

L'adoption de l'enfant par l'ancien partenaire : un miroir aux alouettes ?

par Laura COHEN

Assistante en droit de la famille à l'UCLouvain

*Membre du Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine
Avocate au Barreau de Bruxelles*

INTRODUCTION

1. Le droit de l'adoption a été partiellement détricoté au gré des interventions de la Cour constitutionnelle saisie par voie préjudicielle¹.

Soucieux de remédier aux constats d'inconstitutionnalité dressés par la Cour, le législateur a adopté la loi du 20 février 2017 modifiant le Code civil, en ce qui concerne l'adoption².

Si l'objectif assumé du législateur était au prime abord noble, à savoir tirer enseignement des arrêts de la Cour en corrigeant ou remaniant les dispositions mises en cause, force est néanmoins de constater que la réforme réalisée fut imparfaite.

Dans la présente contribution, nous nous circonscrivons à l'examen du volet de la réforme consacrant le droit, dans le chef de l'ancien partenaire, d'adopter l'enfant du parent d'origine.

À l'image de la réforme plus générale opérée par la loi du 20 février 2017 précitée, nous constaterons que la consécration de ce droit est certes louable mais quelque peu boiteuse.

2. Dans un premier temps, nous traiterons brièvement de l'état de la problématique antérieurement à la réforme, et ce en dressant l'état du droit de l'adoption tel qu'il existait alors et l'enseignement des arrêts de la Cour constitutionnelle à l'origine de l'intervention législative ouvrant le droit d'adopter dans le chef de l'ex-conjoint ou ex-cohabitant (légal ou de fait) (I).

Dans un deuxième temps, nous nous concentrerons sur la définition que dresse la loi de l'ancien partenaire et qui n'est pas exempte de toute critique (II).

¹ Voy. *infra*, point I, A pour les développements y relatifs.

² Loi du 20 février 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne l'adoption, *Mon.*, 22 mars 2017, p. 38630. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2017.

Dans un troisième temps, nous examinerons les conditions présidant à l'adoption de l'enfant par l'ancien partenaire du parent en nous attardant sur les configurations familiales qu'entendait viser le législateur (III).

Dans un quatrième et dernier temps, il conviendra d'analyser l'impact du refus de consentement opposé par le parent d'origine à la demande en adoption formulée par son ancien partenaire (IV).

I. — UNE BRÈVE SYNTHÈSE DES PRÉMICES DE LA RÉFORME

A. — La censure de la Cour constitutionnelle

3. L'ancien article 353-9 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.

Plus généralement, cet article imposait 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 »³.

4. 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.

À chaque fois, la Cour sanctionne 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, d'une part, au sein du couple homosexuel⁴ et, d'autre part, au sein du couple hété-

³ Ancien art. 343, § 1^{er}, C. civ.

⁴ C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012.

Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. not. P. BORGHIS, « 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 », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (coord.), *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.*, 1/2013, pp. 177-203 ; S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *Ann. dr. Louvain*, 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 », in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 103-126 ; N. GALLUS, « Partie VI – Adoption (droit interne) », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2018,

rosexuel⁵, lorsqu'elle constate l'existence d'une relation familiale effective entre le candidat adoptant et l'enfant.

Les raisonnements de la Cour sont symétriques dans les deux cas, à défaut d'antécédents factuels parfaitement transposables⁶.

En amorce de son raisonnement, elle considère que cette 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, 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 »⁷.

Ce faisant, la Cour conclut au constat d'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.

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.

⁵ C. const., arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015 (première espèce, rôle n° 5894).

Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voy. not. N. GALLUS, « Chronique de législation en droit privé (1^{er} janvier – 30 juin 2015) », *J.T.*, 2015, p. 737 ; N. GALLUS, « Cour constitutionnelle et adoption », *op. cit.*, pp. 103-126.

⁶ Pour davantage de développements sur le contexte factuel des deux arrêts, voy. 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. 97 et s.

⁷ C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012, point B.12.3 et C. const., arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015 (première espèce, rôle n° 5894), point B.9.2.

5. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer à deux reprises, par voie préjudicielle toujours, sur la constitutionnalité de l'article 348-11 du Code civil⁸.

D'après cette disposition, le tribunal ne pouvait passer outre le refus de consentement opposé par le parent d'origine quant à l'adoption de son enfant que dans la stricte hypothèse où il était soit démontré que le parent s'était désintéressé de l'enfant soit qu'il en avait compromis la santé, la sécurité ou la moralité.

En l'occurrence, un couple de femmes marié avait recouru à une procréation médicalement assistée. Le lien de filiation avait été établi à l'égard de la femme ayant donné naissance à l'enfant tandis que l'épouse de la mère avait entamé les démarches en vue d'adopter l'enfant. Or, le couple s'était séparé et avait entamé une procédure en divorce alors que ces démarches étaient toujours pendantes. La mère de l'enfant avait par la suite opposé son refus de consentir à l'adoption en arguant que celle-ci ne répondait pas à l'intérêt de l'enfant compte tenu de la séparation des parties.

