

Préface

Je revois encore très bien ce jour où Michaël Mallien, engagé dans une vie professionnelle d'avocat, est venu me demander s'il était envisageable pour lui de s'inscrire en doctorat pour le simple plaisir personnel de la recherche de connaissances nouvelles, et si le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'UCL le soutiendrait dans cette démarche, alors qu'il n'avait pas entrepris de carrière scientifique à l'université.

C'était effectivement une démarche inhabituelle, en Belgique francophone, mais rien ne s'y opposait.

Le projet que Michaël Mallien nourrissait ne correspondait pas non plus au type de recherches généralement entrepris dans le cadre d'un doctorat en sciences juridiques. Ce projet lui avait en effet été inspiré par son activité d'avocat en droit de la famille, et c'était une thèse « pratique » – si je puis dire – qu'il souhaitait réaliser.

Il avait été frappé, en fréquentant les différentes juridictions familiales de l'époque, tant au nord qu'au sud du pays, par l'hétérogénéité (et, dès lors, l'imprévisibilité) des décisions susceptibles d'être prises par les magistrats de la famille, lorsque ceux-ci sont amenés à trancher un contentieux très spécifique entre deux parents séparés, à savoir le litige qui les oppose lorsqu'ils ne parviennent pas à s'accorder sur une décision éducative qui pourrait ou devrait être prise à l'égard de leur(s) enfant(s) : le choix d'une école, d'un type d'études, d'une religion ou d'un rite religieux, d'une activité sportive, d'un séjour ou d'un déplacement à l'étranger...

Ce contentieux est spécifique, car, d'une part, il n'est (heureusement) qu'occasionnel parmi les multiples litiges dont les cours et tribunaux peuvent être saisis par deux conjoints qui se sont séparés, et, d'autre part, la problématique qui est alors soumise aux magistrats est le plus souvent extrêmement concrète

et liée à des circonstances très factuelles, sans que le magistrat ne dispose des points de repère qu'il peut habituellement trouver dans la loi, dans la (sa) jurisprudence ou dans la littérature juridique ou psychologique.

C'était précisément la spécificité de ce contentieux qui tarabustait Michaël Mallien : mais comment les magistrats font-ils ?

Cette question pouvait elle-même se décomposer en deux sous-questions :

- d'une part, quels sont les critères objectifs auxquels les magistrats décident de se référer pour trancher entre les deux solutions éducatives différentes qui leur sont respectivement proposées par chacun des parents ?
- d'autre part, qu'est-ce qui amène subjectivement les magistrats à privilégier (ou préférer) tel ou tel critère plutôt que tel ou tel autre critère ?

Afin de chercher (c'est précisément cela un travail de recherche) à répondre à ces questions, notre doctorant avait eu l'idée de mettre en œuvre une méthodologie de travail dont il savait parfaitement qu'elle était ambitieuse en temps et en énergie.

Afin, d'une part, de pouvoir déceler les différents critères utilisés par les magistrats, il a entrepris, avec l'autorisation préalable des présidents des tribunaux, de consulter l'ensemble des décisions prononcées dans un contentieux éducatif par la juridiction des référés et le tribunal de la jeunesse (à l'époque compétents) des arrondissements de Bruxelles, Liège et Gand pendant une période de cinq ans. Ce travail était déjà en soi impressionnant, car les décisions judiciaires ne sont pas classées par thématiques, mais par ordre chronologique. Pour repérer les décisions ayant tranché un contentieux éducatif, il fallait commencer par dépouiller l'ensemble des décisions prononcées par ces juridictions au cours de la même période.

Afin, d'autre part, de pouvoir recueillir directement de la bouche des magistrats leur propre analyse à propos de la manière dont ils élaborent une décision dans un tel contentieux, notre doctorant a imaginé quatre situations fictives, particulièrement complexes, et il a demandé aux magistrats qui siégeaient dans les juridictions dont il consultait les décisions de lui expliquer, lors d'entretiens semi-directifs, comment et pourquoi ils se prononceraient dans les litiges qui leur étaient ainsi soumis de manière virtuelle.

Comme il y avait, dans ce type de recherche, une démarche qui se rapproche de celle d'un sociologue, nous avons sollicité, pour faire partie du comité d'accompagnement de la thèse, notre excellent collègue sociologue de la famille à l'UCL, le professeur Jacques Marquet. C'est lui qui a guidé Michaël Mallien pour la conduite des entretiens semi-directifs avec les magistrats et l'interprétation des résultats de ces entretiens. Ce fut l'occasion, une nouvelle fois, de vérifier tout l'intérêt scientifique du croisement interdisciplinaire des différentes disciplines de sciences humaines.

Après avoir réalisé ce premier travail tout à fait considérable, notre docteur s'est mis à l'écriture et a rédigé l'imposante thèse – que le professeur Nathalie Massager a, lors de la soutenance, qualifiée de « somme » – que la maison Larcier a maintenant accepté d'éditer, de manière à ce qu'elle puisse être mise à la disposition du public et bien sûr des magistrats eux-mêmes...

La dimension juridique du contentieux éducatif entre les parents séparés d'un enfant n'a évidemment pas été négligée, même si c'est le plus souvent en fait que le magistrat se prononce, et le lecteur trouvera dès lors dans la première partie de l'ouvrage une synthèse des règles de droit et, notamment, des règles de procédure qui balisent ce contentieux et, de manière générale, l'ensemble des contentieux relatifs aux modalités d'exercice de l'autorité parentale par le père et la mère séparés d'un enfant.

Mais la plus grande partie du travail a consisté à faire apparaître, de manière précise et approfondie, par l'analyse des jugements sélectionnés et la restitution des entrevues avec les magistrats, la diversité des critères auxquels les magistrats se réfèrent et leur degré d'importance respectif dans la décision rendue.

Il s'est donc bien agi, après avoir cherché à décrypter ces critères, de les conceptualiser et d'en présenter une grille, selon la méthodologie d'un travail théorique.

L'objectif de la publication de ce travail, grâce aux bons soins de la maison Larcier, n'est pas seulement de nous permettre d'accroître nos connaissances au regard d'une problématique juridique et judiciaire très particulière. C'est aussi d'aider les avocats et les magistrats à faire encore mieux œuvre de rationalité – et dès lors de prévisibilité – lors du traitement de ce type de litiges.

Les membres du jury ont tous exprimé à Michaël Mallien leur admiration pour l'œuvre accomplie. Il lui aura fallu un courage exceptionnel, mais aussi une intelligence éclairée pour mener à bien le projet tel qu'il l'avait conçu et

élaboré, quel qu’aura pu être, à certains moments, comme pour tout docteur d’ailleurs, le sentiment que la tâche est particulièrement ardue et qu’on ne sait plus si on parviendra à la mener à son terme.

Ce que je voudrais personnellement saluer, c’est bien sûr l’originalité de la recherche – à laquelle Michaël Mallien a personnellement cru de toutes ses forces – mais surtout la capacité qu’il a eue de transformer une démarche qui était à l’origine issue de sa pratique d’avocat en un véritable travail universitaire, combinant l’analyse, la réflexion et la formulation de pistes pour l’avenir.

★ ★ ★

La justice belge est aujourd’hui particulièrement malmenée.

Ce qui serait lâche – contrairement à ce que paraît avoir donné à penser le président Hollande – ce serait que, par indifférence ou par dépit, les citoyens et, parmi eux, les professeurs des facultés de droit finissent par accepter les choses telles qu’elles sont devenues, en considérant que, de toute manière, nos responsables politiques n’y changeront rien ou éventuellement ne le feront que de manière cosmétique, car ils ne voudraient pas réellement les changer, dès lors qu’ils n’y verraient pas, à la seule exception peut-être de la lutte contre le terrorisme, une exigence sociale impérieuse, ou une revendication suffisamment forte de leur électorat.

Pendant ce temps, les juridictions de la famille, dont le législateur avait tout attendu, tentent de bricoler, mais sont objectivement impuissantes à gérer la multitude de ces conflits consubstantiels à la nature humaine, dès lors qu’elles ne disposent pas de la logistique administrative et du temps indispensables pour les traiter à la fois à court délai et de manière approfondie.

Il ne reste plus alors, parfois ou souvent, qu’à faire, en droit de la famille, ce qu’on a qualifié de l’« abattage », et le terme en dit long sur le sentiment de désespérance qui est devenu celui des magistrats, des avocats et des justiciables.

Mais l’urgence, en termes politiques, est aujourd’hui ailleurs, et, notamment, à la réduction des dépenses publiques, au « dégraissage » des services publics et par là même à la dilution de la chose publique.

Que sont devenues, dans un tel discours politique, les « valeurs » démocratiques, c’est-à-dire celles qui permettent de prendre en considération aussi bien les droits fondamentaux de chacun – et notamment le droit à un procès

équitable jugé dans un délai raisonnable – que le souci et la responsabilité de la vie collective et du bien commun ?

Les hommes, les femmes et les enfants d'une nation démocratique ne peuvent eux-mêmes intégrer ces valeurs démocratiques que si leurs dirigeants les incarnent de la manière la plus exemplaire.

Refuser consciemment et délibérément de donner à notre justice les moyens et, davantage, la dignité d'un des trois pouvoirs de l'État, investi d'une des plus nobles missions d'une société démocratique, c'est courir le risque grave qu'un certain nombre d'entre nous, tantôt les plus puissants, tantôt les plus vulnérables, tantôt les plus désorientés, finissent par ne plus croire à rien, sauf qu'on ne peut s'en sortir soi-même que par les coups les plus bas qu'on porte aux autres ou qu'en se rendant à soi-même ce qu'on estime être la justice.

Personne dans ce pays ne pourrait dès lors plus se soustraire à la nécessité de sonner le tocsin, jusqu'à ce que le monde politique entende enfin que la maison « Justice » brûle...

Le travail magistral effectué par Michaël Mallien est assurément le travail d'un intellectuel engagé qui a obtenu de notre université, par son diplôme de docteur en sciences juridiques, la reconnaissance méritée de ses qualités de chercheur, mais c'est aussi le travail d'un honnête homme rendant en fin de compte justice, davantage qu'il ne l'avait probablement voulu à l'origine, à ces nombreux magistrats qui, au fil des jours et des procès de plus en plus ingérables, malgré leur sentiment légitime d'être des laissés-pour-compte des guerres tribales électoralistes, donnent ce qu'ils peuvent et témoignent d'une véritable responsabilité citoyenne...

Jean-Louis RENCHON