

Numéro du rôle : 5252
Arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012

A R R E T

---

*En cause* : les questions préjudicielles relatives aux articles 143, alinéa 2, 348-3 et 348-11 du Code civil, posées par le Tribunal de la jeunesse de Liège.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*   \*

### I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

Par jugement du 14 novembre 2011 en cause de L.G. contre A.L., en présence de G.R., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 18 novembre 2011, le Tribunal de la jeunesse de Liège a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « Les articles 348-3 et 348-11 du Code civil violent-ils les articles 10, 11 et 22 de la Constitution lus isolément ou combinés avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en ce qu'ils imposent le consentement de la mère pour que puisse être prononcée une adoption (en dehors de l'hypothèse où la mère s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité), alors même :

- que la mère et le (la) candidat(e) à l'adoption étaient marié(e)s au moment de la naissance et du dépôt de la requête en adoption;

- que la mère a signé avec le (la) candidat(e) à l'adoption une convention conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée;

- que la mère a participé avec le (la) candidat(e) à l'adoption à la préparation à l'adoption prévue à l'article 346-2 du Code civil;

- qu'il est établi qu'un lien familial effectif existe entre l'enfant et le (la) candidat(e) à l'adoption tant pendant la grossesse qu'après la naissance et que ce lien persiste après la séparation des époux;

- que dans une telle situation, l'adoption prononcée en faveur du conjoint de la mère ne se substituerait pas à la filiation qui existe entre la mère biologique et l'enfant mais viendrait s'y ajouter, et ce conformément à ce que prévoit l'article 356-1 du Code civil ? »;

2. « L'article 143, alinéa 2, du Code civil viole-t-il les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution lus isolément ou combinés avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'il exclut l'application de l'article 315 du Code civil aux personnes de même sexe ayant contracté mariage ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- L.G.;

- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 8 mai 2012 :

- ont comparu :

- . Me V. Grella et Me D. Pire, avocats au barreau de Liège, pour L.G.;
- . Me F. Gosselin, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs J.-P. Snappe et E. Derycke ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

L.G. et A.L. se sont mariées à Embourg, le 19 juillet 2008. Le 5 septembre 2009, A.L. donnait naissance à une fille, à la suite d'une procréation médicalement assistée, voulue dans le cadre d'un projet de coparentalité mis en œuvre par le couple. Pendant toute la grossesse et dès la naissance, tant A.L. que son épouse ont préparé la venue de l'enfant, puis l'ont élevée ensemble.

Les deux épouses ont entamé, en juillet 2010, les démarches en vue de la procédure d'adoption, par L.G., de la fille de A.L. Le 10 août 2010, L.G. obtenait le certificat de préparation à l'adoption délivré par l'autorité centrale de la Communauté française. Le 10 septembre 2010, elle déposa une requête en adoption plénière devant le Tribunal de la jeunesse.

Dans le courant du mois de septembre 2010, A.L. quitta le domicile conjugal en emmenant sa fille avec elle. L.G. introduisit immédiatement une demande en vue de se voir reconnaître, dans l'attente de l'issue de la procédure d'adoption, un droit aux relations personnelles à l'égard de l'enfant devant le tribunal de première instance statuant en référé dans le cadre des mesures urgentes et provisoires entre époux, ce qu'elle obtint par deux ordonnances successives, la seconde ordonnance élargissant le droit.

Une réconciliation est intervenue entre les parties et une médiation a été entamée, les deux épouses étant retournées vivre ensemble.

Cependant, le couple s'est à nouveau séparé fin janvier 2011. L.G. obtint donc à nouveau la garantie de pouvoir poursuivre des relations personnelles avec l'enfant de A.L. Les épouses sont actuellement en instance de divorce. Dans le cadre de la procédure en adoption plénière, A.L. s'est opposée à cette adoption au motif qu'elle ne rencontrerait pas l'intérêt supérieur de l'enfant en raison de la séparation du couple.