La Cour juge que la disposition érigeant le refus de consentement en fin de non-recevoir absolue – sous réserve des deux exceptions énoncées ci-avant de désintérêt ou de mise en péril de l'enfant – sans laisser au juge la moindre possibilité de prendre en compte l'intérêt de l'enfant « pour apprécier, le cas échéant, le caractère abusif du refus de ce consentement, n'est pas raisonnablement justifiée »⁹.

Ce faisant, la Cour conclut au constat d'inconstitutionnalité de la disposition mise en cause.

B. — La réforme législative

6. Le législateur a entendu tirer enseignement des arrêts précités de la Cour constitutionnelle.

Trois volets du droit de l'adoption ont ainsi été révisés par la loi du 20 septembre 2017 dans le prolongement des constats d'inconstitutionnalité ci-avant examinés.

Premièrement, la définition de l'adoptant énoncée à l'article 343, paragraphe 1^{er}, a été complétée en vue d'y inclure « l'ancien partenaire » (voy. *infra*).

⁸ Pour davantage de développements sur le contexte factuel des deux arrêts, voy. L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », *op. cit.*, pp. 106 et s.

⁹ C. const., arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012, point B.14 et C. const., arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015 (seconde espèce, rôle n° 6021), points B.17 à B.25.

Deuxièmement, l'exigence de communauté de vie entre le parent et le candidat adoptant-cohabitant de fait au jour de l'introduction de la demande en adoption a été purement et simplement supprimée du texte légal (voy. *infra*).

Troisièmement, le refus du consentement à l'adoption opposé par le parent d'origine permet désormais au juge de s'atteler à une vérification du caractère abusif de ce refus à l'aune de l'intérêt de l'enfant (voy. *infra*).

7. Si la loi du 20 septembre 2017 a donc ouvert dans le chef de l'ancien partenaire du parent le droit d'adopter l'enfant, les développements de la présente contribution révéleront que l'exercice de ce droit est un chemin semé d'embûches...

Les difficultés et obstacles auxquels l'ancien partenaire se heurtera dans sa démarche en vue d'adopter l'enfant commencent d'ores et déjà par la définition même de son statut, comme le point suivant tend à l'illustrer.

II. — LA DÉFINITION DE « L'ANCIEN PARTENAIRE »

8. Il est désormais inclus dans l'article 343, paragraphe 1^{er}, b/1, du Code civil une définition de « l'ancien partenaire » qui ne vaut, en tout état de cause, que pour le régime spécifique de l'adoption¹⁰.

D'après la lettre de cette disposition, il faut entendre par « ancien partenaire » :
— soit l'ancien époux ;
— soit l'ancien cohabitant légal pour autant qu'il ne soit pas uni au parent de l'enfant par un lien de parenté entraînant entre eux une prohibition de mariage dont ils ne peuvent être dispensés par le tribunal de la famille ;
— soit « 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 par le tribunal de la famille ».

L'ancien partenaire est dès lors compris dans le sens de celui qui a été marié avec le parent de l'enfant (et dont le divorce est coulé en force de chose jugée), ou qui a été lié par une cohabitation légale avec le parent de l'enfant (dont la cohabitation légale a fait l'objet d'une cessation) voire encore

¹⁰ Il convient de préciser que cette nouvelle inclusion s'accompagne corollairement de la complétion et l'adaptation de plusieurs dispositions du Code civil relatives à l'adoption afin d'y inclure l'ancien partenaire, au même rang que le conjoint et le cohabitant. Dès lors, les art. 345, al. 2, 346-2, al. 3, 1^{er}, 347-2, 353-2, § 1^{er}, 353-9, al. 1^{er}, 353-14, al. 4, 353-18, 356-1, al. 3, 356-2, al. 3 et 356-3, al. 2 du Code civil sont complétés en conséquence.

celui qui a été cohabitant de fait avec le parent de l'enfant (pour autant que la cohabitation de fait ait duré au moins trois ans).

9. C'est probablement la définition de cette dernière catégorie d'ancien partenaire qui prête le plus le flanc à la critique.

Hors mariage ou cohabitation légale, seule la personne ayant entretenu une cohabitation de fait de minimum trois ans avec le parent de l'enfant est donc en droit, après la rupture, de solliciter l'adoption de ce dernier.

A contrario, l'ex-cohabitant de fait qui aurait vécu avec le parent de l'enfant moins de trois ans ne serait pas considéré comme un « ancien partenaire » et se verrait, dès lors, dénié le droit de solliciter l'adoption.

10. L'exigence que le cohabitant de fait ait partagé avec le parent une relation permanente et affective d'au moins trois ans n'est pas sans rappeler l'ancienne mouture de l'article 343, paragraphe 1^{er}, qui imposait qu'au stade de l'introduction de la demande en adoption, le candidat adoptant-cohabitant de fait entretienne avec le parent une relation permanente et affective depuis au moins trois ans.

On se rappellera que la durée de la vie commune entre les cohabitants de fait avait été perçue par la Cour constitutionnelle comme un indice de stabilité permettant d'offrir à l'enfant un environnement confortable et rassurant, ce qui rendait justifiable l'objectif d'exigence de communauté de vie imposée par le législateur.

Plus fondamentalement, la Cour avait jugé que « bien que la circonstance que le candidat adoptant et le parent légal cohabitent depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption n'offre pas de certitude qu'ils formeront tous deux à l'avenir une “famille, au sens commun du terme”, le législateur a pu estimer que la durée d'une relation constitue un indice de sa stabilité »¹¹.

Et de rajouter que « dans ce sens, il est pertinent de fixer des conditions en matière de durée de la relation pour les personnes qui n'ont pas consacré juridiquement leurs engagements mutuels dans un mariage ou une déclaration de cohabitation légale »¹².

Ce raisonnement est transposable à l'ancien partenaire-cohabitant de fait dans la mesure où l'on ne saurait raisonnablement concevoir qu'une personne arrivée depuis un laps de temps très court dans la vie de l'enfant par l'intermédiaire de sa relation de couple avec le parent soit en mesure de se prévaloir

¹¹ C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012, point B.8.

¹² *Ibid.*

d'une relation permanente et durable avec l'enfant, condition parmi d'autres présidant à la demande en adoption (voy. *infra*).

Lorsque le couple n'a pas décidé de couler son engagement et son investissement conjugal dans les formes prévues et réglées par la loi, en l'occurrence le mariage ou la cohabitation légale, il revient au législateur de fixer un garde-fou pour « éviter qu'un enfant soit adopté à la légère par une personne n'offrant pas suffisamment de garanties pour l'établissement d'une relation parent-enfant durable »¹³.

Ce dernier échelon du raisonnement ne nous semble pas parfaitement transposable à l'exigence nouvellement posée par le législateur dans le chef de l'ancien partenaire-cohabitant de fait qui est d'avoir vécu une relation d'au moins trois ans avec le parent, exigence qui ne nous paraît, du reste, pas totalement justifiée.

En effet, le législateur semble opérer un amalgame entre, d'une part, la relation de couple nouée entre le parent et le candidat adoptant et, d'autre part, la relation entre le candidat adoptant et l'enfant. Or, la circonstance que le candidat adoptant, ex-cohabitant de fait, ait entretenu une relation pendant au moins trois ans avec le parent de l'enfant ne nous paraît pas être de nature à fournir de garanties suffisantes de durabilité de la relation entre le candidat adoptant et l'enfant.

Pour illustrer nos propos, envisageons un couple de cohabitants de fait ayant vécu une relation de couple pendant quatre ans. L'un des partenaires a donné naissance à l'enfant à la troisième année de vie commune (première condition présidant à l'adoption par l'ancien partenaire remplie puisque l'enfant doit être né durant la relation de couple, voy. *infra*), sans que l'autre ne le reconnaisse (deuxième condition présidant à l'adoption par l'ancien partenaire remplie puisque l'enfant ne doit avoir qu'un seul lien de filiation, voy. *infra*).

Le cohabitant de fait, non parent légal, n'est dès lors amené à côtoyer l'enfant que durant la dernière année de relation du couple. Or, ce faisant, l'on est en droit de se demander si cette seule année aura suffi au candidat adoptant à créer, avec l'enfant, une relation durable tant affective que matérielle (troisième et dernière condition présidant à l'adoption par l'ancien partenaire, voy. *infra*). La circonstance que le couple ait vécu ensemble pendant au moins trois années n'est pas indicatrice du lien noué entre l'ancien partenaire et l'enfant, lequel pourrait, le cas échéant, être arrivé tard dans la vie du couple, sans permettre ainsi la création d'une relation durable.

Une telle hypothèse démontre que la circonstance que le couple ait bien entretenu une vie commune pendant au moins trois ans n'est pas de nature

¹³ *Ibid.*

à fournir de garanties suffisantes de durabilité de la relation entre l'ancien cohabitant de fait et l'enfant.

En d'autres termes, il nous semble qu'aussi louable soit-elle la raison pour laquelle le législateur, sous l'impulsion du juge constitutionnel, a érigé l'exigence d'une vie commune de trois ans en cas de demande en adoption introduite par l'ancien cohabitant de fait – à savoir garantir la durabilité de la relation candidat adoptant-enfant – ne résiste pas à l'analyse.

III. — LE DROIT À L'ADOPTION DANS LE CHEF DE L'ANCIEN PARTENAIRE : UN CHAMP D'APPLICATION LIMITÉ

A. — Les conditions présidant à l'adoption de l'enfant par l'ancien partenaire

11. L'article 344-3 du Code civil énonce les trois conditions cumulatives auxquelles l'adoption de l'enfant par l'ancien partenaire peut être sollicitée et dont l'analyse ressortit selon nous de la recevabilité de la demande.

12. Premièrement, l'enfant doit être né ou avoir été adopté pendant la vie commune entre le parent légal et le candidat adoptant.

Les travaux préparatoires indiquent que ces termes visent les hypothèses suivantes :

- la « naissance de l'enfant pendant la vie commune »¹⁴ ;
- la « naissance de l'enfant abandonné par sa mère biologique et adoption par sa mère adoptive pendant la cohabitation »¹⁵ ;
- la « naissance de l'enfant avant la vie commune, mais adopté par un des partenaires pendant la vie commune »¹⁶.

Cette première condition, avant même d'envisager sa combinaison avec les deux autres, est d'ores et déjà de nature à restreindre les hypothèses dans lesquelles une personne serait habilitée à solliciter l'adoption de l'enfant de son ex-conjoint ou ex-cohabitant.

Les trois configurations visées par les travaux préparatoires sont en effet vouées à se présenter dans des circonstances très limitées en raison de leur spécificité (voy. *infra*).

¹⁴ Proposition de loi modifiant l'article 348-11 du Code civil, en ce qui concerne le refus de consentement de la mère ou du père à l'adoption, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-1152/005, p. 7.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

13. Deuxièmement, l'enfant ne doit avoir qu'un seul lien de filiation.

Cette exigence implique, tout d'abord, que le couple ne soit pas marié au moment de la naissance pour éviter que le second lien de filiation ne soit créé à l'égard du mari de la mère par la présomption de paternité sur pied de l'article 315 du Code civil pour un couple hétérosexuel ou de l'épouse de la mère par la présomption de comaternité sur pied de l'article 325/2 du même Code pour un couple lesbien.

Cette exclusion du mariage est, du reste, clairement attestée par les travaux préparatoires ¹⁷.

Elle implique ensuite, le couple n'étant pas marié, que le partenaire du parent n'ait pas reconnu l'enfant sur la base de l'article 329*bis* du Code civil pour éviter la création d'un second lien de filiation.

À vrai dire, les travaux préparatoires visent la situation d'un enfant de « père biologique inconnu, [sans] père légal » ¹⁸.

Cette deuxième condition n'est pas exempte de toute critique. L'exigence d'un seul lien de filiation risque de réduire encore les situations où l'ancien partenaire pourra exercer son droit à l'adoption, à l'instar de la première condition, qui exige que l'établissement du lien de filiation avec l'ancien partenaire du candidat à l'adoption ait eu lieu pendant la vie commune.

Reste que l'on arrive difficilement à justifier le bien-fondé de cette exigence au regard des principes et conditions régissant l'adoption à titre plus général puisque, hors l'hypothèse examinée dans ces lignes, l'existence de deux liens de filiation dans le chef de l'enfant n'est pas de nature à empêcher une adoption.

Encore veillera-t-on à nuancer cette critique puisqu'à suivre les travaux préparatoires, cette condition serait justifiée par la finalité de mise en conformité de la loi avec les deux constats d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle (voy. *supra*) dont le contexte factuel soumis à l'appréciation de la Cour était précisément caractérisé par la circonstance que l'enfant n'avait qu'un seul lien de filiation.

14. Troisièmement, le candidat adoptant doit entretenir avec cet enfant une relation de fait durable sur le plan tant affectif que matériel.

Il doit donc exister une relation de parentalité entre l'ancien partenaire et l'enfant dont il sollicite l'adoption.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

Si l'on comprend aisément la réalité couverte par le lien « affectif » auquel fait référence la disposition, le caractère « matériel » que doit revêtir ce lien nous laisse davantage perplexe. Il nous semble que cette formulation vise à s'assurer que le candidat adoptant pourvoit, d'ores et déjà durant la vie commune, aux besoins de l'enfant sur le plan alimentaire et que l'enfant ne manque, par conséquent, matériellement de rien.

Il est cependant regrettable que les travaux préparatoires soient muets sur ce point.

B. — Réflexions sur la configuration familiale visée

15. La combinaison de ces conditions semble drastiquement limiter les configurations familiales dans lesquelles un ancien partenaire serait habilité à solliciter l'adoption de l'enfant de son ex-conjoint ou cohabitant (légal ou de fait).

Les travaux préparatoires ne s'en cachent d'ailleurs pas puisqu'ils soulignent d'emblée que « le nombre de cas relevant du champ d'application de la proposition de loi serait cependant très limité »¹⁹, ce qui nous amène incidemment à nous demander s'il participait alors d'une volonté délibérée du législateur de réduire le champ d'application de cette disposition....

16. Toujours est-il qu'au prime abord, il semblerait légitime de penser que l'ancien partenaire le plus à même de solliciter l'adoption est celui qui revêt, à l'égard de l'enfant, le statut de beau-parent.

Dans le langage juridique commun, le beau-parent peut être défini comme la personne amenée à jouer un rôle de référent parental dans la vie de l'enfant que son partenaire retient d'une relation antérieure. Il peut plus précisément encore être défini comme « la personne amenée à cohabiter avec l'enfant et son parent biologique à la suite d'une recomposition familiale – après le décès d'un parent ou une séparation »²⁰.

17. Or, partant de ce postulat, il appert que les deux premières conditions précitées de l'article 344-3 font échec à la possibilité pour le beau-parent (au sens de cette définition) de solliciter l'adoption de l'enfant de son ex-conjoint ou ex-cohabitant après la rupture.

Tout d'abord, si l'on s'en tient à la définition du beau-parent, l'enfant doit, en effet, généralement être né avant que le beau-parent n'entame une vie

¹⁹ *Ibid.*, p. 6.

²⁰ M. BEAGUE, S. FERRIÉ, J. HOUSIER et M. SAULIER, « 2. Beau-parent/co-parent », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (coord.), *Parenté, Filiation, Origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 72.

commune avec le parent dudit enfant puisque ce n'est qu'à la suite d'une reconstitution familiale qu'il entre dans la vie de l'enfant par le biais de la relation de couple entamée avec le parent de ce dernier.

Ce constat emporte pour conséquence que la première condition présidant à l'adoption par l'ancien partenaire, qui impose que l'enfant soit né pendant la vie commune, ne se trouve pas remplie.

Ensuite, lorsque le beau-parent entre dans la vie de l'enfant, ce dernier bénéficie, dans la plupart des cas, d'ores et déjà d'un double lien juridique, avec pour conséquence que la deuxième condition ferait également défaut étant donné qu'il n'aurait alors pas qu'un seul lien de filiation.

Le beau-parent qui aurait noué avec l'enfant une relation socio-affective forte pendant la vie commune menée avec le parent et souhaiterait adopter cet enfant après la rupture du couple n'apparaît donc pas comme la figure juridique visée par le législateur car manifestement non-couverte par l'article 344-3.

En énonçant ces trois conditions restrictives, est-ce délibérément que le législateur a souhaité écarter des débats la figure du beau-parent ou avait-il à l'esprit une configuration familiale spécifique ?

Les travaux préparatoires, bien loin de nous éclairer sur la volonté du législateur, créent davantage de confusion.

Ils font, en effet, expressément et textuellement, référence au « beau-parent » et semblent utiliser ce terme analogiquement à celui d'ancien partenaire adoptant²¹.

Or, comme nous l'avons vu ci-avant, la figure du beau-parent ne pourrait être celle visée par le législateur car elle échoue généralement à remplir les deux premières conditions de l'article 344-3...

Le beau-parent écarté du champ d'application de cette disposition, est-ce donc à dire que cette dernière serait « un coup d'épée dans l'eau » tant les configurations familiales susceptibles d'entrer dans son champ d'application sont réduites à peau de chagrin par la rigidité de ses conditions ?

18. Il semble en tout état de cause devoir être inféré de ces conditions que le législateur ouvre le droit d'adopter l'enfant de son ex-conjoint ou ex-cohabitant tout à la fois :

— à la personne qui a assisté ou contribué largement à la mise au monde de l'enfant (puisque la première condition exige que l'enfant soit né ou adopté pendant la vie commune) ;

²¹ Proposition de loi modifiant l'article 348-11 du Code civil, en ce qui concerne le refus de consentement de la mère ou du père à l'adoption, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-1152/006, p. 6.

- sans pour autant qu'un lien de filiation n'ait été créé entre elle et l'enfant puisque la deuxième condition impose l'existence d'un seul lien de filiation, ce qui implique non seulement qu'elle ne soit pas mariée (au moment de la naissance) au parent de l'enfant pour éviter que la présomption de paternité ou de comaternité ne joue mais également, n'étant pas mariée, qu'elle n'ait pas reconnu l'enfant ;
- et pour autant qu'elle ait pu créer durant la vie commune un lien fort avec l'enfant puisque la troisième condition impose qu'elle entretienne avec ce dernier une relation affective durable au niveau tant affectif que matériel.

C. — Un éventuel constat d'inconstitutionnalité à l'horizon ?

19. Si la réforme législative ouvrant le droit d'adopter à l'ancien partenaire intervient consécutivement à une censure de la Cour constitutionnelle, il est piquant de relever qu'assez paradoxalement, la nouvelle mouture de l'article 344-3 n'est elle-même pas à l'abri d'un constat d'inconstitutionnalité²²...

La Cour constitutionnelle a en effet été récemment saisie de trois questions préjudicielles soumises par le tribunal d'Eupen s'interrogeant sur la conformité de l'article 344-3 avec les principes d'égalité et de non-discrimination ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale.

La Cour est notamment invitée à se prononcer sur la constitutionnalité des deux premières conditions de la disposition litigieuse²³.

²² N. GALLUS, « “Pot-pourri” de réformes récentes », in D. PIRE (dir.), *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, CUP, vol. 180, Liège, Anthemis, 2018, pp. 13-14 ; P. SENAËVE, « Deel I. De wet van 20 februari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, betreffende de adoptie », in P. SENAËVE et F. VERSCHOLDEN (dir.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht 2017. Adoptie, pleegzorg, EOT, familieprocesrecht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2017, p. 16.

²³ Les questions préjudicielles sont plus précisément les suivantes :

« 1. L'article 344-3, 1^o, 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^o, 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

Tout d'abord, si la première condition s'expose hypothétiquement à la censure du juge constitutionnel, c'est parce qu'elle laisse augurer une différence de traitement entre le candidat adoptant qui entretient une relation de parentalité avec l'enfant de son ancien partenaire né ou adopté *pendant* le mariage, la cohabitation légale ou la cohabitation de fait et le candidat adoptant qui entretient cette même relation de parentalité avec l'enfant de son ancien partenaire né ou adopté *avant le début* du mariage, de la cohabitation légale ou de la cohabitation de fait.

Il apparaît légitime de se demander ce qui justifie, par exemple, qu'un homme qui a été marié ne puisse adopter, après le divorce, l'enfant de son ex-femme né avant la rencontre des parties alors même qu'il a côtoyé l'enfant, le cas échéant depuis sa plus petite enfance, et qu'il a créé avec lui une relation de fait durable au niveau tant affectif que matériel.

Par conséquent, il n'est pas surprenant qu'une question préjudicielle ait été posée à la Cour constitutionnelle quant au caractère éventuellement discriminatoire de cette disposition. Reste à attendre la réponse de la Cour qui ne s'est pas encore prononcée au jour de la rédaction des présentes lignes. Toujours est-il qu'à notre estime, il est probable que la Cour réponde par l'affirmative avec un énième constat d'inconstitutionnalité en matière d'adoption à la clé.

Si la première condition de l'article 344-3 ayant fait l'objet d'une question préjudicielle est exposée à la censure de la Cour, force est de constater que la deuxième condition l'est également.

La légitimité et les limites de l'exigence d'un lien de filiation unique ont d'ores et déjà été questionnées dans ces lignes (voy. *supra*), de telle sorte qu'il ne serait, là encore, pas étonnant que la Cour conclut à un constat d'inconstitutionnalité.

IV. — LE REFUS DE CONSENTEMENT DU PARENT À L'ADOPTION PAR L'ANCIEN PARTENAIRE

20. L'article 348-3 du Code civil dispose que le tribunal doit recueillir le consentement du parent d'origine à l'adoption de son enfant.

Cette disposition a fait l'objet d'une modification par la loi du 20 février 2017 précitée ensuite de deux constats d'inconstitutionnalité (voy. *supra*).

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 ? ».

Elles sont consultables à l'adresse suivante : http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&caller=summary&pub_date=20-02-21&numac=2020200907.

Sans pouvoir l'affirmer péremptoirement, il nous semble que cet article est davantage amené à être mobilisé dans le cadre d'une demande en adoption formulée par l'ancien partenaire du parent eu égard au contexte particulièrement délicat dans lequel s'ancre une telle demande. Compte tenu de la rupture du couple, il ne serait en effet pas étonnant que le parent s'oppose à l'adoption de son enfant par son ex-conjoint ou ex-cohabitant.

Sur le fondement de cette prémisse, une question se pose avec acuité : qu'advient-il si le parent refuse de donner son consentement à l'adoption de l'enfant par son ancien partenaire ?

21. L'article 348-11 nouveau, en son deuxième alinéa, dispose que lorsque le refus émane de la mère ou du père de l'enfant, le tribunal peut passer outre ce refus, et donc prononcer à travers tout l'adoption, s'il constate, après avoir mené une enquête sociale approfondie, que ce parent s'est désintéressé de l'enfant ou a mis en péril sa santé, sa sécurité ou sa moralité.

Cependant, cette disposition prévoit expressément une exception puisqu'elle stipule que ce principe n'est pas applicable notamment « lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant ou de l'enfant adoptif [...] d'un ancien partenaire à l'égard duquel un engagement parental commun existe »²⁴.

En une telle occurrence, l'on retombe sur le premier alinéa qui dispose que le tribunal passe outre le refus s'il estime que ce refus revêt un caractère abusif au regard de l'intérêt de l'enfant et prononce malgré tout l'adoption « à la demande de l'adoptant [...] ou du Ministère public ».

Le pragmatisme du législateur doit être salué dans la mesure où il vise à éviter un refus de consentement exclusivement motivé par la séparation des parties.

22. Le tribunal peut donc outrepasser le refus du parent s'il s'agit de l'adoption de l'enfant « d'un ancien partenaire à l'égard duquel un engagement parental commun existe ».

Ces jalons posés, encore faut-il déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par un « engagement parental commun ».

Aucune définition n'est clairement énoncée ni dans les travaux préparatoires, ni dans le Code civil.

S'ils échouent à fournir une définition, les travaux préparatoires apportent néanmoins quelques précisions sur cette notion. Ils soulignent qu'elle « permet

²⁴ C. civ., art. 348-11, al. 2.

d'englober les différents éléments de faits pris en compte par la Cour [...] et de laisser la place à l'appréciation du juge »²⁵.

Les éléments de faits soumis à l'appréciation de la Cour dans les arrêts précités et mentionnés par les travaux préparatoires comme censés être englobés par la notion d'engagement parental commun sont plus précisément les suivants :

- « projet de coparentalité entamé pendant le mariage ou la relation de couple (procréation médicalement assistée) »²⁶ ;
- « engagement parental »²⁷ ;
- « naissance de l'enfant durant la vie de couple »²⁸ ;
- « procédure d'adoption entamée pendant le mariage ou la relation »²⁹ ;
- « lien familial effectif entre l'enfant et l'ancien partenaire »³⁰.

Quatre critiques peuvent être formulées suite à l'énonciation de ces éléments.

Primo, certains des éléments susvisés se confondent avec les trois conditions énoncées par l'article 344-3. On pense notamment à l'existence d'un lien familial effectif ou encore à la naissance de l'enfant durant la vie de couple.

Ces éléments, censés être analysés en cas de refus éventuel de consentement exprimé par le parent d'origine de l'enfant, font donc double emploi avec ceux nécessairement analysés au stade primaire de la recevabilité de la demande.

On s'interroge dès lors sur la plus-value de leur analyse éventuelle au stade ultérieur d'un hypothétique refus...

Secundo, parmi les éléments de fait à prendre en compte, figure le « projet de coparentalité entamé pendant le mariage ou la relation de couple (procréation médicalement assistée) ».

Or, en cas de recours à une procréation médicalement assistée, la mobilisation de l'adoption est difficilement envisageable puisque la filiation sera en principe établie à l'égard de « l'auteur du projet parental commun »³¹ soit, si le

²⁵ Proposition de loi modifiant l'article 348-11 du Code civil, en ce qui concerne le refus de consentement de la mère ou du père à l'adoption, Amendement n° 13 de S. BECQ et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-1152/005, p. 14.

²⁶ *Ibid.*, p. 13.

²⁷ *Ibid.*, p. 14.

²⁸ *Ibid.*, p. 13.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée, *Mon.*, 17 juillet 2007, p. 38575, art. 2, f). Conformément à cette disposition, il faut entendre par « auteur du projet parental commun », la personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons. Les auteurs du projet parental s'engagent dans ce processus par la signature d'une convention de procréation médicalement assistée en vertu de l'article 5 de la loi du 6 juillet 2007 précitée.

couple est marié, sur la base de la présomption de paternité ou de comaternité soit, si le couple n'est pas marié, par voie de reconnaissance.

Tertio, le statut de ces éléments et la façon dont ils doivent être pris en compte dans le cadre de l'examen de l'engagement parental commun restent indéterminés. Sont-ils des éléments cumulatifs devant nécessairement être tous « cochés » par le juge pour habilitier ce dernier à conclure à l'existence d'un tel engagement ou plutôt des éléments indicatifs constituant de simples indices guidant le juge dans son appréciation (voy. *infra*) ?

Quarto, si le législateur précise avoir entendu laisser un large périmètre au pouvoir discrétionnaire du juge, force est de constater que ce pouvoir discrétionnaire risque d'être fortement restreint par l'énonciation des éléments censés être englobés par la notion d'engagement parental commun.

Enfin et plus généralement, qu'il nous soit également permis d'interroger la pertinence de l'exigence de vérification par le juge de l'existence d'un engagement parental commun entre le parent d'origine et l'ancien partenaire en cas de refus opposé par ledit parent... N'aurait-il pas été plus adéquat de se garder de mentionner un tel engagement à l'article 348-11 et de simplement laisser au juge le pouvoir de passer outre le refus (s'il devait l'estimer abusif au regard de l'intérêt de l'enfant) dès lors que celui-ci concerne une demande en adoption formulée par un ancien partenaire ?

23. Ceci acté, il est légitime de se demander, lorsque le parent refuse de donner son consentement à l'adoption de l'enfant par son ancien partenaire et que le tribunal est dès lors amené à vérifier l'existence d'un engagement parental commun pour pouvoir outrepasser ce refus, si le tribunal peut considérer comme suffisant, dans l'appréciation de l'existence de cet engagement, la réunion des trois conditions précitées de l'article 344-3.

Autrement dit, le juge peut-il désactiver le refus du parent en considérant que l'existence d'un engagement parental commun est établie à suffisance par la réunion de ces trois conditions, parmi lesquelles on dénombre l'existence d'une relation de fait durable sur le plan tant affectif que matériel ?

En d'autres termes, une relation de fait durable avec l'enfant, au niveau tant affectif que matériel, peut-elle suffire à démontrer un « engagement parental commun » ?

D'une part, une réponse positive réduirait drastiquement la marge d'appréciation du juge au stade de l'examen du refus du parent puisqu'il serait tenu de conclure à l'existence d'un engagement parental commun aussitôt qu'il aurait déclaré la demande en adoption de l'ancien partenaire recevable sur pied de l'article 344-3.

Ceci reviendrait à déposséder le refus du parent de toute teneur et de le vider de sa substance puisqu'à compter du moment où le juge considérera que l'ancien partenaire remplit bel et bien les trois conditions pour adopter l'enfant, il conclura dans la foulée à l'existence d'un engagement parental commun et désactivera automatiquement le refus du parent.

L'on peut légitimement interroger la pertinence de cette solution.

En effet, céder à ce raccourci serait risquer de s'affranchir de l'objectif du législateur qui était précisément de ménager une marge d'appréciation dans le chef non seulement du parent légal – qui est habilité à enrayer la demande en adoption de son ancien partenaire en y opposant son refus – mais également du juge – qui doit pouvoir examiner et apprécier le bien-fondé dudit refus.

À notre estime, et vu la mention de tels éléments par les travaux préparatoires comme devant être englobés dans la notion d'engagement parental commun (voy. *supra*), le constat de la naissance de l'enfant durant la vie commune ou de l'existence d'une relation de fait durable tant affective que matérielle au stade de l'examen de la recevabilité de la demande en adoption ne peuvent *ipso facto* mener au constat de l'existence d'un engagement parental commun au stade ultérieur de l'analyse du fondement du refus opposé par le parent légal.

D'autre part, une réponse négative signifierait qu'après avoir conclu à la réunion des trois conditions de l'article 344-3 et déclaré la demande en adoption recevable, il appartiendra au juge d'examiner l'existence d'un « engagement parental commun » dans l'hypothèse où le parent d'origine refuserait de donner son consentement à l'adoption de l'enfant par son ex-conjoint ou ex-cohabitant.

Si nous souscrivons à cette position, il n'en demeure pas moins qu'elle comporte également son lot de critiques. Elle porte en effet en son sein le risque d'une certaine incompréhension dans le chef du justiciable en ce que l'ancien partenaire, après avoir vu sa demande déclarée recevable, risquerait de la voir rejetée si, après le refus du consentement opposé par le parent d'origine, le juge devait conclure à l'inexistence d'un « engagement parental commun » sur la base cependant d'éléments relativement analogues (voy. *supra*).

Encore veillera-t-on à tempérer ce constat dans la mesure où l'examen de l'existence d'un tel engagement se situe au stade du fondement de la demande et s'inscrit dans l'appréciation à laquelle doit nécessairement se livrer le tribunal quant à l'existence des justes motifs fondant la demande.

Autrement dit, il faut être attentif à l'articulation temporelle sur le plan judiciaire entre, d'une part, l'article 344-3 et, d'autre part, l'article 348-11. Si la vérification des trois conditions sur pied de la première disposition se situe

au stade de la recevabilité de la demande, la vérification de l'existence d'un engagement parental commun dans l'hypothèse d'un éventuel refus du parent d'origine sur pied de la deuxième disposition se situe quant à elle au stade ultérieur du fondement et constitue un élément parmi d'autres à prendre en compte par le juge pour apprécier l'existence des justes motifs de l'adoption.

24. Il n'en demeure pas moins que la définition de « l'engagement parental commun » reste quelque peu nébuleuse. À notre estime, celui-ci doit être simplement interprété comme la volonté d'établir une filiation (adoptive, en l'occurrence) élective à l'égard d'un enfant avec lequel l'ancien partenaire entretient un lien socio-affectif.

Dans le cadre de la détermination de l'existence d'un tel engagement, les éléments de fait soumis à l'appréciation de la Cour dans les arrêts précités et repris par les travaux préparatoires (voy. *supra*) ne sont que purement indiciaires et indicatifs.

CONCLUSION

25. La loi du 20 février 2017 poursuivait le dessein assumé de remédier aux divers constats d'inconstitutionnalité prononcés par la Cour en matière d'adoption relatifs tantôt à l'exigence de communauté de vie entre le parent et le candidat adoptant au jour de l'introduction de la demande en adoption, tantôt au refus de consentement du parent d'origine comme fin de non-recevoir absolue.

Cette réforme législative peut être qualifiée d'imparfaite et salvatrice tout à la fois.

D'une part, imparfaite parce qu'en se donnant pour mission de remédier aux constats d'inconstitutionnalité, soit en corrigeant les dispositions portées sur l'autel de la Cour, soit en érigeant de nouvelles, le législateur a parfois manqué de réalisme voire de pragmatisme.

Il a ainsi subordonné l'exercice du droit à l'adoption de l'enfant par l'ancien partenaire à des conditions à ce point strictes – bien qu'elles correspondent certes aux données factuelles qui avaient été soumises à l'appréciation de la Cour par voie préjudicielle – qu'elles réduisent drastiquement les hypothèses de mobilisation de ce droit.

De surcroît, certaines des nouvelles dispositions s'exposent elles-mêmes, assez paradoxalement, à la censure constitutionnelle.

D'autre part, salvatrice parce qu'elle a le mérite de s'ancrer dans la philosophie bien amorcée de la Cour constitutionnelle et du législateur de lever

tout verrou absolu empêchant la prise en compte de la protection de l'enfant et plus substantiellement la défense de son intérêt supérieur.

Le versant intrinsèque de cette philosophie est de conférer au juge un rôle de garant dans la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, le contrôle judiciaire dudit intérêt nécessitant d'être effectué *in concreto*.

C'est à cette fin que le législateur s'est attelé à revoir le mécanisme de l'article 348-11 ressortissant du refus du consentement à l'adoption formulé par le parent d'origine.

S'il a semble-t-il manqué de pragmatisme dans l'énonciation des conditions auxquelles l'ancien partenaire peut solliciter l'adoption de l'enfant, il a néanmoins fait œuvre utile en octroyant au juge, en cas de refus de consentement, le pouvoir de désactiver ce refus s'il le juge abusif au regard de l'intérêt de l'enfant.

26. Toujours est-il que la plus grande inconnue de la réforme reste probablement les configurations familiales dans lesquelles un ancien partenaire sera habilité à solliciter l'adoption de l'enfant de son ex-conjoint ou ex-cohabitant. Si elles nous paraissent actuellement extrêmement limitées eu égard à la rigidité des conditions de mobilisation de ce droit, il faut laisser la place au doute...

Une fois n'est pas coutume, la jurisprudence serait effectivement susceptible de nous surprendre et de donner corps à une disposition qui, à notre estime, semble, au jour de la rédaction de ces lignes, dépourvue de réelle incidence pratique et apparaît dès lors constituer un miroir aux alouettes...