

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le principe légal de non-séparation des fratries

Mallien, Michael

Published in:
Famille et jeunesse

Publication date:
2023

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2023, Le principe légal de non-séparation des fratries: contours, réflexions et perspectives . dans *Famille et jeunesse*. Commission Université-Palais, numéro 221, Anthemis, Limal, pp. 95-124.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

3

LE PRINCIPE LÉGAL DE NON-SÉPARATION DES FRATRIES : CONTOURS, RÉFLEXIONS ET PERSPECTIVES

Michaël MALLIEN

professeur à l'EPHEC

chargé de cours invité à l'UNamur

maître de conférences à l'U.L.B.

collaborateur scientifique à l'UCLouvain

avocat au barreau de Bruxelles

Sommaire

Introduction	96
Section 1	
Un droit fondamental des frères et sœurs aux liens personnels : les relations de fratrie dans le cadre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme	96
Section 2	
La loi du 20 mai 2021 : approche générale et champ d'application	99
Section 3	
L'étendue et la mise en œuvre des principes garantissant l'unité des fratries	109
Section 4	
Le droit des frères et sœurs aux relations personnelles	120
Section 5	
L'unité des fratries en cas de tutelle	122
Conclusion	123

Introduction

Si le principe de la non-séparation des fratries, notamment lors des contentieux civils relatifs à l'hébergement de l'enfant lors de la séparation des parents, était déjà bien ancré dans les prétoires, son insertion dans l'ancien Code civil, par la loi du 20 mai 2021, a soulevé de nombreux commentaires. Davantage encore, et malgré sa teneur en deçà des ambitions de ses promoteurs initiaux, elle a profondément affecté les droits de l'enfant lui-même, comme en témoigne sans aucun doute l'arrêt rendu, à peine onze mois après sa promulgation, par la Cour constitutionnelle le 21 avril 2022. Cet arrêt démontre en effet que les règles adoptées par le législateur se sont révélées d'une fécondité certaine, qui s'étend sans nul doute au-delà de ce que leurs auteurs avaient envisagé.

L'importance du texte nouveau, aussi consensuelle que soit l'opinion selon laquelle les fratries ne doivent pas être scindées – surtout à l'heure de la séparation parentale et de l'éclatement de la famille nucléaire qui en résulte –, ne mérite donc pas d'être sous-estimée. Aussi tenterons-nous de mettre en exergue en quoi lesdites dispositions civiles, qui figurent parmi les premières qui s'inscrivent aussi explicitement dans la perspective des droits de l'enfant, s'étendent au-delà du symbolique et induisent même, à certains égards, notamment au niveau procédural, une nouvelle manière d'appréhender les contentieux familiaux en matière d'hébergement¹.

Section 1

Un droit fondamental des frères et sœurs aux liens personnels : les relations de fratrie dans le cadre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

Afin de bien saisir la valeur ajoutée, sur le plan juridique, de la loi du 20 mai 2021, il convient donc de vérifier si, et le cas échéant dans quelle mesure, un droit au maintien des liens personnels est reconnu aux frères et sœurs en droit international et par la Constitution.

Certes, ni la Convention onusienne du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CIDE), ni la loi fondamentale belge ne font mention explicitement des liens de fratrie, alors que la première garantit, en ses articles 7.1, 9.3, 10.2 et 18.1 combinés, le droit d'être éduqué par ses deux parents. Certains auteurs considèrent pour leur part à juste titre que le droit de l'enfant au

¹ Le présent texte reprend largement, mais pas exclusivement, notre contribution : M. MALLIEN, « La loi du 20 mai 2021 relative aux liens personnels entre frères et sœurs : de la poudre aux yeux ou une véritable tentative de renforcement et d'objectivation de la place de l'enfant au sein de sa famille ? », *For. fam.*, 2022, n° 1, p. 3.

maintien de ses relations familiales, qui lui est reconnu spécifiquement par les articles 8.1 et 16 de la CIDE, et dont il bénéficie généralement en vertu des articles 22*bis* de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, implique le droit de ne pas être séparé de ses frères et sœurs². Le Comité des droits de l'enfant a rappelé, dans son Observation générale n° 14 relative à l'intérêt de l'enfant³, l'importance, notamment en cas de séparation entre l'enfant et un de ses parents, de maintenir les liens de fratrie, ainsi que ceux l'unissant à des personnes avec lesquelles il nourrit une «solide relation personnelle»⁴ – ce qui pourrait inclure tous les autres enfants avec lesquels il a vécu. Le Comité ne définit toutefois pas la notion de fratrie et ne précise pas davantage la fréquence ou la nature des contacts requis au minimum, ceux-ci pouvant, au contraire, être écartés par les instances décisionnelles si celles-ci estimaient que l'intérêt de l'enfant le requiert⁵.

L'inclusion des liens de fratrie dans le droit à la vie familiale ressort également de quelques arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans plusieurs affaires, dont les plus connues sont *Olsson*⁶ et *Covezzi et Morselli*⁷, la Cour a considéré que le placement séparé de frères et sœurs, hors de toute nécessité, est susceptible d'entraîner une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les motifs logistiques administratifs ou budgétaires ne justifient nullement un placement séparé des frères et sœurs aux yeux de la Cour. Cette protection des liens de fratrie – y compris partageant uniquement la même mère⁸ – dans le cadre de placements, qui interdit de séparer les enfants sans nécessité, a été confirmée depuis lors dans plusieurs arrêts, dont tout récemment celui rendu dans une affaire *A.I. c. Italie*⁹. La Cour rai-

² R. HEPS, «Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling», *T.B.B.R.*, 2010, p. 286, n° 8, et la jurisprudence strasbourgeoise y citée. *Adde*: E. ALOFS et S. DE BUS, «Broers en zussen in het jeugdrecht», *T. Fam.*, 2021, n° 10, pp. 317-318, n° 21, ainsi que les autres références y reprises.

³ À propos de cette «soft jurisprudence» du Comité des droits de l'enfant, voy. l'excellent article de G. MATHIEU et A.-C. RASSON, «Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant», *Act. dr. fam.*, 2021, n°s 6-7, spéc. pp. 172 et s. Notons que les observations générales du Comité des droits de l'enfant peuvent servir de directives d'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – voy. Cour eur. D.H. 13 septembre 2015, *M. et M. c. Croatie*.

⁴ Observation générale n° 14 du 29 mai 2013 du Comité ONU des droits de l'enfant, n° 53, disponible sur le site internet du Haut-Commissariat des droits de l'homme des Nations Unies, <https://tbinternet.ohchr.org>, spéc. n° 65.

⁵ *Ibid.*, avant-dernière phrase.

⁶ Cour eur. D.H., 24 mars 1988, *Olsson c. Suède*.

⁷ Cour eur. D.H., 9 mai 2003, *Covezzi et Morselli c. Italie*; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 2, Articles 7 à 57 de la Convention, Protocoles additionnels, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 368.

⁸ *Cf. infra*. Le nouveau livre 4 du Code civil, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2022, ne connaît plus les termes «utérins» et «consanguins», reprend uniquement ceux de «demi-frères» et «demi-sœurs» – loi du 19 janvier 2022, *M.B.* 14 mars 2022.

⁹ Cour eur. D.H., 1^{er} avril 2021, *A.I. c. Italie*, spéc. § 94. *Adde*: Cour eur. D.H., 16 février 2016, *Soares de Melo c. Portugal*, spéc. § 114; Cour eur. D.H., 13 octobre 2015, *S. H. c. Italie*, § 46, et les autres décisions

sonne de manière similaire en matière de titres de séjour et d'expulsion d'étrangers qui auraient pour conséquence de séparer la fratrie¹⁰.

En ce qui concerne l'hébergement des enfants, l'arrêt-phare est celui rendu dans une cause nommée *Mustafa et Armağan Akın*, le 6 avril 2010¹¹. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention suite à décision civile, rendue par un juge familial, qui avait confié l'aîné au père et la cadette à la mère, les enfants ne se rencontrant qu'à quelques (rares) occasions.

Les multiples recours du père – y compris devant la Cour de cassation turque – n'y ont rien changé, et ce, malgré la jurisprudence de ce pays selon laquelle il y a lieu (dans la mesure du possible) d'éviter de séparer les frères et sœurs. L'argument du Gouvernement turc, selon lequel les enfants pouvaient se voir vu qu'ils vivaient dans le même quartier, convainc d'autant moins la Cour qu'il n'était pas contesté que la mère empêchait les enfants de se parler chaque fois qu'ils se rencontraient. Les juges strasbourgeois ont dès lors considéré cette situation comme contraire au droit à la vie familiale du père, mais également de l'aîné, lui aussi quérant.

La portée de cet arrêt demeure toutefois incertaine à deux niveaux :

- Tout d'abord, la Cour y insiste particulièrement sur la mise en place du système d'hébergement séparant le frère et la sœur par le tribunal sans qu'aucun des deux parents ne l'eût demandé en tant que tel (chacun réclamait l'hébergement principal des deux enfants)¹². Se pose la question de savoir si la Cour aurait statué dans le même sens si un des parents avait demandé la mise en place d'un tel régime différencié (comme on l'aperçoit parfois dans la pratique). Nous pensons devoir répondre par l'affirmative. D'une part, la Cour fait également état des conséquences psychologiques pour les enfants¹³. D'autre part, les juges strasbourgeois concluent aussi à la violation du droit à la vie familiale dans le chef du frère. Or, la mise en place d'un tel régime par le juge sans qu'il ait été demandé par aucun des parents, ne semble pas pertinente à cet égard.

auxquelles il est référé par la Cour. Voy. également E. ALOFS et S. DE BUS, «Broers en zussen in het jeugdrecht», *op. cit.*, p. 317 ainsi que les arrêts y mentionnés.

¹⁰ Voy. R. HEPS, «Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling», *op. cit.*, et la jurisprudence strasbourgeoise y citée. Voy. cependant Cour eur. D.H., 26 novembre 2013, *Vásquez c. Suisse* (disponible uniquement en anglais), § 46. La Cour y réaffirme toutefois que les relations de fratrie, même entre adultes, relèvent de la vie familiale, l'intensité de celles-ci n'étant prise en compte que dans le cadre du contrôle de proportionnalité de l'ingérence constituée par l'impossibilité de séjourner sur le même territoire. *Adde*: E. ALOFS et S. DE BUS, «Broers en zussen in het jeugdrecht», *op. cit.*, p. 317, qui mentionnent également cet arrêt.

¹¹ Cour eur. D.H., 6 avril 2010, *Mustafa et Armağan Akın c. Turquie* (disponible uniquement en anglais), *J.D.J.*, 2010, p. 38 (reflet) ; voy. également G. WILLEMS, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, n° 1, p. 87, n° 80. *Adde*: notre analyse reprise in M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 194-196, dont certains passages sont repris ici.

¹² Cour eur. D.H., 6 avril 2010, *Mustafa et Armağan Akın c. Turquie*, § 23.

¹³ *Ibid.*, § 25.

- Ensuite, la Cour constate que les enfants ont habité ensemble (ils sont âgés de 12 et 7 ans au moment de la première décision judiciaire), ce qui pose la question de savoir si la haute juridiction aurait conclu à une violation de l'article 8 si tel n'avait pas été le cas¹⁴. Par contre, le caractère germain de la fratrie n'a vraisemblablement pas été déterminant, dans la mesure où la Cour a considéré dans plusieurs affaires que la séparation de demi-frères et demi-sœurs pouvait contrevenir à l'article 8 de la Convention¹⁵.

