

**L'ADOPTION : UN DÉFI POTENTIEL
POUR UNE UNION EUROPÉENNE EN MUTATION**

Amélie Demange

Mémoire pour le DEA de droit communautaire

*Sous la direction de Cyril Nourissat
Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3*

N°2

Année universitaire 2003-2004

Collection des mémoires de l'Equipe de droit public

AVANT-PROPOS

Ce travail constitue le second volume de la collection des « Mémoires de l'Equipe de droit public » que cette Equipe a décidé de lancer. L'Equipe d'accueil, qui fédère six centres de recherche (le Centre de droit constitutionnel, l'Institut d'études administratives, le Centre d'études européennes, le Centre de recherches financières et fiscales, le Centre du droit du développement et des espaces et le Centre lyonnais d'études et de sécurité internationale et de défense) a quatre masters 2 « Recherche » qui lui sont rattachés (Droit public fondamental, Droit européen, Finances publiques et sociales, Droit international public).

La qualité de certains mémoires soutenus dans le cadre de ces masters (qualifiés encore de DEA pour la première année universitaire de mise en place de cette collection : l'année 2003-2004) a incité à décider la publication des meilleurs d'entre eux. Ces travaux de recherche, menés en quelques mois, ne peuvent certainement pas atteindre l'ampleur et la maturité de thèses : mais, dotés d'une fraîcheur indéniable, ils témoignent de la vitalité de la recherche de troisième cycle en droit public et lui apportent une contribution dont chacun pourra apprécier la valeur. Enfin, et ce n'est pas leur moindre intérêt, ils révèlent des talents riches de promesses, qu'une telle publication contribuera, peut-on espérer, à réaliser.

Le mémoire d'Amélie Demange, préparé sous la direction du Professeur Cyril Nourissat et soutenu en septembre 2004 dans le cadre du DEA de Droit européen porte sur « L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation ». De prime abord, sa publication dans une collection consacrée au droit public peut sembler incongrue. Mais, outre qu'un tel cas de figure s'explique par le caractère transdisciplinaire du DEA de rattachement, le sujet choisi comporte maints aspects de droit public et conduit à étudier des matières -telles que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la jurisprudence qui en est issue- par nature réfractaires à cette *summa divisio* de notre droit. En définitive, c'est la qualité qui a été privilégiée, quitte à s'affranchir quelque peu de distinctions qui, toutes vénérables soient-elles, n'en comportent pas moins une part d'arbitraire.

Sylvie Caudal

Professeure à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

Directrice de l'Equipe de droit public

Directrice de l'Institut d'études administratives

A ma grand-mère, Odette TOUSSAINT-DEMANGE

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier les personnes suivantes pour leur précieuse collaboration, leur soutien et leur amitié :

M. Cyril Nourissat pour avoir accepté de diriger ce mémoire.

M. Ledochowski (directeur de l'Institut franco-polonais de la ville de Lyon) et Mme Slaby (experte juridique au Consulat général de Pologne, Lyon).

M. Thionois (président de l'A.D.E.P.A.P.E).

M. Kojemiakov (directeur du service de droit privé du Conseil de l'Europe) et l'Infopoint du Conseil de l'Europe.

Mes amies Fabiola Bennett-Oyarzu, Pascaline Brunner, Olga-Xeni Koukouli, Antje Freese et Sabina Bartlova.

Et Philippe, pour son soutien à toute épreuve et son affection.

SOMMAIRE

Introduction

1^{ère} partie : Le défi de la diversité législative dans l'Union élargie

Titre 1 : Une hétérogénéité manifeste pour les pays d'adoptants

Chap 1 : Un modèle d'une approche conflictuelle : la France et l'Allemagne

Chap 2 : Un modèle d'une approche juridictionnelle : le Royaume-Uni

Titre 2 : Une homogénéité relative pour les pays d'adoptés

Chap 1 : Des critères précis pour l'adoption

Chap 2 : Le prononcé de l'adoption et ses conséquences

2^e Partie : Les enjeux de la diversité des modèles d'harmonisation

Titre 1 : La subsidiarité européenne ou l'ambition d'une Constitution pour l'Europe

Chap 1 : La Charte des droits fondamentaux et le principe de subsidiarité

Chap 2 : L'article III-269 et la poursuite des efforts d'intégration

Titre 2 : La subsidiarité conventionnelle ou le risque d'une harmonisation au rabais

Chap 1 : Un modèle favorable à l'expression des particularismes nationaux

Chap 2 : La question des origines, illustration de l'insuffisance du modèle de
Subsidiarité conventionnelle

Titre 3 : La subsidiarité internationale ou l'espoir déçu d'une meilleure coopération

Chap 1 : La Convention de La Haye de 1993, un compromis au service d'une valeur
Commune : l'intérêt de l'enfant

Chap 2 : La future Convention européenne en matière d'adoption des enfants, modèle
Réussi d'harmonisation ?