La demanderesse en adoption estime que le refus de consentement est abusif au sens de l'alinéa 1er de l'article 348-11 du Code civil eu égard au projet de coparentalité dans le cadre duquel la demande s'intègre. Cependant, l'alinéa 2 de la même disposition ne permet de passer outre au refus de la mère que s'il apparaît, au terme d'une enquête sociale approfondie, que cette personne s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Sur cette base, le procureur du Roi a émis un avis défavorable à l'adoption, sous réserve d'éléments en prosécution de cause, parmi lesquels la réponse que donnerait la Cour aux deux questions préjudicielles posées par le Tribunal de la jeunesse, sur avis favorable du parquet, questions qui ont été reproduites plus haut.

### III. *En droit*

- A -

#### *Position du Conseil des ministres*

A.1.1. La première question préjudicielle n'est pas recevable à défaut, d'une part, d'identifier la catégorie de personnes qui serait traitée de façon discriminatoire par rapport à une autre catégorie - les dispositions en cause ne sont d'ailleurs nullement discriminatoires dans la mesure où elles s'appliquent aux partenaires hétérosexuels comme homosexuels - et, d'autre part, de montrer en quoi les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme seraient violés.

A.1.2. Subsidiairement, la question préjudicielle appelle une réponse négative. S'agissant de l'article 22 de la Constitution, il consacre le droit à la vie privée et à la vie familiale, sauf dans les cas prévus par la loi. Il en est de même de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Or, en l'espèce, le consentement de l'un ou des deux parents d'un enfant à l'adoption de celui-ci est prévu par les articles 348-3 et 348-11 du Code civil.

Ces dispositions ont un but légitime, à savoir protéger le droit au respect de la vie familiale de l'enfant et de son auteur naturel contre une adoption réalisée par un tiers contre la volonté de ce parent naturel.

La jurisprudence « *Wagner* » (CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*) à laquelle fait référence la demanderesse n'est pas applicable en l'espèce, le contexte factuel étant différent : dans le cas litigieux, il ne s'agit pas d'un exequatur puisqu'il n'y a pas eu de jugement. Par ailleurs, il ne s'agit pas non plus d'une adoption internationale.

A.1.3. Quoi qu'il en soit, la question préjudicielle appelle une réponse négative ou, à tout le moins, n'appelle pas de réponse.

En effet, la jurisprudence *Wagner* privilégie le pouvoir d'appréciation des législateurs nationaux.

Même si, dans l'arrêt n° 134/2003 du 8 octobre 2003, la Cour constitutionnelle avait constaté l'existence d'une différence de traitement entre enfants qui était inadmissible (seuls les enfants ayant un lien de filiation établi pouvant bénéficier de l'exercice de l'autorité parentale par le parent en question), elle concluait que seul le législateur pouvait préciser sous quelle forme et à quelles conditions l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à d'autres personnes qui n'ont pas de lien de filiation avec lui.

A.2. La seconde question préjudicielle appelle une réponse négative. En effet, l'article 143, alinéa 2, du Code civil, qui a exclu l'application de la présomption de paternité à l'égard des couples mariés de même sexe, est raisonnablement justifié dès lors qu'il s'agit de situations différentes en matière de filiation eu égard à l'élément biologique de filiation qui est susceptible d'exister dans le chef du partenaire masculin dans un couple hétérosexuel mais qui s'avère biologiquement impossible dans le chef du partenaire de même sexe. C'est dans ce sens, d'ailleurs, que s'expriment les travaux préparatoires de la disposition en cause. S'il fallait appliquer la présomption de paternité au couple marié de même sexe, il ne s'agirait plus d'une présomption réfragable comme en ce qui concerne un couple hétérosexuel, mais d'une fiction juridique.

