

B.13.2. L'examen de la compatibilité des dispositions en cause avec l'article 22 de la Constitution, combiné ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne saurait conduire à un plus large constat de violation.

B.14. Dès lors que la lacune définie en B.13.1 est située dans les textes soumis à la Cour, il appartient au juge *a quo* de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, ce constat étant exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que les dispositions en cause soient appliquées dans le respect des articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution.

B.15. Les questions préjudicielles appellent une réponse positive.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Dit pour droit :

Les articles 343, § 1^{er}, b), 356-1 et 356-2 du Code civil violent les articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution, combinés avec l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce qu'ils ne prévoient pas, dans les circonstances définies en B.4, qu'un enfant mineur puisse être adopté plénièrement par l'ancien partenaire du parent légal de cet enfant, avec maintien des liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine, conformément à l'article 356-1, alinéa 3, du Code civil, et application des dispositions relatives au nom de l'enfant, contenues dans l'article 356-2, § 2, alinéas 2 et 3, du même Code.

Note

Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale...

1. Les deux arrêts prononcés par la Cour constitutionnelle le 12 juillet 2012 se rencontrent sur une problématique humaine identique.

Lorsque, dans un couple de deux femmes, qui ont nourri ensemble le désir de mettre au monde un enfant et formé un projet parental commun qui a donné lieu à la conception d'un enfant (par recours à un processus de procréation médicalement assistée, via une fécondation *in vitro* ou une insémination artificielle, ou par rapprochement sexuel), celle des deux partenaires qui porte l'enfant et en accouche est la mère légale de cet enfant ; mais qu'en est-il de l'autre femme ?

2. Le cadre législatif belge, qui n'était pas entièrement dénué d'outils pour aménager juridiquement la situation de fait en cas de séparation du couple ou de prédécès de la mère légale⁽¹⁾, mais ne contenait aucun régime spécifique pour attribuer un statut juridique à cette « autre femme », a évolué il y a quelques années vers la possibilité de l'établissement d'un lien de filiation.

⁽¹⁾ L'on pense au droit aux relations personnelles, à la tutelle testamentaire ou à l'attribution, en cas de séparation, de l'hébergement principal ou de l'exercice de certaines autres prérogatives éducatives si l'intérêt de l'enfant requiert qu'ils soient retirés au parent légal (principe général du contrôle judiciaire de l'autorité parentale). Voy. J.-L. RENCHON, « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? », note sous C.A., 8 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, pp. 190 et s., sp. pp. 191-195.

La loi du 13 février 2003, lorsqu'elle a ouvert le mariage aux couples de même sexe⁽²⁾, avait expressément écarté la dimension procréative de l'union conjugale de ces couples : un second alinéa avait été ajouté à l'article 143 du Code civil pour exclure — et il exclut toujours — l'épouse de la mère du bénéfice de la présomption liée au mariage, qui ne joue qu'en faveur du mari de la mère (article 315 du Code civil).

Lors de la législature suivante, plusieurs propositions de loi ont été déposées en vue d'autoriser l'adoption par des personnes de même sexe. Elles coexistaient avec d'autres propositions, déposées précédemment, qui allaient dans le sens d'une organisation de la fonction de parentalité, à travers la figure de la « parenté sociale », figure qui recouvrait toutes les situations où un partenaire est engagé auprès du parent légal dans l'exercice de responsabilités éducatives à l'égard d'un enfant⁽³⁾. Malgré un avis négatif du Conseil d'État, des opinions circonspectes d'experts auditionnés en Commission et des oppositions doctrinales importantes, l'on sait que c'est finalement sur le terrain de la filiation que le législateur belge a décidé de s'engager en permettant, par la loi du 18 mai 2006, l'adoption conjointe par deux personnes de même sexe ou l'adoption, par le partenaire de même sexe, de l'enfant de son conjoint ou cohabitant⁽⁴⁾.

La loi du 6 juillet 2007 allait ensuite, quant à elle, encadrer le recours à la procréation médicalement assistée en prévoyant notamment la nécessité d'une convention entre le centre de fécondation et « le ou les auteurs du projet parental »⁽⁵⁾, défini comme étant « toute personne ayant pris la décision de devenir parent »⁽⁶⁾, sans préciser ni exclure que deux femmes soient auteures du projet parental⁽⁷⁾.

3. Dans ce contexte, la seule possibilité pour la femme qui a porté avec la mère légale le projet parental (qu'elle soit son épouse, sa cohabitante légale ou sa partenaire de fait) de consacrer juridiquement son engagement dans la vie de l'enfant, est donc d'adopter cet enfant.

Elle doit alors satisfaire aux conditions de l'adoption, ce qui peut poser problème en cas de conflit ou de séparation du couple.

C'est dans ce cadre que s'inscrivent les deux arrêts commentés, qui viennent assouplir sur deux points les conditions de l'adoption en affaiblissant les effets d'un

⁽²⁾ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003, p. 9880.

⁽³⁾ Pour une présentation détaillée de ces propositions, une explication de l'enjeu du choix politique entre la filiation et la parentalité, et une critique de la solution qui sera finalement retenue, voy. J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique? », *J.T.*, 2005, pp. 125-132.

⁽⁴⁾ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006, p. 31128.

⁽⁵⁾ Article 7 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, article 2.

⁽⁷⁾ De sorte que le débat qui a lieu en France quant à l'accès par un couple de même sexe aux procréations médicalement assistées n'a pas été réellement mené en Belgique, ce qui mérite d'être relevé...

refus de consentement (dans l'arrêt 93/2012) et en évacuant un obstacle légal lié à la stabilité du couple (dans l'arrêt 94/2012).

La Cour vient ainsi atténuer la rigueur des conditions, et élargir le chemin de l'adoption que doit nécessairement emprunter, en l'état actuel du droit positif belge, la personne qui souhaite établir un lien juridique à l'égard de l'enfant qu'elle a contribué à mettre au monde à travers son investissement dans le projet parental.

Dans quelle mesure exacte le fait-elle? Au-delà de l'analyse de leur contenu (I) et des importants enseignements que l'on peut en tirer (II), les deux arrêts annotés donnent l'occasion de s'interroger sur l'intérêt de mobiliser la technique de l'adoption dans ces situations familiales particulières (III).

I. LES SITUATIONS VISÉES ET LES DÉCLARATIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ

A. Arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012⁽⁸⁾

4. Deux femmes, mariées depuis 2008, avaient formé ensemble un projet parental, matérialisé dans une convention conclue avec un centre de fécondation. Au terme d'un processus de procréation médicalement assistée, l'une d'elles donne naissance en septembre 2009 à une petite fille dont elle est, du fait de l'accouchement, la mère légale. Tant la mère — biologique et juridique — que son épouse ont préparé la venue de l'enfant durant la grossesse et l'ont élevée ensemble. Quelques mois après la naissance de l'enfant, les deux épouses ont entamé des démarches en vue de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère et celle-ci a rapidement obtenu le certificat de préparation à l'adoption. Peu de temps après l'introduction de la requête en adoption plénière déposée en septembre 2010, le couple se sépare, la mère légale quittant le domicile conjugal et emmenant l'enfant avec elle. Une procédure en divorce est introduite et la conjointe de la mère obtient en référé un droit étendu aux relations personnelles⁽⁹⁾. Dans le cadre de la procédure d'adoption pendante devant le tribunal de la jeunesse de Liège, la mère légale s'oppose à l'adoption⁽¹⁰⁾, au motif qu'elle ne rencontrerait pas l'intérêt de l'enfant en raison de la séparation. La candidate à l'adoption estime ce refus abusif eu égard au projet parental commun dans lequel sa demande s'inscrit. Mais l'article 348-11, alinéa 2,

⁽⁸⁾ C. const., arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012, *cette Revue*, p. 153.

⁽⁹⁾ Il s'agissait à ce stade de la seule qualification juridique qui pouvait être donnée à un « hébergement » de l'enfant par l'épouse de sa mère légale qui, tant qu'une adoption n'était pas prononcée, était juridiquement un tiers ayant un lien particulier d'affection avec l'enfant et pouvant bénéficier d'un droit aux relations personnelles avec celui-ci conformément à l'article 375*bis* du Code civil.

⁽¹⁰⁾ Aux termes de l'article 348-3, alinéa 2, du Code civil, lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, seul celui-ci doit consentir à l'adoption. Ce consentement ne peut être donné que deux mois après la naissance de l'enfant (C. civ., art. 348-4), par déclaration faite en personne devant le tribunal saisi de la requête en adoption ou par acte passé devant notaire ou devant le juge de paix (C. civ., art. 348-8). Il n'est pas précisé dans l'arrêt si le consentement a été refusé (refus qui s'exprime dans les mêmes formes que le consentement — C. civ., art. 348-10) ou s'il avait été donné et puis retiré, ce que l'article 348-8, alinéa 3, du Code civil autorise jusqu'au prononcé du jugement et, au plus tard, six mois après le dépôt de la requête en adoption.

du Code civil ne permet de passer outre le refus de consentement de la mère «que s'il apparaît, au terme d'une enquête sociale approfondie, que celle-ci s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité», ce qui n'était aucunement le cas en l'espèce.

Le tribunal de la jeunesse de Liège, se trouvant dans l'impossibilité de prononcer l'adoption en raison de ce refus de la mère, interroge la Cour constitutionnelle sur la conformité, dans une telle situation, des articles 348-3 et 348-11 du Code civil aux articles 10, 11, 22 et 22*bis*⁽¹¹⁾ de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans la foulée, le juge prend l'initiative de questionner aussi la constitutionnalité, au regard des mêmes dispositions, de l'article 143, alinéa 2, du Code civil, en ce qu'il exclut l'application, dans le cadre d'un mariage de personnes de même sexe, de la présomption de paternité prévue par l'article 315 du même Code en faveur du mari de la mère.

5. La Cour précise d'emblée qu'elle limite son examen des deux questions préjudicielles à la situation de l'espèce⁽¹²⁾.

Elle amorce son raisonnement en se fondant sur l'intérêt de l'enfant, consacré par l'article 22*bis* de la Constitution et l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁽¹³⁾, pour constater que, bien que de nombreux pas aient été faits par le législateur dans le sens d'une prise en considération de l'intérêt de l'enfant, à travers diverses modifications législatives récentes qu'elle énumère comme attestant de cette évolution⁽¹⁴⁾, «ces dispositions ne permettent toutefois pas qu'un enfant qui se trouve dans la situation décrite en B.1.2. puisse voir consacrer juridiquement son droit à la protection et au bien-être lié à l'établissement d'un second lien de filiation alors que la personne qui souhaite établir ce lien est associée au projet de coparentalité établi avec la personne au regard de laquelle le premier lien de filiation est établi»⁽¹⁵⁾.

Comme elle le fait habituellement, la Cour analyse les travaux préparatoires pour déterminer l'objectif poursuivi par le législateur dans la loi du 18 mai 2006 ayant permis l'adoption par des personnes de même sexe. Elle en retient que l'intention était de «protéger les enfants qui grandissent dans une cellule familiale formée

⁽¹¹⁾ Voy. *infra*, note 44.

⁽¹²⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.4, qui renvoie au considérant B.1.2., dans lequel la Cour présente les faits et les circonstances qui donnent lieu aux questions et qui viennent d'être présentées. Sur l'incidence de cette limitation, voy. *infra*, n°s 17 à 25.

⁽¹³⁾ Cette dernière disposition n'était pas reprise dans les questions préjudicielles formulées par le juge *a quo* mais la Cour a déjà indiqué à de nombreuses reprises que, lorsqu'une disposition conventionnelle a une portée analogue à une disposition constitutionnelle dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par ces deux dispositions constituent un «ensemble indissociable» (voy. not. arrêt n° 195/2009 du 3 décembre 2009).

⁽¹⁴⁾ Sans que l'on ne puisse totalement percevoir ni la nécessité de procéder en l'espèce à une telle énumération (que la Cour n'a pas faite dans d'autres arrêts où l'intérêt de l'enfant, tel qu'élevé au rang de droit constitutionnel, constituait aussi la norme de référence), d'une part, ni la pertinence des choix ainsi opérés précisément au sein des réformes, d'autre part.

⁽¹⁵⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.8.

d'un couple de même sexe en permettant d'établir un double lien de filiation entre les enfants et les deux membres de ce couple»⁽¹⁶⁾, tout en soulignant que, s'agissant de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint ou du cohabitant, le législateur avait veillé à ce que les liens avec la famille d'origine de l'enfant ne soient pas rompus et précisé que l'autorité parentale est alors exercée conjointement par l'adoptant et le parent légal^{(17) (18)}.

6. La Cour s'appuie ensuite sur les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹⁹⁾ pour constater que la relation entre l'enfant et la candidate adoptante relève bien du droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle mobilise notamment l'arrêt *Wagner*, qui a affirmé que «là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille»⁽²⁰⁾. La situation qu'elle examine tombe donc bien sous la loupe des dispositions invoquées.

La Cour constitutionnelle rappelle alors la grille d'analyse appliquée par la Cour européenne et par elle-même pour apprécier le respect du droit à la vie privée et familiale par les autorités publiques⁽²¹⁾, précisant que les articles 8 de la C.E.D.H. et 22 de la Constitution n'excluent pas l'existence d'une ingérence d'une autorité publique, celle-ci devant être prévue par une disposition légale précise, correspondre à un besoin social impérieux et être proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. Le législateur dispose à cet égard d'une marge d'appréciation, mais qui n'est pas illimitée et qui doit ménager un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause, y compris entre les intérêts contradictoires des personnes concernées, «sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis».

7. Appliquant ces principes aux dispositions légales soumises à son contrôle, la Cour considère que «l'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier d'un double lien de filiation juridique l'emporte en principe sur le droit de la mère de refuser son consentement à l'adoption par la femme avec laquelle elle était mariée, qui avait engagé avec elle un projet de coparentalité avant la naissance de l'enfant et l'avait

⁽¹⁶⁾ Même si la présente note n'a assurément pas pour objet de revenir sur la vaste question des motivations du législateur et de l'opportunité ou non de permettre l'établissement d'un double lien de filiation (et non de parentalité) monosexué, on mentionnera néanmoins que la Cour constitutionnelle retient comme objectif principal de cette réforme un de ceux qui étaient le plus sujet à la critique du point de vue légistique, sachant qu'il peut paraître peu pertinent de justifier la nécessité d'une réforme, surtout dans les matières touchant à l'état des personnes, en se référant principalement à l'existence d'une réalité sociale préexistante. Voy. J.-L. RENCHON, «Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique?», *op. cit.*, pp. 131-132.

⁽¹⁷⁾ Article 356-1, alinéa 3, du Code civil.

⁽¹⁸⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.9.

⁽¹⁹⁾ Puisqu'il s'agit d'opérer un contrôle de conformité des articles 348-3 et 348-11 du Code civil à des principes constitutionnels et conventionnels — voy. *infra*, n° 12.

⁽²⁰⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.11.

⁽²¹⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.11 à B.13.

poursuivi après celle-ci, dans le cadre d'une procédure d'adoption»⁽²²⁾ ⁽²³⁾. Si l'exigence du consentement prévu par l'article 348-11 du Code civil poursuit, selon la Cour, «un objectif légitime dès lors que l'article 356-1, alinéa 2, du même Code dispose que l'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière cesse d'appartenir à sa famille d'origine», tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant de son conjoint ou de son cohabitant, de sorte que «la mesure qui érige le refus du consentement de la mère en fin de non-recevoir absolue, sauf si la mère s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, et qui ne laisse donc au juge aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour apprécier, le cas échéant, le caractère abusif du refus de ce consentement, n'est pas raisonnablement justifiée et n'est dès lors pas compatible avec les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution»⁽²⁴⁾ ⁽²⁵⁾. Elle conclut ainsi à la violation de ces dispositions par les articles 348-3 et 348-11 du Code civil, «en ce qu'ils ne permettent au juge chargé de prononcer une adoption, dans les circonstances décrites en B.1.2., d'écarter le refus de la mère à consentir à cette adoption que dans l'hypothèse» circonscrite prévue par l'article 348-11 du Code civil.

En d'autres termes, c'est parce que l'adoption de l'enfant du conjoint ou du cohabitant ne coupe pas les liens avec ce dernier, ou plus exactement en l'espèce avec cette dernière, qu'il n'est pas raisonnablement justifié que le refus de celle-ci constitue ce que la Cour considère comme une «fin de non-recevoir absolue». *A contrario*, en revanche, tel n'est pas le cas lorsqu'un enfant, par une adoption plénière, cesse d'appartenir à sa famille d'origine. La Cour considère en quelque sorte que les conditions posées par la loi pour permettre au tribunal de passer outre au refus de consentement à l'adoption par un parent sont trop strictes s'il s'agit de l'adoption d'un enfant qui est le fruit d'un projet parental commun avec

⁽²²⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.14.

⁽²³⁾ Il est toujours aisé (et selon nous peut-être stérile) de critiquer l'analyse opérée par la Cour constitutionnelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tant celle-ci se prête à des interprétations en sens divers et peut diverger selon les auteurs. On relèvera néanmoins que dans l'arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012 (dans lequel la Cour européenne estime que le refus de prononcer l'adoption d'une enfant mineure recueillie en Algérie via la *kafala* n'est pas de nature à emporter condamnation de la France), la Cour européenne a veillé à souligner qu'il y avait lieu de distinguer l'arrêt *Wagner*, dans lequel elle a décidé que les juges luxembourgeois, en prenant une décision de refus d'exequatur d'un jugement d'adoption prononcé par le tribunal péruvien, avaient passé outre au statut juridique créé valablement à l'étranger de façon non raisonnable et ainsi violé l'article 8 de la Convention, et d'autres situations où elle estime que l'inexistence d'un lien de filiation, notamment via adoption, ne crée pas d'obstacle majeur au déroulement de la vie familiale et où, en conséquence, il n'y a pas de violation de l'article 8. Au regard de cet arrêt et de l'arrêt *Gas et Dubois c. France*, du 15 mars 2012, on pourrait s'interroger sur la pertinence de la conclusion que la Cour constitutionnelle estime devoir tirer dans le cas d'espèce de l'analyse de la jurisprudence européenne.

⁽²⁴⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.14.

⁽²⁵⁾ Il peut paraître étrange que la Cour ait vu dans le refus de consentement de la mère une fin de non-recevoir qu'elle qualifie d'absolue tout en précisant qu'elle ne l'est pas puisqu'il existe des conditions, certes strictes, mais dans lesquelles on peut l'outrepasser. En réalité, on ne peut qu'être frappé par la similarité nécessairement voulue ou recherchée avec la formulation d'autres arrêts rendus récemment en matière de filiation. *Cfr infra*, n° 16.

la conjointe et avec lequel l'adoptante a un lien familial effectif, même au-delà de la séparation.

8. En cet arrêt, la Cour constitutionnelle ne répond par contre pas à la seconde question préjudicielle que le tribunal avait décidé de poser quant à la constitutionnalité de l'article 143, alinéa 2, du Code civil qui exclut l'application de la présomption de paternité aux couples mariés de même sexe. La Cour constitutionnelle constate que c'est certes parce que cette présomption ne s'applique pas qu'en l'espèce une procédure d'adoption a dû être engagée, avec les difficultés qui se sont posées, mais elle estime que, compte tenu de la réponse apportée à la première question préjudicielle, la seconde question n'appelle pas de réponse (précisant par ailleurs que le juge *a quo*, à savoir le juge de la jeunesse, était saisi d'un litige portant sur l'adoption)⁽²⁶⁾.

À défaut de nécessité en ce sens, la Cour ne s'est donc pas laissée entraîner sur ce terrain qui l'aurait amenée à se positionner sur une question plus large et aux conséquences symboliques et juridiques potentiellement bien plus vastes⁽²⁷⁾.

B. Arrêt 94/2012 du 12 juillet 2012⁽²⁸⁾

9. Les circonstances qui ont donné lieu à la question préjudicielle posée par le tribunal de la jeunesse de Louvain sont à la fois proches et différentes de celles de l'espèce précédente.

Deux partenaires lesbiennes ont formé un ménage de fait durant dix ans, au cours desquels l'une d'elles a donné naissance à deux enfants, dont le père biologique n'est pas connu⁽²⁹⁾. Les enfants ont été élevés par les deux femmes, la mère légale et sa partenaire⁽³⁰⁾. Le couple se sépare en 2003, mais les deux femmes organisent de commun accord un «hébergement égalitaire» des enfants et un partage des frais d'éducation et d'entretien. En 2010, l'ex-partenaire de la mère introduit une requête en adoption plénière des enfants. Elle demande explicitement que le lien juridique de filiation entre les enfants et leur mère biologique et légale soit maintenu. Il ne s'agit donc pas pour elle d'adopter les enfants en vue d'en devenir la seule et unique mère⁽³¹⁾, mais bien d'appliquer à l'adoption sollicitée l'article 356-1, alinéa 3, du Code civil, qui prévoit que, lorsque l'enfant adopté est celui «du conjoint ou cohabitant» de l'adoptant, l'enfant ne cesse pas d'appartenir à la famille de ce conjoint ou cohabitant. Il s'agit, en d'autres termes, d'en faire une adoption «de l'enfant du conjoint ou du cohabitant», l'autorité

⁽²⁶⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.13.

⁽²⁷⁾ *Cfr infra*, n°s 29 et s.

⁽²⁸⁾ C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012, *cette Revue*, p. 166.

⁽²⁹⁾ Il ne ressort pas de l'exposé des faits opéré dans l'arrêt que les enfants aient été conçus dans le cadre d'une insémination artificielle avec donneur. Il est seulement mentionné que le père biologique des enfants n'est pas connu et qu'ils n'ont pas de père légal.

⁽³⁰⁾ L'exposé des faits précise notamment, pour indiquer l'existence d'un lien affectif de fait entre les enfants et la partenaire de la mère, qu'elle est également mentionnée dans les faire-part de naissance comme «mère» des enfants.

⁽³¹⁾ Ce qui n'aurait évidemment pas manqué d'être considéré comme contraire à l'intérêt de l'enfant dans un tel cas d'espèce.

parentale étant alors exercée conjointement. Le but est donc bien que les enfants disposent d'une mère légale et d'une mère adoptive. Si tant la mère que les enfants se déclarent explicitement d'accord avec l'adoption demandée et s'il existe, tant sur le plan moral que matériel, une relation parent-enfant durable entre la candidate à l'adoption et les enfants, il n'empêche qu'il existe un obstacle légal à ce que ce type d'adoption soit retenu ici : il doit s'agir de l'enfant « du cohabitant », et la notion de « cohabitants » est définie à l'article 343, § 1^{er}, b) du Code civil comme étant « deux personnes ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption (...) ».

Le tribunal de la jeunesse de Louvain, saisi de la requête en adoption, ne peut que constater l'impossibilité de prononcer celle-ci et, par une question dont la formulation est complexe⁽³²⁾, demande en substance à la Cour de se prononcer sur la constitutionnalité des articles 343, § 1^{er}, b) et 356-1 et 2 du Code civil en tant qu'ils aboutissent à ce résultat au regard des articles 10, 11, 22 et 22*bis* de la Constitution, ainsi que des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

10. La Cour précise à nouveau qu'elle limite son examen des questions préjudicielles à la situation caractérisée par les circonstances qui viennent d'être présentées⁽³³⁾.

Elle indique qu'une lecture conjointe des dispositions en cause fait apparaître qu'une adoption plénière avec maintien des liens juridiques entre l'enfant concerné et sa famille d'origine, que la Cour va appeler une « adoption plénière par un beau-parent », n'est effectivement pas possible aux termes de la loi lorsque le candidat adoptant et le parent légal ne cohabitent plus ensemble, la circonstance qu'ils aient vécu ensemble pendant plus de trois ans par le passé, période au cours de laquelle les enfants sont nés, n'étant pas relevante, pas plus que l'existence d'une relation parent-enfant de fait entre l'enfant et le candidat à l'adoption⁽³⁴⁾.

La Cour entreprend un raisonnement classique, commençant par indiquer qu'il existe là une différence de traitement fondée sur un critère objectif (la circonstance que le parent légal et le candidat adoptant cohabitent ou non ensemble depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la requête⁽³⁵⁾) et pertinent, le législateur ayant pu valablement estimer qu'il était de l'intérêt de l'adopté, qui, selon les travaux préparatoires, « a déjà vécu un déracinement », d'arriver

⁽³²⁾ Le tribunal commence en fait par demander si l'article 343, § 1^{er}, b) du Code civil est inconstitutionnel en ce qu'il traite différemment un ancien partenaire d'un parent biologique ou adoptif et un partenaire actuel, pour ensuite, si la Cour estimait que cette question appelle une réponse positive, interroger la Cour sur la constitutionnalité de la non-application des dispositions relatives à l'adoption de l'enfant du conjoint ou du cohabitant à l'adoption d'un enfant d'un ancien partenaire. La Cour va, quant à elle, répondre aux deux questions en même temps.

⁽³³⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.4.

⁽³⁴⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.5.

⁽³⁵⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.6.

dans une « famille » qui constitue un « environnement stable » pour l'enfant et que « la durée d'une relation constitue un indice de stabilité »⁽³⁶⁾.

Mais la question est alors d'examiner si la différence de traitement n'entraîne pas d'effets disproportionnés. Pour effectuer cette analyse, la Cour utilise le prisme de l'intérêt de l'enfant, qui « doit constituer la considération primordiale pour toute décision concernant l'enfant, et en particulier pour des décisions en matière d'adoption »⁽³⁷⁾ (Const., art. 22*bis* et CIDE, art. 21). Après avoir rappelé la chronologie de l'adoption de la loi du 18 mai 2006, et notamment l'arrêt qu'elle avait rendu le 8 octobre 2003⁽³⁸⁾, la Cour constate que les dispositions en cause « empêchent l'ancien partenaire du parent légal de l'enfant de lier à la relation parent-enfant de fait, durable, qui existe, le cas échéant, entre cette personne et l'enfant des effets consacrant juridiquement les engagements auxquels cette personne offre de souscrire à l'égard de cet enfant, et ce tant que le législateur n'a pas prévu d'autres procédures »⁽³⁹⁾. La Cour conclut que « dans cette mesure, les dispositions en cause ont des effets disproportionnés par rapport à l'objectif légitime poursuivi par le législateur », à savoir assurer un environnement stable à un enfant qui a déjà vécu un déracinement, l'adoption par l'ancien partenaire demandée ne pouvant provoquer un tel déracinement dans les situations où la relation parent-enfant de fait entre l'enfant et celui-ci est établie de manière durable et dès lors que les liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine restent maintenus. Pour la Cour, 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 »⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.7.1 à B.8.

⁽³⁷⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.9.

⁽³⁸⁾ C. const., arrêt n° 134/2003 du 8 octobre 2003, *E.J.*, 2003, p. 134, note P. SENAËVE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 185, note J.-L. RENÇON, *R.W.*, 2003-04, p. 1016, note T. ROBERT et note V. VERLINDEN. Dans cet arrêt, la Cour avait décelé, dans l'impossibilité pour l'ancienne partenaire lesbienne de la mère légale d'exercer avec elle l'autorité parentale, en raison de l'absence de lien de filiation entre elle et l'enfant, une différence de traitement inadmissible pour la catégorie d'enfants concernés par cette situation mais n'avait pu conclure à l'inconstitutionnalité des dispositions relatives à l'autorité parentale qui étaient en cause, la décision d'étendre l'exercice de l'autorité parentale aux personnes n'ayant pas de lien de filiation avec l'enfant appartenant au législateur.

La Cour rappelle que c'est à la suite de cet arrêt que plusieurs propositions de loi ont été déposées, certaines prévoyant d'organiser l'exercice des fonctions éducatives au moyen de la « parenté sociale », d'autres visant à permettre l'établissement d'un lien de filiation par l'adoption. Lorsque la loi du 18 mai 2006 a permis l'adoption conjointe d'un enfant par deux personnes de même sexe et l'adoption d'un enfant par le partenaire de même sexe de son parent légal, la condition de cohabitation permanente et affective d'une durée de trois ans n'a toutefois pas été modifiée, alors même, comme le souligne la Cour — reprenant ainsi l'avis qu'avait rendu le Conseil d'État au sujet des propositions de loi ayant donné lieu à la loi de 2006 —, que l'arrêt n° 134/2003 avait été rendu à l'occasion « d'une question préjudicielle dans une affaire opposant un ancien couple de lesbiennes » (arrêt n° 94/2012 cité, B.12.1, nous soulignons).

⁽³⁹⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.12.2.

⁽⁴⁰⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.12.3.

Elle va en conséquence considérer que les articles 343, § 1^{er}, b), 356-1 et 356-2 du Code civil violent, dans les circonstances définies en B.4., les articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution, combinés avec l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

II. LES ENSEIGNEMENTS DES DEUX ARRÊTS DU 12 JUILLET 2012

11. Avant de s'interroger sur la portée exacte qu'il convient de donner à ces deux arrêts (B) et d'envisager les conséquences concrètes qui peuvent en résulter (C), il est intéressant d'examiner les «véhicules constitutionnels» qui ont servi à mettre en cause les dispositions déclarées inconstitutionnelles (A).

A. Les fondements des déclarations d'inconstitutionnalité

1. Les «véhicules constitutionnels» utilisés par les juridictions de fond ayant posé les questions préjudicielles

12. Il convient tout d'abord de remarquer que, dans les deux jugements par lesquels elles ont saisi la Cour constitutionnelle, les deux juridictions *a quo* ont correctement fait usage des règles applicables à la saisine de la Cour sur question préjudicielle. Constatant que les situations qui leur étaient soumises posaient problème au regard de droits fondamentaux garantis à la fois par des textes internationaux et par des règles contenues dans le titre II de la Constitution, les deux juges *a quo* ont convenablement appliqué l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989⁽⁴¹⁾, qui impose de poser à la Cour une question préjudicielle dans l'hypothèse d'une double protection — conventionnelle et constitutionnelle — d'un droit fondamental. Priorité est en effet désormais donnée au contrôle de constitutionnalité par la Cour constitutionnelle⁽⁴²⁾ et elles n'auraient pu faire elles-mêmes le contrôle de conventionalité qui leur était auparavant permis⁽⁴³⁾.

13. Par ailleurs, les deux juridictions ont habilement mobilisé diverses dispositions constitutionnelles et conventionnelles comme normes de contrôle des dispositions du Code civil mises en cause. Elles ont ainsi multiplié les angles sous lesquels la Cour pouvait les examiner : celle-ci était invitée à se placer sur le terrain de l'égalité et de la non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou combinés avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme), à analyser la conformité des dispositions au droit au respect de la vie privée et familiale (article 22 de la Constitution, lu isolément ou en combinaison avec l'article 8 de la C.E.D.H.) et à les observer à la lumière de l'intérêt de

⁽⁴¹⁾ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, modifiée sur ce point par la loi spéciale du 12 juillet 2009.

⁽⁴²⁾ Voy. not. A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, «Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente», *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 581-613, sp. n^{os} 4, b) et 9.

⁽⁴³⁾ M. BEAGUE et S. CAP, «L'applicabilité directe de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au secours de l'échec d'une adoption plénière», note sous Civ. Liège, 10 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 808-827.

l'enfant (article 22*bis* de la Constitution⁽⁴⁴⁾, mis en parallèle avec l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant par le tribunal de la jeunesse de Louvain dans les questions qui ont donné lieu au second arrêt).

Il est heureux que les juridictions de renvoi ne se soient pas limitées à invoquer les traditionnelles règles d'égalité et de non-discrimination mais aient usé de la possibilité qui leur est ouverte depuis 2003 de mobiliser les autres droits et libertés constitutionnels pour mettre en cause les dispositions légales, dont les potentialités sont beaucoup plus larges⁽⁴⁵⁾, comme le démontre notamment la motivation des deux arrêts ici commentés.

Le message semble en tous cas avoir été désormais tout à fait compris par les juridictions de fond. On peut même avoir aujourd'hui, et en tous cas à la lecture des deux jugements ayant posé les questions préjudicielles dans les affaires ici commentées, l'impression que désormais les juridictions de fond visent toutes les normes de référence possibles, diversifiant ainsi les voies d'accès et laissant à la Cour le soin de «faire son choix» parmi les portes d'entrée vers une déclaration d'inconstitutionnalité.

C'est bien ce qui s'est produit ici, et d'une manière qui peut susciter la réflexion.

2. *Les normes de référence retenues par la Cour pour prononcer l'inconstitutionnalité*

14. Parmi les diverses règles de référence au regard desquelles elle était invitée à opérer son contrôle, la Cour constitutionnelle a choisi les normes à la lumière desquelles elle allait éprouver la constitutionnalité des dispositions qui lui étaient soumises, et n'a pas retenu les mêmes dans les deux arrêts, empruntant ainsi des chemins différents pour aboutir aux constats d'inconstitutionnalité.

Dans l'arrêt n° 93/2012, lorsqu'elle prononce l'inconstitutionnalité sur base des articles 10, 11, 22 et 22*bis* de la Constitution combinés aux articles 8 et 14 de la C.E.D.H., la Cour place en réalité principalement son raisonnement sur le terrain du droit au respect de la vie privée et familiale (articles 22 de la Constitution et 8 de la C.E.D.H.). Elle opère en effet une analyse importante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour examiner si l'impossibilité de passer outre le refus de la mère dans la situation d'espèce constitue une ingérence pour laquelle le législateur a veillé à ménager un juste équilibre entre les différents intérêts en présence⁽⁴⁶⁾. C'est en mobilisant l'intérêt de l'enfant que la Cour aboutit à sa déclaration d'inconstitutionnalité, considérant que, dans la balance des intérêts, «l'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier d'un double lien de filia-

⁽⁴⁴⁾ L'article 22*bis* de la Constitution n'est en réalité pas mentionné dans l'extrait du jugement du 14 novembre 2011 par lequel le tribunal de la jeunesse de Liège adresse à la Cour deux questions préjudicielles (il est repris dans la seconde question, mais pas dans la première). Cette norme de contrôle apparaît au considérant B.1.2. de l'arrêt 93/2012 lorsque la Cour reformule la question soumise à son examen.

⁽⁴⁵⁾ A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, *op. cit.*, p. 596.

⁽⁴⁶⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.11 à B. 13. *Cfr supra*, n°s 6 et 7.

tion» pèse davantage que le droit de la mère à refuser son consentement à l'adoption⁽⁴⁷⁾. La Cour avait d'ailleurs amorcé son raisonnement en puisant à la source des articles 22*bis* de la Constitution et 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, lorsqu'elle constatait que le législateur n'offrait pas à l'enfant concerné par cette situation la possibilité de «voir consacrer juridiquement son droit à la protection et au bien-être lié à l'établissement d'un second lien de filiation»⁽⁴⁸⁾, creusant ainsi le sillon dans lequel allait s'orienter sa décision, après une analyse qu'elle a choisi d'effectuer au regard du droit au respect de la vie privée et familiale.

Dans l'arrêt n° 94/2012, la Cour privilégie cette fois une analyse sous l'angle des principes d'égalité et de non-discrimination, examinés à la lumière de l'intérêt de l'enfant. Après avoir constaté que la différence de traitement mise en cause dans les questions préjudicielles repose sur un critère objectif et pertinent⁽⁴⁹⁾, la Cour réalise le test de proportionnalité en se centrant sur l'intérêt de l'enfant consacré par les articles 22*bis* de la Constitution et 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁽⁵⁰⁾ pour constater que les dispositions en cause ont des effets disproportionnés par rapport à l'objectif légitime poursuivi par le législateur (le législateur a pu valablement estimer qu'il est de l'intérêt de l'enfant «qui a déjà vécu un déracinement» d'être accueilli dans un «environnement stable», mais l'intérêt de l'enfant élevé au rang de droit constitutionnel n'est pas rencontré dans une situation comme celle de l'espèce, où les liens juridiques avec la famille d'origine ne sont pas rompus)⁽⁵¹⁾. Elle conclut dès lors à la non-compatibilité des dispositions contrôlées avec les articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution, combinés avec l'article 21 de la CIDE. Elle laisse ainsi de côté les articles 22 de la Constitution et 8 de la C.E.D.H., sur base desquels elle était également saisie, estimant qu'un examen de la question sous l'angle des dispositions protectrices de la vie privée et familiale n'est pas utile compte tenu du constat de violation déjà opéré sur base des principes d'égalité et de l'intérêt de l'enfant⁽⁵²⁾.

15. La différence d'approche entre ces deux arrêts prononcés le même jour ne manque pas de surprendre...⁽⁵³⁾ L'on n'aperçoit en effet pas bien la logique à l'œuvre dans les choix ainsi opérés par la Cour, dans la mesure où chacun des deux raisonnements aurait, semble-t-il, pu être mené dans l'autre affaire. Ainsi, dans la seconde espèce, la Cour n'aurait-elle pas pu aboutir à une déclaration d'inconstitutionnalité en tenant un raisonnement fondé sur le droit au respect de la vie privée et familiale, mobilisant la jurisprudence de la Cour européenne des droits

⁽⁴⁷⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.14.

⁽⁴⁸⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.6 à B.8. *Cfr supra*, n° 5.

⁽⁴⁹⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.5 à B.8. *Cfr supra*, n° 10.

⁽⁵⁰⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B.9 à B.12.2. *Cfr supra*, n° 10.

⁽⁵¹⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B. 12.3. *Cfr supra*, n° 10.

⁽⁵²⁾ Arrêt n° 94/2012 cité, B. 13.2.

⁽⁵³⁾ Il semble toutefois inutile de chercher à en inférer une conclusion quant aux intentions de la Cour, l'explication la plus probable étant certainement que les juges-rapporteurs n'étaient pas les mêmes dans les deux procédures... Une autre différence peut néanmoins être relevée entre les deux arrêts, qui pose quant à elle davantage question en ce qu'elle porte sur le fond de la problématique. Elle sera présentée *infra*, note 92.

de l'homme? ⁽⁵⁴⁾ De la même manière, la Cour n'aurait-elle pas pu répondre au tribunal de la jeunesse de Liège que les dispositions visées étaient inconstitutionnelles en orientant son examen sur les principes d'égalité et de non-discrimination? ⁽⁵⁵⁾

16. Si les voies menant aux déclarations d'inconstitutionnalité divergent, un point commun entre les deux arrêts doit cependant être souligné. Il est en effet frappant de constater que c'est une fois de plus en mobilisant cette nouvelle norme de référence qu'est l'intérêt de l'enfant élevé au rang de droit constitutionnel, que l'on aboutit aux constats de violation. Lié au droit au respect de la vie privée et familiale dans l'arrêt 93/2012 ou aux règles d'égalité et de non-discrimination dans l'arrêt 94/2012, il est le point cardinal du raisonnement de la Cour dans ces deux arrêts.

C'est en effet en brandissant le sésame de l'intérêt de l'enfant que la Cour peut venir assouplir le carcan des règles légales relatives à l'adoption, dans les circonstances précises qui lui étaient soumises. Pour la Cour, les règles formelles relatives à l'adoption par la partenaire de même sexe, qui ne sont pas adaptées aux situations dans lesquelles une séparation est intervenue et où la candidate à l'adoption se trouve empêchée de consacrer juridiquement le lien qui l'unit à l'enfant depuis toujours, doivent céder devant l'intérêt de l'enfant à voir ce deuxième lien de filiation juridiquement consacré et «ajouté» au premier. C'est sous le glaive de l'intérêt de l'enfant que succombent les dispositions légales mises en cause!

Les deux arrêts du 12 juillet 2012 s'inscrivent ainsi dans la lignée de plusieurs arrêts récents rendus en matière de filiation, dans lesquels la Cour articule son raisonnement autour de l'intérêt de l'enfant pour «détricoter» les dispositions légales issues de la réforme de la filiation intervenue en 2006.

L'on ne peut à cet égard qu'être frappé par la similarité nécessairement voulue ou assumée par la Cour avec la formulation de certains de ces arrêts, lorsque, dans l'arrêt 93/2012, elle qualifie le refus de consentement de la mère de «fin de non-recevoir absolue»⁽⁵⁶⁾, et indique que c'est l'impossibilité pour le juge de pouvoir apprécier le caractère abusif (ou non) du refus de consentement en tenant compte de l'intérêt de l'enfant qui n'est pas raisonnablement justifiée. Cet arrêt se situe ainsi pleinement dans la trajectoire de la jurisprudence constitutionnelle actuelle: il s'agit de permettre l'accès à un juge qui pourra faire la balance des intérêts en présence et statuer dans l'intérêt de l'enfant. L'arrêt 94/2012 peut également

⁽⁵⁴⁾ Sur le terrain du droit au respect de la vie privée et familiale, les dispositions qui empêchent l'ancienne partenaire, ne cohabitant plus avec la mère légale, d'adopter l'enfant tout en maintenant le lien de filiation d'origine, auraient pu être envisagées comme une ingérence dont la Cour aurait pu estimer qu'elle n'était pas proportionnée à l'objectif légitime poursuivi (en raison de ce que le lien de filiation ne vient pas, dans un cas comme celui-ci, se substituer au lien établi avec le parent légal mais s'ajouter à celui-ci).

⁽⁵⁵⁾ En comparant la personne qui souhaite adopter un enfant avec qui elle entretient un lien socio-affectif durable et ajouter un lien de filiation à celui existant entre l'enfant et son parent légal, à la personne qui demande une adoption qui aurait pour effet de rompre les liens avec la famille d'origine, les deux pouvant se voir opposer un refus de consentement de la mère?

⁽⁵⁶⁾ Sans, pourtant, qu'elle en soit vraiment une... *Cfr supra*, note 25.

être envisagé comme s'inscrivant dans ce même courant : c'est ici un obstacle légal empêchant la création d'un lien de filiation qui doit être levé devant l'intérêt de l'enfant et le vœu de toutes les personnes concernées.

Tel est le sens qui se dégage en effet désormais très nettement des arrêts proscrivant tout « obstacle absolu », toute « rigidité automatique »⁽⁵⁷⁾ que peut constituer, en droit de la filiation, un délai de prescription ou la fin de non-recevoir de la possession d'état dans les actions en contestation de paternité du mari⁽⁵⁸⁾. La possibilité pour le juge d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant y compris de moins d'un an, est également au cœur des arrêts relatifs aux articles 329*bis*⁽⁵⁹⁾ et 332*quinquies*⁽⁶⁰⁾ du Code civil. Et c'est bien aussi « en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant » que l'article 325 du Code civil proscrivant l'établissement d'une double filiation incestueuse a été déclaré inconstitutionnel⁽⁶¹⁾.

Les arrêts commentés participent donc pleinement du même mouvement, décrit par N. MASSAGER comme s'il ne pouvait plus y avoir « de normes théoriques qui puissent encore justifier des solutions injustifiables sur le plan humain »⁽⁶²⁾. L'élévation de l'intérêt de l'enfant au rang de droit constitutionnel joue à cet égard un rôle fondamental, en ce que cette nouvelle norme de référence permet désormais à la Cour constitutionnelle de s'immiscer au cœur de la relation humaine pour anéantir les obstacles légaux qui viennent l'entraver.

⁽⁵⁷⁾ N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo », *Act. dr. fam.*, 2011/7, p. 139.

⁽⁵⁸⁾ Cfr les similitudes avec la formulation de l'arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011 (*Act. dr. fam.*, 2011, p. 75, note N. GALLUS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 344, *R.W.*, 2011-12, p. 1111, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2011, p. 61, note T. WUYTS) qui déclare (considérant B.10) qu'ériger la possession d'état en fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation de la paternité du mari constitue une mesure qui n'est pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis par le législateur dès lors qu'il n'existe « pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des faits établis et des intérêts de toutes les parties concernées ».

Ou encore avec l'arrêt n° 96/2011 du 31 mai 2011 (*Act. dr. fam.*, 2011, p. 142, note N. MASSAGER, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 693, *R.W.*, 2011-12, p. 1113, note F. SWENNEN, *T. Fam.*, 2011, p. 214, note A. QUIRYNEN, *T.J.K.*, 2011, p. 302, note C. MELKEBEEK) qui considère que le délai de prescription de l'action en contestation de paternité intentée par l'enfant en certaines circonstances porte atteinte de manière discriminatoire à la vie privée de celui-ci dès lors qu'il n'existe « pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des faits établis et des intérêts de toutes les parties concernées » (B.14).

⁽⁵⁹⁾ Arrêt n° 144/2010 du 16 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 2, note N. MASSAGER, *R.A.B.G.*, 2011, p. 833, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, *T. Fam.*, 2011, p. 56, note F. SWENNEN, *T.J.K.*, 2011, p. 139, note C. MELKEBEEK.

⁽⁶⁰⁾ Arrêt n° 61/2012 du 3 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 135, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 704.

⁽⁶¹⁾ Arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 150, note A.-C. VAN GYSEL, *J. dr. jeun.*, 2012, p. 35, note G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1281, note P. MARTENS, *cette Revue*, p. 204, note Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, *T. Fam.*, 2012, p. 219, note T. WUYTS.

⁽⁶²⁾ N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 139.

B. La portée des arrêts

17. Les arrêts du 12 juillet 2012 sont sans équivoque quant à la portée tout à fait précise qu'il convient de leur attribuer : dans les deux cas, le constat de violation est strictement limité à la situation caractérisée par les faits qui ont donné lieu aux questions préjudicielles. Ainsi, la Cour a-t-elle, pour chacun des arrêts commentés, non seulement veillé dans sa motivation à indiquer qu'elle limitait son examen aux circonstances de l'espèce⁽⁶³⁾ mais également précisé dans son dispositif que les déclarations d'inconstitutionnalité étaient circonscrites à ces circonstances.

L'absence de conformité aux droits fondamentaux ne concerne donc pas la règle dans son ensemble mais uniquement son application au cas d'espèce : les conditions de l'adoption mises en cause sont justifiées lorsque l'enfant quitte sa famille d'origine mais ne le sont pas dans les situations présentées à la Cour, dès lors que celles-ci sont différentes des situations visées par les dispositions légales.

18. La Cour décèle de la sorte une *lacune législative*, à laquelle il convient de remédier dans le cas d'espèce. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la formulation utilisée par la Cour à l'issue de la motivation des deux arrêts, lorsqu'elle indique que «dès lors que la *lacune* définie en B.(...) est située dans les textes soumis à la Cour, il appartient au juge *a quo* de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, ce constat étant exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que les dispositions en cause soient appliquées dans le respect» des normes de référence⁽⁶⁴⁾.

La lacune consiste ici à appliquer à des situations qui ne sont pas les mêmes une même disposition légale (la Cour déclare les dispositions inconstitutionnelles «en ce qu'elles ne permettent pas» (93) et «en ce qu'elles ne prévoient pas» (94) d'adaptations particulières aux circonstances d'espèce). Il s'agit de ce que la théorie des lacunes appelle une «lacune intrinsèque auto-réparatrice»⁽⁶⁵⁾ : «intrinsèque» car elle est contenue dans la disposition elle-même, elle réside dans la norme contrôlée (et ne résulte pas de l'absence d'une norme comparable, ce que serait la lacune «extrinsèque», à laquelle seul le législateur pourrait remédier) et «auto-réparatrice» car le constat de la lacune permet de la combler, à condition que le constat soit exprimé dans des termes suffisamment clairs et précis pour pouvoir être appliqué directement par le juge, sans complément normatif. Le fait de constater la lacune permet alors de la supprimer, dans un même mouvement⁽⁶⁶⁾.

C'est le cas dans les deux arrêts commentés, et la Cour veille à le préciser à l'attention des deux juges du fond, à travers la formule reprise ci-dessus⁽⁶⁷⁾. Le

⁽⁶³⁾ Arrêt n° 93/2012, B.1.2 et arrêt n° 94/2012, B.4.

⁽⁶⁴⁾ Arrêt n° 93/2012 cité, B.17 et arrêt n° 94/2012 cité, B.14 (nous soulignons).

⁽⁶⁵⁾ Pour reprendre l'expression proposée par M. MELCHIOR et C. COURTOY, not. dans «L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle», *J.T.*, 2008, pp. 669-678. Pour un examen de la théorie des lacunes et ses développements doctrinaux et jurisprudentiels, voy. cet article et les nombreuses références y citées.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*, not. nos 3 et 33.

⁽⁶⁷⁾ Cette formule est désormais régulièrement utilisée par la Cour dans ses «arrêts-lacunes» (voy. par exemple arrêt n° 122/2012 du 18 octobre 2012).

constat formulé dans l'arrêt, conjugué à l'application qu'en fera le juge *a quo*, crée alors une règle de droit valable pour le cas d'espèce⁽⁶⁸⁾, qui n'empêche évidemment pas le législateur de faire son œuvre par ailleurs (dans le même sens ou dans un autre).

Le constat d'inconstitutionnalité anticipe en quelque sorte l'action du législateur⁽⁶⁹⁾, en engendrant une norme de droit façonnée pour pouvoir «coller» à la situation d'espèce, pour laquelle l'application des conditions de l'adoption contenues dans les dispositions litigieuses ne permettait pas d'assurer le respect des droits fondamentaux des personnes concernées.

La Cour n'a pu le faire que parce que le législateur avait, en 2006, permis l'adoption par des personnes de même sexe, son intervention se situant dès lors sur un terrain favorable. Alors que, dans son arrêt du 8 octobre 2003⁽⁷⁰⁾, la Cour avait pointé la lacune (extrinsèque alors) résultant de l'impossibilité pour un ancien couple de lesbiennes d'exercer conjointement l'autorité parentale en raison de l'absence d'un double lien de filiation, et laissait au législateur le soin de définir les conditions dans lesquelles celle-ci pourrait être exercée par des personnes n'ayant pas de lien de filiation, celui-ci a, en 2006, ouvert le champ de la filiation au moyen de l'adoption, sans en modifier les conditions pour les adapter à la nouvelle situation pour laquelle il l'autorisait... C'est cette absence de modification⁽⁷¹⁾ qui permet à la Cour de constater une «lacune» (intrinsèque cette fois) au regard de la situation d'espèce, lacune que le juge *a quo* peut corriger, dès lors qu'elle est contenue dans les règles mises en cause et que le constat de violation est précis et complet.

19. La Cour est ainsi venue, sur deux points, atténuer la rigueur des conditions légales de l'adoption qui n'étaient pas adaptées aux situations au regard desquelles elle était appelée à les évaluer : dans le premier cas, c'est le poids (quasi) total accordé à la volonté de la mère qui est évacué pour laisser une place à l'appréciation du juge au regard de l'intérêt de l'enfant ; dans le second, c'est un obstacle légal qui doit sauter devant l'intérêt de l'enfant et le vœu de toutes les personnes concernées. Lorsque la femme qui a porté avec la mère légale de l'enfant le projet parental dont il est issu et avec laquelle existe pour l'enfant un lien familial effectif, qui persiste à la séparation du couple, souhaite adopter cet enfant, le nouveau lien de filiation ne venant pas «se substituer» mais «s'ajouter» au lien établi d'origine, la consécration juridique du lien socio-affectif qui unit l'enfant à la candidate adoptante est considérée comme étant dans son intérêt et les règles formelles qui l'entravent doivent s'effacer.

⁽⁶⁸⁾ B. RENAULD, «Lacune législative et devoir de juger», *J.L.M.B.*, 2006, pp. 635-639, sp. p. 638.

⁽⁶⁹⁾ Lorsqu'elle constate les effets disproportionnés résultant de l'application des dispositions litigieuses à la demande d'adoption de l'espèce, dans l'arrêt n° 94/2012, la Cour précise d'ailleurs : «et ce tant que le législateur n'a pas prévu d'autres procédures». Sur la signification qui peut être donnée à cette précision dans le contexte des deux arrêts, voy. *infra*, note 92, et sur les modifications législatives qui nous paraîtraient souhaitables, voy. *infra*, n°s 31 à 33.

⁽⁷⁰⁾ *Cfr supra*, note 38.

⁽⁷¹⁾ Relevée dans les deux arrêts (respectivement aux considérants B.8 et B.11.2).

Telle est la portée qui nous paraît pouvoir être donnée aux deux arrêts analysés. Mais quelles en sont les conséquences concrètes, en pratique?

C. *Les conséquences concrètes des arrêts*

20. Les deux juges à l'origine des questions préjudicielles — et les autres juridictions saisies de la même affaire — devront se conformer aux réponses apportées par la Cour⁽⁷²⁾ et mettre fin, comme la Cour le leur a indiqué⁽⁷³⁾, à l'inconstitutionnalité constatée⁽⁷⁴⁾.

Dès lors que les dispositions déclarées inconstitutionnelles ne disparaissent pas de l'ordre juridique, les autres juridictions appelées à se prononcer sur un litige semblable peuvent soit poser à la Cour une nouvelle question préjudicielle, soit tenir compte du constat de violation⁽⁷⁵⁾. Dans quelles situations le juge pourrait-il considérer qu'il peut mobiliser l'enseignement de ces arrêts, sans adresser à la Cour une nouvelle question? En d'autres termes, quand peut-on considérer que la Cour a déjà statué sur un « objet identique »⁽⁷⁶⁾ ou estimer qu'un arrêt fait déjà apparaître que la disposition est « manifestement violée »⁽⁷⁷⁾?

21. Les constats d'inconstitutionnalité étant expressément limités aux circonstances de l'espèce, il convient de rappeler les faits précis sur lesquels a porté l'examen de la Cour.

Dans l'arrêt n° 93/2012, les circonstances décrites par la Cour sont les suivantes (B.1.2): « (...) hypothèse du refus opposé par la mère d'un enfant à l'adoption de cet enfant par une femme avec qui la mère était mariée au moment de la naissance de l'enfant et du dépôt de la requête en adoption, qui avait signé avec elle une convention conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 “relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes”, et qui a suivi la préparation à l'adoption prévue à l'article 346-2 du Code civil, cette adoption concernant un enfant dont il est établi qu'un lien familial existe et persiste depuis la séparation des épouses ».

Les faits à l'origine de l'arrêt n° 94/2012, au regard desquels la Cour prononce l'inconstitutionnalité des dispositions législatives portées devant elle, font apparaître que « les enfants n'ont pas de père légal, que le père biologique n'est

⁽⁷²⁾ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 28.

⁽⁷³⁾ *Cfr supra*, n° 18.

⁽⁷⁴⁾ Le tribunal de la jeunesse de Liège, pour se conformer à l'arrêt n° 93/2012, n'écartera pas automatiquement le refus de consentement de la mère mais appréciera le caractère abusif (ou non) de ce refus en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et prononcera, le cas échéant, l'adoption sollicitée. Quant au tribunal de la jeunesse de Louvain, il lui suffira d'écarter les dispositions déclarées inconstitutionnelles en l'espèce pour prononcer une adoption par l'expartenaire de la mère avec maintien des liens juridiques d'origine.

⁽⁷⁵⁾ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 26. Pour une présentation détaillée des effets d'un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle sur question préjudicielle et des applications en droit de la famille, voy. not. A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, *op. cit.*

⁽⁷⁶⁾ Article 26, § 2, 2° de la loi spéciale, auquel renvoie le § 4, al. 2, 1°.

⁽⁷⁷⁾ Article 26, § 4, al. 2, 4°.

pas connu, que la candidate adoptante et la mère légale ont eu dans le passé une relation affective qui a duré plus de trois ans, pendant laquelle les enfants mineurs concernés sont nés, qu'il existe aussi bien sur le plan moral que matériel une relation parent-enfant de fait, durable, entre la candidate adoptante et les enfants et que tant la mère légale que les enfants concernés se déclarent explicitement d'accord avec l'adoption» (B.4).

Dans quelles circonstances un juge pourra-t-il estimer pouvoir se dispenser d'un passage par la Place royale, et dans quelles autres situations proches mais pas identiques une nouvelle question préjudicielle semble-t-elle, au contraire, indiquée?

Trois cas de figure — correspondant à autant de configurations familiales — viennent à l'esprit.

1. *L'adoption dans un couple de deux femmes*

22. Des questions se posent tout d'abord relativement à l'état civil du couple.

Rappelons que, si les deux arrêts concernaient des couples séparés, le premier portait sur un couple toujours marié en instance de divorce et le second, sur des ex-partenaires de fait. Cette précision est importante car, si le couple n'avait pas ou plus été marié au moment de l'introduction de la requête en adoption dans l'arrêt 93, il ne se serait plus agi d'une adoption de l'enfant du conjoint et on serait alors tombé dans la situation où le couple ne cohabite plus — qui était la situation problématique dans l'arrêt 94... — et l'obstacle lié à l'absence de cohabitation au moment de la requête se serait ajouté au refus de la mère légale de consentir!

L'hypothèse n'est pas purement théorique, dans la mesure où l'on pourrait très bien imaginer que la candidate adoptante d'un enfant né pendant la vie commune ne soit plus mariée à (ou cohabitante légale de⁽⁷⁸⁾) la mère légale ou ne l'ait jamais été (séparation après cohabitation de fait) et que la mère légale oppose un refus de consentir à l'adoption. Pourrait-on alors envisager de conjuguer les effets des deux arrêts, en raison d'un double objet identique? La réponse à cette question nous paraît dépendre de la mesure dans laquelle l'accord de toutes les personnes concernées a joué dans le raisonnement de la Cour ayant conduit à l'arrêt 94: dans cet arrêt, l'un des éléments factuels au regard desquels la Cour a limité son examen étant que «tant la mère légale que les enfants concernés se déclarent explicitement d'accord avec l'adoption», la conclusion de la Cour aurait-elle été la même si la mère n'avait pas été d'accord (même sans refuser formellement le consentement mais sans indiquer expressément qu'elle était d'accord)? Il n'est pas dit, dans l'arrêt 94, que cet élément ait été prépondérant! C'est parce que la candidate adoptante, avec qui existe un lien familial, se trouve légalement empêchée de voir juridiquement consacrés les engagements auxquels elle propose de souscrire à l'égard de l'enfant, alors que le nouveau lien ne viendrait pas se substituer mais s'ajouter au premier, que la Cour conclut à l'inconstitutionnalité... Il n'est pas

⁽⁷⁸⁾ Article 343, b) du Code civil.

certain qu'elle aurait conclu autrement si tel n'avait pas été le vœu de toutes les personnes concernées...⁽⁷⁹⁾

L'hypothèse considérée ici sortant des circonstances précises du constat de violation, mieux vaut de toute façon, selon nous, poser une nouvelle question en présence d'une telle situation de fait.

23. Le mode de conception de l'enfant est également un élément de fait sur lequel il convient de s'interroger. Si, dans le premier arrêt, il apparaît que l'enfant a été conçu dans le cadre d'un processus de procréation médicalement assistée, les circonstances de l'engendrement des enfants ne sont pas précisées dans le second. Ces éléments ne paraissent pas avoir été déterminants dans l'un et l'autre arrêt, en sorte que le juge confronté à une situation d'espèce proche de celle-ci ne devra pas s'attacher au mode de conception de l'enfant (fécondation *in vitro*, insémination artificielle ou rapport sexuel) pour reconnaître à la situation présentée devant lui un objet identique. Ce qui a toutefois assurément compté, c'est le fait que l'enfant soit né dans le cadre d'un projet commun, matérialisé dans une convention conclue avec le centre de fécondation dans le premier arrêt, identifié à travers des éléments factuels d'implication de la candidate adoptante dans la vie de l'enfant dès la naissance⁽⁸⁰⁾ dans le second, et qu'il ait été conçu *ab initio* comme l'enfant du couple. Pourrait dès lors se poser, en dehors de l'hypothèse d'une PMA⁽⁸¹⁾, la difficulté de la preuve dans l'engagement parental, dans le cas où la mère légale refuserait de donner son consentement à l'adoption et ne reconnaîtrait pas l'implication de son ex-partenaire autour de la venue au monde de l'enfant...

2. L'adoption dans un couple de deux hommes

24. Qu'en serait-il d'une demande d'adoption introduite à l'égard d'un enfant conçu suite à une gestation pour autrui dans le cadre du projet parental porté par un couple d'hommes? L'hypothèse envisagée est celle où l'un d'eux a reconnu l'enfant à la naissance — il en est dès lors le père légal —, et où l'autre souhaite établir un lien de filiation à l'égard de cet enfant, la seule possibilité étant la procédure d'adoption. Confronté aux mêmes circonstances d'empêchement à l'adoption que celles qui ont donné lieu aux arrêts (refus de consentement du père légal ou fin de la cohabitation entre partenaires de fait), le candidat adoptant se trouve-t-il dans la même situation, au point que le juge pourra estimer qu'il y a là

⁽⁷⁹⁾ Ce qui voudrait dire alors que la situation conjugale n'a plus d'importance — et que la volonté de la mère n'a plus le même poids — lorsque la personne qui se propose d'ajouter un lien de filiation avec l'enfant au lien établi à l'égard de sa mère est celle qui avait formé avec elle un projet parental commun. En d'autres termes, ce serait l'investissement dans le projet parental commun qui devrait donner lieu à un assouplissement des règles de l'adoption de façon à ce que celle-ci puisse avoir lieu quel que soit, d'une part, le statut conjugal actuel de la mère et de la «co-mère» et, d'autre part, la volonté de la mère, celle-ci pouvant être court-circuitée par une appréciation du juge au regard de l'intérêt de l'enfant, dont la Cour estime qu'il est potentiellement de voir le second lien de filiation établi.

⁽⁸⁰⁾ *Cfr* le faire-part sur lequel elle est également mentionnée comme «mère».

⁽⁸¹⁾ Dès lors que l'article 7 de la loi relative à la PMA impose la conclusion d'une convention entre le centre et les «auteurs du projet parental».

un « objet identique », ou qu'un arrêt a déjà fait apparaître que la norme constitutionnelle est « manifestement violée »?

Les circonstances factuelles de la naissance sont radicalement différentes. Même si, comme indiqué ci-dessus, ces circonstances ne semblent pas avoir eu d'incidence déterminante sur le raisonnement de la Cour dans les deux arrêts commentés⁽⁸²⁾, la différence majeure réside ici dans le sexe du candidat-adoptant qui implique le recours à une autre « technique » pour la réalisation du projet parental commun, « technique » qui pose des questions éthiques et juridiques différentes du recours à la procréation médicalement assistée ou à un rapport sexuel avec un tiers pour avoir un enfant⁽⁸³⁾. Il nous paraît en l'état difficile de transposer purement et simplement les déclarations d'inconstitutionnalité à cette modalité très particulière d'engendrement à plusieurs qui implique quant à elle de couper un lien juridique existant avec la mère porteuse, considérée en droit belge comme étant la mère légale⁽⁸⁴⁾, pour le remplacer par le lien avec un deuxième homme.

Nous n'apercevons dès lors pas comment le juge saisi d'un tel litige pourrait se dispenser de poser une nouvelle question à la Cour constitutionnelle. Mais si une nouvelle question préjudicielle était posée, il n'est pas impossible que les deux arrêts commentés aient un « effet domino »...

3. *L'adoption par le « beau-parent » dans un couple de sexe différent*

25. Peut-on envisager de transposer les solutions retenues par la Cour à toutes les adoptions « intrafamiliales », y compris dans les couples hétérosexuels, s'agissant alors d'une adoption par le « beau-parent »? Compte tenu du caractère limité du constat d'inconstitutionnalité, il est exclu de considérer ici qu'il y aurait un objet identique ou une disposition manifestement violée. La situation est en effet toute différente: le « beau-parent » est amené à jouer un rôle dans la vie de l'enfant que son partenaire a eu avec quelqu'un d'autre⁽⁸⁵⁾, alors que les personnes visées dans les arrêts ont contribué à souhaiter sa mise au monde.

L'on peut toutefois s'interroger sur le possible « effet domino » que pourraient avoir les arrêts commentés sur les dispositions applicables au « beau-parent ». L'un des éléments cardinaux du raisonnement de la Cour étant que l'enfant ne quitte pas sa famille d'origine mais voit un second lien « s'ajouter au premier »⁽⁸⁶⁾, l'intérêt

⁽⁸²⁾ Cfr *supra*, n° 23.

⁽⁸³⁾ Cfr notamment les différentes contributions de l'ouvrage *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la direction de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Larcier, 2013.

⁽⁸⁴⁾ Hormis si la gestation pour autrui avait lieu dans un pays qui ne considère pas la mère porteuse comme étant la mère légale de l'enfant (par exemple en Ukraine et en Inde — cfr not. G. WILLEMS et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui dans un contexte mondialisé? Quelques repères de droit comparé », in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la direction de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Larcier, 2013).

⁽⁸⁵⁾ Et l'on peut d'ailleurs s'interroger sur la pertinence d'inscrire cette relation dans un lien de filiation, cfr *infra*, note 94.

⁽⁸⁶⁾ La Cour prend appui dans les deux arrêts sur l'article 356, alinéa 2, du Code civil.

de l'enfant qui n'aurait qu'un seul lien de filiation⁽⁸⁷⁾ à l'établissement d'un second lien de filiation à l'égard de la personne qui se propose de l'adopter, lorsqu'un lien familial effectif existe, ne pourrait-il pas être reconnu également dans le cadre d'un autre type d'adoption intrafamiliale? La réponse à cette question dépend du poids qu'a placé la Cour dans la circonstance que l'enfant était, dans les deux arrêts commentés, conçu *ab initio* comme enfant du couple... Une brèche est en tout cas ouverte dans laquelle pourront s'engouffrer les questions préjudicielles!

Enfin, dans la mesure où les constats d'inconstitutionnalité ont révélé une lacune dans les dispositions en cause, applicables aux deux situations comparées ici, en ce qu'elles ne tiennent pas compte des spécificités de l'adoption homoparentale, ne pourrait-il pas y avoir une forme de «discrimination à rebours» au détriment des couples hétérosexuels dans lesquels une adoption est demandée si les couples de même sexe se voient, quant à eux, appliquer des dispositions plus favorables que ceux-ci?

On le voit, ces deux arrêts ouvrent des brèches peut-être insoupçonnées par la Cour...

III. L'ADOPTION «REVISITÉE», LA VOIE LA PLUS ADÉQUATE POUR CONSACRER UN DOUBLE LIEN DE FILIATION MONOSEXUÉ?

26. Les deux arrêts du 12 juillet 2012 invitent à réfléchir à la place qu'il convient de réserver à la femme qui a, aux côtés de sa partenaire ayant accouché d'un enfant (et dès lors automatiquement désignée comme la mère légale), participé à la venue au monde de cet enfant en portant avec elle le projet parental et a assumé, dès la naissance de celui-ci, ses soins et son éducation. Ils offrent l'occasion de s'interroger sur les modalités de la consécration juridique du lien de fait particulier qui unit l'enfant à cette femme qui n'est ni vraiment sa mère (puisque ce n'est pas elle qui a accouché de l'enfant) ni simplement la partenaire de celle-ci (et n'est donc pas sa «belle-mère»), mais avec qui existe une relation socio-affective parent-enfant, dénuée par hypothèse de tout fondement biologique⁽⁸⁸⁾. Dans quel registre place-t-on ce lien spécifique et sur quel mode est-il adéquat de l'établir?

27. Notre système juridique belge a fait le choix d'inscrire cette relation dans le domaine de la filiation, en ouvrant l'adoption aux couples de même sexe et, singulièrement, en rendant possible l'adoption de l'enfant du conjoint ou cohabitant

⁽⁸⁷⁾ L'enfant qui aurait deux liens de filiation établis perdrait en effet quant à lui l'un de ces deux liens à travers ce type d'adoption.

⁽⁸⁸⁾ La complexité de cette réalité humaine particulière explique la difficulté même de dénommer — en droit — cette personne qui sort des catégories classiques (cette difficulté de dénomination se retrouve dans toutes les nouvelles situations d'engendrement). L'appeler «co-mère» implique *a priori* qu'un second lien de filiation juridique est établi ou devrait être établi avec l'enfant, et n'est donc pas totalement satisfaisant... Voy. L. BRUNET et J. SOSSON, «L'engendrement à plusieurs en droit comparé: quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité», in *Parenté, filiation, origines: le droit et l'engendrement à plusieurs*, sous la direction de H. FULCHIRON et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, à paraître.

de même sexe. L'enfant qui naît dans une telle configuration familiale possède donc, pour autant que la partenaire de sa mère légale l'adopte, une double filiation monosexuée.

Le choix du registre de la filiation a pu être critiqué⁽⁸⁹⁾, dès lors qu'une figure juridique nouvelle aurait pu être convoquée, sous les traits d'une « parenté sociale »⁽⁹⁰⁾, pour conférer un statut à la femme qui élève l'enfant avec la mère légale. Le souci de protection juridique, de même que celui de reconnaissance symbolique, auraient en effet également pu être rencontrés en aménageant l'exercice d'une *parentalité*, c'est-à-dire l'exercice des responsabilités parentales à l'égard de l'enfant. Le recours à la *parenté* a par contre des conséquences bien plus profondes, dès lors que la parenté concerne l'identité de l'enfant, qui peut désormais être désigné comme « enfant de » deux femmes ou de deux hommes.

Quel que soit le regard porté sur cette solution⁽⁹¹⁾, il reste que c'est la voie qu'a retenue le législateur de 2006 — après que celui de 2003 l'ait expressément écartée — et la possibilité d'établir un double lien monosexué de filiation fait donc désormais partie de notre droit positif⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁹⁾ Voy. not. J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *op. cit.* ; J.-L. RENCHON, « Du nom de l'enfant lors de son adoption au sein d'un couple de même sexe ou d'une manière supplémentaire de gommer la différence des sexes dans l'identité d'un enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 11-32.

⁽⁹⁰⁾ *Cfr supra*, n° 1.

⁽⁹¹⁾ Et le débat qui agite actuellement la France indique combien il est difficile de penser la problématique...

⁽⁹²⁾ Sur ce point, la position qu'adopte la Cour constitutionnelle dans la motivation des deux arrêts commentés quant à la pertinence d'établir un double lien de filiation au regard de l'intérêt de l'enfant ne peut manquer de surprendre, dès lors qu'elle semble différente dans chacun des deux arrêts.

Dans l'arrêt n° 93/2012, elle se place résolument en faveur de la *coparenté* en affirmant que l'établissement d'un second lien de filiation relève du droit de l'enfant à la protection et au bien-être (B.8) et qu'il est dans son intérêt potentiel de bénéficier d'un double lien de filiation (B.14). Quant à l'argumentation du législateur reprise par la Cour (B.9, *cfr supra*, n° 5) selon laquelle l'objectif de protection des enfants déjà nés dans de telles configurations familiales requerrait l'instauration d'un double lien de filiation, il convient de mentionner que la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, à plusieurs reprises et récemment encore, que le refus d'établir un lien juridique de filiation adoptive n'était pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, les juges européens s'attachant moins à l'existence formelle d'un lien juridique de filiation adoptive qu'à la possibilité de mener effectivement une vie familiale (*cfr not. arrêt Chavdarov c. Bulgarie*, 21 novembre 2010 ; arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012 ; *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012) (pour une analyse critique d'un tel raisonnement, *cfr not. N. HERVIEU*, « L'adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, disponible via <http://revdh.org>). Une telle affirmation semble toutefois être mise en cause par le récent arrêt de Grande Chambre *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013 qui, cette fois sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8, conclut à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle contenue dans l'absence de possibilité pour la partenaire homosexuelle d'adopter l'enfant de sa compagne, alors qu'une telle adoption aurait été possible dans un couple hétérosexuel non marié.

Les choses sont beaucoup moins claires dans l'arrêt n° 94/2012, lorsque la Cour précise que les dispositions en cause empêchent de lier à la relation parent-enfant de fait des

28. Si l'on admet que c'est à l'intérieur du cadre de la filiation qu'il convient de penser les choses, c'est, *de lege lata*, la technique de l'adoption qui est « utilisée » pour créer le lien juridique entre l'enfant et la femme qui s'est engagée avec la mère légale dans le projet parental dont il est issu et qui l'élève depuis lors avec cette dernière⁽⁹³⁾. Dans la mesure où il s'agit d'établir un second lien de filiation, qui vient s'ajouter au premier, on mobilise plus précisément l'adoption plénière intrafamiliale, « adoption de l'enfant du conjoint ou cohabitant », qui a pour effet, comme le prévoit l'article 356-1, alinéa 3, du Code civil, que l'enfant ne cesse pas d'appartenir à la famille de ce conjoint ou cohabitant et que l'autorité parentale est exercée conjointement.

Ce mécanisme, également appelé « adoption par le beau-parent », est-il toutefois adapté à la situation envisagée ici ? Les réalités familiales sont assurément très différentes, dans la mesure où il s'agit, dans le premier cas, pour le nouveau conjoint ou cohabitant du parent légal, dans le contexte d'une recomposition familiale, d'adopter l'enfant que ce dernier a eu lors d'une précédente relation et de donner ainsi une dimension juridique à la place que joue ce nouveau compagnon ou cette nouvelle compagne dans la vie de cet enfant⁽⁹⁴⁾, alors qu'il s'agit, dans le second cas, de nouer avec l'enfant conçu *ab initio* comme l'enfant du couple, à la suite d'un projet parental commun, le lien juridique qui concrétise l'engagement pris par la partenaire de la mère dès sa conception.

On voit donc que l'on vient appliquer une institution et emprunter son régime juridique dans une situation de fait différente de celle pour laquelle cette technique est conçue (avec une inadéquation des conditions, comme les arrêts annotés l'ont montré) et qui se rapproche *a priori* davantage de la situation dans laquelle s'appliquent les règles de la filiation d'origine (mise au monde d'un enfant suite à un projet parental porté à deux).

29. Faut-il pour autant aller plus loin, et envisager, *de lege ferenda*, de créer une double filiation monosexuée d'origine, qui s'alignerait sur les règles d'établissement de la filiation « charnelle » ?⁽⁹⁵⁾

« effets consacrant juridiquement les engagements auxquels cette personne offre de souscrire à l'égard de cet enfant, *et ce tant que le législateur n'a pas prévu d'autres procédures* » (B.12.2, nous soulignons). Bien qu'il soit impossible d'affirmer avec certitude le sens qu'a voulu donner la Cour à ce membre de phrase, le fait que cette précision arrive juste après le rappel de son arrêt du 8 octobre 2003, qui invitait le législateur à prendre des dispositions en matière d'autorité parentale, combiné avec l'absence dans cet arrêt d'affirmations tenant à l'intérêt de l'enfant de voir consacrer un double lien de filiation, peut-il laisser penser que la Cour envisage ici l'instauration d'une *coparentalité* ? Si cette interprétation est correcte, une nette contradiction — assurément regrettable — apparaîtrait alors entre les deux arrêts rendus le même jour...

⁽⁹³⁾ Et l'on peut dès lors utiliser la dénomination de « co-mère » (*cfr supra*, note 88).

⁽⁹⁴⁾ Même si l'on peut s'interroger sur la pertinence de passer par la filiation pour reconnaître cette place et regretter qu'un système de « parentalité sociale » ne soit pas conçu pour « coller » plus justement à cette réalité familiale. *Cfr* L. BRUNET et J. SOSSON, *op. cit.*

⁽⁹⁵⁾ C'est une voie dans laquelle préconisent de s'engager plusieurs auteurs, selon lesquels l'engagement dans le projet parental devrait prolonger ses effets dans le droit en assurant l'établissement d'un lien de filiation qui soit d'origine et non pas établi *a poste-*

C'est un pas qu'ont franchi certains États, étendant ou reproduisant à l'identique les dispositions classiques de la filiation, ou procédant à quelques adaptations pour tenir compte des spécificités du projet parental porté par un couple de même sexe. La filiation peut ainsi être établie à l'égard de la «co-mère» par «présomption de co-maternité» (Québec), désignation automatique dans l'acte de naissance (Royaume-Uni, Norvège), reconnaissance lorsque le couple n'est pas marié (Québec, Royaume-Uni, Norvège) ou quel que soit le statut du couple (Suède), ou encore par déclaration de la conjointe de la mère dès avant la naissance (Espagne)⁽⁹⁶⁾.