La jurisprudence strasbourgeoise démontre donc clairement que les frères et sœurs ont le droit d'entretenir des liens personnels entre eux, même si des zones d'ombre subsistent. Cependant, il s'avère impossible d'en déduire l'existence d'un tel droit entre l'enfant et d'autres enfants avec lesquels il aurait vécu sans qu'ils soient ses frères et sœurs au sens « filiationnel » alors que l'Observation générale n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant semble aller plus loin sur ce point¹⁶.

Section 2

La loi du 20 mai 2021 : approche générale et champ d'application

A. Genèse et économie globale de la loi

Comme le relevait Sophie Demars, l'article 375*bis* de l'ancien Code civil offrait, avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 mai 2021, davantage de droits aux grands-parents qu'aux frères et sœurs. Privés du « droit de principe » reconnu aux premiers, les deuxièmes étaient assimilés à de simples tiers et devaient démontrer l'existence d'un lien d'affection lorsque, devenus majeurs, ils désiraient obtenir un droit aux relations personnelles avec leur frère ou sœur encore mineur(e)¹⁷. Par ailleurs, et à l'inverse de ce que prévoyait outre-Quévrain, l'article 371-5 du Code civil français depuis la loi du 30 décembre 1996¹⁸, aucune règle de droit interne n'interdisait au juge familial ou protectionnel de

¹⁴ Force est de constater que la Cour se livre à une analyse – certes restreinte – *in concreto* de la situation en ayant notamment égard aux conséquences psychologiques pour les enfants. Dans l'affaire *Vásquez c. Suisse*, la Cour considère qu'il existe une vie familiale entre des frères et sœurs adultes dont les liens ne sont pas intenses et qui ne vivent pas ensemble, mais considère que l'ingérence est proportionnée (Cour eur. D.H., 26 novembre 2013, *Vásquez c. Suisse*, § 46).

¹⁵ Voy. notamment Cour eur. D.H., 1^{er} avril 2021, *A.I. c. Italie*, et Cour eur. D.H., 25 février 2020, *Y. I. c. Russie*, spéc. § 94.

¹⁶ Cf. *supra*.

¹⁷ S. DEMARS, « Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 83-84 et les références y citées.

¹⁸ *J.O.R.F.*, 1^{er} janvier 1997 ; pour les traits essentiels de cette législation, voy. E. BERRY, « Le principe de non-séparation de la fratrie en droit français », *T. Fam.*, 2021, n° 10, pp. 321 et s. ; S. DEMARS, *ibid.*, pp. 86 et s. et M.-P. GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, t. 22, Paris, Defrénois, 2006, nos 140 à 143.

séparer la fratrie. Tout au plus le maintien de l'unité de la fratrie avait-il été cité parmi les critères d'appréciation dans le cadre d'une demande d'hébergement égalitaire lors des travaux parlementaires qui avaient précédé l'adoption de la loi (belge) du 18 juillet 2006¹⁹.

La protection des liens de fratrie a été envisagée de manière plus explicite dans le projet qui a mené à la loi du 13 avril 1995²⁰. Finalement, celle-ci n'a retenu que les relations personnelles avec les grands-parents et les tiers affectivement liés à l'enfant. Pas moins de six propositions de loi ont été déposées ensuite²¹. Celles-ci reprenaient globalement la première d'entre elles, qui prévoyait uniquement « le droit aux relations personnelles pour les frères et sœurs ainsi que le droit des frères et sœurs germains, utérins et consanguins de ne pas être séparés, sauf raisons impérieuses »²².

Seule la sixième d'entre elles, déposée le 21 novembre 2019 par les députés Sophie Rohonyi et François De Smet (DéFi)²³ a abouti à la loi du 20 mai 2021, après avoir connu un parcours parlementaire pour le moins houleux. Cette proposition de loi, qui définissait les frères et sœurs comme les personnes qui, soit partageaient un lien de filiation envers un même parent, soit étaient unis par un lien d'affection²⁴, prévoyait, d'une part, qu'ils avaient le droit de ne pas être séparés et, d'autre part, celui d'entretenir des relations personnelles²⁵. Tout frère, toute sœur, âgé(e) de douze ans au moins, se voyait offrir la possibilité de saisir le tribunal de la famille afin d'obtenir le respect de ce droit²⁶.

¹⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51-1673/001, exposé des motifs, p. 12. Pour un commentaire des contre-indications mentionnées lors des débats parlementaires qui ont mené à l'adoption de la loi du 18 juillet 2006, voy. N. DANDROY et Fl. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *J.T.*, 2007, n° 6259, points 3.1 et s., ainsi que les premières applications jurisprudentielles y citées. *Adde*: I. BOONE, « De verblijfsregeling van broers en zussen na scheiding van de ouders », *T. Fam.*, 2021, n° 10, n° 16.

²⁰ Développements relatifs à la proposition de loi déposée à la Chambre par Sophie Rohonyi et François De Smet, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/001, p. 5 et les références aux travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 y cités en notes infrapaginales 4 et 5. *Adde*: S. DEMARS, « Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », *op. cit.*, p. 83.

²¹ Mérite notamment d'être mentionnée la proposition de loi déposée à la Chambre en 2007 par les députés Olivier Maingain, Marie-Christine Marghem, Corinne De Parmentier et Bernard Clerfayt – *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-0276/001. Pour un relevé complet de ces propositions de loi, voy. M. DUPAN, « De ontstaansgeschiedenis van de wet van 20 mei 2021 betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zussen », *T. Fam.*, 2021, n° 10, p. 279. *Adde* les réflexions finales de S. DEMARS, *ibid.*, p. 83 et l'étude de R. HEPS, « Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling », *op. cit.*, p. 286. Dans cette étude, Riki Heps évoque brièvement la proposition de loi déposée en 2007 ainsi que des pistes d'intervention législative.

²² M. DUPAN, *ibid.*, p. 279 – traduction libre.

²³ À ce sujet, voy. également J. POTEMANS et A. ROELANDT, « Le droit des fratries de ne pas être séparées », *J.D.J.*, 2021, n° 401, p. 21.

²⁴ Voy. proposition de loi déposée à la Chambre par Sophie Rohonyi et François De Smet, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/001, art. 3.

²⁵ *Ibid.*, art. 4.

²⁶ *Ibid.*, art. 6.

S'en est suivi un tollé, issu principalement du monde académique néerlandophone, qui fustigeait en particulier le dernier point dans la mesure où il remettait en cause le principe d'incapacité d'exercice des mineurs en leur donnant ici le droit d'ester en justice, alors que celui-ci leur avait été dénié encore tout récemment par la Cour de cassation²⁷. Était également critiqué, le caractère strictement symbolique de la future législation qui, selon ses opposants, n'apportait aucune valeur ajoutée sur le plan juridique, car les droits qui y seraient consacrés se trouvaient déjà largement garantis aux frères et sœurs par la CIDE et la Constitution²⁸.

C'est finalement un texte profondément remanié, au fil de plusieurs amendements, qui a été promulgué le 20 mai 2021 après avoir été approuvé par tous les partis politiques (hormis le Vlaams Belang). Ce consensus n'a été atteint qu'au prix du sacrifice de la capacité, à partir de l'âge de douze ans, des enfants de saisir le tribunal de la famille en vue de reconnaître leur droit de ne pas être séparés de leurs frères et sœurs ou d'entretenir avec eux des relations personnelles²⁹.

Quoiqu'ainsi amputée d'un des principaux leviers censés garantir son efficacité³⁰, la loi nouvelle, entrée en vigueur le 19 juin 2021, introduit dans l'ancien Code civil un nouveau chapitre III « Des frères et sœurs » dans le titre IX, consacré à l'autorité parentale et à l'accueil familial. Plus précisément, les articles 374, § 2, nouvel alinéa 4, et 375bis du même code préconisent respectivement le principe d'un système d'hébergement uniforme pour la fratrie et reconnaissent aux frères et sœurs un droit aux relations personnelles « de principe »³¹, à l'instar de celui dont bénéficiaient déjà les grands-parents. Le principe d'un droit, à titre principal, de ne pas être séparés sauf si l'intérêt d'un des enfants le commande, et celui, à titre subsidiaire, de voir un contact personnel maintenu entre frères et sœurs, est prévu par le nouvel article 387septiesdecies de l'ancien Code civil. Ce régime s'applique tant en matière civile que pour les contentieux protectionnels (sous réserve de ce qui sera exposé en ce qui concerne la constitutionnalité

²⁷ VERENIGING VOOR FAMILIERECHT, « Naar een coherente rechtspositie van broers en zussen? Fundamentele bedenkingen bij wetsvoorstel nr. 55-780 », *T. Fam.*, 2021, n° 3, pp. 57-58. *Adde*: Cass., 10 février 2020, *T. Fam.*, 2020, n° 7, p. 198, *Act. dr. fam.*, 2021, n° 1, p. 12. Voy. également la note de P. SENAËVE, « Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat bij het horen », *T. Fam.*, 2020, n° 7, p. 199, spéc. n°s 19 et 20, ainsi que M. MALLIEN, « L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois hot topics », *Act. dr. fam.*, 2021, n°s 3-4, pp. 202-205.

²⁸ M. DUPAN, « De ontstaansgeschiedenis van de wet van 20 mei 2021 betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zussen », *op. cit.*, p. 280, n° 5.

²⁹ La Commission de la justice estimant préférable d'ajourner la réflexion à propos de la capacité procédurale du mineur – *ibid.* et *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-0780/009 et n° 55-0780/0010, p. 8.

³⁰ G. LOOSVELDT et E. ADRIAENS, « Broers en zussen moeten samen kunnen opgroeien », *De Juristenkrant*, 2021, n° 430, spéc. p. 4.

³¹ Pour cette notion, voy. M. MALLIEN, « Autorité parentale, hébergement et relations personnelles », in D. Carré, N. Gallus, G. Hiernaux, M. Mallien, Th. Van Halteren et G. Willems, *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 445-446, n°s 494 et 495.

de la réforme), sauf celles relatives aux mesures ordonnées suite à la commission par le mineur d'un fait qualifié d'infraction.

B. Difficultés quant au champ d'application

1. Le législateur fédéral a-t-il outrepassé sa sphère de compétence ?

Dans son avis rendu le 1^{er} juillet 2020, le Conseil d'État a considéré que la proposition de loi relevait bien de la compétence du fédéral puisque la Cour constitutionnelle considère que celui-ci est seul compétent, en vertu de l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution pour « régler de manière générale le droit au respect de la vie privée »³², les collectivités fédérées ne pouvant « prévoir des atteintes légitimes à ce droit dans les limites de leurs attributions moyennant le respect de la réglementation générale en la matière, qui doit être vu comme un niveau minimal de protection de la vie privée »³³.

Ce point de vue est toutefois largement contesté par un ensemble de représentants du monde académique du nord du pays, qui, dans leurs « considérations fondamentales » à propos de la proposition de loi, ont conclu à l'inconstitutionnalité de ce qui est devenu l'article 387 *quinquiesdecies* de l'ancien Code civil en ce qu'il étend le principe de la non-séparation de la fratrie aux mesures protectionnelles dans le cadre de mineurs en danger³⁴. Ces auteurs rappellent en effet que l'article 5, § 1^{er}, II, 6^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 mentionne explicitement la protection de la jeunesse, et en particulier le contenu des mesures ordonnées dans ce cadre, parmi les matières personnalisables confiées aux Communautés par l'article 128, § 1^{er}, de la Constitution. Ils ne manquent pas, par ailleurs, de mentionner un ancien avis, datant de 2008, de la même section législation du Conseil d'État qui allait lui aussi en ce sens³⁵.