#### *Position de L.G., demanderesse devant le juge a quo*

A.3.1. La première question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

L'article 348-11 du Code civil interdit de manière absolue au juge de la jeunesse de prononcer une adoption si la mère ou le père de l'enfant dont on sollicite l'adoption s'y oppose, sauf à démontrer que la personne

opposant le refus s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité. Il ne dispose en revanche d'aucun pouvoir d'apprécier si le refus est abusif, ce qui conduit à devoir constater que, dans des situations comme celle qui concerne le projet d'adoption de la demanderesse, cette disposition est contraire à l'intérêt de l'enfant et au droit à la vie privée et familiale.

Dans son arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011, la Cour a déclaré contraire à l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, « l'obstacle (en l'espèce, la possession d'état en tant que fin de non-recevoir de la procédure en contestation de la présomption de paternité) qui empêche de manière absolue et *a priori* le juge d'être saisi et de statuer au regard de tous les intérêts en cause, intérêts qu'il lui revient d'arbitrer *in concreto* ».

Bien que le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne a jugé que « les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention ». Dans son arrêt *Wagner* du 28 juin 2007 précité, elle a également rappelé que « [d]'après les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat 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 ». En l'espèce, il importe en outre de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

A l'instar de la situation à trancher dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité, il existe un lien familial et affectif entre l'enfant né du projet parental commun et la demanderesse devant le juge *a quo*. La mère a d'ailleurs marqué son accord sur ce projet conjoint et, malgré la séparation du couple, la demanderesse reste présente. Cette dernière n'a d'autre solution pour faire reconnaître juridiquement ce lien que la procédure d'adoption, la présomption de paternité de l'article 315 du Code civil ne s'appliquant pas aux personnes mariées de même sexe.

A.3.2. C'est à tort que le Conseil des ministres considère la question préjudicielle comme irrecevable. Celle-ci expose à suffisance en quoi les dispositions légales incriminées violent les règles de référence. Quant au fond, la demanderesse ne souhaite pas une adoption qui aurait pour conséquence de rompre le lien entre l'enfant et la mère biologique. C'est bien en cela d'ailleurs que les dispositions en cause sont critiquables : on applique à un parent qui souhaite adopter un enfant et ajouter un lien de filiation à celui-ci les mêmes dispositions qu'à une personne qui sollicite une adoption qui aurait pour conséquence de couper les liens avec la famille d'origine.

« Autant on peut comprendre que l'adoption ne puisse être permise, sauf l'hypothèse où les parents se sont désintéressés de l'enfant, lorsqu'elle a pour conséquence de rompre le lien avec la famille d'origine, autant lorsque, comme en l'espèce, il existe un lien familial de fait avec l'enfant et que la consécration juridique de ce lien pourrait ajouter un lien de filiation à l'enfant, l'impossibilité pour le juge de prononcer l'adoption même en cas de refus abusif est contraire aux principes invoqués ».

Enfin, la jurisprudence invoquée par le Conseil des ministres, qui conduirait à ce que la Cour, tout en admettant la différence de traitement, conclue que c'est au législateur de prendre une mesure, n'est pas pertinente en l'espèce.

En effet, dans le cas d'espèce, la Cour est fondée à constater que le législateur ne peut pas limiter la possibilité pour le juge d'écarter le refus de la mère à l'hypothèse où celle-ci s'est désintéressée de l'enfant. Ainsi, le juge *a quo* pourra constater l'existence d'un refus abusif dans le chef de A.L., sans que la loi doive être modifiée, et en tirer les conséquences qui s'imposent.

A.4. La seconde question préjudicielle appelle, elle aussi, une réponse affirmative.

L'article 143, alinéa 2, du Code civil, en ce qu'il exclut l'application de la présomption de paternité aux personnes mariées de même sexe, viole le principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que le droit à la vie privée et familiale.

La justification traditionnelle de cette différence de traitement « repose sur ce que, pour les couples hétérosexuels, les ' écarts ' permis par le législateur à la ' réalité biologique concrète ' ne sont pas contraires à la ' réalité biologique abstraite ' selon laquelle un enfant a tout au plus une seule mère biologique (physiologique) et un seul père biogénétique ».

