 10 avril 1992, J.T. 1992, p. 623.

Voy., toutefois, J.P. Wavre, 30 avril 1980 et civ. Nivelles, 8 octobre 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 462. Bien que l'existence quotidienne des enfants fût organisée au rythme d'une garde alternée de quinzaine en quinzaine, le premier juge confia au père *"la garde et l'administration des trois enfants"* du 1 jusqu'au 15 de chaque mois et à la mère *"la garde et l'administration des trois"* du 16 au 31 de chaque mois. En degré d'appel, le tribunal, sans modifier la garde alternée, confia au père l'administration provisoire de la personne et des biens d'un des enfants et à la mère l'administration provisoire de la personne et des biens des deux enfants, en raison *"des difficultés juridiques et pratiques (que le régime décidé par le premier juge) engendre"*.

D'autres décisions organisant une garde alternée paraissent avoir confondu le droit de garde et le droit d'éducation de l'enfant. Voy. J.P. Seneffe 10 janvier 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 473 et civ. Bruxelles 24 novembre 1982, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 23 qui, au lieu d'organiser l'exercice alterné du droit de garde, confient alternativement à chacun des parents l'administration de la personne et des biens de l'enfant. Une telle solution ne prend pas suffisamment en compte le souci de cohérence qui doit être à la base de l'exercice du droit d'éducation de l'enfant par des parents qui pratiquent une garde alternée.

Enfin, certaines décisions organisant une garde alternée omettent de statuer sur l'exercice du droit d'éducation. Voy. J.P. Forest, 9 mars 1983, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 219 et trib. jeun. Nivelles, 20 juin 1989, p. 309.

CHAPITRE III

LA GESTION DU PATRIMOINE DE L'ENFANT

1052. La pratique et l'étude de la jurisprudence ne révèlent que très peu de difficultés à propos de l'administration des biens de l'enfant par ses parents séparés ou divorcés.

C'est une question à laquelle on ne prête généralement guère attention et elle ne fait que rarement naître des litiges entre les époux. La raison en est, le plus souvent, que l'enfant n'a pas à proprement parler de patrimoine ⁽¹⁶⁵⁸⁾ et qu'il n'y a dès lors pas matière ni à gérer des avoirs ni à percevoir des revenus.

1053. Les praticiens - magistrats, avocats et notaires - lient dès lors systématiquement, dans les jugements et les conventions, la décision adoptée à propos de l'administration des biens de l'enfant à la décision prise à propos de l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant.

Dans le modèle traditionnel de l'exercice exclusif du droit de garde et du droit d'éducation de l'enfant, le parent gardien devient, aussi, titulaire exclusif du droit d'administration légale et il exerce dès lors lui-même *"l'administration de la personne et des biens"* de l'enfant, sous réserve du droit de surveillance du parent non gardien (voy. supra, Titre III, n° 451).

Par contre, lorsque, selon le modèle récent de la garde conjointe, on confie aux deux parents l'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant, on prévoit habituellement qu'ils exercent, aussi, conjointement l'administration des biens de l'enfant ⁽¹⁶⁵⁹⁾.

1054. Dans la jurisprudence publiée, une seule décision, à notre connaissance, tranche un litige relatif à la répartition entre les parents de la prérogative de l'administration des biens de l'enfant.

⁽¹⁶⁵⁸⁾ Ce n'est, le plus souvent, qu'à partir du jour où un de ses parents décède que l'enfant recueille un patrimoine. Dans cette hypothèse, le parent survivant, qu'il soit marié, séparé ou divorcé, cesse d'exercer le droit d'administration légale qui constitue une des prérogatives de l'autorité parentale et est soumis, en droit belge, au régime de la tutelle (supra, Titre III, n° 445).

⁽¹⁶⁵⁹⁾ Voy. cependant civ. Bruxelles, réf., 26 juin 1987, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 508, qui omet de statuer sur le régime de l'administration des biens de l'enfant.

Voy. égal. J.P. Seneffe, 10 janvier 1980, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 473, civ. Nivelles, 8 octobre 1981, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 462 et civ. Bruxelles 24 novembre 1982, Rev. trim. dr. fam. 1983, p. 203, qui attribuent alternativement aux parents l'administration de la personne et des biens de l'enfant. On perçoit mal comment la gestion du patrimoine d'un enfant et la représentation de cet enfant dans les actes de la vie juridique pourraient être exercées alternativement de semaine en semaine ou de quinzaine en quinzaine. Mais ces décisions n'ont sans doute jamais eu la moindre portée pratique, dans la mesure où l'enfant n'avait pas de patrimoine propre.

Dans son arrêt du 22 décembre 1986, la Cour d'appel de Liège ⁽¹⁶⁶⁰⁾, qui avait refusé d'organiser l'exercice conjoint du droit d'éducation de l'enfant (supra, n° 1048) a, par contre, accepté de dire que les deux parents d'un enfant confié à la garde de sa mère exerceraient conjointement l'administration des biens de l'enfant.

En l'espèce, l'enfant était propriétaire d'un immeuble qu'il avait recueilli en héritage et qui était donné en location. Le loyer de 7.950 F par mois avait été affecté, jusqu'en octobre 1985, au remboursement d'un prêt hypothécaire contracté pour le paiement des droits de succession. Après le mois d'octobre 1985, la mère avait elle-même perçu les loyers. Mais, comme l'avait fait observer l'avocat général A. Spriesterbach dans son avis précédant l'arrêt, *"la mère qui clame sa bonne foi n'a pourtant jamais fourni à son mari, ni en conclusions, ni en plaidoiries, la moindre explication quant à la destination qu'elle a donnée aux sommes revenant à son enfant et qu'elle a elle-même perçues"* et, *"devant un tel silence, on peut comprendre les craintes du papa"*.

1055. Lorsque les deux parents exercent conjointement l'administration des biens de l'enfant, ce régime implique non seulement que les deux parents prendront ensemble les décisions relatives à la gestion du patrimoine de l'enfant mais aussi que les deux parents devront intervenir l'un et l'autre chaque fois qu'ils agiront au nom de l'enfant et que les tiers ne pourront valablement poser des actes en rapport avec la gestion du patrimoine de l'enfant que moyennant le consentement des deux parents ⁽¹⁶⁶¹⁾.

(1660) Liège, 22 décembre 1986, Rev. trim. dr. fam. 1989, p. 285.

(1661) On peut considérer cependant que, lorsque les parents mariés sont séparés ou lorsque les parents ne sont pas mariés, les tiers pourront, s'ils sont de bonne foi, c'est-à-dire s'ils n'ont pas été informés de la règle conventionnelle ou judiciaire organisant l'administration conjointe des biens de l'enfant, se prévaloir de la règle légale exprimée dans l'article 377 du Code civil qui précise que l'administration des biens de l'enfant est exercée par celui des parents qui a la *"garde matérielle"* de l'enfant.

CONCLUSION

A PROPOS DE L'INSAISSABLE INTERET DE L'ENFANT DE PARENTS DIVORCES

1056. L'étude des règles légales et des pratiques judiciaires aménageant l'exercice de la fonction parentale au temps du divorce a permis de mettre en évidence une distorsion entre les conceptions des juristes relatives à l'intérêt d'un enfant de parents divorcés et la démarche des sociologues ou des psychologues soucieux d'appréhender les incidences sur l'organisation de la vie familiale des mutations sociales et culturelles qui se sont récemment produites dans les sociétés occidentales ou de comprendre les mécanismes psycho-affectifs du développement de la personnalité d'un enfant.

Encore très imprégnées des valeurs qui ont caractérisé le "*processus autoritaire-disciplinaire*" de structuration de la famille bourgeoise, depuis le XVIIIème siècle, les autorités politiques et judiciaires restent rivées à une conception souvent monolithique de l'intérêt d'un enfant, qui renvoie elle-même à une configuration traditionnelle des comportements et des rôles familiaux. Dans ce modèle familial, c'est la mère qui élève les enfants et c'est le père qui est le pourvoyeur des ressources financières. L'éducation d'un enfant est principalement appréhendée dans une double perspective : la dispensation des soins physiques - qui a été qualifiée dans le langage juridique de garde dite matérielle - et la transmission des connaissances intellectuelles et des valeurs morales - qui a été qualifiée dans le langage juridique de garde dite juridique. La dimension psycho-affective de la formation du sujet humain est, le plus souvent, encore méconnue. Par ailleurs, la stabilité est perçue comme une des valeurs fondamentales de la vie affective et familiale; l'intérêt de l'enfant est considéré comme intimement lié à l'unité de sa cellule familiale et à la stabilité de ses conditions d'existence; le changement, la différence ou l'alternance sont regardés comme des signes ou des facteurs d'instabilité.

Les juristes ne parviennent dès lors que très difficilement à mettre en oeuvre, dans les textes législatifs et dans les procédures judiciaires qui organisent la séparation d'un couple, les conséquences de l'émergence dans la vie affective et familiale des valeurs individualistes de liberté et d'égalité; ils restent, en d'autres termes, réticents à percevoir le divorce et l'intérêt de l'enfant de parents divorcés par référence aux valeurs qui caractérisent le "*processus de personnalisation*" : l'autonomie, le changement, la diversité, l'affirmation des singularités des situations individuelles, la discussion, la négociation, la flexibilité, le respect de l'autre. Aujourd'hui encore, la loi qui organise et régit le divorce ou les procédures judiciaires qui sont instituées entre des époux en instance de séparation restent, en Belgique, régies par des logiques davantage inspirées par le modèle disciplinaire que par le modèle individualiste : logique de l'hétéronomie et de la soumission, logique de la culpabilisation, valorisation de la "*posture d'appartenance*", exclusion et mépris de l'autre.

1057. Sans doute, répliquera-t-on qu'une majorité de personnes qui divorcent ne sont pas en mesure de mettre en oeuvre, dans leurs comportements familiaux, les valeurs d'autonomie et de respect de l'altérité; elles préfèrent attendre passivement des autorités judiciaires que celles-ci imposent lors de la séparation d'un couple les décisions qui feraient droit à leurs prétentions, et elles ne sont pas disposées à pratiquer la tolérance à l'égard d'un ex-conjoint perçu le plus souvent comme un ennemi à affronter ou comme le négateur de leurs droits et de leurs intérêts.

Ce constat est, partiellement, exact, dans la mesure où, fréquemment, les conjoints en instance de divorce paraissent davantage motivés par la volonté de triompher de l'autre

que par le souci de coopérer avec l'autre dans l'intérêt de leur enfant. On voit dès lors mal, parfois, comment ils pourraient, de façon autonome et responsable, aménager eux-mêmes les modalités de leur séparation. Mais est-il justifié, pour autant, que les autorités politiques et les acteurs professionnels du divorce - magistrats, avocats ou experts - persistent passivement à n'offrir comme seule réponse aux revendications formulées que le fonctionnement traditionnel de la procédure judiciaire ? L'incompétence ou l'inadéquation du citoyen constituent souvent l'alibi qui permet aux détenteurs d'un pouvoir - politique, économique ou technocratique - de continuer à l'exercer, pour la jouissance que le pouvoir procure, sans s'interroger sur les effets d'infantilisation et de soumission induits par la logique de l'hétéronomie; en présupposant l'inaptitude du citoyen à affronter et à résoudre, par lui-même, les problèmes ou les conflits liés à la rupture d'un mariage, on pratique une politique de régression démocratique qui n'incite pas les individus à conquérir leur autonomie, en apprenant, aussi, à respecter l'autonomie de l'autre.

Par ailleurs - et surtout - on ne peut plus feindre d'ignorer, aujourd'hui, que les procès dans lesquels s'engagent des ex-conjoints décidés à régler leurs comptes et résolus à vaincre l'autre sont, par nature, incompatibles avec les besoins fondamentaux de l'enfant de parents séparés. Dans toutes les guerres qui sont menées par les chefs de clans ou les tyrans d'une nation, c'est toujours la population civile qui, en raison de son impuissance, endure les plus grandes souffrances. Dans les guerres que se mènent des parents hostiles, c'est l'enfant qui est la "*population civile*" et qui, en raison de son impuissance, subit, souvent à son insu, les plus profondes blessures psychiques.

Il est dès lors définitivement révolu le temps où un époux en instance de divorce pouvait penser que les règles de la moralité sociale imposaient qu'il se batte, en justice, jusqu'à ce qu'il démontre, selon l'expression consacrée, son "*innocence*" et qu'il obtienne la victoire par les sanctions infligées au coupable. Il est dès lors temps, aussi, que nos systèmes juridiques rompent définitivement avec une conception du divorce qui incite, consciemment ou inconsciemment, les parents d'un enfant à se mener une guerre désastreuse pour leur enfant.

Dans une société individualiste, fondée sur le respect de la dignité de chaque personne, l'exigence éthique fondamentale de deux parents qui se séparent est, au nom de l'intérêt de leur enfant, d'arrêter, le plus tôt possible, leur combat. C'est la raison pour laquelle l'exigence éthique fondamentale des acteurs professionnels du divorce est, aussi, de mettre en oeuvre les moyens dont ils disposent pour aider les parents qui y consentiront à arrêter, le plus tôt possible, leur combat.

L'intérêt de l'enfant, qui ne cesse d'être invoqué dans les colloques et dans les prétoires, reste, dans les conditions actuelles, gravement compromis par les impasses auxquelles continue de mener le traitement de la problématique du divorce par le législateur, par le barreau et par les autorités judiciaires (infra, § 1). C'est au regard de ces impasses qu'on devrait essayer, au contraire, de tracer des perspectives pour une approche psychodynamique de l'intérêt d'un enfant de parents séparés (infra, § 2).

§ 1. LES IMPASSES DU TRAITEMENT JURIDIQUE DU DIVORCE

A. Les impasses de la réglementation légale du divorce

1. La logique de la culpabilisation

1058. Malgré diverses modifications législatives importantes qui ont été apportées dans la plupart des pays occidentaux au droit du divorce et qui ont organisé des formes de divorce distinctes du divorce-sanction, la problématique du divorce reste appréhendée, dans un grand nombre de systèmes juridiques occidentaux, à travers le prisme de la "*faute*".

Le législateur ne parvient pas à se dégager d'une conception culpabilisante qui perçoit la rupture d'un mariage comme procédant de l'inconduite ou de la faute d'un ou des deux époux. Même lorsque la loi permet d'obtenir le divorce sans apporter la preuve expresse des torts de l'un ou l'autre époux, elle continue à présumer implicitement qu'il n'y aurait pas eu de divorce s'il n'y avait pas eu de *"torts"*. Le système belge du divorce pour cause de séparation de fait de plus de cinq ans en constitue une illustration exemplaire, puisque le législateur n'a pas pu s'empêcher d'instituer une présomption légale de faute (art. 306 Code civil) dans le chef de l'époux qui prend l'initiative de demander le divorce, sauf à cet époux à apporter lui-même la preuve de ce que la séparation doit être imputée aux manquements de l'époux défendeur. Dans l'esprit du législateur belge, même lorsque le divorce est autorisé sur la base du constat de la désunion, il reste dès lors acquis que c'est l'un ou que c'est l'autre des deux époux qui doit être déclaré *"fauteur"*.

A la base de cette conception culpabilisante, se trouve en réalité l'idée, toujours présente dans la conception juridique du divorce, que la dissolution d'un mariage constitue un mal (1662) ou, en tout cas, un échec. Il est d'ailleurs significatif que les juristes aient souvent qualifié de *"divorce-faillite"* le divorce autorisé pour une cause qui ne tient pas aux torts d'un des époux mais à la constatation par le juge de la cessation de la vie commune entre les époux. La cessation de la vie commune est par conséquent perçue comme une faillite ou une déconfiture.

Cette vision de la séparation d'un couple est, en réalité, strictement négative; elle met l'accent sur ce qui n'a pas été fait, sur ce qui aurait pu être fait, sur les erreurs, sur les carences, sur les défaillances...

1059. Or, la psychologie du couple permet aujourd'hui de comprendre que la décision prise par un des conjoints de ne pas poursuivre une relation de couple peut être fondée sur des raisons qui appartiennent, comme l'a indiqué Françoise Dolto, à la nécessité de poursuivre sa vie affective en bonne *"santé mentale"*. L'incompatibilité des caractères et des personnalités ou les mécanismes inconscients d'intrication psychique entre deux conjoints (supra, Titre II, n° 281 et s.) peuvent devenir des obstacles au bien-être d'un homme ou d'une femme et il peut ne pas y avoir la moindre faute dans l'initiative que ces époux prendraient de dénouer un lien qui est, pour eux, cause de mal-être. Se séparer, pour un couple qui ne parvient pas à se dégager de ses dysfonctionnements, c'est dès lors, même si la séparation est douloureuse, grandir, mûrir, devenir plus libre et plus autonome.

La sociologie de la famille permet, aussi, de comprendre que les représentations socio-culturelles du couple, dans une société où la vie privée est fondée sur les valeurs de liberté et d'égalité, ont progressivement conduit à considérer qu'un couple est, par nature, fragile, qu'un contrat de vie conjugale est, par nature, précaire, et que le mode de vie des hommes et des femmes, dans la société contemporaine, est incompatible avec l'obligation qui serait faite aux conjoints de continuer à cohabiter même s'ils ne s'aiment plus, même s'ils n'ont plus le désir de vivre ensemble. C'est pourquoi il ne paraît plus ni correct, ni

(1662) Lors d'un récent colloque organisé en mai 1992 par le Conseil régional francophone de la Fédération des Notaires de Belgique sur le divorce par consentement mutuel, le président de ce conseil introduisit le colloque en affirmant que le divorce était un des *"chancres"* de la société occidentale. Ce notaire a évidemment le droit de penser que l'indissolubilité du mariage est une valeur fondamentale de sa propre vie affective et familiale. Mais à quel titre qualifie-t-il le divorce de *"chancre"* en s'exprimant, dans l'exercice de sa profession, sur un plan qui déborde largement ses conceptions strictement personnelles ? Or, précisément, lorsque les juristes généralisent une telle conception, à l'échelle de la société et de l'ensemble des citoyens, ils génèrent une logique de la culpabilisation qui se trouve en complète distorsion avec la lecture du divorce proposée par les sociologues ou par les psychologues.

adéquat, au plan juridique, de considérer que le "*devoir de cohabitation*" des époux serait une obligation "*d'ordre public*". Si le projet de partager une vie commune et une intimité sexuelle et affective participe de l'essence même du mariage, ne faut-il pas admettre par contre, aujourd'hui, que toute décision relative à la poursuite ou à la rupture de cette vie commune relève de la vie privée et de la conscience personnelle des deux époux ?

Il n'en résulte pas, assurément, que le mariage aurait cessé, en principe, d'être fondé sur la continuité et la fidélité de la relation entre un homme et une femme.

1060. Sans doute la majorité des hommes et des femmes qui se marient continuent-ils en effet à former le projet d'un mariage durable; sans doute l'approfondissement d'une relation de couple, au-delà des crises et des vicissitudes de l'existence, est-il générateur d'une des expériences humaines les plus riches et les plus fécondes pour chacun des deux époux; sans doute la certitude d'être aimé pour toujours par son compagnon ou sa compagne de vie est-elle la source d'un des plus profonds bonheurs humains.

Sans doute, aussi, les enfants nés d'un homme et d'une femme ont-ils de plus grandes chances de grandir heureux et équilibrés lorsqu'ils peuvent vivre dans le couple stable, heureux et équilibré de leurs parents.

Mais la désinstitutionnalisation de la famille a progressivement conduit à la privatisation de la vie sexuelle, affective et familiale et les individus sont devenus hostiles à ce que le projet ou le désir d'un mariage durable puisse être imposé par la force d'une règle de droit. Une relation de couple touche au niveau le plus profond de l'intimité personnelle - corporelle et psychique - et on ne peut dès lors plus admettre, aujourd'hui, d'intrusion de la collectivité ou de l'Etat dans la décision qu'un individu prend de dénouer un mariage. Il est donc temps que le droit renonce à une perception du divorce qui ne correspond plus aux mentalités et aux valeurs d'une société individualiste.

Il est temps pour les époux et il est temps pour leurs enfants.

1061. Il est temps pour les époux parce que, paradoxalement, la logique juridique de la culpabilisation de la rupture d'un mariage produit davantage d'effets pervers, dans la vie sexuelle et affective des hommes et des femmes, qu'elle ne soutient, en réalité, le projet d'une relation de couple durable.

En laissant entendre que la séparation d'un couple procède nécessairement des manquements ou des fautes de l'un ou l'autre des conjoints, la loi incite les époux qui se séparent à initier un débat stérile qui ne peut tendre qu'à faire désigner l'autre comme le coupable. Si un être humain, qui ne se sent pas, au fond de lui-même, coupable - car quelle est la culpabilité d'un homme ou d'une femme qui ne parvient plus à partager avec son conjoint une relation intime de couple ? - perçoit cependant qu'il pourrait être désigné comme un coupable, il n'existe généralement pour lui qu'une seule parade : tenter de démontrer que c'est l'autre qui est le coupable, en mettant en évidence ses manques, ses défauts ou ses travers; or on sait qu'il n'y a rien de plus aisé que de repérer les défaillances et les imperfections d'un autre que soi.

La logique de la culpabilisation stimule dès lors les pulsions agressives de l'être humain, dans des situations émotionnelles où, en raison de la crise psychique de la séparation, elles sont déjà suffisamment mobilisées par l'effet de la colère ou du deuil, et elle ne peut que provoquer, pour chacun des deux époux, une situation de mal-être dont ils ne parviendront plus que très difficilement à se dépêtrer, car personne ne supporte les blessures qui résultent des accusations injustes et inadéquates.

Par ailleurs, en focalisant sur les fautes de l'autre la responsabilité de la séparation, la logique de la culpabilisation empêche chacun des conjoints d'effectuer le travail psychique de maturation qui consiste à s'interroger sur les raisons réelles et profondes pour

lesquelles les conjoints se sont choisis, sans parvenir à partager entre eux une relation harmonieuse. Or, tous les psychologues insistent sur la nécessité de ce travail qui est indispensable non seulement pour humaniser la séparation mais, aussi, pour éviter à chacun des conjoints de recommencer une expérience de vie conjugale qui se révélerait aussi insatisfaisante que la précédente (voy. Titre II, supra, n° 317).

Comme l'a indiqué Françoise Dolto, ce qui se produit dans la vie affective des êtres humains n'est pas "*de leur faute*" mais est "*de leur fait*" (1663). Il n'est pas possible de réussir un divorce, dans le respect des valeurs d'autonomie et d'altérité, si chacun des conjoints n'accepte pas de comprendre et de reconnaître ce qui a été "*de son fait*" dans la désunion de son couple, et la meilleure manière d'aider chacun des conjoints à effectuer cette démarche est de cesser, une fois pour toutes, de lui faire croire que ce serait "*de sa faute*".

1062. Il est temps, aussi, pour les enfants du couple, que le législateur renonce à sa logique de culpabilisation.

On sait, aujourd'hui, que l'intérêt d'un enfant est de pouvoir grandir en s'identifiant à une image positive de son père et à une image positive de sa mère. On sait, aujourd'hui, que chaque fois qu'un des parents est dénigré ou vilipendé, par l'effet des pulsions agressives de l'autre, c'est l'enfant lui-même qui est atteint dans le sentiment de sa propre valeur et qu'aucun enfant ne peut supporter qu'on s'acharne à démontrer qu'un de ses deux parents est le "*coupable*", sauf à aviver, chez l'enfant lui-même, des pulsions agressives qui le feront désigner, aussi, un de ses parents comme le coupable, en le rejetant parce qu'il aura cru qu'il était lui-même rejeté.

L'intérêt d'un enfant de parents séparés ou divorcés est, fondamentalement, de ne pas être impliqué dans un débat sur les torts respectifs de ses parents. Les juges modernes en sont devenus de plus en plus conscients lorsqu'au prétoire ou dans leurs jugements, ils invitent les deux parents à mettre fin à leurs accusations réciproques. Mais il est contradictoire, dans une chambre du tribunal, d'exhorter les parents à apaiser leurs querelles dans l'intérêt de leurs enfants, et, dans une autre chambre du tribunal, de continuer à les entendre plaider aux fins de démontrer les torts de l'un et / ou de l'autre dans le déroulement de leur vie conjugale.

Il est dès lors temps que le législateur extirpe enfin le concept de faute du traitement juridique de la désunion d'un couple. La seule véritable raison affective d'un divorce est qu'un des époux n'a plus le désir de vivre une relation intime de couple avec son conjoint (voy. supra, Titre II, n° 286). Ce doit être, aussi, la seule raison juridique de la dissolution d'un mariage, non seulement par souci d'honnêteté intellectuelle, mais plus fondamentalement pour battre en brèche les effets pervers de la logique de la culpabilisation.

2. La logique de l'appartenance

1063. Dans la conception traditionnelle qui, pour protéger l'institution du mariage, tendait à empêcher le divorce, le législateur avait, délibérément, mis en place, dans les lois qui organisaient le divorce, des obstacles destinés à compliquer et à retarder la procédure. L'objectif déclaré était d'éviter que les époux, sous l'empire d'une passion, ne précipitent la dissolution de leur mariage et de favoriser, par tous les moyens, la réconciliation entre les conjoints.

C'est ce qui explique que, tant dans la procédure en divorce pour cause déterminée que dans la procédure en divorce par consentement mutuel, le législateur a volontairement allongé les délais de procédure et a organisé des comparutions au cours desquelles le juge

(1663) F. Dolto, *La cause des enfants*, p. 186.

doit, en principe, tenter de réconcilier les époux. C'est ce qui explique, aussi, que lorsque le législateur belge a institué une procédure en divorce justifiée par la seule constatation de la cessation de la vie commune, il n'a cependant autorisé le divorce qu'après une séparation de fait fixée originellement à dix ans et ensuite à cinq ans.

1064. Il n'est plus contesté aujourd'hui que ces délais et ces comparutions ne produisent, en aucune manière, l'effet escompté. Un homme et une femme séparés ne décident pas de reprendre la vie commune, parce que le législateur dresse des obstacles de procédure pour les empêcher de divorcer ou parce qu'un juge les exhorte à se réconcilier (1664). Cette intervention des autorités étatiques dans la relation conjugale est dès lors devenue inutile, elle ne correspond plus, au demeurant, à l'état d'esprit qui procède de la désinstitutionnalisation de la vie familiale, et elle constitue, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, une immixtion dans la vie privée et familiale qui ne paraît pas commandée par les exigences du fonctionnement d'une société démocratique.

La procédure de divorce est cependant toujours restée, en droit belge, encombrée de formalités; elle est souvent longue et, surtout, un des époux dispose de la possibilité, par différents moyens de procédure, de retarder pendant de très nombreuses années la dissolution du mariage et de perpétuer entre les deux conjoints un lien juridique qui ne repose plus sur aucune vie conjugale quelconque.

C'est en ce sens que la législation relative au divorce institue ce que l'on pourrait appeler une *"logique de l'appartenance"*. Celui des époux qui entend psychiquement ou symboliquement conserver une maîtrise sur l'autre n'éprouve aucune difficulté à empêcher la dissolution du lien juridique du mariage.