Bien qu'étant favorable, sur le fond, au principe de non-séparation des frères et sœurs mis en place par le législateur, nous nous rallions à cette deuxième thèse. En effet, si une lecture attentive de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle citée dans l'avis du Conseil d'État (de 2020) démontre bien que l'État fédéral est compétent en ce qui concerne la réglementation relative à la protection de la vie privée et familiale, ces arrêts avaient trait à la question de savoir qui, parmi les collectivités fédérées, est compétent pour apporter d'éven-

³² Avis du Conseil d'État n^{os} 67.657/2 et 67.658/2 du 1^{er} juillet 2020, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n^o 55-0780/003, p. 10.

³³ *Ibid.* et les arrêts de la Cour constitutionnelle y cités.

³⁴ VERENIGING VOOR FAMILIERECHT, « Naar een coherente rechtspositie van broers en zussen ? Fundamentele bedenkingen bij wetsvoorstel nr. 55-780 », *op. cit.*, p. 58 et P. SENAËVE, in M. Dupan, « Inzichten uit het panelgesprek van de studienamiddag over broers en zussen van 22 oktober 2021 », *T. Fam.*, 2021, n^o 10, p. 11, n^o 7.

³⁵ *Ibid.*, spéc. note infrapaginale 5, mentionnant l'avis du Conseil d'État n^o 44.873vr/2/v du 4 septembre 2008, *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord. 2007-2008, n^o 52-0515/003, pp. 5-6.

tuelles *restrictions* à ce droit. Force est cependant de constater que l'intervention législative tendant à poser le principe de non-séparation de la fratrie ou, à tout le moins, à garantir des contacts minimaux entre frères et sœurs tend, au contraire, à *promouvoir* ladite vie privée et familiale, ce dont il n'était nullement question dans les arrêts mentionnés par la section législation du Conseil d'État. Or, l'article 22, alinéa 2, de la Constitution stipule que « la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit »³⁶ à la vie privée et familiale, « ce qui signifie que les mesures positives de protection et de promotion de la vie privée ne peuvent pas uniquement être prises par les autorités fédérales, mais aussi par les communautés et les régions, dans le cadre des propres compétences »³⁷. Il en découle que le législateur fédéral était bien compétent pour introduire le principe de non-séparation de la fratrie et des contacts minimaux entre frères et sœurs dans le cadre des contentieux civils, notamment en matière d'hébergement, mais que l'extension de ce principe à la sphère protectionnelle³⁸ appartenait aux législateurs communautaires et, à Bruxelles, à la Commission communautaire commune (COCOM)³⁹, dans la lignée de leurs compétences découlant de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Dans cette mesure, la loi du 20 mai 2021 semble effectivement inconstitutionnelle sur ce point⁴⁰, quoique la Cour constitutionnelle n'ait, à ce jour, été saisie d'aucun recours en ce sens.

Force est d'ailleurs de constater que l'article 48/1, alinéa 2, du décret flamand en matière d'aide intégrale à la jeunesse (*Vlaams decreet inzake integrale jeugdhulp*) du 12 juillet 2013 met en exergue l'importance des liens de fratrie lors de mesures de placement, imposant au tribunal de la jeunesse un devoir de motivation spéciale lorsque cela n'est pas possible⁴¹. À Bruxelles, l'article 7 de l'ordonnance du 16 mai 2019 prévoit explicitement le droit des frères et sœurs de garder contact, sauf si celui-ci s'avère contraire à leur intérêt⁴². La situation apparaît, par contre, plus délicate en Communauté française, puisque les articles 25, alinéa 4, et 42, § 3, du Code « Madrane » du 18 janvier 2018 y consacrent le droit des frères et sœurs de ne pas être séparés, sauf si ce n'est pas « possible ». Comme l'écrivent Elisabeth Alofs et Sofie De Bus, c'est ce critère de « possibilité » qui pose problème, dans la mesure où il pourrait abriter des motifs « logistiques, administratifs ou budgétaires » (par exemple le nombre de

³⁶ Nous mettons en évidence.

³⁷ K. REYBROUCK et S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2019, n° 192.

³⁸ Rappelons toutefois que la loi de s'applique en toute hypothèse pas aux mesures appliquées aux mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction.

³⁹ Depuis la 6^e réforme de l'État, pour ce qui est de l'aide contrainte à la jeunesse – E. ALOFS et S. DE BUS, « Broers en zussen in het jeugdrecht », *op. cit.*, n° 7 et les références y citées.

⁴⁰ Une solution consisterait, *de lege ferenda*, à intégrer les principes de la loi du 20 mai 2021 dans la Constitution elle-même.

⁴¹ E. ALOFS et S. DE BUS, « Broers en zussen in het jeugdrecht », *op. cit.*, n° 24.

⁴² *Ibid.*, n° 23.

places ou de familles d'accueil disponibles), expressément prohibés par la Cour européenne des droits de l'homme⁴³.

2. La notion de « frères et sœurs »

a) *La summa divisio*

Une autre question délicate et essentielle pour l'application de la loi du 20 mai 2021 interroge la notion de « frères et sœurs ». Il ressort du texte que deux catégories d'enfants sont visées :

- La première est constituée par les frères et sœurs au « sens strict », qui sont unis par un lien de parenté du 2^e degré en ligne collatérale et qui partagent donc des ascendants communs par le truchement de la filiation envers leur(s) auteur(s) commun(s)⁴⁴. S'en trouvent donc exclus les frères et sœurs biologiques sans que le lien de filiation envers l'auteur commun soit établi⁴⁵ ainsi que les enfants dont le lien de filiation commun a été contesté avec succès⁴⁶. Les adoptés simples – contrairement aux adoptés en adoption plénière – ne sont pas davantage considérés comme frères et sœurs de l'enfant dans le cadre de la loi du 20 mai 2021, étant donné la création d'un lien uniquement avec les adoptants, mais non avec le reste de la famille⁴⁷.
- La deuxième comprend les autres enfants, qui, comme le prévoit le nouvel article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil, sont assimilés aux frères et sœurs si, d'une part, ils ont été *éduqués dans une même famille* et, d'autre part, ils sont unis par un « lien affectif particulier ». Il s'agit de la fratrie « au sens large » ou « assimilée ».

Le régime ne s'applique qu'aux enfants mineurs⁴⁸ étant entendu, bien évidemment, que le frère ou la sœur titulaire du droit aux relations personnelles désormais reconnu par l'article 375*bis* de l'ancien Code civil peut être majeur⁴⁹.

⁴³ *Ibid.*, n° 25 et Cour eur. D.H., 9 mai 2003, *Covezzi et Morselli c. Italie*, § 127, et 24 mars 1988, *Olsson c. Suède*, commentés *supra*.

⁴⁴ Quant à la nécessité – ou non – de partager les deux parents en commun, ou seulement l'un d'entre eux, cf. *infra*.

⁴⁵ Fr. SWENNEN, « Wie zijn broers en zusters? », *T. Fam.*, 2021, n° 10, p. 292, n° 3. Le Conseil d'État, pour sa part, semble néanmoins d'avis que l'existence de liens de sang induit à tout le moins des relations familiales potentielles entrant dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – Avis du Conseil d'État n°s 67.657/2 et 67.658/2 du 1^{er} juillet 2020, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/003, p. 16 et M. DUPAN, « Juridische bescherming van de familiale band(en) tussen broer(s) en zus(sen). Commentaar bij de wet van 20 mei 2021 », *T.B.B.R.*, 2021, n° 9, p. 458, n° 8.

⁴⁶ Fr. SWENNEN, *ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, n° 4.

⁴⁸ *Ibid.*, n° 7.

⁴⁹ L'article 375*bis*, alinéa 1^{er}, 2^e phrase, de l'ancien Code civil indique, en effet, clairement qu'il s'applique à « tous les enfants » et « à tout âge ». Voy. Fr. SWENNEN, *ibid.*, n° 7. De manière évidente, il n'en résulte nullement qu'un enfant devenu majeur ne puisse exiger d'obtenir des relations personnelles avec un membre de la fratrie devenu lui aussi majeur, même si la question pourrait se poser à l'égard d'un frère

De manière générale, tant les frères et sœurs au «sens strict» que les membres de la fratrie assimilée bénéficient donc des droits consacrés par la loi nouvelle. Toutefois, seuls les deuxièmes doivent pour cela avoir vécu ensemble et unis par un lien d'affection, le lien de filiation envers l'auteur commun étant suffisant pour les premiers.

b) Champ d'application spécifique de la règle formulée à l'article 374, § 3, nouvel alinéa 4, de l'ancien Code civil

En ce qui concerne la fratrie au «sens strict», une controverse est née, en doctrine, quant à savoir si le droit d'être hébergés selon des modalités identiques (donc au-delà du principe de non-séparation), formulé à l'article 374, § 2, alinéa 4, de l'ancien Code civil, s'applique uniquement aux frères et sœurs germains, ou s'il concerne également la fratrie partageant uniquement le même père ou la même mère.

Certains déduisent ainsi de la règle générale d'assimilation, formulée au nouvel article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil (rendant expressément applicable l'ensemble du titre IX dudit Code aux enfants non apparentés mais ayant vécu et entretenant un lien d'affection avec l'enfant), que (au moins) les membres de la fratrie partageant le même père ou la même mère se trouvent aussi concernés par ledit principe des modalités uniformes d'hébergement. Ces auteurs se réfèrent également – et, à vrai dire, surtout – aux articles 738 et 752 de l'ancien Code civil⁵⁰, qui entendent clairement, en matière successorale, par le «frère» ou la «sœur» comme celui ou celle qui partage au moins leur père, leur mère ou leur coparente avec le défunt⁵¹. Cette définition de la fratrie, qui était jusqu'ici la seule présente dans le Code civil et qui correspondait à celle retenue dans la proposition de loi⁵², devrait ainsi être transposée aux contentieux d'hébergement, voire protectionnels. Dans cette optique, il incomberait notamment au juge familial de faire en sorte, dans la mesure du possible⁵³, que les frères et sœurs germains ainsi que les demi-frères et demi-sœurs, soient hébergés selon des modalités identiques conformément à l'article 374, § 2, alinéa 4, de l'ancien Code civil⁵⁴.

Ingrid Boone ne partage pas ce point de vue, et rappelle notamment que la proposition de loi initiale ne prévoyait pas de disposition spécifique imposant

ou une sœur devenu(e) majeur(e), mais placé sous un régime d'incapacité à la suite d'un handicap mental, ce que le législateur ne semble pas avoir envisagé.

⁵⁰ Le même constat ressort des nouveaux articles 4.11, § 2, et 4.27 du Code civil entré en vigueur le 1^{er} juillet 2022 – art. 68 de la loi du 19 janvier 2022, *M.B.*, 14 mars 2022.

⁵¹ Fr. SWENNEN, «Wie zijn broers en zusters?», *op. cit.*, n° 3.

⁵² *Ibid.* et proposition de loi déposée à la Chambre par Sophie Rohonyi et François De Smet, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/001, art. 3.

⁵³ *Cf. infra.*

⁵⁴ Dans le même sens : M. DUPAN, «Juridische bescherming van de familiale band(en) tussen broer(s) en zus(sen)». Commentaar bij de wet van 20 mei 2021», *op. cit.*, n° 9.

des modalités d'hébergement identiques pour les frères et sœurs⁵⁵. Or, au gré des différents amendements déposés, la nécessité d'un traitement différencié pour les frères et sœurs germains, par rapport aux fratries partageant le même père ou la même mère, et même aux fratries assimilées, a été mentionnée à diverses reprises. En effet, à défaut d'un tel traitement spécifique aux fratries germaines, l'obligation de prévoir des modalités identiques d'hébergement aurait pour conséquence que les frères et sœurs non-germains devraient à certains moments être hébergés chez le parent (non-commun) de leur demi-frère ou de leur demi-sœur, le cas échéant par le biais d'une limitation du temps d'hébergement chez leur propre parent (également non commun)⁵⁶. Il semble donc raisonnable de penser que le législateur n'ait pas voulu étendre le principe des modalités identiques d'hébergement au-delà de la fratrie germaine.