Cette justification est contraire aux principes consacrés aux articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, le législateur traite différemment, et sans justification raisonnable, deux catégories de personnes se trouvant dans une situation comparable. Dans les deux cas, en effet, il n'existe pas de lien biologique entre l'enfant et le conjoint de la mère et il y a mise en œuvre d'un projet de coparentalité ayant recueilli et même nécessité le consentement des deux époux, les couples étant mariés, et il existe un lien familial.

Dans l'arrêt n° 20/2011, la Cour a affirmé qu'« il est pertinent de ne pas laisser prévaloir *a priori* la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité », terme qui, ici, doit également être lu au sens de maternité.

Par ailleurs, depuis l'adoption de la disposition en cause, le législateur a admis que des couples de personnes de même sexe puissent fonder un foyer et ce, par le biais de l'adoption. Les travaux préparatoires de la loi du 18 mai 2006 « modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe » sont symptomatiques à cet égard, qui font état notamment de la multiplicité des formes de vie commune pratiquées aujourd'hui pour constater qu'aucune raison objective, qu'il s'agisse de l'intérêt de l'enfant ou de celui des candidats à l'adoption, ne justifie l'exclusion de l'adoption par des couples homosexuels d'un même enfant.

Enfin, la disposition en cause viole également le droit fondamental au respect de la vie familiale, tant du conjoint de la mère que de l'enfant.

- B -

### *Quant aux questions préjudicielles*

B.1.1. La première question préjudicielle porte sur les articles 348-3 et 348-11 du Code civil, qui disposent :

« Art. 348-3. Lorsque la filiation d'un enfant, d'un mineur prolongé ou d'un interdit est établie à l'égard de sa mère et de son père, ceux-ci doivent tous deux consentir à l'adoption. Toutefois, si l'un d'eux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, sans aucune demeure connue ou présumé absent, le consentement de l'autre suffit.

Lorsque la filiation d'un enfant, d'un mineur prolongé ou d'un interdit n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, seul celui-ci doit consentir à l'adoption ».

« Art. 348-11. Lorsqu'une personne qui doit consentir à l'adoption en vertu des articles 348-2 à 348-7 refuse ce consentement, l'adoption peut cependant être prononcée à la demande de l'adoptant, des adoptants ou du ministère public s'il apparaît au tribunal que ce refus est abusif.

Toutefois, si ce refus émane de la mère ou du père d'un enfant, le tribunal ne peut prononcer l'adoption, sauf s'il s'agit d'une nouvelle adoption, que s'il apparaît, au terme d'une enquête sociale approfondie, que cette personne s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité ».

B.1.2. La juridiction *a quo* demande si les dispositions précitées sont compatibles avec les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La question préjudicielle a trait à l'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 effectif existe et persiste depuis la séparation des épouses. La juridiction *a quo* interroge la Cour sur la compatibilité avec les règles précitées de dispositions qui ne lui permettent pas, dans cette situation, de prononcer l'adoption alors que celle-ci permettrait d'ajouter un lien de filiation à l'enfant, la seule hypothèse dans laquelle la juridiction peut passer outre au refus du consentement étant celle où la mère s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, hypothèse qui n'est pas établie en l'espèce.

B.2.1. La seconde question préjudicielle porte sur l'article 143, alinéa 2, du Code civil, qui dispose :

« Si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 315 n'est pas applicable ».

B.2.2. La juridiction *a quo*, qui lie cette seconde question à la première, interroge la Cour sur le point de savoir si la disposition précitée viole les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'elle exclut l'application de la présomption de paternité dans le cadre d'un mariage entre personnes de même sexe alors que, depuis la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, la différence de sexe n'est plus une condition de mariage.

