

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'adoption

Cohen, Laura; Mathieu, Geraldine

*Published in:*

Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale

*Publication date:*

2022

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Cohen, L & Mathieu, G 2022, L'adoption: les conditions de l'adoption. Dans *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*. Grands arrêts, Larcier , Bruxelles, p. 264-289.

### 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.

## 4.2. L'adoption

### 4.2.1. Les conditions de l'adoption

**Cour eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du  
28 septembre 2007**

Adoption – Adoption par une personne célibataire – *Exequatur* d'une décision d'adoption prononcée à l'étranger – Droit international privé – Droit au respect de la vie privée et familiale – Interdiction de discrimination – Intérêt de l'enfant

#### Extraits

#### II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT

[...]

121. La Cour rappelle par ailleurs que, bien que « le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention » (*Fretté c. France*, n° 36515/97, § 29, CEDH 2002-I), « les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention ». [...]

132. La Cour estime que la décision de refus d'exequatur omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation. Aussi, dès lors que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas admis officiellement l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière péruvienne, ceux-ci ne déploient pas pleinement leurs effets au Luxembourg. Les requérantes en subissent des inconvénients dans leur vie quotidienne et l'enfant ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive.

133. Rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires (voir, *mutatis mutandis*, Maire, précité, § 77), la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière. [...]

135. La Cour arrive à la conclusion qu'en l'espèce les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement refuser la reconnaissance des liens familiaux qui pré-existaient *de facto* entre les requérantes et se dispenser ainsi d'un examen concret de la situation. Rappelant par ailleurs que la Convention est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » (voir, parmi d'autres, Johnston et autres, précité, § 53), elle estime que les motifs invoqués par

les autorités nationales – à savoir l’application stricte, conformément aux règles luxembourgeoises de conflits de lois, de l’article 367 du code civil qui réserve l’adoption plénière aux époux – ne sont pas « suffisants » aux fins du paragraphe 2 de l’article 8.

136. Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu’il y a eu violation de l’article 8 de la Convention.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L’ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L’ARTICLE 8

154. Reste la question de savoir, pour ce qui est des moyens employés, si l’instauration d’une différence de traitement entre les enfants, selon qu’ils se voient reconnaître ou non au Luxembourg le jugement étranger d’adoption plénière, apparaît proportionnée et adéquate au but poursuivi.

155. Malgré le fait que la première requérante ait suivi de bonne foi toutes les démarches prévues par la procédure péruvienne et que, par ailleurs, l’assistante sociale ait émis un avis favorable quant à l’adoption au Luxembourg (paragraphe 14 ci-dessus), le jugement d’adoption plénière rendu au Pérou n’a pas été reconnu par les autorités luxembourgeoises. Ce refus d’exequatur a pour conséquence que la deuxième requérante subit au quotidien une différence de traitement par rapport à un enfant dont l’adoption plénière étrangère est reconnue au Luxembourg. Force est en effet de constater en l’espèce que, d’une part, les liens de l’enfant sont rompus avec sa famille d’origine, mais que, d’autre part, aucun lien de substitution plein et entier n’existe avec sa mère adoptive. L’intéressée se retrouve dès lors dans un vide juridique, qui n’a d’ailleurs pas été comblé par le fait qu’une adoption simple a été accordée entre-temps (paragraphe 40 ci-dessus). [...]

158. En tout état de cause, la Cour estime que la deuxième requérante ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables (voir, *mutatis mutandis*, *Mazurek*, précité, § 54) : or il faut constater que l’intéressée – de par son statut d’enfant adoptée par une mère célibataire luxembourgeoise qui ne se voit pas reconnaître au Luxembourg les liens familiaux créés par le jugement étranger – se trouve pénalisée dans sa vie quotidienne (paragraphe 156 ci-dessus).

159. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure qu’il n’y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

160. Partant, il y a eu violation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8.

**C. const., arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015**

**1<sup>re</sup> espèce, rôle n° 594**

Adoption – Conditions – Cohabitation de fait – Exigence de vie commune  
 – Refus de consentement de la mère – Fin de non-recevoir – Pouvoir d’appréciation du juge – Droit au respect de la vie privée et familiale – Intérêt de l’enfant

**Extraits**

B.6. Il ressort de la disposition en cause que l’homme qui, de façon permanente et affective, a vécu plus de trois ans avec la mère adoptive d’un enfant et avec celui-ci, sans être l’époux de cette femme ou lié à elle par une cohabitation légale, ne peut plus demander l’adoption de cet enfant, en qualité de cohabitant, lorsque la vie commune a pris fin, même si l’enfant est né alors que cet homme et cette femme formaient un couple, et même si la relation de fait entre cet homme et cet enfant a, depuis l’accueil de l’enfant par sa mère adoptive, toujours été celle d’un père et de son enfant. [...]

B.9.1. La disposition en cause empêche l’ancien partenaire de la mère de l’enfant de donner à la relation de fait durable décrite en B.6 des effets consacrant officiellement les engagements que cet homme souhaite prendre à l’égard de cet enfant.

B.9.2. Dans cette mesure, cette disposition a des effets disproportionnés par rapport à l’objectif poursuivi par le législateur, lequel est dicté, comme il est dit en B.7.2, par la considération qu’il est dans l’intérêt de l’enfant – qui « a déjà vécu un déracinement » – qu’il soit accueilli dans un « environnement stable ». Dans le cas d’une relation de fait durable entre un enfant et l’ancien partenaire de sa mère, l’adoption de cet enfant par cet homme, dès lors que les liens juridiques entre l’enfant et sa famille d’origine restent maintenus, n’aurait pour effet ni que l’enfant vive un déracinement, ni qu’il soit élevé dans un environnement devant être considéré, par définition, comme instable. Une telle adoption pourrait au contraire généralement contribuer à la stabilité de l’environnement dans lequel l’enfant grandit et confirmer juridiquement les rapports de fait existant au sein de cet environnement.

B.10.1. En ce que la disposition en cause ne permet pas l’adoption d’un enfant dans les circonstances définies en B.4.2, elle n’est pas compatible avec l’article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution, lu en combinaison avec l’article 21 de la Convention relative aux droits de l’enfant.

B.10.2. L’examen de la compatibilité de la disposition en cause avec les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme, ne saurait conduire à un plus large constat de violation.

### **C. const., arrêt n° 95/2017 du 13 juillet 2017**

Adoption – Conditions – Cohabitation de fait – Adoption des enfants du partenaire – Empêchement absolu à mariage – Inceste – Intérêt de l'enfant

#### **Extraits**

B.8.1. Dans la mesure où l'adoption simple des enfants d'un des partenaires cohabitants durablement par l'autre partenaire cohabitant n'est pas possible s'il existe entre le candidat adoptant et le parent légal des enfants un empêchement absolu à mariage dont le Roi ne peut dispenser, cette impossibilité empêche de manière absolue le candidat adoptant cohabitant de fait de lier à la relation de fait parent-enfant, durable, qui existe le cas échéant entre le candidat adoptant et les enfants de son partenaire cohabitant de fait, des effets consacrant juridiquement les engagements que le candidat adoptant est prêt à assumer à l'égard de ces enfants. [...]

B.9.1. En instaurant la condition d'absence de lien de parenté, le législateur est surtout parti de l'idée qu'une adoption, par une des cohabitantes, des enfants de l'autre cohabitante qui est sa sœur, pourrait être contraire à l'intérêt de l'enfant, parce qu'une telle adoption ferait apparaître une relation incestueuse entre les parents, c'est-à-dire une relation qui donne lieu à un empêchement absolu à mariage entre les deux personnes, dont le Roi ne peut dispenser. Or, l'article 344-1, du Code civil dispose qu'une adoption ne peut avoir lieu que « dans [l']intérêt supérieur [de l'enfant] et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international ». Rien ne permet de présumer qu'il n'est jamais de l'intérêt de l'enfant qui fait l'objet de la demande d'adoption d'être adopté par le cohabitant de fait de sa mère, lorsqu'existe entre ceux-ci un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser.

B.9.2. En érigeant en fin de non-recevoir absolue de l'action en adoption simple un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser, le législateur fait prévaloir en toutes circonstances les effets juridiques d'un empêchement absolu à mariage sur d'autres intérêts qui peuvent être en cause, parmi lesquels l'intérêt des enfants qui sont candidats à l'adoption. En conséquence de cette fin de non-recevoir absolue, l'enfant est totalement privé de la possibilité de bénéficier d'une adoption simple par le parent en ligne collatérale de son père ou de sa mère. Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt des enfants qui sont candidats à l'adoption, alors que tel doit être le cas, conformément à l'article 344-1 du Code civil.

B.9.3. Une telle mesure n'est pas raisonnablement justifiée. L'article 343, § 1<sup>er</sup>, b), du Code civil, combiné avec les articles 162 et 164 du Code civil, n'est donc pas compatible avec les articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution.

## Observations

---

### Introduction

Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, l'institution de l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille »<sup>1</sup>. Depuis son arrêt *Fretté c. France*, la juridiction strasbourgeoise répète ainsi, de façon récurrente, que la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « CEDH ») ne garantit pas le droit d'adopter et que la vie familiale suppose l'existence d'une famille et ne protège pas le « simple désir de fonder une famille »<sup>2</sup>.