Un argument textuel plaide également en ce sens. En effet, le texte même de l'article 374, § 2, alinéa 4, de l'ancien Code civil, qui traite de l'autorité *parentale* et qui contient la règle dont question, s'applique « lorsque les parties ont plusieurs enfants », ce qui fait bien évidemment référence à la fratrie germaine. M^{me} Boone conclut dès lors à juste titre à un oubli du législateur lors de la rédaction de l'article 387*sexiesdecies*, en omettant de stipuler expressément qu'il ne s'applique pas à la règle des modalités identiques d'hébergement⁵⁷.

À ces arguments, qui nous paraissent convaincants, il y a lieu d'ajouter que le droit de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents, garanti par les articles 7.1, 9.3, 10.2 et 18.1 de la CIDE et rappelé à l'envi par la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁸, implique un contact suffisant avec chacun d'entre eux⁵⁹. Or, il résulterait de la mise en œuvre stricte du principe de modalités d'hébergement identiques pour les frères et sœurs germains, pour ceux ne partageant qu'un seul des père et mère, voire les enfants qui n'en partagent aucun mais qui ont vécu ensemble et sont liés par l'affection, un morcellement important⁶⁰ des périodes d'hébergement, qui reviendrait même, en théorie, à obliger chaque parent d'en solliciter une *contra legem* pour tous les demi-frères et demi-sœurs et frères et sœurs assimilés de son enfant afin de pouvoir héberger celui-ci en

⁵⁵ I. BOONE, « De verblijfsregeling van broers en zussen na scheiding van de ouders », *op. cit.*, n° 9.

⁵⁶ *Ibid.* et justification de l'amendement n° 11 (retiré ensuite) déposé par Sophie Rohonyi, Katja Gabriëls et Koen Geens, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/005.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Voy., parmi de nombreux exemples, Cour eur. D.H., 10 février 2017, *Kacper Nowakowski c. Pologne*; Cour eur. D.H., 12 février 2013, *Vojnity c. Hongrie* – pour un commentaire plus approfondi de cet arrêt, cf. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, n° 4, p. 737 –, et, plus récemment, Cour. eur. D.H., 18 février 2020, *Cînta c. Roumanie*.

⁵⁹ Concernant ce droit, voy. M. MALLIEN, « L'autonomie de l'enfant », in N. Dandoy et G. Willems (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, coll. Les Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 401 et s., et *id.*, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, *op. cit.*, pp. 192-194.

⁶⁰ Voire presque infini si chaque parent a refait sa vie avec un partenaire ayant lui aussi des enfants, issus de cette nouvelle union, voire d'une union antérieure.

même temps qu'eux. Il nous paraît dès lors plus exact d'interpréter le nouvel article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil selon le principe de cohérence et de respect par le législateur des normes internationales précitées – hiérarchiquement supérieures – et, partant, de considérer qu'il ne s'applique pas à la règle formulée à l'article 374, § 2, alinéa 4.

c) *Notion élargie de fratrie*

Par contre, il ressort incontestablement de l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil que les frères et sœurs germains, les demi-frères et demi-sœurs et ceux qui sont assimilés par le vécu commun et par les liens d'affection, bénéficient tous du droit à la non-séparation – qui est donc à distinguer soigneusement du principe de l'uniformité des modalités d'hébergement⁶¹ – et du droit aux relations personnelles prévus respectivement aux articles 387*septiesdecies* et 375*bis* du même code⁶².

En ce qui concerne les fratries assimilées, deux conditions cumulatives – l'existence d'un lien affectif particulier et l'éducation passée dans une même famille – doivent être remplies pour bénéficier de ces droits susmentionnés. Avant de les examiner de plus près, il y a lieu de se demander si les demi-frères et demi-sœurs doivent également y satisfaire ou si, au contraire, elles ne s'appliquent qu'aux enfants avec qui l'enfant concerné a grandi sans partager de liens de parenté. En d'autres termes, les « frères et sœurs » auxquels ces enfants sont assimilés en vertu de l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil, sont-ils les frères et sœurs germains, ou englobent-ils également les fratries n'ayant qu'un seul des père et mère en commun ? Nous penchons résolument pour la deuxième alternative. En effet, en dehors de l'exclusion des fratries non germanes dans le contexte de la règle spécifique de l'article 374, § 2, alinéa 4, de l'ancien Code civil, il convient de s'en tenir à la seule définition des « frères et sœurs » retenue par ledit Code et qui englobe les demi-frères et demi-sœurs⁶³. Ceci semble par ailleurs correspondre à l'intention du législateur⁶⁴. Par ailleurs, l'inclusion de ces fratries par la Cour de Strasbourg dans la vie familiale, habituellement sans vérifier davantage l'effectivité des liens qui les unissent⁶⁵, mène au même constat au regard du principe d'interprétation en cohérence avec la norme hiérarchiquement supérieure. Il en résulte donc que, pour bénéficier des droits garantis par les articles 387*septiesdecies* et 375*bis* de l'ancien Code civil, les

⁶¹ Cf. *infra*.

⁶² On enseigne généralement que le principe de non-séparation de la fratrie repris à l'article 375-5 du Code civil français, dont la loi du 20 mai 2021 s'est inspirée, englobe également les demi-frères et demi-sœurs – E. BERRY, « Le principe de non-séparation de la fratrie en droit français », *op. cit.*, p. 321, nos 9 et 10.

⁶³ Voy. les articles 738 et 752 de l'ancien Code civil et les futurs nouveaux articles 4.11, § 2, et 4.27 du Code civil ; cf. *supra*.

⁶⁴ Proposition de loi déposée à la Chambre par Sophie Rohonyi et François De Smet, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/001, art. 3.

⁶⁵ Cf. *supra*.

demi-frères et demi-sœurs ne doivent pas, à l'instar des fratries germaines, rencontrer les deux conditions supplémentaires qui demeurent dès lors réservées aux enfants qui ne partagent pas de lien de filiation.

En ce qui concerne ces conditions à proprement parler, un « lien affectif particulier » doit exister entre les enfants concernés (le terme « entre » signifiant sans aucun doute qu'il doit s'agir d'un lien réciproque). Ce lien affectif particulier nécessite en principe d'être prouvé, en vertu de l'article 8.4, alinéa 2, du Code civil, par le parent qui se prévaut du critère de la non-séparation de la fratrie dans le cadre des modalités d'hébergement qu'il sollicite, quoiqu'il apparaisse souvent à travers l'audition d'enfants plus grands réalisée dans le cadre des articles 1004/1 et 1004/2 du Code judiciaire ou une éventuelle étude sociale. En ce qui concerne les jeunes enfants, il semble raisonnable de présumer réfragablement l'existence d'un tel lien affectif du simple fait de leur vie commune, la preuve concrète risquant de s'avérer impossible dans la plupart des cas⁶⁶. Notons également que l'exigence de prouver un lien affectif place la personne (majeure) assimilée à un frère ou à une sœur au sens de l'article 387*sexiesdecies* et sollicitant des relations personnelles auprès du tribunal de la famille, *ipso facto* dans la même situation que celle de tous les tiers visés par l'article 375*bis* du même code.

Ensuite, il doit s'agir d'enfants ayant été « éduqués au sein d'une même famille ». L'usage du participe passé exclut donc tant ceux qui n'ont pas (encore) vécu ensemble (par exemple les enfants du nouveau partenaire d'un parent avec qui celui-ci aurait le dessein de construire une famille « recomposée ») que ceux qui ont certes partagé le même toit, mais en dehors du contexte familial (par exemple dans une institution⁶⁷ ou un internat). Ces exclusions correspondent à un choix délibéré du législateur. Reste à déterminer positivement ce qu'il y a lieu d'entendre par la locution « éduqués au sein d'une même famille ». Cette définition n'est pas aisée et autorise dès lors les quelques regrets au regard de la sécurité juridique exprimés par le professeur Frederik Swennen⁶⁸. Les travaux parlementaires semblent y inclure les enfants ayant séjourné dans une même famille d'accueil dans le cadre de l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil⁶⁹ et d'autres y ajoutent ceux qui vivent ensemble chez les grands-parents⁷⁰ sans pour autant être frères et sœurs au sens strict. Sont en revanche exclus ceux

⁶⁶ Nous n'entendons pas fouler aux pieds ici les principes régissant la charge de la preuve, mais proposer, dans ce contexte spécifique, une application raisonnable des articles 8.4, alinéa 3 (collaboration loyale de toutes les parties à l'administration de la preuve) et 8.6, alinéa 2, du Code civil (preuve par vraisemblance).

⁶⁷ Fr. SWENNEN, « Wie zijn broers en zusters? », *op. cit.*, n° 6 et les références y cités.

⁶⁸ *Ibid.*, *in fine*.

⁶⁹ *Ibid.* et amendement n° 22 déposé par Sophie Rohonyi, Katja Gabriëls, Laurence Zanchetta, Philippe Pivin, Claire Hugon, Koen Geens, Ben Segers et Stefaan Van Hecke, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/009. *Adde*: S. DEMARS, « Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », *op. cit.*, p. 76.

⁷⁰ M. DUPAN, « Juridische bescherming van de familiale band(en) tussen broer(s) en zus(sen). Commentaar bij de wet van 20 mei 2021 », *op. cit.*, p. 458, n° 7.

qui habitent certes dans la même famille (parentale), mais qui ne passent pas la semaine dans le même internat ou qui mènent des vies totalement différentes⁷¹.

Tableau récapitulatif

	Fratries germaines	Demi-frères et demi-sœurs	Enfants sans père ni mère en commun
Modalités identiques d'hébergement (art. 374, § 2, al. 4)	<i>Applicable</i>	Inapplicable	Inapplicable
Non-séparation (art. 387septiesdecies)	<i>Applicable</i>	<i>Applicable</i>	<i>Applicable</i>
Contacts et relations personnelles (art. 387septiesdecies et 375bis)	<i>Applicable</i>	<i>Applicable</i>	<i>Applicable</i>
Lien affectif particulier	Non requis	Non requis	<i>Requis</i>
Vécu ensemble	Non requis	Non requis	<i>Requis (dans la même famille)</i>

Le champ d'application de la loi du 20 mai 2021 se révèle donc assez large, et s'étend, à travers la fratrie assimilée, au-delà des liens actuellement protégés par la jurisprudence strasbourgeoise et rencontre la recommandation (discrète) en ce sens du Comité onusien des droits de l'enfant⁷².

Section 3

L'étendue et la mise en œuvre des principes garantissant l'unité des fratries

A. Notions et quelques précisions

Les modalités identiques d'hébergement pour les frères et sœurs germaines, requises par l'article 374, § 2, nouvel alinéa 4, de l'ancien Code civil, ne nécessitent guère de précisions, si ce n'est, comme nous le verrons, que ce principe

⁷¹ Fr. SWENNEN, «Wie zijn broers en zusters?», *op. cit.*, n° 6 et les références y citées. Pour notre part, nous sommes aussi d'avis – moyennant ces réserves – que tant les enfants hébergés dans la même famille à titre principal que ceux y vivant ensemble une semaine sur deux dans le cadre d'un hébergement égalitaire, voire de type «9-5», doivent être considérés comme formant une fratrie «au sens large». Le participe passé «éduqués» paraît difficilement compatible avec des temps d'hébergement plus courts et requiert, par ailleurs, que cet hébergement commun suffisamment large ait duré au moins quelques années.

⁷² Observation générale n° 14 du 29 mai 2013 du Comité ONU des droits de l'enfant, n° 53, précitée, spéc. n° 65 ; *cf. supra*.

doit être articulé avec d'autres impératifs⁷³. Ledit article 374, § 2, alinéa 4, de l'ancien Code civil précise d'ailleurs que le juge « tend » à mettre en place un système d'hébergement uniforme et prévoit des « relations personnelles » comme hypothèse subsidiaire, ce qui signifie qu'il peut s'en écarter pour quelque motif.