B.3. Le juge constate que la seule manière pour une femme mariée à la mère d'un enfant au moment de la naissance de l'enfant et associée à un projet de coparentalité d'établir un lien de filiation avec cet enfant est d'adopter celui-ci, ce qui peut conduire à l'impossibilité d'établir ce lien lorsque, comme en l'espèce, la mère refuse de consentir à l'adoption dans les circonstances rappelées en B.1.2.

B.4. La Cour limite l'examen de ces questions à la situation décrite en B.1.2.

B.5.1. Le Conseil des ministres considère que la première question préjudicielle n'identifierait aucune catégorie de personnes qui serait traitée de façon discriminatoire par rapport à une autre catégorie, pas plus qu'elle ne préciserait en quoi les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme seraient violés.

B.5.2. Les motifs du jugement et l'énoncé de la première question préjudicielle qui citent notamment un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*), de même que le lien qu'il y est fait avec la seconde question préjudicielle montrent à suffisance en quoi les articles visés de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme seraient violés, non seulement au regard de la législation applicable aux couples hétérosexuels mais aussi au regard des enfants dont un second lien de filiation peut, dans leur intérêt, être établi, ce qui

n'est pas le cas en l'espèce, comme le constate la juridiction *a quo*, en raison des dispositions en cause soumises au contrôle de la Cour.

L'exception est rejetée.

### *Quant au fond*

B.6. En vertu de l'article 22*bis* de la Constitution, « dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ».

Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». L'article 3, paragraphe 2, de cette Convention dispose que les Etats parties se sont engagés « à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui » et « à prendre à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées ».

B.7. Le législateur a fait de nombreux pas dans cette direction, qui n'est d'ailleurs pas entièrement nouvelle :

- depuis la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, l'autorité parentale n'est plus attachée à la situation matrimoniale des parents : la filiation paternelle et maternelle légalement établie est le seul élément qui soit déterminant;

- par la loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, le législateur a instauré, pour renforcer la responsabilité des deux parents à l'égard de l'enfant, le principe de la « co-parenté », c'est-à-dire d'une autorité conjointe qu'ils exercent sur la personne et les biens du mineur, qu'ils vivent ensemble ou qu'ils soient séparés;

- lorsque les parents ne vivent pas ensemble, ils doivent conclure un accord « sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant » (article 374, alinéa 2, du Code civil); le tribunal peut confier l'exercice de l'autorité parentale à un des deux parents (articles 374, alinéa 2, et 376, alinéa 3), l'autre conservant le droit à des relations personnelles et le droit de surveiller l'éducation de l'enfant (article 374, alinéa 4); le juge peut confier l'exercice exclusif de l'autorité à un seul des parents et préciser qu'un certain nombre de décisions importantes relatives à l'éducation de l'enfant ne peuvent être prises que de l'accord des deux parents;

- la loi du 6 juillet 2007 précitée définit ce qu'est un auteur du projet parental (article 2) et comment doit être rédigée une convention de coparentalité préalablement à toute démarche médicale relative à la procréation médicalement assistée;

- la loi du 13 février 2003 précitée est entrée en vigueur le 1er juin 2003, tandis que la loi du 18 mai 2006 a ouvert l'adoption nationale et internationale aux couples de personnes de même sexe présentant certaines garanties de stabilité (mariage, cohabitation légale ou cohabitation de fait de plus de trois ans).

B.8. 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.

B.9. Il ressort des travaux préparatoires de la loi précitée du 18 mai 2006 qu'aucune majorité parlementaire ne s'était dégagée pour permettre l'adoption par deux personnes de même sexe ni au moment où était discuté le projet de loi qui deviendrait la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, ni au moment où fut adoptée la loi du 13 février 2003 elle aussi précitée (*Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, DOC 51-0664/001, p. 3). Dans l'avis qu'elle a rendu sur l'avant-projet de loi réformant l'adoption, la section de législation du Conseil d'Etat, constatant « le caractère non définitif de certaines dispositions et lacunes du projet », avait observé en particulier :

« [...] l'exposé des motifs souligne qu'il faudra examiner, '... à l'occasion de la discussion du présent projet, si, à terme, il faut prévoir de permettre à deux cohabitants du même sexe d'adopter. Cette question devra naturellement faire l'objet d'un large débat de société qui devra se répercuter dans l'hémicycle parlementaire. '.

