

LA PLACE JURIDIQUE DU TIERS AU LIEN DE FILIATION

PAR

SYLVIE CAP

ASSISTANTE À LA FACULTÉ DE DROIT ET DE CRIMINOLOGIE
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN,
CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE

ET

JEHANNE SOSSON

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT ET DE CRIMINOLOGIE DE L'UNIVERSITÉ
CATHOLIQUE DE LOUVAIN, CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE,
DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE

PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS – BRUXELLES

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

INTRODUCTION

1. Il convient de distinguer, au sein des constellations familiales nouvelles, les relations qui supposent la consécration d'un lien juridique de filiation et celles dans lesquelles la protection par le droit d'une relation personnelle privilégiée est ou devrait être organisée.

À côté des père et mère, il existe en effet ceux que le droit, parce qu'ils ne sont pas juridiquement le père ou la mère d'un enfant, continue à qualifier de « tiers », entendant par là qu'ils ne disposent pas des droits et des devoirs qu'engendre le lien de filiation (1).

Cette catégorie, parce qu'elle est conçue comme « par défaut », regroupe pourtant des personnes ayant des liens de nature très

(1) Voy. J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Le présent ouvrage*, pp. 8-10, n^{os} 3 et 4.

différente avec l'enfant et que le droit ne peut ou ne devrait pas confondre.

À l'extrémité d'un continuum qui va de la procréation d'un enfant à sa vie d'adulte autonome en passant par sa naissance et son éducation, il y a tout d'abord, dans le registre des *origines*, le donneur d'engendrement qui a permis, par l'apport de ses gamètes (ou de son corps), la venue au monde de l'enfant (Section 1).

Il y a ensuite les parents, au sens large, de l'enfant : on peut aujourd'hui s'interroger sur les effets juridiques que produit encore le *lien familial* qui, au travers du lien de filiation unissant au premier degré un enfant à son père et à sa mère, le lie à toute une famille, dans le cadre de liens de parenté en ligne directe et collatérale (Section 2).

Par ailleurs, puisque l'on est un tiers dès lors qu'un lien juridique de filiation n'est pas ou pas encore établi, le *père biologique* qui revendique l'établissement de ce lien mais est « en attente » de filiation parce que les voies juridiques pour y parvenir n'ont pas encore abouti apparaît comme un tiers auquel est parfois réservé un sort particulier (Section 3).

Il y a enfin celui qui, sans être parent ni avoir eu un projet parental commun justifiant qu'il soit reconnu comme tel, exerce *de facto* des fonctions d'éducation et de soins envers l'enfant par la vie qu'il partage avec l'un de ses parents, et qui se situe quant à lui dans le registre de la *parentalité* (Section 4).

Quelle place est aujourd'hui accordée à ces différents tiers au lien de filiation ? Quel est leur statut ? Et ce statut est-il satisfaisant ?

SECTION 1. LE STATUT DU TIERS PARTICIPANT À L'ENGENDREMENT

§ 1. Un « non-statut » ?

2. Dès lors que l'on s'accorde à considérer que le donneur ne se situe ni dans le registre de la parenté, ni dans celui de la parentalité⁽²⁾, quel statut accorder à celui ou celle qui a participé à l'engendrement, à savoir le donneur de gamètes ou encore la mère porteuse ?

(2) *Ibid.*, pp. 12-17, n^{os} 6 à 9.

L'on ne peut analyser ici en profondeur cette question, dont les enjeux sont multiples.

Mais on peut constater que le donneur de gamètes, aujourd'hui, n'a pas de statut, ou plus exactement a un « non-statut » qui procède de l'exclusion : aucun lien de filiation ne pourra jamais être établi entre celui qui a donné et l'enfant issu de ce don (3). Parce qu'il n'est pas et ne peut en aucun cas prétendre être un père ou une mère, c'est-à-dire participer à la filiation, il ne peut ni remettre en cause le lien juridique de filiation établi ni se voir assigner dans ce but (4).

Même dans les pays qui ont levé l'anonymat du donneur, cette levée aboutit en définitive à conférer un « non-statut » à celui-ci. Actuellement, dans la quasi-totalité des ces pays, l'enfant issu du don acquiert un seul droit à l'égard de celui qui a permis sa naissance : celui d'accéder aux données qui lui permettront d'identifier celui ou celle à qui il doit d'être né (5).

Le droit britannique se singularise en ce qu'il est le seul à accorder réciproquement au donneur le droit d'obtenir non pas l'identité des enfants issus de ses dons, mais uniquement le nombre, le sexe et l'année de naissance des enfants conçus grâce à ceux-ci (6). C'est là, dans l'état actuel du droit comparé, le seul et unique « droit » reconnu au donneur, dont on voit qu'il ne menace en rien, de près ou de loin, la filiation des enfants concernés et des parents d'intention qui sont, et restent, les seuls parents légaux.

(3) Pour autant que la procréation ait eu lieu dans le cadre de la loi sur les procréations médicalement assistées et ne soit pas une procréation « amicalement » assistée qui, quant à elle, parce qu'elle sort de ce cadre et ne bénéficie pas des règles de la loi du 6 juillet 2007, ouvre la porte à une revendication du donneur en termes d'établissement de la filiation et, inversement, ne le met pas à l'abri de toute recherche d'établissement de sa filiation.

(4) Art. 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

(5) Droit absolu en Suède, en Suisse et en Allemagne où le donneur ne peut s'opposer à la communication de son identité ; droit relatif aux Pays-Bas puisqu'il faut l'accord écrit du donneur pour pouvoir communiquer à l'enfant les informations relatives à son identité. Voy. G. MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 161 et s.

(6) Art. 31ZD *Human Fertilisation & Embryology Act* tel que modifié par l'art. 24 du *Human Fertilisation & Embryology Act* 2008. Cf. égal. le site de la HFEA, www.hfea.gov.uk, Rubrique « For donors », *Your rights and responsibilities as a donor, Applying for information*.

Cette levée de l'anonymat donne donc un droit d'accès à ses origines à l'enfant issu du don, mais ne crée des droits et des devoirs ni pour l'enfant, ni pour le donneur.

3. Les enjeux sont différents lorsqu'il s'agit non plus d'un don de gamètes mais d'une mise à disposition par une femme de sa capacité gestationnelle au profit de parents d'intention dès lors que la question de l'anonymat de la femme porteuse semble être sans pertinence tant l'ensemble de l'opération, et notamment le défaut de grossesse, peut difficilement passer inaperçu aux yeux de l'entourage(7) ; dès lors la situation ne pourra sans doute être longtemps dissimulée à l'enfant, ce qui est encore plus inévitable si les parents d'intention sont un couple d'hommes(8). Et sur ce point, la voie juridique choisie pour « rattacher » l'enfant issu d'une gestation pour autrui à ses parents d'intention (homo- ou hétérosexuels) n'est pas neutre : dès lors que, comme aujourd'hui en droit belge, la mère porteuse est désignée comme la mère juridique dans l'acte de naissance et qu'une adoption est nécessaire pour « raccrocher » l'enfant à au moins un de ses parents d'intention, l'enfant pourra connaître l'identité de la femme qui l'a porté et mis au monde(9), (10).

(7) Cf. not. F. CAILLEAU, « L'impasse du genre dans les procréations médicalement assistées », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Louvain-la-Neuve, Anthémis et L.G.D.J., 2012, pp. 197 et 198, citant notamment G. Neyrand (« Mutations sociales et renversement des perspectives sur la parentalité », in D. LE GALL et Y. BETTAHAR (dir.), *La pluri-parentalité*, Paris, PUF, 2001), qui se demande dans quelle mesure la prohibition des GPA en France n'est pas liée à la difficulté de les aménager en conservant l'anonymat de la porteuse.

(8) Voy. le panorama très nuancé présenté par M. GROSS et D. MEHL, « Homopatérnités et gestation pour autrui », *Revue Enfances, Familles, Générations*, 2011, n° 14, pp. 95-112 : la place des femmes qui ont participé à l'enfantement, si elle peut revêtir de multiples facettes, ne semble jamais être niée ; des liens particuliers s'établissent, qui perdurent le plus souvent après l'accouchement. Voy. aussi M. GROSS, *Choisir la paternité gay*, Toulouse, Érès, 2012, chap. 8.

(9) Pour une recension de la jurisprudence en matière d'adoption après gestation pour autrui, cf. not. G. VERSCHOLDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 195 et s.

(10) Sur les difficultés techniques posées par la reconnaissance de liens juridiques de filiation établis à l'étranger, et notamment dans des pays comme l'Ukraine ou l'Inde qui considèrent que la mère porteuse n'est pas la mère juridique de l'enfant, voy. not. la synthèse faite par C. HENRICOT, « 6.2. Belgium », in EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT CITIZEN'S AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, 2013, pp. 218 et s. (disponible sur <http://www.europarl.europa.eu>). Voy. égal. J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/3, pp. 541 et s.

§ 2. *Quelles conséquences pour la proximité des liens biologiques ?*

4. On sait que la pénurie de gamètes implique que le donneur d'engendrement peut être à l'origine de la naissance de plusieurs enfants, même si leur nombre est légalement limité.

La loi du 6 juillet 2007 sur la procréation médicalement assistée prévoit, en son article 55, que les gamètes d'un même donneur ne peuvent conduire à la naissance d'un enfant chez plus de six femmes différentes. Cette limitation, posée en termes de nombre maximal de mères potentielles, implique que des enfants issus d'un même donneur de sperme (ou, sans doute moins fréquemment, d'une même donneuse d'ovule) peuvent être engendrés et élevés dans six cellules familiales différentes.

Peut-on totalement nier l'existence de liens biologiques entre ces demi-frères ou sœurs « consanguins » (en cas de don de sperme) ou « utérins »(11) (en cas de don d'ovules) qui s'ignorent et qui pourraient donc se rencontrer et développer des relations amoureuses, voire se marier ? Le droit peut-il rester totalement indifférent à ces liens si, dans le même temps, il continue à poser des interdits à mariage liés à la parenté légale, au nom des liens biologiques ou sociologiques que cette parenté consacre ?

Certes, le fondement biologique de l'interdit de l'inceste classiquement invoqué en raison des possibilités d'engendrement d'enfants porteurs de tares liées à la consanguinité est de plus en plus discuté aujourd'hui(12). C'est la composante psycho-sociologique qui paraît être aujourd'hui la justification la plus pertinente de la prohibition de l'inceste : elle assure la non-confusion des structures familiales en empêchant qu'une même personne tienne deux places au sein d'une même famille(13),(14). Cette seconde acception de

(11) La terminologie traditionnelle ne convient évidemment plus : des enfants issus d'une même donneuse d'ovules mis au monde par des femmes différentes ne partageront pas le même utérus...

(12) Cf. A.-Ch. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », in *Le présent ouvrage*, pp. 131 et s. Cf. égal. A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Louvain-la-Neuve, Anthémis et L.G.D.J., 2012, pp. 270 et s.

(13) Cf. not. A. MARTIAL, « L'inceste », in *S'apparenter. Ethnologie des liens de familles recomposées*, Paris, éd. de la Maison des Sciences de l'Homme, 2003, p. 124.

(14) La Cour constitutionnelle belge, dans son arrêt du 9 août 2012 (dans lequel elle a considéré comme contraire au principe constitutionnel d'égalité l'impossibilité prévue par le Code civil belge d'établir le double lien de filiation maternelle et paternelle lorsqu'il existe un

l'inceste, centrée sur les rôles sociaux occupés par chacun dans l'espace familial et sur les sentiments parentaux et fraternels qui se développent au quotidien, semble mieux adaptée aux mutations contemporaines de la famille, dont les contours peuvent fortement varier au gré du temps et des parcours amoureux.

Selon une telle acception, la crainte de l'inceste serait totalement infondée pour les enfants issus d'un même donneur s'ils n'ont pas de vécu commun en tant que frère et sœur élevés dans une même cellule familiale. Il n'empêche que la question de savoir si les techniques d'engendrement à plusieurs sont susceptibles ou non de faire naître des liens de type « fraternels » entre des enfants ayant un géniteur commun ne nous semble pas pouvoir être totalement éludée⁽¹⁵⁾. Rappelons d'abord que l'adoption plénière, bien qu'elle coupe totalement les liens avec la famille d'origine, ne fait pas disparaître les empêchements à mariage : l'enfant adopté ne pourra pas se marier avec un membre de sa famille par le sang⁽¹⁶⁾. Une telle prohibition ne peut avoir pour fondement que la communauté de sang. Disqualifier tout questionnement sur l'inceste au sein de la fratrie biologique formée par ceux qui sont nés d'un même donneur d'engendrement, au nom de l'absence d'éducation commune, serait sans doute, selon nous, se rassurer à bon compte⁽¹⁷⁾.

empêchement à mariage entre les père et mère biologiques pour lequel aucune dispense ne peut être obtenue), a exprimé ce second fondement de l'inceste comme suit : « Une deuxième raison, de nature éthique ou morale, est d'éviter que des personnes qui font partie d'un même cercle familial n'aient des liens qui pourraient porter atteinte à l'ordre des structures familiales existantes. En outre, à travers l'empêchement à mariage, le législateur veut garantir la place de chaque génération au sein de la famille ».

(15) Même si on se situe dans une configuration culturelle différente, on relèvera qu'une émission de télévision, appelée « Generation Cryo », est consacrée par la chaîne MTV aux enfants issus d'une PMA aux États-Unis qui recherchent ce qu'ils appellent leurs « demi »-frères et sœurs (www.mtv.com/shows/generation_cryo/series.jhtml).

(16) Art. 356-1 C. civ.

(17) Ce constat nous semble corroboré par l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 12 avril 2012 concernant la répression pénale de l'inceste (les empêchements à mariage en étant la « traduction civile ») : la Cour européenne n'a pas jugé contraire à l'article 8 de la Convention la législation allemande pénalisant les relations sexuelles entre un frère, ayant été adopté, et sa sœur biologique, restée dans la famille d'origine et avec laquelle il n'avait donc pas été élevé, tout en précisant qu'elle limitait son examen au cas particulier qui lui était soumis (la sœur, de sept ans plus jeune que son frère biologique, était âgée de 16 ans au moment des premières relations et souffrait de certains problèmes de personnalité). La Cour a considéré que, dans ce cas, l'application de la loi pénale correspondait à un besoin social pressant et que les exigences de l'article 8, § 2, de la Convention pour justifier une telle ingérence de l'État étaient donc satisfaites (Cour eur. D.H., *Stübing c. Allemagne*, arrêt du 12 avril 2012, req. n° 43547/08, not. n° 62).

Le droit anglais s'est ainsi préoccupé de cette hypothèse. S'il ne va pas jusqu'à créer un empêchement à mariage entre les enfants issus d'un même donneur (alors même qu'il le prévoit, via la notion de « *child of the family* », pour les enfants qui n'auraient entre eux aucun lien biologique mais auraient vécu au sein de la même famille recomposée(18)), il est le seul qui a envisagé, au-delà du droit à connaître ses origines, la problématique de l'inceste entre les enfants issus d'un engendrement à plusieurs : il a organisé, dès 1990, la possibilité pour l'enfant majeur issu d'un don de demander à l'Autorité compétente(19) de lui communiquer non seulement l'identité des autres enfants issus du même donneur si ceux-ci y consentent mais aussi, et ce à partir de ses 16 ans, s'il est ou pourrait être apparenté à la personne avec laquelle il souhaite se marier. Le texte a ensuite été étendu en 2008 à la personne avec laquelle il souhaite contracter un partenariat civil et même avec laquelle « il a ou se propose d'avoir une relation physique intime »(20).