Dans le même temps, la construction prétorienne, tant européenne que belge, relative au droit au respect de la vie familiale a conduit à un élargissement important du champ d'application de l'article 8 de la CEDH ainsi que de l'article 22 de la Constitution<sup>3</sup>. Le souci de donner un effet utile à ces dispositions a en effet mené les juridictions suprêmes européenne et belge à appréhender largement la vie familiale. Cet élargissement s'est traduit, dans le domaine de l'adoption, par une protection, au titre de la vie familiale, de la relation constituée entre adoptant(s) et adopté<sup>4</sup>, même à l'état de projet<sup>5</sup>. Il appert ainsi de la jurisprudence strasbourgeoise que la vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH protège tant le lien adoptif résultant d'une relation parentale effective que celui dépourvu d'une telle effectivité sur le plan factuel, son caractère potentiel n'empêchant pas sa prise en considération, dès lors qu'il n'est pas fictif<sup>6</sup>.

En l'état actuel du droit belge, l'adoption peut se définir comme « une institution qui crée, par décision de justice, un lien comparable à la filiation entre un couple adoptant ou une personne adoptante et une autre personne, l'adopté »<sup>7</sup>. Le droit belge de l'adoption a été profondément réformé par la loi

1 Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 42 ; Cour eur. D.H., arrêt *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 156.

2 Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 32 ; Cour eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 septembre 2007, § 121 ; Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, § 41 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, § 135. Pour une application de ce principe en droit belge : Cass., 10 avril 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 180.

3 On rappellera à cet égard qu'il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution que le constituant a cherché la plus grande concordance possible avec l'article 8 de la CEDH afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la CEDH (*Doc. parl.*, Ch. repr., 1993-1994, n° 997/5, p. 2).

4 Cour eur. D.H., arrêt *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 140 ; Cour eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 septembre 2007, § 121.

5 Cour eur. D.H., arrêt *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 143.

6 S. SAROLÉA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 34. Voy. également en ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 653 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) – Première partie », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 498.

7 Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 648.

du 24 avril 2003<sup>8</sup>. Des modifications subséquentes ont été apportées depuis cette réforme par différentes lois, dont trois assez récentes<sup>9</sup>. La première est la loi du 20 février 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne l'adoption<sup>10</sup>. La deuxième est la loi dite « pot-pourri V » du 6 juillet 2017<sup>11</sup>. Enfin, la troisième est la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges<sup>12</sup>.

Aussi bien antérieurement que concomitamment à ces diverses réformes, la Cour constitutionnelle a été saisie de questions préjudicielles la conduisant à se prononcer sur la constitutionnalité de certaines dispositions du Code civil touchant aux conditions de l'adoption, telles que l'absence d'un lien de parenté constitutif d'un empêchement à mariage absolu entre les candidats adoptants, le statut conjugal des candidats adoptants ou encore l'âge de l'adoptant. Les constats d'inconstitutionnalité prononcés à ces multiples occasions ont contribué partiellement, voire substantiellement, à redessiner le paysage belge de l'adoption.

Les lignes qui suivent ont pour objet d'analyser les conditions de l'adoption sous l'angle du droit au respect de la vie familiale en traitant de celles relatives au statut conjugal (II), à l'orientation sexuelle (III), à l'âge des candidats adoptants (IV) ou encore aux empêchements à mariage (V). Nous nous attarderons également sur l'adoption de l'enfant par ses parents d'accueil (VI) et, *in fine*, sur la reconnaissance et l'exécution d'une adoption étrangère ou d'une institution étrangère (VII). Ces développements seront l'occasion de faire le point sur les exigences strasbourgeoises en la matière, mais aussi d'examiner en parallèle la manière dont le droit belge, à travers ses différentes réformes et les arrêts prononcés par la Cour constitutionnelle, favorise ou, au contraire, empêche la réalisation pleine et entière du droit au respect de la vie familiale, sans pouvoir faire l'impasse sur la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, critère prépondérant en matière d'adoption<sup>13</sup> (I).

### *I. Préalable : l'intérêt supérieur de l'enfant, fil rouge de la jurisprudence européenne et belge en matière d'adoption*

Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en considération de manière primordiale dans toute décision qui le concerne est consacré par

8 Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 16 mai 2003.

9 Voy. à propos des modifications les plus récentes : L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », in J. SOSSON (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 93 et s.

10 *M.B.*, 22 mars 2017.

11 *M.B.*, 24 juillet 2017.

12 *M.B.*, 2 juillet 2018. Cette loi a modifié plusieurs aspects du droit de l'adoption, dont plus particulièrement le droit d'accès de l'adopté à ses origines.

13 Y.-H. LELU, *Droit des personnes et des familles*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 654.

l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après, « CIDE »)<sup>14</sup>. En matière d'adoption, l'article 21 de la CIDE va plus loin en ce qu'il énonce que « les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est *la*<sup>15</sup> *considération primordiale en la matière* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a précisé à de multiples reprises que les dispositions de la CEDH doivent s'interpréter à la lumière de la CIDE<sup>16</sup>. Ainsi, de manière constante, la Cour considère que, lorsqu'un lien familial est établi entre un parent et un enfant, une importance particulière « doit être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent »<sup>17</sup>.

La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant est également consacrée par l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution. L'article 344-1 du Code civil dispose par ailleurs que « toute adoption doit se fonder sur de justes motifs et, si elle porte sur un enfant, ne peut avoir lieu que dans son intérêt supérieur et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international ».

Que ce soit dans la jurisprudence européenne ou belge, force est dès lors de constater que le concept d'intérêt supérieur de l'enfant occupe une place centrale dans l'appréhension de la problématique des conditions et de l'accès à l'adoption. L'adoption, en tant que mesure de protection de l'enfant mineur, ne peut en effet avoir lieu que dans le respect de son intérêt supérieur qui prime tous les autres intérêts en présence.

La juridiction strasbourgeoise fait ainsi prévaloir, dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt supérieur de l'enfant sur la protection de la vie familiale des adoptants, estimant que c'est toujours cet intérêt qui doit prévaloir dans ce genre d'affaires<sup>18</sup>. Elle souligne en effet que « l'importance à privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue dans le cas

14 À côté de la CIDE, d'autres instruments internationaux se réfèrent également à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans leur opinion dissidente à propos de l'arrêt *Antwi et autres c. Norvège*, les juges Sicilianos et Lazarova Trajkovska recensent l'ensemble des textes internationaux consacrant la primauté de l'intérêt de l'enfant pour en déduire un principe général de droit international (Cour eur. D.H., arrêt *Antwi et autres c. Norvège* du 14 février 2012). Pour aller plus loin, voy. : 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, pp. 167 et s.

15 Nous soulignons.

16 Voy. not. Cour. eur. D.H., arrêt *Emonet et autres c. Suisse* du 28 mai 2003, § 65 ; Cour eur. D.H., arrêt *Maire c. Portugal* du 26 juin 2003, § 72 ; Cour eur. D.H., arrêt *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 139 ; Cour. eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 septembre 2007, § 120 ; Cour eur. D.H., arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012, § 42. Pour de plus amples développements, voy. A. GOULTENOIRE, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Le Monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2007, pp. 495 et s. ; U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot, Ashgate, 1999 ; S. SMETS, « De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM », *T.J.K.*, 2013, pp. 82 et s. ; M. VERHEYDE, « Kinderen en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens », in E. VERHELLEN (ed.), *Kinderrechtengids*, Malines, Kluwer, 2007, pp. 1-75.

17 Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 42 ; Cour eur. D.H., arrêt *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, § 95 ; Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège* du 10 septembre 2019, § 206 ; Cour eur. D.H., arrêt *Omrefe c. Espagne* du 23 juin 2020, § 37.

18 Cour eur. D.H., arrêt *Maire c. Portugal* du 26 juin 2003, § 77 ; Cour. eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 septembre 2007, § 133 ; Cour eur. D.H., arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège* du 10 septembre 2019, § 209.



d'une relation fondée sur l'adoption, car, ainsi qu'elle l'a déjà affirmé dans sa jurisprudence, l'adoption consiste à "donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille" (*Fretté c. France*, n° 36515/97, § 42, CEDH 2002-I) »<sup>19</sup>. La Cour apprivoise l'intérêt de l'enfant comme un concept par essence évolutif, ce qui la conduit à tenir compte des circonstances factuelles réelles telles qu'elles existent au moment où elle est amenée à se prononcer. Statuer au plus près de la réalité familiale lui permet aussi « de prendre en considération l'évolution des liens affectifs indépendamment de leur traduction juridique »<sup>20</sup>.

De manière plus générale, la Cour prône une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et insiste sur la prise en considération de la spécificité de chaque cas au terme d'un examen minutieux des circonstances de la cause<sup>21</sup>. La Cour exige encore que les États veillent à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables à l'enfant adopté<sup>22</sup>.

La plupart des arrêts prononcés par la Cour constitutionnelle en matière d'adoption se réfèrent quant à eux expressément à l'article 22bis de la Constitution<sup>23</sup> et témoignent ainsi d'une philosophie soucieuse de lever tout verrou absolu faisant obstacle à une protection effective de l'enfant<sup>24</sup>. Tout comme la Cour européenne, la Cour constitutionnelle prône un contrôle de l'intérêt de l'enfant par le juge réalisé *in concreto*, compte tenu de tous les faits de la cause<sup>25</sup>.

## II. La condition relative au statut conjugal de l'adoptant ou des adoptants

### A. L'adoption par une personne célibataire

En droit belge, l'adoption par une personne célibataire est autorisée conformément à l'article 343, § 1<sup>er</sup>, du Code civil.

Dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007<sup>26</sup>, placé en exergue de cette contribution, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se pencher sur la question de l'adoption par une femme célibataire dans le contexte d'une reconnaissance d'une adoption étrangère.

