

JURISPRUDENCE

- la fille de l'adoptant est ravie de la démarche de son père car depuis toujours l'adopté et pour elle son grand frère; elle l'a toujours considéré comme tel et estime que l'adoption permettra qu'ils soient «*légalement*» reconnus comme frère et sœur; elle trouve que cette démarche n'apportera que joie et bonheur.

- la petite-fille, âgée de 9 ans, de l'adopté a déjà commencé à écrire X sur ses cahiers d'école (déclaration de la fille de l'adoptant) et se pose des questions quant à son véritable nom de famille (déclaration de la mère de l'adopté).

Il faut conclure que l'adoption repose sur de justes motifs.

Décision

Vu les articles 343 et suivants du code civil.

Vu la requête du 12 février 2007.

Le Tribunal, statuant contradictoirement,

après avoir entendu monsieur Patrick GAILLIET, juge suppléant f.f. de substitut du procureur du Roi, en son avis donné verbalement à l'audience du 16 novembre 2007.

Prononce l'adoption simple par:

M. X, né à Favara (Italie), le (...) 1952, époux de Z, de nationalité italienne, domicilié à (...) Liège,

de:

M. Y, né à Verviers, le (...) 1967, de nationalité belge, époux de Z, domicilié à (...) Oupeye.

Constate que l'adopté portera le nom de X et que ses prénoms resteront inchangés.

Dit que conformément aux dispositions de l'article 1231-19 du Code judiciaire, le dispositif du présent jugement, lorsqu'il sera passé en force de chose jugée, sera transmis par le greffier à l'Officier d'État civil de Liège.

Délaisse les dépens à charge du requérant.

OBSERVATIONS

*L'écartement de la loi étrangère au profit du droit belge en matière d'adoption**¹

Silvia PFEIFF

Avocate, Assistante à l'ULg et à l'ULB

L'article 67 du Code de droit international privé prévoit un rattachement en cascade pour déterminer la loi applicable en matière d'adoption. Le premier critère retenu est celui de la nationalité du ou des adoptants au moment de l'adoption². En cas de pluralité d'adoptants, à défaut pour eux d'avoir une nationalité commune, la loi de l'État de leur résidence habituelle au moment de l'adoption sera prise en considération. En l'absence de résidence dans un même État, la loi belge régira l'établissement de la filiation adoptive.

Dans son 3^{ème} alinéa, l'article 67 énonce toutefois une clause d'exception particulière en indiquant que le juge belge peut écarter la loi étrangère normalement applicable au profit du droit belge pour autant que deux conditions cumulatives soient remplies: l'application du droit étranger désigné nuit manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté et le ou les adoptant(s) ont des liens manifestement étroits avec la Belgique³.

Les décisions commentées donnent l'occasion d'examiner brièvement la portée et le fonctionnement de ces deux critères.

1. La violation manifeste de l'intérêt supérieur de l'adopté

Cette première condition n'est pas étonnante et fait écho à l'exception d'ordre public international belge prévue à l'article 21 du Code de droit international privé⁴. Tant l'article 3 de la Convention internationale de New York sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 que l'article 22bis de la Constitution belge⁵ affirment clairement que, chaque fois qu'un enfant est concerné, le juge, dans sa prise de décision, doit prendre en considération l'intérêt du mineur de manière primordiale. Ces différentes consécutions législatives permettent d'affirmer que l'intérêt de l'enfant fait aujourd'hui partie de notre ordre public international. Une loi étrangère qui nuirait de façon manifeste à l'intérêt d'un mineur, pourrait dès lors être écartée sur cette base⁶.

(*) *Note sous Civ. Liège (3^{ème} ch.), 30 novembre 2007 et Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 20 novembre 2008, ce numéro, pp. 707 et 726.*

(1) *Mes plus chaleureux remerciements vont à Patrick WAUTELET, professeur à l'ULg et Fleur COLLIENNE, avocate à Liège et assistante à l'ULg, pour leur relecture.*

(2) *Notons qu'il s'agit du même critère que celui retenu en matière de filiation.*

(3) *Le juge qui fera application de cette clause d'exception devra certes motiver sa décision. Toutefois, cette possibilité offerte au tribunal témoigne d'une volonté de favoriser l'adoption en raison notamment de son importance sociologique en tant que mode d'établissement de la filiation. Doc. Parl., Sénat, 2003, 3-27/1, p. 100 et s.*

(4) *Voyez en ce sens le commentaire de M. FAL-LON dans le rapport fait au nom de la Commission de la justice, Doc. Parl., Chambre, 2003-2004, 51-1078/05, p. 39; pour un commentaire général de l'article 21 du Code de droit international privé voyez M. TRAEEST, «*Openbare orde-exception*», *Le code de droit international privé commenté*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 112 et s.; sur la notion d'ordre public international belge, voy. récemment Cass., 18 juin 2007, *Revue@dipr.be*, 2007/2, p. 33.*

JURISPRUDENCE

(5) Telle que modifiée suite à la révision de la Constitution du 22 décembre 2008, M.B. du 29 décembre 2008.

(6) Il nous semble que depuis la modification constitutionnelle, l'on parviendrait au même résultat en se basant directement sur le nouvel article 22bis de la Constitution et non sur l'article 67, alinéa 3 du Code. En effet, la Constitution primant le Code de droit international privé, l'on devrait pouvoir écarter la loi étrangère désignée par l'article 67, si cette dernière conduisait à une violation de l'intérêt de l'enfant. Sur la problématique de l'applicabilité directe de la Convention internationale sur les droits de l'enfant voyez not. O. DE SCHUTTER, S. VAN DROOGHENBROECK, F. TULKENS, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 193 et s.; J. VERHOEVEN, « La mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant - Observations en droit des gens », in *La convention des droits de l'enfant et la Belgique*, sous la direction de M.-Th. MEULDERS-KLEIN, Bruxelles, Story Scientia, 1992, p. 62 et s.

(7) Sur cette question voyez A. OTTEVAERE, « Adoptions internationales et intérêt supérieur de l'enfant », J.T., 2009, p. 309 et s.; F. COLLIENNE, « L'adoption « économique » sanctionnée au nom de l'« intérêt de l'enfant », dans cette revue, ou plus généralement sur l'intérêt de l'enfant A.-C. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », R.G.D.C., 1988, p. 200.

(8) Sur les difficultés rencontrées en matière d'adoption internationale par des couples homosexuels, voy. F. COLLIENNE, « L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux; une perspective réaliste ? », R.T.D.F., 2006, p. 963 et s.

(9) Pour autant évidemment qu'il s'agisse de l'adoption d'un mineur.

On peut dès lors se demander si l'article 67, alinéa 3, a encore lieu d'être, et ce d'autant plus que le premier alinéa de cet article renvoie expressément à l'article 357 du Code civil qui précise que « *quel que soit le droit applicable à l'établissement de l'adoption, les conditions visées à l'article 344-1 doivent être remplies et l'adoptant ou les adoptants doivent être qualifiés et aptes à adopter* ». L'article 344-1 du Code civil énonce les conditions fondamentales de l'adoption : « *toute adoption doit se fonder sur de justes motifs et, si elle porte sur un enfant, ne peut avoir lieu que dans son intérêt supérieur et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international* ».

Il nous semble toutefois que l'alinéa 3 de l'article 67 garde tout son intérêt, d'une part, en facilitant la vie du praticien qui pourra directement se référer à cette disposition particulière sans détour par d'autres textes ou dispositions et, d'autre part, en permettant l'application du droit belge dans l'intérêt de l'adopté cette fois majeur qui n'est pas « protégé » par l'exception générale de l'ordre public international belge - celle-ci visant uniquement l'intérêt de l'enfant, par définition mineur.

Sans vouloir entrer dans un examen de la notion d'intérêt de l'enfant en matière d'adoption⁷, il est utile de s'interroger sur les cas d'application d'une loi étrangère qui pourraient éventuellement conduire à une violation manifeste de l'intérêt de l'adopté. Deux scénarios sont envisageables : celui où le droit étranger autoriserait une adoption qui ne serait en soit pas autorisée en droit belge et celui où, au contraire, le droit étranger ne permettrait pas l'adoption sollicitée.

La première hypothèse est plutôt théorique. En effet, le droit belge de l'adoption est souvent qualifié en droit comparé d'ouvert et de progressiste. Il autorise l'adoption dans des cas où certaines législations étrangères ne l'acceptent pas (notamment en admettant l'adoption par des

couples non mariés ou des couples homosexuels, mariés ou non). En outre, dès lors que l'article 67 du Code de droit international privé renvoie aux conditions fondamentales retenues par le législateur belge et inscrites aux articles 357 et 344-1 du Code civil, les éventuelles conditions de sauvegarde manquantes dans la loi étrangère sont directement comblées en application des règles matérielles de droit civil belge, sans qu'un détour par l'article 67 alinéa 3 ne soit nécessaire. Concrètement, cela signifie que quel que soit le contenu de la loi étrangère désignée, le projet d'adoption doit se fonder sur de justes motifs, être dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le ou les adoptant(s) doivent être qualifiés et aptes à adopter. L'on voit difficilement comment, ces conditions étant remplies, l'application du droit étranger pourrait encore nuire de façon manifeste à l'intérêt de l'adopté.

Beaucoup plus fréquentes, par contre, sont les hypothèses où l'application du droit étranger constitue une entrave à un projet parental possible en droit belge. L'on pense notamment à l'adoption par une personne célibataire ou deux personnes non mariées mais cohabitant légalement ou un couple homosexuel⁸.

Toute la question demeure alors de savoir si le refus de l'adoption par la législation étrangère alors que l'adoption serait autorisée en droit belge - c'est-à-dire par hypothèse que les consentements requis ont été donnés et que l'adoption est fondée sur de justes motifs et qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant⁹ - constitue nécessairement une violation manifeste de l'intérêt de l'adopté.

Dans la décision commentée du 30 novembre 2007, le tribunal de première instance de Liège a procédé à un examen *in concreto* de l'intérêt d'un adopté majeur. L'adoptant était italien et l'adopté belge. En vertu de l'article 67 alinéa 1^{er} du Code de droit international privé, la loi italienne devait être appliquée pour l'établissement de la filiation adoptive. Toutefois, la loi

JURISPRUDENCE

italienne prévoit que l'adoptant doit avoir au moins 18 ans de plus que l'adopté¹⁰. En l'espèce, la différence d'âge entre les deux ne dépassait pas 15 ans¹¹.

Suite à ce constat, le juge s'est prononcé sur l'intérêt de l'adopté, après avoir examiné la situation particulière qui lui était soumise. En l'espèce, l'adoptant était marié et avait une fille qui considérait l'adopté comme son frère. En outre, la fille de l'adopté s'interrogeait sur son nom de famille et écrivait le nom de famille de l'adoptant sur tous ses cahiers de classe, ce qui indiquait une confusion entre sa possession d'état et la réalité juridique. Après avoir conclu que dans les faits tout le monde se comportait comme une véritable famille - et que toute la famille était désireuse de voir cette situation de fait régularisée par une adoption -, le juge a estimé que cette adoption se fondait sur de justes motifs et que l'application de la loi italienne violait manifestement l'intérêt de l'adopté. L'adoption simple a dès lors été prononcée sur base du droit belge.

Dans sa décision du 20 novembre 2008, le tribunal de la jeunesse de Bruxelles a accepté d'appliquer la loi belge pour permettre l'adoption d'un enfant mineur par un couple de ressortissants marocains mariés, alors que le droit marocain¹² ne connaît pas l'institution de l'adoption. Le tribunal a constaté, à cet égard, que l'enfant avait été abandonné et n'avait aucune famille au Maroc. L'enfant avait été confié aux parties par acte de *kefala*¹³ en août 2005 et vivait depuis juin 2006 avec le couple en Belgique. La juridiction a estimé, à bon droit selon nous, que l'application du droit marocain nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'enfant concerné en ne permettant pas de lui attribuer une famille d'adoption.

Il convient de relever que, dans les deux cas d'espèce, l'adopté n'avait plus de relation avec sa famille biologique et qu'il faisait entièrement partie du ménage des adoptants. L'on ne peut qu'approuver cette

interprétation de l'intérêt de l'adopté visant à faire correspondre la situation de droit avec la situation de fait préexistante¹⁴. Cette interprétation est dans la lignée de l'arrêt Wagner et J.M.W.L. de la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹⁵ et nous semble conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant notamment l'obligation pour les États de respecter une vie de famille existante¹⁶. La situation serait toute différente si l'adoption avait pour conséquence de rompre des liens familiaux préexistants. Il appartiendrait alors au juge de mettre en balance les différents intérêts en jeu ce qui pourrait s'avérer être un exercice périlleux.