Bibliographie

Table des matières

INTRODUCTION

« Christian fait notre bonheur. Ma femme et moi-même ne saurons jamais assez exprimer notre gratitude à l'organisation d'adoption. L'arrivée de Christian a été comme un rayon de soleil. Jacques, notre premier fils, est ravi de son petit frère car il n'espérait plus cette joie. Jamais, nous n'avons été aussi heureux.¹

Ces paroles sont celles d'un couple belge, candidats à l'adoption internationale d'un enfant indien né à Pondichéry à la fin des années 1960 : Christian. Le bonheur dont elles se font l'écho, traduisent aussi le sentiment de soulagement qu'ont certainement dû ressentir les quelques milliers d'adultes, en couple ou personne seule, qui chaque année en Occident souhaitent adopter un enfant de l'étranger.

Car l'adoption internationale, que caractérise le déplacement de populations enfantines de leur Etat d'origine vers l'Etat d'accueil de leur nouvelle famille, est loin d'être aussi idyllique que les media peuvent laisser croire. Avant l'arrivée de l'enfant dans son nouveau foyer – celui des adoptants, ces derniers auront effectué toute une multitude de démarches administratives et judiciaires, tant dans leur pays que dans celui de leur futur enfant. Ils auront à cette occasion pu apprécier l'incohérence des lois et le manque de dialogue entre les autorités des Etats d'origine et d'accueil de leur futur enfant.

Ces obstacles conduisent ainsi à s'interroger sur la nature même de l'adoption internationale, phénomène dont l'ampleur ne cesse de croître en Occident, et plus particulièrement en Europe.

L'adoption, cette *« filiation artificielle volontairement créée entre des personnes que n'unit aucun lien biologique »*², a, au cours des trente dernières années, revêtu un caractère international. Si les enfants adoptés proviennent en grande partie des pays du Sud (tels la Colombie, le Brésil, le Vietnam, etc.), une part non négligeable d'entre eux est aussi issue des pays à l'est de l'Europe : l'Extrême-Orient (Chine et Corée du Sud) d'une part, et l'Europe de l'Est d'autre part.

¹ L'auteur de ces lignes, Christian DEMORTIER, est un enfant indien adopté par une famille belge. Il raconte son adoption dans un livre intitulé : « Adopté dans le vide », ed. du Sarment, 2001, p. 9

Cette seconde voie Europe de l'Est – Europe de l'Ouest, qui a connu une progression plus lente que la première (la voie Sud-Nord), est surtout le fait des Etats européens, au sens tout d'abord du Conseil de l'Europe. A ce propos, le rapport explicatif de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants du 24 avril 1967, constatait au paragraphe 3 :

*« Il s'est révélé que les déplacements d'enfants entre Etats membres du Conseil de l'Europe en vue de leur adoption ne constituaient, tout au moins à l'époque, qu'une minorité des cas d'adoption internationale concernant ces Etats. Pour cette raison et, d'autre part, l'adoption internationale n'étant qu'un cas spécial de l'adoption en général, le sous-comité a conclu que le meilleur moyen pour le Conseil de l'Europe d'assurer des garanties appropriées à l'adoption internationale des enfants serait de traiter de leur adoption en général. »*³

Quant à l'ancienne Communauté économique européenne (ci-après « la CEE »), elle était, à la fin des années soixante, très peu concernée par ce phénomène. Mais cette réalité vieille de plus de trente ans est aujourd'hui dépassée. Premièrement, à titre individuel, les Etats membres de l'ancienne CEE, rebaptisée depuis Maastricht « Union européenne » (ci-après « l'UE »), ont progressivement acquis le statut de « principaux pays d'adoptants » au niveau mondial et européen⁴. Deuxièmement, au niveau communautaire, l'Union est devenue un foyer majeur d'adoption dans le monde, et plus particulièrement pour les adoptions est-ouest. Cette tendance s'est renforcée avec son élargissement le 01 mai 2004 aux pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO), grands « pourvoyeurs » d'adoptés⁵. L'intégration de ces nouveaux Etats a non seulement permis d'accroître les déplacements est-ouest, mais aussi de leur conférer un caractère « communautaire » ou « intra-communautaire » : les pays d'adoptants (que sont les « anciens » Etats membres de l'Union) se retrouvant à cohabiter

² Françoise VASSEUR-LAMBRY, „La famille et la Convention européenne des droits de l'homme“, ed. L'Harmattan, 2000, p. 325

³ Convention européenne en matière d'adoption des enfants (STE n° 058), *Rapport explicatif*, 1. Historique, paragraphe 3, p. 1. Source : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/058.htm>.