19 Cour eur. D.H., arrêt *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 156.

20 S. SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 35.

21 Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010, § 138 ; Cour eur. D.H., arrêt *Y.C. c. Royaume-Uni* du 13 mars 2012, § 135 ; Cour eur. D.H., arrêt *Uzbyakov c. Russie* du 5 mai 2020, § 123.

22 Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 42 ; Cour eur. D.H., arrêt *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, § 95.

23 Voy. not. C. const., arrêts n°s 93 et 94/2012 du 12 juillet 2012, n° 94/2015 du 25 juin 2015, n° 25/2017 du 16 février 2017 et n° 95/2017 du 13 juillet 2017.

24 L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », in J. SOSSON (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 142.

25 *Ibid.*, p. 143.

26 Voy. à propos de cet arrêt : G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) – Première partie », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 501-502. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M. FALLON et S. FRANCO, « La vie familiale internationale ».

Dans cette affaire, Mme Wagner, de nationalité luxembourgeoise et ayant sa résidence habituelle au Luxembourg, avait adopté une petite fille au Pérou, et plus précisément devant le tribunal de la famille de la province d’Huamanga. Elle était revenue s’installer au Luxembourg avec l’enfant et sollicitait des juridictions luxembourgeoises qu’elles rendent exécutoire la décision d’adoption péruvienne comme s’il s’agissait d’une adoption plénière réalisée dans l’ordre juridique luxembourgeois. La demande d’*exequatur* fut toutefois rejetée par les juridictions nationales au motif que « le jugement d’adoption péruvien avait été rendu en contradiction avec la loi luxembourgeoise applicable suivant la règle de conflit de lois énoncée à l’article 370 du [C]ode civil » étant entendu que « les juges accueillirent en effet l’argument du ministère public, selon lequel le juge péruvien n’avait pas appliqué la loi luxembourgeoise en prononçant l’adoption plénière par une femme célibataire luxembourgeoise »<sup>27</sup>.

En prélude à son raisonnement, la Cour constate l’existence d’une vie familiale au sens de l’article 8 de la CEDH compte tenu des liens *de facto* noués entre Mme Wagner et l’adoptée. Dans le sillon de ce constat, elle fait valoir que « les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l’article 8 de la Convention »<sup>28</sup>. Après avoir noté que Mme Wagner avait été autorisée à adopter l’enfant au Pérou au terme d’une procédure stricte et rigoureuse à laquelle elle s’était pliée et qu’elle vivait de manière effective depuis lors avec sa fille adoptive, la Cour constate que le refus par les juridictions luxembourgeoises de reconnaître cette réalité tant juridique que factuelle constitue une ingérence dans la vie familiale de la requérante. Elle estime par ailleurs que cette ingérence est disproportionnée au vu de la mise en balance des intérêts en présence et de la primauté qu’il convient d’accorder à celui de l’enfant, les juridictions nationales ne pouvant faire prévaloir, comme elles l’avaient fait, les règles de conflit de lois sur l’intérêt de l’enfant<sup>29</sup>.

Si la Cour ne s’est pas expressément prononcée sur la question de l’adoption par une personne célibataire en tant que telle, il est toutefois permis, selon nous, d’induire de l’arrêt *Wagner* que le fait qu’un État ne prévoie pas « en interne » l’adoption par une personne seule est contraire à l’article 8 de la CEDH. La Cour précise à cet égard que, « dans le domaine en litige, les États contractants jouissent d’une large marge d’appréciation »<sup>30</sup>, mais rappelle dans le même temps que « l’étendue de la marge d’appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou absence d’un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer

27 Cour. eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 septembre 2007, §§ 19-20.

28 *Ibid.*, § 121.

29 *Ibid.*, §§ 133 et 135.

30 *Ibid.*, § 128.

un facteur pertinent à cet égard »<sup>31</sup>. Or, la juridiction strasbourgeoise constate qu'en la matière, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe, l'adoption par une personne célibataire étant prévue dans la majorité des quarante-six pays membres du Conseil de l'Europe<sup>32</sup>.

### B. L'adoption par un couple non marié

La réforme de 2003 a marqué l'ouverture, dans notre droit, de l'adoption aux couples non mariés<sup>33</sup>. Des partenaires cohabitants légaux peuvent ainsi adopter ensemble un enfant, de même que des cohabitants de fait, pour autant qu'ils vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption<sup>34</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, eu à se prononcer indirectement sur l'accès à l'adoption par des personnes non mariées.

Dans l'affaire *Emonet et autres c. Suisse*<sup>35</sup>, que nous examinerons également *infra* à propos de l'adoption par le nouveau partenaire, un homme souhaitait adopter l'enfant de sa compagne dans un contexte où il existait d'ores et déjà une vie familiale entre les différentes parties. L'adoption fut certes prononcée par les autorités suisses, mais eut pour effet de supprimer le lien de filiation de l'enfant à l'égard de sa mère, ce que les parties ne souhaitaient évidemment pas. Selon le droit suisse en vigueur, il eût en effet fallu que le couple soit marié pour empêcher la rupture des liens de filiation antérieurs.

La Cour souligne qu'il ne revient « pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter »<sup>36</sup> et considère que « le “respect” de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues. L'absence de cette prise en compte [avait] heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne »<sup>37</sup>. Pour la juridiction strasbourgeoise, la perte de la filiation maternelle de l'adoptée à la suite de son adoption par le compagnon de sa mère a donc entraîné une violation de l'article 8 de la CEDH.

Si la Cour n'a pas eu à se prononcer expressément sur la question de l'accès à l'adoption hors mariage, mais plutôt sur les effets engendrés par une telle adoption, il n'en demeure pas moins que la Cour a relevé que « l'argument du

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, § 129.

33 Art. 343, § 1<sup>er</sup>, a), C. civ.

34 Art. 343, § 1<sup>er</sup>, b), C. civ.

35 Cour. eur. D.H., arrêt *Emonet et autres c. Suisse* du 28 mai 2003.

36 *Ibid.*, § 82.

37 *Ibid.*, § 86.

Gouvernement selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours »<sup>38</sup>. L'arrêt *Emonet* questionne ainsi assurément la pertinence du critère du statut conjugal de l'adoptant, ce critère devant pouvoir s'effacer dans des circonstances singulières<sup>39</sup>.

Encore veillera-t-on à tempérer ce constat dès lors que, dans l'arrêt postérieur *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, la juridiction strasbourgeoise semble accepter que le mariage soit érigé au rang de condition préalable à l'adoption dans le chef du partenaire du parent<sup>40</sup>.

### C. L'adoption par le nouveau partenaire<sup>41</sup>

L'article 353-9 du Code civil a été modifié en 2003 pour permettre à l'adoption intrafamiliale par le beau-parent de produire ses pleins et entiers effets, quel que soit le statut conjugal du couple. Cette disposition prévoit désormais que, lorsque l'adopté est l'enfant ou l'enfant adoptif du conjoint, du cohabitant ou de l'ancien partenaire de l'adoptant, l'autorité parentale est exercée conjointement par les deux époux, cohabitants ou anciens partenaires. Avant 2003, l'autorité parentale ne revêtait en effet un caractère conjoint en cas d'adoption simple intrafamiliale que dans la seule hypothèse où l'adoptant et l'auteur de l'adopté étaient mariés<sup>42</sup>.

Dans l'affaire *Emonet et autres c. Suisse*<sup>43</sup>, examinée *supra*, la juridiction strasbourgeoise a précisément été amenée à se prononcer sur les effets d'une adoption par le nouveau compagnon de la mère, dans un contexte où il existait d'ores et déjà une vie familiale entre les différentes parties. En vertu du droit

38 *Ibid.*, § 81.

39 En l'espèce, la personne adoptée était majeure et paraplégique, ce qui a conduit la Cour à considérer que la logique du gouvernement (selon laquelle le système de l'adoption conjointe qui entraînait la rupture du lien de filiation antérieur entre la personne adoptée et son parent naturel correspondait à un « besoin social impérieux » et était proportionné au but légitime visé puisqu'il garantissait la clarté de la situation et évitait à la personne adoptée des conflits d'intérêts) ne trouvait pas à s'appliquer : « la Cour n'est pas convaincue de la pertinence de l'argumentation du Gouvernement. Elle reconnaît que la logique de cette conception de l'adoption est valable pour les personnes mineures et constitue, d'ailleurs, la solution retenue par la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe pour ce type d'adoption. La Cour n'est toutefois pas d'avis que le même raisonnement puisse s'appliquer tel quel aux circonstances particulières de la présente affaire, qui concerne une personne adulte, mais handicapée, à l'adoption de laquelle tous les intéressés ont donné leur consentement libre et éclairé. À ce titre, elle rappelle que, même si la première requérante est majeure, elle nécessite des soins et un soutien affectif. Les deux autres requérants, qui assument ces tâches, ont souhaité, par la voie de l'adoption, régulariser juridiquement la famille qu'ils constituent *de facto*. Dans ce contexte, la Cour estime qu'on se trouve ici dans une situation impliquant "l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux" qui font exceptionnellement entrer en jeu les garanties découlant de l'article 8 entre des personnes adultes » (Cour. eur. D.H., arrêt *Emonet et autres c. Suisse* du 28 mai 2003, § 80).

40 G. WILLEMS et L. COHEN, « International Human Rights Law as a basis for reconstructing legal relationships between adults and children », in J. SOSSON, G. WILLEMS et G. MOTTE (dir.), *Adults and Children in Postmodern Societies. A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, Cambridge-Anvers-Chicago, Intersentia, 2019, p. 702.