Mais force est de constater que cette problématique est totalement éludée par tous les autres systèmes juridiques (tant ceux qui lèvent l'anonymat que ceux qui le prévoient)(21), sachant qu'il paraît peu convaincant aujourd'hui de se borner à considérer que cette question serait statistiquement réglée par la limitation légale du nombre d'enfants pouvant être issus d'un même donneur(22) ou la limitation du nombre de receveurs de gamètes d'un même donneur comme le fait la loi belge(23).

(18) *Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act* 1986, section 1 (3) tel que modifié par le *Marriage Act* 1949 (*Remedial*) Order 2007.

(19) *Human Fertilisation and Embryology Authority*.

(20) Articles 31ZE et 31ZB du *Human Fertilisation & Embryology Act*, tel que modifié par l'article 24 du *Human Fertilisation & Embryology Act* 2008.

(21) La question a tout de même récemment commencé à apparaître dans la doctrine française : voy. F. MILLET, « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », Paris, *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 1975-1979.

(22) En France, l'article L1244-4 du Code de la Santé Publique prévoit ainsi que le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de dix enfants.

(23) La question est plus particulière pour des enfants issus de la même femme porteuse, si elle n'a été que gestatrice. Il est difficile aujourd'hui d'envisager ce que peut ou pourrait engendrer comme type de « lien » le fait d'avoir partagé le « même ventre ». Dans les sociétés musulmanes la « parenté de lait » entre deux enfants constitue un empêchement à mariage (F. HÉRITIER, « Identité de substance et parenté de lait dans le monde arabe », in *Épouser au plus proche, Inceste, prohibitions et stratégies matrimoniales autour de la Méditerranée*, Paris, éd. EHESS, 1994, pp. 149-164 ; C. FORTIER, « Le lait, le sperme, le dos. Et le sang ? Représentations physiologiques de la filiation et de la parenté en islam malékite et dans la société maure de Mauritanie », *Cahiers d'études africaines*, XL (1), n° 161, pp. 97-138).

SECTION 2. LES EFFETS DES LIENS DE PARENTÉ ET D'ALLIANCE

5. Quels effets produit aujourd'hui le lien familial qui, au travers du lien de filiation unissant au premier degré un enfant à son père et à sa mère, l'unit à toute une famille, dans le cadre de liens de parenté en ligne directe et collatérale ?

Son intensité a diminué au fil du temps et du passage de la famille traditionnelle à la famille nucléaire. La famille élargie a en effet perdu, sur la scène juridique, la place qui lui était encore réservée il y a quelques années.

Ainsi, l'institution du conseil de famille a-t-elle disparu de l'organisation du régime de la tutelle, depuis la loi du 29 avril 2001, ses compétences étant désormais exercées par le juge de paix (24).

Par ailleurs, les grands-parents, qui devenaient tuteurs légaux en cas de décès des deux parents d'un enfant mineur avant la réforme de 2001 (art. 402 ancien C. civ.) (25), à moins que les parents aient prévu une tutelle testamentaire, ne bénéficient plus aujourd'hui de cette désignation automatique.

De la même manière, l'avis des grands-parents d'origine n'est plus requis pour l'adoption de leur petit-enfant. Critiqué depuis longtemps, le recueil obligatoire de l'avis des grands-parents de l'adopté avait été nuancé par la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, qui avait permis aux parents d'origine de s'opposer au recueil de l'avis de leurs propres parents. Cette mesure restant malgré tout considérée par certains comme étant « fort intrusive »,

Imagine-t-on qu'une telle conception de la parenté puisse être transposée au ventre (le lait et le ventre ne sont-ils pas, dans les représentations anciennes, considérés comme des parties de la matrice ?) ? Ne pourrait-on alors imaginer que la proximité physiologique entre deux enfants nés du même « ventre » puisse être aujourd'hui considérée comme une autre forme d'inceste dans l'imaginaire collectif ?

(24) Par ailleurs, la tutelle ne s'ouvre qu'en cas de décès, d'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale ou d'incapacité d'exercer cette autorité des deux parents, et non d'un seul comme avant, ce qui limite aussi l'intervention de la famille élargie. Lorsqu'il y a lieu à ouverture d'une tutelle, celle-ci reste toutefois impliquée dans le choix du tuteur, dès lors que le juge de paix est tenu d'entendre, ou du moins de convoquer, les ascendants au second degré, les frères et sœurs majeurs et les oncles et tantes du mineur, avant de nommer ou d'homologuer la désignation du tuteur (art. 394, al. 2, C. civ.). Lorsqu'il est nommé par le juge, le tuteur est du reste préférentiellement choisi « parmi les membres de la famille les plus proches » (art. 393 C. civ.).

(25) La loi désignait comme tuteur légal l'ascendant du degré le plus proche. Lorsqu'il y avait plusieurs ascendants à un même degré, le conseil de famille se chargeait de désigner l'un d'entre eux.

la loi du 27 décembre 2004 a par la suite supprimé l'avis des grands-parents de la liste des renseignements à recueillir obligatoirement par le procureur du Roi (26), (27).

En matière de filiation, les membres de la famille avaient, jusqu'à la réforme de 2007, la possibilité d'intenter une action en contestation de reconnaissance, en tant que personne ayant un intérêt, et cette faculté avait parfois été utilisée pour contourner les conditions strictes imposées à la mère de l'enfant ou à l'auteur de la reconnaissance (28). Ils ne sont aujourd'hui plus titulaires de cette action désormais, elle aussi, attitrée.

Quels sont dès lors encore aujourd'hui les effets d'un lien de parenté ou d'alliance ? Quelles sont les relations familiales qui fondent, en droit, des droits ou des devoirs, et lesquels ? Et le droit actuel rend-il compte, en cela, adéquatement de ce que représentent ces liens aujourd'hui ?

§ 1. *Obligations alimentaires, ordre successoral et empêchements à mariage*

6. La qualité d'ascendants et de descendants fonde, aux termes de l'article 205 du Code civil, une solidarité alimentaire. C'est donc, dans la ligne directe, le lien de parenté dans toute son « étendue » qui est à l'origine d'un devoir de soutien réciproque. Le lien d'alliance, quant à lui, n'est le fondement que d'une obligation alimentaire des beaux-parents envers leurs gendres et brus, et réciproquement (art. 206 et 207 C. civ.). En revanche, la parenté en ligne collatérale, même au second degré, c'est-à-dire la qualité de frère ou de sœur, ne crée pas cette obligation.

(26) Voy. I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 97-98.

(27) Le tribunal conserve, cela étant, la faculté d'entendre toute personne qu'il estime utile et pourrait, à ce titre, convoquer les grands-parents d'origine (art. 1231-10, C. jud.).

(28) En particulier la nécessité de prouver que leur consentement à la reconnaissance est vicié. Voy., dans la jurisprudence relative à l'art. 330 ancien C. civ. : Civ. Liège, 12 février 1993, *J.L.M.B.*, 2005, p. 191 ; Civ. Arlon (1^{re} ch.), 21 mars 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005/2, p. 536 ; Civ. Gand (3^e ch.), 5 avril 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 168 ; Civ. Nivelles (7^e ch.), 2 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005/3, p. 834 ; Civ. Liège (3^e ch.), 15 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009/3, p. 800 ; Civ. Termonde (4^e ch.), 13 mars 2008, *T.G.R. - T.W.V.R.*, 2008/3, p. 173. Voy. cependant Mons (2^e ch.), 25 février 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005/3, p. 812 : irrecevabilité de la demande d'une grand-mère qui ne justifie pas d'un intérêt spécifique à solliciter l'annulation de la reconnaissance de sa petite-fille par un homme qui avait épousé la mère de l'enfant et « n'agit que pour venir au secours d'une étourderie de sa fille » qui ne pouvait contester la reconnaissance à laquelle elle avait valablement donné son consentement.

En droit successoral, par contre, les frères et sœurs sont mis sur le même pied que les père et mère puisque la succession *ab intestat* d'une personne décédée sans postérité ira par moitié à ses frères et sœurs et à ses père et mère (29).

Le lien fraternel (de droit) est aussi à l'origine d'un empêchement à mariage absolu, tout comme les liens de parenté en ligne directe, ce qui fait écho au fondement « biologique » de l'inceste tel qu'exposé ci-dessus (30), alors que la parenté en ligne collatérale au troisième degré (oncle et tante) et l'alliance avec la ligne directe ne fondent plus que des empêchements relatifs. Le caractère absolu de l'interdit à mariage entre les frère et sœur n'a toutefois plus pour effet d'empêcher irréfragablement que le double lien de filiation de l'enfant soit établi comme le prévoit l'article 325 du Code civil dès lors que cette disposition légale a été condamnée par la Cour constitutionnelle, parce qu'elle empêche que l'intérêt de l'enfant à voir sa double filiation établie puisse être apprécié par le juge (31).

Les empêchements existants sont par ailleurs la conséquence, une fois de plus uniquement et exclusivement, de l'existence du lien juridique de filiation : aucun empêchement n'existe en l'absence d'un lien de droit qui soit à l'origine de cette parenté (en d'autres termes il faut des liens de filiation juridiquement établis à chaque génération), ou d'un mariage qui soit à l'origine du lien d'alliance avec les parents de l'époux ou l'épouse. En l'absence de lien de droit, une proximité biologique échappe à l'emprise des empêchements (32). Et en l'absence de mariage, il n'y a pas d'alliance. Dans le même sens, une vie commune entre des personnes n'ayant aucun lien de filiation juridiquement établi entre elles ne produit pas d'interdit, alors même qu'est reconnue l'importance du second fondement « sociologique » de l'inceste découlant d'une

(29) Art. 748 C. civ.

(30) Cf. *supra*, n° 4.

(31) C.C., 9 août 2012, n° 103/2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/1, p. 204. Voy. les commentaires de Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/1, pp. 213-228 ; P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », *J.L.M.B.*, 2012/27, pp. 1286-1289 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence ? », *J.D.J.*, 2012, liv. 319, pp. 23-34 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge ? », *Act. dr. fam.*, 2012, pp. 152-156 ; T. WUYTS, « Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel », *T. Fam.*, 2012/10, pp. 221-226. Voy. aussi G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs », *J.T.*, 2013, pp. 673-679.

(32) Voy. égal. *supra*, n° 4.

vie familiale en commun et visant à garantir la place de chaque génération au sein de la famille(33).

§ 2. *Le droit aux relations personnelles* (*article 375bis du Code civil*)

7. Le lien familial engendre généralement des relations d'affection, à l'intensité variable, auxquelles le droit accorde ou peut accorder une protection juridique à travers la reconnaissance d'un droit aux relations personnelles.

À côté des père et mère, d'autres personnes se voient en effet reconnaître légalement(34) le droit d'entretenir des relations personnelles, qui est fondé sur des liens d'affection présumés ou réels avec un enfant mineur(35).

L'article 375bis, introduit dans notre Code civil par la loi du 13 avril 1995, énonce que :

« Les grands-parents ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant. Ce même droit peut être octroyé à toute autre personne, si celle-ci justifie d'un lien d'affection particulier avec lui.

À défaut d'accord entre les parties, l'exercice de ce droit est réglé dans l'intérêt de l'enfant par le tribunal de la jeunesse à la demande des parties ou du procureur du Roi ».

Deux catégories de personnes sont donc titulaires d'un droit aux relations personnelles : les *grands-parents*, d'une part, qui ont un *droit de principe* à entretenir des relations d'affection avec leurs

(33) Voy. égal. A.-Ch. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », in *Le présent ouvrage*, pp. 131 et s.

(34) Le « droit de visite », ainsi qu'était dénommé avant la loi du 13 avril 1995 ce droit au contact, était déjà organisé de longue date par la jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation avait reconnu dès le début du siècle dernier un droit propre des grands-parents d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants, au nom d'un droit naturel : Cass., 14 octobre 1915, *Pas.*, 1915, I, p. 455, concl. proc. gén. TERLINDEN (petits-enfants légaux) ; Cass., 25 septembre 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 310 ; Cass., 22 septembre 1966, *R.C.J.B.*, 1966, p. 373 et note J. DABIN, « Le droit de visite des grands-parents naturels » (petits-enfants naturels) ; Cass., 4 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 732, note F.D. (enfants adoptifs de leurs enfants légaux). Ce n'est que plus tard, et de façon relativement exceptionnelle, qu'un droit a été également accordé à d'autres tiers : voy. S. DEMARS, « Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », *R.G.D.C.*, 2000/2, pp. 74-94, et les références citées à la note 42.

(35) Ce droit ne doit pas être confondu avec le droit aux relations personnelles conféré à celui des parents qui n'exerce pas l'autorité parentale lorsqu'un jugement est intervenu pour en attribuer l'exercice exclusif à l'autre parent (art. 374, § 1^{er}, al. 4, C. civ.).

petits-enfants (art. 375*bis*, al. 1^{er}, 1^{re} phrase, C. civ.), et les *autres tiers*, d'autre part, au rang desquels figurent notamment les autres membres de la famille, qui bénéficient quant à eux d'un *droit* qualifié de « *virtuel* », dès lors que son existence dépend de la preuve d'un lien d'affection particulier avec l'enfant (art. 375*bis*, al. 1^{er}, 2^e phrase, C. civ.).

Le droit aux relations personnelles est parfois présenté comme un droit appartenant à l'enfant, dont le tiers serait le débiteur (36). Il ressort toutefois des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 que le législateur, bien qu'ayant initialement eu l'intention de faire de l'enfant le titulaire de ce droit, a décidé de renverser la perspective pour en faire un droit de l'adulte, en raison de l'incapacité du mineur d'estimer en justice pour réclamer l'exercice d'un tel droit (37). La liberté individuelle de l'adulte est également avancée comme justification de l'impossibilité pour l'enfant d'exiger du majeur qu'il entretienne des contacts avec lui (38). Même si on peut regretter cette position impliquant que l'enfant ne pourrait mobiliser lui-même un tel droit à entretenir un lien privilégié avec un tiers, et mettre en cause l'affirmation selon laquelle la reconnaissance d'un tel droit subjectif se heurterait à son incapacité juridique (39), on constate que c'est bien en tant que droit de l'adulte qui en est titulaire qu'a été conçu le droit aux relations

(36) Voy. not. J.-L. RENCHON, « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? », note sous C.A., 8 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004/1, p. 193.

(37) Proposition de loi relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice de la Chambre par M. SWENNEN, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1993-1994, n° 1430/004, pp. 12 et 13. Le rapporteur de la Commission précise qu'il « déplore qu'il faille modifier [la proposition] mais reconnaît que l'octroi de ce droit supposerait une capacité à estimer en justice et donc une nouveauté qui requerrait également une série de mesures complémentaires au niveau du budget et de l'organisation ». Voy. aussi S. DEMARS, *op. cit.*, p. 92.

(38) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 780 ; N. GALLUS, « Le droit aux relations personnelles des grands-parents et des autres tiers (article 375*bis* du Code civil) », in F. GEORGES (dir.), *Le droit des seniors. Aspects civils, sociaux et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 310.

(39) Il s'agit d'une incapacité d'exercice, et une possible représentation de l'enfant par un tuteur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêt avec ses père et mère est prévue à l'art. 378, § 1, al. 6, C. civ.

Le tribunal de la jeunesse de Namur a, quant à lui, été plus loin encore dans un jugement où il prend appui sur les articles 3, 9 et 12 de la CIDE pour reconnaître à la mineure la capacité d'agir pour demander un droit aux relations personnelles envers ses frères et sœurs, en indiquant que les droits garantis vont au-delà de la simple expression de son point de vue et comportent la possibilité de participer aux débats. Le tribunal lui reconnaît l'intérêt à agir au sens de l'article 17 du Code judiciaire, au-delà de sa simple audition sur base de l'article 931 C. jud. Selon lui, elle « dispose de la capacité de discernement requise pour intenter une action en justice ». Il ajoute que de nombreuses dispositions de droit interne battent en brèche le

personnelles, même s'il s'agit d'un droit-fonction, dont la mise en œuvre dépend exclusivement de l'intérêt de l'enfant concerné.