Cette question est fondamentale puisqu'elle concerne le mode de vie, l'état civil des personnes qui pourront se porter candidates à une adoption.

L'option retenue par le projet (article 344-2 en projet du Code civil), à savoir réserver l'adoption soit à des couples de sexe différent mariés ou non, soit à des célibataires, n'est visiblement pas définitivement arrêtée.

L'attention de l'auteur du projet est attirée d'une part, sur le fait qu'une telle question ne peut être abandonnée aux autorités communautaires dans le cadre de l'examen de l'aptitude à adopter et que, d'autre part, la Cour d'arbitrage a souvent été saisie de questions préjudicielles en rapport avec l'adoption soulevant des problèmes d'égalité et de non-discrimination par rapport aux différentes catégories d'adoptants » (*ibid.*, 2000-2001, DOC 50-1366/001 et 50-1367/001, pp. 157-158).

Les développements précédant la proposition de loi qui est devenue la loi du 18 mai 2006 précitée la justifient ainsi :

« C'est simplement reconnaître la réalité sociale que de constater que dans notre société, les enfants sont élevés avec amour dans le cadre d'une multiplicité de formes de vie commune : par des isolés, des divorcés, des couples composés de personnes de même sexe ou de sexe différent, ou des familles recomposées.

Cette diversité de formes de vie commune se reflète de plus en plus dans notre législation, comme en témoigne l'ouverture prévue de l'institution du mariage aux partenaires de même sexe.

Il n'appartient pas au législateur d'exclure de l'adoption une forme déterminée de cohabitation, à savoir celle de deux personnes du même sexe. En effet, aucune raison objective, qu'il s'agisse de l'intérêt de l'enfant ou de celui des candidats adoptants, ne justifie cette exclusion : les enfants qui grandissent au sein d'une relation homosexuelle sont au moins aussi heureux que ceux qui grandissent au sein d'un autre type de relation. C'est pourquoi la disposition selon laquelle seuls les époux ou cohabitants de sexe différent sont considérés comme des adoptants engendre une discrimination inacceptable et est contraire à l'article 11 de la Constitution » (*ibid.*, 2003-2004, DOC 51-0664/001, p. 3).

Le législateur a donc eu pour objectif de protéger les enfants qui grandissent dans une cellule familiale formée d'un couple de personnes de même sexe en permettant d'établir un double lien de filiation entre les enfants et les deux membres de ce couple, par le lien d'une

filiation adoptive, simple ou plénière. S'agissant de l'adoption plénière, il a prévu une exception au principe selon lequel cette dernière rompt tous les liens avec la famille d'origine, sous réserve des empêchements à mariage, en disposant à l'article 356-1, alinéa 3, du Code civil :

« Toutefois, l'enfant ou l'enfant adoptif du conjoint ou cohabitant, même décédé, de l'adoptant ne cesse pas d'appartenir à la famille de ce conjoint ou cohabitant. Si ce dernier vit encore, l'autorité parentale sur l'adopté est exercée conjointement par l'adoptant et ce conjoint ou cohabitant ».