L'on pourrait imaginer de multiples hypothèses où l'article 67 alinéa 3 pourrait être invoqué et notamment l'hypothèse où le droit normalement applicable ne permettrait pas l'adoption par un couple homosexuel alors qu'une vie familiale effective serait préexistante. Cependant, il convient d'être attentif au fait que si le droit étranger devait être écarté, l'adoption prononcée en Belgique risque dans de nombreux cas de ne pas être reconnue à l'étranger. En vue d'éviter les effets néfastes de ces situations « *boiteuses* », l'on ne peut qu'approuver la condition supplémentaire contenue à l'article 67 alinéa 3 du Code, qui exige, outre une nuisance à l'intérêt de l'adopté, l'existence de liens manifestement étroits entre le ou les adoptants et la Belgique.

2. Les liens manifestement étroits avec la Belgique

Conscient du risque lié au fait que l'adoption prononcée en application de la clause d'exception prévue par l'article 67 du Code de droit international privé ne soit pas reconnue à l'étranger, le législateur a énoncé une condition supplémentaire à laquelle est subordonnée la possibilité d'écarter la loi normalement applicable au profit du droit belge: le ou les adoptants doivent avoir des liens manifestement étroits avec la Belgique¹⁷.

(10) Article 291 du Code civil italien.

(11) Notons qu'en vertu de l'article 345 du Code civil cette différence d'âge est suffisante pour permettre l'adoption en droit belge.

(12) Normalement applicable en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 67 du Code de droit international privé.

(13) Pour une analyse récente de la *kefala* en droit marocain et sa reconnaissance en droit belge, S. SAROLÉA et C. HENRICOT, « Droit international privé et droit de la famille » in *Recyclage en droit - Actualités en droit international privé*, Anthemis, 2009, p. 161 et s.

(14) Toutefois, il convient d'être particulièrement prudent et attentif à l'article 363.1 du Code civil, tel que modifié par la loi du 24 avril 2003 qui interdit, sauf en cas d'adoption intrafamiliale, tout contact préalable entre l'adopté et le ou les adoptants en cas d'adoption internationale.

(15) C.E.D.H., 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n° de requête 76240/01.

(16) Notons que les juridictions ont déjà à plusieurs reprises et ce avant même l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, écarté la loi étrangère lorsque celle-ci ne permettait pas l'adoption, au profit de la loi belge alors qu'il existait une réelle vie de famille. Ces décisions s'appuyaient sur la violation de l'ordre public international belge et des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Voy. sur ce point notamment F. COLLIENNE, « Ordre public, adoption internationale et Convention européenne des droits de l'Homme », R.T.D.F., 2004, p. 575 et s. ainsi que la jurisprudence citée. Il convient toutefois de rappeler que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne protège pas le simple désir de fonder une famille, mais uniquement une vie familiale préexistante comme rappelé dans l'arrêt Fretté, C.E.D.H., Fretté c. France, 26 février 2002, J.L.M.B., 2002, p. 752, obs. P. MARTENS.; R.T.D.F., 2003, p. 137, obs. G. RUFFIEUX.

(17) Cette condition supplémentaire n'étonne pas. En effet, elle est inhérente à l'exception générale de l'ordre public international belge reprise à l'article 21 du Code de droit international privé dont l'article 67 alinéa 3 n'est qu'une consécration particulière comme démontré ci-dessus. En outre, elle rappelle, sans toutefois être aussi restrictive, les principes de la clause d'exception contenue à l'article 19 du Code de droit international privé.

JURISPRUDENCE

(18) Notons à ce stade que le rattachement avec la Belgique n'est pas nécessairement étroit puisqu'il suffit que l'adopté ou l'un des adoptants soit belge ou ait sa résidence habituelle en Belgique pour justifier la compétence des juridictions belges sur base de l'article 66 du Code de droit international privé.

(19) Soulignons à cet égard qu'il ne peut s'agir de la nationalité commune des adoptants ou de la nationalité de l'adoptant s'il souhaite adopter seul, sinon la loi belge s'appliquerait en vertu du premier alinéa de l'article 67 du Code de droit international privé.

(20) En cas de nationalité (commune) étrangère afin d'éviter l'application du deuxième alinéa de l'article 67 du Code de droit international privé.

(21) Cela ressort clairement de la définition de la résidence habituelle se trouvant à l'article 4, § 2, alinéa 1, du Code de droit international privé. Pour un examen de la notion de résidence habituelle en droit belge et européen voy. notamment S. PFEIFF, « Le règlement Bruxelles IIbis. Bilan provisoire et perspectives de réforme », Espace judiciaire européen. Acquis et enjeux futures en matière civile, sous la coordination de G. DE LEVAL et M. CANDELA SORLANO, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, p. 61 et s. et la jurisprudence y citée.

Toutefois, le texte ne précise pas ce qu'il faut entendre par ces termes « liens manifestement étroits ». En réalité, il appartient au juge d'examiner *in concreto* s'il existe un faisceau d'éléments concordants qui justifie le rattachement à la loi belge¹⁸.

La nationalité belge d'un des adoptants¹⁹ ou la résidence habituelle en Belgique²⁰ sont des éléments classiquement pris en considération.

Cependant, ce dernier critère suscite une interrogation. En effet, il est communément admis qu'une résidence habituelle peut être acquise en un très court laps de temps après qu'une personne s'installe dans un État, pour autant qu'elle ait l'intention réelle d'y fixer durablement le centre de ses intérêts²¹. Il est dès lors possible qu'une personne ait acquis une résidence habituelle en Belgique depuis seulement quelques mois avant l'introduction de la procédure. En cas d'absence de durabilité de la résidence du ou des adoptants, les liens manifestement étroits avec la Belgique devront être corroborés en outre par d'autres éléments tels notamment l'existence d'un immeuble, de la famille ou d'un emploi en Belgique.

À cet égard, il convient de relever que dans sa décision du 30 novembre 2007, le juge a procédé à un examen concret de la situation de l'adoptant et a déduit l'existence de liens étroits avec la Belgique des éléments suivants :

- l'adoptant réside depuis des années en Belgique,
- l'adoptant est marié avec une Belge et vit avec elle depuis des années,
- l'adoptant a élevé l'adopté, fils de son épouse, qui a aussi la nationalité belge,
- l'adoptant a une fille belge.

En ce qui concerne la deuxième décision examinée, une partie résidait depuis 12 ans en Belgique et l'autre depuis six ans. Les deux ont exprimé leur intention de s'établir en Belgique ce qui était en outre conforté par le fait que l'une des parties y avait un emploi.

Comme nous l'avons vu, l'article 67 alinéa 3 a été utilement exploité par les juridictions afin de permettre des adoptions qui n'auraient pas été possibles en application des critères de rattachement généraux des deux premiers alinéas. Il faut néanmoins garder à l'esprit que ces adoptions ne seront pas nécessairement reconnues à l'étranger et qu'il convient de ne les autoriser que s'il existe un lien réel entre l'adoptant et la Belgique. Toutefois, ce risque de refus de reconnaissance n'est pas propre à l'application de la clause d'exception et existe à chaque fois que le droit applicable n'est pas celui de l'État qui devra se prononcer sur la reconnaissance. Il nous semble que cela ne devrait dès lors pas constituer un obstacle à l'autorisation d'une adoption qui servirait l'intérêt de l'adopté.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE LIÈGE (3^{ème} ch.)

11 janvier 2008

n° 07/4113/A

X c/ Y

Siège : Mme Ch. Theysgens, juge unique

M. Pc : M. P. Gailliet, juge suppl.

Plaid. : Me J. Coste et Me J. Berten, avocats

FILIATION — RECHERCHE DE PATERNITÉ — APPLICATION DE LA LOI NATIONALE DE L'AUTEUR — ART. 62, CODIP — DROIT SIERRA-LÉONAIIS APPLICABLE — IMPOSSIBILITÉ D'ÉTABLIR LE CONTENU DU DROIT ÉTRANGER — ART. 15, CODIP — APPLICATION DU DROIT BELGE — DÉSIGNATION D'UN EXPERT EN BIOLOGIE MÉDICALE.