41 Voy. au surplus, dans cet ouvrage, la contribution de O. DE CUYPER, « La famille recomposée ».

42 Ancien art. 361 C. civ. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle avait validé constitutionnellement le choix ainsi posé par le législateur (C. const., arrêt n° 49/2000 du 3 mai 2000). Par un arrêt du 28 novembre 2001, la Cour avait toutefois considéré que l'ancien article 361, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil violait les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'étendait pas ses effets à deux personnes de sexes différents ayant fait une déclaration de cohabitation légale (C. const., arrêt n° 154/2001 du 28 novembre 2001).

43 Cour. eur. D.H., arrêt *Emonet et autres c. Suisse* du 28 mai 2003.

suisse en vigueur, pareille adoption entraînait la perte du lien de filiation maternelle. La seule solution pour contrecarrer cette perte était que le couple se marie.

La juridiction strasbourgeoise a considéré que la perte de la filiation maternelle de l'adopté à la suite de son adoption par le compagnon de sa mère entraînait une violation de l'article 8 de la CEDH, les motifs invoqués par le gouvernement pour justifier la rupture du lien de filiation entre la mère et sa fille n'apparaissant pas en l'espèce pertinents. Elle souligne également que « la notion de "famille" au sens de l'article 8 de la Convention ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens "familiaux" [...]. En l'espèce, la Cour ayant conclu à l'existence d'une vie "familiale", les autorités nationales étaient dans l'obligation d'agir de manière à permettre à ce lien familial de se développer »<sup>44</sup>.

#### D. L'adoption par l'ancien partenaire<sup>45</sup>

L'ancien article 343, § 1<sup>er</sup>, du Code civil subordonnait l'adoption de l'enfant par le partenaire du parent cohabitant de fait à une condition de communauté de vie (cohabitation) entre le candidat adoptant et le parent qui devait exister au jour de la demande en adoption. Cet article imposait ainsi que dans le cadre de l'adoption intrafamiliale, le candidat adoptant soit l'époux ou le cohabitant du parent d'origine, étant entendu qu'il fallait entendre, par « cohabitant », soit le cohabitant légal, soit le cohabitant de fait entretenant avec ledit parent « une relation permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption ».

Cette disposition a été portée, à deux reprises, sur l'autel de l'examen de la Cour constitutionnelle par la voie préjudicielle afin d'y être jaugée.

La première affaire, ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 94/2012 du 12 juillet 2012<sup>46</sup>, concernait une demande d'adoption plénière émanant de l'ancienne partenaire de la mère légale des enfants concernés dans le contexte d'un projet parental commun. Dans la seconde affaire, ayant donné lieu à l'arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015<sup>47</sup>, placé en exergue de cette

<sup>44</sup> *Ibid.*, § 82.

<sup>45</sup> Voy. à cet égard : L. COHEN, « L'adoption de l'enfant par l'ancien partenaire : un miroir aux alouettes ? », *A.D.L.*, 2019, pp. 51 et s.

<sup>46</sup> C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. not. P. BORGHS, « Grondwettelijk Hof versoepelt adoptie door meemoeder », *Juristenkrant*, 2012, pp. 4-5 ; L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », *Parenté, Filiation, Origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 31-70 ; M. BUNKENS, « Adoption par des "ex-co-mères" : bienfait ou source de confusion ? », *T. Fam.*, 2013, pp. 170-177 ; S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 177-203 ; S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *Ann. Dr.*, 2014/1, pp. 91-112 ; N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 4-10 ; N. GALLUS, « Cour constitutionnelle et adoption », *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, p. 103-126 ; N. GALLUS, « Partie VI – Adoption (droit interne) », *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 347-364 ; R. VASSEUR, « De weigering van (een van) de ouders om toe te stemmen in de adoptie van hun kind: vetorecht in hoofde van de ouders versus het belang van het kind », *T.J.K.*, 2017/4, pp. 344-353.

<sup>47</sup> C. const., arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015 (1<sup>re</sup> espèce, rôle n° 5894). Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. not. N. GALLUS, « Chronique de législation en droit privé (1<sup>er</sup> janvier – 30 juin 2015) », *J.T.*, 2015, p. 737 ; N. GALLUS, « Cour constitutionnelle et adoption », *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 103-126.

contribution, il s'agissait d'une demande d'adoption simple formée par l'ancien partenaire de la mère adoptive de l'enfant (couple hétérosexuel).

Le raisonnement de la Cour est identique dans les deux cas, même si les contextes factuels étaient quelque peu différents. À chaque fois, la Cour a sanctionné l'exigence de cohabitation existant au jour de l'introduction de la demande en adoption entre le parent légal et le candidat adoptant qui était l'ancien partenaire de celui-ci lorsqu'existait une relation familiale effective entre le candidat adoptant et l'enfant.

En amorce de son raisonnement, la Cour considère que l'exigence de cohabitation pour les cohabitants de fait se trouve justifiée par l'intérêt de l'enfant, car elle participe du souci de conférer à ce dernier une certaine stabilité dans sa famille d'adoption. Et la Cour de noter que, dans l'esprit du législateur, cette stabilité est supposément rencontrée par la condition de durée de relation entre le parent d'origine et le candidat adoptant-cohabitant de fait.

La Cour tempère ensuite ce constat en avançant que, si cette condition poursuit un objectif justifié, elle entraîne toutefois des effets disproportionnés. Elle affirme à cet égard que, lorsque la relation socio-affective entre l'enfant et l'ancien partenaire du parent est pérenne, l'adoption de l'enfant, pour autant qu'elle ne rompe pas les liens entre l'enfant et sa famille d'origine (voy., à cet égard, *supra*), semble répondre à l'intérêt de l'enfant, car elle n'entraîne pas de déracinement, mais pourrait, au contraire, contribuer à conférer à celui-ci un environnement stable en confirmant « juridiquement les rapports de fait existant au sein de cet environnement »<sup>48</sup>.

La Cour conclut dès lors à l'inconstitutionnalité de la disposition mise en cause. Elle sanctionne ainsi l'exigence de cohabitation devant exister au jour de la demande en adoption entre le parent et le candidat adoptant, car elle ne permet pas à ce dernier, postérieurement à la rupture, de solliciter l'adoption de l'enfant de son ancien partenaire alors même qu'il existe une relation familiale effective entre le candidat adoptant et l'enfant.

Pour se conformer à la jurisprudence de la Cour, le législateur<sup>49</sup> a donc modifié l'article 343, § 1<sup>er</sup>, du Code civil en vue de permettre l'adoption par un ancien partenaire défini largement, puisqu'il peut, aux termes de la loi, s'agir de

« l'ancien époux ou l'ancien cohabitant légal, ou l'une ou l'autre des personnes séparées qui ont vécu ensemble de façon permanente et affective pendant une période d'au moins trois ans, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées »<sup>50</sup>.

48 C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012, B.12.3 et C. const., arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015 (1<sup>re</sup> espèce, rôle n° 5894), B.9.2.

49 Loi du 20 février 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne l'adoption, *M.B.*, 22 mars 2017.

50 Trois conditions sont toutefois nécessaires : l'enfant a été adopté par l'ancien partenaire pendant le mariage ou un lien de filiation, adoptive ou autre, a été établi entre l'enfant et l'ancien partenaire pendant la cohabitation légale ou pendant la vie commune (art. 344-3, 1<sup>o</sup>, C. civ.) ; l'enfant n'a qu'un seul lien de filiation établi (art. 344-3, 2<sup>o</sup>, C. civ.), enfin, le candidat adoptant entretient avec l'enfant une relation de fait durable, tant sur le plan affectif que sur le plan matériel (art. 344-3, 3<sup>o</sup>, C. civ.). On

### III. La condition relative à l'orientation sexuelle du ou des candidat(s) adoptant(s)<sup>51</sup>

La loi belge du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe<sup>52</sup> a, comme son nom l'indique, autorisé l'adoption par un couple homosexuel.

La Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, été amenée à plusieurs reprises à se prononcer, tantôt directement, tantôt indirectement, sur l'orientation sexuelle du ou des candidat(s) à l'adoption en tant que condition d'accès à l'adoption.

Si la Cour reconnaît que l'homoparentalité tombe dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH, elle reste cependant timorée sur les conséquences à en tirer.

Dans l'arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002<sup>53</sup>, la Cour avait validé le refus des autorités françaises de fournir un agrément à l'adoption à un célibataire homosexuel en raison de son orientation sexuelle en jugeant ce refus conforme aux articles 8 et 14 de la CEDH combinés. La Cour avait ainsi considéré que les autorités nationales avaient

« légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon [le droit français] trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels »<sup>54</sup>.

---

relèvera à cet égard que la Cour constitutionnelle est actuellement saisie de trois questions préjudicielles (rôle n° 7345) posées par le Tribunal de la famille d'Eupen au terme d'un jugement du 8 janvier 2020, libellées comme suit : « 1. L'article 344-3, 1°, du Code civil viole-t-il les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution ainsi que les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce qu'un enfant peut être adopté par l'ancien partenaire de son parent légal lorsque son lien de filiation à l'égard du parent légal a été établi pendant la cohabitation ou le mariage avec l'ancien partenaire, bien que cet enfant ne puisse pas être adopté par l'ancien partenaire si le lien de filiation à l'égard du parent légal avait déjà été établi avant la cohabitation ou le mariage ? 2. L'article 344-3, 2°, du Code civil viole-t-il les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution ainsi que les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce qu'un enfant peut être adopté par l'ancien partenaire de son parent légal lorsque l'enfant n'a qu'un seul lien de filiation établi, alors que cet enfant ne pourrait pas être adopté par l'ancien partenaire s'il avait plus d'un lien de filiation établi, et ce, indépendamment du fait que le second parent s'est effectivement occupé de l'enfant ou s'est intéressé à celui-ci ? 3. L'article 344-3 du Code civil viole-t-il les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution ainsi que les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce que les conditions restrictives contenues dans cet article s'appliquent à toutes les formes d'adoption, qu'il s'agisse d'une adoption simple ou d'une adoption plénière ? »

51 Pour approfondir cette question, voy., dans cet ouvrage, la contribution de M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « La famille homoparentale ».