C'est également en ce sens que s'orientent deux propositions de loi belges⁽⁹⁷⁾. La première⁽⁹⁸⁾, qui vise à transposer les dispositions relatives à la filiation paternelle à «l'établissement de la co-maternité lesbienne», distingue, «par analogie avec la distinction qui est faite pour les couples hétérosexuels», selon que le couple est marié (présomption de co-maternité) ou non marié (reconnaissance, dont le régime est identique à la reconnaissance paternelle et prévoit une action en autorisation de reconnaissance en cas de refus de consentement de la mère⁽⁹⁹⁾). La seconde⁽¹⁰⁰⁾ propose de convoquer une figure juridique inédite pour épouser les particularités de l'établissement d'un lien légal avec la co-mère: «l'acceptation de la co-maternité», dont le régime juridique serait en grande partie calqué sur celui de la reconnaissance, si ce n'est l'exigence d'une condition de stabilité du couple, quant à elle inspirée des dispositions relatives à l'adoption⁽¹⁰¹⁾.

30. Ces deux modes distincts d'établissement de la filiation — par adoption ou d'origine — correspondent en réalité à deux logiques très différentes⁽¹⁰²⁾, dont il convient de prendre la mesure si l'on veut tenter de déterminer le moyen

riori. Voy. not. P. BORGHIS, «Grondwettelijk Hof versoepelt adoptie door meemoeder», *Juristenkrant*, 12 septembre 2012, pp. 4-5; N. GALLUS, «L'avenir de la parenté monosexuée», note sous Mons, 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 4 et s.

⁽⁹⁶⁾ Pour une étude approfondie de ces différentes techniques en droit comparé, voy. S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE, A. MOLIÈRE et S. TÊTARD, «Le statut juridique du co-parent de même sexe: aperçu de droit comparé», in *Parenté, filiation, origines: le droit et l'engendrement à plusieurs*, sous la direction de H. FULCHIRON et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, à paraître.

⁽⁹⁷⁾ Pour une présentation détaillée de ces propositions, voy. *ibidem*.

⁽⁹⁸⁾ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue de régler l'établissement de la co-maternité lesbienne (déposée le 27 octobre 2010 par M. Guy Swennen), *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-399/1.

⁽⁹⁹⁾ Il est intéressant de noter qu'à défaut de lien biologique possible entre l'enfant et la candidate à la reconnaissance, la proposition prévoit que le juge statuerait, pour accueillir ou rejeter la demande, en fonction de l'existence ou non d'un «accord» attestant d'un projet parental commun.

⁽¹⁰⁰⁾ Proposition de loi modifiant le Code civil en vue de permettre l'acceptation de la co-maternité chez les femmes homosexuelles (déposée le 9 septembre 2010 par M^{me} Nele Lijnen et M. Guido De Padt), *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2010, n° 5-71/1.

⁽¹⁰¹⁾ Il s'agit de la condition prévue à l'article 343, b), du Code civil, relative au statut du couple (marié, cohabitant légal ou cohabitant de fait depuis au moins trois ans), dont on n'aperçoit pas bien la pertinence dans le modèle d'établissement de la filiation proposé, et qui a du reste entre-temps été déclarée inconstitutionnelle dans la situation qui nous occupe par le second arrêt annoté.

⁽¹⁰²⁾ *Cfr* L. BRUNET et J. SOSSON, *op. cit.*

le plus adéquat de relier juridiquement l'enfant à la «co-mère». La première, que l'on pourrait appeler la logique «complétive», préserve, ou en tout cas n'efface pas d'emblée, la réalité de la conception, nécessairement issue de la rencontre de gamètes de sexes différents, et assume le caractère fictif du rattachement de l'enfant au «co-parent» en recourant à l'adoption, qui crée judiciairement un lien de filiation entre l'enfant et la personne qui s'est investie dans le projet parental au terme duquel il a vu le jour mais qui n'est pas reliée à lui autrement que par cet acte de volonté. Dans la seconde logique, qui peut être qualifiée de «déclarative», la filiation découle directement du projet parental; elle est reconnue *ab initio* et sans contrôle judiciaire, par application de règles alignées sur celles de la filiation charnelle. L'on est en somme ici dans une «fiction» bien plus poussée que dans l'adoption puisqu'il s'agit de «faire comme si» l'enfant était issu de deux femmes, alors qu'une assimilation à l'engendrement hétérosexuel est pourtant impossible.

31. Dès lors qu'il s'agit de prendre en considération tous les aspects de la problématique, dont le fait que le couple, quelque légitime que soit son désir d'enfant et son souci d'établir rapidement un lien de filiation à l'égard des deux auteurs du projet parental, ne peut aucunement concevoir un enfant sans recourir à des forces génétiques masculines extérieures, la logique complétive nous paraît *a priori* mieux correspondre à la réalité complexe de la venue au monde d'un enfant dans le cadre d'un projet parental porté par deux femmes. Ce système présente, à la différence de la logique déclarative, l'avantage de ne pas occulter mais de traduire et respecter l'histoire de la conception de l'enfant.

Deux liens de nature différente s'établissent ainsi avec les deux mères: un lien de filiation d'origine pour la femme qui a porté et mis au monde l'enfant et un lien établi à la suite d'une adoption pour la femme qui a contribué à la naissance de l'enfant en construisant avec la mère légale le projet parental (et qui voit donc s'établir un lien de filiation, reconnaissant son rôle dans l'«origine» de l'enfant) mais qui n'a pu participer, non pas en raison d'une stérilité accidentelle mais d'une infertilité structurelle, à sa conception.

Ce modèle de la filiation complétive ainsi promu à travers l'adoption a le mérite, quant à lui, de ne pas masquer l'intervention d'un tiers donneur à l'engendrement, tout en permettant le rattachement juridique définitif de l'enfant à ses seuls parents d'intention de même sexe. Il ne nie pas ce qui a été ou plus exactement ce qui n'a pas été (l'enfant n'a pas été conçu par deux femmes). Ainsi, l'existence, d'une part, d'un lien de filiation «charnelle» entre l'enfant et la femme qui l'a mis au monde, et d'autre part, d'un lien de filiation adoptive avec sa compagne ou conjointe ne porte pas préjudice à l'enfant si (et seulement si) les effets juridiques des deux liens sont totalement identiques, tout en n'occultant pas la réalité d'un non-engendrement par les seules auteurs du projet parental. Certes, l'adoption est une fiction, mais une fiction assumée par le droit qui donne effet, par jugement, à un acte de volonté privée. La volonté (qui s'exprime dans le projet parental) n'est pas toute-puissante à créer la filiation; elle se conjugue pour ce faire avec une forme de contrôle social à travers l'appréciation judiciaire de l'intérêt de l'enfant. Ce contrôle est-il inacceptable? On peut penser que, dès lors qu'une société est sollicitée pour réaliser ce que la nature

seule ne permet pas, il n'est pas illégitime que ce soit cette société (et non uniquement les parents) qui apprécie si l'intérêt de l'enfant est respecté⁽¹⁰³⁾.

Le système proposé n'est toutefois convaincant que si les conditions de l'adoption sont adaptées pour tenir compte de la spécificité du recours à cette technique dans le cadre d'un projet parental.

32. Il conviendrait dès lors, selon nous, *de lege ferenda*, de «revisiter» les conditions de l'adoption — c'est la voie qu'a ouverte la Cour constitutionnelle dans les deux arrêts commentés! — et d'en faire une catégorie à part d'adoption intrafamiliale (le point de distinction étant l'existence d'un projet parental commun au sein d'un couple de même sexe).

Quelles conditions conviendrait-il d'aménager en ce sens?

Il conviendrait à tout le moins de tenir compte des deux constats d'inconstitutionnalité et de prévoir la possibilité pour le juge d'apprécier le caractère abusif du refus de consentement de la mère en se fondant sur l'intérêt de l'enfant, ainsi que la possibilité de prononcer une adoption même si les parties ne cohabitent plus.

On pourrait même aller plus loin et revoir la condition de durée de la vie commune ou du statut du couple: dans la mesure où l'enfant n'est pas ici amené à «vivre un déracinement», l'engagement dans un projet parental devrait peut-être pouvoir suffire à remplacer le critère de stabilité du couple⁽¹⁰⁴⁾.

Une autre condition qui mériterait d'être supprimée est celle du délai de deux mois en-deçà duquel la mère ne peut consentir à l'adoption. Il apparaît en effet que, si un «délai de rétractation» se justifie pleinement dans le cas où une mère donne son enfant en adoption, il n'a pas le même sens ni la même utilité lorsqu'il ne s'agit pas pour la mère de décider ou non de ne plus être mère mais de laisser une seconde femme le devenir aussi. L'adoption pourrait ainsi être prononcée plus rapidement et l'on éviterait qu'une trop longue durée s'écoule entre la naissance et le jugement.

Peut-être pourrait-on même aller jusqu'à autoriser l'adoption par anticipation de l'enfant à naître, comme le prévoit le droit danois (l'adoption devenant alors effective à la naissance), ou, à tout le moins, jusqu'à prévoir la possibilité d'introduire la demande d'adoption avant la naissance? Même si le jugement d'adoption ne serait prononcé qu'après l'adoption, l'on pourrait envisager qu'il rétroagisse, comme le propose le système juridique hollandais, de sorte que l'adoptante serait également la mère de l'enfant depuis sa naissance.

33. Si le droit de l'adoption est ainsi émondé des conditions qui ne sont pas «adéquates», si le carcan est ainsi «détricoté», ce qui reste principalement est l'emprunt des traits de la technique et, partant, l'endossement du caractère fictif du rattachement de l'enfant à la co-mère. Critiquera-t-on alors l'utilisation d'une

⁽¹⁰³⁾ Dans le même sens, y compris pour l'établissement d'un double lien de filiation après gestation pour autrui, *cfr* L. BRUNET et J. SOSSON, *op. cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ *Cfr supra*, note 79.

«adoption à tout faire»⁽¹⁰⁵⁾? Mais pourquoi ne pas recourir à une institution juridique connue en l'adaptant si elle correspond à une logique de respect d'une forme de réalité?

L'adoption est venue en 2006 servir d'outil pour créer un double lien juridique de filiation monosexuée mais il n'a pas été taillé sur mesure pour s'ajuster à cette nouvelle situation. Les deux arrêts commentés nous montrent que, pour la Cour constitutionnelle, il devrait l'être.

Reste à savoir si le législateur remettra l'ouvrage sur le métier ou si d'autres questions préjudicielles s'engageront à la suite de ces deux arrêts sur la voie ainsi tracée vers la Place Royale...

Sylvie CAP

*Assistante au Centre de droit de la personne,
de la famille et de son patrimoine de l'Université catholique de Louvain*

et

Jehanne SOSSON

*Professeur aux Facultés de droit de l'Université catholique de Louvain
et de l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au Barreau de Bruxelles*

⁽¹⁰⁵⁾ Pour reprendre l'expression utilisée dans un autre cadre par J. HAUSER, «L'adoption à tout faire», *Revue Dalloz*, n° 30, 17 septembre 1987, pp. 205-208.