L'intérêt de l'enfant constitue ainsi le « centre de gravité » (40) du raisonnement du juge appelé à en définir les modalités d'exercice (art. 375*bis*, al. 2, C. civ.). Il sert de limite au droit des grands-parents, la charge de la preuve de sa contrariété à l'intérêt de l'enfant incombant à la personne qui conteste le droit de principe ; il sert en revanche de condition d'exercice pour les autres tiers, la charge de la preuve de sa conformité à cet intérêt reposant dans ce cas sur le demandeur (41).

A. *Le droit aux relations personnelles des grands-parents*

8. Les grands-parents bénéficient d'un droit subjectif à entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants, qui est un *droit de principe*, en raison du lien d'affection dont le législateur présume l'existence entre les ascendants et leurs petits-enfants. Il se fonde, aux termes des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995, sur des « relations d'affection, de respect et de dévouement, dues à la communauté de sang » et est dès lors qualifié de *droit naturel* (42).

Nul besoin donc de prouver l'existence d'un lien d'affection particulier avec l'enfant : la seule qualité de grand-parent en fait le *titulaire d'un droit* aux relations personnelles, qui lui revient de plein droit (même si l'*exercice* de ce droit peut lui être refusé, s'il ne correspond pas à l'intérêt de l'enfant).

I. *Titulaires du droit*

9. La qualification juridique de « grand-parent » suppose l'existence d'un lien de filiation à deux niveaux : liens juridiquement établis entre le grand-parent et son enfant, et entre cet enfant et son propre enfant.

Des grands-parents biologiques, qui n'ont pas de lien de filiation juridique avec leur enfant, ou dont l'enfant n'a pas de filiation

principe de l'incapacité du mineur d'ester en justice (Civ. Namur (jeun.), 22 octobre 2002, *J.D.J.*, 2004, I. 231, p. 43).

(40) N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance. Filiation, Autorité parentale, Hébergement – Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 586.

(41) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et de la famille*, op. cit., n° 781.

(42) S. DEMARS, op. cit., p. 83.

établie à l'égard de ses propres enfants, ne pourront pas bénéficier du droit de principe, mais pourront réclamer un droit aux relations personnelles, conformément à l'alinéa 1^{er}, deuxième phrase, s'ils prouvent qu'ils ont un lien d'affection particulier avec l'enfant (43).

De la même manière, l'établissement d'un lien de droit, même s'il ne correspond pas à la réalité biologique, donne lieu à l'attribution d'un droit aux relations personnelles de principe.

10. Dans ce contexte, se pose la question de la conséquence d'une adoption sur le droit de principe des grands-parents.

En ce qui concerne les « nouveaux » grands-parents, qui n'ont aucun lien de sang avec le petit-enfant (deux situations peuvent être envisagées ici : soit ils sont les parents de l'adoptant, soit les parents d'un enfant adopté qui donne naissance à un enfant), il convient de distinguer selon que l'adoption considérée est une adoption simple ou pléniaire. S'il s'agit d'une adoption simple, les conséquences ne sont pas les mêmes selon la situation envisagée : en cas d'adoption simple par l'un de leurs enfants, ils n'ont pas de lien juridique avec l'adopté, et ne jouissent donc pas du bénéfice de l'alinéa 1, première phrase ; dans la deuxième situation envisagée, l'adoption simple d'un enfant engendre un lien avec les enfants de leur enfant adoptif (art. 353-12 C. civ.) et ils peuvent donc mobiliser un droit de principe. L'adoption pléniaire a quant à elle pour conséquence d'établir un lien juridique entre les descendants et les ascendants, qui donne lieu à un droit aux relations personnelles de principe (44).

En ce qui concerne les grands-parents d'origine (les grands-parents dans la famille d'origine de l'adopté), il convient également de distinguer selon le type d'adoption. L'adoption simple n'a pas pour effet de rompre les liens familiaux, de sorte que l'enfant conserve un lien de parenté avec ses grands-parents et que ceux-ci continuent donc de bénéficier d'un droit de principe. L'adoption pléniaire a quant à elle pour conséquence de couper tous les liens avec la famille d'origine (art. 356-1, C. civ.), en manière telle que

(43) A. DE WOLF et M. GÖEGEBUER, « Commentaar bij art. 375bis B.W. », in *Personen en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, f. mob. (à jour au 1^{er} octobre 2011), afl. 68, p. 3. Voy. Gand, 22 novembre 2004, *T.J.K.*, 2006, p. 64, note T. MOYSON et S. VANDEVELDE.

(44) Sur le fondement discuté de ce droit de principe reconnu aux grands-parents adoptifs, voy. A. DE WOLF et M. GÖEGEBUER, *op. cit.*, pp. 4-5.

les grands-parents d'origine ne peuvent *a priori* plus prétendre à un tel droit(45).

11. Les arrière-grands-parents peuvent-ils quant à eux bénéficier du même droit de principe que les grands-parents ? Alors que le législateur, lors des travaux préparatoires, ne semblait pas exclure une interprétation extensive de la notion de grands-parents(46), le tribunal de la jeunesse de Gand, dans un jugement du 28 novembre 2007, a au contraire suivi une interprétation restrictive, et considéré que les arrière-grands-parents ne pouvaient y être assimilés, mais entraient dans la catégorie des « autres tiers », devant donc démontrer l'existence d'un lien d'affection particulier(47). Cette décision se fonde ainsi sur un respect rigoureux du prescrit légal, dont on peut certes regretter la limitation(48), d'autant plus à une époque où l'allongement de la durée de vie peut laisser penser que ce genre de demande pourrait se multiplier.

II. Exercice du droit

12. Si les grands-parents sont titulaires d'un droit de principe, l'opportunité de son exercice doit encore être examinée à la lumière des circonstances de l'espèce, dans l'intérêt supérieur de l'enfant(49). Le droit aux relations personnelles est en effet un droit-fonction(50), qui n'est reconnu que dans la mesure où l'enfant peut en retirer un bénéfice.

(45) R. HEPS, « Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principiële recht op persoonlijk contact ? », note sous Anvers (jeun.), 1^{er} mars 2010, *T. Fam.*, 2010, pp. 196-204. Certaines juridictions de fond ont toutefois reconnu, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1976 (*Pas.*, 1976, I, p. 732, note F.D. ; *J.T.*, 1977, p. 455, note MAHAUX ; *Rev. not. b.*, 1978, p. 177 ; *R.W.*, 1976-77, p. 288, note H. NUYTINCK ; voy. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « À 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. b.*, 1978, pp. 118 et s.), un droit de principe aux grands-parents d'origine, s'appuyant sur un droit naturel attaché à la communauté de sang, allant ainsi à l'encontre de la loi sur l'adoption : voy. Anvers (jeun.), 1^{er} mars 2010, *op. cit.*, et les références citées dans la note de R. HEPS.

(46) A. DE WOLF et M. GOEGBUER, *op. cit.*, p. 4.

(47) Trib. jeun. Gand, 28 novembre 2007, *T. Fam.*, 2009/4, p. 77, note (critique) R. VASSEUR, « Overgrootouders : principieel of virtueel omgangsgerechtigden ? » ; *NjW*, 2008, p. 744, note G. VERSCHULDEN. Voy. égal. G. VERSCHULDEN, « Overgrootouders niet principieel contactgerechtigd », *Juristenkrant*, 2008, liv. 164, p. 1.

(48) Cf. aussi *infra*, nos 15-16. Dans le même sens : R. VASSEUR, « Overgrootouders : principieel of virtueel omgangsgerechtigden ? », *op. cit.*, p. 80.

(49) Mons (jeun.), 25 mai 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 293 ; Trib. jeun. Bruxelles, 5 octobre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 26, note K. JACOBS. Trib. jeun. Bruxelles (11^e ch.), 26 mars 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1079, note G. HIERNAUX, « À propos du droit des grands-parents de "rencontrer" leurs petits-enfants ».

(50) Bruxelles (jeun.), 18 février 2005, *E.J.*, 2005/3, p. 42.

Les relations personnelles ainsi entretenues doivent contribuer de manière positive à la formation de la personnalité de l'enfant. Ainsi que le rappelle la Cour d'appel de Bruxelles, « les relations que l'enfant peut entretenir avec ses grands-parents constituent incontestablement un élément important de son développement. Elles lui permettent de bénéficier de leur apport affectif tout particulier et de connaître ses racines, ce qui l'aide à se construire » (51).

Lorsque les parents s'opposent à la mise en œuvre du droit appartenant aux grands-parents, il leur appartient dès lors de démontrer que son exercice est contraire à l'intérêt de l'enfant (52). Le juge devra alors évaluer, au regard des circonstances de l'espèce et des intérêts en présence, si la mesure d'établissement ou de maintien d'un droit aux relations personnelles présente pour l'enfant un solde positif dans la balance risque-bénéfice (53), (54).

De telles actions se meuvent le plus souvent dans un contexte familial extrêmement tendu, où la revendication d'un droit aux relations personnelles peut exacerber des tensions latentes. L'attitude des parties les unes vis-à-vis des autres peut être déterminante dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant à la mise en œuvre d'un tel droit (55). Ainsi, le juge refusera-t-il d'aménager l'exercice du

(51) Bruxelles (31^e ch.), 18 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/2, p. 595 ; Bruxelles (31^e ch.), 1^{er} février 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/2, p. 603.

(52) On soulignera la différence avec l'exercice du droit aux relations personnelles par le parent n'exerçant pas l'autorité parentale (art. 374, § 1, al. 4, C. civ.), qui ne peut quant à lui être refusé que pour des motifs très graves.

(53) N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance, op. cit.*, pp. 586-589, et la jurisprudence citée ; N. GALLUS, « Le droit aux relations personnelles des grands-parents et des autres tiers (article 375bis du Code civil) », *op. cit.*, pp. 313-315.

(54) Pour ne citer que la jurisprudence la plus récente : Bruxelles (31^e ch.), 5 janvier 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/2, p. 411 (refus de mettre en place un contact, même téléphonique, avec une grand-mère dont le mari a commis des abus sexuels sur ses deux petites-filles) ; Trib. jeun. Charleroi, 23 octobre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 640 (refus d'aménager le droit aux relations personnelles des grands-parents paternels dès lors que les enfants n'ont plus eu aucun contact depuis plus de deux ans avec aucun membre de la branche paternelle, et que la reprise de contacts semble être pour les enfants une épreuve insurmontable).

(55) Voy. not. Gand, 7 décembre 1998, *T.J.K.*, 2001, p. 113, note G. DECOCK : « Avant de pouvoir envisager un droit aux relations personnelles, il est nécessaire que les rapports entre les parents et les grands-parents soient normalisés de telle manière que le risque d'implication de l'enfant dans les querelles soit minime » ; Trib. jeun. Bruxelles, 5 octobre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 26, note K. JACOBS : « Les enfants ne peuvent être victimes des règlements de compte entre adultes. Les petits-enfants ne sont pas le substitut des enfants de leurs grands-parents et ne peuvent contribuer à faire oublier ou à rattraper le passé, aussi pénible soit-il » ; Mons, 26 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013/1, p. 10 : le droit aux relations personnelles organisé avec les grands-parents paternels doit être exercé de manière à ne pas perturber les enfants « qui ont le droit à la jouissance paisible d'une vie privée harmonieuse au sein de leur famille, celle-ci fût-elle monoparentale suite au décès du père ».

droit aux relations personnelles lorsque l'animosité est telle qu'elle rejaillit inévitablement sur l'enfant, qui peut se trouver piégé dans un conflit de loyauté(56). Par ailleurs, l'exercice de leur droit par les grands-parents ne peut en aucun cas porter atteinte aux prérogatives des parents. Le droit aux relations personnelles est ainsi refusé si le(s) grand(s)-parent(s) s'oppose(nt) à leurs principes éducatifs ou dénigre(nt) systématiquement les parents(57).

Mais lorsqu'il apparaît que la situation de conflit est délibérément maintenue par les parents, faire de l'absence de conflit une condition d'exercice de l'article 375*bis* viderait celui-ci de sa raison d'être, et encouragerait les parents dans une attitude hostile et non constructive(58).

Certains juges insistent par ailleurs auprès des parties pour qu'elles mettent tout en œuvre pour sortir de la dynamique conflictuelle dans laquelle elles sont empêtrées, « en raison de l'impact négatif d'une telle dynamique sur le vécu émotionnel et le développement psychique de l'enfant concerné »(59). Les parties sont, à cet égard, parfois invitées à entamer un processus de médiation(60).

B. *Le droit aux relations personnelles des autres tiers*

13. Toute autre personne investie dans la vie de l'enfant peut également se voir reconnaître un droit aux relations personnelles, qui est alors un *droit virtuel*, dès lors que son existence dépend de la preuve (rapportée par celui qui réclame le droit) d'un lien affectif particulier (art. 375*bis*, al. 1^{er}, 2^{ème} phrase, C. civ.).

I. « Toute autre personne »

14. C'est dans cette catégorie que se classent notamment tous les autres membres de la famille, apparentés en ligne directe ou collatérale à un enfant. Le lien familial n'engendre en effet à lui

(56) Mons (jeun.), 25 mai 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 293 : « les dissensions entre les parties sont telles que des rencontres, même organisées dans un lieu neutre, seraient de nature à perturber les enfants dont l'équilibre apparaît déjà fragile ».

(57) Trib. jeun. Nivelles, 11 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 428.

(58) Mons (jeun.), 8 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/3, p. 721 ; Mons, 16 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1204, note F. REUSENS.

(59) Bruxelles (31^e ch.), 18 janvier 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/2, p. 595 ; Bruxelles (31^e ch.), 1^{er} février 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/2, p. 603.

(60) Gand (15^e ch.), 7 décembre 1998, *T.J.K.*, 2001, p. 113, note G. DECOCK ; Trib. jeun. Liège (17^e ch.), 27 janvier 2011 et 12 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 847, note G. HIERNAX.

seul aucune conséquence en termes de création ou de maintien d'un lien privilégié encadré par le droit. Seuls les grands-parents sont nantis d'un droit de principe, fondé sur la nature du lien unissant l'enfant à ses ascendants au second degré. Les autres parents et alliés de l'enfant ne se distinguent pas de tous les autres tiers pouvant faire valoir l'existence d'un lien d'affection particulier avec l'enfant (par exemple : une marraine (61), un beau-parent (62), un grand-parent biologique (63), la « co-mère », avant la loi de 2006 autorisant l'adoption par des personnes de même sexe (64), ou la famille de la « co-mère » (65)). Ainsi, sur la base d'un lien affectif privilégié, un droit aux relations personnelles a-t-il pu être accordé à une demi-soeur (66), même mineure (67), une tante (68),

(61) Liège, 23 décembre 1996, *J.D.J.*, 1997, p. 87 ; Trib. jeun. Nivelles, 22 septembre 1998, *J.D.J.*, 1999, I. 185, p. 41, note B. VAN KEIRSBIJCK (marraine ayant été famille d'accueil).

(62) Cf. *infra*, n° 34.

(63) Gand, 22 novembre 2004, *T.J.K.*, 2006/1, p. 64, note T. MOYSON et S. VANDEVELDE.