B.10. La Cour doit d'abord contrôler les articles 348-3 et 348-11 au regard des articles 10, 11, 22 et 22*bis* de la Constitution, combinés avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.11. Même si le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*), le régime juridique des liens familiaux qui existent *de facto* au-delà de toute réalité biologique concerne la vie privée (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*). « [L]es relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention » (CEDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c. Roumanie*, § 140). La Cour s'est référée à la notion de « vie familiale projetée », notion qui s'entend d'un lien comprenant une potentialité de développement des relations personnelles si les circonstances le permettent. L'existence d'une famille présuppose l'existence d'une relation « voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer [...], d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie [...], ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive » (CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, § 41). Par ailleurs, « d'après les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat 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 » (CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, § 119). En ce qui concerne plus précisément les obligations positives que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants en la

matière, celles-ci doivent s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CEDH, 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*). Dans l'arrêt *Wagner* précité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé :

« 123. Que l'on aborde la question sous l'angle d'une obligation positive de l'Etat - adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu en vertu du paragraphe 1 de l'article 8 - ou sous celui d'une obligation négative - une 'ingérence d'une autorité publique', à justifier selon le paragraphe 2 -, les principes applicables sont assez voisins. Bien que le refus par les tribunaux luxembourgeois d'accorder l'exequatur du jugement péruvien résulte de l'absence dans la législation luxembourgeoise de dispositions permettant à une personne non mariée d'obtenir l'adoption plénière d'un enfant, la Cour estime que ce refus a représenté en l'espèce une 'ingérence' dans le droit au respect de la vie familiale des requérantes [...].

124. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, 'prévue par la loi', elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est 'nécessaire dans une société démocratique' pour les atteindre. La notion de 'nécessité' implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché ».

B.12. Le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les dispositions précitées, a pour but essentiel de protéger les personnes contre les ingérences dans leur vie privée et leur vie familiale.

Ni l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'excluent une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit mais ils exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations entre les individus (CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 31).

B.13. Le législateur, lorsqu'il élabore un régime légal qui entraîne une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée, jouit d'une marge d'appréciation pour tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble (CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, § 49; CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et*

*autres* c. Pays-Bas, § 31; CEDH, 2 juin 2005, *Znamenskaya* c. Russie, § 28; CEDH, 24 novembre 2005, *Shofman* c. Russie, § 34).

Cette marge d'appréciation du législateur n'est toutefois pas illimitée : pour apprécier si une règle légale est compatible avec le droit au respect de la vie privée, il convient de vérifier si le législateur a trouvé un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause. Pour cela, il ne suffit pas que le législateur ménage un équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble mais il doit également ménager un équilibre entre les intérêts contradictoires des personnes concernées (CEDH, 6 juillet 2010, *Backlund* c. Finlande, § 46), sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis.

B.14. 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 poursuivi après celle-ci, dans le cadre d'une procédure d'adoption.

L'exigence du consentement prévu par l'article 348-11 du Code civil poursuit un but 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. Toutefois, l'alinéa 3 de l'article 356-1 dispose que l'enfant adoptif du conjoint de l'adoptant ne cesse pas d'appartenir à la famille d'origine. En conséquence, 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 22*bis* de la Constitution.

B.15. La première question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

B.16. La seconde question préjudicielle porte sur la compatibilité de l'article 143, alinéa 2, du Code civil avec les articles 10, 11, 22 et 22*bis* de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Comme le juge *a quo* le constate, c'est en raison du fait que la disposition en cause exclut l'application de la présomption de paternité aux personnes mariées de même sexe, que l'épouse de la mère de l'enfant a dû engager une procédure d'adoption pour établir le lien de filiation avec l'enfant né pendant le mariage dans le cadre d'une convention de coparentalité, conclue conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 précitée.

Compte tenu de la réponse donnée à la première question préjudicielle, le juge *a quo* étant par ailleurs saisi d'un litige portant sur l'adoption d'un enfant mineur en sa qualité de juge de la jeunesse, la seconde question préjudicielle n'appelle pas de réponse.

B.17. Dès lors que la lacune définie en B.14 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, 22 et 22*bis* de la Constitution lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

1. Les articles 348-3 et 348-11 du Code civil violent les articles 10, 11, 22 et 22*bis* de la Constitution, combinés avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, 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 où elle s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité.

2. La seconde question préjudicielle n'appelle pas de réponse.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 12 juillet 2012.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse