



Hébergement égalitaire et droits de l'enfant

Cadre légal et pratiques

Analyse CODE

Août 2010

Ces dernières années, dans de nombreux pays, parmi lesquels figure la Belgique, on a assisté à une évolution du droit familial, notamment en matière de garde d'enfants suite à la séparation des parents.

Ainsi, la loi du 18 juillet 2006¹ tend désormais à privilégier la formule de l'hébergement égalitaire (ou garde alternée), qui suppose un partage égal du temps chez les deux parents².

Les droits et le développement de l'enfant étant au cœur de la question, la Coordination des ONG pour les droits de l'enfant (CODE) a souhaité analyser les implications pour l'enfant de ce type d'hébergement. L'idée étant bien de replacer l'intérêt de l'enfant au cœur du débat.

Une première analyse a porté sur les enjeux psychologiques de la garde alternée pour l'enfant lui-même, qu'il soit nourrisson, enfant ou adolescent³ et a bénéficié de l'expertise de divers acteurs (psychologue, pédopsychiatre, juristes, juges, etc.).

Pour ce faire, nous avons commencé par tracer les grandes lignes du développement de l'enfant, en faisant notamment référence à l'importance de l'attachement et de liens forts et sécurisants avec les parents.

Un certain nombre de critères à évaluer dans le choix ou non d'un hébergement de type égalitaire ont été étudiés : âge et souhait de l'enfant, distance géographique des parents, motivations des parents et nature de leur relation.

Dans la lignée de cette première analyse, nous avons souhaité nous pencher plus avant sur le cadre légal et l'application de la loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire, notamment au regard des droits prescrits par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁴.

¹ Loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, *M.B.* 4 septembre 2006.

² Plusieurs modalités sont possibles : par semaine, par 3 jours, par 2 semaines, etc.

³ Voyez CODE, « Séparation des parents et droits de l'enfant. Enjeux psychologiques », juin 2010. Voyez www.lacode.be.

⁴ Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, ci-après la Convention.

Le plan de l'analyse se présente comme suit : nous étudierons le cadre légal international puis national de l'hébergement égalitaire, la compétence du juge, l'évolution de ce mode d'hébergement au fil du temps, la loi et les outils légaux (audition de l'enfant, enquête, expertise) et, enfin, son application concrète.

En guise de conclusion, nous proposerons une série de recommandations.

I. Législation internationale et intérêt de l'enfant

La Convention relative aux droits de l'enfant établit que les parents ont pour responsabilité commune d'élever leur enfant et d'assurer son développement, en étant guidés par son intérêt supérieur⁵.

En effet, en son article 18, la Convention prévoit que : *« Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. »*

De son côté, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶ met également l'accent sur l'importance de protéger la vie privée et familiale⁷.

Enfin, plus récemment, l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 a prévu que *« tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents »*.

Les législations internationales mettent l'accent sur le droit de l'enfant à garder des relations personnelles avec ses deux parents et dans ce sens, la loi privilégiant l'hébergement égalitaire de l'enfant (généralement une semaine sur deux pour chacun des parents) participe à la mise en œuvre de ce droit.

Dans les faits, en cas de séparation, l'enfant se retrouve souvent au milieu du conflit parental. Si le temps peut aider les parents à se concentrer sur l'intérêt de

⁵ Articles pertinents de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant :

7-1 : *« L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »*.

9-3 : *« Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant »*.

10-2 : *« Un enfant dont les parents résident dans des Etats différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents (...) »*.

18-1 : *« Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant »*.

⁶ La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, usuellement appelée Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), a été adoptée par le Conseil de l'Europe en 1950.

⁷ Article 8 de la CEDH : *« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (...) »*.

leurs enfants, il est dans un premier temps souvent très difficile de déceler si les demandes des parents ont été réfléchies dans l'intérêt de l'enfant ou dans le cadre d'un conflit encore trop intense. Or, il apparaît qu'un certain nombre de demandes d'hébergement égalitaire sont motivées essentiellement par le conflit des parents plutôt que par l'intérêt de l'enfant⁸.

Quoiqu'il en soit, nous pensons que l'intérêt de l'enfant doit primer sur le principe d'égalité des parents.

II. Législation nationale

1. Quel juge saisir ?

Lorsque des parents se séparent, différentes procédures existent.