52 *M.B.*, 20 juin 2006.

53 Cour. eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. S. SAROLÉA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 11-57.

54 Cour. eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 42. Il est intéressant de relever que, dans l'opinion dissidente du juge Costa, ralliée par les juges Jungwiert et Traja, ces trois magistrats avaient pour leur part estimé que la situation soumise à l'appréciation de la Cour ne tombait pas sous le joug de l'article 8 de la CEDH (opinion partiellement concordante de M. Costa, à laquelle déclarent se rallier M. Jungwiert et M. Traja).

En revanche, dans l'arrêt *E.B. c. France*<sup>55</sup> prononcé six ans plus tard, la Cour est revenue sur sa position et a jugé contraire à la Convention le refus d'agrément opposé à une candidate adoptante en raison de son homosexualité.

La Cour s'est également penchée sur la question de l'impossibilité pour un couple lesbien de recourir à l'adoption aux termes des arrêts *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012<sup>56</sup> et *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013<sup>57</sup>.

Dans l'arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, après avoir reconnu l'applicabilité du droit au respect de la vie privée et familiale à l'adoption par des couples de même sexe, la Cour a considéré que l'impossibilité pour la partenaire, en vertu du droit français, d'adopter l'enfant que sa compagne a mis au monde à la suite d'une procréation médicalement assistée n'était pas discriminatoire et, partant, non contraire à l'article 14 lu en combinaison avec l'article 8 de la CEDH<sup>58</sup>. La juridiction strasbourgeoise s'est retranchée derrière la marge d'appréciation des États et a refusé « de mettre à la charge des États le droit pour un des deux membres du couple de pouvoir adopter l'enfant biologique de son compagnon sans que cela retire l'autorité parentale à ce dernier »<sup>59</sup>.

Dans l'arrêt *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013, la Cour a en revanche jugé que l'impossibilité pour la compagne d'adopter l'enfant issu d'une précédente relation (hétérosexuelle) de sa nouvelle partenaire violait les articles 14 et 8 de la CEDH combinés. Elle a pointé la schizophrénie de l'ordre juridique autrichien en ce qu'il « [admettait] qu'un enfant [pouvait] grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation [n'était] pas préjudiciable à l'enfant », tout en soutenant expressément « qu'un enfant ne doit pas avoir deux pères ou deux mères »<sup>60</sup>.

55 Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt *E.B. c. France* », note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *J.T.*, 2009, pp. 145-149 ; P. MARTENS, « L'égalité devant l'adoption », note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 548-550 ; G. RUFFIEUX, « La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 942-955.

56 Cour. eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012.

57 Cour. eur. D.H., arrêt *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. D. COESTER-WALTIJEN, « The impact of the ECHR and the ECtHR on European Family Law », in J. SCHERPE (dir.), *European Family Law. Vol. 1 « The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law »*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2016, p. 79 ; J. NOZAWA, « Drawing the line: Same-sex adoption and the jurisprudence of the ECtHR on the application of the "European consensus" standard under Article 14 », *Utrecht Journal of International and European Law*, 2013, pp. 66-75 ; G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 février 2013, arrêt *X. et autres c. Autriche*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 1025-1042 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 749.

58 G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 748.

59 Cour. eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, §§ 66-71 ; B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/94, p. 257.

60 Cour. eur. D.H., arrêt *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013, § 144. Voy. au surplus, dans cet ouvrage, la contribution de M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « La famille homoparentale ».



Ces issues de prime abord opposées peuvent sans doute s'expliquer par le fait que, dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, le droit français réservait l'adoption intrafamiliale aux époux (différence fondée sur le statut conjugal des adoptants) alors que, dans l'affaire *X et autres c. Autriche*, le droit autrichien réservait l'adoption intrafamiliale aux couples (mariés ou non) hétérosexuels (différence fondée sur l'orientation sexuelle). Dès lors, dans ce dernier arrêt, les requérantes étaient empêchées d'adopter au seul motif de leur homosexualité alors que dans l'arrêt *Gas et Dubois c. France*, l'adoption intrafamiliale étant réservée aux époux, le gouvernement justifiait la distinction opérée non par le prisme de l'orientation sexuelle mais bien par celui du statut matrimonial. À notre estime, il est dès lors permis de déduire de ces deux arrêts que si un État reconnaît l'homoparentalité, alors il doit aussi l'admettre par l'adoption, tandis que si l'État ne la reconnaît pas, alors le fait qu'il refuse l'adoption par un couple homosexuel n'est pas problématique en soi.

#### IV. La condition relative à l'âge de l'adoptant

En vertu de l'article 345, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, l'adoptant doit avoir 25 ans au minimum et au moins quinze ans de plus que l'adopté au moment du dépôt de la requête en adoption. L'alinéa 2 du même article dispose toutefois que, si l'adopté est l'enfant biologique ou adopté du conjoint, du cohabitant ou de l'ancien partenaire, même décédé, de l'adoptant, il suffit que ce dernier ait atteint l'âge de 18 ans et ait dix ans de plus que l'adopté<sup>61</sup>.

Cette dichotomie opérée par la disposition quant à la différence d'âge requise entre l'adoptant et l'adopté a été mise en cause devant la Cour constitutionnelle saisie par voie préjudicielle<sup>62</sup> afin qu'elle se prononce sur son éventuel caractère discriminatoire, dans le contexte de l'adoption par une marraine de sa filleule, la première étant âgée de treize ans et demi de plus que la seconde.

La Cour considère tout d'abord comme pertinente l'exigence d'un écart d'âge plus important dans une hypothèse telle que celle prévue par la disposition en ce qu'elle joue un rôle de garde-fou en vue de « garantir la place de chaque génération au sein de la famille, de manière à établir un parallélisme entre la filiation biologique et la filiation adoptive »<sup>63</sup>.

61 Aux termes d'un arrêt n° 53/2021 du 1<sup>er</sup> avril 2021, la Cour constitutionnelle a considéré que « La différence d'âge minimale de dix ans entre l'adoptant et l'adopté constitue un critère de distinction objectif. En instaurant la condition d'une différence d'âge minimale entre l'adoptant et l'adopté, le législateur veut garantir la place de chaque génération au sein de la famille, de manière à établir un parallélisme entre la filiation biologique et la filiation adoptive. Il est pertinent, au regard de cet objectif, que le législateur ait jugé nécessaire d'instaurer une différence d'âge minimale de dix ans lorsque l'adoptant est le conjoint, le cohabitant ou l'ancien partenaire du parent de l'adopté, dès lors que le lien ainsi établi avec le parent de l'enfant garantit la place de chaque génération au sein de la famille (...) Compte tenu du pouvoir d'appréciation dont le législateur dispose en matière d'adoption, son choix n'est pas dénué de justification raisonnable » (B.11 et B.12).

62 C. const., arrêt n° 131/2017 du 23 novembre 2017, *R.W.*, 2018-2019, p. 61, note S. WUJANTS ; *T. Fam.*, 2018, p. 15, note P. SENAËVE.

63 C. const., arrêt n° 131/2017 du 23 novembre 2017, B.7.

Si cette différence d'âge s'avère pertinente, elle se révèle néanmoins disproportionnée. La Cour constate en effet que l'écart d'âge de quinze ans empêche de manière absolue l'adoption d'un enfant lorsqu'il existe une relation affective durable avec le candidat adoptant, sans qu'aucune marge de manœuvre ne soit laissée au juge pour « tenir compte de la vie familiale existant entre ces candidats »<sup>64</sup>. Ce caractère absolu échoue dès lors, aux yeux de la Cour, à protéger les liens personnels étroits manifestant l'existence d'une vie familiale effective dont le respect est pourtant garanti par divers instruments nationaux et supranationaux<sup>65</sup>.

Par conséquent, la Cour conclut que l'article 345 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés à l'article 22 de la Constitution et aux articles 8 et 14 de la CEDH, en ce qu'il empêche, malgré l'existence d'une relation affective durable, l'adoption entre un enfant et un candidat adoptant dont l'écart d'âge correspond néanmoins à celui fixé au deuxième alinéa de cette disposition. En d'autres termes, l'écart d'âge de quinze ans entre le candidat adoptant et l'adopté – lorsque celui-ci n'est pas un descendant au premier degré ou un enfant adopté du conjoint, du cohabitant ou de l'ancien partenaire, auquel cas l'écart est de dix ans – se voit réduit à dix ans également lorsqu'il existe entre le candidat adoptant et l'adopté une relation affective durable.

L'enseignement de cet arrêt n'a pu faire partie des modifications récentes apportées au Code civil en ce qui concerne l'adoption, dès lors qu'il a été rendu après l'entrée en vigueur de la loi du 20 février 2017. Le juge qui est confronté à une demande d'adoption pourra néanmoins en tenir compte via le mécanisme de l'autorité de la chose jugée relative renforcée et décider de prononcer l'adoption s'il constate que l'écart d'âge est de plus de dix ans, mais de moins de quinze ans entre le candidat adoptant et l'adopté entre lesquels il existe une relation affective durable, sous réserve évidemment de remplir les autres conditions nécessaires à l'adoption<sup>66</sup>.