Le paragraphe 4 du même rapport explicatif énonce également :

« Dès lors, le sous-comité a recommandé la préparation d'une convention internationale.

A cette fin, deux solutions pouvaient être envisagées : l'élaboration d'une Convention portant réglementation uniforme, ou l'élaboration d'une Convention contenant un minimum de principes essentiels auxquels chaque Partie Contractante donnerait effet. Le sous-comité a choisi la seconde solution et a établi une liste indicative de ces principes. En outre, il a préparé une liste supplémentaire de principes susceptibles d'être ajoutés à la Convention, et que les Parties Contractantes seraient libres d'accepter ou non ».

⁴ Pour statistiques, voir l'ouvrage de Jean-Vital DE MONLEON, « Naître là-bas, grandir ici : l'adoption internationale », ed. Belin, 2003.

Par exemple, la France est en Europe le premier pays d'adoptants, et au niveau mondial le second derrière les Etats-Unis d'Amérique.

⁵ L'UE s'est aussi élargie aux îles de Chypre et Malte, mais ces deux pays ne sont guère connus pour être des pays d'adoptés.

avec les pays d'adoptés (les « nouveaux » membres) au sein du même espace géographique et juridique.

Cependant, cette première mutation de l'UE (en un espace de pays d'adoptants et d'adoptés) n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés, voire de défis. Le premier étant la gestion des flux d'adoption internationale, que caractérisent les relations particulières entre Etat d'origine et Etat d'accueil de l'enfant adopté (compétence des autorités, conflits de lois et de juridictions, reconnaissance et effet du jugement d'adoption.)

Comme il a été mentionné en début d'introduction, l'arrivée d'un enfant étranger dans le foyer des parents adoptifs aura nécessité en amont, mais aussi en aval, une multitude de démarches, auprès des autorités administratives et judiciaires des pays respectifs de l'adopté et des adoptants. Ces démarches sont énoncées dans les accords bilatéraux ou les conventions internationales, élaborés par les Etats eux-mêmes en vue de faciliter le processus d'adoption et d'accorder ainsi à l'enfant une plus grande sécurité juridique.

C'est ainsi que la communauté internationale a su se doter au fur et à mesure du développement de l'adoption dans le monde d'instruments conventionnels visant à en contrôler le déroulement. En 1965 fut ainsi élaborée la Convention de La Haye en matière de juridiction, loi applicable et reconnaissance des jugements d'adoption.⁶ Première convention à traiter spécifiquement et exclusivement de l'adoption d'enfants, elle avait pour objectif d'assurer, autant que faire ce peut, la protection des enfants dans le processus d'adoption.⁷ Etant devenue, avec le temps, inapte à résoudre les difficultés de l'adoption internationale⁸,

⁶ Cette convention fut au départ signée le 15 novembre 1965 par le Royaume-Uni, l'Autriche et la Suisse en 1967. Puis intervint la phase de ratification : 1968 en Autriche, 1973 en Suisse et 1978 au Royaume-Uni.

⁷ Le Professeur J.H.A VAN LOON précisait à cet égard :

« *With this objective in mind, the Permanent Bureau had prepared a draft Convention with a number of procedural provisions providing for co-operation between the courts and authorities of the habitual residence of the adopters and those of the child's habitual residence, along with the provisions of a substantive character aiming at reinforcing the position of the child within the adoptive family* ».

J.H.A VAN LOON, *International Co-operation and Protection of Children*, in "Académie de Droit International", Recueil des cours – Collected courses, vol. VII, ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 304

⁸ Cette convention ne connut guère de succès, en raison notamment de (a) l'étroitesse de son champ d'application et son caractère non-exclusif, (b) les nombreuses réserves permises avec, en conséquence, la destruction de l'uniformité qu'elle essayait de créer, et (c) son silence sur les effets de l'adoption.