Si les parents sont mariés, lorsque l'entente est gravement perturbée entre les deux époux, l'un d'eux peut demander au juge de paix de prendre des mesures urgentes et provisoires (autorité parentale, hébergement des enfants... mais pour une durée provisoire, souvent de six mois ou un an) afin de permettre aux époux de réfléchir séparément à la poursuite éventuelle de leur vie de couple (art. 223 du Code civil).

Lorsque l'un ou les deux parent(s) a (ont) décidé de divorcer, il(s) doi(ven)t saisir le juge civil auprès du tribunal de première instance (art. 229 du Code civil).

Une fois le divorce prononcé, c'est le juge de la jeunesse qui est compétent pour toutes les questions relatives aux enfants.

Si les parents ne sont pas mariés, c'est le juge de la jeunesse qui est compétent directement. En cas d'urgence, le président du tribunal de première instance siégeant en référés peut également être saisi.

Le projet de création d'un tribunal de la famille⁹ viendra, espérons-le, simplifier la procédure, notamment dans le sens d'une uniformisation (même procédure, que les couples aient été mariés ou non).

2. Par le passé : hébergement principal chez la mère

Jusqu'en 2006, aucune disposition légale ne réglementait la question de l'hébergement des enfants par leurs parents séparés. En pratique, le juge imposait souvent l'hébergement que l'on appelait « classique » : les enfants étaient hébergés par leur mère à titre principal tandis que leur père les hébergeait à titre secondaire un week-end sur deux ainsi que durant la moitié des congés scolaires.

⁸ T. HENRION, Juge de la Jeunesse au Tribunal de Première Instance de Namur, « L'hébergement égalitaire : de l'utilité de ne pas légiférer » in *La famille dans tous ses états*, actes du colloque de la CLJB du 23 mai 2008, éditions du Jeune barreau, p. 177.

⁹ <http://public.guidesocial.be/actualites/bientot-un-tribunal-de-la-famille.html>.

Peu à peu, il est apparu que de nombreux pères désiraient pouvoir s'investir davantage dans l'éducation quotidienne de leurs enfants et demandaient de pouvoir héberger leurs enfants pendant une durée égale à celle de la mère¹⁰. De leur côté, des mères souhaitaient également un plus grand investissement des pères vis-à-vis de leurs enfants.

En 2003-2004, les travaux des « Etats généraux de la famille »¹¹ ont également dénoncé l'imprévisibilité des litiges en matière d'hébergement d'enfants dont les parents se séparent dans la mesure où les décisions étaient prises au cas par cas à défaut d'indication législative précise. Ainsi, la jurisprudence changeait d'un juge à l'autre, chacun statuant en fonction de ses sensibilités.

Par ailleurs, dans l'exposé des motifs de la loi de 2006¹², le législateur fait référence, aux textes internationaux consacrant le droit des enfants à entretenir des relations personnelles avec leurs deux parents¹³.

C'est pour ces divers motifs qu'est entrée en vigueur la loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire des enfants dont les parents sont séparés.

3. Loi du 18 juillet 2006 : vers un hébergement égalitaire

La loi du 18 juillet 2006 a complété l'article 374 du Code civil¹⁴. Cet article dispose aujourd'hui qu'à défaut d'accord entre les parents et, en cas d'autorité parentale conjointe, le juge doit examiner prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement des enfants de manière égalitaire entre ses père et mère.

Il ressort clairement de l'exposé des motifs que le but poursuivi par le législateur est de mettre un terme aux divergences de jurisprudence et de confier au magistrat un modèle de référence. Cette loi permettrait également de lutter contre l'imprévisibilité des litiges, de favoriser l'entente entre les parents et d'éviter que le père soit un parent « au rabais », qui ne verrait par exemple son ou ses enfant(s) que deux fois par mois.

L'exposé des motifs précise également que *« ce ne sera plus le parent qui sollicite l'hébergement égalitaire qui devra démontrer la pertinence de celui-ci »*

¹⁰ Différentes associations militent en ce sens. Citons notamment l'asbl Cap Enfance (<http://www.capenfance.be/>) et la « Bond Gescheiden Mannen met Kinderen » (<http://www.bgmk.be/>).

¹¹ « Les Etats généraux des familles... en quelques mots », éd. Luc Pire, 2004, Rapport du groupe Famille et droit civil et judiciaire.

¹² Doc. Parl., Chambre, 2004-2005, 1673/001 et suivants.

¹³ Voir ci-dessus.