Le droit des frères et sœurs de ne pas être séparés prévu par l'article 387*septiesdecies*, qui, lui, s'applique également aux demi-frères, demi-sœurs et aux enfants liés par le vécu sous le même toit et par l'affection, n'implique au contraire pas forcément que des modalités d'hébergement strictement identiques soient prévues. Une telle exigence se trouve résolument absente du texte de l'article 387*septiesdecies* de l'ancien Code civil et s'avérerait le plus souvent impossible à appliquer en dehors des fratries germaines⁷⁴. Par ailleurs, ce principe de non-séparation ne peut davantage être réduit à de simples « contacts personnels », puisque ceux-ci sont déjà repris comme droit spécifique, reconnu aux frères et sœurs dont l'intérêt exclurait l'application de la règle de non-séparation.

La non-séparation, bien que rien n'exclut qu'elle puisse impliquer *dans certains cas* des modalités identiques d'hébergement – mais certainement pas systématiquement⁷⁵ –, semble en réalité viser principalement le *maintien* de liens plus étroits entre les frères et sœurs que de simples « contacts personnels ». En effet, les travaux préparatoires de la loi du 20 mai 2021 démontrent que les auteurs de la proposition de loi ont été largement inspirés par le souci d'assurer aux enfants un îlot de stabilité et la sauvegarde de certains repères, notamment au temps de l'éventuelle fin de la relation entre les parents⁷⁶. Sur le plan linguistique, la signification même du terme de (non-)« séparation »⁷⁷ suggère – dans sa négation – l'évitement d'une rupture par rapport au passé. Ainsi, davantage qu'un *quantum* temporel, le principe de non-séparation nous semble avant tout devoir être compris comme un impératif de *continuité*, imposant au juge (mais aussi aux parents dans le cadre de conventions) l'obligation de maintenir, autant que possible, les temps d'hébergement communs existants (ou ayant existé récemment) entre les frères et les sœurs.

Notons également – et sans doute à regret – que les travaux parlementaires démontrent que le législateur ne semble jamais avoir songé à étendre le principe de la non-séparation des fratries au-delà de la sphère de l'hébergement. Par conséquent, ledit principe ne pourrait être invoqué afin, par exemple, d'obtenir le maintien des frères et sœurs dans une même école, un même internat ou

⁷³ Ces impératifs sont l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant par le juge, l'hébergement égalitaire comme modèle de référence, la prise en considération de l'opinion de l'enfant et des accords entre les parents – *cf. infra*.

⁷⁴ *Cf. supra*.

⁷⁵ *Cf. supra*.

⁷⁶ Développements précédant la proposition de loi déposée à la Chambre par Sophie Rohonyi et François De Smet, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, www.lachambre.be, n° 55-0780/001, pp. 7-9.

⁷⁷ Le terme séparer signifie « mettre à part », « désunir », ce qui suggère une certaine idée de discontinuité – *L'art d'écrire et de bien rédiger, Dictionnaire Quillet de la langue française*, Paris, Librairie Aristide Quillet, 1975.

une même activité extrascolaire. Le nouvel article 393, alinéa 2, introduit dans l'ancien Code civil par la loi du 20 mai 2021 et qui prévoit que les frères et sœurs « au sens de l'article 387*sexiesdecies* » du même code se verront désigner un même tuteur, fait figure de *Fremdkörper* à cet égard⁷⁸.

Enfin, il ressort de l'article 387*septiesdecies* que lorsque l'intérêt requiert que les frères et sœurs soient séparés, des « contacts personnels » doivent être maintenus entre eux, à moins que l'intérêt d'un des enfants ne s'y oppose également. Le législateur n'a précisé ni ce qu'il y a lieu d'entendre par des « contacts personnels » ni les critères qui, au regard de l'intérêt de l'enfant, justifieraient leur suppression totale. Ce qui est certain, c'est que les contacts prévus par les juridictions nationales dans l'affaire *Mustafa et Armağan Akin*⁷⁹ et les circonstances qui les ont menées à leur décision ont été considérés par la Cour de Strasbourg comme largement insuffisants à cet égard.

Globalement, les « contacts personnels » se distinguent de la « non-séparation » en ce qu'ils permettant une diminution importante du temps partagé par les frères et sœurs et ne requièrent pas forcément qu'ils soient hébergés ou même passent des nuitées ensemble. Les modalités de ces contacts personnels peuvent être très variables, et consister par exemple en des journées récurrentes passées ensemble chez un parent ou un tiers. Rien n'exclut qu'ils puissent avoir pour cadre l'école, mais il semble difficilement concevable de concevoir des contacts « personnels » sans que ceux-ci soient suffisamment individuels et donc privatifs (la simple inscription dans une même école ou dans une même classe, où les contacts auraient lieu uniquement en groupe, serait donc clairement insuffisante).

B. Mise en œuvre sur le plan judiciaire

Comme nous l'avons mentionné, la faculté que l'article 5 de la proposition de loi envisageait d'offrir à l'enfant (à partir de l'âge de douze ans) de faire valoir devant les juridictions familiales le droit de ne pas être séparé de ses frères et sœurs (ou à tout le moins d'entretenir des relations personnelles avec eux) est passée à la trappe lors du processus parlementaire⁸⁰. Suite à une opposition vigoureuse, issue principalement du nord du pays, la Commission de la Justice de la Chambre a en effet préféré postposer à plus tard une réflexion plus large sur la capacité d'ester ou d'intervenir en justice⁸¹ (certains n'ont d'ailleurs pas manqué de rappeler que la Cour de cassation a encore récemment dénié cette

⁷⁸ Cf. *infra*.

⁷⁹ Cour eur. D.H., 6 avril 2010, *Mustafa et Armağan Akin c. Turquie*; cf. *supra*.

⁸⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/001.

⁸¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-0780/009 et n° 55-0780/010, p. 8. *Adde* : M. DUPAN, « De ontstaansgeschiedenis van de wet van 20 mei 2021 betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zussen », *op. cit.*, p. 280, n° 5.

capacité⁸²). Subsiste seule la possibilité, offerte par l'article 375*bis* de l'ancien Code civil au frère ou à la sœur (tels que définis au sens large précisé à l'article 387*sexiesdecies* du même code), une fois sa majorité atteinte⁸³, d'obtenir du tribunal de la famille la mise en place de relations personnelles. Pour le surplus, le système mis en place a surtout pour effet d'introduire un critère légal objectif en partie la notion d'«intérêt de l'enfant» notamment dans le cadre de contentieux d'hébergement, à l'instar de ce qui avait été le cas par l'érection de l'hébergement égalitaire en modèle de référence par la loi du 18 juillet 2006⁸⁴.

Il n'existe dès lors guère de moyen de contraindre les parents de ne pas séparer les fratries dans la vie quotidienne en dehors de toute intervention judiciaire⁸⁵.

Reste à savoir s'il est loisible au juge de mobiliser ces principes *motu proprio* à l'appui de sa décision. Dans la mesure où les dispositions de la loi du 20 mai 2021 constituent un affinement légal du critère de l'intérêt de l'enfant, celles-ci relèvent de l'ordre public⁸⁶ et peuvent, dès lors, être soulevées d'office par le juge dans le respect du principe dispositif formulé à l'article 1138, 2°, du Code judiciaire⁸⁷.

La Cour de cassation a ainsi rappelé – à tort selon nous – dans un arrêt du 4 janvier 2013 que le juge familial ne heurte pas ledit principe dispositif lorsqu'il fixe des modalités d'hébergement qui ne coïncident ni avec celles demandées par le père, ni avec celles sollicitées par la mère, s'il reste *quantitativement* en deçà de celles-ci (par exemple, chaque parent sollicite l'hébergement principal et le juge prévoit un hébergement égalitaire)⁸⁸. Le juge pourrait ainsi

⁸² Cass., 10 février 2020, *T. Fam.*, 2020, n° 7, p. 198, *Act. dr. fam.*, 2021, n° 1, p. 12. *Adde*: VERENIGING VOOR FAMILIERECHT, «Naar een coherente rechtspositie van broers en zussen? Fundamentele bedenkingen bij wetsvoorstel nr. 55-780», *op. cit.* et *supra*.

⁸³ M. DUPAN, «Juridische bescherming van de familiale band(en) tussen broer(s) en zus(sen). Commentaar bij de wet van 20 mei 2021», *op. cit.*, n° 27.

⁸⁴ M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, *op. cit.*, p. 135, n° 134.

⁸⁵ G. LOOSVELDT et E. ADRIAENS, «Broers en zussen moeten samen kunnen opgroeien», *op. cit.*, spéc. p. 4.

⁸⁶ M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, *op. cit.*, pp. 112-113, n° 108 et D. LYBAERT, «Het coouderschap», *T.P.R.*, 1994, pp. 2048 et 2059.

⁸⁷ Cass., 28 septembre 2012, *R.G.D.C.*, 2013, n° 5, p. 1297. *Adde*: J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Chronique de l'office du juge», *J.L.M.B.*, 2013, p. 1307, n° 13 et J. VAN COMPERNOLLE, «L'office du juge et le fondement du litige», *R.C.J.B.* 1982, p. 14, n° 8.

⁸⁸ Cass., 4 janvier 2013, *J.T.*, 2014, p. 525. À propos de cet arrêt, voy. Q. FISCHER, «Le respect du principe dispositif et des droits de la défense par le juge qui fixe les modalités d'hébergement d'un enfant chez chacun de ses parents», *Act. dr. fam.*, 2014, n° 6, p. 182, n° 7 et 8 et T. VERCRUYSE, «Een verblijfsregeling binnen de grenzen van de tegenstrijdige vorderingen van partijen», *T. Fam.*, 2014, n° 2, p. 51, n° 15 et 16. Pour notre part, nous avons formulé des réserves quant au raisonnement suivi par la Cour de cassation, car nous pensons qu'un temps moindre ou différent d'hébergement accordé par le juge par rapport à ce qui avait été demandé par une partie ne constitue pas «moins de la même chose», mais «autre chose». Nous n'avons pas changé d'avis à ce sujet – M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, *op. cit.*, pp. 39-52, spéc. n° 34 et 35. *Adde*: Cass., 3 octobre 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, n° 10, p. 227; M. MALLIEN,

déterminer de son propre chef les jours et périodes passés par l'enfant auprès de ses (demi-)frères et sœurs chez les parents respectifs, à condition que ceux-ci « entrent » dans les périodes d'hébergement qu'elle a sollicitées⁸⁹.

C. Les aspects matériels : l'unité de la fratrie et les autres critères légaux

1. Un critère non absolu

L'hébergement uniforme des frères et sœurs germains, ainsi que la non-séparation – ou à tout le moins le maintien en contact – des autres fratries ne constituent pas des critères absolus. Il ressort ainsi de l'article 387^{septiesdecies} de l'ancien Code civil que le droit de non-séparation est exercé « dans l'intérêt de l'enfant » et que, à défaut, des contacts personnels sont prévus, à moins que l'intérêt de l'enfant y fasse également obstacle. S'il n'existe pas de formulation identique pour les modalités d'hébergement identiques visées par l'article 374, § 2, alinéa 4, de l'ancien Code civil, la priorité à l'intérêt découle sans aucun doute du verbe « tend » qui y est repris et, plus explicitement encore, des articles 3.1 de la CIDE⁹⁰ et 22bis de la Constitution⁹¹, et de nombreux arrêts strasbourgeois⁹².

Fondamentalement, le régime mis en place par la loi du 20 mai 2021 s'analyse, à l'instar de l'article 375-5 du Code civil français dont il s'est inspiré, comme une présomption selon laquelle l'intérêt de l'enfant impliquerait le maintien des fratries⁹³. Il s'agit incontestablement d'une présomption réfragable, puisqu'elle est susceptible d'être renversée par le parent qui démontre qu'elle mènerait *in concreto* à une décision contraire à l'intérêt d'un des enfants concernés. Par ailleurs, son application doit être articulée avec un certain nombre d'autres droits des enfants et principes.

« L'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant et la volonté des parents : analyse de deux arrêts de la Cour de cassation », *Act. dr. fam.*, 2015, n° 10, p. 227, nos 14 et 15, et *ID.*, « L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois *hot topics* », *op. cit.*, p. 195.

⁸⁹ I. BOONE, « De verblijfsregeling van broers en zussen na scheiding van de ouders », *op. cit.*, p. 299.

⁹⁰ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, pp. 172 et s., ainsi que les nombreuses références y citées.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 180-187.

⁹² *Ibid.*, pp. 177-180. *Adde*: M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, *op. cit.*, pp. 103-107.

⁹³ E. BERRY, « Le principe de non-séparation de la fratrie en droit français », *op. cit.*, n° 7.

2. Dérogation générale : l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* par le juge

Plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁴, tout comme d'ailleurs l'Observation générale n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant⁹⁵, insistent sur l'obligation d'apprécier l'intérêt de l'enfant *in concreto*, notamment dans le cadre des contentieux d'hébergement⁹⁶. C'est donc uniquement en s'appuyant sur une telle appréciation que le juge peut déroger aux principes d'unité des fratries. Rappelons à cet égard que, par «appréciation *in concreto*», il y a lieu d'entendre l'examen, «au cas par cas, de l'intérêt supérieur de chaque enfant, en fonction des caractéristiques particulières de sa situation familiale ou de sa personnalité» et se distingue donc de sa définition *in abstracto* qui, pour sa part, est censée «exprimer pour l'ensemble des enfants ce qu'est, dans telle ou telle situation, leur intérêt»⁹⁷.

Par conséquent, il appartient au parent qui sollicite des modalités différentes d'hébergement des frères et sœurs germains ou une (certaine) séparation des fratries ne partageant qu'un seul – voire aucun – des père et mère, de démontrer que celles-ci rencontreraient mieux l'intérêt de l'enfant concerné par le litige⁹⁸. Les exemples de cas de figure où tel pourrait être le cas sont légion : difficultés relationnelles très importantes – mais seulement d'un des enfants – avec l'autre parent, sévices ou mésententes entre frères et sœurs (y compris «au sens large») ⁹⁹, besoin d'une scolarité spécifique d'un des frères et sœurs, impliquant par exemple son inscription dans un établissement éloigné géographiquement... auxquels il y a lieu d'ajouter les *desiderata* divergents des enfants, surtout s'ils ont une grande différence d'âge¹⁰⁰. Le fil conducteur reste, dans tous ces cas de figure, que la charge de la preuve de la nécessité de séparer

⁹⁴ Cour eur. D.H., 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*; Cour eur. D.H., 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, spéc. §§ 14, 28 et 36; Cour eur. D.H., 6 décembre 2003, *Palau – Martinez c. France*, § 26 – à propos de cet arrêt, voy. Fr. TULKENS, «Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination», *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, n° 3, p. 632; Cour eur. D.H., 5 mai 2020, *Uzbyakov c. Russie*, § 123. *Adde*: N. GALLUS, «Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, n° 32, p. 57.

⁹⁵ Observation générale n° 14 du 29 mai 2013 du Comité ONU des droits de l'enfant, n° 53, précitée, spéc. nos 24, 32, 48 et 80. À propos de cette observation générale, voy. également *supra*.

⁹⁶ M. MALLIEN, «L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois *hot topics*», *op. cit.*, p. 192.

⁹⁷ J.-L. RENÇON, «Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant?», *L.P.A.*, 2010, n° 200, p. 10, n° 6, cité également *in ibid.*

⁹⁸ Art. 870 C. jud. et art. 8.4 C. civ. À cet égard, il incombe au parent concerné de prouver, par toutes voies de droit, l'ensemble des *faits* sur lesquels il appuie cette appréciation mais il ne doit pas démontrer la justesse des conséquences qu'il en tire – M. MALLIEN, «L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois *hot topics*», *op. cit.*, p. 195.

⁹⁹ P. SENAËVE, *in* M. Dupan, «Inzichten uit het panelgesprek van de studienamiddag over broers en zussen van 22 oktober 2021», *op. cit.*, n° 11.

¹⁰⁰ *Cf. infra*.

la fratrie incombe au parent qui la demande, et que le juge doit soigneusement la motiver dans sa décision au départ de faits et paramètres affectant spécifiquement l'enfant.

3. Dérogations spécifiques

L'intérêt de l'enfant établi *in concreto* ne constitue cependant pas le seul motif permettant de séparer les fratries. En effet, les principes établis par la loi nouvelle doivent être articulés avec le droit de l'enfant de voir son opinion être prise en considération ainsi qu'avec l'hébergement égalitaire comme modèle prioritaire et les conventions éventuelles entre les parents.

a) L'unité des fratries et l'opinion de l'enfant

Il ressort incontestablement des articles 12.1 de la CIDE, 22bis de la Constitution et 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire, mais également d'un arrêt *M. & M. c. Croatie*¹⁰¹, que les opinions de l'enfant doivent être « dûment prises en considération » par l'instance décisionnelle en tenant compte de son âge, de sa maturité et de son discernement¹⁰². Il s'agit d'une règle qui s'impose impérativement au juge si ces conditions sont remplies¹⁰³. Or il est permis de se demander, avec le professeur Patrick Senaeve¹⁰⁴, ce qu'il advient des règles garantissant l'unité des fratries lorsque les frères et sœurs expriment des souhaits différents en termes d'hébergement, voire s'ils désirent expressément ne pas vivre ensemble. Tel pourrait être le cas, par exemple, d'une adolescente de 16 ans qui se trouverait en rupture avec sa mère, alors que son petit frère de 12 ans s'épanouirait dans un hébergement égalitaire. Pourrait également être imaginée la situation de (demi-)frères et sœurs en conflit qui ne souhaitent plus se voir ou qui souhaitent rompre les contacts avec les enfants du partenaire d'un de leurs parents.

Il est certes probable que la plupart de ces situations trouveront une solution (judiciaire ou conventionnelle) à travers une appréciation *in concreto* des intérêts des enfants concernés, qui permettent de déroger tant à l'unité des fratries prévue par la loi nouvelle¹⁰⁵ qu'aux opinions exprimées par les enfants¹⁰⁶. Reste que cela n'est pas possible dans toutes les situations et qu'il y a donc lieu

¹⁰¹ Cour eur. D.H., 13 septembre 2015, *M. et M. c. Croatie*; cf. *supra*.

¹⁰² À ce sujet, voy., plus généralement, M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, pp. 28 et s.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ P. SENAËVE et F. VAN HOLEN, in M. Dupan, « Inzichten uit het panelgesprek van de studienamiddag over broers en zussen van 22 oktober 2021 », *op. cit.*, resp. n^{os} 9 et 12.

¹⁰⁵ Cf. *supra*.

¹⁰⁶ Cass., 13 avril 2021, *R.W.*, 2021-2022, n^o 14, n^o 1 et *For.fam.*, newsletter 2022-2. *Adde*: M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », *op. cit.*, pp. 31 et s.

de s'interroger sur l'ordre de priorité entre le droit des enfants de voir leur opinion être prise en considération par l'instance décisionnelle et celui de ne pas être séparé de leurs fratries.

Certains pourraient être tentés de faire valoir – bien que jusqu'à présent la doctrine soit restée aussi muette que ne l'ont été les travaux préparatoires sur cette question – que les opinions des enfants ne pourraient être de nature à séparer les fratries car leur intérêt doit primer sur celles-ci. Or, les principes garantissant l'unité des fratries ne constituent rien d'autre qu'une objectivation de cet intérêt. Certes, il s'agirait-là d'une définition *in abstracto* – en non d'une appréciation *in concreto* – de l'intérêt de l'enfant, mais il n'y aurait guère de problème puisque celle-ci émanerait du législateur et non du juge.

Une telle thèse pourrait bien sûr être retenue si les enfants ne possédaient pas encore la faculté de discernement ou la maturité requises par les articles 12.1 de la CIDE, 22bis de la Constitution et 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire. Nous pensons cependant qu'elle ne résiste pas à l'analyse dans le cas contraire. Certes, le droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses frères et sœurs constitue une forme d'objectivation légale de son intérêt, mais celui de voir son opinion être prise en considération ne l'est pas moins, tous les droits des enfants n'étant que des traductions de leur intérêt¹⁰⁷. Or, force est de constater que, contrairement à l'unité de la fratrie, la prise en considération de l'opinion de l'enfant est garantie explicitement par des textes hiérarchiquement supérieurs à la loi du 20 mai 2021. Raisonner autrement reviendrait à considérer que le législateur belge se soit cru autorisé d'apporter une restriction supplémentaire à des droits garantis internationalement et constitutionnellement¹⁰⁸. Par ailleurs, il est permis de penser que, lorsqu'il s'agit de fratries dites assimilées, le « lien affectif particulier » fait défaut chaque fois qu'un des enfants souhaite – voire même accepte – d'être séparé de l'autre, un tel lien devant être réciproque comme le suggère la locution « entre eux » reprise à l'article 387sexiesdecies de l'ancien Code civil.

Reste à savoir ce qu'il advient lorsqu'un des enfants souhaite des modalités d'hébergement qui le sépareraient de son frère ou de sa sœur alors que celui-ci/celle-ci y serait opposé(e). La question trouverait évidemment réponse, sur le plan juridique, si un des enfants ne possédait pas encore la faculté de discernement ou – pour la raison que nous venons d'évoquer – s'il s'agissait d'un enfant du partenaire d'un des parents, avec lequel il aurait vécu. Par ailleurs, ici également, il y a fort à parier que, dans la plupart des cas, le contentieux pourra être vidé à la faveur d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt des enfants

¹⁰⁷ À ce sujet, voy. G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*

¹⁰⁸ Rappelons à cet égard qu'il ressort de l'Observation générale n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant que l'intérêt de l'enfant doit être apprécié *in concreto* et que rien n'y indique que cette obligation cesserait dès lors que l'appréciation n'émanerait plus du juge, mais du législateur. À propos de cette observation générale, *cf. supra.*

concernés. Si, malgré tout, il s'avérait impossible de départager les demandes à l'aune de ces critères, force serait de constater l'inapplicabilité, dans une telle espèce, de celui de l'opinion de l'enfant de sorte que le juge devrait à nouveau tenir compte de celui de l'unité des fratries voulu par la loi nouvelle.

b) *L'unité des fratries, le droit d'être éduqué par les deux parents et l'hébergement égalitaire*

Le raisonnement que nous avons tenu concernant le critère de l'opinion de l'enfant peut être transposé au droit d'être éduqué par les deux parents, garanti explicitement par les articles 7.1, 9.3, 10.2 et 18.1 combinés de la CIDE, et par de nombreux arrêts strasbourgeois¹⁰⁹. Ainsi semble-t-il difficile de soutenir que la non-séparation d'une fratrie, au sens élargi, ne partageant qu'un seul – voire aucun – des père et mère priverait définitivement l'autre parent de toute possibilité d'obtenir l'extension du temps d'hébergement de l'enfant¹¹⁰. Dans le cas contraire, le lien de fratrie dans la famille recomposée d'un parent se trouverait favorisé aux dépens de celui avec l'autre parent, pourtant protégé explicitement par les dispositions précitées (même s'il n'existe aucune obligation internationale d'ériger, comme l'a fait la Belgique, l'hébergement égalitaire en modèle de référence¹¹¹, ni même de le rendre possible).