(64) Une importante jurisprudence s'était développée avant 2006 pour, à défaut de possibilité d'établissement d'un lien juridique de filiation dont découlerait l'exercice de l'autorité parentale, offrir un fondement juridique à la place de la co-mère, à tout le moins après la rupture du couple. Voy., parmi une jurisprudence et une doctrine abondantes : Trib. jeun. Malines, 29 avril 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 389, note K. JACOBS, « Het omgangsrecht van derden : een toepassing van artikel 375bis B.W. in een lesbische relatie » ; Trib. jeun. Malines, 28 avril 2004, *NjW*, 2004, I. 87, p. 1172, note G. VERSCHOLDEN (droit aux relations personnelles étendu, eu égard à la situation particulière de la co-mère) ; J.P. Westerlo, 16 juin 2008, *NjW*, 2008, liv. 187, p. 650, note G. VERSCHOLDEN (droit aux relations personnelles obtenu devant le juge de paix, dans le cadre de l'article 223 du Code civil, indépendamment de l'article 375bis).

Elle présente aujourd'hui moins d'intérêt, dans la mesure où la partenaire de même sexe de la mère légale peut désormais adopter l'enfant ou, à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente (*M.B.*, 7 juillet 2014, p. 51703), en devenir la deuxième mère juridiquement par application de la « présomption de coparenté » en cas de mariage avec la mère ou, à défaut, par une reconnaissance. L'article 375bis du Code civil continue toutefois d'être mobilisé avec succès dans certaines espèces, lorsque la co-mère n'a pas choisi ou n'a pas pu établir un lien juridique de filiation avec l'enfant issu du projet parental commun : Bruxelles (32^e ch.), 25 mars 2009, *R.W.*, 2009-2010, I. 40, p. 1692, note L. STEVENS, « Het recht op persoonlijk contact van de lesbische meemoder : een recht voor het kind ? » (intérêt de l'enfant de construire une relation avec ce personnage important dans l'historique de sa naissance). Dans le même sens : Mons (jeun.), 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013/1, p. 3, note N. GALLUS, « L'avenir de la parenté mono-sexuée ».

(65) Trib. jeun. Turnhout, 8 février 2012, cité par P. BORGHS, « Jeugdrechtbank geeft familie van meemoder recht op persoonlijk contact », *Juristenkrant*, 26 septembre 2012, p. 16 (droit aux relations personnelles accordé aux parents et au frère d'une co-mère décédée, sans lien de filiation).

(66) Trib. jeun. Huy, 11 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1989, note C. PANIER.

(67) Civ. Namur (jeun.), 22 octobre 2002, *J.D.J.*, 2004, I. 231, p. 43 (une adolescente obtient un droit aux relations personnelles avec ses quatre demi-sœurs et demi-frères placés en institution).

(68) Civ. Charleroi, 19 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/4, p. 1216.

des arrière-grands-parents(69), et même un père déchu de l'autorité parentale(70)...

15. L'on peut s'interroger sur la pertinence du choix ainsi opéré par le législateur de distinguer droit de principe et droit virtuel, lorsque sont concernées des personnes apparentées à l'enfant par un lien de sang, alors même que c'est précisément sur cette communauté de sang que se fonde le droit spécifique accordé aux grands-parents.

Ainsi, pourquoi un frère ou une sœur ne peut-il pas bénéficier du même régime que les grands-parents ? Certes, le lien unissant la fratrie ne s'inscrit pas dans le même registre que le rapport transgénérationnel entre grands-parents et petits-enfants, mais il peut être tout aussi fondamental dans la construction identitaire de l'enfant, et trouve également sa source dans une communauté de sang. Il apparaît en réalité, à la lecture des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995, que la proposition initiale envisageait les frères et sœurs comme titulaires d'un droit de principe, au même titre que les grands-parents(71). Ils ont ensuite été ramenés dans la catégorie des « autres tiers » par un amendement introduit à la Chambre(72), sans que cela ne suscite de réel débat sur le fond(73). En tout état de cause, il reviendra donc aux frères et sœurs qui revendiquent un droit aux relations personnelles avec leur frère ou leur sœur mineur(e) de faire valoir l'existence d'un lien affectif particulier.

On peut dès lors regretter cette frontière tracée par le législateur, au regard des conséquences disproportionnées qu'elle peut engendrer à l'égard de personnes qui ne bénéficient pas d'un tel droit de principe, mais dont l'attachement émotionnel est parfois plus fort(74).

(69) Trib. jeun. Gand, 28 novembre 2007, *op. cit.*

(70) Civ. Liège (réf.), 8 décembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 701 (par le biais d'une fiction juridique, à savoir l'assimilation au tiers visé à l'article 375bis du Code civil).

(71) Proposition de loi relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, déposée à la Chambre le 16 mai 1994 par M. BEAUFAYS et consorts, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1993-1994, n° 1430/001, art. 6.

(72) Proposition de loi relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, Amendement n° 5 déposé par M. BEAUFAYS et consorts, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1993-1994, n° 1430/002.

(73) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice de la Chambre par M. SWENNEN, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1993-94, n° 1430/004, pp. 12 et 13. Voy. S. DEMARS, « Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », *op. cit.*, p. 83 ; A. DE WOLF et M. GOEGEBUER, *op. cit.*, p. 10.

(74) Dans le même sens, notamment : S. DEMARS, *op. cit.*, pp. 83-84 ; A. DE WOLF et M. GOEGEBUER, *op. cit.*, p. 10.

Et ce d'autant qu'une autre conséquence de la distinction entre les deux catégories de titulaires d'un droit aux relations personnelles est que le droit des tiers est subsidiaire au droit de principe des grands-parents(75), lequel est lui-même subsidiaire par rapport à l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère ou par rapport au droit aux relations personnelles du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale(76).

16. Le droit français nous paraît à cet égard apporter une solution plus adéquate. Ainsi, l'article 371-4 du Code civil inclut-il tous les ascendants dans les personnes avec lesquelles l'enfant a un droit aux relations personnelles et pour lesquelles l'intérêt de l'enfant à entretenir ces relations est présumé, ce droit ne pouvant leur être refusé que si l'intérêt de l'enfant fait obstacle à son exercice. Des arrière-grands-parents ont ainsi pu, dans la jurisprudence, bénéficier d'un tel droit(77).

Par ailleurs, l'article 311-5 du Code civil, introduit par la loi du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs, prévoit que « l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution », ce qui induit qu'une motivation supplémentaire doit être apportée aux décisions quant à la résidence de l'enfant (le droit d'hébergement) dans lesquelles les fratries seraient divisées. Mais cette disposition légale consacre également, dans l'hypothèse où la fratrie viendrait à être séparée, un droit aux relations fraternelles, dès lors qu'elle indique que « s'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs ». Cette disposition confère ainsi aux frères et sœurs, à la différence du droit belge, un droit subjectif propre à entretenir des relations personnelles, fondé sur un intérêt présumé, sans qu'il leur revienne de prouver l'intérêt à établir ou à maintenir de telles relations(78), (79).

(75) Gand (15^e ch.), 17 juin 2010, *T.G.R.*, 2011/5, p. 341, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 875 (somm.) (mettant en concurrence le droit des grands-parents et celui d'un oncle et d'une tante).

(76) Civ. Nivelles (jeun.), 11 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 428.

(77) Cf. not. TGI Paris, 3 juin 1976, *Dalloz*, 1977, p. 303, note CAZALS.

(78) P. MURAT, « La loi du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs, ou comment surgit la question des droits de l'enfant », *Droit de la famille. Éditions du Juris-Classeur*, mars 1997, p. 5. Voy. S. DEMARS, *op. cit.*, p. 91.

(79) En Belgique, une proposition de loi a été déposée sous plusieurs législatures successives sans toutefois jamais aboutir, en vue d'introduire une disposition similaire au droit français, offrant aux frères et sœurs, d'une part, un droit de ne pas être séparés, sauf motifs

II. « Un lien d'affection particulier »

17. Le droit virtuel du tiers ne se convertira en droit subjectif que s'il justifie d'un lien particulier avec l'enfant, dont il lui revient d'apporter la preuve(80). Le tiers n'acquiert donc ce droit que s'il prouve la réalité de ce lien d'attachement. Et cette preuve suffit à faire exister le droit, sans devoir prouver sa conformité à l'intérêt de l'enfant, qui constitue quant à elle la condition et la mesure de l'exercice du droit ainsi attribué(81).

La jurisprudence est venue préciser les critères auxquels doit satisfaire la relation en cause pour être considérée comme un « lien d'affection particulier ». Ainsi, elle a souvent considéré que la notion de « lien d'affection particulier » supposait un lien *réci-proque*(82) et *actuel*(83). La Cour de cassation s'est toutefois prononcée sur la question et refuse une application trop stricte de ces critères. Elle a en effet considéré que « dans la mesure où le tribunal doit se prononcer sur l'établissement d'un droit aux relations personnelles au regard de l'intérêt de l'enfant, la possibilité d'instaurer ce droit même lorsque le lien n'existe pas (ou plus) n'est

graves, et, d'autre part, un droit d'entretenir des relations personnelles (voy. la dernière en date, déposée à la Chambre par MM. O. Maingain et D. Thiéry le 26 octobre 2010 : proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les liens personnels entre frères et sœurs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2010-2011, n° 53-0455/001).

(80) Cette preuve est généralement présentée par la doctrine comme une condition de recevabilité de l'action (voy. not. N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *op. cit.*, p. 582). Certains juges considèrent toutefois que la prétention de l'existence d'un lien d'affection particulier suffit à rendre l'action recevable, l'appréciation de l'existence de ce lien relevant de l'examen du fondement de l'action (voy. par exemple Bruxelles (jeun.), 7 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 844 ; Bruxelles (jeun.), 13 juillet 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 63 ; Bruxelles (jeun.), 22 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/2, p. 413). Un tel raisonnement nous semble pouvoir être suivi, dès lors qu'il nous paraît qu'il revient au juge d'attribuer le droit au terme d'un examen de l'existence du lien d'affection particulier, qui a donc lieu au fond. C'est d'ailleurs précisément la décision du juge sur ce point qui convertit le droit virtuel du tiers en droit subjectif.

(81) Contrairement à la jurisprudence antérieure à la loi du 13 avril 1995, qui exigeait que le tiers démontre non seulement le lien affectif entre lui et l'enfant, mais aussi prouve qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de maintenir ce lien. Droit et exercice étaient alors confondus : le droit naissait lorsque l'exercice était dans l'intérêt de l'enfant. Cf. A. DE WOLF et M. GÖGEBUEER, *op. cit.*, p. 29.

(82) Voy. not. Gand, 7 février 2005, *NjW*, 2006, I. 134, p. 36, note G. VERSCHULDEN ; *R.G.D.C.*, 2007/4, p. 256 (refus d'accorder un droit aux relations personnelles à un homme qui n'a connu l'enfant, actuellement âgé de deux ans, que lorsqu'il était bébé).

(83) Voy. not. Gand, 22 novembre 2004, *T.J.K.*, 2006/1, p. 64, note T. MOYSON et S. VANDEVELDE (plus de lien affectif, en raison de l'absence de contact entre une grand-mère naturelle et son petit-fils pendant au moins un an).

pas à exclure » (84). La Cour rejette ainsi le pourvoi dirigé contre un arrêt rendu le 4 juin 2007, dans lequel la Cour d'appel d'Anvers accordait un droit aux relations personnelles à l'ex-partenaire de la mère de l'enfant, dont il était établi qu'il avait constitué pour cette enfant une figure paternelle même si la fillette, alors âgée de cinq ans, semblait ne pas se souvenir de cet homme, en raison de la longueur du procès et de l'attitude de la mère à son égard.

Les conséquences de cet arrêt sont difficiles à déterminer (85). Droit et exercice semblent en tout cas fusionner, et l'intérêt de l'enfant à l'établissement ou au maintien du lien, justifier qu'un droit aux relations personnelles soit attribué même en l'absence ou malgré la perte du lien affectif particulier.

III. *Exercice du droit*

18. Une fois le droit acquis, dès lors qu'est établie la réalité du lien d'affection, son exercice dépend toutefois encore de sa conformité à l'intérêt de l'enfant, qui en constitue la condition et la mesure. La charge de la preuve repose ici sur le demandeur.

La preuve du lien affectif particulier, qui fait naître le droit aux relations personnelles, n'implique donc pas nécessairement que celui-ci pourra être exercé, la mise en œuvre du droit reconnu dépendant de l'intérêt de l'enfant, tant en ce qui concerne sa possibilité que son étendue (86).

C. *Régime du droit aux relations personnelles*

19. L'alinéa 2 de l'article 375bis du Code civil le précise : ce n'est qu'en cas de désaccord entre les parties que le tribunal peut être amené à organiser le droit aux relations personnelles. Pour demander un droit aux relations personnelles, il faut donc être

(84) Cass., 16 janvier 2009, *R.A.B.G.*, 2009/12, p. 858, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN ; *T. Fam.*, 2009/5, p. 91, note R. VASSEUR.

(85) Voy. E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, « Een recht op persoonlijk contact voor derden : de notie "bijzondere affectieve band" nader onderzocht », *R.A.B.G.*, 2009/12, pp. 963-865 ; R. VASSEUR, « Hof van Cassatie verduidelijkt draagwijdte "bijzondere affectieve band" ex artikel 375bis BW », *T. Fam.*, 2009/5, pp. 94-96 ; F. SWENNEN, « Rechten van niet-ouders met betrekking tot minderjaringen », in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (ed.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 276-277.

(86) Sur cette distinction entre droit et exercice, voy. not. F. SWENNEN, « De uitoefening van het recht op persoonlijk contact door een lesbische meemoeder », note sous Anvers, 21 avril 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 746.

empêché de pouvoir les exercer (87). Il n'est pas question de demander un droit aux relations personnelles organisé judiciairement si les parents ne refusent pas les contacts. L'objectif est d'éviter qu'une personne puisse se prévaloir d'un jugement en prévision de conflits ultérieurs (88).

Le tribunal naturellement compétent était le tribunal de la jeunesse et, à partir du 1^{er} septembre 2014, logiquement le tribunal de la famille (89), (90). L'article 1253^{ter}/4, § 2, 3^o nouveau du Code judiciaire réserve à cette cause le bénéfice de l'urgence présumée (91). Elle sera dès lors traitée comme en référé. L'article 584 du Code judiciaire reste par ailleurs d'application et le président du tribunal de première instance statuant en référé reste donc compétent en cas d'urgence (92), la nouvelle loi précisant toutefois qu'il ne peut être désormais saisi qu'« en cas d'absolue nécessité ».

20. Lorsqu'il organise l'exercice d'un droit aux relations personnelles, il appartient au juge d'en déterminer les modalités précises, dans l'intérêt de l'enfant (93). Celles-ci peuvent être extrêmement

(87) Trib. jeun. Charleroi, 8 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 698.

(88) Trib. jeun. Bruxelles, 29 juin 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 25 : « il n'est donc pas possible qu'un grand-parent invoque l'article 375^{bis} du Code civil pour faire élaborer ou garantir pour l'avenir un régime concret organisant l'exercice de ce droit, si la personne qui a le droit de garde matérielle ne manifeste aucune opposition à l'égard du régime ».

(89) Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429, art. 60.

(90) Avant la création du tribunal de la famille, sous le régime antérieur des compétences morcelées en matière familiale, la compétence du tribunal de la jeunesse n'était toutefois pas exclusive : une intervention volontaire pouvait ainsi être valablement formée par le tiers lors d'une procédure opposant les parents devant le juge de paix (art. 223, C. civ.) (Trib. arr. Liège, 18 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 69 ; *J.J.P.*, 2001, p. 8), ou le président du tribunal de première instance (art. 1280, C. jud.) (Civ. Marche-en-Famenne (réf.), 21 juin 1995, *Div. Act.*, 1998, p. 135). Un droit aux relations personnelles a par ailleurs pu être reconnu par le juge de paix, dans le cadre des mesures urgentes et provisoires organisant la séparation et sur le fondement même de l'article 223 du Code civil, à l'un des conjoints à l'égard des enfants non communs (J.P. Westerlo, 16 juin 2008, *T. Fam.*, 2009/6, pp. 113-117, confirmé en appel par Civ. Turnhout, 6 avril 2009, *T. Fam.*, 2009/6, pp. 117-118, note S. EGGERMONT, « Het recht op persoonlijk contact van de lesbische meemoeder gevangen tussen artikel 223 BW en artikel 375^{bis} BW »).

(91) La disposition énonce que « sont réputées urgentes et peuvent être introduites par requête contradictoire, citation ou requête conjointe, les causes relatives : [...] 3^o. au droit d'hébergement et au droit aux relations personnelles avec un enfant mineur », sans autre précision quant à la nature de ce droit aux relations personnelles. Il peut donc, selon nous, aussi bien s'agir du droit aux relations personnelles du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale (art. 374, § 1^{er}, al. 4, C. civ.) que du droit prévu à l'article 375^{bis} du Code civil.

(92) Voy., sous le régime antérieur, Mons (2^e ch.), 30 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005/3, p. 840.

(93) Il dispose, pour ce faire, des moyens d'instruction classiques : audition de l'enfant, expertise pédopsychologique, enquête sociale, ...

variées(94) : visite une fois par semaine ou tous les quinze jours, semaine de vacances, sorties, correspondance (même électronique), conversations téléphoniques, ...

Si les parents ne vivent plus ensemble, il revient au juge de tenir compte du temps durant lequel l'enfant réside chez chacun d'eux, pour ne pas empiéter sur le temps d'hébergement d'un des parents(95).

Ces modalités peuvent parfois être assorties de conditions particulières : obligation de se rencontrer dans un lieu neutre (type espace-rencontre)(96), absence de contacts entre les parties en conflit pendant les rencontres(97), interdiction que soit présente une tierce personne, ...

21. Les représentants légaux doivent, une fois la décision prise, se montrer coopérants et contribuer au bon déroulement de l'exercice du droit aux relations personnelles(98).

En cas de difficulté, l'article 387*ter* du Code civil offre au tiers une base légale pour l'exécution forcée des décisions en matière de droit aux relations personnelles(99). La condamnation à une astreinte peut être, le cas échéant, décidée par le juge(100), même s'il est parfois considéré que l'imposition d'une telle mesure ne favorise pas l'amélioration des relations déjà tendues entre les parties(101).

(94) Cf. A. DE WOLF, « Over de modaliteiten en de duur van het grootouderlijke omgangsrecht », note sous Gand (jeun.), 26 avril 2004, *E.J.*, 2005/3, pp. 39-41.

(95) Gand, 26 avril 2004, *E.J.*, 2005, p. 38, note A. DE WOLF.

(96) Voy. not. Mons, 16 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1204, note F. REUSENS ; Trib. jeun. Dinant, 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932.

(97) Mons, 26 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013/1, p. 10.

(98) Gand, 7 février 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 67 ; *NjW*, 2006, p. 125, note G. VERSCHULDEN : la Cour indique à la mère qu'elle a une mauvaise approche en laissant ses enfants libres d'aller ou non en visite chez leurs grands-parents, et l'invite à les motiver positivement à s'y rendre.

(99) La disposition s'applique tout autant aux parents qu'aux grands-parents et tiers qui ont obtenu une décision judiciaire sur base de l'article 375*bis* du Code civil : Trib. jeun. Liège, 30 octobre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, l. 4, p. 90. *Contra* : Trib. jeun. Charleroi, 17 mai 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1237, note (critique) F. REUSENS.

(100) Gand, 7 février 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 67 ; *NjW*, 2006, p. 125, note G. VERSCHULDEN (en raison de l'attitude de la mère, dont on peut craindre qu'elle contrariera encore à l'avenir le droit des grands-parents, une astreinte est prononcée chaque fois que le droit aux relations personnelles des grands-parents ne pourra être exercé) ; Trib. jeun. Dinant, 30 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 932.

(101) Gand (15^e ch.), 17 juin 2010, *T.G.R.*, 2011/5, p. 341 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 875 (somm.).

§ 3. *La question particulière de la garde matérielle*

22. Bien au-delà du cadre limité du droit aux relations personnelles, les membres de la famille, notamment, peuvent parfois être amenés à assurer l'hébergement d'un enfant, durant une période plus ou moins longue.

Il s'agit ici d'un « hébergement de fait », qu'il convient de bien distinguer du « droit d'hébergement ». Alors que le « droit d'hébergement » est l'une des prérogatives de l'autorité parentale, qui appartient donc exclusivement aux parents et est indisponible, l'« hébergement de fait » ou la « garde (purement) matérielle », c'est-à-dire le fait d'avoir l'enfant physiquement auprès de soi et d'en prendre soin, peut, dans certaines circonstances, être confié à un tiers. Les parents restent alors titulaires du droit d'hébergement et de toutes les autres prérogatives de l'autorité parentale, seul l'exercice de la « garde physique » étant momentanément transféré à un tiers aux bons soins duquel l'enfant est confié (102).

Cet hébergement par un tiers peut être souhaité par les parents de l'enfant, au gré des circonstances et des aménagements familiaux. Il s'agit là d'une décision qu'ils peuvent valablement prendre, en ce qu'elle relève de l'exercice de leur autorité parentale, et le droit n'aura bien souvent pas à s'en préoccuper (103), (104).

Une telle modalité d'hébergement peut aussi leur être imposée par décision judiciaire protectionnelle (105), si l'enfant est en danger.

(102) Voy., contre cette distinction entre droit d'hébergement et hébergement de fait, F. SWENNEN, « Rechten van niet-ouders met betrekking tot minderjaringen », *op. cit.*, pp. 300-302.

(103) Il advient toutefois que l'ordre judiciaire soit amené à confirmer une telle situation de fait, lorsqu'il est sollicité pour résoudre les difficultés pratiques qui peuvent en découler. Voy. Trib. jeun. Ypres, 30 mars 2001, *E.J.*, 2004/4, p. 69, note A. DE WOLF et F. APS (acceptation de la demande d'attribution de la garde matérielle à des grands-parents qui élèvent l'enfant chez eux sans interruption depuis deux ans, sur délégation tacite du père exerçant seul l'autorité parentale. Dans un tel contexte, la demande des grands-parents de recevoir une participation financière du père pour l'entretien de l'enfant a été déclarée fondée).

(104) Une telle situation ne manque cependant pas de soulever des difficultés pratiques liées à l'exercice au quotidien d'une fonction éducative sans disposer des attributs de l'autorité parentale. Cf. *infra*, n° 30.

(105) Le juge de la jeunesse peut décider d'une mesure de placement du mineur dans un lieu déterminé (chez ses grands-parents ou un autre membre de la famille, dans une famille d'accueil, ...), s'il estime qu'il est en danger. Il est intéressant pour notre propos de relever que les grands-parents se sont vus reconnaître, à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle, à l'époque toujours Cour d'arbitrage (C.A., 10 mars 2004, n° 38/2004), un droit propre à être associés aux mesures d'aide protectionnelle qui concernent leurs petits-enfants ainsi qu'un droit de recours à l'encontre des mesures qui peuvent être prises dans ce cadre (art. 37 nouveau du décret de la Communauté française du 4 mars 1991).

23. Mais la question délicate qui mérite de retenir l'attention est celle de savoir si un « tiers » peut être lui-même à l'origine, au civil, d'une demande visant à se voir confier la « garde physique » d'un enfant. La qualité de membres de la famille confère-t-elle un quelconque droit à solliciter l'hébergement de l'enfant en cas de défaillance temporaire ou durable des parents ? Autrement dit, peuvent-ils agir, au-delà du droit aux relations personnelles qui leur est ou peut leur être octroyé, pour demander de pouvoir accueillir un enfant dont ils estiment que les parents ne sont pas en mesure de lui apporter des soins adéquats ?

Dans l'état actuel de notre droit positif, aucune base légale ne confère expressément aux tiers un tel droit d'action. Au contraire, l'article 387*bis* du Code civil, qui attribue au tribunal de la jeunesse la compétence d'« ordonner ou modifier, dans l'intérêt de l'enfant, toute disposition relative à l'autorité parentale », cadre légal dans lequel pourrait être prise une telle mesure d'hébergement, réserve la saisine aux père et mère, à l'un d'eux ou au procureur du Roi, à l'exclusion donc de toutes autres personnes.

La jurisprudence a toutefois admis, à plusieurs reprises, que des tiers – et singulièrement des grands-parents – puissent se voir reconnaître, à leur demande, non pas un droit d'hébergement (106), qui est un démembrement de l'autorité parentale appartenant aux seuls parents, mais bien la matérialité de la garde d'un enfant (107).

Le fondement juridique de la recevabilité d'une telle action introduite par les grands-parents invoqué dans les décisions est tantôt le « mandat tacite donné par les parents légaux de confier la garde du mineur » (108), le principe général du contrôle judiciaire de l'exercice de l'autorité parentale (109), ou même le fait qu'ils

(106) Trib. jeun. Ypres, 30 mars 2001, *E.J.*, 2004/4, p. 69, note A. DE WOLF et F. APS ; J.P. Westerlo, 26 février 2007, *J.J.P.*, 2007, p. 338, note N. DANDROY ; *NjW*, 2007, l. 162, p. 420, note G. VERSCHULDEN (espèce où le juge de paix confirme et organise juridiquement, dans le cadre des mesures urgentes et provisoires prises sur la base de l'article 223 du Code civil, la situation de fait qui existait avant la séparation des parents, à savoir la résidence de l'enfant chez ses grands-parents).

(107) Parfois même en partageant la garde entre les grands-parents paternels et maternels : Trib. jeun. Liège, 30 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005/2, p. 556 (hébergement alterné entre les grands-parents respectifs de l'enfant, dont la mère est décédée et dont le père est toxicomane).

(108) J.P. Westerlo, 26 février 2007, *J.J.P.*, 2007, p. 338, note N. DANDROY ; *NjW*, 2007, l. 162, p. 420, note G. VERSCHULDEN ; Trib. jeun. Gand, 10 avril 2008, *T.J.K.*, 2009/4-5, p. 345, note R. VASSEUR.

(109) Voy. J.-L. RENCHON, « 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

sont les « protecteurs naturels de leurs descendants » (110) et ont, à ce titre, qualité à agir dans l'intérêt supérieur de leurs petits-enfants (111).

La solution prétorienne est néanmoins sujette à controverse en doctrine (112). C'est qu'au-delà de la technique juridique, elle concerne la délicate question de la place qu'il convient de réserver au tiers – et singulièrement aux grands-parents – et met en lumière la perception que l'on peut avoir de cette place, certains considérant les grands-parents comme des « témoins privilégiés de l'intimité des familles » à qui devrait être ouverte la porte des prétoires (113), d'autres s'insurgeant contre le « droit d'ingérence » qui leur est ainsi accordé dans la vie de leurs enfants, ce qui est « non seulement une négation de l'émancipation de l'individu mais, en outre, est la porte ouverte à toutes les dérives imaginables » (114).

Elle ne fait pas non plus l'unanimité en jurisprudence, certains juges prenant appui sur le libellé très précis de l'article 387*bis* du Code civil pour prononcer l'irrecevabilité de ce type de demande (115). C'est ce qu'a fait la Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 2 mars 2009 remarquablement motivé qui, au terme d'une analyse approfondie des travaux préparatoires ayant donné lieu à la loi du 13 avril 1995 et d'une critique des solutions prétoriennes évoquées ci-dessus, conclut que le choix du législateur de ne mettre un droit d'action qu'entre les mains des parents légaux et du procureur du Roi peut être regretté, mais que la question qui lui est soumise n'est pas de savoir s'il serait souhaitable que les grands-parents

de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 1989, pp. 251-276 et J. SOSSON, « L'attribution de la garde matérielle d'un enfant mineur à ses grands-parents », *R.G.D.C.*, 1987/1, pp. 31-38.

(110) Civ. Namur (réf.), 8 mars 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 208, confirmé par Liège (1^{re} ch.), 26 juin 2002, *J.T.*, 2003, p. 50, note (critique) H. SIMON.

(111) Liège (jeun.), 14 avril 2008, *J.D.J.*, 2008, I. 280, p. 35.

(112) Voy. N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, op. cit., pp. 326-328.

(113) J.-L. RENCHON, « 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 », op. cit. et J. SOSSON, « L'attribution de la garde matérielle d'un enfant mineur à ses grands-parents », op. cit. ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, op. cit., pp. 325-328 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., pp. 715-716, n° 771.

(114) H. SIMON, note sous Liège (1^{re} ch.), 26 juin 2002, *J.T.*, 2003, spéc. p. 55. Dans l'espèce qui a donné lieu à ce commentaire critique, la Cour d'appel de Liège confirme l'ordonnance de référés qui confie l'hébergement principal aux grands-parents maternels de trois enfants dont le père était décédé peu de temps auparavant, en raison du danger potentiel que constituent les fréquentations de la mère, suspectées d'être sectaires, au Canada où elle projetait de retourner vivre avec ses enfants après le décès de son époux. La mère reçoit par ailleurs l'interdiction de quitter le territoire en compagnie de ses enfants.

(115) Civ. Dinant (réf.), 18 août 2008, *Act. dr. fam.*, 2009/5, p. 97 ; Bruxelles, 2 mars 2009, *T.J.K.*, 2009/4-5, p. 339 ; Bruxelles (jeun.), 23 mai 2012, inédit, R.G. n° 2011/JR/215.

disposent d'un tel droit d'action : « [l]a question est de savoir si la loi l'autorise, et cette question doit être résolue par la négative » (116). En distinguant ce qui est « humainement souhaitable » et ce qui est « juridiquement possible », la Cour lance un appel au législateur et rappelle aux grands-parents qui l'avaient saisie que leur reste ouverte la possibilité de s'adresser au procureur du Roi, qui pourra décider d'introduire une action visant à leur confier l'hébergement de l'enfant. Cette « alternative » semble toutefois avoir ses limites en pratique, le parquet prenant très rarement l'initiative d'agir au civil...

24. Une autre construction purement prétorienne permettant de contourner l'irrecevabilité d'une demande fondée sur l'article 387*bis* du Code civil par d'autres personnes que les titulaires légalement désignés pour le faire est parfois retenue par certains tribunaux (117) : il s'agit de considérer qu'un droit aux relations personnelles prévu à l'article 375*bis* du Code civil peut être étendu par le tribunal jusqu'au quotidien de l'enfant. Il s'agit en d'autres termes de couper court à tout questionnement quant à la recevabilité de la demande en utilisant comme véhicule procédural non pas l'article 387*bis* mais l'article 375*bis* du Code civil, les grands-parents saisissant le tribunal sur base de leur droit propre aux relations personnelles, ou les tiers ayant un lien particulier d'affection sur base de leur droit virtuel (118), pour ensuite, quant aux modalités d'exercice de ce droit, considérer qu'elles peuvent être très étendues et aboutir, indirectement, à confier principalement un enfant à ce tiers si son intérêt le commande. La solution est extrêmement pragmatique, même si on peut évidemment s'interroger sur le point de savoir si l'on ne dénature pas la notion de « relations personnelles », utilisée par la loi, mais, dans le même

(116) Bruxelles, 2 mars 2009, *T.J.K.*, 2009/4-5, p. 339, point 1.3.

(117) Aucune décision en ce sens n'a toutefois, à notre connaissance, été publiée. On a en revanche indirectement connaissance, via l'arrêt n° 93/2012 prononcé le 12 juillet 2012 par la Cour constitutionnelle, d'une décision du tribunal des référés de Liège ayant accordé un droit aux relations personnelles très étendu (une semaine sur deux) à une femme mariée à une autre femme avec laquelle elle avait eu un projet parental commun mais qui se heurtait au refus de la mère biologique de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée de consentir à ce qu'elle adopte l'enfant pour en devenir la co-parente, le couple s'étant séparé entretemps. Une procédure en divorce avait été introduite et la conjointe de la mère avait obtenu en référé un droit étendu aux relations personnelles. Cf. C.C., 12 juillet 2012, arrêt n° 93/2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/1, pp. 153 et s., note S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale ».

(118) Aux conditions décrites ci-dessus, n°s 13 et s.

temps, non définie par celle-ci(119). Dans des arrêts portant sur le cas certes plus particulier du droit aux relations personnelles demandé par le père biologique de l'enfant(120), la Cour d'appel de Bruxelles a quant à elle rappelé que le droit aménagé par l'article 375*bis* du Code civil ne devait pas être confondu avec un hébergement secondaire de l'enfant(121) et a, dans une autre espèce, réformé en appel un jugement par lequel le juge de la jeunesse avait accordé au père biologique qui s'occupait de son enfant délaissé par ses parents légaux un « droit aux relations personnelles à travers toute l'année civile ». La Cour d'appel de Bruxelles avait en effet requalifié d'« hébergement » cette situation de fait, en indiquant que « le séjour permanent de l'enfant, sept jours sur sept, "à travers toute l'année civile", ne respecte ni la portée, ni la finalité de l'article 375*bis* du Code civil »(122). Elle avait en revanche considéré que le tribunal, s'il était valablement saisi par la mère, le père ou encore le procureur du Roi sur base de l'article 387*bis* du Code civil, pouvait « confier l'hébergement principal de l'enfant à un tiers », puisqu'il peut prendre « toute disposition relative à l'autorité parentale », distinguant ainsi « la question de savoir qui peut saisir le juge d'une demande fondée sur l'article 387*bis* du Code civil » de celle « de savoir ce que le juge peut décider, à la demande d'un des parents ou du procureur du Roi »(123).

Force est de constater que, dans l'état actuel de notre droit positif, on est contraint de recourir à des constructions jurisprudentielles qui restent toutes très fragiles(124), en l'absence de cadre légal dans lequel de telles actions pourraient se mouvoir, cadre légal que l'on ne peut qu'appeler de nos vœux.

(119) Les travaux préparatoires n'apportent guère de précisions quant aux contours de la notion et à l'étendue de ce droit. Le droit aux relations personnelles est généralement présenté par la doctrine comme le droit à l'entretien de *contacts*, sous diverses formes, en raison du lien d'affection qui unit l'enfant à l'adulte.

(120) Voy. *infra*, n^{os} 25 à 27.

(121) Bruxelles (jeun.), 22 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/2, p. 413.

(122) Bruxelles (jeun.), 23 mai 2012, inédit, R.G. n^o 2011/JR/215.

(123) *Ibid.*

(124) A. DE WOLF et F. APS, « Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde », note sous Trib. jeun. Ypres, 30 mars 2001, *E.J.*, 2004/4, pp. 54-64 ; R. VASSEUR, « Over het (gebrek aan) grootouderlijk vorderingsrecht inzake ouderlijk gezag », note sous Bruxelles, 2 mars 2009, *T.J.K.*, 2009/4-5, pp. 347-350 ; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 323-330.

SECTION 3. UN « TIERS » PARTICULIER : LE PARENT BIOLOGIQUE « EN ATTENTE » DE FILIATION

25. Parmi les tiers au lien de filiation, il en est un qui exige, selon nous, qu'on lui réserve une place à part dans l'analyse : le père biologique – ou se prétendant tel – dont le lien de filiation n'est pas encore établi. Il est en effet un « tiers », mais un « tiers (*a priori*) temporaire » dès lors que ce statut est appelé soit à céder la place à celui de « parent » dès que le lien de filiation viendra à être juridiquement établi, soit, s'il s'avérait, dans le cadre de l'action relative à la filiation, qu'il n'est finalement pas le père biologique de l'enfant, à ne plus avoir de fondement à revendiquer de droits envers l'enfant (125).

Il n'est donc pas (encore) un « parent », ni d'ailleurs un « apparenté » ; il n'est pas non plus un simple « donneur d'engendrement », dès lors que sa contribution à la naissance de l'enfant ne résulte pas d'un simple don de gamètes et qu'il est appelé à occuper une place dans la vie de l'enfant ; il n'est pas non plus un tiers assumant une fonction de parentalité au sens retenu ci-dessous (126), à savoir des fonctions de soins et d'éducation de l'enfant (si tel était le cas, il n'aurait *a priori* nul besoin de revendiquer judiciairement un droit aux relations personnelles avec l'enfant).

26. Sa place et son statut pourraient être étudiés sous plusieurs angles (127), mais la question qui nous intéresse ici est celle de savoir si le père biologique peut recevoir la protection juridique d'un lien interpersonnel qu'il souhaiterait créer ou maintenir avec son enfant, dont il est établi qu'il est le géniteur ou potentiellement le géniteur, mais dont il n'est pas (encore) le père légal, parce que le lien de filiation *n'a pas encore pu être établi* – une demande est pendante en ce sens auprès du tribunal compétent, et le lien de filiation est donc « en attente » – ou parce qu'il *ne pourra jamais*

(125) On peut supposer que cette dernière possibilité se réalise plus rarement, dès lors que si un homme se bat judiciairement pour établir son lien de paternité, il le fait parce qu'il a de bonnes raisons de croire qu'il est le père biologique de l'enfant.

(126) Voy. *infra*, n^{os} 28 et s.

(127) Ainsi, par exemple, les moyens dont il dispose pour établir sa filiation ou les actions qui peuvent être dirigées contre lui à cette fin, mis en place par la loi et interprétés à la lumière des arrêts de la Cour constitutionnelle ; l'obligation alimentaire naturelle à laquelle il peut s'être engagé ; la pension alimentaire qu'il peut être amené à verser à l'enfant au terme d'une action alimentaire non déclarative de filiation (art. 336 C. civ.).

être établi – en raison de l'expiration d'un délai de prescription (128), de l'existence d'une fin de non-recevoir ou autres obstacles à l'établissement de la filiation (129), ou encore d'une décision judiciaire qui s'est déjà prononcée et a refusé l'établissement du lien.

La jurisprudence se montre généralement favorable à l'octroi d'un droit aux relations personnelles au père biologique qui cherche ou a cherché à établir un lien de filiation avec l'enfant dont il n'est pas ou plus contesté qu'il est le géniteur (130).

L'existence d'un lien de sang entre l'enfant et l'homme qui revendique ce droit au contact n'est à cet égard pas de nature à le distinguer des autres tiers (131). Il tombe donc, pour l'application de

(128) Sachant que tous les délais de prescription n'ont pas été déclarés inconstitutionnels (cf. N. GALLUS, « L'établissement ou la contestation de la filiation : possession d'état et délais », in *Le présent ouvrage*, pp. 95 et s. ; J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Le présent ouvrage*, p. 21, n° 14).

(129) Si la possession d'état ne peut plus constituer un obstacle absolu à la contestation d'une filiation depuis les arrêts prononcés sur ce point par la Cour constitutionnelle, il reste d'autres obstacles posés par la loi quant à l'établissement de la filiation, telle que l'impossibilité pour le géniteur reconnu coupable d'un fait visé à l'article 375 du Code pénal, commis sur la personne de la mère pendant la période légale de conception, d'être autorisé judiciairement à reconnaître l'enfant si la mère n'y consent pas selon la procédure prévue à l'article 329bis, § 2, alinéa 4, du Code civil.

Par ailleurs, dès lors que, en suite des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle le 16 décembre 2010 (arrêt 144/2010) et le 7 mars 2013 (arrêt 30/2013, concernant l'article 332quinquies du Code civil), le tribunal saisi d'une demande d'autorisation de reconnaissance prévue à l'article 329bis du Code civil doit apprécier si l'établissement de la filiation n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant de moins ou de plus d'un an, il est tout à fait possible qu'un homme qui est le père biologique d'un enfant ne soit pas autorisé à en devenir le père juridique. Voy. not. J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. "C'est quand qu'on va où ?" », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 106 et s.

(130) *Contra* : Trib. jeun. Charleroi, 1^{er} décembre 1997 et 15 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1221 et 1222, note C. COUQUELET. Dans ces deux espèces, le juge disqualifie la demande introduite par le père biologique sur pied de l'article 375bis du Code civil, au motif (erroné selon nous) que cette disposition n'a pas été prévue pour les géniteurs, et qu'elle reviendrait à conférer au père des attributs de l'autorité parentale, découlant du seul lien de filiation (dans le premier cas, une demande d'établissement de la filiation était pendante devant le juge civil ; dans le second, le juge renvoie le demandeur à la possibilité de reconnaître l'enfant). Ces décisions ne peuvent être approuvées : elles opèrent une confusion entre le droit aux relations personnelles des tiers qui ne relève, ni n'empiète sur l'autorité parentale, et les attributs de cette autorité.

(131) Dans un jugement rendu le 21 janvier 2003, le tribunal de la jeunesse d'Anvers se réfère toutefois aux liens biologiques pour fonder sur le « droit naturel » le droit au contact personnel du géniteur de l'enfant qui serait *essentiellement* et non pas *virtuellement* appelé à entretenir des relations personnelles avec l'enfant, de sorte qu'il ne doit pas démontrer de lien affectif préexistant avec l'enfant. Cette position, qui prend des libertés avec le prescrit légal de l'article 375bis du Code civil, semble s'expliquer ici par le souci du juge de contourner l'impasse théorique dans laquelle il se trouvait, dans une espèce où le père biologique réclamait de pouvoir *initier* une relation personnelle avec l'enfant dès son plus jeune âge, dans l'attente de l'issue de la procédure dirigée contre la reconnaissance mensongère faite

l'article 375*bis* du Code civil, dans la catégorie des « toutes autres personnes » bénéficiant d'un droit virtuel, et le droit aux relations ne lui sera dès lors octroyé que s'il prouve, d'une part, qu'il existe entre lui et l'enfant un lien affectif privilégié et, d'autre part, que l'exercice de ce droit correspond à l'intérêt de l'enfant (132).

Dans un arrêt prononcé le 7 octobre 2004, le juge d'appel bruxellois de la jeunesse considère que le lien d'affection est suffisamment établi par la circonstance que l'homme, dont il n'est pas contesté qu'il est le père biologique, a vécu avec l'enfant durant ses dix-huit premiers mois et a encore entretenu des contacts jusqu'à ses trente mois, dans une espèce où la mère refusait de consentir à une reconnaissance (133). Dans son examen de l'existence d'un rapport privilégié entre l'enfant et ce « tiers », le lien biologique non contesté et la place fondamentale occupée par le géniteur dans son histoire de vie en raison de ce lien (qui se traduira peut-être par l'établissement d'un lien de filiation) semblent donc constituer des facteurs centraux pour établir l'existence du lien d'affection particulier exigé.

Mais la même Cour d'appel de Bruxelles a été plus loin lorsqu'elle a considéré que la réalité du lien biologique, combinée à l'introduction, dès avant la naissance, d'une procédure en vue de pouvoir reconnaître l'enfant, peut suffire à établir l'existence d'un lien d'affection particulier (134). Cette Cour considère par ailleurs, dans un arrêt rendu le 13 juillet 2006, qu'il n'est pas nécessaire que ce lien soit réciproque et qu'il ne doit par ailleurs plus nécessairement exister au moment de l'introduction de la demande (135).

par un autre homme, et ne pouvait donc encore prouver l'existence d'un lien affectif *préexistant* (Trib. jeun. Anvers, 21 janvier 2003, *R.A.B.G.*, 2003, p. 941, note A. HEREMANS). Cette difficulté aurait pu être résolue si, comme l'a indiqué la Cour de Cassation (dans un arrêt rendu, il est vrai, bien après ce jugement), le tribunal avait considéré qu'il avait la possibilité d'instaurer un droit aux relations personnelles même lorsque le lien d'affection particulier n'existe pas encore (Cass., 16 janvier 2009, *R.A.B.G.*, 2009/12, p. 858, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN ; *T. Fam.*, 2009/5, p. 91, note R. VASSEUR). Voy. *supra*, n° 17 et ci-dessous.

(132) Voy. N. MASSAGER, « Droit aux relations personnelles des tiers », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 548, pp. 476-479.

(133) Bruxelles (jeun.), 7 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005/3, p. 844.

(134) Bruxelles (jeun.), 9 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/2, p. 537.

(135) Bruxelles (jeun.), 13 juillet 2006, *J.L.M.B.*, 2007/2, p. 63. La Cour ordonne toutefois un examen médico-psychologique de l'enfant, avant de statuer définitivement quant au fond. Semblable raisonnement est tenu dans un arrêt ultérieur, du 22 juin 2011 : Bruxelles (jeun.), 22 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/2, p. 413. Voy. égal. Cass., 16 janvier 2009, *R.A.B.G.*, 2009/12, p. 858, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, *T. Fam.*, 2009/5, p. 91, note R. VASSEUR.

Ces deux éléments (lien biologique non contesté et rôle qu'il est amené à jouer dans la vie de l'enfant) semblent donc faire du père biologique, dans la mise en œuvre de l'article 375*bis* du Code civil également, un « tiers à part ».

En revanche, le caractère incertain de la paternité biologique, et partant, la possibilité que cet homme puisse ne jamais devenir le père juridique de l'enfant, a pu inciter le tribunal de la jeunesse de Bruxelles à rejeter la demande d'un homme qui se prétendait être le père de l'enfant et avait introduit une procédure judiciaire visant à établir son lien de filiation, sachant qu'il n'avait plus eu de contacts avec l'enfant depuis trois ans, mais qu'il était attesté par ailleurs qu'il avait cohabité avec l'enfant durant la première année de sa vie et entretenu des liens étroits avec lui jusqu'à ses deux ans et deux mois(136). Cette position nous semble donner une arme de poids à la mère non mariée qui, en refusant de consentir à la reconnaissance de l'enfant et en s'opposant à l'établissement d'un lien juridique de filiation même lorsqu'elle n'a aucun ou peu de doutes sur la réalité de l'engendrement de celui-ci, pourrait ainsi retarder aussi l'établissement de liens affectifs entre le père et l'enfant(137). On approuvera dès lors plutôt la position de la Cour d'appel de Bruxelles(138) qui a considéré qu'un droit aux relations personnelles peut être octroyé à l'homme qui revendique la filiation nonobstant le risque que cette relation prenne fin au cas où la

(136) Trib. jeun. Bruxelles (8^e ch.), 28 mars 2012, inédit, R.G. 1729/2011/8C.

(137) Il appartient certes au tribunal saisi d'une demande d'autorisation de reconnaissance par le père biologique (art. 329*bis* C. civ.) d'examiner si l'établissement du lien juridique de filiation n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant (*cf. supra*, note 129). On ne peut néanmoins que souhaiter que, dans le contexte de ce contrôle tel qu'il est induit des arrêts de la Cour constitutionnelle du 16 décembre 2010 et du 7 mars 2013, les tribunaux continueront après ces arrêts à considérer que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant doit s'opérer en fonction de l'objet de l'action, à savoir reconnaître à l'enfant un état juridique qui correspond au lien de filiation biologique, et non en fonction de l'exercice des droits dérivés de la filiation, tels que l'exercice de l'autorité parentale et le droit d'hébergement, sachant que les difficultés à ce propos peuvent être prises en compte par le tribunal de la jeunesse ou désormais de la famille une fois le lien de filiation établi (en ce sens, Bruxelles (3^e ch.), 9 novembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 656 ; Civ. Bruxelles (12^e ch.), 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1067 ; Liège, 7 juin 2010, inédit, R.G. 2009/668 et R.G. 2009/1216, disponible en ligne sur <http://www.legalworld.be>) ; voy. égal. J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. "C'est quand qu'on va où ?" », *op. cit.*, p. 110, n° 11.

On remarquera que lorsque la mère est mariée, elle n'a pas la possibilité de s'opposer à l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant en brandissant une contrariété à l'intérêt de l'enfant, ce qui ne pose pas question... (J. SOSSON, *ibid.*, p. 109, n° 10). En revanche, une appréciation de l'intérêt de l'enfant sera réalisée si un homme revendique la paternité de l'enfant issu d'une femme mariée via une action en contestation – établissement de la paternité en application des articles 318, § 5, et 332*quinqies*, du Code civil.

(138) Bruxelles (jeun.), 9 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/2, p. 537.

procédure en établissement de la filiation aboutirait à un rejet, la Cour considérant qu'il serait plus préjudiciable à l'enfant de devoir attendre des mois avant de pouvoir établir un contact avec son père que d'avoir des contacts sans plus tarder, même s'ils doivent être interrompus suite à une issue défavorable de la procédure en reconnaissance de paternité.

Par ailleurs, dès lors que, même lorsqu'un droit est reconnu au père biologique, son exercice est toujours soumis à l'appréciation par le juge de ce que commande l'intérêt de l'enfant, c'est par cette appréciation que certains tribunaux ont parfois refusé d'accorder un droit aux contacts au motif que l'intrusion du père biologique dans la vie de l'enfant risquerait de déstabiliser la cellule familiale constituée avec ses parents légaux (139).

27. La jurisprudence a par ailleurs rappelé que, comme les grands-parents ou les autres tiers (140), pour obtenir par jugement un droit aux relations personnelles, le père biologique doit être empêché par le(s) titulaire(s) de l'autorité parentale d'entretenir de tels liens (141).

Enfin, lorsqu'il est accordé (142), l'étendue de l'exercice du droit aux relations personnelles reconnu au père biologique peut varier, allant des contacts de quelques heures par mois (143) à un après-midi par semaine (144) dans un espace-rencontre, à des rencontres plus larges, par exemple d'une demi-journée toutes les semaines (145) au domicile

(139) Voy., avant l'introduction de l'article 375bis dans notre Code civil, Bruxelles (jeun.), 15 juin 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995/3, p. 527 ; Liège, 15 juillet 2004, *R.R.D.*, 2004/4, p. 273 : la Cour d'appel de Liège confirme l'ordonnance de référé entreprise, qui refuse de mettre en œuvre, sous le bénéfice de l'urgence, un droit aux relations personnelles réclamé par le père biologique, dès lors que l'accueil de son action pourrait être plus défavorable à l'enfant âgé de six mois que l'absence de suite qui pourrait lui être donnée, dans l'attente d'un jugement sur le fond.

(140) Cf. *supra*, n° 19 et références citées.

(141) Trib. jeun. Charleroi, 8 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/2, p. 698 (le tribunal considère que pour obtenir ce droit par jugement « il ne suffit pas d'être soumis aux décisions des parents, qui ont le droit, eux aussi, de faire valoir leurs souhaits dans le respect des droits des enfants », et que le père biologique se plaignait à tort d'être soumis à la volonté des uns et des autres alors que la mère était jusqu'à l'action « parvenue à gérer une situation délicate de manière adéquate puisque les enfants semblent épanouies », dans une situation où les enfants avaient un père légal – le mari de leur mère – alors qu'un autre homme était et avait toujours été considéré comme le père biologique des enfants).

(142) Le droit aux relations personnelles du père biologique peut, tout comme le droit des grands-parents et des autres tiers, faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée, sur base de l'article 387ter du Code civil. Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 2 avril 2010, *Act. dr. fam.*, 2010/7, p. 141.

(143) Bruxelles (jeun.), 9 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/2, p. 537.

(144) Bruxelles (jeun.), 7 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005/3, p. 844.

(145) Bruxelles (jeun.), 22 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/2, p. 413.

du demandeur. Comme évoqué plus généralement ci-dessus(146), la Cour d'appel de Bruxelles a considéré qu'en aucun cas par ailleurs, le droit aménagé par l'article 375*bis* du Code civil ne peut être confondu avec un hébergement secondaire de l'enfant(147) et a même été jusqu'à requalifier d'« hébergement » un séjour d'une semaine sur deux accordé à un père biologique sur base de l'article 375*bis* du Code civil. Elle a en revanche admis que, si le tribunal est valablement saisi par un des titulaires de l'autorité parentale ou le ministère public, elle pouvait aller jusqu'à confier l'hébergement principal de l'enfant au père biologique(148).

SECTION 4. LE STATUT JURIDIQUE DU TIERS PARTICIPANT À L'ÉDUCATION DE L'ENFANT

28. Les nombreuses recompositions familiales existant aujourd'hui impliquent que de nombreux enfants évoluent dans une cellule familiale où leur parent vit avec un nouvel époux/épouse ou partenaire, et partagent dès lors une partie de leur quotidien avec un « beau-père » ou une « belle-mère » (voire les deux). À la différence des tiers précédemment étudiés(149), il s'agit ici de réfléchir au statut d'un tiers qui exerce dans la vie de l'enfant, à côté de ses parents légaux, une fonction de *parentalité*, c'est-à-dire une fonction d'éducation et de soins(150).

La singularité de cette relation provient de ce que la relation affective qu'un adulte entretient avec un autre adulte hébergeant son ou ses enfant(s) entraîne une « co-résidence » avec un ou des enfant(s) dont il n'est pas le père ou la mère. Cette « co-résidence »

(146) Cf. *supra*, n° 24.

(147) Bruxelles (jeun.), 22 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/2, p. 413.

(148) Bruxelles (jeun.), 23 mai 2012, inédit, R.G. n° 2011/JR/215. Cf. le commentaire *supra*, n° 24.

(149) Toutefois, d'autres tiers peuvent parfois être amenés à exercer une fonction de parentalité auprès d'un enfant, principalement dans la situation de transfert de la « garde matérielle » à un proche étudiée ci-dessus (nos 22-24) ou d'accueil d'un enfant faisant l'objet d'une mesure de placement. Les tiers se trouvent alors dans une situation analogue à celle envisagée ici, assumant au quotidien des fonctions parentales sans disposer de l'autorité parentale, et certaines des réflexions développées ici peuvent donc leur être appliquées. Un élément important distingue néanmoins ces « tiers hébergeant » du « beau-parent » : la fonction parentale du « tiers hébergeant » vient par définition *remplacer* celle qui n'est pas assumée par le(s) parent(s), alors que celle du « beau-parent » vient *s'ajouter* à celle des parents légaux mais ne s'y substitue pas.

(150) Voy. J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Le présent ouvrage*, pp. 10 et s., n° 5.

n'est pas nécessairement quotidienne puisqu'elle dépend du temps que l'enfant passe avec son propre parent séparé, mais elle implique souvent une participation à des tâches domestiques et éducatives, et une forme de prise en charge « mentale » des enfants durant un certain temps du quotidien (151).

La temporalité est par ailleurs au cœur de la relation beau-parentale : en effet, le beau-parent prend place dans une histoire familiale de l'enfant qui le précède, et il arrive lui-même nanti de sa propre histoire antérieure ; temporalité ensuite car la relation avec l'enfant se construit petit à petit ; temporalité aussi car la relation peut s'inscrire à travers les générations, tout d'abord en ce que les parents du beau-parent peuvent s'impliquer, eux aussi, dans une forme de relation « beau-grand-parentale », et, ensuite, parce que le beau-parent peut souhaiter transmettre son patrimoine ou une partie de celui-ci à l'enfant à son décès. Temporalité, enfin, en ce que la relation beau-parentale dépend de la relation des adultes qui peut prendre fin par séparation ou par décès, avec toute la question alors de l'opportunité, d'une part, et de la façon, d'autre part, de faire perdurer des liens.

La singularité de cette relation est aussi d'être conditionnelle, car elle est le fruit d'une élection réciproque : elle dépend de ce que le beau-parent veut y investir mais aussi de ce que l'enfant veut lui reconnaître comme place.

La difficulté pour le droit est de singulariser cette relation de beau-parent alors qu'elle n'est, aujourd'hui, appréhendée que par le biais de la notion de « tiers », et de parvenir à légitimer un rôle difficile à définir et à incarner.

§ 1. *De lege lata*

29. Le beau-parent n'a, *de lege lata*, aucun droit ou devoir envers cet enfant (hormis un droit aux relations personnelles aux mêmes conditions que tout « tiers », comme précisé ci-dessous), puisque seul le lien de filiation en fait naître (152).

(151) Cf. not. A. MARTIAL, *S'apparenter. Ethnologie des liens de familles recomposées*, Paris, éd. de la Maison des Sciences de l'Homme, 2003.

(152) Voy. J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Le présent ouvrage*, pp. 8-10, n^{os} 3-4.

Aujourd'hui, le beau-parent est comme dans « un angle mort » : il est présent mais n'a pas de visibilité...

Cette difficulté est souvent présentée comme la conséquence d'une logique du « tout » (le beau-parent peut être tenté d'établir un lien juridique de filiation avec l'enfant pour bénéficier de ses effets en adoptant celui-ci, ce qui nie la singularité de la relation beau-parentale et paraît rarement une voie adéquate⁽¹⁵³⁾) ou « rien ».

S'il est correct d'affirmer qu'aucun statut ne lui confère actuellement une existence juridique propre, le droit ne se désintéresse toutefois pas totalement de la relation beau-parentale, et le beau-parent n'est pas dépourvu d'instruments juridiques de droit commun qui peuvent être utilisés pour lui permettre d'assumer juridiquement un certain rôle dans la vie de l'enfant, que l'on synthétisera ici⁽¹⁵⁴⁾.

A. Autorité parentale

30. Seuls les père et mère, dont le lien de filiation est juridiquement établi, sont titulaires de l'autorité parentale. Le beau-parent qui vit avec l'enfant n'a aucun pouvoir de direction ou d'éducation à l'égard de cet enfant.

Il ne peut donc aucunement agir auprès des tiers pour accomplir des actes relevant de la compétence des représentants légaux. Le mandat de droit commun pourrait toutefois être un palliatif que les parents pourraient valablement utiliser pour se faire représenter par le beau-parent auprès des tiers dans certains actes usuels.

(153) Cf. *ibid.*, n° 5.

(154) Pour des approfondissements, voy. not. M. BEAGUE, « Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées ? », *J.D.J.*, 2007, 1, 268, pp. 3-21 ; J.-L. RENCHON, « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? », note sous C.A., 8 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004/1, spéc. pp. 191-195 ; J. SOSSON, « Les familles recomposées et le droit : ruptures et défis », in R. STEICHEN et P. DE NEUTER (dir.), *Les familles recomposées et leurs enfants*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1995, pp. 299-312 ; J. SOSSON, « Le statut juridique des familles recomposées en Europe : quelques aspects de droit comparé », in *Les Recompositions familiales aujourd'hui*, collection Essais et Recherches, Paris, Nathan, 1993, pp. 299-312.

B. *Obligations alimentaires*

31. Si le beau-parent n'est légalement pas tenu de participer à l'entretien de l'enfant avec lequel il vit, il peut néanmoins être amené à contribuer d'une manière ou d'une autre à cet entretien.

Ainsi, le partage d'une vie commune engendre une participation aux charges du mariage (art. 221, C. civ.) ou aux charges du ménage (art. 1477, § 3, C. civ.) si le beau-parent est marié ou vit en cohabitation légale avec le parent. Ce partage des charges implique que, dans la vie quotidienne, la prise en charge de l'enfant soit aussi en partie assumée par son beau-parent qui participe donc, de manière indirecte, à son entretien.

Par ailleurs, en cas de rupture de la famille recomposée, le mécanisme de l'obligation naturelle novée en obligation civile peut être utilisé pour empêcher le beau-parent de réclamer le remboursement des aliments qu'il aurait spontanément versés durant la vie commune (155), (156).

En outre, les articles 203, § 3, et 1477, § 5, du Code civil prévoient l'obligation respectivement du conjoint et du cohabitant légal survivants de subvenir aux aliments de leurs beaux-enfants mineurs après le décès de leur partenaire, dans la limite de ce qu'ils ont recueilli dans la succession de leur conjoint ou cohabitant légal prédécédé et des avantages que celui-ci leur aurait consentis par donation, testament, contrat de mariage ou convention.

C. *Inceste*

32. Il existe un empêchement à mariage entre beau-parent et bel-enfant puisque le mariage est prohibé entre les alliés en ligne directe, ascendante ou descendante (art. 161 C. civ.). Cet

(155) J. SOSSON, « Les familles recomposées et le droit : ruptures et défis », *op. cit.*, pp. 63-64 ; J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments... Utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998/3, pp. 509-530.

(156) Pour une présentation de la solution retenue dans certains systèmes de *common law* et une analyse des fondements possibles d'une solidarité alimentaire du beau-parent, voy. D. GOUBAU, « Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle contribution alimentaire », in H. FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre les générations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 163-175. Voy. not. la loi canadienne sur le divorce qui prévoit que la personne qui a vécu avec le(s) enfant(s) de son époux et a agi *in loco parentis* – ce qui ne signifie pas que l'autre parent doit être absent, mais que le beau-parent s'est investi dans un véritable rôle parental aux côtés de son conjoint – est tenue d'une obligation alimentaire à l'égard des enfants lors de la séparation.

empêchement subsiste en principe même après dissolution par décès ou divorce du mariage qui a créé l'alliance. Néanmoins, depuis la loi du 15 mai 2007(157), cette interdiction a perdu son caractère absolu. Désormais, cet empêchement peut faire l'objet de la dispense par le Roi « pour des causes graves », prévue à l'article 164 du Code civil.

Encore faut-il qu'il y ait eu mariage entre le beau-parent et le parent de l'enfant, car à défaut, aucun empêchement n'existe.

Il n'existe par ailleurs aucun empêchement à mariage entre les enfants élevés au sein de la même famille recomposée s'ils n'ont entre eux aucun lien juridique (« quasi-frères et sœurs »)(158).

La loi pénale érige quant à elle en circonstance aggravante de l'infraction d'attentat à la pudeur commis sur un enfant de moins de seize ans, le fait de cohabiter occasionnellement ou habituellement avec la victime et d'avoir une autorité sur elle (art. 372, al. 2, 2^{ème} phrase, C. pén.).

D. *Droits successoraux*

33. Les beaux-enfants n'ont pas de vocation à hériter de leur beau-parent. Comme le développe F. Tainmont dans cet ouvrage(159), il n'existe aucun droit successoral légal en faveur des beaux-enfants ou des beaux-parents. Les libéralités qui peuvent leur être consenties doivent l'être dans les limites de la réserve héréditaire, d'une part, et des conditions particulières à chaque région doivent être remplies pour qu'elles ne soient pas fiscalement ruineuses, d'autre part(160). Ce qui explique la tentation du recours à l'adoption simple, voire plénière, comme moyen de transmission patrimoniale des biens entre le beau-parent et le bel-enfant(161). Un nouvel

(157) Loi du 15 mai 2007 modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *M.B.*, 29 juin 2007, p. 35863.

(158) Cf. égal. *supra*, n° 6. Voy. égal. A.-Ch. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », in *Le présent ouvrage*, pp. 131 et s.

(159) F. TAINMONT, « Filiation et succession », in *Le présent ouvrage*, pp. 170 et s., n°s 20 et s.

(160) *Ibid.*, n° 27.

(161) *Ibid.*, n°s 22-24. On mentionnera que le phénomène semble massif en France : 64 % des adoptions françaises sont des adoptions simples, et, parmi celles-ci, 80 % sont le fait de beaux-parents et la grande majorité d'entre elles concernent des enfants majeurs (Enquête adoption 2007, Ministère de la Justice, S.D.S.E, citée par M. BEAGUE, J. HOUSSIER, S. M. FERRIÉ et M. SAULIER, « Beau-parent, co-parent », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 81, note 50).

exemple de l'attractivité de la filiation « faute de mieux » mais inadéquate... (162)

E. Droit aux relations personnelles après rupture

34. La rupture du couple entraîne aussi la décomposition de la famille recomposée. Des liens affectifs privilégiés peuvent parfois s'être noués dans la relation beau-parentale, et engendrer une (nouvelle) séparation douloureuse pour l'enfant.

Notre droit n'accorde aucun instrument spécifique pour protéger juridiquement le lien qui s'est créé et dont le maintien serait voulu par le beau-parent malgré le refus du parent légal. L'article 375*bis* du Code civil pourrait toutefois dans ce cas être mobilisé avec succès, à condition de prouver, comme tout autre tiers, l'existence du lien d'affection particulier et la conformité de l'exercice du droit aux relations personnelles avec l'intérêt de l'enfant.

La jurisprudence publiée concerne essentiellement sur ce point le maintien de la relation entre l'enfant et l'ex-partenaire lesbienne de sa mère qui élevait l'enfant conçu à la suite d'un projet parental commun. L'article 375*bis* du Code civil était en effet, avant la loi de 2006 rendant possible l'adoption par les personnes de même sexe, le seul moyen pour cette femme de recevoir la protection juridique de la relation entretenue avec l'enfant, relation qui ne pouvait alors être conçue – de manière inadéquate selon nous (163) – qu'en termes de beau-parentalité (164).

En France, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 (qui a ouvert le mariage et l'adoption aux couples de même sexe) a aussi modifié l'article 371-4, alinéa 2, du Code civil, qui prévoit que « si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non », pour y ajouter « en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation et a noué avec lui des relations stables ». Il y va d'une reconnaissance, à vrai dire essentiellement symbolique, non d'un statut, mais de la spécificité de la relation beau-parentale. On relèvera néanmoins que le choix n'a pas été

(162) Voy. J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Le présent ouvrage*, pp. 8 et s., n°s 4-6.

(163) *Ibid.*, n° 17.

(164) Voy. not. *supra*, note 64.

posé d'en faire, à l'instar des ascendants, une personne dont on présume qu'il est de l'intérêt de l'enfant qu'il ait, avec elle, des relations personnelles.

F. Les conséquences du décès du parent légal

35. En cas de décès du parent légal, l'autorité parentale est intégralement conférée au parent survivant et l'hébergement est entièrement assumé par celui-ci. L'absence de statut légal du beau-parent peut conduire à des situations humaines extrêmement compliquées, notamment lorsque l'enfant était hébergé principalement par le parent prédécédé, et partageait davantage la vie de son beau-parent que celle de son parent survivant.

Seul un droit aux relations personnelles, dont il appartient au juge de fixer l'étendue et les modalités au regard de l'intérêt de l'enfant, peut, dans l'état actuel de notre droit positif, être reconnu à ce beau-parent(165). Il n'existe en revanche pas de mécanisme légal permettant, dans ce cas, d'attribuer la garde matérielle de l'enfant au beau-parent, sauf à utiliser les fragiles « montages » évoqués précédemment(166).

Dans l'hypothèse où les deux parents sont décédés, ou dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale, situation qui donne lieu à l'ouverture d'une tutelle, il pourrait par contre être envisagé que le beau-parent soit désigné comme tuteur si cette désignation est conforme à l'intérêt de l'enfant. Le partenaire du beau-parent, s'il est le dernier à exercer l'autorité parentale, peut d'ailleurs avoir exprimé sa volonté en ce sens par le biais d'une tutelle testamentaire, prévue par l'article 392 du Code civil.

(165) Voy. Gand, 30 juin 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 74, qui accorde un droit aux relations personnelles au beau-père (et père de la demi-sœur de l'enfant) sur le fils du précédent mariage de son épouse défunte, à titre « d'essai » avec enquête complémentaire concernant le déroulement des visites. Dans un jugement du tribunal de la jeunesse de Bruxelles rendu le 28 mai 1999, le droit aux relations personnelles postulé par la seconde épouse du père décédé est en revanche refusé en l'absence de lien affectif réciproque. Le juge précise qu'« obliger l'enfant à reprendre contact avec sa belle-mère après le décès du père qui constituait le trait d'union entre l'enfant et celle-ci reviendrait à anéantir les efforts de l'enfant pour tenter de faire le deuil de son père » (Trib. jeun. Bruxelles, 28 mai 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 455).

(166) Cf. *supra*, n^{os} 22-24.

§ 2. *De lege ferenda : quel « statut » ou quels droits pour le beau-parent ?*

36. Si notre droit n'est pas dépourvu d'instruments juridiques pouvant être mobilisés par le beau-parent, force est de constater que leurs conséquences sont relativement limitées et n'ont aucunement été pensées pour ce genre de situations. Ils ne résolvent en rien la question de la place particulière de ce « tiers » qui partage (une partie de) la vie de l'enfant. Ne faudrait-il pas dès lors aller plus loin, et reconnaître un « statut » spécifique au beau-parent ?

Alors même que plusieurs propositions de modification législative en vue de créer un « statut à part » au beau-parent ont été déposées, on constate qu'elles peinent à aboutir en Belgique (et plus généralement en Europe d'ailleurs (167)). Ce n'est sans doute pas sans lien avec les revendications homoparentales : les propositions de loi relatives à la « parentalité sociale » (168) avaient été initialement déposées à un moment où les deux partenaires d'un couple de même sexe ne pouvaient adopter et où, partant, la possibilité pour le partenaire du parent légal de disposer de certains droits en tant que « tiers privilégié » aurait pu constituer une avancée. Elles semblent avoir perdu de leur urgence politique depuis que l'adoption est ouverte aux couples de même sexe et permet donc aux deux partenaires de devenir des « co-parents » égaux en droits et en devoirs envers l'enfant.

Il n'est pas possible d'analyser ici tous les enjeux et questions que pose la définition d'un statut du beau-parent. Une telle étude dépasse le cadre de la présente analyse. On se bornera à mentionner que la création d'un « statut » comme tel est très délicate, et peut-être même une « fausse bonne idée », car elle reviendrait à enfermer au sein d'un carcan rigide une diversité de situations qui exigent au contraire de la souplesse ; elle n'est d'ailleurs pas souhaitée par tous les beaux-parents, de sorte qu'il semble qu'une attribution de certains droits ou devoirs ne devrait se faire que

(167) Voy. M. BEAGUE, J. HOUSSIER, S. M. FERRIÉ et M. SAULIER, « Beau-parent/co-parent », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 71 et s.

(168) Pour une présentation détaillée et une analyse approfondie des solutions proposées par les propositions déposées sous les précédentes législatures, voy. M. BEAGUE, « Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées ? », *op. cit.*, et J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, pp. 125-132.

sur une base volontaire(169)... Il s'agirait sans doute plutôt de réfléchir à mettre une constellation de droits et de devoirs à disposition de ce « tiers particulier » en veillant à assumer ce qui peut apparaître comme un paradoxe lorsque la recomposition familiale s'opère après séparation ou divorce : il faut parvenir à la fois à veiller au maintien de la relation de l'enfant avec ses deux parents, dans le cadre d'un exercice en principe conjoint de l'autorité parentale par les parents séparés, et créer une place, à part, qui ne concurrence pas celle des parents, pour le beau-parent...

37. C'est d'abord dans le champ de la vie quotidienne, eu égard à la place occupée par le beau-parent dans l'éducation de l'enfant, qu'il conviendrait sans doute de légitimer, notamment à l'égard des tiers (administration, école, médecin, ...), les actes qu'il peut être amené à poser, par exemple par une forme de délégation du pouvoir de réaliser des actes usuels. Une solution inspirante pourrait être de créer un « mandat d'éducation quotidienne », comme le suggère le rapport « Filiation, origines, parentalité », récemment remis par I. Théry et A.-M. Leroyer à la demande du Ministère français des Affaires sociales et de la Santé, qui s'est notamment interrogé et positionné sur la place à reconnaître au beau-parent dans les familles recomposées(170). Un tel mandat pourrait être accordé par l'un des parents à son partenaire pour les actes usuels (ceux qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant), sans qu'une telle mesure n'empiète sur les droits de l'autre parent dès lors qu'il s'agit simplement pour le premier de partager avec son partenaire la parcelle de droits dont lui-même dispose par rapport aux actes quotidiens relatifs à la personne de l'enfant(171).

Certaines familles souhaiteraient peut-être aller plus loin, et offrir au beau-parent la possibilité de prendre part aux décisions relatives à la vie de l'enfant. Le droit français pourrait être, sur

(169) Le caractère éminemment électif de la relation beau-parentale justifie en effet qu'aucune solution juridique ne soit imposée au beau-parent. Il y va du respect de l'intérêt de l'enfant. Voy. aussi N. GALLUS, « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », *Rev. dr. ULB*, 2008, p. 158.

(170) I. THÉRY (prés.) et A.-M. LEROYER (rapp.), « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/include_html/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf.

(171) Le rapport suggère par ailleurs la création d'un « certificat de recomposition familiale » destiné à faire la preuve de la qualité de beau-parent et à attester l'existence du (des) mandat(s) (un mandat devrait être prévu pour chaque enfant).

ce point, source d'inspiration : le mécanisme de la « délégation-partage » de l'autorité parentale du Code civil français (172) pourrait inspirer le législateur belge (173) pour mettre en place des possibilités de partage avec le beau-parent des fonctions éducatives qui appartiennent aux parents, ou encore, dans certaines circonstances exceptionnelles, celui de la « délégation-transfert », qui pourrait permettre de lui confier certaines fonctions qui ne seraient plus assurées par l'un des parents (174).

Une situation qui devrait aussi nécessairement être envisagée par un dispositif légal définissant la place du beau-parent est la question du maintien de la relation après décès du parent. Cette question se pose avec une acuité particulière lorsque l'enfant vivait essentiellement au sein de la cellule familiale formée par le parent prédécédé et le nouveau conjoint ou cohabitant de ce dernier (175). Il conviendrait, selon nous, de pouvoir, dans une telle hypothèse, faire exception au principe selon lequel l'autorité parentale est alors exercée entièrement par le parent survivant et prévoir des possibilités de confier l'hébergement de l'enfant au beau-parent avec qui celui-ci avait l'habitude de vivre lorsque le parent prédécédé disposait de l'hébergement principal et si l'intérêt de l'enfant le commande. Les mécanismes de la délégation-partage et de la délégation-transfert pourraient ici aussi être mis en œuvre et être accordés par le juge à la demande du beau-parent ou suite à la convention homologuée du vivant des parents (176).

Mais réfléchir à la mise en place de tels mécanismes n'est sans doute pas évident en Belgique car cela supposerait de se départir de la conception actuelle de l'autorité parentale comme échappant à des possibilités de délégation volontaire au nom, notamment, de son caractère d'ordre public.

(172) Art. 377 et s., C. civ. fr. Voy. Cass. fr. (1^{re} civ.), 24 février 2006, n° 04-17.090 ; Cass. fr. (1^{re} civ.), 16 avril 2008, *Bull. civ. I*, n° 106 ; Cass. fr. (1^{re} civ.), 8 juillet 2010, *Bull. civ. I*, n° 158.

(173) Comme l'indique le rapport d'I. THÉRY et A.-M. LEROYER, les dispositions légales actuelles du Code civil français ne sont pas cohérentes et il conviendrait de procéder à une réécriture pour qu'elles puissent adéquatement répondre aux besoins des beaux-parents dans les familles recomposées. I. THÉRY (prés.) et A.-M. LEROYER (rapp.), *op. cit.*, pp. 294-298.

(174) Art. 377 C. civ. fr.

(175) *Cf. supra*, n° 35.

(176) I. THÉRY (prés.) et A.-M. LEROYER (rapp.), *op. cit.*, pp. 299-301.

CONCLUSION

38. Hors filiation, point de statut ! La paraphrase peut paraître à la fois téméraire et simpliste. Elle nous semble résumer la situation juridique des différents tiers au lien de filiation au terme de cette analyse.

Il existe une réelle difficulté, pour le droit belge actuel, à définir les effets juridiques que pourraient ou devraient avoir d'autres liens familiaux que ceux qui sont issus de la filiation. Par voie de conséquence, parce qu'elle est la seule « notion » ou « catégorie » connue du droit et clairement organisée dans ses conditions et dans ses effets, la filiation a tendance à être mobilisée aussi là où il faudrait sans doute que notre droit parvienne à faire une place à part à des liens et à des rôles qui, justement, ne relèvent pas de ce statut.

Mais la difficulté est grande car sous ce vocable de « tiers », se retrouvent des personnes qui occupent des places très différentes, allant, comme on l'a vu, du donneur d'engendrement, au beau-parent, en passant par les parents et alliés, ou encore le géniteur en attente d'établissement d'un lien juridique de filiation.

Dans l'ordre familial institué en 1804 par le Code civil autour du mariage, et de lui seul, le droit avait pour mission d'assigner à chacun sa place. Les profonds changements sociologiques et juridiques de ces cinquante dernières années, et notamment l'aspiration à l'auto-détermination, ont profondément modifié cette perception. Aujourd'hui, la loi familiale ne dit plus ce que la famille doit être mais est censée organiser un espace de liberté pour chacun des membres de la constellation familiale, espace dont les frontières contraignantes s'estompent au fil du temps et où le juge, lorsqu'il doit bien arbitrer les conflits (la promotion de modes alternatifs de règlement du conflit familial indiquant qu'il devrait le faire le moins souvent possible), est chargé d'une mise en balance des intérêts en présence.

Dans ce contexte nouveau, si le mariage et la filiation apparaissent encore comme étant des éléments fondateurs d'une place désignée dans l'ordre familial, non seulement au premier degré (la place d'époux ou épouse, et de père ou mère) mais également au-delà, à savoir la place de parents ou d'alliés, force est de constater, d'une part, que cette qualité n'induit plus aujourd'hui légalement que des droits et une solidarité (que ce soit en termes

d'obligations alimentaires ou de transmission successorale) très limitées, et, d'autre part, qu'une multitude de relations significatives se créent hors du mariage et de la filiation et échappent dès lors à toute catégorisation. Peut-on pourtant ignorer totalement comme aujourd'hui les relations que nouent deux enfants élevés au sein d'une même famille qui ne partagent aucun lien génétique par exemple, au motif que leurs parents respectifs ne sont pas mariés et qu'il n'y a donc pas de lien d'alliance ? Peut-on, à l'inverse, ignorer les (seuls) liens biologiques que peuvent partager des enfants qui ne sont pas éduqués ensemble au seul motif qu'ils ne partagent, juridiquement, aucun lien de parenté ou de filiation ? La fraternité, telle qu'elle est perçue et vécue par nos contemporains, se réduit-elle à la définition que le droit en donne ? Dans le même sens, la qualité de grands-parents en droit couvre-t-elle toutes les relations entre des adultes de la seconde génération et les enfants de leurs enfants ou élevés par ceux-ci ? La difficulté est certes que ces relations-là sont multiformes et peuvent difficilement être appréhendées par le droit précisément parce qu'elles ne sont pas fondées sur un lien juridique mais sur la vie en commun, l'affection, la volonté de chacun de s'investir (ou non) dans cette relation et de lui donner sens. Elles semblent construites sur des socles fragiles, et pourtant, par une alchimie complexe et merveilleuse, elles constituent souvent des liens solides et dont l'importance est capitale pour ceux qui les vivent. Un défi pour le droit de la famille de demain sera peut-être de parvenir à leur donner aussi juridiquement l'importance et la protection qu'elles méritent.