¹⁴ En insérant un second paragraphe intitulé comme suit : « § 2. Lorsque les parents ne vivent pas ensemble et qu'ils saisissent le tribunal de leur litige, l'accord relatif à l'hébergement des enfants est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. À défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents. Toutefois, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non égalitaire. Le tribunal statue en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents ».

mais au parent qui s’y oppose de démontrer qu’il existe une contre-indication »¹⁵.

Ainsi, cette réforme implique un renversement de la charge de la preuve et contraint le parent qui s’oppose à l’hébergement égalitaire à prouver l’existence de contre-indications sérieuses, à défaut de quoi il n’obtiendra pas l’hébergement principal de l’enfant.

Le législateur n’a pas souhaité préciser les contre-indications dans le corps du texte de loi afin de permettre au magistrat de faire usage de son pouvoir d’appréciation. Les travaux préparatoires en citent quelques-uns de manière non exhaustive¹⁶ :

- L'éloignement géographique des parents ;
- L'indisponibilité de l'un des parents, en sachant qu'il devra s'agir d'un déséquilibre sérieux, car ce critère ne peut être d'emblée préjudiciable au parent qui a une activité professionnelle ;
- Le désintérêt manifeste d'un des parents pour l'enfant pendant la vie commune ou pendant la séparation ;
- Le jeune âge de l'enfant ;
- Le choix manifesté par l'enfant lors de son éventuelle audition par le juge ;
- La volonté de garder ensemble frères et sœurs ;
- Les problèmes matériels d'hébergement (par exemple, le manque de place) ;
- Le manque d'aptitudes éducatives ;
- Le besoin de stabilité de l'enfant ;
- La différence trop importante de mode éducatif et/ou de vie ;
- La mauvaise communication entre les parents ;
- Les soucis de santé d'un des parents qui empêchent la prise en charge quotidienne et effective de l'enfant¹⁷.

Selon l’avocate Jehanne Sosson¹⁸, la formulation finale du texte permet de considérer que les magistrats devront toujours nécessairement examiner au cas par cas si un tel hébergement est conforme ou non à l’intérêt de l’enfant eu égard aux données concrètes de chaque cas. Par ailleurs, le juge ne doit examiner prioritairement la possibilité de mettre en place un hébergement égalitaire qu’en cas d’autorité parentale conjointe et seulement si l’un des parents en fait la demande.

4. Outils légaux

Afin d’être éclairé dans la détermination de l’intérêt de l’enfant, le juge peut recourir à différentes mesures, qui sont respectivement l’audition de l’enfant, l’enquête sociale ou de police, ainsi que l’expertise médico-psychologique ou pédo-psychiatrique. Ces mesures sont détaillées ci-dessous.

¹⁵ Doc. Parl, Chambre, 2004-2005, 1673/001, p. 7.

¹⁶ Doc. Parl, Chambre, 2004-2005, 1673/014, p. 17.

¹⁷ Pour plus d’informations, voir notamment : C. DE SCHEEMAER, « Garde partagée : égalité parentale et intérêts de l’enfant enfin rencontrés ? », Edi Pro, 2009, pp. 58 et sv.

¹⁸ J. SOSSON, Syllabus de droit de la famille, UCL, 2009.

a. Audition de l'enfant (art. 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse)

Le juge apprécie si l'enfant, eu égard à sa maturité personnelle, est à même de comprendre les enjeux de la question. En général, les enfants âgés de 12 ans ou plus sont considérés comme ayant le discernement suffisant. L'enfant a bien sûr la possibilité de refuser l'audition s'il ne souhaite pas être entendu.

D'ailleurs, devant le tribunal de la jeunesse, l'article 56bis de la loi du 8 avril 1965¹⁹ relative à la protection de la jeunesse prévoit la convocation de tout mineur de 12 ans aux fins d'audition. Autrement dit, à partir du moment où l'enfant concerné a 12 ans ou plus, sa convocation par le juge est obligatoire²⁰.

Selon divers professionnels du secteur, il semblerait qu'une audition de l'enfant ne soit pas toujours totalement « utile » en cette matière.

En effet, il arrive que les enfants soient « manipulés » (consciemment ou non) par l'un des parents ou se retrouvent en tout cas pris dans un conflit de loyauté difficile à surmonter²¹. Selon un juge de la jeunesse de Bruxelles rencontré pour les besoins de notre analyse²², ces auditions permettent surtout aux enfants d'exprimer certaines demandes : « *Je voudrais aller à la piscine avec papa comme avant, je voudrais que maman arrête de dire du mal de papa...* ». A tout le moins, l'audition permet alors au juge de relayer ces demandes aux parents.

D'une manière générale, au regard de l'intérêt de l'enfant, il nous semble indispensable que le point de vue de celui-ci soit recueilli dès lors qu'il en a le discernement et en tous cas qu'il sache qu'il existe un espace prévu pour qu'il soit entendu s'il le souhaite. Il ne s'agit absolument pas, contrairement à ce qui s'entend parfois, de demander à l'enfant quel mode d'hébergement il aimerait, et encore moins de l'inviter à prendre une décision à ce niveau.

Notons que certains juges ont recours à des psychologues pour recueillir la parole de l'enfant. Toutefois, cela ne semble pas être une pratique courante à ce jour.

b. Enquête sociale ou enquête de police

Le service des missions civiles, dépendant des maisons de justice²³, peut, à la demande du juge, effectuer une **enquête sociale** afin de recueillir des informations sociales et familiales utiles, en faire l'analyse et éventuellement formuler une proposition au magistrat. Le service effectue alors une description

¹⁹ Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965.

²⁰ Pour plus d'information, voir J.-Y. HAYEZ et E. de BECKER, « La parole de l'enfant en souffrance, accueillir, évaluer et accompagner », Edition Dunod, Paris, 2010.

²¹ Concernant les enjeux psychosociaux d'une séparation, et notamment la notion de conflit de loyauté, voyez l'analyse de la CODE « Séparation des parents et droits de l'enfant. Enjeux psychologiques. », www.lacode.be.

²² Entretien effectué le 15 mars 2010.

²³ Chaque arrondissement judiciaire dispose d'une maison de justice, qui est un lieu de rencontre aux missions multiples : coordination et sensibilisation, accueil des victimes, réalisation d'études sociales, médiation pénale, surveillance et guidance du condamné qui a été libéré sous certaines conditions, aide juridique et accueil social de première ligne. Plus de précisions via www.just.fgov.be.

approfondie des deux milieux parentaux de l'enfant concerné²⁴. Il s'agit d'une étude ou enquête sociale civile.

Le juge peut également ordonner une **enquête de police** effectuée soit par la police, soit par le service jeunesse de la zone de police concernée. Cette enquête a pour but d'éclairer le juge d'une part quant aux conditions matérielles d'hébergement des enfants chez chacun des parents (ou chez l'un d'entre eux) et d'autre part concernant l'environnement de l'enfant.

Il n'est pas rare que ces enquêtes soient demandées par l'un des parents.

La durée de ces enquêtes et la méconnaissance des missions des assistants de justice semblent poser problème aux magistrats²⁵. En réalité, les différents intervenants ont très peu l'occasion de communiquer. Il serait utile de clarifier les objectifs et les missions de chacun afin que cette méthode puisse davantage être utilisée dans l'intérêt de l'enfant.

c. Expertise médico-psychologique ou pédopsychiatrique (art. 962 et sv. du Code judiciaire)

A la demande de l'une ou des parties ou à son initiative, le magistrat peut demander une expertise²⁶ à un psychologue, un psychiatre ou un groupe d'experts. Il procédera alors à des constatations ou investigations d'ordre psychosocial à propos des caractéristiques de la structure familiale de l'enfant, de sa situation affective et psychologique au sein de sa famille et remettra au magistrat un avis écrit sur les solutions concrètes qui permettraient d'organiser les relations de l'enfant avec chacun de ses parents dans les conditions les plus favorables au développement de sa personnalité et à son équilibre psychoaffectif.

A notre connaissance, dans l'ensemble, les juges ne sont pas favorables à la réalisation systématique d'une expertise dans certains cas (par exemple pour les enfants de moins de trois ans). En effet, si aucun des parents ne soulève de problèmes vécus par l'enfant, il n'y a pas de raison de perturber l'enfant en le plaçant au centre du débat. Certains estiment en effet que l'expertise est un chamboulement affectif et psychologique qui a un impact négatif sur les parties.

Toutefois, à l'inverse, divers pédopsychiatres préconisent le recours à une telle expertise... dès lors que l'enfant est très jeune (moins de trois ans), justement parce que les enjeux sont cruciaux²⁷.

²⁴ L'assistant de justice collectera des informations sur la situation familiale en tenant compte des enfants, qui jouent un rôle très important dans ce type d'étude.

http://www.just.fgov.be/fr_htm/organisation/htm_admi_centrale/html_org_maisondejustice/MJ-FR.html.

²⁵ M.-T. CASMAN, « Evaluation de l'instauration de l'hébergement égalitaire dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation », Panel Démographie Familiale, Université de Liège, 2010, p. 83.

²⁶ Règles prévues à l'article 962 du Code judiciaire : « *Le juge peut, en vue de la solution d'un litige porté devant lui ou en cas de menace objective et actuelle d'un litige, charger des experts de procéder à des constatations ou de donner un avis d'ordre technique.*

Le juge peut désigner les experts sur lesquels les parties marquent leur accord. Il ne peut déroger au choix des parties que par une décision motivée.

A défaut d'accord entre les parties, les experts donnent uniquement un avis sur la mission prévue dans le jugement. (II n'est point tenu de suivre l'avis des experts si sa conviction s'y oppose.) ».

²⁷ Voyez la deuxième analyse de la CODE consacrée aux dimensions psychologiques de la séparation.

Quoi qu'il en soit, l'expertise est à charge des parents, et son coût peut s'élever à 1000 ou 2000 € selon les régions²⁸. L'expertise est longue et peut durer environ six mois.

Néanmoins, les situations pour lesquelles une expertise est demandée sont celles pour lesquelles il y a un risque de rupture du lien parental ou lorsqu'un des deux parents semble atteint d'une pathologie psychiatrique ou, encore, lorsque la souffrance de l'enfant est telle que l'expertise pourrait déterminer la protectionnalisation²⁹ du dossier³⁰.

5. Application de la loi

La plupart des professionnels s'accordent sur le fait que l'adoption de la loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire a induit de nombreux changements dans le domaine du droit familial.

Dans 44% des cas examinés dans une récente recherche commanditée par le Secrétariat d'Etat à la politique des familles, sous la coordination de Marie-Thérèse Casman (Université de Liège)³¹, la formule d'hébergement a été choisie d'un commun accord. Dans 28% des cas, il s'agissait d'entérinements d'accords par une décision de justice et dans 23% des cas, c'est une décision de justice qui a tranché et imposé l'hébergement. La majorité des professionnels interrogés observe également une augmentation du nombre d'hébergements égalitaires depuis l'entrée en vigueur de la loi³².

Selon Guy Hiernaux, avocat³³, la démarche du juge doit être la suivante : dans un premier temps, il examine si l'hébergement égalitaire est possible. Si la réponse est négative, il doit envisager un autre mode d'hébergement ; si elle est positive, il examine dans quelle mesure c'est bel et bien la formule la plus appropriée pour l'enfant³⁴.

La différence avec le système antérieur réside dans le fait que si plusieurs modes d'hébergement sont tout aussi adéquats pour l'enfant et ne présentent aucune contre-indication, le juge devra donner la priorité à l'hébergement égalitaire³⁵.

Dans un arrêt du 18 juin 2007³⁶, la Cour d'appel de Mons confirme qu'à ses yeux, le mode d'hébergement égalitaire tel que recommandé par le législateur peut apparaître comme constituant un mode idéal pour les raisons suivantes :

- Il permet à chacun des parents de s'investir de manière égale dans l'éducation et la vie de l'enfant en lui permettant de bénéficier en temps égal de la présence et de l'apport de sa mère et son père.

²⁸ C'est en Région de Bruxelles-Capitale que le coût de telles expertises est le plus élevé.

²⁹ C'est-à-dire que l'enfant serait considéré comme « enfant en danger » au sens de la loi de protection de la jeunesse de 1965.

³⁰ M.-T. CASMAN, *op cit.*, p. 82.

³¹ *Ibid.*, p. 142.

³² *Ibid.*, p. 39.

³³ Ordre des barreaux francophones et germanophone de Belgique.

³⁴ G. HIERNAUX, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », *Rev. Trim. Dr. Fam.* 2007, p. 28.

³⁵ G. HIERNAUX, *op cit.*, p. 29.

³⁶ Cour d'appel de Mons (19^{ème} ch.), 18 juin 2007. Non publié ?

- Il permet, dans certains cas, d'éviter pour l'enfant, l'écueil du conflit de loyauté.

La Cour rappelle également qu'étant donné que « *chaque enfant et chaque famille pose une problématique particulière* », le législateur a permis au juge, en cas de désaccord des parents, de s'écarter du modèle préconisé si ce dernier ne rencontrait pas l'intérêt supérieur de l'enfant concerné par le litige.

Christine De Scheemaeker, criminologue, estime que pour avoir le plus de chances possibles de « réussir », l'hébergement égalitaire doit répondre à au moins trois conditions :

- Le niveau de vie décent des ex-conjoints (un logement avec au moins deux chambres par exemple) ;
- La proximité géographique des deux parents ;
- L'absence de conflit trop vif entre les parents³⁷.

Selon elle, en l'absence de ces critères, le juge n'accorderait pas d'office le système des parents à mi-temps. Toutefois, la prise en considération de ces critères et le poids accordé à chacun varie d'un juge à l'autre. Dès lors, le but poursuivi par le législateur de mettre un terme aux divergences de jurisprudence ne semble pas atteint.

Mais si, à première vue, la variabilité des décisions des juges peut étonner, l'indépendance du juge doit être préservée afin qu'il puisse statuer dans l'« intérêt de l'enfant » en prenant en considération la situation particulière de chaque dossier.

Il est également important de rappeler que ces questions touchent uniquement des questions d'ordre privé. Ainsi, lors d'un entretien avec un juge de la jeunesse de Bruxelles³⁸, il sera rappelé qu'il s'agit avant tout de l'histoire des parties, qu'elles sont « *les mieux à-même de savoir ce qui est bon ou non pour leur enfant* ».

III. Recommandations et conclusions

Jean-Yves Hayez et Philippe Kinoo utilisent une image très parlante au sujet de l'hébergement égalitaire : « *Lorsque l'hébergement égalitaire fonctionne correctement, on peut le comparer à deux maisons mitoyennes, disposant chacune de bonnes fondations : on passe facilement de l'une à l'autre ; les portes sont fermées, mais il suffit de sonner pour entrer. Par contre, si c'est la guerre et la négation de l'autre par chacun des parents, ce mode d'hébergement sera comparé à deux maisons bâties sans fondations, sur de la rocaille, avec des vents de tempête qui soufflent. Les portes de chacune sont barricadées et l'enfant doit en attendre l'ouverture dans le froid* ».

Comme nous l'avons vu, un des buts poursuivis par le législateur était de mettre un terme aux divergences de jurisprudence et de confier au magistrat un modèle de référence. Un autre était de lutter contre l'imprévisibilité des litiges, de

³⁷ C. DE SCHEEMAeker, *op cit.*, pp. 103-104.

³⁸ Entretien effectué le 15 mars 2010.

favoriser l'entente entre les parents tout en évitant que le père soit un parent de second plan, qui ne voit son enfant que deux fois par mois, par exemple. Malheureusement, même si une amélioration doit être constatée, des divergences de jurisprudence persistent et sont notamment dénoncées par de nombreux avocats. S'il existe aujourd'hui un modèle de référence, son application et ses critères varient fortement d'un juge à l'autre. L'imprévisibilité des litiges subsiste donc aujourd'hui.

Alors, faut-il absolument se positionner pour ou contre l'hébergement égalitaire ? Comme cette analyse l'a démontré, la question est bien plus complexe. Il faut en tout cas retenir que la qualité de la relation compte bien plus que la quantité et que l'intérêt de l'enfant doit guider le choix de mode d'hébergement.

Sur base de notre analyse, diverses recommandations nous paraissent pouvoir être émises :

1. Objectiver les critères de détermination de l'intérêt de l'enfant et le garder au cœur des débats

Le *focus group* mis en place par l'ULg dans le cadre de l'« *Evaluation de l'instauration de l'hébergement égalitaire dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation*³⁹ », propose de revoir la manière dont les professionnels et les juges travaillent la notion d'intérêt de l'enfant.

Selon ce groupe de travail, il faudrait offrir à toute personne la possibilité d'exprimer « sa » vision de « son » intérêt. La mission du juge serait alors de trancher entre plusieurs visions de l'intérêt de l'enfant, dont celle de la société. L'avocat à l'origine de cette suggestion précise que si le juge est rattaché à une vision particulière de l'intérêt de l'enfant, aucun débat ne serait possible au tribunal. Or, il n'est pas rare que le juge, guidé par ses valeurs personnelles et son vécu, dispose d'une vision bien particulière de l'intérêt de l'enfant.

La confrontation de plusieurs points de vue et des échanges interprofessionnels mèneraient peut-être à nuancer certaines idées préconçues. Cela contribuerait peut-être à une certaine harmonisation entre les jurisprudences.

Pour cela, il faut garder à l'esprit les conditions émises par les pédopsychiatres, et notamment par Jean-Yves Hayez, car elles tendent vers le meilleur intérêt de l'enfant. Ces conditions sont : l'âge de l'enfant, un vécu positif chez l'enfant (l'enfant concerné doit être positivement intéressé par la perspective de l'hébergement alterné et le demeurer si celui-ci est mis en place), l'état d'esprit des parents (parents demandeurs, intensité du conflit, motivations...), les conditions matérielles (distance géographique, moyens...)⁴⁰.

³⁹ M.-T. CASMAN, *op cit.*, p. 173.

⁴⁰ J.-Y. HAYEZ et Ph. KINOO, « Hébergement alterné et autorité parentale conjointe », *R.T.D.F.*, 2005, pp. 32-33 ; voir analyse de la CODE : « Hébergement égalitaire et droits de l'enfant, enjeux psychologiques », www.lacode.be.

2. Création d'un espace d'échange interdisciplinaire et de soutien au juge dans sa prise de décision

La création d'un tel espace en tant que lieu de parole aiderait les juges à réfléchir ensemble à certains dossiers plus délicats. Ils pourraient ainsi être éclairés et aidés par des pédopsychiatres ou psychologues afin de prendre les meilleures décisions.

En effet, l'hébergement égalitaire n'est pas toujours « la » solution idéale. S'il peut très bien fonctionner avec un certain nombre d'enfants, il peut aussi en faire souffrir psychiquement un nombre non négligeable⁴¹, l'essentiel étant que le meilleur choix pour l'enfant est certainement celui qui est effectué de commun accord par les deux parents.

3. Formation continue en matière de droits de l'enfant et psychologie de l'enfant

Tout au long de ce travail et de nos rencontres⁴², il est apparu qu'il y a un manque flagrant de formation en matière de droits de l'enfant, et plus particulièrement de psychologie de l'enfant, et cela tant pour les juges que pour les autres acteurs judiciaires (procureurs, avocats...).

4. Solliciter l'avis d'experts

Les affaires civiles⁴³ (garde des enfants, etc.) ne constituant pas la principale tâche des juges de la jeunesse, ceux-ci ont rarement l'occasion de prendre le temps de solliciter des avis de psychologues ou d'experts afin de déterminer au mieux la volonté des parents et le bien-être des enfants. Il serait souhaitable qu'un recours plus systématique à ces intervenants ait lieu.

5. Examen des affaires en chambre du conseil ou dans le bureau du juge

Certaines juridictions ont déjà recours très régulièrement à une chambre du conseil (rencontre non publique avec le juge) dans cette matière. A Gand par exemple, une juge⁴⁴ a témoigné de sa rencontre avec les parents autour d'une table, et non pas dans une salle d'audience, afin que tout le monde puisse s'exprimer plus facilement pour régler les problèmes d'hébergement. A Bruxelles, cela reste très rare, même si cela permettrait pourtant dans de nombreuses situations d'apaiser des angoisses et le stress liés à l'audience publique, à la prise de parole en public...

6. Rencontres d'informations interdisciplinaires avec tous les intervenants

Un avocat présent lors du *focus group* de l'ULg concernant l'« *Evaluation de l'instauration de l'hébergement égalitaire dans le cadre d'un divorce ou d'une*

⁴¹ C. DE SCHEEMAER, *op cit.*, p. 135.

⁴² Notamment, un entretien effectué avec un juge de la jeunesse de Bruxelles le 16 avril 2010.

⁴³ Par opposition aux affaires protectionnelles (mineurs délinquants et mineurs en danger).

⁴⁴ Rencontre lors d'un colloque sur la position du mineur en cas de séparation de ses parents organisé par l'asbl Kinderrechtswinkel le 26 février 2010.

*séparation*⁴⁵ » propose également que les différents corps de métier du droit familial organisent des rencontres d'information afin de mieux connaître le rôle de chacun et les propriétés intrinsèques des mesures d'instruction.

7. Création du tribunal de la famille

La création du tribunal de la famille⁴⁶ faciliterait certainement la vie des justiciables. Sa mise en place prévue dans le courant de cette législature a été interrompue par la chute du gouvernement fédéral du mois d'avril 2010. Le travail entamé devra être poursuivi par le nouveau gouvernement.

8. Objectivation de la contribution alimentaire et amélioration du SECAL

La détermination de la contribution alimentaire par le juge reste jusqu'à aujourd'hui très imprévisible. Cela cause des conflits importants entre les parents. Dans leur rapport alternatif⁴⁷ à destination du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, les ONG réclament l'instauration d'une méthode standard qui déterminerait objectivement le montant de la contribution alimentaire.

La mise en place du Service des Créances Alimentaires (SECAL) en 2004 est un point positif⁴⁸. En effet, il a été créé dans le but d'aider les citoyens à assurer l'exécution des décisions judiciaires (recouvrer la pension alimentaire) et de lutter contre la pauvreté (payer des avances sur pension alimentaire)⁴⁹.

Malheureusement, il ne résout pas tous les problèmes. Pour que le SECAL puisse intervenir, il faut qu'une décision judiciaire ait été prise (or, dans de nombreux cas, il faut attendre plusieurs mois avant d'obtenir une décision en la matière). Concernant les avances, il faut également rentrer dans certaines conditions, notamment celle d'un plafond de ressources⁵⁰ pour pouvoir faire appel au SECAL. Notons que le Gouvernement promet d'augmenter ce plafond depuis 2008⁵¹.

9. Médiation

Seule une minorité de couples prennent part à une médiation (moins de 10% sur 1.000 répondants d'une enquête IPSOS). Les parents connaissent encore trop peu les possibilités et les avantages de la médiation. Lors des divorces pour mésentente irrémédiable, la loi oblige pourtant le juge à informer des possibilités de médiation mais, dans les faits, seule une personne sur cinq témoigne avoir reçu cette information⁵².

⁴⁵ M.-T. CASMAN, *op cit.*, p. 171.

⁴⁶ <http://www.lesfamilles.be/ecolloques/read.php?7,43>.

⁴⁷ <http://www.lacode.be/rapport-alternatif-2010-des-ong.html>.

⁴⁸ Sur demande du créancier, le SECAL octroie des avances sur la contribution alimentaire destinée aux enfants. Le SECAL recouvre le montant de la contribution alimentaire mensuelle et des arriérés en lieu et place du créancier. La nécessité de l'instauration d'un tel service a découlé d'une étude de 1999 qui montrait que seules 60% des mères séparées percevaient une contribution alimentaire.

⁴⁹ <http://www.secal.belgium.be/index.php?page=15>

⁵⁰ Ce plafond est fixé, pour l'année 2010, au montant de 1.268 euros net par mois, augmenté de la somme de 60 euros net par enfant à charge.

⁵¹ Troisième Rapport de la Belgique relatif à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, 2008.

⁵² Résultats issus des 1000 premiers répondants de l'enquête IPSOS, réalisée à grande échelle, 2008.

10. Audition de l'enfant

En cette matière, le droit d'audition des mineurs n'est pas non plus encore optimal. Les enfants se sentent souvent incompris et nombreuses de leurs questions restent sans réponse. Les juges de la jeunesse ont l'obligation d'entendre les enfants de plus de 12 ans dans les procédures concernant leur hébergement lors de la séparation de leurs parents. En pratique, il semble que cela soit peu effectif. Qui plus est, cette obligation ne concerne pas les enfants de moins de 12 ans⁵³.

11. Réfléchir au rôle de l'avocat de l'enfant

Le rôle d'un avocat lors de l'audition de l'enfant et durant toute la procédure civile reste fortement controversé. Une étude approfondie sur l'utilité de ce rôle devrait être effectuée.

Cette analyse a été réalisée par la Coordination des ONG pour les droits de l'enfant (CODE) et représente la position de la majorité de ses membres.

*La CODE est un réseau d'associations ayant pour objectif de veiller à la bonne application de la Convention relative aux droits de l'enfant en Belgique. En font partie : Amnesty international, ATD Quart Monde, BADJE (Bruxelles Accueil et Développement pour la Jeunesse et l'Enfance), le Conseil de la Jeunesse, DEI (Défense des enfants international) Belgique section francophone, ECPAT (End Child Prostitution and Trafficking of Children for sexual purposes), la Ligue des droits de l'Homme, la Ligue des familles, Plan Belgique et UNICEF Belgique. La CODE a notamment pour objet de réaliser un rapport alternatif sur l'application de la Convention qui est destiné au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. De plus amples informations peuvent être obtenues via notre site. www.lacode.be
Rue Marché aux Poulets 30 à 1000 Bruxelles
www.lacode.be*

Avec le soutien du Ministère de la Communauté française.

⁵³ Kinderrechtencommissariaat, « Jaarverslag 2007-2008 », 2008.