La question se pose en termes différents lorsqu'il s'agit de la fratrie germaine. L'insertion du principe de l'hébergement identique à l'article 374, § 2, de l'ancien Code civil juste après l'alinéa qui prévoit l'hébergement égalitaire, laisse penser que le texte nouveau doit avoir pour effet de modaliser la mise en place de celui-ci. Se trouve ainsi consacrée une certaine jurisprudence qui tendait, déjà avant la loi, à appliquer un hébergement égalitaire à des enfants plus jeunes que l'âge habituellement retenu afin de prévoir des modalités identiques pour l'ensemble de la fratrie¹¹². Le même raisonnement incite à penser *a contrario* que l'existence d'une contre-indication à l'hébergement égalitaire pour un des frères et sœurs germains *pourrait*¹¹³ constituer un obstacle empêchant sa

¹⁰⁹ Cf. *supra*.

¹¹⁰ Pour quelques cas de figure où la question s'est posée, voy. Trib. fam. Flandre occidentale (division de Courtrai) (ch. K23A), 14 juin 2021, n° de rôle 21/613/A, inédit, et Trib. fam. Flandre occidentale (division de Courtrai) (ch. K24B), 4 mars 2021, n° de rôle 20/1521/A, inédit, décisions toutes deux citées, résumées et analysées par I. BOONE, « De verblijfsregeling van broers en zussen na scheiding van de ouders », *op. cit.*, n°s 21 et 22.

¹¹¹ N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, n° 40.

¹¹² Voy. p. ex. Bruxelles (3^e ch.), 6 juin 2013, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 104; Civ. Bruxelles (110^e ch.), 27 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, n° 6, p. 118. Voy. cependant Trib. fam. Brabant wallon (23^e ch.), 14 juin 2021, *For. fam.*, 2022, n° 1, p. 37, où le tribunal prévoit des modalités dérogatoires à l'hébergement égalitaire des aînés pour le puîné qui n'est pas encore sevré. L'unité de la fratrie pourrait ainsi également constituer un élément en faveur de l'hébergement égalitaire, tel qu'il semble désormais requis par Cass., 20 janvier 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, n° 1, p. 4, note D. PIRE et N. MASSAGER.

¹¹³ Tel n'est pas nécessairement le cas, l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de chacun des frères et sœurs demeurant en toute hypothèse prioritaire.

mise en place pour l'ensemble de la fratrie¹¹⁴. Rien n'est cependant moins sûr, car, ici de nouveau, il s'agit de limiter la place d'un parent afin de favoriser le lien de fratrie, même si une telle restriction paraît, dans bien des cas, moins facilement disproportionnée dans la mesure où il s'agit de frères et sœurs germains.

c) *L'unité de la fratrie et les accords parentaux*

Parmi les formes diverses que peuvent prendre les accords parentaux et les différents moments où ils sont susceptibles d'intervenir¹¹⁵, il s'en trouve notamment certains auxquels une partie de la doctrine reconnaît désormais une certaine force obligatoire en y étendant, de manière tempérée, le principe de la convention-loi établi par l'article 1134 de l'ancien Code civil¹¹⁶.

Tous s'entendent cependant pour considérer que l'application des conventions dotées de ladite force obligatoire doit être écartée chaque fois qu'elles paraissent (devenues) contraires à l'intérêt de l'enfant, celui-ci relevant de l'ordre public¹¹⁷. Dans la mesure où tel est également le cas des règles instaurées par la loi nouvelle¹¹⁸, il ne fait aucun doute que les conventions parentales qui auraient pour effet de scinder la fratrie germaine ou de séparer les autres fratries, devraient se voir dénier toute force obligatoire et se voir être écartées d'office par le juge¹¹⁹, à moins qu'elles ne se justifient par l'intérêt d'au moins un des enfants concernés, établi *in concreto*, ou par son opinion¹²⁰.

Rien n'empêche, par contre, que les fratries soient séparées par décision des parents en dehors de toute intervention judiciaire, la loi n'ayant pour objet que de faire obstacle (dans une certaine mesure) à l'homologation par le juge de tels accords¹²¹.

¹¹⁴ En ce sens : Trib. fam. Brabant wallon, 26 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 19 ; Civ. Louvain, 30 juin 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 799 et, depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, Trib. fam. Flandre occidentale (division de Gand) (18^e ch.) 13 septembre 2021, n^o de rôle 21/1334/A, inédit ; toutes ces décisions sont citées par I. BOONE, « De verblijfsregeling van broers en zussen na scheiding van de ouders », *op. cit.*, n^o 15.

¹¹⁵ À propos de ces différentes conventions, voy. M. MALLIEN, « L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois *hot topics* », *op. cit.*, pp. 205-209.

¹¹⁶ Voy. J.-L. RENCHON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre les époux et cohabitants*, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 295-344.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ P. SENAËVE, in M. Dupan, « Inzichten uit het panelgesprek van de studienamiddag over broers en zussen van 22 oktober 2021 », *op. cit.*, n^o 6.

¹¹⁹ *Ibid.*, n^{os} 6 et 11 et I. BOONE, « De verblijfsregeling van broers en zussen na scheiding van de ouders », *op. cit.*, n^{os} 24 à 27.

¹²⁰ *Cf. supra.*

¹²¹ I. BOONE, « De verblijfsregeling van broers en zussen na scheiding van de ouders », *op. cit.*, n^o 28 et G. LOOSVELDT et E. ADRIAENS, « Broers en zussen moeten samen kunnen opgroeien », *op. cit.*, p. 4.

D. L'aspect procédural : le droit de l'enfant d'être entendu dans les contentieux relatifs à ses (demi-)frères, (demi-)sœurs et membres de la fratrie « assimilée »

La Cour constitutionnelle a rendu, le 21 avril 2022¹²², un arrêt relativement important en ce qui concerne les effets – sans doute non envisagés par le législateur – de la loi du 20 mai 2021. Saisie le 15 juillet de la même année par la cour d'appel de Gand d'une question préjudicielle, la Cour avait à se prononcer sur la compatibilité de l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire avec les articles 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CIDE) et 22bis, alinéa 2, de la Constitution en ce qu'il ne permettrait pas à deux demi-sœurs d'être entendues dans le contentieux d'hébergement relatif à leur demi-frère. La réponse à cette question dépendait en tout point du sens à donner aux verbes « concerne » et « intéressant » repris respectivement dans la disposition à l'égard de laquelle la conformité du Code judiciaire était examinée.

Si ni les rédacteurs de la CIDE, ni le Constituant de 2008 n'ont fourni le moindre indice quant à la manière dont ces termes devaient être compris – pas davantage d'ailleurs que le législateur national ne l'a fait en 2013 à l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire, qui reprend lui aussi le verbe « concernent » –, c'est en ayant égard aux nouveaux droits reconnus aux enfants par la loi du 20 mai 2021 que la Cour a eu égard en l'espèce. En effet, aux yeux de la juridiction constitutionnelle, le législateur a, en consacrant le droit des frères et sœurs de ne pas être séparés, clairement indiqué que la question de l'hébergement d'un enfant « concerne » (ou « intéresse ») aussi les membres de sa fratrie (puisque le maintien de celle-ci dépend en tout point des systèmes d'hébergement mis en place pour ses membres respectifs). Or, bien que l'arrêt ait été rendu – nous l'avons dit – dans le cadre d'un contentieux relatif à l'hébergement d'un demi-frère et l'audition de ses deux demi-sœurs, il ne fait aucun doute que ses enseignements s'étendent aussi aux membres de la fratrie « assimilée » (enfants avec qui celui dont l'hébergement est en question a vécu et auxquels il est lié par un lien d'affection) vu que c'est explicitement aux droits garantis aux articles 375bis et 387septiesdecies de l'ancien Code civil qu'il se réfère¹²³.

¹²² C.C., 21 avril 2022, arrêt n° 58/2022, *For. fam.*, 2022, n° 2, p. 77. À propos de cet arrêt, voy. également I. BOONE, « Het hoorrecht van halfzussen en halfbroers. Meer dan half werk? », *R.W.*, 2022-2023, n° 18, pp. 699-704; M. GOVAERTS, « Het recht van het minderjarig kind om gehoord te worden omtrent het behoud van het persoonlijk contact tussen broers en zussen », *R.A.B.G.*, 2022, nos 11-12, pp. 780-785; P. SENAËVE, « Het recht van de minderjarige om gehoord te worden in een procedure aangaande de verblijfsregeling van diens minderjarige halfbroer/halfzus », *T. Fam.*, 2022, n° 7, pp. 187-193; D. PIRE, « Pas de demi-mesure pour les demi-frères et sœurs », *J.L.M.B.*, 2022, n° 32, pp. 1433-1434.

¹²³ À ce sujet, voy. notre contribution : « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits », note d'observations sous C.C., 21 avril 2022, arrêt n° 58/2022, *For. fam.*, 2022, n° 2, p. 79, spéc. pp. 80-81. Il ressort en effet sans ambiguïtés de

Il en résulte donc que les enfants ont le droit d'être entendus dans les contentieux relatifs à l'hébergement, tant de leurs frères et sœurs germains, que de leurs demi-frères et demi-sœurs et des autres enfants avec lesquels ils ont vécu et avec lesquels ils entretiennent un lien d'affection (ce qui, dans le dernier cas, risque de poser pas mal de difficultés quant à l'invitation systématique des enfants âgés de plus de 12 ans à être entendus, tel que prévu par les articles 1004/1, § 3, et 1004/2 du Code judiciaire et devrait rendre nécessaire une adaptation de l'arrêté royal du 28 avril 2017)¹²⁴.

Ce prolongement procédural des droits reconnus par la loi du 20 mai 2021, dont les travaux préparatoires semblent révéler qu'il n'a pas été imaginé lors des débats parlementaires, s'accompagne sur le plan du droit d'une deuxième conséquence, elle aussi inattendue.

En effet, la Cour constitutionnelle ne conclut *in fine* pas nécessairement à la violation des articles 12 de la CIDE et 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution par l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire, dans la mesure où elle suggère une interprétation alternative qui en serait retenue, où il serait lu comme garantissant, lui aussi, aux demi-frères et demi-sœurs d'être entendus. Or, si l'on considère que le droit des membres de la fratrie (élargie) d'être entendus à propos de l'hébergement de leur frère ou de leur sœur, au sens large, trouve également son fondement à l'article 1004/1 du Code judiciaire – et non uniquement dans les dispositions internationale et constitutionnelle à propos desquelles sa conformité est examinée –, il y aurait lieu d'en déduire qu'ils se voient également garantis que leur opinion, exprimée à cette occasion, soit prise en considération. En effet, il est constant que cette obligation, en tenant compte l'âge et du « degré de maturité » du frère ou de la sœur, garantie par le § 6 du même article 1004/1, est intimement liée au droit d'être entendu. Ainsi l'opinion des demi-frères, des demi-sœurs et des autres enfants ayant grandi et étant unis par l'affection à celui dont l'hébergement fait l'objet du litige, doit faire en principe partie des éléments pris en considération par le juge¹²⁵, même si, de toute évidence, celle exprimée par l'enfant concerné au premier titre, tout comme l'intérêt de celui-ci apprécié *in concreto*, doit se révéler bien davantage prépondérante.

Section 4

Le droit des frères et sœurs aux relations personnelles

La loi nouvelle modifie également l'article 375*bis* de l'ancien Code civil en ce sens qu'elle étend aux frères et sœurs – au sens élargi, incluant tous

l'article 387*sexiesdecies* du même code que ces droits sont reconnus aux membres de la fratrie élargie qui y est définie.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

ceux, même sans lien de parenté, ayant grandi et liés par l'affection avec celui concerné par le litige¹²⁶ – un *droit de principe*, jusqu'ici garanti aux grands-parents, à des relations personnelles. Si le texte mentionne explicitement que ce droit est reconnu « à tout âge » aux frères et sœurs, une distinction fondamentale doit néanmoins être opérée entre :

- le droit des frères et sœurs majeurs¹²⁷ de saisir de tribunal de la famille et d'y obtenir la mise en place de relations personnelles ;
- le droit des frères et sœurs mineurs, qui coïncide avec les « relations personnelles » et les « contacts personnels », déjà largement évoqués, prévus à titre subsidiaire respectivement aux articles 374, § 2, alinéa 4, et 387*septiesdecies* de l'ancien Code civil¹²⁸. Les enfants mineurs n'ont aucune possibilité de saisir le tribunal – celle-ci leur ayant été refusée lors des débats parlementaires amendant la proposition de loi initiale¹²⁹ –, de sorte que leur « droit » s'assimile davantage à un critère d'appréciation des demandes des parents ou d'homologation de leurs accords¹³⁰.

Dans la mesure où le droit reconnu aux frères et sœurs majeurs l'est – textuellement – par extension de celui dont bénéficiaient déjà les grands-parents depuis 1995, le régime prévu jusqu'ici pour les deuxièmes s'applique désormais *mutatis mutandis* aussi aux premiers. Ainsi, il semble devoir être présumé jusqu'à la preuve du contraire¹³¹ que les relations avec le frère ou la sœur majeur(e) sont « profitables » à l'enfant et qu'il appartient, le cas échéant, aux parents de démontrer le contraire *in concreto*¹³². Comme aux grands-parents, la disposition précitée confère aux frères et sœurs – au sens « élargi – un « droit de principe »¹³³ en présupposant l'existence d'un lien affectif¹³⁴ au sein de la fratrie¹³⁵.

¹²⁶ Cf. *supra* et art. 387*sexiesdecies* anc. C. civ. Tout adulte ayant vécu dans la même famille que l'enfant et ayant établi un lien affectif peut donc revendiquer le droit prévu par l'article 375*bis*. De manière évidente, il doit s'agir d'une vie commune ayant eu lieu au moins en partie durant la minorité du demandeur, comme le suggère le terme « enfant » repris à l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil.

¹²⁷ M. DUPAN, « Juridische bescherming van de familiale band(en) tussen broer(s) en zus(sen). Commentaar bij de wet van 20 mei 2021 », *op. cit.*, n° 27.

¹²⁸ Cf. *supra*.

¹²⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-0780/009 et n° 55/0780/010, p. 8 et *supra*.

¹³⁰ Cf. *supra*.

¹³¹ L. FERMYN, « Recht op persoonlijk contact van grootouders : (on)splitsbaar van het conflict tussen ouders en grootouders? », *T. Fam.*, 2016, n° 8, p. 195.

¹³² Bruxelles (42^e ch.), 7 juin 2016, *T. Fam.*, 2016, n° 8, p. 193, n° 9.

¹³³ G. HIERNAUX, « À propos du droit des grands-parents de rencontrer leurs petits enfants », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, n° 4, p. 1083 et les références y citées ; S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in J.-L. Renchon et J. Sosson (dir.), *Filiation et parentalité*, Actes du XIII^e colloque de l'association Famille et Droit, Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 278, n° 7.

¹³⁴ Celui-ci devra néanmoins être prouvé par les frères et sœurs « assimilés », l'existence d'un lien affectif ayant, en l'absence de filiation commune, été établie comme condition d'application du régime par l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil.

¹³⁵ À propos de quelques précisions importantes concernant la portée exacte des droits reconnus à l'article 375*bis* de l'ancien Code civil, voy. N. GALLUS, « Le droit aux relations personnelles des grands-parents et des autres tiers (article 375*bis* du Code civil) », in Fr. Georges (dir.), *Le droit des seniors. Aspects civils, sociaux et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2010, p. 310 et M. MALLIEN, « Les relations personnelles de

Ce droit, qui – n'étant pas limité dans sa portée – peut également être revendiqué par le frère ou la sœur d'un enfant placé suite à la commission d'un fait qualifié d'infraction¹³⁶, demeure toutefois « subsidiaire par rapport au droit d'hébergement des parents » et a pour seul objet de faire en sorte qu'ils puissent « conserver un lien avec l'enfant [...] ». Il s'agit de « contacts limités dans le temps afin de ne pas vider de substance le droit d'hébergement des parents »¹³⁷, dont il est permis de croire, vu l'extension du régime prévu pour les grands-parents, qu'ils devraient donner lieu à des rencontres dont la fréquence et la durée devraient être comparables à celles habituellement reconnues à ceux-ci¹³⁸.

Par contre, rien ne permet d'affirmer, à ce stade, que le frère ou la sœur majeur(e) a également le droit d'être entendu dans la procédure relative à un des membres de sa fratrie (élargie), à la différence de ce qui aurait été le cas s'il avait été mineur. En effet, il ne fait aucun doute que l'article 1004/1 du Code judiciaire, dont la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 21 avril 2022¹³⁹, préconise qu'il soit interprété en ce sens que les demi-frères et demi-sœurs puissent également être entendus dans le cadre du contentieux d'hébergement relatif à un des membres de leur fratrie (élargie), s'applique uniquement aux mineurs. Il en résulte-là, selon nous, une différence de traitement entre les majeurs et les mineurs que le droit d'action, résultant désormais de l'article 375bis de l'ancien Code civil ne saurait pallier – de par la nature très différente dudit droit¹⁴⁰ –, de sorte que nous appelons de nos vœux, *de lege ferenda*, une intervention du législateur sur ce point.

Section 5

L'unité des fratries en cas de tutelle

La règle prévue en cas de tutelle par le nouvel alinéa 2 ajouté par la loi du 20 mai 2021 à l'article 393 de l'ancien Code civil soulève également quelques questions et paraît même critiquable à certains égards.

Tout d'abord, l'instauration du principe du tuteur unique, y compris pour les frères et sœurs non-germains (le texte se réfère explicitement à la définition des frères et sœurs reprise à l'article 387sexiesdecies¹⁴¹), repose sur l'hypothèse,

l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement [...], *Act. dr. fam.*, 2016, n° 7, p. 149, n°s 4 et s.

¹³⁶ M. DUPAN, « Juridische bescherming van de familiale band(en) tussen broer(s) en zus(sen). Commentaar bij de wet van 20 mei 2021 », *op. cit.*, n°s 15 et 30.

¹³⁷ Trib. fam. fr. Bruxelles (127^e ch.), 15 mars 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, n° 7, p. 161 (décision relative aux grands-parents, dont certains enseignements peuvent être transposés aux frères et sœurs majeurs).

¹³⁸ Il n'existe actuellement pas encore de jurisprudence publiée relative aux droits des frères et sœurs reconus par l'article 375bis de l'ancien Code civil.

¹³⁹ C.C., 21 avril 2022, arrêt n° 58/2022, *For. fam.*, 2022, n° 2, p. 77.

¹⁴⁰ À ce sujet, voy. M. MALLIEN, « L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)sœurs : un recentrage sur ses droits », *op. cit.*, p. 80.

¹⁴¹ *Cf. supra.*

totalemment invraisemblable dans la pratique, où *tous* les enfants concernés se trouveraient privés de leurs *deux* parents alors que, rappelons-le, ils n'en partagent qu'un s'ils sont demi-frères ou demi-sœurs, et aucun en cas de fratrie assimilée.

Ensuite, force est de constater que le législateur n'a guère fait preuve de cohérence puisque d'une part, il n'étend pas le principe de la non-séparation des fratries au-delà de l'hébergement (ce qui exclut notamment, et à juste titre, l'exercice de l'autorité parentale), alors que, d'autre part, les frères et sœurs, y compris non-germains, se verraient attribuer un même tuteur – c'est-à-dire une même instance décisionnelle sur les différents aspects de l'éducation (en cas de disparition des parents).

Enfin, la mission confiée au juge de paix de « préciser », en cas de tutelle, « comment les frères et sœurs entretiennent des relations personnelles entre eux » par le nouvel article 393, alinéa 2, de l'ancien Code civil, se révèle quelque peu difficile à appréhender. En effet, on peine à imaginer qu'un droit aux « relations personnelles » vienne substituer le droit à l'hébergement uniforme ou à la non-séparation, prévus respectivement par les nouveaux articles 374, § 2, alinéa 4, et 387*septiesdecies* de l'ancien Code civil, à moins de créer une différence de traitement entre les fratries sous tutelle et les autres difficilement compatibles avec le principe de non-discrimination. L'article 393, alinéa 2, sous cet aspect, ne peut donc qu'être interprété comme une règle de compétence, confiant au juge de paix la mise en œuvre desdits droits en cas de tutelle. Si on comprend le souci du législateur de prévoir un for unique permettant, avec toute la célérité que requiert une telle situation, de désigner le tuteur et d'assurer l'unité des fratries dans une même décision, force est de constater qu'il en résulte un certain éclatement de compétences en ce qui concerne le maintien des relations entre frères et sœurs, ce que la loi du 30 juillet 2013 instituant le tribunal de la famille a voulu éviter. Sans doute est-il également permis de regretter, dans cette optique, les significations fondamentalement différentes que doivent revêtir la locution « relations personnelles » selon qu'elle se trouve à l'article 374, 375*bis* ou 393, alinéa 2, et le manque de cohérence et de rigueur terminologique qui en résultent au sein de l'ancien Code civil.

Conclusion

L'érection du principe de non-séparation des fratries, dans le cadre des contentieux d'hébergement, en critère légal, témoigne sans aucun doute d'une approche nouvelle, selon laquelle l'enfant ne constitue plus avant tout un « objet » du litige civil opposant les droits revendiqués par chacun de ses parents, mais, au contraire, un des protagonistes principaux.

Certes, l'on objectera qu'une des principales ambitions de la proposition de loi, à savoir la reconnaissance à l'enfant d'une certaine capacité d'ester en justice afin d'y faire valoir son droit au maintien de la fratrie, est passée à la

trappe lors des débats parlementaires, la conception autonomiste dudit enfant et de ses droits ne semblant pas recueillir, à ce stade à tout le moins, un assentiment démocratique suffisant tant au nord et qu’au sud du pays. Il n’en demeure pas moins que le texte finalement adopté ne s’est pas révélé totalement exempt de cette conception, qui s’y trouvait dès lors partiellement en germe, comme en témoignent l’arrêt rendu le 21 avril 2022 par la Cour constitutionnelle et les droits qui en découlent pour les membres de la fratrie élargie.

Un autre constat qui s’impose à l’analyse du système mis en place par la loi du 20 mai 2021, est celui de l’effacement relatif de l’importance de l’(ancienne) famille nucléaire, voire même partiellement de la prépondérance de la filiation et des liens de parenté qui en résultent, au profit des facteurs de stabilité, dans la vie de l’enfant, que le législateur a voulu privilégier. Ainsi l’unité des frères et sœurs qui partagent un lien de filiation uniquement à l’égard d’un des parents, voire qui n’en partagent aucun, devient-il un critère bien plus prépondérant, « privatisant » en quelque sorte l’intérêt de l’enfant perçu désormais avant tout – et sans doute à bon escient – à l’aune de la perspective de celui-ci, plutôt qu’au regard exclusif de son positionnement dans la généalogie familiale.

Ainsi, la loi du 20 mai 2021 apparaît-elle à la fois révélatrice et précurseur de cette nouvelle manière de concevoir la place de l’enfant lui-même et d’appréhender son intérêt lors des contentieux d’hébergement.