Or, la psychologie du couple a permis de mieux comprendre qu'un certain nombre de difficultés psycho-affectives liées pour chacun des deux époux et dès lors aussi pour leurs enfants à la séparation d'un couple procèdent précisément de ce que les conjoints ne parviennent pas à se séparer. Ce qui pose problème, dans les divorces dramatiques et passionnels, résulte de ce que les époux - ou à tout le moins un d'entre eux - ne parviennent pas à intégrer psychiquement la réalité de la séparation et à accepter la perte et le deuil de leur objet d'amour (voy. supra, Titre II, n° 309 et s.). Ces époux déploient alors une énergie psychique considérable à maintenir un lien conjugal fantasmatique, comme si la séparation n'était pas définitivement acquise, comme s'ils pouvaient encore espérer du mariage des bénéfices affectifs, comme si, en d'autres termes, leur conjoint était toujours leur conjoint.

Or, lorsque ce mythe de la symbiose conjugale, auquel un des époux s'accroche désespérément, est, dans la réalité, conforté par la loi, parce que la loi offre précisément les moyens de prolonger artificiellement le lien avec l'autre conjoint, on se trouve alors en présence d'une loi juridique qui ne fait pas office de loi symbolique, parce qu'au lieu d'ancrer les êtres humains dans la réalité, elle légitime la perpétuation du mythe. La loi n'aide par conséquent pas les époux à réaliser le travail psychique de séparation et de désintringement (voy. supra, Titre II, n° 316) indispensable pour que les époux puissent,

(1664) En ce sens, voy. J. Mellaerts, *Naar een hervorming van het echtscheidingsprocesrecht*, Acco, Leuven, 1991, qui fait observer que ce n'est pas la fonction d'un juge de tenter de prolonger une relation aussi intime que la relation conjugale.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, dans la pratique, la très grande majorité des juges ont définitivement renoncé à exercer la mission qui leur était confiée par le législateur. Ils ne cherchent dès lors plus à réconcilier les époux, même si les procès-verbaux qu'ils signent persistent à indiquer, à l'issue des comparutions en conciliation, qu'ils ont fait aux époux les *"représentations ou exhortations propres à opérer un rapprochement"*.

lors d'une séparation conjugale, reconstruire leur sentiment d'identité et s'affirmer comme des adultes autonomes.

La logique de l'appartenance génère chez les conjoints des positions psycho-affectives infantiles; elle stimule les pulsions archaïques prégénitales qui investissent l'objet d'amour sur le mode de l'appropriation; elle maintient les êtres humains dans un rapport de dépendance à un fantasme; elle empêche de se séparer, de grandir et de mûrir.

En cautionnant l'attitude d'un conjoint qui s'emploie à faire perdurer inconsidérément le lien juridique du mariage, la loi crée les conditions d'une impasse, parce qu'elle incite un des époux à se maintenir dans une position d'appartenance et de dépendance. La loi devrait, au contraire, aider les époux à affronter le réel de la séparation et le deuil du couple, en faisant correspondre, en temps opportun, la réalité juridique avec la réalité de la rupture de la vie conjugale. C'est la seule manière d'inciter les individus à se prendre en charge dans leur vie sexuelle, affective et familiale. C'est aussi une manière, à long terme, de prendre en compte l'intérêt des enfants du couple, parce que des enfants ont essentiellement besoin de parents qui assument leurs responsabilités d'adulte et qui ne s'enlisent pas dans des comportements infantiles.

C'est la raison pour laquelle, au lieu de prévoir des comparutions destinées à réconcilier les époux, la loi devrait plutôt, symboliquement, inviter les époux qui se séparent à se rendre dans des lieux de médiation où ils pourraient médiatiser leur séparation et apprendre à retrouver par eux-mêmes, en dehors du couple, leur sentiment de sécurité et d'identité.

3. La logique de l'exclusion

1065. La loi belge, telle qu'elle est actuellement conçue et rédigée, mène à une troisième impasse. Le modèle qu'elle propose aux parents qui se séparent ou aux époux qui divorcent, pour l'exercice de leur fonction parentale à l'égard de leurs enfants, est un modèle qui, dans ses effets symboliques et juridiques, aboutit à exclure un des parents de la responsabilité de la garde et de l'éducation des enfants. Le législateur et, par ricochet, les juges persistent à raisonner comme si la séparation d'un couple impliquait nécessairement pour l'enfant la reconstruction d'une nouvelle entité familiale qui serait désormais "*monoparentale*", c'est-à-dire qui serait centralisée autour de la personne d'un des deux parents, par l'effet de l'éviction ⁽¹⁶⁶⁵⁾ de l'autre parent.

Cette conception, qui procède du modèle totalitaire et disciplinaire selon lequel la famille bourgeoise s'est structurée à partir du XVIII^{ème} siècle (voy. supra, Titre I, n° 83 et s.), a été justifiée par le souci de l'unité de la résidence et de l'unité de l'éducation de l'enfant.

On sait, aujourd'hui, que cette logique de l'exclusion ne correspond pas aux besoins fondamentaux d'un enfant de parents séparés. Un enfant construit sa personnalité en s'attachant et en s'identifiant à chacune de ses deux images parentales, et il est dès lors essentiel pour son équilibre psychique que chacun de ses deux parents tienne une place effective et significative dans son existence quotidienne et dans la responsabilité de son éducation (voy. supra, Titre II, n° 353 et s.).

On sait aussi qu'en octroyant à un seul des parents les prérogatives de l'autorité parentale, la loi et les juges, au lieu d'inscrire dans le réel de la vie familiale le droit fondamental de l'enfant à conserver ses deux lignées parentales, encouragent inconsciemment, au contraire, chacun des parents à affirmer "*son*" droit à obtenir la garde et l'éducation de

⁽¹⁶⁶⁵⁾ Voy. l'avis du Ministère public précédant civ. Liège 26 mai 1983, Jur. Liège 1983, p. 348 (voy. supra, Titre IV, n° 731), qui considère que "*l'intérêt des enfants requiert un droit de garde continu, sauf à régler le droit de visite de l'époux évincé*" (sic !)

l'enfant et, dès lors, à percevoir l'enfant, après la séparation du couple, comme un enjeu de possession et d'appropriation.

Enfin, la logique de l'exclusion stimule les pulsions agressives des ex-conjoints, puisqu'elle autorise, dans la réalité, un des parents à assouvir les sentiments de vengeance ou de haine qu'il pourrait éprouver à l'égard de l'autre, en offrant une prise au besoin de dominer ou d'éliminer l'autre, aux yeux de son enfant.

La logique de l'exclusion - qui a toujours constitué une des caractéristiques des modèles totalitaires d'organisation des relations humaines - est diamétralement opposée à la logique individualiste et elle contredit les valeurs d'égalité, de réciprocité et de respect de l'altérité.

B. Les impasses de la procédure judiciaire

1. La logique de l'affrontement

1066. En consultant l'un et l'autre un avocat, en le chargeant de défendre leurs droits et leurs intérêts, et en instituant des procédures judiciaires, les époux qui se séparent sont immanquablement entraînés dans une logique d'affrontement qui, au lieu de résoudre les problèmes qui se posent, risque, au contraire, de les exacerber.

Aucune véritable solution compatible avec les besoins fondamentaux d'un enfant ne peut s'élaborer et se construire dans un affrontement judiciaire. La logique de l'affrontement transforme en effet les époux en adversaires rivaux sur leurs positions respectives et résolu à faire triompher les prétentions de l'un sur les prétentions de l'autre; elle focalise l'énergie sur ce qui oppose et ce qui divise les deux époux dans la revendication de leurs intérêts divergents, au lieu de les orienter vers ce qui devrait les unir, dans la continuation de leur mission éducative à l'égard de l'enfant.

Un enfant a fondamentalement besoin de parents qui se parlent, qui se concertent et qui s'entendent; c'est un leurre d'imaginer qu'on puisse se parler, se concerter et s'entendre lorsqu'on reste par ailleurs déterminé à faire prévaloir ses intérêts au détriment des intérêts de l'autre; il n'y a pas, en d'autres termes, de véritable coopération entre deux parents qui persistent à vouloir s'affronter jusqu'à ce que l'un parvienne à obtenir définitivement la consécration de ses prétentions par l'éviction des prétentions de l'autre.

1067. On rétorquera, évidemment, que, dans de nombreuses situations de dissociation familiale, les positions exprimées par les antagonistes, avant même qu'ils ne consultent un avocat, sont tellement divergentes qu'il n'existe aucune possibilité d'instituer une loi familiale pour les époux et pour leurs enfants sans recourir à une procédure judiciaire et sans requérir des règles imposées par un juge.

C'est indéniable. Il est des êtres humains qui font preuve d'un acharnement aveugle dans leurs exigences, qui se montrent inaudibles aux droits de l'autre, et qui ne céderont pas tant qu'ils n'auront pas obtenu la satisfaction de leurs propres revendications. Ce sont généralement des sujets qui n'ont pas accompli le travail d'intégration des pulsions, qui n'ont pas acquis le sens des limites et du respect de l'autre, qui n'ont pas réussi leur "castration" et qui sont complètement dénués de "rapport à la loi".

C'est pour cette raison que les juges existent (voy. infra, n° 1093) et c'est pour cette raison que les avocats familialistes n'ont parfois pas d'autre solution que de saisir les juges.

Lorsque les relations entre deux ex-époux sont traversées par des rapports de force ou de haine qui font que l'un tente irrésistiblement de l'emporter sur l'autre, la loi ordonnée par un juge constitue parfois la seule manière de protéger les époux et leurs enfants de la

violence physique ou mentale qui menace leur intégrité ou de la méconnaissance systématique de leurs droits et de leurs intérêts. L'avocat exerce alors une responsabilité spécifique qui consiste à mener les procédures nécessaires aux fins d'obtenir la formulation d'une décision adéquate par le juge. L'avocat est en effet un professionnel de l'affrontement judiciaire qui s'est formé à prendre en charge les intérêts de ses clients et à éviter que ces intérêts, lorsqu'ils ne sont pas énergiquement défendus, soient sacrifiés par l'effet de la loi que les plus forts tentent d'imposer aux plus faibles.

1068. Mais ce n'est pas parce que, dans certaines situations, le recours à la procédure est devenu la seule solution qui puisse instaurer un certain ordre dans les relations familiales que la logique de l'affrontement doit être mise en oeuvre dans toutes les situations de séparation conjugale.

Or le risque existe précisément que les avocats, par l'effet d'un réflexe professionnel qui procède de leur pratique de l'affrontement judiciaire ou par l'effet d'un habitus qui les incite à promouvoir et à rechercher la satisfaction des intérêts de leurs clients, n'entraînent, trop rapidement, des époux qui se séparent dans des procédures qui les positionneront comme des adversaires résolus à faire triompher les prétentions de l'un sur les prétentions de l'autre.

Le risque pour les époux et, aussi, pour leurs enfants, procède de ce que l'avocat ne perçoive pas ou ne comprenne pas suffisamment que des époux en instance de séparation sont confrontés à une crise psychique et émotionnelle qui affecte leur sentiment de sécurité et d'identité et qu'ils se trouvent dès lors dans une situation de fragilité personnelle qui induit des sentiments de colère, de frustration, de rancœur et d'agressivité.

Si l'avocat, par un mécanisme d'identification au discours de son client, traduit les sentiments qui lui sont exprimés en termes de revendications juridiques, et prétend offrir un service qui consiste à obtenir la satisfaction de ces revendications juridiques, il institue inévitablement une logique d'affrontement, parce qu'il n'y a plus de place, dans cette perspective, pour l'écoute et le respect de l'un et de l'autre et la prise en considération des droits et des intérêts de l'un et de l'autre.

Ce n'est pas par hasard qu'on dit parfois que, dans les conflits familiaux, les avocats "*jetent de l'huile sur le feu*"; effectivement, souvent sans s'en rendre compte, les avocats jouent avec le feu. Le feu, ce sont les pulsions ou les émotions d'un homme et d'une femme qui éprouvent la souffrance de la séparation de leur couple, de la perte de leur objet d'amour, du deuil de leur fantasme de symbiose familiale, de la blessure infligée à leur estime de soi; et, comme tous les êtres blessés, ils se sentent menacés; ils sont envahis par des sentiments qui les submergent, qui les stimulent, à leur insu, à se défendre, dans l'affirmation de leur identité, de leurs droits et de leurs intérêts, et qui les rendent provisoirement incapables de prendre en compte l'identité, les droits et les intérêts de l'autre. Or, les êtres blessés, même s'ils en appellent apparemment au combat pour la défense de leurs droits, n'ont pas besoin d'une guerre; elle ne pourra que leur causer davantage de souffrance, de blessures ou d'amertume.

Les avocats ne sont sans doute pas encore suffisamment conscients de toutes les armes qu'ils sont parfois capables de déployer dans les procédures familiales où les émotions et les sentiments ont une part aussi ou même plus importante que les prétentions juridiques.

Lorsqu'un avocat a mis en oeuvre la logique de l'affrontement judiciaire et que l'objectif de cet affrontement est d'aboutir à la reconnaissance par le juge des revendications formulées par un des époux, tous les moyens sont parfois utilisés pour tenter de convaincre le juge et obtenir qu'il se range à une thèse plutôt qu'à l'autre. Parmi ces moyens, les plus fréquents sont la séduction et la culpabilisation. Ils consistent, par des techniques subtiles qui utilisent, sans aucune vérification rigoureuse dans les faits, les

productions de l'esprit humain - les arguments *ad hominem*, les allégations, les proclamations de principe, les insinuations, les accusations - à tenter de faire croire à l'innocence de l'un et à la culpabilité de l'autre. L'avocat produit alors, en mobilisant inconsciemment ses propres pulsions agressives, un discours manichéen qui devient irréaliste, c'est-à-dire qui est complètement détaché de la complexité du réel mais qui tend à présenter comme réel ce qui, souvent, procède des émotions ou de l'imagination.

Rien, dans ce type de discours, n'est constructif, au sens où rien ne produit de l'argumentation, de la discussion, de la communication, du dialogue; il s'agit, essentiellement, de séduire pour faire pencher la balance d'un côté plutôt que de l'autre.

Tout, par contre, dans ce type de discours peut devenir destructif, au sens où les mots qui sont prononcés, les reproches qui sont formulés, les médisances qui sont proférées, contribuent encore davantage à éloigner les protagonistes, à accentuer les blessures, à renforcer l'incompréhension, à nier ou à détruire l'autre dans le sentiment de sa valeur, à stimuler la rancœur et l'agressivité; mais ces effets pervers sont méconnus ou occultés, parce qu'il s'agit, essentiellement, de gagner et de vaincre.

Comment peut-on, dans de telles conditions, espérer réellement que des époux qui se séparent soient aidés à accomplir leur mission éducative à l'égard de leurs enfants ? Comment peut-on penser, un seul instant, qu'un tel affrontement pourra produire de l'intérêt pour l'enfant, même si c'est souvent sous la bannière de l'intérêt de l'enfant que les prétentions qui s'affrontent affirment leur légitimité ? L'affrontement mène, au détriment de l'enfant, à une impasse, car les deux parents ne voudront plus se parler, se rencontrer, se comprendre.

C'est alors l'affrontement, justifié originellement par la divergence des intérêts opposés, qui risque de sceller l'impossibilité de constituer un "*couple parental*" soucieux de conserver à l'enfant ses deux parents et d'assurer, dans la cohérence, son nouveau cadre éducatif.

Or, dans un grand nombre de situations de dissociation familiale, ce qui empêche un couple qui se sépare de parvenir à un accord, ce n'est pas tellement la contrariété des intérêts divergents, comme le croient trop vite les avocats, mais ce sont les sentiments de frustration, d'anxiété ou de colère que provoque un divorce. "*Si tel est le cas*, écrit J.D. Lenand-Marlow, "*la procédure employée pour résoudre le conflit devrait porter sur ces sentiments destructifs et les apaiser, et non, comme c'est le cas dans les procédures habituelles de divorce contentieux, les exacerber un peu plus*" (1666).

Avant de recourir à la procédure judiciaire et d'instituer une logique de l'affrontement, les avocats, dans le souci de l'intérêt de l'enfant et de la satisfaction de ses besoins fondamentaux, devraient dès lors avoir acquis la conviction qu'il était devenu rigoureusement impossible d'instituer entre les parents de l'enfant une logique de la discussion et de la communication.

2. La logique disciplinaire de l'intervention du juge

1069. Dans une société organisée sur le modèle de la séparation des pouvoirs, la fonction dévolue au juge consiste à imposer par la contrainte des règles et des limites aux comportements des êtres humains. En raison de la nature de sa charge, le juge fonctionne

(1666) J.D. Lenand-Marlow, *La médiation dans les divorces : les thérapeutes y sont sur leur terrain*, Dialogue, vol. 105, 1989-3, p. 64.

dès lors nécessairement selon une logique *"autoritaire-disciplinaire"* ; il exprime une injonction à laquelle le justiciable est tenu de se soumettre (1667).

Le recours fait à un juge initie dès lors une logique d'hétéronomie et de soumission; le juge est homme de pouvoir qui formule un ordre auquel on doit se plier. Si une partie saisit un juge, c'est d'ailleurs parce qu'elle veut obtenir la garantie d'une décision qui soit contraignante pour la partie adverse et à laquelle celle-ci n'aura pas la possibilité de se dérober; c'est, parfois, aussi, parce qu'un des époux en instance de séparation éprouve le besoin, en raison de sa propre fragilité, de pouvoir se référer à une loi familiale délimitée et imposée par une instance de pouvoir (1668).

Mais cette logique de l'hétéronomie et de la soumission, dans l'organisation des relations familiales, correspond davantage à une période de l'histoire de l'Occident au cours de laquelle la vie affective et familiale est restée structurée selon le *"processus disciplinaire"* (voy. supra, Titre I, n° 83 et s.) et elle ne prend aucunement en compte le changement profond des valeurs et des mentalités opéré par la révolution familiale individualiste de la fin du XXème siècle. Sans doute ce changement n'a-t-il jusqu'à présent produit ses effets que dans certaines couches sociales - plus particulièrement dans les classes intellectuelles (voy. supra, Titre I, n° 105) - et une grande partie de la population n'a pas encore pu ou voulu assimiler les valeurs individualistes dans ses comportements affectifs et familiaux. C'est ce qui explique, au demeurant, la diversité des modèles familiaux dans la société occidentale contemporaine. Il reste toutefois que l'évolution paraît irréversible, même s'il est vraisemblable qu'à chaque reflux des valeurs démocratiques - comme ce fut le cas dans la société américaine des présidents Reagan et Bush - se profilera une tendance à un reflux vers le modèle disciplinaire-autoritaire de la famille bourgeoise.

Le recours au juge, pour l'aménagement de la séparation d'un couple, est dès lors typique d'une mentalité pré-moderne dans l'organisation des relations familiales et ne cadre pas avec les valeurs modernes d'autonomie, de responsabilité, de discussion et de négociation. *"L'espace de la communication et de l'argumentation est ouvert sur les décombres de toute imposition arbitraire"* a récemment fait observer le cardinal Lustiger lors d'une interview au journal Le Monde (1669). Si on peut former l'espoir que cet espace de la négociation soit désormais ouvert à l'humanité pour la gestion de la cité et de la planète, on ne peut qu'espérer, a fortiori, qu'il le soit aussi pour l'aménagement par chaque homme de son existence individuelle et de sa vie privée.

Or, la saisine d'un juge se situe aux antipodes d'une démarche de négociation; elle reproduit, selon l'expression de Marcel Gauchet (voy. supra, titre I, n° 19) la *"posture"*

(1667) Cette injonction constitue ce qu'on appelle généralement, dans le langage juridique, l' *"effet obligatoire"* du jugement. Sur cet effet obligatoire, voy. P. Gothot, Les conditions auxquelles une décision judiciaire étrangère peut fonder, en Belgique, l'exception de chose jugée, Rev. crit.jur. belge 1975, p. 554 et s.; J. van Compernelle, Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile, note sous Cass. 10 septembre 1980, Rev. crit. jur. belge 1984, p. 248, n° 10 à 13.

(1668) Voy. M. Colin, Les effets du cadre juridique sur le devenir psychique des divorçants, Dialogue, vol. 105, 1989-3, p. 54 qui écrit que *"le maintien des divorces contentieux semble extrêmement utile pour des personnalités fragiles, ayant moins la capacité d'opérer une auto-régulation des conflits interpersonnels de la séparation, et gardant un besoin profond qu'on leur fasse justice, précisément parce qu'ils ne peuvent, à cause de l'insécurité de leur Moi et la précarité de leurs instances surmoïques, se donner suffisamment raison à eux-mêmes"*.

(1669) Entretien avec Henry Tincq, Le Monde du mercredi 13 novembre 1991.

d'appartenance" - héritée du holisme primitif - par laquelle l'être humain laisse diriger son existence par un *"autre"* que lui-même ou dans un *"ailleurs"* de lui-même; elle représente une dépossession ou une conjuration de soi-même; elle implique une déresponsabilisation de son devenir.

En appeler au juge et à son injonction renvoie inévitablement à l'incapacité où un homme et une femme - parents de leur enfant - se sont trouvés d'assumer eux-mêmes leurs responsabilités de parents, de définir eux-mêmes le cadre de leurs relations familiales et d'organiser eux-mêmes l'existence de leurs enfants.

Sans doute doit-on que rappeler, encore une fois, que l'aporie, chez un certain nombre d'êtres humains, d'une intériorisation de la loi, dans le processus de formation de la personnalité et d'élaboration du sentiment d'identité personnelle, ne laisse parfois guère d'autre solution que de solliciter l'intervention d'un juge qui imposera cette loi par la contrainte.

Mais ce recours au juge, s'il est parfois indispensable, ne peut plus être perçu, au regard des évolutions des comportements et des mentalités dans la vie familiale, que comme un ultime remède.

En d'autres termes, au fur et à mesure que les individus intégreront, dans leurs relations familiales, les valeurs de liberté et d'égalité - c'est-à-dire l'autonomie et la réciprocité - l'idée de saisir un juge, pour régler une séparation ou un divorce, leur paraîtra de plus en plus inopportune et inadéquate. La mise en oeuvre d'une logique disciplinaire-autoritaire, qui est nécessairement associée à l'office du juge, répugnera en effet à la conception que les individus se font de l'autonomie de leur vie sexuelle, affective et familiale. Au lieu d'être la règle, comme c'est encore souvent l'usage dans de nombreuses couches de la population ou dans les milieux du barreau, l'introduction d'une procédure judiciaire entre deux époux qui se séparent devrait progressivement devenir l'exception. C'est, au demeurant, dans cette perspective qu'il convient de se situer pour apprécier aujourd'hui la légalité des pactes de séparation (voy. supra, Titre IV, n° 708 et s.) ou des règlements conventionnels conclus entre les parents pour l'exercice de la fonction parentale (voy. supra, Titre III, n° 582 et s.).

1070. Le réflexe de saisir un juge conduit en effet, à long terme, à de nouvelles impasses dans la prise en considération des besoins fondamentaux d'un enfant.

Outre la logique d'affrontement qu'une procédure judiciaire induit inmanquablement, elle provoque, aussi, pour les parents de l'enfant, un effet d'infantilisation et de mésestime de soi.

Au plan de sa propre image et du sentiment de sa propre valeur, l'être humain est valorisé et renforcé dans son estime de soi chaque fois qu'il parvient, par lui-même et grâce à ses propres efforts, à surmonter les obstacles et les difficultés auxquels il est régulièrement confronté. S'en remettre à un tiers pour décider en ses lieux et place, c'est reconnaître son propre échec à y arriver par ses propres moyens et c'est se maintenir dans une position frustrante de dépendance et de soumission. Même celui qui gagne par rapport à l'autre a, souvent, perdu par rapport à lui-même, c'est-à-dire par rapport à sa propre capacité de résoudre par lui-même ses propres problèmes.

Au plan, par ailleurs, de l'image d'eux-mêmes que les parents donnent à leurs enfants, ceux-ci risquent de se trouver davantage en difficulté lorsqu'ils doivent s'accommoder d'une situation familiale dans laquelle leurs parents ne sont pas parvenus à organiser par eux-mêmes la vie de la famille et ont été contraints de s'en remettre à un juge. Lorsqu'on sait qu'un enfant acquiert son sentiment d'identité et de sécurité en parvenant, notamment, à s'identifier à des images parentales fortes et solides, on ne peut pas s'empêcher de penser que, quelles que soient les raisons qui puissent expliquer qu'un des parents ait été

contraint de saisir un juge, l'intérêt de l'enfant aurait davantage été préservé si chacun des parents était parvenu à résoudre, par ses propres moyens, les dissensions qui auraient surgi entre eux à propos de leurs enfants (1670).

Comme l'ont fait observer les psychologues J.J. Guillarmé et P. Fuguet, il existe une tendance naturelle chez l'homme à éviter l'effort et la réflexion. *"On se doute du résultat. A force d'éviter tout ce qui est pénible, on finit par tout éviter. Pour ne plus marcher dans les broussailles, on ne va plus à la pêche. Avec une certaine impatience on attend le désherbant miracle qui va dégager les rives. Même s'il fait mourir le poisson et polluer la rivière, on préfère encore le désherbant. Finalement, devant sa télé, on regarde la pêche en Irlande. Bien des couples attendent ainsi, spectateurs d'eux-mêmes, qu'on organise leur vie. Ils préfèrent s'asseoir, plutôt que marcher. Aucun enfant ne supporte bien ces divorces qui ressemblent à une fuite"* (1671).

Dans beaucoup de divorces, le recours au juge est, dans le chef des parents, une fuite; c'est refuser de faire soi-même l'effort de s'adapter à la nouvelle situation familiale pour en assumer les conséquences et en organiser les modalités; c'est *"s'asseoir"* en attendant la décision d'un tiers, plutôt que *"marcher"* pour définir soi-même ses responsabilités de père et de mère d'un enfant.

A long terme, les parents et l'enfant ne parviendront que très difficilement à retrouver le sentiment de leur valeur, de leur sécurité et de leur autonomie - qui contribue considérablement au sentiment du bonheur - aussi longtemps qu'ils ne seront pas parvenus à se dégager de la nécessité de recourir à un juge et de la logique disciplinaire initiée par le recours à ce juge, pour prendre eux-mêmes, au fur et à mesure que l'enfant grandit, l'ensemble des décisions que requiert l'éducation d'un enfant.

1071. Les impasses auxquelles mène, pour l'avenir, la logique disciplinaire de l'intervention du juge sont, par ailleurs, renforcées par le mode de fonctionnement du pouvoir judiciaire dans les conflits familiaux.

Le service public de la justice ne s'est en effet pas encore adapté aux évolutions de la famille moderne et un certain nombre de magistrats paraissent eux-mêmes éprouver de sérieuses difficultés à assimiler les valeurs individualistes d'autonomie et d'altérité dans les comportements affectifs et familiaux. Tant le déroulement de la procédure proprement dite que les solutions exprimées par les magistrats dans les décisions qu'ils prononcent renvoient, trop souvent, à une conception des relations familiales qui reste davantage inspirée par le modèle unitaire de la famille bourgeoise que par le souci d'introduire, dans l'organisation de la vie familiale, les valeurs de liberté et d'égalité.

En Belgique, à l'exception de la procédure en mesures urgentes et provisoires instituée devant le juge de paix (voy. supra, Titre IV, n° 811) et, parfois, de la procédure organisée par certains juges de la jeunesse, le traitement judiciaire du contentieux conjugal reste empreint d'ésotérisme, de formalisme et de rigidité.

Le justiciable éprouve l'impression d'être confronté à un appareil bureaucratique qui est incapable de fonctionner avec souplesse et efficacité et qui ne parvient pas à personnaliser

(1670) Lors d'une récente émission de télévision consacrée aux rapports entre parents et enfants, une adolescente de 17 ans expliquait, à un âge où un jeune est devenu capable d'expliquer plus lucidement ses propres besoins, que ce qu'elle avait le plus redouté, lors de la séparation de ses parents, était que ceux-ci et elle-même aient été obligés de comparaître devant un juge; au regard de la situation vécue par d'autres enfants, elle remerciait ses parents d'avoir été capables de s'accorder pour organiser sa vie.

ni l'accueil du justiciable ni la gestion de son dossier. Par ailleurs, le rythme de certaines procédures, plus particulièrement au niveau des cours d'appel, ne répond en aucune manière aux besoins fondamentaux d'un enfant, qui a une notion du temps différente de celle des adultes et dont la sécurité existentielle exige qu'il ne soit pas laissé en attente des décisions organisant ses relations avec chacun de ses parents.

D'autre part, les décisions prononcées par les magistrats restent, trop souvent, routinières; elles se réfèrent à des principes ou à des modèles qui ne correspondent plus à l'évolution des valeurs et des mentalités dans une société individualiste et dont la pertinence au regard des besoins fondamentaux d'un enfant non seulement n'est pas démontrée mais même, parfois, est infirmée par les apports récents des sciences humaines.

L'analyse qui a été effectuée des pratiques des magistrats, à propos de l'attribution du droit de garde et du changement du droit de garde, à propos des modalités d'exercice du droit d'hébergement et à propos de la problématique de la garde alternée ou de la garde conjointe, a fait apparaître que, le plus souvent, les magistrats ne se départissent pas d'une perception traditionnelle des besoins de l'enfant de parents séparés et qu'ils ne parviennent pas à personnaliser et individualiser les solutions qu'ils mettent en oeuvre en tenant compte des circonstances particulières de chaque situation familiale et de la personnalité spécifique de chaque enfant.

Lorsqu'ils tranchent les litiges familiaux et, notamment, les litiges relatifs à l'exercice de la fonction parentale, les juges s'inscrivent par conséquent dans une manière de penser et de travailler qui accentue la logique autoritaire-disciplinaire de leur fonction. En énonçant sous la forme de vérité des affirmations contestables, en recourant à des idées préconçues pour justifier des modèles préférentiels de comportements familiaux qui ne sont pas en prise avec la réalité psycho-affective de l'enfant, en choisissant régulièrement la solution trop facile de l'éviction d'un des parents de la vie quotidienne et de l'éducation de son enfant, les juges contribuent eux-mêmes à cliver les positions antagonistes et ils aggravent, le plus souvent sans s'en rendre compte, le climat d'incompréhension, d'intolérance et d'hostilité déjà induit par la logique de l'affrontement judiciaire.

En d'autres termes, rien ne se passe, sur la scène judiciaire, qui pourrait contribuer à apaiser le conflit, à nommer les difficultés, les émotions et les besoins des uns et des autres, à susciter chez les parents le désir ou la volonté de s'entendre et de coopérer dans l'intérêt de leur enfant. Les juges ne parviennent pas en effet à trouver les mots, les attitudes et les pratiques qui, sans préjudice des situations particulières où un des parents doit malheureusement être écarté de l'exercice de sa fonction parentale en raison de sa structure de personnalité inadéquate pour son enfant, inscriraient dans le fonctionnement de la procédure et dans le contenu de leurs décisions la loi fondamentale dont ils sont les dépositaires et qui consiste à garantir à l'enfant le droit de vivre et de grandir avec le soutien de chacun de ses deux parents. Tout, au contraire, dans le déroulement du procès, renforce l'agressivité des protagonistes, rend pratiquement impossible la constitution d'un couple parental et conduit, en définitive, à une méconnaissance fondamentale du véritable intérêt de l'enfant.

"La dynamique même des procédures judiciaires, écrit le psychologue M. Moulay, impose son rythme et sa logique qui, pour être cohérents en eux-mêmes, rendent secondaires l'empathie et la compréhension des situations humaines particulières. Ce qui a pour effet d'être un élément non négligeable, voire inducteur dans la dramatisation de ces situations". Selon cet auteur, le système judiciaire est *"un système fermé protégeant sa propre cohérence et intégrant peu les faits sociaux sur lesquels il est requis de légiférer"*. Et de conclure : *"Une seule chose résulte de ces procédures, basées sur une logique interne : ces procédures comportent en elles-mêmes le germe du drame qui va déchirer les partenaires et retomber en définitive sur l'enfant lui-même. Paradoxe et ironique constat que celui mis en oeuvre par la justice elle-même et qui provient de son*

impossibilité à saisir les conséquences de son manque d'empathie avec les situations" (1672).

§ 2. PERSPECTIVES POUR UNE APPROCHE DYNAMIQUE ET INDIVIDUALISEE DE L'INTERET DE L'ENFANT

A. La conception dynamique de l'intérêt de l'enfant

1072. Trop souvent, les juristes, lorsqu'ils assistent à des colloques relatifs à la problématique du divorce, interrogent les non-juristes en leur demandant de leur donner les clefs d'une définition de la notion de l'intérêt de l'enfant. C'est un réflexe compréhensible dans la mesure où les juristes souhaitent disposer, pour ordonner les relations entre les hommes, de solutions claires et précises qu'ils pourraient appliquer aux situations concrètes qui leur sont soumises. Les juristes attendent dès lors des experts psycho-sociaux qu'ils leur fournissent des critères rigoureux d'attribution du droit de garde d'un enfant à l'un de ses deux parents, qu'ils leur enseignent les modalités les plus adéquates du droit d'hébergement du parent non gardien, qu'ils leur indiquent les conditions qui doivent être réunies pour mettre en place un système de garde alternée ou de garde conjointe, ou qu'ils explicitent les motifs qui justifieraient la réduction ou la suppression d'un droit d'hébergement...

Enfermés dans cette perspective, les juristes risquent toutefois de méconnaître profondément l'intérêt réel d'un enfant.

C'est, d'abord, que chaque enfant est différent des autres enfants et que chaque situation familiale est distincte des autres situations familiales, en manière telle qu'il n'existe pas de recette qui pourrait être suivie pour organiser l'existence d'un enfant de parents séparés; on ne peut dès lors pas concevoir abstraitement l'intérêt d'un enfant; on ne peut que tenter de percevoir les besoins concrets de chaque enfant, en cherchant à comprendre les interactions relationnelles au sein de la famille et en écoutant les propos tenus par chacun des parents et par l'enfant lui-même.

C'est, ensuite et surtout, que l'intérêt d'un enfant ne se définit pas dans un énoncé de savoir et il ne constitue pas un acquis de la science. La notion de l'intérêt d'un enfant ne fait que renvoyer à la nécessité d'une "*praxis*" qui incite les parents à penser et à aménager les relations au sein de la famille en prenant en compte les besoins de leur enfant dont ils assument la responsabilité de l'éducation.

Personne, ni les autorités politiques, ni les avocats, ni les experts, ni les juges ne sont dès lors dépositaires d'un catalogue de connaissances qui leur permettrait de croire qu'ils pourraient, en lieu et place des parents, définir des solutions qui réaliseraient l'intérêt de l'enfant. C'est une illusion de s'imaginer que l'Etat ou que des tiers pourraient, en se substituant au père ou à la mère d'un enfant, élaborer eux-même les décisions qui assureraient l'intérêt de l'enfant dans sa relation avec chacun de ses deux parents.

Sans doute, les experts peuvent-ils formuler des recommandations, les avocats peuvent-ils donner des conseils, et les juges doivent-ils, parfois, imposer des règles, mais ces recommandations, ces conseils et ces règles, même s'ils peuvent se révéler nécessaires pour structurer l'action éducative des parents, ne sont pas de nature, par eux-mêmes, à assurer le bien-être d'un enfant. Même si en recommandant ou en décidant d'attribuer le droit de garde d'un enfant à sa mère ou à son père, un expert a proposé ou un juge a défini un cadre qui contribue à l'ordonnancement des relations familiales, ils ne peuvent cependant pas prétendre que cette proposition ou que cette décision ont la vertu de suffire à produire, pour l'enfant, son bien-être. Si les parents ne sont pas persuadés, eux, que

(1672) M. Moulay, Le rôle incitateur des procédures de justice en matière de garde d'enfants, Le Journal des Psychologues, juin 1985, n° 28, p. 32 à 34.

cette solution est une solution satisfaisante pour leur enfant et pour la famille, et si l'enfant ne ressent pas, lui aussi, que cette solution est satisfaisante pour ses parents, on sait, au contraire, que l'enfant, en raison du conflit de loyauté qu'il ressentira à l'égard de ses parents, restera confronté à de sérieuses difficultés d'ordre psycho-affectif qui pourraient compromettre le développement de sa personnalité.

1073. L'intérêt d'un enfant ne peut dès lors être appréhendé que dans une perspective différente. L'intérêt d'un enfant, c'est un état d'esprit, vécu et partagé, au fil des jours, par un ensemble de personnes qui, dans le milieu familial de l'enfant, interviennent dans la mise en oeuvre des différents processus de formation de la personnalité d'un enfant : le père, la mère et l'enfant lui-même, mais aussi les frères et soeurs, les grands-parents, les nouveaux conjoints des père et mère...

Cet état d'esprit se caractérise essentiellement par le souci de permettre à l'enfant de continuer à vivre, au sein de sa famille, les relations qu'il a nouées avec les personnes auxquelles il s'est attaché, et par la préoccupation de garantir à l'enfant, au long des étapes de son développement physique, intellectuel et psycho-affectif, le respect de ses besoins, de sa personnalité et de son cadre éducatif.

L'intérêt d'un enfant résulte dès lors de la capacité des sujets humains qui participent à un système d'inter-relations familiales, quelle que soit la forme de la famille - conjugale, dissociée ou recomposée - d'y préserver pour l'enfant sa place d'enfant, en y tenant eux-mêmes leur propre place et en y reconnaissant la place des autres.

Or, dans tout système, la place de chaque élément de ce système n'est jamais statique; elle est évolutive; elle est toujours en cours de recomposition; elle est sans cesse à redéfinir; mais chacun ne peut trouver sa place que si les uns et les autres ne revendiquent pas d'occuper toute la place et ne s'acharnent pas à méconnaître la place des uns et des autres. C'est pourquoi la notion d'intérêt de l'enfant est, par essence, dynamique et évolutive.

1074. Ce n'est par conséquent que dans un contexte systémique que l'intérêt d'un enfant prend réellement son sens; un enfant ne peut trouver son "*bien-être*" que s'il perçoit que les adultes assument leur place et leurs responsabilités d'adulte et lui laissent sa place et ses responsabilités d'enfant; un enfant ne peut construire sa propre personnalité, dans son cadre familial, que si les adultes - et plus particulièrement son père et sa mère - respectent la place que les autres - et plus particulièrement son père et sa mère - ont prise dans les liens d'attachement et d'identification de l'enfant et, aussi, respectent la place que l'enfant est progressivement appelé à prendre lui-même dans l'élaboration de son identité personnelle.

L'intérêt d'un enfant, lors d'une séparation et d'un divorce, est lié par conséquent à la possibilité d'aménager les relations familiales, de façon à ce que le père reste le père, la mère reste la mère et l'enfant reste l'enfant, dans un cadre familial où ce sont les parents qui assument la responsabilité des décisions éducatives relatives à leur enfant, mais de façon aussi à ce que chacun des différents membres de la famille, dans le respect de son autonomie et de sa différence, puisse vivre les évolutions personnelles qui sont inhérentes au processus même de la vie.

Cet état d'esprit est assurément un projet exigeant; il peut paraître élitiste ou inaccessible à une grande majorité de couples qui divorcent; et, cependant, il ne fait qu'exprimer, dans une société individualiste, une conception de la fonction parentale au temps du divorce qui soit fondée sur les valeurs de liberté et d'égalité; il traduit le passage du mythe de la symbiose familiale au réel de l'altérité conjugale et parentale.

1075. Deux conséquences résultent de cette conception dynamique et évolutive de l'intérêt d'un enfant de parents séparés.

D'une part, ce serait une erreur, comme trop de juristes veulent s'y employer, de vouloir définir l'intérêt d'un enfant, en ne prenant pas en compte l'intérêt de ses parents. Contrairement à ce qu'on affirme parfois, l'intérêt d'un enfant n'est pas un intérêt "supérieur" aux autres intérêts (1673); il n'implique pas que les parents doivent se sacrifier au profit de leur enfant; il ne signifie pas que les parents doivent s'effacer en faisant prévaloir systématiquement les intérêts de leur enfant sur leurs propres intérêts.

Une telle conception - trop marquée par la logique d'appartenance qui a caractérisé le regard porté sur l'enfant à l'aube de la famille moderne (voy. supra, Titre I, n° 172 et s.) - aboutit à faire de l'enfant un "tout" ou un "enfant-roi" et elle empêche cet enfant, à long terme, de poursuivre le processus d'autonomie et d'individuation.

L'intérêt d'un enfant est, au contraire, intimement lié à l'intérêt de ses parents, parce que c'est dans un équilibre entre les intérêts et les désirs respectifs des parents et de l'enfant que peuvent se construire, au sein d'un système familial, des inter-relations qui prennent en compte la réalité existentielle de chacun.

Sans doute, beaucoup de drames, dans la vie des enfants, procèdent-ils de ce que leurs parents se révèlent incapables de prendre réellement en compte les intérêts et les droits d'un enfant, et la notion de l'intérêt de l'enfant est dès lors, à juste titre, utilisée comme leitmotiv pour aider les parents à se dégager de leurs propres perceptions subjectives et à s'ouvrir à la dimension spécifique des besoins fondamentaux d'un enfant.

Mais ce n'est pas une raison de penser, inversement, qu'un enfant ne doit pas apprendre, lui aussi, à tenir compte des intérêts de ses parents et à s'adapter à des solutions qui préservent, aussi, les intérêts de ses parents.

On ne peut donc pas concevoir l'intérêt d'un enfant, dans l'aménagement des relations familiales, sans se préoccuper, aussi, des attentes et des projets de ses parents. Ce n'est pas, comme la psychanalyse a permis de le comprendre (voy. supra, Titre I, n° 187), en imposant à un être humain des frustrations excessives qu'on obtient sa bienveillance et sa sollicitude pour autrui. On ne stimule alors, en réalité, que ses pulsions agressives. C'est, au contraire, lorsque le sujet humain se sent reconnu et valorisé qu'il mobilise l'énergie psychique qui le fait se préoccuper des autres.

C'est dès lors en prenant en compte, aussi, les besoins et les désirs des parents qu'on crée de meilleures conditions pour que les parents puissent eux-mêmes prendre en compte les besoins et les désirs de leur enfant.

1076. D'autre part, l'intérêt d'un enfant, contrairement à ce que les juristes sont régulièrement tentés de penser, ne se trouve pas réalisé par la stabilité de ses conditions d'existence. La stabilité n'est pas un critère permettant de croire qu'on assure à un enfant sa sécurité psycho-affective.

Ce qui est sécurisant pour un enfant n'est évidemment pas que rien ne change; dans tout système, tout est, à tout instant, en mouvement et en évolution et on ne peut pas empêcher ou figer le changement. Ce qui confère à un enfant son sentiment de sécurité est, par

(1673) Il est fréquent que, dans les jugements qui tranchent un litige relatif à l'exercice de la fonction parentale, les magistrats justifient leurs décisions par référence au principe de "l'intérêt supérieur de l'enfant". On observera, aussi, que le texte français de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant précise expressément que "dans toutes les décisions qui concernent les enfants ... l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale". Mais - bien que ce lapsus soit révélateur - on sait qu'il s'agit là d'une mauvaise traduction du texte anglais qui fait état du "meilleur intérêt de l'enfant" ("the best interest of the child").

contre, de percevoir que ses protecteurs naturels sont capables de s'adapter aux changements de l'existence, en reconstruisant un cadre structurant là où le changement inévitablement apporte du désordre.

C'est la raison pour laquelle il est inadéquat, comme on le fait trop souvent dans le monde des juristes, de penser la réorganisation des relations familiales lors d'une séparation ou d'un divorce soit en termes de *"logique de substitution"*, soit en termes de *"logique de pérennité"*.

A l'issue de l'étude systématique qu'elle avait entreprise des ordonnances des juges aux affaires matrimoniales du tribunal de grande instance de Paris qui statuaient sur une demande en changement du droit de garde (voy. supra, Titre V, n° 928), Irène Théry a en effet bien montré que la valeur fondamentale de la stabilité conduisait les magistrats à adopter, après la dissociation de la vie conjugale, deux conceptions contradictoires de l'intérêt de l'enfant.

Tantôt, selon la conception dominante, ils mettent en oeuvre une logique de substitution, qui consiste à rompre avec l'histoire et le passé familial de l'enfant pour substituer à la famille dissoute un des deux foyers reconstitué par un des deux parents de l'enfant; le foyer qui est choisi est généralement celui qui se rapproche davantage du modèle de référence de la famille conjugale. Dans cette logique, *"le nouvel équilibre de l'enfant ne paraîtra solidement assuré que par la substitution d'une nouvelle famille à la famille dissociée offrant à l'enfant un cadre de vie sécurisant"*, et *"est perçu comme de l'intérêt de l'enfant tout ce qui assimile son mode de vie à celui qui serait le sien dans une famille nucléaire unie"* (1674).

Tantôt, au contraire, ils mettent en oeuvre une logique de pérennité qui consiste à tenter de maintenir le couple parental de l'enfant. Dans cette logique *"la stabilité est fonction de l'unicité préservée de la famille biologique et de la continuité de son histoire"* et *"est perçu comme de l'intérêt de l'enfant tout ce qui assimile son mode de liens à ses parents à celui qui était le sien avant la rupture conjugale"* (1675).

Or, ces deux conceptions, lorsqu'elles sont affirmées de façon monolithique, ont un trait commun : elles ne parviennent pas à intégrer dans la vie de l'enfant les données inhérentes à toute évolution, c'est-à-dire le passé, le présent et l'avenir.

Par une forme de peur du changement et de ses effets de déstabilisation, elles oblitèrent les éléments qui attestent des évolutions qui se sont produites dans la vie familiale pour tenter de ne retenir que les éléments qui attesteraient de la stabilité des conditions d'existence de l'enfant. Or la sécurité psycho-affective d'un enfant n'est jamais assurée dans un déni de la réalité.

On devrait dès lors raisonner, non pas par référence à une logique de la substitution ou à une logique de la pérennité mais à une logique de l'évolution. Une logique de l'évolution refuse la dichotomie du *"tout"* ou du *"rien"*; la séparation d'un couple implique qu'on ne puisse pas tout maintenir, mais elle ne justifie pas non plus de tout détruire; elle oblige, au contraire, dans l'intérêt de l'enfant, à s'adapter au changement, en reconstruisant l'avenir dans le respect du passé.

La séparation d'un couple suppose dès lors qu'on parvienne à penser autrement que selon le modèle traditionnel de l'unicité - hérité du holisme primitif - l'organisation de

(1674) I. Théry, La référence à l'intérêt de l'enfant : usages judiciaires et ambiguïtés, p. 93 et 94.

(1675) *ibidem*, p. 96.

l'existence de l'enfant et l'aménagement de ses relations avec les différents membres de sa famille. Sans doute, la rupture de la cellule familiale est-elle, par essence, comme tous les changements et toutes les ruptures, génératrice d'antagonismes et de désordre, mais c'est une illusion de penser qu'on résout les antagonismes ou qu'on résorbe un désordre en annihilant le passé, en gommant les éléments d'instabilité ou en se dérochant aux conflits. C'est la raison précisément pour laquelle une appréhension correcte de l'intérêt d'un enfant de parents séparés ne peut être, dans une société individualiste, que dynamique et évolutive; elle ne peut que refuser les dogmatismes et les énoncés de vérité; elle contraint en réalité les parents de l'enfant à se changer eux-mêmes pour affronter le changement et la différence.

L'intérêt de l'enfant est, par là même, une notion fondamentalement complexe et insaisissable, mais précisément, à l'encontre de tous les modèles holistes ou totalitaires, la démocratie est, fondamentalement, une manière de penser et d'ordonner la complexité.

B. La force symbolique de la loi

1077. On sait que la désinstitutionnalisation de la famille s'est elle-même traduite dans une désinstitutionnalisation des règles du droit de la famille (voy. Titre I, n° 135 et s.). Le législateur a dès lors progressivement renoncé à imposer des normes générales et abstraites pour la régulation des relations familiales et il a transféré au juge, en cas de litige, la compétence de formuler et d'imposer des règles individuelles de comportement en tenant compte des circonstances spécifiques de chaque situation particulière.

Il reste toutefois que, même dans une société individualiste, la cohérence du lien social entre les hommes reste assurée par les indications et les orientations qui peuvent être formulées par une loi commune à l'ensemble des citoyens.

Même lorsqu'elle ne fournit pas immédiatement la règle claire et précise applicable dans chaque situation concrète, une loi produit, à tout le moins, des *"effets symboliques"* lorsqu'elle traduit les valeurs ou les conceptions socio-culturelles d'une collectivité humaine. Comme l'ont indiqué plusieurs sociologues du droit, les effets symboliques de la loi sont ceux qui *"agissent sur la représentation du réel"*, parce que la loi *"en exprimant ce qui est socialement répréhensible et est admis traduit les représentations collectives et donc finalement change les mentalités et indirectement les comportements"* (1676).

Il reste dès lors essentiel qu'une loi réglementant le divorce et l'exercice de la fonction parentale exprime *"ce qui est socialement répréhensible et ce qui est admis"* et traduise *"les représentations collectives"* du divorce et de la fonction parentale dans une société individualiste.

En termes psychologiques, on pourrait dire que la loi contribue par là à structurer, dans le psychisme humain, les interdits sociaux - c'est-à-dire le Sur-Moi - et les repères ou les références de l'action des hommes - c'est-à-dire l'Idéal du Moi. Or, comme l'apprend la psychanalyse, l'autonomie du sujet humain - sa liberté et sa responsabilité - sont davantage stimulées par l'Idéal du Moi que par le Sur-Moi. *"Inutile, a écrit Bernard This, de renforcer le Sur-Moi, ce gendarme intérieur parfois si aberrant, développez au contraire l'Idéal du Moi, ce besoin d'imiter ceux qu'on aime"* (1677).

(1676) L. Roussel, J. Commaille, J. Kellerhals et J.F. Perrin, Vue d'ensemble, in *Le divorce en Europe Occidentale, La loi et le nombre*, I.N.E.D., Paris 1983, p. 233.

(1677) B. This, *La psychanalyse, science de l'homme, en-devenir*, p. 262.

Quels sont, dès lors, dans la perspective d'une conception dynamique et évolutive de l'intérêt de l'enfant, les valeurs ou les idéaux qui pourraient désormais être inscrits et proposés dans la loi qui organise la séparation d'un couple et ses conséquences pour l'enfant ?

On peut, en se remémorant les impasses auxquelles mène le traitement par la loi de la problématique du divorce, formuler les suggestions suivantes.

1078. Une première règle consisterait à dégager la procédure relative au divorce et aux effets du divorce de toute référence à la faute.

Il est devenu inadéquat, dans une société fondée sur les valeurs de liberté et d'égalité, d'instituer un débat sur les prétendus *"torts"* de chacun des époux dans la désunion conjugale (1678). Ce débat - on l'a déjà indiqué - induit une logique négative de culpabilisation et d'affrontement qui empêche les conjoints de surmonter la crise psychique de la séparation et d'éradiquer dans l'intérêt de l'enfant l'hostilité entre les parents, alors qu'on sait très bien, par ailleurs, que, dans la grande majorité des situations de dissociation conjugale, l'échec du couple procède de facteurs psycho-affectifs complexes, qui tiennent à la personnalité de chacun des deux époux, qui sont souvent complètement étrangers à une quelconque *"faute"* et qui sont, au demeurant, sans rapport avec les faits ou les comportements observables et décelables dans le contexte d'une instruction judiciaire (1679).

La loi devrait dès lors organiser une procédure de divorce - judiciaire ou administrative - qui se limite à prendre acte de la mésentente et de la désunion du couple, en raison de la volonté définitive d'un ou des deux conjoints de ne plus poursuivre la vie commune.

Cette solution présenterait, au surplus, l'avantage d'exprimer, sans ambages, que l'amour conjugal ne peut être fondé que sur la liberté et qu'un des époux ne peut solliciter une règle de droit pour considérer que son conjoint est sa *"propriété"* ou exiger l'exécution d'un *"devoir de cohabitation"* (voy. supra, Titre II, n° 277).

1079. Une seconde règle prendrait, par contre, résolument en compte les exigences du respect de l'altérité dans la relation conjugale.

L'élimination de la faute dans la procédure en divorce proprement dite n'impliquerait assurément pas, en effet, que les époux ne resteraient pas fondamentalement tenus l'un à l'égard de l'autre, tant pendant la vie commune qu'après la séparation, des obligations qui imposent à tout homme de ne pas porter atteinte à l'intégrité et à la dignité d'autrui. Si l'on ne peut pas contraindre par la force d'une règle de droit des époux à s'aimer et à partager une complicité affective et sexuelle, on peut, par contre, exiger juridiquement des époux le respect des droits de la personnalité du conjoint.

(1678) En ce sens, voy. J.D. Lenard-Marlow, p. 64 qui précise que *"le divorce n'est pas le moment d'assigner un blâme ou de chanter des louanges"* et qui rejette *"l'idée que l'on puisse isoler des éléments individuels dans le tableau très complexe qu'est une vie de famille pour en faire la cause de la séparation et du divorce du couple"*.

(1679) En ce sens, voy. F. Rigaux, *Divorce-sanction et divorce-remède*, J.T. 1968, p. 233 qui, il y a déjà vingt-cinq ans, dénonçait la *"prétention moralisante"* du divorce-sanction et faisait observer que *"les circonstances les plus intimes de la vie conjugale, celles qui ont le plus lourdement pesé sur l'échec du couple passent à travers les mailles du système judiciaire qui ne retiennent que certains faits, plus saillants, tel un adultère, telle une scène de brutalité devant témoins"* et que *"l'histoire longue, émouvante et complexe (du) couple se trouve arbitrairement réduite à quelques événements, un seul peut-être, que les qualifications appellent faute"*.

C'est cette évolution de la représentation du mode de relation au sein d'un couple qui a justifié les réformes radicales qui ont été apportées depuis une trentaine d'années à la réglementation des effets du mariage et aux droits et devoirs des époux, notamment pour le choix de leur profession ou de la résidence conjugale et pour la gestion de leur patrimoine. C'est, aussi, cette évolution qui a justifié l'affirmation du droit de la femme sur son propre corps et l'incrimination du viol entre époux.

C'est dans le même contexte qu'il convient de considérer, sans qu'une réforme législative ne soit d'ailleurs nécessaire ⁽¹⁶⁸⁰⁾, que la rupture d'un couple, même si elle s'accompagne d'amertume, de tristesse et de colère ne justifie pas le passage impulsif à des actes qui attenteraient à l'intégrité physique ou morale de l'ex-conjoint. Une telle perspective impliquerait, d'ailleurs, la suppression définitive du droit de faire procéder à un constat d'adultère qui n'est que l'expression désuète d'un prétendu droit sur le corps de l'autre.

Une telle inscription, dans la loi, de l'exigence éthique du respect de la personne de l'autre, au-delà de la séparation, est, en définitive, une des meilleures manières de penser l'altérité conjugale et parentale et de préserver le droit de l'enfant de se référer à ses deux images parentales.

1080. Une troisième règle législative relative au divorce consisterait à fixer des délais de procédure qui prendraient en compte la réalité de la crise psychique procédant d'une séparation de couple et le temps de deuil nécessaire pour intégrer la perte d'un objet d'amour et d'attachement, sans toutefois offrir une prise aux pulsions ou aux fantasmes qui tendraient à maintenir entre les deux époux un lien mythique d'appropriation qui ne correspondrait plus à aucune vie de couple.

Cette règle impliquerait que, lorsque le divorce n'est pas demandé sur requête conjointe des deux époux, il puisse être autorisé, à la demande d'un seul des époux, après une période de séparation dont le délai pourrait raisonnablement être fixé à deux ou trois ans.

Elle impliquerait, aussi, qu'on réfléchisse aux procédés techniques qui devraient être mis en oeuvre pour qu'une partie ne puisse pas, par des recours injustifiés, retarder l'effectivité du dispositif de la décision judiciaire qui autorise le divorce.

1081. Une quatrième règle poserait, conformément aux valeurs d'une société démocratique, le principe de l'autonomie et de la responsabilité des époux dans le règlement des modalités et des effets de leur séparation et de leur divorce.

Comme l'a indiqué J.D. Lenard Marlow, *"la définition de ce qui est bon ou non pour la vie des parties en présence doit en dernier ressort leur appartenir"* et *"les agents extérieurs, que ce soit l'Etat, les avocats, les professionnels de la santé mentale ou les médiateurs sont de bien pauvres instruments pour juger, quand ce n'est pas régler, les relations très délicates qui existent entre les divers membres d'une famille"* ⁽¹⁶⁸¹⁾.

Cette règle implique qu'on reconnaisse - ce que n'empêche déjà pas la législation actuelle - la validité des pactes de séparation entre époux (voy. supra, Titre IV, n° 708 et s.).

⁽¹⁶⁸⁰⁾ La protection assurée aux droits de la personnalité par les dispositions du Code pénal ou par l'article 1382 du Code civil peut être étendue telle quelle aux relations entre les conjoints.

⁽¹⁶⁸¹⁾ J.D. Lenard-Marlow, précité, p. 63.

Cette règle implique, aussi, qu'on ne donne pas à un juge le pouvoir de refuser un divorce au prétexte que les époux n'auraient pas réglé, selon les injonctions du juge, les dispositions relatives aux conséquences du divorce (1682).

1082. Une cinquième règle exprimerait, de façon claire et précise, que le divorce entre les parents ne signifie pas le divorce des parents et de l'enfant. En d'autres termes, au lieu de poser, comme le fait le droit belge, le principe de l'exclusion d'un des parents de la garde et de l'éducation de l'enfant, la loi devrait promouvoir la continuité de l'engagement parental de chaque parent et insister sur la nécessité d'organiser, dans l'intérêt de l'enfant, des solutions qui aménageraient la vie familiale en garantissant à l'enfant le respect de sa double lignée, paternelle et maternelle.

C'est la raison pour laquelle il conviendrait, dans la mesure où les mots sont aussi chargés de poids symbolique, de considérer qu'en principe chacun des parents reste titulaire de la garde de l'enfant - même si la responsabilité de cette garde doit être répartie selon des modalités appropriées à chaque situation familiale - et que chacun des parents reste tenu d'exercer la responsabilité de l'éducation de l'enfant.

La loi relative à l'exercice de la fonction parentale lors de la séparation et du divorce d'un couple inscrirait par conséquent, dans le contexte d'une *"notion-cadre"* qui serait concrétisée par les parents ou par le juge, un principe juridique qui rejoindrait les préoccupations actuellement exprimées par les psychologues ou les sociologues selon lesquelles il convient, comme l'a indiqué E. Sullerot, de *"maintenir après le divorce la double relation parentale pour l'enfant"* (1683), ou, comme l'ont indiqué J.J. Guillarmé et P. Fuguet, de *"confirmer le couple dans sa mission éducative"* (1684) ou, comme l'a indiqué F. Dolto, qu'un des parents ne puisse pas *"se mettre en travers de la relation de l'enfant avec l'autre parent"* (1685).

1083. Sans doute, ces différentes règles ne correspondent-elles pas nécessairement aux mentalités qui continuent à prévaloir dans les relations familiales, lors de la rupture d'un couple, et on sait que beaucoup de familles sont restées structurées selon le modèle disciplinaire de la famille bourgeoise du XIX^{ème} siècle.

Sans doute éprouvera-t-on dès lors, régulièrement, de très sérieuses difficultés à mettre ces règles en oeuvre lors de l'aménagement des effets d'une séparation conjugale et, plus particulièrement, on sait que dans un certain nombre de situations de dissociation familiale, on ne parviendra pas à obtenir de chacun des parents qu'ils tiennent leurs engagements parentaux, qu'ils coopèrent dans l'intérêt de l'enfant ou qu'ils respectent la place de l'autre dans la vie quotidienne et dans l'éducation de l'enfant.

(1682) Sur cette problématique, qui est actuellement posée dans le cadre de la réforme du divorce par consentement mutuel en droit belge, voy. supra, Titre IV, n° 760 et s.

(1683) E. Sullerot, *Quels Pères, quels fils ?*, p. 249. Voy. supra, Titre II, n° 360.

(1684) J.J. Guillarmé et P. Fuguet, *Les parents, le divorce et l'enfant*, p. 124. Voy. supra, Titre II, n° 359.

Voy. égal. M. Moulay, précité, p. 35 qui considère qu'il convient *"de placer le débat au niveau d'une solidarité parentale suscitée par la justice elle-même aux parents..., de favoriser un plan de mise en oeuvre de la garde comme il se fait au niveau des juridictions californiennes, et de privilégier la notion de parent coopérant"*.

(1685) F. Dolto, *Quand les parents se séparent*, p. 48. Voy. supra, Titre II, n° 357.

Mais ce n'est pas une raison, au niveau d'une politique législative de régulation de la vie familiale, de conserver des modèles conceptuels qui produisent des effets pervers, qui sont en discordance avec notre perception actuelle des besoins fondamentaux d'un enfant et qui se révèlent contraires aux valeurs modernes de liberté, d'égalité et de solidarité.

Or, une loi qui instaurerait, dans la relation conjugale et dans la relation parentale, les valeurs issues de la seconde révolution familiale de la fin du XX^{ème} siècle, contribuera elle-même à modifier les mentalités et les comportements lors d'un divorce, et elle inciterait, aussi, les intervenants professionnels à modifier les catégories de leur entendement dans leur appréhension de la problématique du divorce.

On peut d'ailleurs penser, comme il a été indiqué à plusieurs reprises dans cette étude, que toute avancée du processus démocratique dans notre perception de la vie affective et familiale n'est pas sans produire des effets sur l'aptitude des êtres humains à pratiquer les valeurs de liberté et d'égalité dans leurs relations sociales. Ce lien étroit qui existe entre la démocratisation de la vie familiale et la démocratisation de la vie sociale, comme en attestent l'élaboration au sein de l'O.N.U. d'une Convention relative aux droits de l'enfant ou la portée considérable conférée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, justifie que la loi s'attache désormais à consacrer spécifiquement, dans les relations familiales, les valeurs de liberté et d'égalité, c'est-à-dire d'autonomie et de respect de l'altérité.

C'est la raison pour laquelle la désinstitutionnalisation du droit de la famille ne signifie pas, en définitive, un recul de la règle de droit mais une mutation profonde de la nature et des objectifs de la règle de droit.

C. L'aide à la gestion de la séparation

1084. Ce serait une vue de l'esprit de penser que les effets symboliques d'une loi pourraient suffire à modifier radicalement les mentalités et les comportements d'un homme et d'une femme qui se séparent, tant dans leurs relations réciproques que dans l'exercice de leur fonction parentale.

On sait que la rupture d'un couple peut provoquer, pour chacun des conjoints, une véritable crise psychique et qu'elle peut affecter profondément leur sentiment de sécurité existentielle et leur sentiment d'identité personnelle. Cet état de crise constitue la réalité psychologique fondamentale qui doit être prise en considération par les acteurs professionnels appelés à intervenir dans la résolution des conflits procédant d'une séparation de couple. Ce sont en effet les émotions générées par la blessure narcissique et par la perte de l'objet d'amour qui, fréquemment, permettent de comprendre les sentiments d'hostilité et d'agressivité éprouvés par les époux.

Or on fait fausse route lorsqu'on croit que la seule manière de traiter et de résoudre un conflit conjugal est d'instituer une procédure en justice qui tendrait à obtenir la satisfaction des revendications formulées par les conjoints et à mettre un terme au litige traduisant la divergence de leurs intérêts.

Dans de nombreuses situations de dissociation conjugale, où l'apparente incapacité des conjoints à s'entendre ne résulte que de leur état de perturbation émotionnelle, l'introduction d'une procédure va, en réalité, générer des logiques qui ne provoqueront que l'insatisfaction et qui se révéleront incompatibles avec la continuation de la mission éducative des parents.

C'est la raison pour laquelle les conjoints en instance de séparation, qui se trouvent en difficulté de régler par eux-mêmes les conflits auxquels ils sont confrontés, ont besoin de l'intervention de tiers qui les aident à gérer leur séparation, sans être contraints de recourir

à la logique de l'affrontement et à la logique disciplinaire que postule la mise en oeuvre d'une procédure judiciaire.

Trois types d'aide à la gestion d'une séparation de couple peuvent être envisagés.

1. Le conseil conjugal et la thérapie de couple

1085. La première intervention est celle d'un conseiller conjugal ou d'un thérapeute de couple.

Comme l'ont bien montré M.F. Blain et M. Ribes, on peut *"venir en thérapie de couple pour se séparer"* (1686), et l'objectif de cette thérapie est, précisément, de réaliser le travail psychique de séparation qui doit permettre à chacun des conjoints de surmonter la crise, en se différenciant de l'autre et en restaurant le sentiment de sa valeur. *"Lorsqu'en thérapie il est question de séparation, il s'agit d'un dégagement de ce socle inconscient, de cette structure profonde qui est comme la matrice relationnelle du couple. Il s'agit pour chacun de se défusionner d'avec l'autre. Il s'agit d'un travail de désintringement psychique"* (1687).

En réalité, tous les psychologues insistent sur la nécessité pour les conjoints qui se séparent d'instaurer entre eux un lieu ou un espace de parole, médiatisé par la présence d'un tiers. C'est en parlant qu'on apprend à se parler et à s'entendre. C'est en nommant avec des mots les émotions qui les habitent que les époux peuvent, comme l'a indiqué Françoise Dolto, *"humaniser"* leur séparation (voy. supra, Titre II, n° 317) et ne pas éprouver le besoin de traduire ces émotions dans des revendications juridiques ou dans des litiges dont ils pourraient utilement faire l'économie.

C'est, par ailleurs, en tentant de comprendre les causes et les origines de leur incompatibilité de couple que les époux peuvent progressivement percevoir que le sentiment de leur valeur propre n'est pas fondamentalement affecté par la rupture de leur couple et peuvent, aussi, se départir de la conception manichéenne qui les incite, inconsciemment, à faire endosser par l'autre la responsabilité de l'échec et de la blessure.

Les avocats et les notaires devraient dès lors être davantage conscients de la possibilité qui existe pour les époux en rupture de communication d'effectuer, avec des conseillers conjugaux ou des thérapeutes de couple, un travail psychologique permettant, dans la situation émotionnelle de crise, de se détacher de l'autre et de redéfinir leurs identités respectives.

Sans doute, un certain nombre d'hommes et de femmes refusent-ils d'entreprendre cette démarche. C'est, le plus souvent, parce que les mécanismes de défense psychiques élaborés par les individus, depuis leur enfance, pour se protéger de situations trop anxiogènes ou trop douloureuses les empêchent d'envisager un travail psychologique de leurs émotions qui risquerait de les confronter à des difficultés psycho-affectives qu'ils n'ont jamais pu résoudre.

(1686) M.F. Blain, M. Ribes, Quand on vient pour se séparer en thérapie de couple : demande paradoxale, perspective transitionnelle et travail de désintringement psychique, Dialogue, vol. 105, 1989, p. 3.

Voy. égal. M. L. Dimont, Rompre pour ne pas haïr et M. Dupré la Tour, La thérapie de couple comme travail de séparation : la capacité d'exister devant l'autre, Dialogue, vol. 108, 1990, p. 24 et p. 36.

(1687) M.F. Blain et M. Ribes, ibidem, p. 17.

Et cependant, seul ce travail leur permettrait de renouer avec l'ex-conjoint une relation plus sereine qui leur permettrait d'affronter, à l'avenir, les situations de dissension ou de conflit et qui favoriserait la coopération entre les parents pour l'éducation de leurs enfants.

2. La médiation familiale

1086. Une deuxième possibilité d'aide à la gestion de la séparation est la médiation familiale.

La médiation familiale est un mode de résolution du conflit conjugal qui a commencé à se développer aux Etats-Unis ⁽¹⁶⁸⁸⁾, au Canada anglophone ⁽¹⁶⁸⁹⁾ et en Grande-Bretagne ⁽¹⁶⁹⁰⁾ à partir des années 70, qui s'est implantée au Québec ⁽¹⁶⁹¹⁾ au début des années 80 et en

⁽¹⁶⁸⁸⁾ Le premier centre privé de médiation familiale, aux Etats-Unis, a été créé en 1971 à Atlanta par James Coogler, avocat et thérapeute conjugal. En 1978, il écrivit le premier ouvrage relatif à la médiation familiale et en 1980 il fonda la Family Mediation Association. Une abondante littérature s'est, depuis lors, développée aux Etats-Unis à propos de la médiation familiale.

Voy. J. Coogler, *Structured Mediation in Divorce Settlement*, Lexington Books, Lexington, 1978; J. Folberg et A. Taylor, *Mediation : A comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1984, J.M. Haynes, *Divorce Mediation : A Practical guide for Therapists and Counselors*, Springer, New-York, 1981; J.M. Haynes et G.L. Haynes, *Mediating Divorce, Case Book of Strategies for Successful Family Negotiations*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1989; J. Folberg et A. Milli, *Divorce Mediation, Theory and Practice*, The Guilford Press, New-York, 1988; D. Saposnek, *Mediating Child Custody Disputes*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1985.

⁽¹⁶⁸⁹⁾ Voy. H. Irving, *Divorce Mediation : The rational Alternative*, Personal Library, Toronto, 1980; H. Irving et M. Benjamin, *Family Mediation, Theory and Practice of Dispute Resolution*, Carswell, Toronto, 1987.

⁽¹⁶⁹⁰⁾ Le premier service de médiation en matière de divorce en Grande Bretagne a été fondé à Bristol en 1978.

Sur la médiation familiale en Grande-Bretagne, voy. L. Parkinson, *Conciliation in separation and divorce : finding common ground*, Croom Helm, London, 1986.

⁽¹⁶⁹¹⁾ Au Québec, un service public de conciliation à la famille fut créé en 1981 à Montréal. Il devint, en 1984, le service de médiation à la famille. Ce service a été implanté au Palais de justice de Montréal, à la suite d'une concertation entre le Centre des services sociaux du Montréal métropolitain, la Cour Supérieure du Québec, le Ministre de la Justice, le Ministre des Affaires sociales et le Barreau de Montréal. Le service de médiation à la famille est disponible gratuitement pour les couples en instance de séparation ou de divorce.

Sur la médiation au Québec, voy. A. Murray, *La médiation familiale : une progression rapide*, 1986, R.D.F. p. 311; J. Levesque et A. Morrone, *Introduction à la médiation familiale*, Institut de médiation de Montréal, 1988; *La médiation familiale*, Collectif multidisciplinaire coordonné par Lisette Laurent-Boyer, Yvon Blais, Cowansville (Québec), 1992.

Europe continentale (1692) vers la fin des années 80.

La médiation familiale est une application au conflit conjugal de la technique plus générale de la médiation qui a été définie comme *"l'intervention d'un tiers visant à mettre en relation des parties ayant des intérêts opposés, en vue de chercher une solution à un litige"* (1693). La médiation familiale peut dès lors elle-même être définie comme *"un processus structuré... de gestion de conflits dans lequel les conjoints en instance de séparation ou de divorce demandent volontairement l'aide confidentielle d'une tierce personne, impartiale et qualifiée, appelée médiateur, pour résoudre leur conflit d'une manière équitable et mutuellement acceptable"* (1694).

A la différence de la thérapie de couple, qui constitue un travail psychologique des émotions, la médiation familiale a pour objectif d'aider les conjoints, au cours d'un certain nombre de séances avec le médiateur, à dégager des solutions pratiques pour résoudre l'ensemble des problèmes liés à la séparation ou au divorce. Elle tend dès lors à élaborer entre les conjoints un projet de convention, appelé *"entente"* organisant les modalités et les conséquences de la séparation.

1087. On pourrait s'interroger sur les raisons pour lesquelles la médiation familiale permet, parfois ou souvent, d'aboutir à un consensus, là où les avocats ne parviennent pas à négocier un accord entre les conjoints.

Une première raison tient précisément dans la présence d'une tierce personne qui, parce qu'elle est *"tiers"* et parce qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir quelconque, va permettre de médiatiser et d'apaiser un conflit humain.

Par le seul effet de sa présence, le médiateur introduit de la triangulation et de la séparation entre les adversaires; par ailleurs, en parlant à chacun des conjoints, il brise leur logique d'affrontement et il y substitue une logique de dialogue et de communication. C'est en ce sens que la médiation est un *"processus"* qui, grâce à la relation que le médiateur noue avec chacun des *"médiés"* fait naître ou renaître une relation entre eux. La médiation est dès lors, selon l'expression de Jean-François Six, une *"action par catalyse"*, parce que, *"par une présence qui n'a pas de pouvoir initial et qui n'a pas les choses en mains, une réaction se produit"* (1695). Cette réaction ne peut précisément se produire que parce que le médiateur ne pourra jamais exercer aucun pouvoir sur les parties et c'est ce contexte de liberté qui, au lieu de générer la méfiance et les mécanismes de défense, est propice à susciter le désir de se parler et de résoudre les difficultés. Grâce au médiateur,

(1692) En France, des professionnels du droit et des sciences humaines ont créé en 1988 une *"association pour la promotion de la vie familiale"*. Cette association a organisé à Caen, en novembre 1990, un premier congrès européen sur la médiation familiale. Sur la médiation familiale en France, voy. B. Bastard et L. Cardia-Vonèche, L'irrésistible diffusion de la médiation familiale, Annales de Vaucresson, vol. 29, 1988, p. 169; B. Bastard et L. Cardia-Vonèche, Le divorce autrement : la médiation familiale, Syros-Alternatives, Paris, 1990.

Voy. égal. les actes du colloque international organisé en novembre 1991 par l'Institut suisse de droit comparé sur *"La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?"*.

(1693) A. Babu et B. Bastard, Introduction, in La médiation dans tous ses états, Le groupe familial, vol. 125, 189, p. 3.

(1694) J. Levesque et A. Morrone, Introduction à la médiation familiale, p. 18.

(1695) J.F. Six, Le temps des médiateurs, Seuil, Paris, 1990, p. 181.

les conjoints sont par conséquent mis en situation de se reparler et c'est parce qu'ils se reparlent qu'ils peuvent, progressivement, essayer de s'entendre. Comme l'indique un proverbe africain, *"il n'y a pas deux personnes qui ne s'entendent pas, il y a seulement deux personnes qui n'ont pas discuté"* (1696).

Une seconde raison procède de ce que le médiateur, grâce à la formation spécifique qu'il a reçue, cherche à susciter, lors des entretiens qu'il mène avec les conjoints, l'expression et la reconnaissance des besoins de l'un et de l'autre, plutôt que la formulation de griefs et de reproches par l'un et par l'autre.

La médiation est dès lors à l'opposé d'une logique de culpabilisation; pour désamorcer les accusations, elle institue, au contraire, un débat sur les attentes de chacun des conjoints et sur la manière de les satisfaire. Lorsque, dans un conflit, on s'acharne à critiquer ou à démontrer les torts de l'autre, on ne peut pas résoudre ce conflit, parce que chacun ne fait que se défendre et reste sur ses positions; il n'y a dès lors pas de communication; lorsqu'au contraire, on propose à chacun des protagonistes d'explicitier ses besoins et ses désirs, on restaure une écoute et on suscite une discussion sur la façon d'y répondre; on établit alors, petit à petit, un dialogue.

1088. Les avocats et les notaires devraient également être davantage conscients de la possibilité qui existe pour les époux en rupture de communication d'effectuer, avec des médiateurs, un travail de dialogue aux fins de dégager une solution amiable pour l'aménagement des modalités et des effets de leur séparation ou de leur divorce. C'est grâce à ce travail de dialogue que des ex-conjoints pourront apprendre à éradiquer leur hostilité et mettre en place les bases d'une véritable coopération parentale.

La pratique montre, au demeurant, le lien étroit qui existe entre le travail de médiation effectué par deux conjoints en instance de séparation et la continuation par les deux parents, après le divorce, de leur tâche éducative commune (1697).

La médiation familiale est, en réalité, une pratique qui témoigne de l'émergence des valeurs individualistes de liberté et d'égalité dans les mentalités et les comportements familiaux; elle substitue, pour reprendre l'expression de Marcel Gauchet, la *"posture de confrontation"* à la *"posture d'appartenance"*.

"La médiation familiale, dans son principe, vise, comme l'ont indiqué B. Bastard et L. Cardia-Vonèche, à rendre aux conjoints la maîtrise de leur séparation. Alors que le processus judiciaire dépersonnalise et standardise le traitement de la rupture, la médiation familiale l'individualise. Il s'agit de faire en sorte que les décisions prises soient élaborées, voulues, assumées, par les divorçants eux-mêmes, en fonction de leur appréciation de la situation" (1698). La médiation familiale introduit, par conséquent, dans la gestion du conflit conjugal, les valeurs d'autonomie et de responsabilité; elle traduit, lors d'une rupture conjugale, l'individualisation et la privatisation de la vie affective et familiale. *"Comme on parle de privatisation de la famille,* poursuivent B. Bastard et L.

(1696) Voy. C. Lienhard, La médiation : réalités et enjeux, Le groupe familial, vol. 125, 1989, p. 16.

(1697) Voy. L. Filion, Garde partagée et médiation : au-delà des attitudes et des visions qui modèlent nos interventions, in La médiation familiale, précité, p. 191.

(1698) B. Bastard et L. Cardia-Vonèche, Vers un nouvel ordre familial ?, in La médiation dans tous ses états, p. 123.

Cardia-Vonèche, *on peut dès lors parler d'une tendance à la privatisation du divorce*" (1699).

La médiation familiale représente, autrement dit, l'irruption du processus de personnalisation dans l'aménagement de la séparation d'un couple et elle refuse la logique autoritaire-disciplinaire de l'intervention d'un juge (1700).

3. Le conseil juridique

1089. La troisième intervention dans le processus d'aide à la gestion de la séparation est celle des juristes et on songe plus particulièrement, en Belgique, aux avocats et aux notaires.

L'intervention d'un juriste ne doit pas, dans l'esprit du public, être associée à l'introduction d'une procédure judiciaire. Au fur et à mesure que le modèle autoritaire de la famille bourgeoise est remplacé par le modèle individualiste de structuration de la vie familiale, la rupture d'un couple est de moins en moins perçue comme un acte déviant qui impliquerait le recours à un juge pour faire sanctionner l'inconduite d'un des époux, et les époux choisissent dès lors, de plus en plus souvent, de substituer une logique de négociation à la logique de l'affrontement judiciaire. Les statistiques judiciaires relatives au divorce montrent d'ailleurs que le recours au divorce par consentement mutuel croît au fur et à mesure que décroissent les procédures contentieuses de divorce. Il est, au demeurant, significatif que les divorces d'accord soient plus fréquents dans les villes que dans les campagnes et qu'ils se soient davantage répandus dans les milieux sociaux où l'homme et la femme ont acquis leur autonomie respective et créé entre eux des rapports d'égalité. Le modèle familial individualiste ne s'est en effet, jusqu'ores, introduit que dans certains milieux sociaux (voy. supra, Titre I, n° 105 et Titre II, n° 271).

1090. Un certain nombre d'époux sollicitent dès lors un juriste - avocat ou notaire - en leur demandant expressément de les aider à mettre en oeuvre les règles qui régiront les modalités et les effets de leur séparation conjugale.

A la différence du médiateur, qui a pour objectif de rétablir une communication entre les époux pour leur permettre d'élaborer eux-mêmes les solutions organisant la vie familiale, le juriste a pour objectif de traduire en termes de droits et d'obligations les relations qui doivent être aménagées au sein de la famille après la séparation du couple.

Ce travail représente, aussi, une aide à la gestion de la séparation, car il est fréquent que, dans une situation où les émotions et les sentiments peuvent aisément prendre le pas sur la raison, les époux aient besoin de références et de repères clairs et précis qui contribueront à structurer leur existence.

Beaucoup d'êtres humains - plus particulièrement lorsqu'ils se sentent fragilisés et insécurisés - trouvent dans un *"cadre juridique"* un soutien précieux, parce que ce cadre juridique va délimiter les *"règles du jeu"* et indiquer la *"marche à suivre"*.

L'intervention d'un avocat ou d'un notaire, hors de tout contexte de mise en oeuvre d'une procédure judiciaire et d'une logique d'affrontement, peut dès lors s'avérer utile et bénéfique pour un couple qui se sépare. En circonscrivant les intérêts divergents ou

(1699) *ibidem*, p. 125.

(1700) Voy. B. Bastard et L. Cardia-Vonèche, p. 125, qui précisent que *"les divorçants se montrent hostiles à l'égard de toute ingérence des instances institutionnelles qui prétendraient leur dicter leur comportement quant à la manière d'organiser le fonctionnement de la famille dissociée"*.

opposés des deux conjoints, en explicitant leurs droits et leurs obligations respectifs, en organisant les modalités et les effets juridiques de la séparation, et en traduisant dans une convention les règles de comportement qui régiront la vie familiale tant dans les relations entre les conjoints que dans leurs relations avec leurs enfants, le juriste contribue à créer les conditions permettant aux époux d'effectuer le travail psychique de résolution de la crise émotionnelle.

Comme l'a bien montré Micheline Colin, dans le cadre d'une recherche menée par une équipe pluri-disciplinaire de l'Institut des Sciences de la famille de Lyon, *"l'existence d'un cadre juridique a des effets importants, plus ou moins bénéfiques, pour les sujets en train de se séparer, quant à leur équilibre personnel et leurs capacités de réinsertion sociale, avec les retentissements sur les enfants que cela comporte"*. Selon cet auteur, ces effets sont liés au fait que *"le cadre juridique offre un espace socio-culturel utilisable comme lieu de repérage symbolique - l'existence de conflits internes et interpersonnels se trouve reconnue et la loi paternelle se trouve réaffirmée par l'intermédiaire du droit - comme cadre transitionnel facilitant l'élaboration de la crise de la rupture (et) comme lieu de ritualisation de transformations individuelles et familiales"* (1701).

1088. Le mode de l'intervention de l'avocat ou du notaire, dans le processus de gestion de la séparation conjugale, doit cependant, depuis la seconde révolution familiale moderne advenue à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, s'adapter à la désinstitutionnalisation des règles du droit de la famille et à l'individualisation de la vie affective et familiale.

Trop souvent, les avocats et les notaires restent enfermés dans la logique d'hétéronomie qui a longtemps caractérisé la nature et la portée de la règle de droit dans le domaine des relations familiales; ils se réfèrent dès lors à des modèles de comportement uniformes, ils énoncent sous la forme de vérités des normes de conduite qui restent inspirées par des conceptions désuètes de l'intérêt d'un enfant, ou ils dictent à leurs clients les règles qu'ils estiment correspondre à leurs intérêts. Il est, par exemple, usuel, qu'à l'instar des juges, les avocats ou les notaires indiquent à leurs clients que le droit de visite *"classique"* (voy. supra, Titre V, n° 961) du parent non gardien doit être fixé à un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir et à la moitié des vacances scolaires, ou qu'à l'instar de la présomption légale d'aménagement des prérogatives de l'autorité parentale (voy. supra, Titre IV, n° 670 et s.), ils rédigent des clauses prévoyant que le parent gardien exercera seul *"l'administration de la personne et des biens de l'enfant"*. Ils enferment alors leurs clients dans une logique autoritaire qui tend à soumettre les individus à des injonctions élaborées en dehors d'eux-mêmes, sans qu'aucun débat n'ait réellement été institué à propos de l'enfant et du projet éducatif des parents.

Dans une société où les règles organisant les relations familiales s'individualisent progressivement et où la vie affective et familiale est de plus en plus régie par le processus de personnalisation, l'avocat et le notaire ne peuvent plus se limiter à fournir à leurs clients des formules stéréotypées qui seraient censées s'appliquer à toutes les situations particulières. Ils devraient tendre, aussi, à responsabiliser leurs clients et susciter le sens de leur autonomie. La question à laquelle il appartient de répondre n'est plus celle que les clients ont longtemps posée : *"Que dois-je faire pour me séparer ?"*, mais celle qui peut désormais être posée par les conseils à leurs clients : *"Comment voulez-vous le faire ?"*.

Les juristes devraient veiller, aussi, sans dérobade, à introduire, dans l'élaboration du cadre juridique organisant la séparation conjugale, la place et la réalité de l'enfant. La question à laquelle il appartient de répondre n'est plus celle que les clients ont longtemps posée : *"Quels sont mes droits à l'égard de l'enfant ?"* mais celle qui peut désormais être posée par les conseils à leurs clients : *"Comment concevez-vous l'intérêt de votre enfant"*

(1701) M. Colin, Les effets du cadre juridique sur le devenir psychique des divorçants, Dialogue, vol. 105, 1989, p. 35.

et quelle est la meilleure manière d'y pourvoir ?" . "Assez souvent, a fait observer Françoise Dolto, les avocats ne pensent qu'à faire plaisir à leurs clients. Ils ne se rendent pas compte qu'à cette étape du divorce mettre l'accent sur l'enfant c'est justement bien s'occuper de leurs clients parce que c'est s'occuper de leur descendance. Leurs clients sont mortels, mais leurs enfants vivront après eux" (1702).

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les juristes devraient plus fréquemment se soucier de renvoyer les conjoints auprès d'intervenants professionnels qui pourraient mieux les aider, après avoir éventuellement entendu l'enfant, à percevoir les besoins fondamentaux de leur enfant. L'intervention juridique ne peut dès lors que s'inscrire, à l'avenir, dans une perspective pluri-disciplinaire qui tend à rendre complémentaires les différents processus d'aide à la séparation.

On pourrait d'ailleurs très bien concevoir que, dans cette perspective individualiste, il adienne plus fréquemment que les époux choisissent un seul avocat, comme ils choisissent déjà un seul notaire. Le conseiller juridique servirait alors, aussi, d'arbitre privé, au sens où, comme les psychologues à propos de l'intérêt d'un enfant, ils formuleraient, à l'intention des deux époux, des avis ou des recommandations à propos des difficultés ou des litiges que les époux ne parviendraient pas eux-mêmes à trancher (1703).

D. La fonction du juge

1092. L'individualisation des comportements affectifs et familiaux et, par l'effet de la même logique, des règles du droit de la famille, contraint les juristes à repenser fondamentalement la fonction de juger dans le contentieux familial.

Car, paradoxalement, dans le même temps où un certain nombre d'individus revendiquent l'autonomie de leur vie familiale et refusent l'ingérence d'un juge dans l'organisation d'une rupture familiale, on n'a cependant jamais autant recouru à la justice et on ne cesse de solliciter l'intervention du pouvoir judiciaire pour la régulation des relations familiales.

Le phénomène n'est paradoxal qu'en apparence. En effet, la valeur de liberté et d'autonomie, affirmée par la logique individualiste, n'est qu'une des faces du vaste processus de *"désenchantement du monde"* qui, selon l'expression de Marcel Gauchet, a conduit l'homme à se dégager des références et des significations qui, dans les sociétés holistes, lui étaient fournies et imposées par des instances transcendantes à lui-même. Les individus ne trouvent dès lors plus dans un système idéologique extérieur à eux-mêmes les modèles et les règles de conduite qui, auparavant, définissaient leur être-au-monde, en leur assignant le sens de leur existence et en leur conférant leur identité au sein de la société. C'est désormais aux individus à élaborer eux-même leur propre sens et à construire eux-mêmes les liens sociaux qu'ils noueront avec autrui. C'est la raison pour laquelle le sujet humain des sociétés individualistes est appelé à être, au sens étymologique du terme, *"autonome"*.

Mais, lorsqu'un sujet humain n'a pas atteint le stade psycho-affectif de la maturité et de

(1702) F. Dolto, Quand les parents se séparent, p.24 .

(1703) J.D. Lenard-Marlow, La médiation dans le divorce : les thérapeutes y sont sur leur terrain, p. 68, qui suggère que les époux en médiation familiale consultent, à propos des questions juridiques qu'ils se posent, un seul avocat, à la fois parce que *"les deux parties entendront la même chose et auront la possibilité d'entendre les réponses apportées aux questions de l'autre"* et parce que les époux pourraient demander à cet avocat le soin de trancher les problèmes qu'ils ne seraient pas parvenus à résoudre lors du travail de médiation.

l'autonomie, lorsqu'il n'a pas réussi le travail d'intégration et de régulation des pulsions, lorsqu'il n'a pas constitué le sentiment de sa sécurité existentielle et de son identité personnelle, il se trouve alors, dans une société individualiste, en réelle difficulté psychique de se forger par lui-même le sens de son existence et de tisser avec les autres des relations qui soient fondées sur le respect de l'altérité.

C'est dans cette perspective qu'il y a lieu de comprendre la saisine d'un juge.

Beaucoup d'êtres humains manquent, en effet, dans une société individualiste, de structuration intérieure; ils n'ont pas réussi ce qu'en termes psychologiques on appelle leur "*castration*" (voy. supra, Titre I, n° 240); ils n'ont pas intégré ce qu'en termes juridiques on peut appeler leur "*rapport à la loi*"; ils ne sont pas capables de se soumettre par eux-mêmes au "*principe de réalité*". Ces sujets humains restent envahis par leurs pulsions; ils ne parviennent pas à contrôler leurs débordements pulsionnels; ils se trouvent dans l'impossibilité de renoncer à leurs propres besoins et à prendre en compte, dans l'organisation de leurs relations humaines, les besoins et les droits des autres.

Inaptes, provisoirement, à vivre l'altérité, ils sont alors, fréquemment, en conflit avec les autres, et ils refusent de résoudre ces conflits aussi longtemps qu'ils n'obtiennent pas la satisfaction de toutes leurs exigences.

Ce sont ces sujets humains dépourvus de structure personnelle qui, immanquablement, provoquent, à court ou à moyen terme, le recours à un juge, et on peut l'expliquer par deux ordres de considérations qui ne font que traduire la même réalité.

Tantôt, ce sont les victimes des attitudes conflictuelles et agressives de ces sujets humains qui n'ont plus d'autre ressource, pour faire reconnaître leurs droits, que de saisir un juge en lui demandant de les consacrer et de les imposer par la contrainte.

Tantôt ce sont ces sujets humains eux-mêmes qui en appellent au juge comme le justicier de leurs droits. Ils perçoivent le juge comme le père qu'ils n'ont jamais eu et ils attendent de ce père qu'il les conforte dans la satisfaction de leurs exigences, en privant radicalement l'autre, au nom de la justice, de ses propres prétentions (1704). Ils sacralisent, en quelque sorte, le juge comme le chef suprême qui, en cautionnant leurs revendications, leur confèrera l'identité dont ils manquent. Et si le juge ne les comprend pas ou ne les satisfait pas, ils changeront de juge jusqu'à ce qu'ils puissent trouver celui qui s'identifiera complètement à leurs prétentions.

1093. Le juge est dès lors de plus en plus investi, dans une société individualiste, de la fonction de définir les repères, les références et les limites qui ne sont plus suffisamment fournis aux individus par les instances idéologiques, religieuses, sociales ou culturelles.

Le juge devient de plus en plus, dans la société contemporaine, le référent de la loi; c'est lui qui représente, pour les sujets humains qui ont "*manqué de père*", la fonction de "*tiers*" qui vient introduire l'ordre symbolique de la loi; c'est lui qui, dans l'aménagement des relations individuelles entre les hommes, a pour vocation de juguler les pulsions débridées et d'empêcher le règne de la "*loi du plus fort*"; c'est lui qui est censé produire des effets de réalité à l'égard des sujets humains qui persistent à vivre dans le mythe de la

(1704) Voy. la description du cas paroxystique d'une femme qui, lors de son divorce, entendait obtenir de la justice l'élimination de son ex-conjoint. "*La punition, exprima-t-elle, devrait comporter une interdiction de voir les enfants*". Elle n'obtint évidemment pas gain de cause. C'est la raison pour laquelle elle considéra qu'elle devait faire la justice elle-même "*puisque la justice de ce pays ne rend pas la justice*". Selon elle, "*un criminel et un voleur est mis en prison, mais un homme qui laisse sa femme et ses deux enfants n'est pas inquiété*" (M. Colin, Les effets du cadre juridique sur le devenir psychique des divorçants, p. 46).

satisfaction de leurs pulsions de complétude ou d'appropriation.

Les autorités politiques et judiciaires ne paraissent pas encore avoir suffisamment compris la modification radicale qui affecte la fonction du juge et qui provoque, dans la plupart des sociétés démocratiques, une véritable *"crise du juge"*.

C'est la raison pour laquelle il est devenu urgent, dans les sociétés occidentales, de s'atteler à la modernisation du pouvoir judiciaire, et cette modernisation implique non seulement que le pouvoir judiciaire devienne opérationnel et efficient mais aussi que la fonction de juger s'exerce selon une logique moderne, c'est-à-dire une logique fondée sur les valeurs individualistes.

Dans une logique disciplinaire, le juge a essentiellement pour fonction d'exprimer et de reproduire, dans ses jugements, les règles monolithiques de la vie sociale qui s'imposent à tous les hommes. C'est la raison pour laquelle, aussi longtemps que la famille est restée structurée selon le modèle disciplinaire, le juge a continué à percevoir que sa fonction était essentiellement de garantir et de consolider le modèle familial bourgeois; l'institution de la famille était *"sous sa sauvegarde"* (voy. supra, Titre I, n° 102). Il suffisait dès lors que le juge traduise, dans ses jugements, les règles de comportement qui correspondaient aux principes et aux valeurs de l'ordre familial dominant; sa fonction était statique et répétitive; elle consistait à appliquer à un cas particulier une norme générale qui n'était pas discutée; il importait peu, dans ce système, que la justice fût lente; au contraire, la lenteur ne faisait que correspondre au rythme d'un ordre des choses perçu comme immuable.

Dans une logique individualiste, le juge a désormais pour fonction, dans les situations conflictuelles exacerbées, d'élaborer et de formuler lui-même la règle produisant ses effets de *"castration"* pour les sujets humains qui manquent de rapport à la loi. Cette fonction est dynamique et créative; elle consiste à définir et à imposer des interdits ou des obligations chaque fois que, dans les relations entre les hommes, le plus fort ou le plus violent tente d'imposer sa propre loi; il importe alors que la justice soit rapide, car aussi longtemps que le juge ne se prononce pas, il n'y a pas d'autre loi que la loi du plus fort; il importe que le juge veille à ce que sa décision soit efficiente, car sans efficience, il n'y a pas d'autre loi que la loi du plus fort; il importe, surtout, que le contenu de la règle imposée par le juge tende réellement à introduire, dans le psychisme humain, la reconnaissance des droits de l'un autant que de l'autre.

C'est la raison pour laquelle, dans une société individualiste, le juge n'a plus pour fonction d'être le gardien d'un ordre social fondé sur la stabilité ou le maintien de la famille. Et on a dès lors de moins en moins besoin de juges qui prétendraient contrôler la vie familiale des individus, au nom d'une idéologie dont ils seraient les dépositaires. Lorsque les individus s'entendent et assurent eux-mêmes leurs responsabilités, la valeur d'autonomie postule que le juge ne s'immisce plus dans leur vie privée. Le juge devient, par contre, le garant de l'effectivité des valeurs individualistes de liberté et d'égalité dans les situations conflictuelles où des sujets humains se révèlent incapables, par eux-mêmes, de mettre en oeuvre, dans leurs comportements familiaux, ces valeurs de liberté et d'égalité. En d'autres termes, le juge n'a plus pour fonction, comme le pensait en 1850 le Procureur Général Devienne (voy. supra, Titre I, n° 102) de protéger *"le mariage, la famille, la propriété"*, comme *"bases essentielles de toute société civilisée"*; il a, par contre, pour fonction de sauvegarder la dignité et l'altérité de chaque être humain à l'égard de ceux qui tenteraient de porter atteinte à cette dignité ou à cette altérité. L'enjeu de l'intervention du juge est désormais de produire des règles, des limites ou des injonctions qui affirment le devoir des êtres humains de se respecter les uns les autres.

Dans un litige relatif à l'exercice de la fonction parentale, le juge a dès lors pour tâche et pour objectif de créer les conditions de ce respect de l'altérité, c'est-à-dire de contraindre chacun des parents à respecter l'autre parent et à respecter l'enfant. C'est la raison pour laquelle il appartient au juge de favoriser, autant que possible, tant par le contenu des

solutions qu'il ordonne que par les techniques procédurales qu'il utilise, l'engagement que chacun des parents avait pris d'assumer ses responsabilités parentales et l'obligation de chacun des parents de respecter les responsabilités de l'autre. C'est la raison aussi pour laquelle il appartient au juge, lorsqu'il constate qu'un des parents n'est pas en mesure de respecter les besoins fondamentaux de son enfant, de prendre les mesures consacrant le respect de l'intérêt de cet enfant.

Dans l'approche de cet intérêt de l'enfant, il conviendra que le juge renonce progressivement aux catégories mentales de la stabilité, de l'uniformité, de la répétition ou de l'unité pour apprendre à traiter, au cas par cas, les relations familiales que l'homme moderne noue dans le changement, la diversité, la différence ou le désordre. Il conviendra, en d'autres termes, que le juge apprenne à penser la notion de l'intérêt de l'enfant dans une perspective individualiste et dynamique.

Le temps du divorce contraint le juge à opérer, lui aussi, le passage du mythe de la symbiose familiale à la réalité de l'altérité conjugale et parentale.

REMERCIEMENTS

Les remerciements qu'on exprime, lors de l'achèvement d'une entreprise comme celle qu'a représentée la rédaction du présent ouvrage, répond à un usage traditionnellement fondé sur les sentiments de courtoisie et de gratitude à l'égard de toutes les personnes qui y ont apporté, d'une manière ou d'une autre, leur contribution.

Mais mes remerciements ne correspondront pas seulement à un usage; ils viennent dire que je ne serais jamais parvenu à mener cette étude à son terme si je n'avais, au fil du temps, été soutenu et aidé par ceux qui m'ont encouragé à écrire et à défendre cette thèse.

Je remercie mon promoteur, le professeur François Rigaux, qui a suivi, avec scrupule et avec bienveillance, le cheminement de ce travail, au long des années qui se sont avérées nécessaires pour son élaboration et sa maturation. S'abstenant de tout dirigisme, tolérant à l'égard d'une pensée qui divergeait, souvent, de la sienne, il n'a par contre jamais cessé de manifester une attention vigilante dans la lecture et la relecture des différents textes que je lui soumettais en y repérant tantôt les erreurs tantôt les lacunes. J'ai ainsi pu bénéficier largement non seulement de son sens de l'analyse juridique - qui est l'apanage d'un brillant juriste - mais aussi de sa culture générale particulièrement riche qui témoigne d'un grand humaniste.

Je remercie le professeur Nicole Dopchie qui a accepté la tâche de superviser toute la partie de cet ouvrage qui puise dans les connaissances des sciences psychologiques. Nicole Dopchie a pris une part essentielle dans la démarche que j'ai voulu effectuer d'ouvrir la réflexion des juristes à la dimension psychologique des relations familiales et de la fonction parentale. Depuis le jour où, en 1980, nous avons ensemble institué un séminaire informel de rencontres entre magistrats, avocats, pédo-psychiatres, psychologues et travailleurs sociaux à propos du traitement judiciaire de la problématique de la garde et de l'éducation des enfants de parents séparés, j'ai appris à mieux connaître et comprendre, à travers nos réunions ou nos discussions, les enseignements qu'on peut tirer d'une lecture psychologique de la séparation d'un couple et de ses conséquences pour l'enfant. Il n'était pas envisageable que je me risque à retranscrire un certain nombre de ces enseignements, sans pouvoir disposer du regard éclairé et critique d'un praticien de cette discipline. J'ai ainsi eu la chance de recevoir les indications, les conseils et les observations de Nicole Dopchie qui, en ne ménageant pas sa peine, a accompagné la progression de ce travail. Sa présence m'a été particulièrement précieuse.

Je remercie les professeurs Nicole Verheyden-Jeanmart et Jacques van Compernelle, non seulement parce qu'ils m'ont fait l'amitié de me stimuler à entreprendre et à poursuivre la rédaction de cette thèse et de me soutenir dans mes efforts, mais aussi parce qu'ils ont pris le temps d'examiner avec soin les diverses analyses juridiques qui y sont développées. Ils m'ont ainsi fait part, avec la compétence et les connaissances qui leur sont propres, de leurs suggestions ou de leurs remarques grâce auxquelles j'ai pu tantôt apporter les rectifications qui s'imposaient tantôt affiner les notions qui méritaient d'être approfondies.

Je remercie le professeur Jacques Commaille qui, malgré ses nombreuses activités, a eu l'amabilité de lire la partie sociologique de mon travail. Voilà déjà un certain nombre d'années que j'ai eu l'occasion de rencontrer ou d'entendre Jacques Commaille, lors de différents colloques ou séminaires, et j'ai pu ainsi m'ouvrir l'esprit aux recherches et aux enseignements de la sociologie de la famille. En acceptant de me consacrer de son temps ou en me fournissant des éléments bibliographiques indispensables, il a contribué à élargir la perspective disciplinaire que je cherchais à donner à mon étude.

Je remercie Bénédicte Boon - De Baenst, documentaliste au Centre de droit de la famille et au Centre de droit patrimonial de la famille de l'U.C.L., qui, avec une constance sans failles, a veillé régulièrement à m'informer de l'état le plus récent de la documentation dont elle dispose.

Je remercie, avec une particulière insistance, les deux secrétaires, Nadine Coppée et Marie-Claire Deschamps, qui ont assuré avec patience, minutie et précision la dactylographie de tous les textes de cet ouvrage. Elles sont restées fidèles et dévouées à la tâche, même lorsque je réécrivais complètement des passages entiers, ou lorsque j'apportais une enième correction ou encore lorsque le temps, subitement, pressait.

Je remercie enfin, plus discrètement, mais du fond du coeur, ceux et celles qui, au cours de ces années, ont vécu dans ma proximité - ma famille, mes amis et les avocats de mon cabinet. Je sais qu'ils ont toléré ou supporté un homme - un mari, un père, un compagnon de travail - qui, outre ses activités d'avocat et d'enseignant, a consacré à la rédaction de cet ouvrage tant d'heures de travail qu'il en perdait, parfois ou souvent, sa disponibilité à autrui, ou qu'il imposait un rythme d'existence incompatible avec une véritable convivialité des relations humaines.

Bruxelles, le 20 décembre 1992.

BIBLIOGRAPHIE

1. Disciplines non juridiques

- ABARBANEL A., Shared Parenting after Separation and Divorce : A Study of Joint Custody, *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 49, 1979, p. 320
- AGNES Y. et GAUSSU F., *Les nouveaux parents*, Grasset, Paris, 1979
- AHRONS C. , The binuclear Family : Parenting Roles and relationships, in *Parent-Child relationship post divorce*, A Seminar Report, Danish National Institute of Social Research, Copenhagen, 1984
- ALBERONI F., *Le choc amoureux. Recherche sur l'état naissant de l'amour*, Ramsay, Paris, 1981
- ANATRELLA T., *Interminables adolescences, Les 12-30 ans, puberté, adolescence, postadolescence, Une société adolescentique*, 4ème éd., Cerf - Cujas, Paris
- ANATRELLA T., *L'enfant, le conflit conjugal et le divorce*, *Etudes*, mars 1991, p. 317
- "Argent du couple et comptes familiaux"*, *Dialogue*, n° 109, 3ème trimestre 1990
- ARMENGAUD A., *La famille et l'enfant en France et en Angleterre du XVIème au XVIIIème siècle*, S.E.D.E.S., Paris, 1975
- ARIES P., *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, coll. Points, 1973
- ARIES P., *Pour une histoire de la vie privée*, in *Histoire de la vie privée*, T. 3, De la Renaissance aux Lumières, Seuil, Paris, 1986
- AUBRY J., *La carence de soins maternels*, P.U.F., Paris, 1955
- AZOULAI M., *De père en père*, Ed. A.M. Métalié, Paris, 1988
- BABU A. et BASTARD B., Introduction, in *La médiation dans tous ses états, Le groupe familial*, vol. 125, p. 3
- BADINTER E., *L'amour en plus, Histoire de l'amour maternel (XVIIème-XXème siècle)*, Flammarion, Paris, 1980
- BADINTER E., *L'un est l'autre*, Odile Jacob, Paris, 1986
- BASTARD B., CARDIA-VONECHE L. et PERRIN J.F., *Pratiques judiciaires du divorce, Approche sociologique et perspectives de réforme*, Ed. Réalités sociales, Lausanne, 1987
- BASTARD B. et CARDIA-VONECHE L., *Le divorce autrement : la médiation familiale* Syros-Alternatives, Paris, 1990
- BASTARD B. et CARDIA-VONECHE L., *Vers un nouvel ordre familial ?*, in *La médiation dans tous ses états, Le groupe familial*, vol. 125
- BAWIN-LEGROS B., *La fonction paternelle : son histoire, sa sociologie*, *Rev. trim. dr. fam.* 1989, p. 5

- BAWIN-LEGROS B., Familles, mariage, divorce, Une sociologie des comportements familiaux contemporains, Mardaga, Liège-Bruxelles, 1988
- BICHOT J., Les mutations de la vie familiale, in G.F. Dumont, Pour la liberté familiale, P.U.F., Paris, 1986
- BIRD FRANCKE L., Les enfants face au divorce, trad. fr. par D. Brochet, Laffont, Paris, 1986
- BLAIN M.F. et RIBES M., Quand on vient se séparer en thérapie de couple : demande paradoxale, perspective transitionnelle et désintrication psychique, in Dialogue, vol. 105, p. 3
- BOIGEOL A. et COMMAILLE J., Divorce, milieu social et situation de la femme, Economie et statistiques, n° 53, 1974, p. 19
- BOLO E., Les enfants de divorcés, Stock, Paris, 1979
- BOURGUIGNON O., Effets psychologiques sur l'enfant : compte-rendu de recherches récentes, in Du divorce et des enfants, Travaux et documents de l'I.N.E.D., Cahier n°111, P.U.F., Paris, 1985
- BOURGUIGNON O., L'expérience du divorce parental : une enquête auprès d'adolescents, in Du divorce et des enfants, Travaux et documents de l'I.N.E.D., Cahier n° 111, P.U.F., Paris, 1985
- BOWLBY J., Soins maternels et santé mentale, Monographies O.M.S., Genève, 1951
- BOWLBY J., Attachement et perte, Vol. 2, La séparation, angoisse et colère, traduit de l'anglais par B. de Panafieu, P.U.F., Paris
- BRENNER C., Eléments fondamentaux de la théorie psychanalytique, trad. par J.P. Losson, Simep Editions, Villeurbanne, 1975
- BRISARD S., Le détenteur de l'autorité doit faire l'économie de la brutalité, mais l'enfant peut-il faire l'économie de la frustration ? Dialogue, vol. 115, 1992, p. 24
- BURGUIERE A., Le colloque de démographie historique de Cambridge. La famille "réduite" : une réalité planétaire, Annales E.S.C., vol. 6, 1969, p. 1423
- CABANTOUS A., Les pères et l'Etat en France : complicités et conflits (1730-1920), Dialogue, vol. 107
- CAPRON C., Psychologie et divorce : par-delà le bien et le mal, in L'enfant et ses parents séparés, Institut de l'enfance et de la famille, Ed. Candot-Bourgery, Paris, 1988
- CARDIA-VONECHE L. et BASTARD B., Les femmes, le divorce et l'argent, Labor et Fidès, Genève, 1991
- CASSIERS L., La Convention sur les droits de l'enfant. Commentaires psychologiques, in La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, p. 49
- CASSIRER E., La philosophie des Lumières, trad. de l'allemand par P. Quillet, Fayard, coll. Agora, Paris, 1966

- CASTELAIN-MEUNIER C., Paternité et identité masculine aujourd'hui, *Dialogue*, n° 107, 1er trimestre 1990, p. 22
- CHALVON-DEMERSAY S., *Concubins-Concubines*, Seuil, Paris, 1983
- CHAUVIÈRE M., L'introuvable intérêt de l'enfant, in *Le droit face aux politiques familiales : évaluation et contrôle de l'intérêt de l'enfant dans et hors de sa famille*, Actes du colloque organisé le 30 janvier 1982 par le Laboratoire d'analyse critique des pratiques juridiques de l'Université Paris VIII, p. 53
- CLAES M., *L'expérience adolescente*, P. Mardaga, Bruxelles-Liège, 1986
- CLASTRES P., *La société contre l'Etat*, Minuit, Paris, 1974
- COCHRAN R.F., The search for guidance in determining the best interests of the child at divorce : reconciling the primary caretaker and joint custody preference, *University of Richmond Law Review*, vol. 20, n° 1, 1985, p. 1
- COLIN M., Les effets du cadre juridique sur le devenir psychique des divorçants, *Dialogue*, vol. 105, 1989, p. 34
- COMMAILLE J., *Le divorce en France*, 2ème éd., La documentation française, Paris, 1980
- COMMAILLE J., *Familles sans justice ?*, Le droit et la justice face aux transformations de la famille, Le Centurion, Paris, 1982
- COMMAILLE J., Le divorce, soupape et rituel d'exorcisme, *Autrement*, 1983, n° 46, p. 23
- COMMAILLE J., L'enfant et le conflit entre ses parents. L'intervention judiciaire ou psychologique. Perspectives sociologiques, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, p. 259
- COMMAILLE J., *Ordre familial, ordre social, ordre légal. Eléments d'une sociologie politique de la famille*, in *L'année sociologique*, 1987, p. 265
- COMMAILLE J., *La famille, la fin de la loi ?*, Nouvelles régulations juridiques, nouvelles régulations politiques, *Futuribles*, n° 153, avril 1991, p. 82
- COOGLER J., *Structured Mediation in Divorce Settlement*, Lexington Books, Lexington, 1978
- COOPER D., *Mort de la famille*, trad. fr. par F. Drosso-Bellivier, Seuil, Paris, 1972
- CORNEAU G., *Père manquant, fils manqué. Que sont les hommes devenus ?* Les Editions de l'Homme, Montréal, 1989
- de AJURIAGUERRA J. et D. MARCELLI, *Psychopathologie de l'enfant*, 3ème éd., Masson, Paris, 1989
- DECORET B., *Les pères dépossédés. Le père, l'enfant et le divorce*, Desclée de Brouwer, Paris, 1988
- DELAISI de PARSEVAL G., *La part du père*, Seuil, Paris, 1987
- DELEUZE G. et GUATTARI F., *L'anti-Oedipe. Capitalisme et schizophrénie*, Minuit, Paris, 1972

- de SINGLY F., La séparation, un fait de société, Informations sociales, 1988, n° 4, p. 4
- de TOCQUEVILLE A., De la démocratie en Amérique, T. II, Ed. M.T. Génin, Librairie de Médecis, Paris, 1951
- DIMON M.L., Rompre pour ne pas haïr, Dialogue, n° 108, p. 24
- DOLTO F., Psychanalyse et pédiatrie, Seuil, Paris, 1971
- DOLTO F., La cause des enfants, Robert Laffont, Paris, 1985
- DOLTO F., La cause des adolescents, Robert Laffont, Paris, 1988
- DOLTO F., Quand les parents se séparent, Seuil, Paris, 1988
- DOPCHIE N., Le droit de garde de l'enfant au père ou à la mère ? Point de vue médico-psychologique, Rev. trim. dr. fam. 1979, p. 349
- DOPCHIE N., Considérations sur l'adéquation psychologique de l'octroi d'un droit de garde alternée en cas de séparation ou de divorce, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 367
- DOPCHIE N., L'éducation d'un enfant : création d'un être de liberté. Utopie ou légitime tentative, in Actes du colloque "Importance du contact humain en santé mentale" organisé en novembre 1990 par la Fondation Reine Fabiola pour la santé mentale.
- DUMONT L. Homo hierarchicus, Le système de castes et ses implications, Gallimard, 1966
- DUMONT L., Homo aequalis, Genèse et épanouissement de l'idéologie économique, Gallimard, 2ème éd. 1985
- DUPRE LA TOUR M., La thérapie de couple comme travail de séparation : la capacité d'exister devant l'autre, Dialogue, vol. 108, p. 36
- DUPUIS J., Au nom du père, Une histoire de la paternité, Le Rocher, Paris, 1987
- ERIKSON, Adolescence et crise : la quête d'identité, Flammarion, Paris, 1972
- FABRE L., Un nouveau mode de droit de garde : la garde alternée, Réflexions sur le vécu de la séparation chez les parents qui exercent la garde alternée, Le journal des psychologues, juin 1985
- FERRY L. et A. RENAUT, Itinéraires de l'individu, Gallimard, Paris, 1987
- FIZE M., La démocratie familiale, Presses de la Renaissance, Paris, 1990
- FLANDRIN J.L., Familles, parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société, Hachette, Paris, 1976
- FOLBERG J. et MILLI A., Divorce Mediation, Theory and Practice, The Guilford Press, New-York, 1988
- FOLBERG J. et TAYLOR A., Mediation : A comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1984,

- FOUCAULT M., Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique, P.U.F., Paris, 1961
- FOUCAULT M., Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical, P.U.F., Paris, 1963
- FOUCAULT M., L'ordre du discours, Gallimard, Paris, 1971
- FOUCAULT M., Surveiller et punir. Naissance de la prison, Gallimard, Paris, 1975
- FOUCAULT M., Deux essais sur le sujet et le pouvoir, in H. Dreyfus et P. Rabinow, Michel Foucault, Un parcours philosophique, Gallimard, 1984
- FOUCAULT M., Histoire et sexualité, T. III, Le souci de soi, Gallimard, 1984
- FOURASTIE J. et J., D'une France à une autre, Fayard, 1987
- GAUCHET M. Le désenchantement du monde, Une histoire politique de la religion, Gallimard, Paris, 1985
- GEISSMANN C., Du travail de deuil nécessaire chez la mère à l'individuation du nourrisson, in Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence, 4-5/90, p. 242
- GERAUD R., Le mariage et la crise du couple, Ed. Gérard, Verviers, 1973
- GIBRAN K., Le prophète, trad. fr. par C. Aboussouan, 20ème éd., Casterman, Tournai, 1979
- GOLDSTEIN J., FREUD A., SOLNIT A.J., Dans l'intérêt de l'enfant ? Vers un nouveau statut de l'enfance, trad. fr. de M. David, E.S.F., Paris, 1978
- GRECHEZ J., Le droit d'accéder à ses deux parents, Dialogue, vol. 115, p. 51
- GREIF-BROWN J., Fathers, Children and Joint Custody, American Journal of Orthopsychiatry, vol. 49, 1979, p. 311
- GUILLARME J.J. et FUGUET P., Les parents, le divorce et l'enfant, 2ème éd., E.S.F., Paris, 1987
- GUILMAINE C., La garde partagée. Un heureux compromis, Stanké, Montréal, 1991
- HABERMAS J., La technique et la science comme idéologie, trad. fr par J.R. Ladmiral, Gallimard, Paris, 1973
- HABERMAS J., Morale et communication, trad. fr. de C. Bouchindhomme, Paris, Cerf, 1986
- HAYEZ J.Y., L'éduquer, L'adulte devant le développement affectif de l'enfant, Privat, Toulouse, 1982
- HAYNES J.M., Divorce Mediation : A Practical Guide for Therapists and Counselors, Springer, New-York, 1981
- HAYNES J.M. et HAYNES G.L., Mediating Divorce, Case Book of Strategies for Successful Family Negotiations, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1989
- ILLICH I., Une société sans école, Seuil, Paris, 1971

- ILLICH I., *La convivialité*, Seuil, Paris, 1973
- IRVING H., *Divorce Mediation : The rational Alternative*, Personal Library, Toronto, 1980
- IRVING H. et BENJAMIN M., *Family Mediation, Theory and Practice of Dispute Resolution*, Carswell, Toronto, 1987
- JOYAL-POUPART R., *La garde partagée*, in *Le droit de la famille au Canada, Nouvelles orientations*, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, Ottawa, 1985
- JULIEN P., *Le manteau de Noé, Essai sur la paternité*, Desclée de Brouwer, Paris, 1991
- KAPLAN L.J., *Symbiose et séparation*, traduit de l'américain par S. Audoly, Laffont, Paris, 1978
- KAUFMANN J.C., *La chaleur du foyer, Analyse du repli domestique*, Méridiens, Klincksieck, Paris, 1988
- KELLEN J., *Les nouveaux pères*, Flammarion, Paris, 1986
- KELLERHALS J., PERRIN J.F., STEINAUER-CRESSON G., VONECHE L. et VIRTH G., *Mariages au quotidien*, Ed. P.M. Favre, Lausanne, 1982
- KNIBIEHLER Y., *Les pères aussi ont une histoire*, Hachette, Paris, 1987
- KULKA R.A. et WEINGARTEN R.A., *The Long-Term Effects of Parental Divorce in Childhood on Adult Adjustment*, *Journal of Social Issues*, vol. 35, n° 4, 1979, p. 50
- LACAN J., *Fonction et champ de la parole et du langage*, in *Ecrits*, Paris, 1966
- LAIR H., *Histoire d'une enfant volée*, Lieu commun, 1988
- LAPLANCHE J. et PONTALIS J.B., *Vocabulaire de la psychanalyse*, P.U.F., Paris, 1967
- LASLETT P., *Household and Family in Past Time*, Cambridge, 1972
- LEBOVICH S. et SOULE M., *La connaissance de l'enfant par la psychanalyse*, P.U.F., Paris, 1970
- LEBOVICH S., *Liens et séparation*, *Dialogue*, n° 108, 2ème trimestre 1990
- LEBRUN F., *Les hommes et la mort en Anjou aux XVIIème et XVIIIème siècles*, Paris, 1971
- LEBRUN F., *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*, Armand Colin, Paris, 1975
- LE GALL D. et MARTIN C., *Les familles monoparentales. Evolution et traitement social*, E.S.F., Paris, 1987
- LEFAUCHEUR N., *Les conditions et niveaux de vie des enfants de parents séparés*, in *L'enfant et ses parents séparés*, Institut de l'enfance et de la famille, Ed. Candot-Bourgery, Paris, 1988, p. 135
- LEGENDRE P., *L'amour du censeur, Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, Paris, 1974

- LEMAIRE J.G., *Le couple, sa vie, sa mort*, Payot, 2ème éd., Paris, 1986
- LEMAIRE J.G., *Le petit ami de la mère peut-il faire un père ?* in *Pères et société*, Dialogue, n° 107, 1er trimestre 1990
- LENARD-MARLOW J.D., *La médiation dans les divorces : les thérapeutes y sont sur leur terrain*, Dialogue, vol. 105, 1989-3, p. 64
- LENOIR R., *Le temps de la responsabilité*, Entretiens sur l'éthique, Fayard, 1991
- LEOMANT C. et SOTTEAU-LEOMANT N., *Le sens de la famille*, Informations sociales, 1989, n° 4, p. 47
- LERIDAN H. et VILLENEUVE -GOKALP C., *Entre père et mère*, Population et sociétés, janvier 1988, n° 220
- LEVESQUE J. et MORRONE A., *Introduction à la médiation familiale*, Institut de médiation de Montréal, 1988
- LIBERMAN R., *Les enfants devant le divorce*, P.U.F., Paris, 2ème éd., 1984
- LIENHARD C., *La médiation : réalités et enjeux*, Le groupe familial, vol. 125, 1989, p. 16
- LIPOVETSKY G., *L'ère du vide*, Essais sur l'individualisme contemporain, Gallimard, 1983
- LUCAS P. *La religion et la vie quotidienne*, P.U.F., Paris, 1981
- LUEPNITZ D.A., *Child Custody : A Study of Families after Divorce*, Lexington Books, Toronto, 1982
- MAHLER M., PINE F. et BERMAN A., *La naissance psychologique de l'être humain*, Symbiose humaine et individuation, Payot, Paris, 1980
- MARCELLI D., *Comment leur dire ? L'enfant face au couple en crise*, Hachette, Paris, 1979
- MARCELLI D. et BRACONNIER A., *Psycho-pathologie de l'adolescent*, Masson, Paris, 1984
- MARCUSE H., *L'Homme unidimensionnel*, Minuit, Paris, 1968
- Mc KINNON R. et WALLERSTEIN J.S., *Joint Custody and the Preschool Child*, Behaviour Sciences & the Law, vol. 4, 1986, p. 169
- MENDEL G., *La révolte contre le père*, Une introduction à la socio-psychanalyse, Payot, Paris, 1968
- MENDEL G., *Pour décoloniser l'enfant*, Sociopsychanalyse de l'Autorité, Payot, Paris, 1971
- MITSCHERLICH A., *Vers une société sans pères*, Gallimard, Paris, 1969
- MOREL M.F., *L'entrée dans la parentalité. Approche historique*, in *La famille, l'état des savoirs*, sous la direction de F. de Singly, La Découverte, Paris, 1991

- MORIN E., Introduction à la pensée complexe, E.S.F., Paris, 1990
- MOULAY M., Le rôle incitateur des procédures de justice en matière de garde d'enfant, *Le Journal des Psychologues*, n° 28, juin 1985, p. 32
- MUCCHIELLI B., La personnalité de l'enfant, Ed. E.S.F., Paris, 1976
- MULDWOLF B., Le métier de père, Casterman, Tournai, 1972
- MURRAY A., La médiation familiale : une progression rapide, 1986, R.D.F., p. 311
- NAOURI A., Une place pour le père, Seuil, Paris, 1985
- NAOURI A., Les relations intrafamiliales, Point de vue et interrogations d'un pédiatre, *Futuribles*, n° 153, avril 1991, p. 55
- NEVEU D., Traces de pères. Voyage en solitaire de vingt fils et filles au pays de leur père réel, Stanké, Montréal, 1991
- NICOLAS-MAGUIN M.F., A propos de la garde conjointe des enfants de parents séparés, D. 1983, *Chron.*, p. 111
- OLIVIER C., Les enfants de Jocaste, L'empreinte de la mère, Denoël, Paris, 1980
- PARKINSON L., Conciliation in separation and divorce : finding common ground, Croom Helm, London, 1986
- PITROU A., Famille et espace social, in *La famille*, Hachette, Paris, 1975
- POULANTZAS N., Pouvoir politique et classes sociales, Maspero, Paris, 1972
- POULANTZAS N., L'Etat, le pouvoir et le socialisme, P.U.F., Paris, 1978
- POUSSIN G. et SAYN I., Un seul parent dans la famille, approche psychologique et juridique de la famille monoparentale, Centurion, Paris, 1990
- RACAMIER M.P., SENS C. et CARRETIER L., La mère et l'enfant dans les psychoses du post-partum, in *L'évolution psychiatrique*, 1969, p. 525
- RALLU J.L. La situation familiale des enfants de divorcés, in *L'enfant et ses parents séparés*, Publications de l'Institut de l'enfance et de la famille, Ed. Candot-Bourgery, Paris, 1988, p. 113
- RAPOPORT D., Séparations et retrouvailles chez le jeune enfant, *Dialogue*, n° 112, 2ème trimestre 1991, p. 13
- ROMAN M. et HADDAD W., The disposable parent, 1978
- ROTH F., The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes, *Journal of Family Law*, vol. 15, 1976-77, p. 423
- ROUSSEL L., Mariages et divorces, Contribution à une analyse systématique des modèles matrimoniaux, *Population*, 1980, n° 6, p. 1038
- ROUSSEL L. Aspect sociologique des unions de fait, in *Le ménage de fait*, Actes du colloque organisé les 21 et 22 novembre 1985 par le Centre de recherches juridiques de droit de l'U.C.L. sous la direction de N. Verheyden-Jeanmart

- ROUSSEL L., *La famille incertaine*, Odile Jacob, Paris, 1989
- ROUSSEL L., COMMAILLE J., KELLERHALS J. et PERRIN J.F., *Vue d'ensemble, in Le divorce en Europe Occidentale, La loi et le nombre*, I.N.E.D., Paris 1983, p. 233
- SANTROCK J.W. et TRACY R.L., *Effects of Children's Family Structure Status on the Development of Stereotypes by Teachers*, *Journal of Educational Psychology*, vol. 70, n° 5, 1978
- SAPOSNEK D., *Mediating Child Custody Disputes*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1985
- SCHAUDER C., *L'enfant, une personne à part entière*, *Forum*, 1/89, p. 18
- SERRES M., *Le contrat naturel*, François Bourrin, Paris, 1990
- SERVAIS P., *Histoire contemporaine*, Academia, Louvain-la-Neuve, 1991
- SHORTER E., *Naissance de la famille moderne (XVIIIème-XXème siècle)*, trad. par S. Quadrupani, coll. Points, Seuil, 1977
- SIX J.F., *Le temps des médiateurs*, Seuil, Paris, 1990
- SPITZ R., *La perte de la mère par le nourrisson*, in *Enfance*, 1948, n° 5, p. 273
- SPITZ R., *De la naissance à la parole*, P.U.F., Paris, 1968
- STEINMAN S., *The Experience of Children in a Joint Custody Arrangement : A Report of a Study*, *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 51, 1981, p. 403
- SULLEROT E., *Pour le meilleur et sans le pire*, Fayard, Paris, 1984
- SULLEROT E., *Quels pères ? Quels fils ?*, Fayard, Paris, 1992
- THERY I., *La référence à l'intérêt de l'enfant dans les modifications du droit de garde après le divorce*, thèse, Université Paris V-René Descartes, 1983
- THERY I., *La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés*, in *Du divorce et des enfants*, Cahier n° 111 de l'I.N.E.D., P.U.F., Paris, 1985, p. 62
- THIS B., *La psychanalyse, science de l'homme-en-devenir*, Casterman, Tournai, 1960
- WALLERSTEIN J. et KELLY J., *Surviving the break up*, traduit en français par L. Hawkes, sous le titre *Pour dépasser la crise du divorce*, Privat, Toulouse, 1989
- WATZLAWICK P., *Une logique de la communication*, Seuil, Paris, 1972
- WILLI J., *La relation de couple*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, Paris, 1982
- WINNICOT D., *L'enfant et sa famille*, trad. fr. de A. Stronek-Robert, Payot, Paris, 1957
- ZAZZO, *L'attachement, Une nouvelle théorie sur les origines de l'affectivité*, in *L'attachement*, 2ème éd., Delachaux et Niestlé, Neuchâtel-Paris, 1979

2. Disciplines juridiques

ADRIAENSSENS K., De rechten van het kind, R.W. 1991-92, p. 1108

ARCHAMBEAU G., De l'article 223 du Code civil, J.T. 1978, p. 72

BAETEMAN G., L'appel sur base d'excès de pouvoir ou d'incompétence contre les ordonnances du président statuant en application des articles 221 et s. du Code civil, note sous Gand, 21 janvier 1963, Rev. crit. jur. belge 1964, p. 418 et suivants

BAETEMAN G., Het primair huwelijk, in Het nieuwe Belgische huwelijksvermogensrecht, Gand, 1978

BAETEMAN G., La notion de régime matrimonial primaire, in Cinq années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux, Actes de la journée d'étude organisée le 27 novembre 1981 par le Centre de droit patrimonial de la famille de l'U.C.L. en hommage au professeur Renauld, Cabay, Louvain-la-Neuve, 1981

BAETEMAN G., Overzicht van rechtspraak, Personen en Familierecht, T.P.R. 1988

BAETEMAN G. et GERLO J., Overzicht van rechtspraak, Personen- en familierecht, T.P.R. 1981

BARTHOLOMEE V. et SOSSON J., La Cour d'Arbitrage et le droit de la filiation. Les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990, J.T. 1991, p. 713

BAX M., Kroniek, Personen-en familierecht (1977-79), R.W. 1979-80, col. 1737

BAX M., Levenbeschouwelijke lotsbepaling van het kind bij echtelijke moeilijkheden, note sous civ. Termonde, réf., 13 février 1980, R.W. 1980-81, col. 1791

BENABENT A., Droit civil, La famille, 2ème éd., Litec, Paris, 1984

BENOIT G., L'article 223 du Code civil : prémisse d'un tribunal de la famille ? in Compétences des juges de paix et de police, ouvrage édité à l'occasion du centenaire de l'Union Royale des Juges de Paix et des Juges de Police de Belgique, La Charte, 1992, p. 109

BOSSUYT M., La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, Rev. univ. droits homme 1990, vol. 2, n° 4, p. 141

BOUCAUD P., Le conseil de l'Europe et la protection de l'enfant : l'opportunité d'une Convention européenne des droits de l'enfant, Publications du Conseil de l'Europe, Direction des droits de l'homme, Strasbourg, 1989

BOURSEAU R., Les droits successoraux du conjoint survivant, Larcier, Bruxelles, 1982

BOURSEAU R., Divorce par consentement mutuel, in Le contentieux conjugal, Ed. Jeune Barreau Liège, 1984, p. 163

BRAZIER M., L'autorité parentale. Commentaire de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970, J.C.P., I, 2362

- BUIRETTE P., *Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfant*, Rev. B. dr. int. 1990, p. 54
- BUQUICCHIO de BOER M., *Les enfants et la Convention européenne des droits de l'homme : étude de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, J.D.J. 1990/6, p. 3
- CAMBIER C., *Droit judiciaire civil, T. I, Fonction et organisation judiciaires*, Larcier, Bruxelles, 1974
- CAMBIER C., *Droit judiciaire civil, T. II, La compétence*, Larcier, Bruxelles, 1981
- CAMBIER C., *Avant-propos*, in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Actes des XI^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 13
- CANIVET J., *Notes sur l'abandon de famille*, Rev. dr. pén. 1936, p. 466
- CANIVET J., *Aperçu sur l'adoption et la légitimation par adoption entre Belges en Belgique après la loi du 21 mars 1969*, Ann. not. 1969, p. 185
- CARBONNIER, J., *Droit civil, La famille, les incapacités*, 12^{ème} éd., P.U.F., Paris, 1983
- CASMAN H., *Enkele aspekten van de rechtstoestand van de feitelijke gescheiden echtgenoten*, T.P.R., 1974, p. 59
- CASMAN H., *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, in *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-75*, Story-Scientia, Bruxelles, 1977
- CASMAN H., *Adoptie, volle adoptie en verklaring van adopteerbaarheid*, in G. Baeteman en al., *Afstamming en adoptie*, Story Scientia, Bruxelles, 1987
- CASMAN H., *De assepoesterclausule*, note sous civ. Anvers 5 décembre 1985, Rev. trim. dr. fam. 1987, p. 193
- CASMAN H., *La réforme de l'adoption*, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 9
- CASMAN, H., *Notarieel familierecht*, Mys et Breesch, Gent, 1991
- CASMAN H. et VAN LOOK M., *Régimes matrimoniaux*, Ced Samsom, Bruxelles, 1977
- CASMAN H. et VASTERSAVENDTS N.A., *De langstlevende echtgenote*, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982,
- CASTELLI M.D., *Précis du droit de la famille*, 2^{ème} éd., Presses de l'Université Laval, Québec, 1990
- CAUWELIER D., *De feitelijke scheiding en artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek*, R.W. 1980-81, col. 154
- CHAZAL J., *Les droits de l'enfant*, P.U.F., Paris, 1969
- CLERGERIE J.L., *L'adoption d'une Convention internationale sur les droits de l'enfant*, Rev. dr. pub. 1990, p. 435

- CLOSSET-MARCHAL G., La convention sur les droits de l'enfant et la Belgique. Aspects de droit judiciaire, in La convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, Actes de la journée d'étude organisée le 30 novembre 1990 par le Centre de droit de la famille de l'U.C.L., Kluwer-Story Scientia, Bruxelles, 1992, p. 133 et s.
- COLIN A. et CAPITANT H, Cours élémentaire de droit civil français, T.I., 7ème éd., Dalloz, Paris, 1931
- CORNU G., Droit civil, La famille, Précis Domat, Montchrestien, 1984
- DABIN J., Le contrôle de la puissance paternelle, J.T. 1947, p. 17 et p. 33
- DABIN J. Le droit subjectif, Dalloz, Paris, 1952
- DABIN J., Le statut juridique de l'enfant naturel, in Travaux de la première journée d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 1965
- DALCQ R.O., Traité de la responsabilité civile, Les Nouvelles, Droit civil, T. V, Vol. I, Larcier, Bruxelles, 1959
- DALCQ R.O., Examen de jurisprudence (1980-1986), La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, R.C.J.B., 1987, p. 650
- DALCQ-DE POORTER J., Considérations et notice bibliographique sur l'application de la loi du 21 mars 1969, Rev. not. 1979, p. 164
- de BUSSCHERE C., De feitelijke scheiding der echtgenoten, 1e éd., Story-Scientia, Gent, 1978
- DECLERCQ R., Les infractions contre la famille et la morale sexuelle en droit belge, Rev. int. dr. pén. 1964, p. 505
- DE GAVRE J., Le divorce par consentement mutuel, in Le divorce en Belgique : controverses et perspectives, Story-Scientia, Bruxelles 1991
- DE GAVRE J. et LAMPE M.F., Le régime primaire ou les droits et devoirs des époux, in La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux, Ed. Jeune Barreau Bruxelles, 1977
- de HARVEN P., Contribution à l'étude de la notion d'ordre public, note sous Cass. 9 décembre 1948 et 14 janvier 1954, Rev. crit. jur. belge 1954, p. 259
- de la MARNIERRE E.S., De la réforme de l'autorité parentale du point de vue de la protection de l'enfant, Bull. S.P.E., 1970, p. 177
- de LEVAL G., Le droit d'action des grands-parents en période de divorce, note sous Bruxelles, 5 décembre 1978, Rev. trim. dr. fam. 1981, p. 331
- de LEVAL G., L'examen du fond des affaires par le juge des référés, J.T. 1982, p. 421
- de LEVAL G., Divorce pour cause déterminée, procédure, in Le contentieux conjugal, Ed. Jeune Barreau Liège, 1984, p. 119
- de LEVAL G., Le ménage de fait et les questions de compétence, de procédure et de saisies, in Le Ménage de fait, Actes du colloque organisé les 21 et 22 novembre 1985 par le Centre des recherches juridiques de la Faculté de droit de l'U.C.L. sous la direction de N. Verheyden-Jeanmart, Louvain-la-Neuve, 1985, p. 21

- de LEVAL G., La procédure du divorce pour cause déterminée, in *Le divorce en Belgique : controverses et perspectives*, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, p. 122
- de LEVAL G., *Traité des saisies*, Faculté de droit de Liège, 1988
- de LEVAL G. et VAN COMPERNOLLE J., Aperçu des règles communes aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution, in *Les voies conservatoires et d'exécution, Bilan et perspectives*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1982
- DELNOY-MARGREVE C., Ministère public et autorité parentale après la loi du 8 avril 1965, note sous Cass. 13 décembre 1968, *Rev. crit. jur. belge*, 1969, p. 340
- DELNOY-MARGREVE C., La puissance paternelle après la loi du 8 avril 1965. Questions soulevées par le nouveau droit civil de la jeunesse, *Ann. dr. Liège* 1967, p. 212
- DELPEREE F., La Constitution et la Convention relative aux droits de l'enfant, in *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, Actes de la journée d'étude organisée le 30 novembre 1990 par le Centre de droit de la famille de l'UCL*, Kluwer-Story Scientia, Bruxelles, 1992, p. 87
- DELVA W. et BAERT G., Overzicht van de rechtspraak (1960-1963), *Personen en familierecht*, *Tijds. priv.* 1964, p. 417
- DEMOLOMBE C., *Cours de droit civil*, T. VI, 1850
- DE NAUW A., *Initiation au droit pénal spécial*, Story Scientia, 1987
- DE NAUW A., La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité, note sous Cass. 13 mai 1987, *Rev. crit. jur. belge* 1989, p. 593
- DENEVE M., La loi du 16 juillet 1977 modifiant l'article 1384, 2ème alinéa du Code civil, relatif à la responsabilité des parents pour les dommages causés par leurs enfants mineurs, *Rev. trim.* 1978, p. 101
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, Bruylant, Bruxelles, 1ème éd. 1933, 2ème éd., 1939
- DE PAGE H., par J.P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, Les personnes, 4ème éd., Bruylant, Bruxelles, 1990
- DERRIDA F., *L'obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, Paris, 1952
- DIJON X., La mise en oeuvre de la loi relative à l'abandon d'enfants mineurs, *J.T.* 1988, p. 1
- DUELZ A., *Le droit du divorce*, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1989
- DUFOUR A., Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel moderne, in *Archives de philosophie du droit*, n° 20, Sirey, Paris, 1975
- DUMUSC B., *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Librairie Droz, Genève, 1980

- FAGNARD J.L. et DENEVE M., *Chronique de jurisprudence, La responsabilité civile (1976-1984)*, J.T. 1988, p. 259
- "Famille, Etat et sécurité économique d'existence"*, Actes du Ve congrès mondial de l'Association internationale de droit de la famille, publiés sous la direction de M.T. Meulders-Klein et J. Eekelaar, Story-Scientia, Bruxelles, 1988
- FENET P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827
- FETTWEISS A., *Précis de droit judiciaire, T. II, La compétence*, Larcier, Bruxelles, 1971
- FETTWEISS A., *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit de Liège, 2ème éd. 1987
- FETTWEISS A., *Une disposition légale méconnue : l'article 88 § 2 du Code judiciaire*, in *Mélanges Bagniet*, p. 263
- FETTWEISS A., KOHL A. et de LEVAL G., *Incidences de la loi du 14 juillet 1976 en matière de droit judiciaire privé*, in *Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Faculté de droit de Liège, p. 195
- FOLBERG H.J. et GRAHAM M., *Joint Custody of Children Following Divorce*, (1979) 12 U.C. Davis L. Rev., p. 526
- FORIERS F., *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951
- FRANK R., *Les concubinages dans le droit de la République fédérale d'Allemagne*, in *Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridiques*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, C.N.R.S., Paris, 1989
- FULCHIRON H., *Les relations parents-enfants dans le nouveau droit français de l'autorité parentale*, *Rev. trim. dr. fam.* 1988, p. 403
- FULCHIRON, H., *Autorité parentale et parents désunis*, C.N.R.S., Paris, 1985
- GAILLY R., *De la protection de l'enfant abandonné en droit pénal*, *Rev. dr. pén.* 1956-57, p. 551
- GARE T., *Les grands-parents dans le droit de la famille*, C.N.R.S., Paris, 1989
- GBLER M.J., *Jurisqueur civil, Divorce : conséquences à l'égard des enfants*, Fasc. n° 70
- GERLO J., *Onderhoudsgelden*, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1985
- GOTHOT P., *Les conditions auxquelles une décision judiciaire étrangère peut fonder, en Belgique, l'exception de chose jugée*, *Rev. crit. jur. belge* 1975, p. 554
- GROSS B. et GROSS R., *The children's rights movement*, Anchor Press, New York, 1977
- GROSSEN J.M. et GUILLOD O., *Chronique de droit suisse*, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, p. 798
- GROSSEN J.M. et GUILLOD O., *Le concubinage en droit suisse*, in *Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridiques*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, CNRS, Paris, 1989

- GUIHO P., Essai d'une théorie générale du droit de visite, J.C.P., 1952, I, 963
- GUILLAUME J.F., MADDENS K., BAWIN-LEGROS B. et VAN HOUTTE J., La problématique socio-économique des créances alimentaires en Belgique. Analyse du déroulement judiciaire de l'obligation alimentaire après divorce. Rev. b. séc. soc. 1988, p. 745
- GUTT E. et STRANART A.M., Examen de jurisprudence (1965-1970), Rev. crit. jur. belge 1973, p. 188
- GUTT E. et LINSMEAU J., Examen de jurisprudence (1971-1978), Droit judiciaire privé, Rev. crit. jur. belge, 1982, p. 257
- HAMERLYNCK R., Eindelijk een internationale conventie over de rechten van het kind, in Rechten van kinderen, Een tekstbundel van de Rijksuniversiteit Gent naar aanleiding van de Uno-Conventie voor de rechten van het kind, Kluwer, Antwerpen, 1989, p. 209
- HAUSER J. et HUET-WEILLER D., Traité de droit civil, La famille, 3ème partie, Dissolution de la famille, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1991
- HEGNAUER C., Droit suisse de la filiation et de la famille, adaptation française par B. Schneider, 3ème éd., Ed. Staempfli, Berne, 1990
- HENNAU C. et VERHAEGEN J., Droit pénal général, Bruylant, Bruxelles, 1991
- HIERNAUX G. et POITEVIN E., Chronique de jurisprudence, Divorce et séparation de corps (1984 à 1988), J.T. 1990, p. 515
- HIRSCH J.L., Pour un tribunal de la famille, J.T. 1971, p. 211
- HORSMANS G., Les référés commerciaux - Rapport introductif - Actes de la journée d'études tenue à Louvain le 26 mars 1978, p. 24
- JANSEN J., Ouderlijke macht na echtscheiding, R.J.R. 1984, p. 137
- JEANMART N., Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage, 2ème éd., Larcier, Bruxelles, 1986
- JOTTRAND J., L'ordre des familles et l'article 223 nouveau du Code civil, J.T. 1977, p. 705
- KEBERS A., Les dispositions de droit civil relatives aux mineurs, Ann. dr. 1966, p. 94
- KEBERS A., La spécialisation du juge en matière familiale, in Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Actes des VIIe journées juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 613
- KOHL A., Effet dévolutif de l'appel et mesures provisoires ordonnées par le juge des référés, note sous Cass. 31 octobre 1985, civ. Liège, réf., 19 septembre 1986 et civ. Verviers, réf. 10 octobre 1985, Rev. trim. dr. fam. 1986, p. 339
- KRINGS E., La mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant en droit interne, in La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, Actes de la journée d'étude organisée le 30 novembre 1990 par le Centre de droit de la famille de l'UCL, Kluwer-Story Scientia, Bruxelles, 1992, p. 71

- KRUITHOF R., Aanspraakelijkheid voor andermans daad : kritische bedenkingen bij enkele ontwikkelen, R.W. 1978-79, col. 1393
- LABRUSSE C., Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille, Mélanges Rodière, 1982
- LABRUSSE-RIOU C., Droit de la famille, Les personnes, Masson, 1984
- LAENENS J., Overzicht van rechtspraak - De bevoegdheid, T.P.R. 1979, p. 291
- LAMMERANT I., La réforme de l'adoption en droit interne, J.T. 1987, p. 509
- LAMPE M.F., Le statut juridique de l'enfant. Des droits de garde et de visite, Rev. not. belge 1979, p. 276
- LAMPE M.F., Le règlement de l'administration de la personne et des biens de l'enfant par voie de référé, Rev. trim. dr. fam. 1985
- LAMPE M.F., Les obligations alimentaires à l'égard des enfants, in La filiation et l'adoption, Ed. Jeune Barreau, Bruxelles, 1988, p. 165
- LAMPE M.F., Les procédures urgentes en matière familiale, in L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial, Actes de la journée d'étude organisée le 30 novembre 1990 par le Centre de droit de la famille de l'U.C.L., Kluwer-Story Scientia, Bruxelles, 1992 p. 788
- LAMPE M.F., Les effets personnels de la filiation, in La filiation et l'adoption, Ed. Jeune Barreau Bruxelles, 1988, p. 183
- LAURENT F., Principes de droit civil, Bruylant - Christophe, Bruxelles, 1870
- LEDOUX J.L., Chronique de jurisprudence, Les saisies (1983-1988), J.T. 1989, p. 640
- LEGEAIS R., L'autorité parentale, Rép. not. Defr., Paris, 1973
- LEGROS P., Le cumul des responsabilités des parents et des instituteurs, R.G.A.R. 1979, n° 10073
- LEJEUNE C., SEVENS L. et DEVOS M., Commentaires des nouvelles dispositions législatives en matière d'adoption en droit interne, Rev. not. belge 1988, p. 62
- L'HEUREUX-DUBE C., La garde conjointe, concept acceptable ou non ?, (1979) 39 R. du B., p. 835
- LENOBLE J. et BERTEN A., Dire la norme. Droit, politique et énonciation, Story-Scientia - L.G.D.J., Bruxelles-Paris, p. 45
- LENOBLE J. et OST F., Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique, Publications Fac. univ. St Louis, Bruxelles, 1980
- MAHAUX P., La chose jugée et le Code judiciaire, J.T. 1971, p. 582
- MAHIEU G., Divorce et séparation de corps, in Répertoire notarial, Larcier, Bruxelles, 1987
- MAHILLON P., V° Aliments, in R.P.D.B., Compl. T. III, Bruxelles, 1969

- MAHILLON P. L'entretien et l'éducation des enfants majeurs, in *Mélanges Bagniet*, p. 525
- MAINGAIN B., Le rôle de la conciliation et des accords dans le règlement des conflits familiaux : la montée de l'autonomie des volontés en matière familiale et le caractère accusatoire du procès, in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économiques, social et familial*, Actes des XI^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 1984
- MALAUURIE P., Cours de droit civil, La famille, 1987, Cujas, Paris, n° 782
- MARCHAL A. et JASPAR J.P., *Traité théorique et pratique de droit criminel*, T.I., 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, 1965
- MARTY F. et RAYNAUD P., *Traité de droit civil*, Les personnes, 2^{ème} éd., Sirey, Paris, 1976
- MASSIP J., La réforme du divorce, *Rép. Not. Defr.*, Paris, 1976
- MASSON J.P., La réforme de la législation sur le divorce par consentement mutuel, *J.T.* 1972, p. 461
- MASSON J.P., Chronique de jurisprudence, Les personnes, *J.T.* 1982, p. 463
- MASSON J.P., Les rapports de nature personnelle au sein de l'union libre, in *L'union libre*, Actes du colloque tenu à l'U.L.B. le 16 octobre 1992, sous la direction de P. De Page et R. De Valkeneer, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 160
- MATTHIJS J., Le tribunal de la famille. Essai d'une expérience judiciaire, *J.T.* 1974, p. 381
- MAYRAND A., La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale, *Revue du Barreau canadien*, vol. 87, 1988, p. 203
- "*Le ménage de fait*", Actes du colloque organisé les 21 et 22 novembre 1985 par le Centre de recherches juridiques de la Faculté de Droit de l'UCL sous la direction de N. Verheyden-Jeanmart, Louvain-la-Neuve, 1985
- MELLAERTS J., Naar een hervorming van het echtscheidingsprocesrecht, *Acco*, Leuven, 1991
- MEULDERS L., Le concours des différents régimes de responsabilité prévus aux articles 1384 à 1396 du Code civil, *R.G.A.R.* 1984, n° 10842
- MEULDERS-KLEIN M.T., L'autonomie judiciaire du contentieux familial. Identification et délimitation d'un besoin, in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Actes des XI^e journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 957
- MEULDERS-KLEIN M.T., A propos du droit de visite des grands-parents d'origine en cas de légitimation par adoption et du fondement du droit de visite des tiers en général, *Rev. not. belge* 1978, p. 118
- MEULDERS-KLEIN M.T., Les effets du divorce par consentement mutuel et le principe de la convention-loi. Etendue et limites, note sous Cass. 4 novembre 1976, *Rev. crit. jur. belge*, 1979, p. 468

- MEULDERS-KLEIN M.T., La personne, la famille et la loi au sortir du XXème siècle, J.T. 1982, p. 140
- MEULDERS-KLEIN, M. T, L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987, Ann. dr. Louvain 1987, p. 311
- MEULDERS-KLEIN M.T., La déclaration d'abandon et le recueil familial en droit belge, in Adoption et formes alternatives d'accueil, Story Scientia, Bruxelles, 1990, p. 77
- MEULDERS M.T., L'enfant sujet ou objet de droit à la fin du XXème siècle ? A propos de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, in Bulletin belge de l'Amade, novembre 1990
- MEULDERS-KLEIN M.T., Vers la co-responsabilité parentale dans la famille européenne, Rev. trim. dr. fam. 1991, p. 19
- MEULDERS M.T., Les droits civils de l'enfant à la lumière de la Convention des Nations Unies, in la Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, Actes de la journée d'étude organisée le 30 novembre 1990 par le Centre de droit de la famille de l'UCL, Kluwer-Story Scientia, Bruxelles, 1992 p. 99
- MONIN-HERSANT P. et STURLESE B., L'entrée en vigueur de la convention franco-algérienne du 21 juin 1988 : un nouvel espoir pour les enfants déchirés, Gazette du Palais, 1988, p. 523
- MERLE R. et VITU A., Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, Cujas, Paris, 1982
- MICHAUX J., La tutelle aux prestations familiales et autres allocations sociales, Rev. belge séc. soc. 1966, p. 971
- MILLER D.J., Joint Custody, (1979-80) 13 Fam. L.Q., p. 360
- NEIRINCK-CAMPREDON C., La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1984
- NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J., Chronique de jurisprudence, Personnes et droits de famille, Rev. trim. dr. civ. 1984, p. 95
- Les nouvelles*, Protection de la jeunesse, sous la direction de P. Mahillon, Larcier, Bruxelles, 1978
- NUYTINCK H., Vader en moeder : gelijk voor de wet, R.W. 1974-75, 1345
- NYPELS J.S.G., Le Code pénal belge interprété, Bruxelles, 1878
- OST F., Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice, in Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements, Publications des Fac. univ. St-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1
- PANIER C., L'article 223 du Code civil, organisation et compétence, J.T. 1980, p. 325
- PANIER C., Le juge de paix face à l'entente irrémédiablement perturbée, note sous civ. Namur, 9 mars 1982, Rev. rég. dr. 1983, p. 19
- PANIER C., Le rôle du ministère public et du juge du fond dans la procédure de divorce par consentement mutuel, Jur. Liège 1983, p. 496

- PANIER C., L'article 223 du Code civil, Conditions d'application, mesures ordonnées, règles de procédure, J.T. 1983, p. 631
- PANIER C., Le régime primaire, aspects judiciaires, Ann. dr. 1977, p. 86
- PANIER C., Le ministère public aux carrefours du contentieux familial, Rev. trim. dr. fam. 1984, p. 124
- PAUWELS J.M., Recht van bewaring en materiële bewaring, R.W. 1982-93, col. 35
- PAUWELS J., Ernstige verstoring van der verstandhouding - Moet er bloed vloeien ?, note sous J.P. Ninove, 19 mai 1982, R.W. 1983-84, col. 2256
- PAYNE J.D. et BOYLE P.J., Divided opinions in joint custody, (1979) 2 Fam. Law Rev., p. 166
- PELISSIER J., Les obligations alimentaires, Unité ou diversité, Paris, 1961
- PERRIN J.F., Comparaisons pour la réforme du droit matrimonial, Payot, Lausanne, 1985
- PERRIN J.F., Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale conjointe, La semaine judiciaire, Genève, 1990, p. 372
- PICAL D., Les mineurs et leurs droits en Europe, in Justice et jeunes délinquants, Actes de la journée d'étude organisée en hommage à L. Slachmuylder, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 90
- PINEAU J. La famille : Droit applicable au lendemain de la loi 1989, P.U.M. Montréal, 1983
- PINTENS W., Tegenbrieven bij de regeling van de rechten van beide echgenoten in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming, note sous civ. Louvain, 19 décembre 1977, R.W. 1978-79, col. 1055
- PINTENS W., Echtscheiding door onderlinge toestemming, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982
- PIRET J.M., Les mesures à l'égard des parents, Ann. dr. Louvain, 1966, p. 141
- PLANIOL M. et RIPERT G., Traité pratique de droit civil français, T. I, Les personnes, L.G.D.J., Paris, 1925
- POELMAN F., Les compétences nouvelles du juge de paix en matière familiale, J.T. 1976, p. 703
- POELMAN F., Une année de divorces par consentement mutuel à Bruxelles, Eléments statistiques et commentaires, J.T. 1979, p. 5
- POULEAU V., Réflexions sur l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 521
- POULEAU V., A propos de la Convention des droits de l'enfant, L'enfant sujet de droits : enfin une réalité ? J.T. 1990, p. 618

- POULEAU V., *Propos sur l'applicabilité (directe ?) de la Convention des droits de l'enfant dans l'ordre juridique interne belge*, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 495
- POUPART J.M., *Les voies de fait et la juridiction des référés*, *Ann. dr.* 1974, p. 321
- PREUMONT M., *Le décret du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse*, *Journal des procès* 1991 et 1992
- PROVOST M., *Le partage de la garde et de l'intérêt de l'enfant*, *Réflexions à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel*, (1987) *R. du B.*, p. 199
- PUELINCKX COENE M., *De grote promotie van de langstlevende echtgenote*, *T.P.R.*, 1985, p. 672, n° 91
- RAUCENT L., *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Swinnen, 1981
- RAYMOND G., *La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance*, *La Semaine Juridique*, 1990, I, n° 3451
- RAYNAUD P., *Le contentieux familial en droit judiciaire français*, in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial et familial*, *Actes des XI^è journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 89
- REMON C., *La séparation de fait*, *Chronique de jurisprudence (1976-1981)*, *Rev. not. belge* 1981, p. 462
- RENARD C. et VIEUJEAN E., *Examen de jurisprudence, 1956 à 1960, Personnes et biens*, *Rev. crit. jur. belge*, 1961
- RENAULD J., *Droit patrimonial de la famille, T. I, Les régimes matrimoniaux*, Larcier, Bruxelles, 1971
- RENCHON J.L., *Les vicissitudes de la législation sur le divorce*, *Ann. dr.* 1976, p. 57
- RENCHON J.L., *Attribution et exercice de l'autorité parentale*, *Ann. dr. Louvain*, 1979, p. 301
- RENCHON J.L., *La gestion du patrimoine de l'enfant*, in *Actes des journées notariales de Mons 1979*, *Fédération Royale des Notaires de Belgique*, Ed. Credoc, 1979
- RENCHON J.L., *La prorogation de compétence du président statuant en référé après la transcription du divorce pour cause déterminée*, *Rev. trim. dr. fam.* 1979, p. 279
- RENCHON J.L., *L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants et la détermination des modalités de son exécution dans le contexte d'une procédure de divorce par consentement mutuel*, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, p. 175
- RENCHON J.L., *Les clauses relatives à l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel*, note sous *Liège*, 27 juin 1983, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, p. 310
- RENCHON J.L., *Droit et pauvreté affective*, in *Droit des pauvres, pauvre droit ?* Ed. Jeune Barreau Bruxelles, 1984, p. 179 et in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1983/10, p. 35

- RENCHON J.L., La place des auxiliaires sociaux et médico-psychologiques dans le processus de solution des conflits relatifs à l'attribution du droit de garde et du droit de visite, in L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial, Actes des XI^e journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 853
- RENCHON J.L., Les conventions entre parents relatives à leurs droits et obligations à l'égard de leurs enfants, note sous civ. Bruxelles (ch. saisies) 28 avril 1986, Rev. trim. dr. fam. 1988, p. 294
- RENCHON J.L., La recevabilité des actions en justice introduites par les grands-parents dans le contexte du règlement de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, Rev. trim. dr. fam., 1989, p. 251
- RENCHON J.L., La fonction de juger dans les conflits relatifs à l'exécution du droit de visite, note sous trib. jeun. 24 janvier 1990, Ann. droit Liège 1990, p. 397
- REVEL J., Les conventions entre époux désunis, J.C.P. 1962, I, 3055
- RIGAUX F., Les mesures provisoires au cours de l'action poursuivie par un des conjoints, après la transcription du divorce, en vue de faire constater la part de l'autre dans les causes de la rupture du lien conjugal, note sous Cass. 30 avril 1984, Rev. crit. jur. belge, 1965, p. 284
- RIGAUX F., Divorce-sanction et divorce-remède, J.T. 1968, p. 233
- RIGAUX F., Les personnes, Larcier, Bruxelles, 1971
- RIGAUX F., La contestation d'une reconnaissance d'enfant naturel mensongère et l'ordre public, note sous Cass. 28 mars 1974, Rev. crit. jur. belge 1974, p. 483
- RIGAUX F., Introduction à la science du droit, Ed. Vie Ouvrière, Bruxelles, 1974
- RIGAUX F., L'exercice, par un époux, de la liberté de changer de religion ou de conviction, note sous Anvers 19 décembre 1977, Rev. crit. jur. belge 1980, p. 207
- RIGAUX F., La délégation de l'autorité parentale, création jurisprudentielle ?, note sous Cass. 19 décembre 1975, Rev. crit. jur. belge 1977
- RIGAUX F., La responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs : abstraction et réalité, in Hommage à René Deckers, Bruylant, 1982, p. 311
- RIGAUX F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant - L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1990
- RIGAUX F. et MEULDERS-KLEIN M.T., Les personnes, mise à jour au 1^{er} juillet 1977, Larcier, Bruxelles, 1978
- RIGAUX M. et TROUSSE P.E., Les crimes et délits du Code pénal, Bruylant, Bruxelles, 1978
- RIPERT G., Abus ou relativité des droits, Rev. critique de législation et de jurisprudence 1928, p. 57
- ROOD-de BOER M., Een schok in het familie-en jeugdrecht, N.J.B. 1984, p. 1277
- ROUARD P., La proposition de loi créant les tribunaux de la famille, J.T. 1973, p. 701

- ROUARD P., La nouvelle proposition de loi créant les juridictions de la famille, J.T. 1976, p. 473
- ROUARD P., Traité élémentaire de droit judiciaire privé, La procédure civile, Deuxième partie, T. III, Bruylant, Bruxelles, 1977
- ROUARD P., Tome préliminaire, vol. II, Organisation judiciaire, Compétence, Eléments de procédure, Bruylant, Bruxelles, 1979
- ROUAST A., Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 1
- ROUBIER P., Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, Paris, 1963
- R.P.D.B.*, T. X, 1939, V° Puissance paternelle, Bruylant, Bruxelles,
- R.P.D.B.*, Compl. T. VI, V° Puissance paternelle - Autorité parentale
- RUTSAET J., La destruction de la famille par la loi, J.T. 1958, p. 69
- RYAN J.P., Joint Custody in Canada : Time for a second Look, (1986) 49 R.F.L. (2d), p. 119
- SAUNIER F., L'enfant et ses droits, Commentaire de la Déclaration des Nations Unies, Ed. Fleurus, Paris, 1970
- SCHUIND G., Traité pratique de droit criminel, 3ème éd., Bruylant, Bruxelles, 1944
- SCHWARTZ S.F.G., Toward a Presumption of Joint Custody, (1984) Fam. L.Q., p. 233
- SCOTT E. et DERDEYN A., Rethinking Joint Custody, (1984) Ohio State Law Journal, p. 455
- SENAEVE P., Personen-en familierecht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Kluwer, Antwerpen
- SENAEVE P., De volstreckte bevoegdheid inzake de vordering van de grootouders tijdens de echtscheidingsprocedure, note sous civ. Bruges, 10 mars 1982, R.W., 1982-83, col. 1323
- SENAEVE P., Handboek van familieprocesrecht, Acco, Leuven-Amersfoort, 1986
- SENECAL J.P., Les accords de séparation et de divorce, in Droit de la famille québécois, Publications CCH, 1976
- SERIAUX A., Tes Père et mère honoreras, Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain, Rev. trim. dr. cir. 1986
- SHAKI A.H., La garde des enfants en Israël, Rev. int. dr. comp. 1984, p. 33
- SIMLER P., La notion de garde de l'enfant, sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale, Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 685
- SINAY H., Les conventions sur pensions alimentaires, Rev. trim. dr. civ. 1954, p. 228

- SOLUS H. et PERROT R., Droit judiciaire privé, T. I, Sirey, Paris, 1961
- SOSSON J., L'attribution de la garde matérielle d'un enfant mineur à ses grands-parents, Rev. gén. dr. civ., 1987, p. 31
- SPRIESTERBACH A., Intervention du Parquet dès communication des conventions préalables : vérification de la conformité à leur intérêt des clauses relatives aux enfants mineurs, in Le divorce en Belgique, controverses et perspectives, Actes du 2ème colloque de l'association Famille et Droit, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, p. 249
- SPRUYT N., Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix par application de l'article 223 actuel du Code civil, in Cinq années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux, Actes de la journée d'étude organisée le 27 novembre 1981 par le Centre de droit patrimonial de la famille de l'U.C.L. en hommage au professeur Renauld, Cabay, Louvain-la-Neuve, 1981
- STENNOOT H., Het belang van het kind, R.W. 1974-75, col. 1741
- TIMMERMANS A., De l'article 223 du Code civil, J.T. 1978, p. 369
- TRAAST G., Verlating van minderjarigen, R.W., 1986-87, col. 2609
- TULKENS F. et VANDEKERCHOVE M., Introduction au droit pénal, Aspects juridiques et criminologiques, Story-Scientia, Bruxelles, 1991
- TULKENS F., La Convention sur les droits de l'enfant et la justice pénale, in La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, Actes de la journée d'étude organisée le 30 novembre 1990 par le Centre de droit de la famille de l'UCL, Kluwer-Story Scientia, Bruxelles, 1992, p. 151
- UYTTENDAELE R., De maatregelen aangaande de kinderen, in Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten (art. 223 en art. 1280 ger.w.), sous la direction de P. Senaeve, Acco, Leuven, Amersfoort, 1988
- UYTTENDAELE R., Co-ouderschap en de echtscheiding door onderlinge toestemming, R.G.D.C. 1989, p. 286
- VAN COMPERNOLLE J., Le droit d'action en justice des groupements, Larcier, Bruxelles, 1972
- VAN COMPERNOLLE J., Etendue et limites des pouvoirs du juge dans le conflit familial, in Familles, droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIIIèmes Journées juridiques Jean Dabin, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1978, p. 571
- VAN COMPERNOLLE J., Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile, note sous Cass. 10 septembre 1980, Rev. crit. jur. belge 1984, p. 248
- VAN COMPERNOLLE J., Les mesures provisoires en droit belge, in Les mesures provisoires en procédure civile, Actes du colloque international organisé par l'Université de Milan les 12 et 13 octobre 1984, Dot. A. Giuffrè, Milan, 1985, p. 220

- VAN COMPERNOLLE J., Examen de jurisprudence (1971 à 1985), Droit judiciaire privé, Les voies de recours, Rev. crit. jur. belge, 1987, p. 165
- VAN COMPERNOLLE J., Examen de jurisprudence (1972 à 1986), Droit judiciaire privé, Saisies conservatoires et voies d'exécution, Rev. crit. jur. belge 1987, p. 458
- VAN COMPERNOLLE J., Actualités du référé, Ann. dr. 1989, p. 143
- VAN GYSEL A.C., L'intérêt de l'enfant, principe général de droit, Rev. gén. dr. civ. 1988, p. 186
- VAN REEPINGHEN Ch., Rapport sur la réforme judiciaire, Ed. du Moniteur belge, 1964
- VERBEKE A., De eenzijdige wijziging van de overeenkomst betreffende het hoede- en bezoekrecht van de kinderen na de echtscheiding door onderlinge toestemming, note sous Trib. jeun. Bruxelles 13 février 1987, R.W. 1989-90, p. 94
- VERHELLEN E., Een zich wijzigend kindbeeld en zijn implicaties in het recht en de regelgeving, in Van Jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht ?, Kluwer, Antwerpen, 1990, p. 4
- VERHELLEN E., De Conventie voor de rechten van het kind. Een strategische stap naar respectvolle omgang met kinderen, in Rechten van kinderen, Kluwer, Antwerpen, 1989, p. 15
- VERHEYDEN-JEANMART N. et RENCHON J.L., Le développement de la famille de fait en droit belge, in Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridiques, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, C.N.R.S., Paris, 1989, p. 63
- VERHOEVEN J., La notion d'applicabilité directe en droit international, in L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier, Bruylant, Bruxelles, 1980
- VERHOEVEN J., La mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Observations en droit des gens, in La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, Actes de la journée d'étude organisée le 30 novembre 1990 par le Centre de droit de la famille de l'UCL, Kluwer-Story Scientia, Bruxelles, 1992
- VERON M., Droit pénal spécial, Masson, Paris, 1976
- VERWILGHEN M., Conflits de lois relatifs à la protection de la personne des mineurs, Rev. trim. dr. fam. 1980, p. 5
- VIEUJEAN E., De la puissance paternelle à la puissance parentale, Ann. dr. 1976, p. 5
- VIEUJEAN E., Procès en divorce et mesures provisoires, note sous cass. 3 mai 1979, Rev. crit. belge, 1982, p. 442 et s.
- VIEUJEAN E., Examen de jurisprudence (1970 à 1975), Personnes, Rev. crit. jur. belge 1977, p. 499 et 1978, p. 281
- VIEUJEAN, Examen de jurisprudence (1976 à 1983), Les Personnes, Rev. crit. jur. belge 1985, p. 471, 1986, p. 527 et 1989, p. 105
- VILLEY M., Les origines de la notion de droit subjectif, in Leçons d'histoire de philosophie du droit, 2ème éd., Dalloz, Paris, 1962

VINCINEAU M., *La débauche en droit et le droit de la débauche*, Ed. de l'U.L.B., Bruxelles, 1985

VINEY G., *Du droit de visite*, Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 225

WADLINGTON W., *Les Etats-Unis d'Amérique : un nouveau point sur les questions relatives aux enfants*, in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, C.N.R.S., Paris, 1991, p. 141

WEILL A. et TERRE F., *Droit civil, Introduction générale*, 4ème éd., Dalloz, Paris, 1979

WEILL A. et TERRE F., *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, 5ème éd. Dalloz, Paris, 1983

TABLE DES MATIERES

	pages
AVANT PROPOS	1
PLAN GENERAL DE L'OUVRAGE	6
TITRE I	
LES CHEMINS DE LA MODERNITE : SOCIETE, FAMILLE, ENFANT	
CHAPITRE I — L'AVENEMENT DE LA SOCIETE INDIVIDUALISTE	10
<i>SECTION I — La société traditionnelle</i>	10
§ 1. — L'univers comme totalité	10
§ 2. — Le primat du religieux	10
§ 3. — Les traits caractéristiques de la société traditionnelle	13
§ 4. — La mentalité holiste	15
<i>SECTION II — La société individualiste</i>	16
§ 1. — L'émergence de l'individu	16
§ 2. — Le primat de la raison	19
§ 3. — Les valeurs individualistes ou démocratiques	20
A. La liberté	20
B. L'égalité	21
C. La fraternité	21
§ 4. — Le processus de personnalisation	22
§ 5. — Les périls de la société individualiste	31
CHAPITRE II — LA FAMILLE	35
<i>SECTION I — La famille traditionnelle</i>	35
§ 1. — La prégnance holiste	35
§ 2. — La famille instrumentalisée	35
§ 3. — L'ignorance du sentiment	37

SECTION II — La première révolution familiale : la naissance de la famille moderne 40

§ 1.— La famille privatisée	41
A. La valorisation du sentiment dans la vie de famille	41
1. La valorisation de l'affection dans les rapports entre époux	41
2. La valorisation de l'amour maternel	42
3. La valorisation de l'intimité domestique	43
B. Les effets de la logique individualiste	44
§ 2.— La famille structurée selon une logique disciplinaire	46
A. La perpétuation d'un modèle hérité du holisme	46
1. La famille instrumentalisée	46
2. La soumission des individus aux finalités collectives de la famille	48
B. Les éléments d'explication de la survivance d'un modèle hérité du holisme	49
C. Les traits distinctifs de la famille structurée selon une logique disciplinaire	52
D. Le contrôle exercé sur la famille par l'Etat moderne	
1. La production législative de règles de droit	55
2. Le contrôle judiciaire des comportements familiaux	57

SECTION III — La deuxième révolution familiale : la désinstitutionnalisation 58

§ 1.— L'émergence des valeurs individualistes dans la vie familiale et affective	59
A. Les traits distinctifs des nouveaux comportements familiaux	59
1. La liberté	59
2. L'égalité	63
a) L'émancipation des femmes	64
b) L'émancipation des jeunes	66
3. La fraternité	68
B. Les éléments d'explication de l'émergence des valeurs individualistes	70
1. Le développement des sciences et des techniques	70
2. L'affirmation généralisée des valeurs individualistes	73
§ 2.— La désinstitutionnalisation des règles du droit de la famille	76
A. La renonciation de l'ordre juridique à imposer des modèles uniformes de vie familiale	78
B. Le processus de personnalisation de la norme juridique	80
C. L'accroissement des pouvoirs conférés aux juges	81

CHAPITRE III — L'ENFANT 88

SECTION I — *La découverte de l'enfance* 89

§ 1. — L'enfant dans la société traditionnelle 89

A. L'indifférence affective à l'égard de l'enfant 89

B. L'intégration rapide de l'enfant dans le monde des adultes 93

§ 2. — L'enfant à la naissance de la famille moderne 94

A. Le sentiment de l'enfance 94

1. L'émergence du sentiment de l'enfance 94

2. L'intérêt pour l'enfant et son éducation 95

3. Les effets de la logique individualiste 99

B. Le processus disciplinaire-autoritaire d'éducation de l'enfant 100

SECTION II — *La psychanalyse au fondement d'un nouveau regard sur l'enfance* 102

§ 1. La théorie psychanalytique de la formation de la personnalité 104

A. La régulation des pulsions 104

B. Les phases du développement psycho-affectif de l'enfant 109

1. La phase orale 109

2. La phase anale 112

3. La phase phallique et le complexe d'Oedipe 114

4. La période de latence 117

5. L'adolescence 118

§ 2. — Les enseignements de la théorie psychanalytique relatifs à la relation entre les parents et l'enfant 122

A. Le processus d'attachement 124

B. Le processus d'identification 130

C. Le processus de séparation-individuation 142

TITRE II

LE DIVORCE DES PARENTS ET LES BESOINS DE LEUR ENFANT

CHAPITRE I — LE DIVORCE 153

SECTION I — *La signification du divorce dans la société moderne* 153

§ 1. — L'analyse sociologique du divorce 155

A. La recherche de la satisfaction immédiate	155
B. La nouvelle représentation du mariage et du couple	160
1. La précarité intrinsèque de l'union conjugale	160
2. L'évolution des fonctions dévolues au couple	162
3. L'évolution du mode de relation au sein du couple	167
§ 2. — La lecture psychologique du divorce	173
A. L'incompatibilité des personnalités respectives	174
B. L'immaturité affective	176
C. La collusion de couple	183
 <i>SECTION II — L'épreuve du divorce</i>	 186
§ 1. — La crise psychique de la séparation du couple	187
§ 2. — L'affrontement de la crise et les drames du divorce	190
 CHAPITRE II — LES REPERCUSSIONS DU DIVORCE SUR L'ENFANT	 198
 <i>SECTION I — Exposé</i>	 198
 <i>SECTION II — Les risques psychologiques liés pour l'enfant à la séparation de ses parents</i>	 202
§ 1. — Les risques liés aux réactions et aux sentiments de l'enfant	203
A. L'angoisse d'abandon	203
B. Le sentiment d'insécurité	206
C. Le sentiment de culpabilité	208
§ 2. — Les risques liés aux comportements des parents	209
A. Le renversement des rôles entre les parents et l'enfant	209
B. Le désengagement ou la perte d'un des parents	211
C. Le conflit parental et le manque de structure éducative	213
 <i>SECTION II — Les besoins fondamentaux de l'enfant de parents séparés</i>	 217
§ 1. — L'apaisement du conflit entre les parents	218
§ 2. — La continuité des engagements parentaux	222
§ 3. — Le souci de cohérence et de structure	230
A. Le maintien des références spatio-temporelles de l'enfant	230
B. L'organisation de la séparation	232
C. L'éducation conjointe	233
§ 4. — La nécessité de parler	236
A. L'humanisation des émotions par la parole	236
B. Les explications données à l'enfant	238
C. L'écoute de la parole de l'enfant	241
§ 5. — Conclusion	244

TITRE III LA CONFIGURATION JURIDIQUE DE L'AUTORITE PARENTALE

CHAPITRE I — LA NOTION JURIDIQUE DE L'AUTORITE PARENTALE	246
SECTION I — <i>Définition</i>	246
SECTION II — <i>Délimitation du champ d'application de la notion d'autorité parentale</i>	248
§ 1. — Exposé	248
§ 2. — Les droits et obligations exclus de la notion d'autorité parentale	249
A. Les prérogatives exercées par les parents après la majorité de l'enfant	249
B. Les prérogatives exercées par les ascendants	249
C. Les obligations alimentaires des parents à l'égard de leurs enfants	252
D. La responsabilité civile des parents	256
CHAPITRE II — LES ATTRIBUTS DE L'AUTORITE PARENTALE	258
SECTION I — <i>Introduction</i>	258
SECTION II — <i>L'autorité sur la personne de l'enfant</i>	261
§ 1. — Les deux attributs de l'autorité sur la personne de l'enfant : la garde et l'éducation	261
§ 2. — Le droit et le devoir de garde	267
A. La notion juridique de droit de garde	267
B. Le démembrement du droit de garde	269
1. La garde exclusive et le droit aux relations personnelles du parent non gardien	269
2. La garde alternée	271
§ 3. — Le droit et le devoir d'éducation	272
A. La notion juridique de droit d'éducation	272
B. Le démembrement du droit d'éducation	274
1. L'exercice exclusif du droit d'éducation	274
2. L'exercice conjoint du droit d'éducation	277
3. La répartition sélective des prérogatives du droit d'éducation	278

SECTION III — Les prérogatives sur les biens de l'enfant	279
§ 1. — L'administration légale	280
A. La notion juridique d'administration légale	280
B. Le démembrement du droit d'administration légale	282
1. L'administration légale exclusive	283
2. L'administration légale conjointe	284
§ 2. — Le droit de jouissance légale	285
A. La notion juridique de jouissance légale	285
B. Le démembrement de la jouissance légale	286
 SECTION IV — Les attributs particuliers de l'autorité parentale	 287
§ 1. — Les prérogatives relatives à l'adoption	288
§ 2. — Les prérogatives relatives à la tutelle officieuse	290
§ 3. — Les prérogatives relatives au mariage de l'enfant	292
§ 4. — Les prérogatives relatives à l'émancipation de l'enfant	293
§ 5. — Les prérogatives relatives à la minorité prolongée	293
 CHAPITRE III — LA NATURE JURIDIQUE DE L'AUTORITE PARENTALE : DROIT-FONCTION ET DROIT-RESPONSABILITE	 295
 SECTION I — Le droit des parents d'exercer leur fonction parentale	 295
§ 1. — La notion juridique du droit subjectif-fonction	295
§ 2. — Les droits subjectifs de l'autorité parentale recouvrent l'exercice d'une fonction	299
§ 3. — L'exercice par les parents de l'autorité parentale constitue un droit subjectif	304
A. Les prérogatives de l'autorité parentale en tant que droits subjectifs opposables à l'Etat	305
1. Le principe	305
2. Les implications concrètes du principe	310
a) L'exercice du droit de garde	310
b) L'exercice du droit d'éducation	319
3. La notion des droits parentaux	324
B. Les prérogatives de l'autorité parentale en tant que droits subjectifs opposables aux particuliers	326
1. Le principe	326
2. L'application du principe en droit pénal	328
3. L'application du principe en droit privé	333

SECTION II — <i>Le devoir des parents d'exercer leur responsabilité parentale</i>	336
§ 1. — La conception ancienne des droits des parents à l'égard de leurs enfants	337
§ 2. — La critique de la notion des droits sur l'enfant et l'affirmation des devoirs des parents	342
§ 3. — L'émergence dans le droit positif de la conception nouvelle des responsabilités parentales	346
A. Les documents juridiques internationaux	346
1. Les recommandations du Conseil de l'Europe	346
2. La Convention relative aux droits de l'enfant	348
B. Le droit interne belge	348
 CHAPITRE IV — LE REGIME JURIDIQUE GENERAL DES ATTRIBUTS DE L'AUTORITE PARENTALE	361
 SECTION I — <i>Le caractère d'ordre public des règles définissant le régime juridique des attributs de l'autorité parentale</i>	361
 SECTION II — <i>L'indisponibilité des attributs de l'autorité parentale</i>	365
§ 1. — Le principe	365
§ 2. — La portée du principe et la validité des accords conclus par les parents sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale	366
 SECTION III — <i>Le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant</i>	378
§ 1. — Le respect de l'intérêt de l'enfant	378
A. Les implications juridiques de la règle	379
B. L'indéterminable contenu de la règle	383
§ 2. — Le respect des droits de l'enfant	388
A. La notion des droits de l'enfant	388
B. Les documents internationaux relatifs aux droits de l'enfant	394
1. Les Déclarations des droits de l'enfant	394
2. Les Recommandations du Conseil de l'Europe	395
3. La Convention relative aux droits de l'enfant	398
 SECTION IV — <i>Le contrôle judiciaire de l'autorité parentale</i>	407
§ 1. — Le principe	407
§ 2. — Les modalités du contrôle judiciaire de l'autorité parentale	413

A. Les mesures protectionnelles ordonnées par le tribunal de la jeunesse	413
B. Le contrôle judiciaire de droit commun	418

TITRE IV

LES REGLES RELATIVES A L'ORGANISATION DE L'AUTORITE PARENTALE DE PARENTS SEPARES OU DIVORCES

CHAPITRE I — LES DIFFERENTES HYPOTHESES D'AMENAGEMENT JURIDIQUE DE L'AUTORITE PARENTALE DES PARENTS SEPARES ET DIVORCES	433
<i>SECTION I — Les procédures relatives à la séparation et au divorce</i>	435
§ 1. — La séparation	435
§ 2. — Le divorce	438
<i>SECTION II — L'aménagement légal, conventionnel ou judiciaire de l'autorité parentale des parents séparés et divorcés</i>	442
§ 1. — L'aménagement légal	443
§ 2. — L'aménagement conventionnel	444
§ 3. — L'aménagement judiciaire	444
CHAPITRE II — L'AMENAGEMENT LEGAL DE L'AUTORITE PARENTALE DES PARENTS SEPARES OU DIVORCES	446
<i>SECTION I — L'aménagement légal de l'autorité parentale des parents séparés</i>	446
§ 1. — Le principe	446
§ 2. — La portée du principe	453
A. Les conditions d'application de la solution légale	453
1. La non-cohabitation	453
2. L'exercice de la garde matérielle	454
B. Le champ d'application de la solution légale	458
C. L'efficacité de la solution légale	461

SECTION II — L'aménagement légal de l'autorité parentale des parents en instance de divorce et divorcés	463
§ 1. — L'instance en divorce pour cause déterminée	463
§ 2. — Le divorce pour cause déterminée	465
 CHAPITRE III — L'AMENAGEMENT CONVENTIONNEL DE L'AUTORITE PARENTALE DE PARENTS SEPARES OU DIVORCES	 469
SECTION I — Le pacte de séparation	469
§ 1. — Exposé introductif	469
§ 2. — La validité des pactes de séparation entre époux	471
§ 3. — Le contenu et les effets des clauses d'un pacte de séparation relatives à l'exercice de la fonction parentale	479
A. Le contenu des clauses insérées dans un pacte de séparation	479
B. Les effets des clauses insérées dans un pacte de séparation	481
 SECTION II — Le divorce par consentement mutuel	 482
§ 1. — Le régime général d'organisation du divorce par consentement mutuel en droit belge	483
§ 2. — Le contenu des clauses de la convention préalable relatives à l'exercice de la fonction parentale	487
§ 3. — Les effets des clauses de la convention préalable relatives à l'exercice de la fonction parentale	497
A. Les effets pendant la durée de la procédure	497
1. L'efficacité de la convention conclue par les époux	497
2. La mutabilité de la convention conclue par les époux	499
a) La modification du commun accord des époux	499
b) La modification unilatérale à la demande d'un des époux	503
B. Les effets après la transcription du jugement de divorce	504
1. L'efficacité de la convention conclue par les époux	504
2. La mutabilité de la convention conclue par les époux	506
a) La modification du commun accord des ex-époux	506
b) La modification à la demande d'un des ex-époux	507
§ 4. — Les projets de réforme du divorce par consentement mutuel	511
A. Analyse des projets de réforme soumis au Parlement	511
1. Le projet Gol	513
2. La proposition Lallemand	514
B. Réflexions relatives aux réformes envisagées	515

SECTION III — <i>La modification conventionnelle des modalités d'exercice de l'autorité parentale</i>	521
§ 1. — La modification conventionnelle d'un règlement conventionnel antérieur	522
§ 2. — La modification conventionnelle d'une décision judiciaire	522
 CHAPITRE IV — L'AMENAGEMENT JUDICIAIRE DE L'AUTORITE PARENTALE DES PARENTS SEPARES OU DIVORCES	525
 SECTION I — <i>Le président du tribunal de première instance siégeant en référé</i>	527
§ 1. — Les conditions de l'intervention du juge des référés	528
§ 2. — La portée de l'ordonnance de référé	538
§ 3. — Les modalités du recours au juge des référés	542
A. La saisine par voie de citation	542
B. La saisine par voie de requête unilatérale	542
 SECTION II — <i>Les mesures urgentes et provisoires ordonnées par le juge de paix</i>	544
§ 1. — Exposé général	544
§ 2. — Les conditions de l'intervention du juge de paix	547
A. Les règles générales	547
1. Le manquement aux obligations du mariage ou la perturbation sérieuse de l'entente conjugale	547
2. L'urgence	552
3. Le provisoire	554
B. Les mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale	559
§ 3. — Les modalités du recours au juge de paix	563
 SECTION III — <i>La procédure en divorce pour cause déterminée</i>	566
§ 1. — Exposé général	566
§ 2. — Les mesures ordonnées par le président du tribunal de première instance	569
A. La compétence du président du tribunal	569
1. Les limites "ratione temporis" de la compétence présidentielle	569
2. La portée des mesures ordonnées par le président du tribunal	572
B. Les règles de procédure	576

1. Le déroulement de la procédure	576
2. La présence obligatoire du Ministère public	577
3. Le recours prévu par la loi à une information sociale	579
4. L'appel	580
§ 3. — Les mesures ordonnées par le tribunal civil	582
A. Le principe de la compétence du tribunal civil	583
B. Les mesures provisoires relatives à l'exercice de l'autorité parentale	589
C. Les mesures définitives relatives à l'exercice de l'autorité parentale	590
 <i>SECTION IV — Le tribunal de la jeunesse</i>	 592
§ 1. — Exposé général	592
§ 2. — Les compétences du tribunal de la jeunesse dans les litiges entre parents relatifs à l'exercice de l'autorité parentale	594
A. Les parents non mariés	594
B. Les parents mariés avant l'introduction d'une procédure en divorce pour cause déterminée	595
C. Les parents divorcés	596
1. Les parents divorcés par consentement mutuel	596
2. Les parents divorcés pour cause déterminée	597
§ 3. — La procédure devant le tribunal de la jeunesse	605

TITRE V

LES PRATIQUES RELATIVES A L'ORGANISATION DE L'AUTORITE PARENTALE DES PARENTS SEPARES OU DIVORCES

CHAPITRE I — LA RESPONSABILITE DE LA GARDE DE L'ENFANT	615
 <i>SECTION I — L'attribution du droit de garde</i>	 615
§ 1. — La garde exclusive	615
A. Le modèle traditionnel de la garde exclusive	615
B. Les critères classiques d'attribution du droit de garde exclusive	616
1. La préférence pour la mère	616
2. La disponibilité	625
3. Le maintien d'une situation acquise	629
4. La cohérence et la stabilité de l'entité familiale	632
5. Les défaillances ou les carences d'un des parents	636
a) Les torts respectifs des époux	636
b) L'immoralité d'un des parents	638
c) L'instabilité et les désordres psychiques	640
C. Les critères récents d'attribution du droit de garde exclusive	642

1. La qualité des liens affectifs entre un des parents de l'enfant	642
2. Les besoins ou les souhaits exprimés par l'enfant	643
3. La reconstitution d'un couple par un des deux parents	644
4. Le sexe de l'enfant	645
5. Le respect de la relation de l'enfant avec chacun de ses parents	646
§ 2. — La garde alternée ou partagée	648
A. Le modèle nouveau de la garde alternée	648
B. La réception du modèle de la garde alternée dans la pratique judiciaire	662
1. La garde alternée exercée du commun accord des deux parents	662
2. La garde alternée demandée par un seul des parents	664
 <i>SECTION II — Le changement du droit de garde</i>	 670
§ 1. — Le principe traditionnel de la stabilité	670
§ 2. — Les hypothèses de changement de garde	676
A. Les hypothèses classiques	676
1. La défaillance du parent gardien	676
2. Le départ du parent gardien à l'étranger	678
3. La concrétisation d'une situation de fait	683
B. Les ouvertures récentes au changement	684
1. Les sentiments exprimés par l'enfant	684
2. Les potentialités éducatives du parent non gardien	687
3. Le refus du parent gardien de favoriser les relations de l'enfant avec le parent non gardien	687
 <i>SECTION III — Le droit aux relations personnelles du parent non gardien</i>	 688
§ 1. — Les conceptions relatives à la nature et à la portée du droit aux relations personnelles du parent non gardien	689
A. Les visites	689
B. L'hébergement de l'enfant	691
C. L'exercice du droit de garde à temps partiel	693
§ 2. — Le droit d'héberger ou de garder l'enfant	696
A. La détermination de la durée et de la fréquence du droit d'hébergement	696
1. Le droit d'hébergement dit classique	696
2. Le droit d'hébergement plus étendu que la solution classique	696
B. La détermination des modalités d'exercice du droit d'hébergement	701
1. Le calendrier de l'hébergement de l'enfant	701
2. Les trajets de l'enfant	704
C. Les restrictions apportées au droit d'hébergement du parent non gardien	706

1. Les restrictions portant sur le principe ou la durée du droit d'hébergement	706
a) Exposé introductif	706
b) Les difficultés relatives à l'organisation matérielle de l'hébergement	
c) Le bas-âge de l'enfant	708
d) La défection du parent non gardien	710
e) L'inadéquation du parent non gardien	713
f) Les sentiments et les opinions exprimés par l'enfant	716
g) Les troubles éprouvés par les enfants et le refus des visites	717
2. Les restrictions portant sur les modalités du droit d'hébergement	725
a) L'interdiction de mettre l'enfant en présence de certaines personnes	725
b) Les restrictions relatives au mode d'éducation des enfants	727
c) Les restrictions relatives aux déplacements à l'étranger	728
§ 3. — Le droit de communiquer avec l'enfant	730
A. Le principe	730
B. Les deux composantes du droit de communiquer avec l'enfant	730
1. Le droit de correspondre avec l'enfant	730
2. Le droit de rencontrer l'enfant	730
C. Les modalités d'exercice du droit de communiquer avec l'enfant	731
 CHAPITRE II — LA RESPONSABILITE DE L'EDUCATION DE L'ENFANT	 732
 <i>SECTION I — L'exercice exclusif du droit d'éducation du parent gardien</i>	 733
§ 1. — La portée des prérogatives du parent gardien	733
A. Le pouvoir exclusif de décision du parent gardien	733
B. Le respect par le parent non gardien des prérogatives du parent gardien	736
§ 2. — Le droit de surveillance du parent non gardien	738
A. Le droit de recours devant les tribunaux	739
B. Le droit d'information et de concertation	744
1. Le devoir d'information et de concertation du parent gardien	744
2. Les démarches effectuées auprès de tiers	746
 <i>SECTION II — L'exercice conjoint du droit d'éducation</i>	 747
§ 1. — L'avènement de la garde conjointe	747
§ 2. — La reconnaissance juridique de la garde conjointe	750
§ 3. — Les controverses à propos de la garde conjointe	757
§ 4. — L'attitude de la jurisprudence belge	764

A. L'accord des parents	764
B. La garde conjointe sollicitée par un des parents	765
CHAPITRE III — LA GESTION DU PATRIMOINE DE L'ENFANT	769
CONCLUSION	771
A PROPOS DE L'INSAISSABLE INTERET DE L'ENFANT DE PARENTS DIVORCES	
§ 1. — Les impasses du traitement juridique du divorce	772
A. Les impasses de la réglementation légale du divorce	772
1. La logique de la culpabilisation	772
2. La logique de l'appartenance	775
3. La logique de l'exclusion	777
B. Les impasses de la procédure judiciaire	778
1. La logique de l'affrontement	778
2. La logique autoritaire-disciplinaire de l'intervention du juge	780
§ 2. — Perspectives pour une approche dynamique et individualisée de l'intérêt de l'enfant	785
A. La conception dynamique de l'intérêt de l'enfant	785
B. La force symbolique de la loi	789
C. L'aide à la gestion de la séparation	793
1. Le conseil conjugal et la thérapie de couple	794
2. La médiation familiale	795
3. Le conseil juridique	798
D. La fonction du juge	800