Dans l'arrêt *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010<sup>67</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, considéré que le refus d'adopter un enfant opposé à une femme en raison de son âge n'était pas contraire à la CEDH.

Dans cette affaire, Mme Schwizgebel avait été autorisée à adopter un premier enfant alors qu'elle était âgée de 41 ans. Souhaitant pouvoir adopter un second enfant alors qu'elle était âgée de 47 ans, elle s'était cependant vu opposer un refus par les instances judiciaires suisses, celles-ci devant, selon les dispositions légales en vigueur, prendre tout particulièrement en compte l'intérêt de

64 *Ibid.*, B.11.

65 *Ibid.*, B.9 à B.11.

66 L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », in J. SASSON (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 127.

67 Cour eur. D.H., arrêt *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. F. KRENC, « La Cour européenne des droits de l'homme », *J.D.E.*, 2011/2, n° 176, pp. 38-45 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 72-73.

l'enfant lorsque la différence d'âge entre celui-ci et le futur parent adoptif était de plus de quarante ans, comme c'était le cas en l'espèce.

Fidèle à son mantra, la Cour rappelle tout d'abord que la CEDH ne consacre pas le droit d'adopter un enfant. Elle met ensuite l'accent sur la large marge d'appréciation des États s'agissant de l'âge des adoptants. Elle estime qu'il fallait se livrer à une pesée des intérêts en jeu, en l'occurrence de la requérante, du premier enfant qu'elle avait déjà adopté et du second qu'elle souhaitait adopter, et note que cette pesée avait été réalisée par les autorités suisses sans poser de limites d'âge de manière abstraite. Ce faisant, la Cour estime que le critère de la différence d'âge a été appliqué « de manière souple et eu égard aux circonstances »<sup>68</sup> et qu'il n'y a dès lors pas lieu de conclure à une violation de la Convention.

#### *V. La condition relative à l'absence d'empêchement à mariage entre les candidats adoptants*

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas (encore) eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité avec l'article 8 de la CEDH de la condition relative à l'absence de lien de parenté constitutif d'un empêchement à mariage prévue par les ordres juridiques des États parties. En revanche, notre Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer à deux reprises sur la constitutionnalité des dispositions érigeant l'absence d'empêchement à mariage absolu entre les candidats adoptants comme condition à l'adoption.

À titre liminaire, il faut souligner qu'il ressort de la lecture combinée des articles 343, § 1<sup>er</sup>, b), 162, 164, 353-1 et 356-1 du Code civil qu'il existe notamment un empêchement à mariage absolu (donc non susceptible de dispense par le tribunal de la famille) entre frères, entre sœurs et entre frères et sœurs. Cet empêchement constitue donc un obstacle d'irrecevabilité à une demande d'adoption.

Dans les deux cas où la Cour a été invitée à se prononcer sur la constitutionnalité de ces dispositions, elle a conclu à une violation des articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution.

Au terme d'un premier arrêt n° 25/2017 du 16 février 2017<sup>69</sup>, la Cour a dit pour droit que l'article 343, § 1<sup>er</sup>, b), du Code civil, lu en combinaison avec les articles 162 et 164 du même code, viole les articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution en ce qu'il n'admet pas l'adoption simple des enfants d'un des partenaires cohabitants légaux par l'autre partenaire lorsqu'il existe entre eux un empêchement à mariage dont le Roi (actuellement, le tribunal de la famille<sup>70</sup>)

68 Cour eur. D.H., arrêt *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, § 96.

69 C. const., arrêt n° 25/2017 du 16 février 2017, *J.T.*, 2017, p. 643, note N. GALLUS. Pour davantage de développements, voy. F. SWENNEN, « Adoptie en de normale, familiale omgeving », *T. Fam.*, 2020/7, pp. 192 et s.

70 Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 décembre 2018.

ne peut dispenser, par suite de l'adoption plénière d'un des partenaires cohabitants légaux par les parents de l'autre partenaire.

Dans cette affaire, le juge *a quo* devait se prononcer sur une demande en adoption simple, introduite par un homme, des enfants mineurs de sa sœur adoptive. Les faits faisaient également apparaître que les enfants n'avaient pas de père légal, que le père biologique n'était pas connu, que la mère et le candidat adoptant cohabitaient légalement, qu'il existait un lien social et affectif étroit entre les enfants à adopter et le candidat adoptant et que tant la mère légale que les enfants concernés se déclaraient explicitement d'accord avec l'adoption simple. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour constate que cette adoption n'était pas possible dès lors qu'il existait un empêchement à mariage absolu entre la mère et le candidat adoptant.

La Cour relève qu'en instaurant la condition d'absence de lien de parenté, le législateur est surtout parti de l'idée qu'une adoption, par un des cohabitants, des enfants de l'autre cohabitant qui est sa sœur adoptive pourrait être contraire à l'intérêt de l'enfant, parce qu'une telle adoption ferait apparaître une relation incestueuse entre les parents, c'est-à-dire une relation qui donne lieu à un empêchement absolu à mariage. Toutefois, aux yeux de la Cour, rien ne permet de présumer qu'il n'est jamais de l'intérêt de l'enfant qui fait l'objet de la demande d'adoption d'être adopté par le cohabitant légal de sa mère, lorsqu'existe entre ceux-ci un empêchement à mariage absolu. En érigeant en fin de non-recevoir absolue de l'action en adoption simple un empêchement à mariage dont le Roi (aujourd'hui, le tribunal de la famille) ne peut dispenser, par suite de l'adoption plénière d'un des cohabitants légaux par les parents de l'autre partenaire, le législateur fait, selon la Cour, prévaloir en toutes circonstances les effets juridiques d'un empêchement absolu à mariage sur d'autres intérêts qui peuvent être en cause, parmi lesquels l'intérêt des enfants qui sont candidats à l'adoption.

En conséquence de cette fin de non-recevoir absolue, l'enfant est totalement privé de la possibilité de bénéficier d'une adoption simple par le parent en ligne collatérale de son père ou de sa mère. Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt des enfants alors que tel doit être le cas, conformément à l'article 344-1 du Code civil. Selon la Cour, une telle mesure n'est pas raisonnablement justifiée.

La Cour a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt n° 95/2017 du 13 juillet 2017<sup>71</sup> au terme duquel elle a considéré que l'article 343, § 1<sup>er</sup>, b), du Code civil, lu en combinaison avec les articles 162 et 164 du même Code, viole les articles 10, 11 et 22bis de la Constitution en ce qu'il n'autorise pas l'adoption

71 C. const., arrêt n° 95/2017 du 13 juillet 2017, *R.A.B.G.*, 2018, p. 184, note B. LAMBERSY et C. VERGAUWEN, « De bekwaamheidsvereisten van de kandidaat-adoptant. De verwant in de zijlijn kan voortaan de gevolgen van zijn verbintenissen ten aanzien van het wettelijk kind van zijn verwant met wie hij feitelijk samenleeft juridisch bevestigen ». Pour davantage de développements, voy. F. SWENNEN, « Adoptie en de normale, familiale omgeving », *T. Fam.*, 2020/7, pp. 192 et s.

simple des enfants d'un des partenaires cohabitants de fait par l'autre partenaire lorsqu'il existe entre eux un empêchement à mariage dont le Roi (actuellement, le tribunal de la famille) ne peut dispenser<sup>72</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'une demande d'adoption simple d'un enfant mineur dont la mère était la sœur jumelle du candidat adoptant. La Cour rappelle que rien ne permet de présumer qu'il n'est jamais de l'intérêt de l'enfant qui fait l'objet de la demande d'adoption d'être adopté par le cohabitant de fait de sa mère lorsqu'existe entre ceux-ci un empêchement à mariage absolu.

La Cour a ainsi jugé inconstitutionnel le fait que l'empêchement absolu à mariage érigé en fin de non-recevoir absolue à une demande en adoption simple conduise à priver totalement un enfant de la possibilité d'être adopté par le parent en ligne collatérale de sa mère ou de son père, tous deux liés tantôt par une cohabitation légale<sup>73</sup>, tantôt par une cohabitation de fait<sup>74</sup>, sans possibilité pour le juge d'apprécier souverainement l'intérêt de l'enfant.

#### VI. L'adoption par le(s) parent(s) d'accueil<sup>75</sup>

Le 1<sup>er</sup> septembre 2017 est entrée en vigueur la loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux<sup>76</sup>. Cette loi prévoit la délégation de certains attributs ou prérogatives de l'autorité parentale à l'égard de ces derniers, à l'exception des droits et des devoirs relatifs à l'état de la personne de l'enfant, dont le droit de consentir à l'adoption<sup>77</sup>. L'exclusion, dans le chef des accueillants familiaux, du pouvoir de consentir à l'adoption de l'enfant est un enjeu important, puisqu'il n'est pas rare que les accueillants forment immédiatement ou progressivement un projet d'adoption de l'enfant accueilli. Si la loi ne les empêche pas d'adopter l'enfant, elle ne les dispense toutefois pas d'obtenir en principe le consentement des parents d'origine, sous réserve de l'application de l'article 348-11 du Code civil

72 Pour aller plus loin : L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », in J. SOSSON (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 124-126.

73 C. const., arrêt n° 25/2017 du 16 février 2017.

74 C. const., arrêt n° 95/2017 du 13 juillet 2017.

75 Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M. BEAGUE, « La famille d'accueil ».

76 Voy. à propos de cette loi : J. FIENS, « La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux », *Act. dr. fam.*, 2017, pp. 138 et s. ; G. MATHIEU, « De la proposition de loi instaurant un statut pour les accueillants familiaux – Une analyse sous l'angle des droits de l'enfant », *J.D.J.*, n° 359, 2016, pp. 23 et s. ; G. MOTTE, « Quand la loi du 19 mars 2017 sur les accueillants familiaux ébranle le régime juridique et judiciaire de l'autorité parentale », in J. SOSSON (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 145 et s. ; A. DE TERWANGNE, « La loi modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux : une extension positive des compétences du tribunal de la jeunesse ou un cadeau empoisonné ? », *J.D.J.*, 2018/3, n° 373, pp. 3 et s. Il est intéressant de relever que cette loi a été partiellement annulée par la Cour constitutionnelle pour cause de violation du droit au respect de la vie privée et familiale et, plus précisément, d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale non seulement des parents, mais également de l'enfant placé. Cet arrêt annule spécifiquement l'article 387octies du Code civil qui offrait la faculté aux accueillants familiaux de demander au tribunal de la famille de leur déléguer tous les droits de l'autorité parentale, à l'exception des droits et devoirs relatifs à l'état de la personne de l'enfant, sous l'unique condition que celui-ci ait été placé de manière continue dans leur famille pendant un an (voy. C. const., arrêt n° 36/2019 du 28 février 2019).

77 Art. 348-3 C. civ.

relatif au refus abusif ou à l'hypothèse dans laquelle le parent s'est désintéressé de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité<sup>78</sup>.

Nonobstant l'applicabilité relativement extensive qu'elle confère à l'article 8 de la CEDH, la Cour de Strasbourg fait montre, quant à elle, d'une certaine retenue dans l'intégration du lien familial entre parents d'accueil et enfant au sein de cette disposition. C'est ainsi qu'il apparaît que « les relations entre les parents d'accueil et l'enfant qui leur a été retiré pour être à nouveau confié à ses parents biologiques, voire à des personnes ayant de meilleurs arguments à faire valoir pour en devenir les parents adoptifs, ont également eu un peu de mal à y trouver leur place »<sup>79</sup>.

Au terme de l'arrêt *Moretti et Beneditti c. Italie* du 27 avril 2010<sup>80</sup>, la Cour intègre dans la sphère de la vie familiale la relation socio-affective nouée entre la famille d'accueil et l'enfant<sup>81</sup>. Dans cette affaire, la juridiction strasbourgeoise se fonde sur un faisceau d'indices propres à la cause pour considérer que le lien noué entre le couple marié et l'enfant qui avait été recueilli à 1 mois et élevé par ce couple jusqu'à ses 19 mois relève bien de la protection de l'article 8 de la CEDH. Parmi les circonstances factuelles sur lesquelles la Cour se fonde, il y a lieu de relever le caractère fort des liens noués entre le couple et l'enfant qui s'était concrétisé par l'introduction d'une demande en adoption ou encore le fait que c'était le couple qui avait accompagné l'enfant dans les premières étapes importantes de sa vie<sup>82</sup>.

Il est intéressant de souligner que, dans une opinion concordante et dans une opinion dissidente, deux juges ont néanmoins considéré que la relation particulièrement forte créée entre la famille d'accueil et l'enfant ne justifiait pas à elle seule l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH. Dans son opinion concordante, le juge Cabral Barreto souligne ainsi que

« Les liens interpersonnels étroits entre les requérants et l'enfant ne suffisent pas à transformer qualitativement ce rapport. Les enfants sont confiés à une famille d'accueil en attendant qu'on leur trouve une famille. Ni ce but ni l'intérêt supérieur de l'enfant ne commandent de regarder le rapport entre l'enfant et la famille d'accueil comme des liens familiaux ».

78 Voy. à cet égard, dans le présent ouvrage, la contribution de M. BEAGUE, « La famille d'accueil ».

79 J.-P. MARGUÉNAUD « L'affaire *Kopf et Liberda* ou la consolation procédurale de la famille d'accueil (Cour eur. D.H., *Kopf et Liberda c. Autriche*, 17 janvier 2012) », *Rev. trim. dr. h.*, 92/2012, p. 989.

80 Cour eur. D.H., arrêt *Moretti et Beneditti c. Italie* du 27 avril 2010.

81 Cette intégration fut, du reste, confortée par l'arrêt *Kopf et Liberda c. Autriche* du 17 janvier 2012. Nous ne développons pas cet arrêt dans le cadre de la présente contribution dès lors qu'il ne concerne pas les conditions de l'adoption, mais souhaitons toutefois souligner que la Cour rappelle à l'occasion de cet arrêt que les liens noués entre les requérants et l'enfant dont ils avaient pris soin pendant plusieurs années constituaient une vie familiale protégée par la Convention (§§ 34-37). Voy. à propos de cet arrêt : J.-P. MARGUÉNAUD « L'affaire *Kopf et Liberda* ou la consolation procédurale de la famille d'accueil (Cour eur. D.H., *Kopf et Liberda c. Autriche*, 17 janvier 2012) », *Rev. trim. dr. h.*, 92/2012, p. 990 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 739.

82 Cour eur. D.H., arrêt *Moretti et Beneditti c. Italie* du 27 avril 2010, §§ 49-51.

La juge Karakas souligne, quant à elle, avec une certaine verve, qu'en agissant comme ils l'avaient fait, les requérants n'avaient fait que remplir le rôle et les responsabilités qui leur avaient été dévolus en tant que famille d'accueil et que cette situation ne pouvait leur donner aucun droit ou avantage aux fins de l'adoption. Elle souligne encore que « le simple lien de fait établi entre les requérants et le bébé et le désir qu'avaient les requérants d'adopter celui-ci, n'étaient pas suffisants pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une vie familiale qui mérite la protection de l'article 8 de la Convention ».

## VII. La réception ou la reconnaissance d'une adoption étrangère ou d'une institution étrangère

### A. La réception d'une adoption prononcée à l'étranger<sup>83</sup>

La Cour a eu l'occasion de souligner que le refus opposé par les autorités nationales de reconnaître une adoption réalisée à l'étranger pouvait violer l'article 8 de la CEDH lorsque ce refus était basé, tantôt sur le non-respect des règles de l'État où l'*exequatur* était sollicité comme dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*<sup>84</sup> (déjà explicité ci-avant), tantôt sur le non-respect des règles de l'État ayant prononcé l'adoption comme dans l'arrêt *Négrépontis-Giannis c. Grèce*<sup>85</sup>.

En se prononçant en faveur de la reconnaissance internationale du lien de filiation adoptive, on observe ainsi une tendance bien ancrée de la Cour à donner à l'article 8 de la CEDH une dimension internationale<sup>86</sup>.

Dans l'arrêt *Négrépontis-Giannis c. Grèce*, la Cour était appelée à statuer sur la conventionalité du refus des autorités judiciaires grecques de reconnaître une décision d'adoption prononcée aux États-Unis entre le requérant et son oncle qui était ecclésiastique. Le motif invoqué par le juge grec pour s'opposer à une telle reconnaissance était fondé sur le constat selon lequel une telle reconnaissance serait contraire à l'ordre public grec en ce « qu'il était interdit à un moine d'effectuer des actes juridiques ayant un rapport avec des activités séculières, tels que l'adoption, car celle-ci était incompatible avec la vie monacale ».

Après avoir constaté l'existence d'une vie familiale entre le requérant et son oncle, la Cour poursuit en relevant qu'aucune règle n'interdisait à un ecclésiastique de procéder à une adoption et que, partant, la contrariété de l'adoption avec l'ordre public grec ne pouvait être raisonnablement invoquée<sup>87</sup>.

83 Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M. FALLON et S. FRANCO, « La vie familiale internationale ».

84 Cour eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 septembre 2007.

85 Cour eur. D.H., arrêt *Négrépontis-Giannis c. Grèce* du 3 mai 2011. Voy. à propos de cet arrêt : G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 74-76.

86 S. SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 34.

87 Cour eur. D.H., arrêt *Négrépontis-Giannis c. Grèce* du 3 mai 2011, § 72.

La Cour rappelle en outre l'enseignement de l'arrêt *Wagner c. Luxembourg* aux termes duquel elle avait conclu que « les juges nationaux ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, ni refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient *de facto* et se dispenser d'un examen concret de la situation »<sup>88</sup>.

### B. Le refus de convertir une kafala en adoption<sup>89</sup>

À deux reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur la réception de l'institution de droit islamique de la *kafala* dans l'ordre juridique tantôt français<sup>90</sup>, tantôt belge<sup>91</sup>. Dans les deux cas, la Cour a jugé que l'impossibilité pour la personne ou le couple ayant recueilli l'enfant par *kafala* d'adopter ce dernier n'entraîne pas en contradiction avec l'article 8 de la CEDH.

Plus spécifiquement, la Cour a considéré que le refus opposé par les autorités françaises (pour l'arrêt *Harroudj*) et belges (pour l'arrêt *Chbihi*) de transformer le lien noué entre le ou les requérant(s) avec l'enfant au titre de la *kafala* en un véritable lien juridique de filiation en recourant à l'adoption ne violait pas le droit au respect de la vie familiale.

En amorce de son raisonnement, elle constate que les situations soumises à son appréciation mettaient en cause non pas une ingérence dans la vie familiale, mais plutôt le respect par les États français et belge de leurs obligations positives, et plus précisément si, « en l'espèce, l'obligation positive de permettre le développement des liens familiaux et l'intégration de l'enfant de sa famille s'incarnait dans l'obligation spécifique d'établir un lien de filiation »<sup>92</sup>. Elle rappelle ensuite la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales en l'espèce et note que tant le droit français que le droit belge permettaient la traduction juridique des liens socio-affectifs entre l'enfant et les *kafhils* par

88 Cour eur. D.H., arrêt *Négrépontis-Giannisis c. Grèce* du 3 mai 2011, § 74.

89 Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M. FALLON et S. FRANÇO, « La vie familiale internationale ».

90 Cour eur. D.H., arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. S. BOLLÉE, « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/95, pp. 717-724 ; Y. EL KADDOURI et J. VERHELLEN, « De kafala in de Belgische rechtsorde. Opent het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven? », *T.J.K.*, 2016/4, pp. 343-351 ; C. FLAMAND, « L'enfant comme acteur du processus décisionnel migratoire », *J.D.J.*, 2019/3, n° 383, pp. 6-12 ; G. MATHIEU et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 35-94 ; H. MUIR WATT, « Fundamental rights and recognition in private international law », *European Journal of Human Rights*, 2013, pp. 411-435.

91 Cour eur. D.H., arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique* du 16 décembre 2014. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. Y. EL KADDOURI et J. VERHELLEN, « De kafala in de Belgische rechtsorde. Opent het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven? », *T.J.K.*, 2016/4, pp. 343-351 ; C. FLAMAND, « L'enfant comme acteur du processus décisionnel migratoire », *J.D.J.*, 2019/3, n° 383, pp. 6-12 ; S. LANGLAUDE, « Chbihi Loudoudi and Others v Belgium », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2015, pp. 543-545.

92 G. WILLEMS, « La filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.E.D.H.*, 2018/5, p. 458.



le biais de l'institution de la tutelle, ce qui conduit la Cour à considérer que l'intérêt de l'enfant était bel et bien protégé.

On remarque dans ce contexte la tension qui peut exister entre la perception qu'il est en général dans l'intérêt de l'enfant confié en *kafala* de garder ses liens de filiation avec sa famille d'origine (appréciation *in abstracto*) et l'intérêt concret et spécifique d'un enfant en particulier (appréciation *in concreto*).

De son côté, par une loi du 6 décembre 2005<sup>93</sup>, le législateur belge s'est attelé à régler la problématique de l'adoption, sur le sol belge, d'enfants provenant d'un pays qui ne connaît ni l'adoption ni le placement en vue d'adoption. Par ce biais, il a plus précisément assoupli les règles relatives à l'adoption d'enfants provenant d'un pays ne connaissant que la *kafala*.

En une telle occurrence, les règles de droit international privé belge rendent le droit belge applicable en matière de consentement et l'article 361-5 du Code civil énonce spécifiquement les conditions auxquelles l'enfant peut être déplacé en Belgique en vue d'y être adopté<sup>94</sup>. Dans ce cas particulier, l'article 348-5/1 du Code civil, intégré par la loi « pot-pourri V », stipule que le consentement à l'adoption doit être donné « par un tuteur *ad hoc* désigné par le tribunal [de la famille] à la requête de toute personne intéressée ou du procureur du Roi ». Faisant montre de pragmatisme, le législateur a justifié cette solution en partant du postulat que le(s) parent(s) juridique(s) est (sont) dans l'impossibilité de donner leur consentement, étant donné que le droit de leur pays d'origine ne connaît ni l'adoption ni le placement en vue d'adoption<sup>95</sup>.

93 Loi du 6 décembre 2005 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, *M.B.*, 16 décembre 2005.

94 Cet article est rédigé comme suit : « Par dérogation aux articles 361-3 et 361-4, dans le cas où le droit applicable dans l'État d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue d'adoption, le déplacement de l'enfant vers la Belgique en vue d'adoption ne peut avoir lieu et l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions suivantes sont remplies : 1° l'autorité centrale communautaire compétente a reçu de l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant un rapport contenant des renseignements sur l'identité de l'enfant, son évolution personnelle, sa situation familiale, son passé médical et celui de sa famille, son milieu social, ainsi que sur ses besoins particuliers ;

2° l'autorité centrale communautaire compétente a reçu du ou des adoptants les documents suivants :

a) une copie certifiée conforme de l'acte de naissance de l'enfant ;  
 b) une copie certifiée conforme de l'acte de consentement de l'enfant âgé de douze ans au moins à son déplacement vers l'étranger et certifiant que celui-ci a été donné librement, dans les formes légales requises, qu'il n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'il n'a pas été retiré ;  
 c) soit une copie certifiée conforme de l'acte de décès des parents, soit une copie certifiée conforme de la décision d'abandon de l'enfant et une preuve de la mise sous tutelle de l'autorité publique ;  
 d) une copie certifiée conforme de la décision de l'autorité compétente de l'État d'origine établissant une forme de tutelle sur l'enfant dans le chef du ou des adoptants, ainsi qu'une traduction certifiée par un traducteur juré de cette décision ;  
 e) une copie certifiée conforme de la décision de l'autorité compétente de l'État d'origine autorisant le déplacement de l'enfant vers l'étranger, pour s'y établir de façon permanente, ainsi qu'une traduction certifiée par un traducteur juré de cette décision ;  
 f) une preuve que la loi autorise ou autorisera l'enfant à entrer et à séjourner de façon permanente en Belgique ;  
 g) une preuve de la nationalité de l'enfant et de sa résidence habituelle ;

3° l'autorité centrale communautaire compétente a été mise en possession du jugement sur l'aptitude du ou des adoptants et de l'avis écrit du ministère public, conformément à l'article 1231-1/8 du Code judiciaire ;

4° l'autorité centrale communautaire compétente et l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant ont approuvé par écrit la décision de confier celui-ci à l'adoptant ou aux adoptants ».

95 Projet de loi portant simplification, harmonisation, information et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2259/001, p. 72.

## Conclusion

Cette contribution avait pour objectif de faire état des exigences posées par la jurisprudence tant européenne que belge quant aux conditions d'accès à l'adoption sous l'angle du droit au respect de la vie familiale et d'interroger plus fondamentalement la façon dont cette jurisprudence favorise ou empêche la réalisation pleine et entière de ce droit.

Il faut avant tout constater que le lien de filiation adoptif a nourri une importante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle qui ont, au fil des situations soumises à leur appréciation, pu aiguïser leurs exigences en la matière.

Nous avons vu que la Cour européenne des droits de l'homme se livre à une interprétation extensive de l'article 8 de la CEDH en y englobant les relations socio-affectives et/ou juridiques dûment établies, voire même seulement projetées, dans un contexte où elle énonce néanmoins de façon constante, depuis l'arrêt *Fretté c. France*, que la CEDH ne consacre aucun droit à l'adoption.

Les juges strasbourgeois et belges soulignent par ailleurs de concert la place prépondérante à reconnaître à l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit, le cas échéant, ultimement prévaloir sur les autres intérêts en jeu. Ceci a notamment pour conséquence que la réalisation du droit au respect de la vie familiale ne saurait être tenue en échec par des conditions trop strictes touchant au statut conjugal des adoptants. Les juges nationaux et supranationaux se prononcent ainsi en faveur de l'adoption par des adoptants célibataires et, dans le cas d'une adoption intrafamiliale, par le couple non marié, ou encore par l'ancien partenaire du parent de l'enfant, pour autant qu'ils soient unis par une relation affective forte.

La Cour européenne des droits de l'homme se révèle toutefois plus timorée à l'égard de la condition touchant à l'orientation sexuelle des candidats adoptants. Si elle juge contraire à la Convention le refus d'agrément opposé à une candidate adoptante en raison de son homosexualité lorsque cette exclusion empêche de façon abstraite et absolue les individus de réaliser leurs droits fondamentaux sans que personne n'y trouve son compte, elle n'hésite cependant pas à se retrancher derrière la marge d'appréciation des États dans le but assumé de ne pas se substituer aux autorités nationales en la matière. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Gas et Dubois*, la Cour se concentre-t-elle sur la différence fondée sur le statut conjugal, ignorant ainsi (volontairement ?) la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Par ailleurs, la validation par les juges européens du refus des autorités nationales de transformer une *kafala* en adoption peut être perçue comme

illustrative de la volonté plus périphérique et indirecte de préserver les droits des États tiers à la Convention qui n'autorisent pas l'adoption<sup>96</sup>.

Toujours est-il qu'au terme de la présente contribution, nous pouvons constater que tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour constitutionnelle sont appelées à arbitrer les tensions prégnantes et latentes entre, d'une part, le caractère abstrait et absolu des règles générales et, d'autre part, la réalité effective et concrète caractérisant les relations familiales<sup>97</sup>.

Dans ce contexte, si ces hautes juridictions semblent favoriser la réalisation du droit au respect de la vie familiale en matière d'accès à l'adoption, ce constat doit être remis en perspective : l'importance centrale octroyée à l'appréciation et à l'examen minutieux des circonstances factuelles de chaque cause nous conduit effectivement à relativiser la portée générale qui pourrait être attribuée aux arrêts européens et belges ci-avant analysés. La censure par ces hautes juridictions des velléités étatiques de mobiliser des règles générales et abstraites couplée à l'approche casuistique qu'elles adoptent a précisément pour effet de priver leur jurisprudence de ce même caractère général et abstrait. Cela étant posé, ces juridictions dénotent incontestablement, et on ne peut que s'en réjouir, une volonté bien ancrée de sauvegarder la vie familiale établie ou projetée, en levant tout verrou absolu qui empêcherait la protection effective de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Laura Cohen et Géraldine Mathieu

---

96 B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/94, p. 260.

97 S. SAROLÉA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 43 et s.