A propos du point (a), le Professeur J.H.A VAN LOON écrivait :

« *The Convention only applies to adoptions of unmarried children below the age of 18, and not to adult or married adoptees (Art.1). It only applies to judicial decrees ordering adoption, not to purely private contractual forms of adoption, but it does not define what is meant by 'adoption' for the purposes of the Convention. The Convention only applies to adopters and adoptees all of whom are connected both by nationality and habitual residence to a Contracting State. This, of course, considerably restricts the scope of the Convention. The Convention does not have an exclusive character, i.e. the Contracting States may grant jurisdiction to authorities other than those specified in the Convention; these other authorities are not required to comply with the terms of the Convention, but the other Contracting States are not required to recognize adoptions granted by them (Art. 2(c))* ».

J.H.A VAN LOON, op. cit, p. 306

elle fut remplacée par la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993 (ci-après « la Convention de La Haye. A cela s'ajoute la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (ci-après « la C.D.E. ») Ces deux instruments marquent une nouvelle étape, en ce qu'ils affirment l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux dans le processus d'adoption⁹, ainsi que le caractère subsidiaire de l'adoption internationale.

A l'inverse, au niveau régional, l'Union européenne s'est distinguée par l'absence d'instruments juridiques spécifiques à l'adoption. Cela s'explique par sa raison d'être, diront les critiques : en tant qu'entité économique, elle ne devait logiquement pas élaborer de dispositions relatives aux enfants et, plus généralement, aux personnes ne pouvant être considérés comme des agents économiques. Mais ce constat pour le moins négatif doit être nuancé. En effet, si les Etats membres de l'UE ne se sont jusqu'alors pas intéressés à l'adoption internationale, tel n'est cependant pas le cas lorsqu'ils se réunissent dans le cadre de l'espace européen des droits de l'homme, que constituent le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la CEDH ») à Strasbourg.

Ainsi, le Conseil de l'Europe dispose-t-il depuis le 24 avril 1967 d'une Convention européenne en matière d'adoption des enfants, dont le but est « *d'aplanir les difficultés causées par ces divergences et de permettre en même temps de promouvoir le bien des enfants qui sont adoptés.*¹⁰ Quant à la CEDH, elle a développé depuis la fin des années soixante-dix toute une jurisprudence relative aux adoptions endo-familiales et d'enfants placés en vue d'adoption: un exemple significatif est l'arrêt Marckx c/ Belgique (13.02.1979), première

⁹ Ainsi, le paragraphe 4 du Préambule de la Convention de La Haye déclare-t-il :
« *Convaincus de la nécessité de prévoir des mesures pour garantir que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux, ainsi que pour prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants* ».
Source : <http://perso.wanadoo.fr/gd.melison/sources/traites/LaHaye290593.htm>

¹⁰ Il s'agit ici d'un extrait du paragraphe 4 du Préambule de la Convention qui se lit comme suit :
« *Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires de la présente Convention, Considérant que, bien que l'institution de l'adoption des enfants existe dans la législation de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, il y a dans ces pays des vues divergentes sur les principes qui devraient régir l'adoption, ainsi que des différences quant à la procédure d'adoption et aux effets juridiques de l'adoption (para.3), Considérant que l'acceptation de principes communs et de pratiques communes en ce qui concerne l'adoption des enfants contribuerait à aplanir les difficultés causées par ces divergences et permettrait en même temps de promouvoir le bien des enfants qui sont adoptés (para. 4), Sont convenus de ce qui suit (...)* ».
Source : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/058.htm>

pierre de l'édifice jurisprudentiel¹¹, et plus récemment, l'arrêt Pini et Bertani c/ Roumanie (22.06.2004.)

Cette jurisprudence semble préfigurer les bouleversements des années 2000, qui voient le Conseil de l'Europe s'engager dans un processus de modernisation de ses instruments relatifs à l'adoption internationale : Recommandation 1443 (2000)¹², Livre Blanc du 15.01.2002¹³, Rapports du groupe de travail sur l'adoption¹⁴.

Au vu de cette évolution juridique, est-il toujours judicieux pour l'UE de ne pas adopter d'actes législatifs relatifs à l'adoption et, plus généralement, au droit de la famille transfrontière ? Il semblerait que les institutions communautaires aient déjà répondu à cette question, d'une part en élaborant divers règlements en matière familiale transfrontière¹⁵, et d'autre part en insérant deux articles spécifiques à l'enfant et à la famille dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe : les articles II-84 (droits de l'enfant) et III-269, al. 1 et 3 (coopération judiciaire en matière civile.)

Tenter de réguler les flux d'adoption internationale sur son sol était le premier défi de l'UE. Il apparaît, après analyse, qu'elle ne l'a toujours pas relevé et ce, en dépit de l'insertion d'articles spécifiques dans la Constitution. Si, à notre sens, la volonté de l'Union de régler les problèmes familiaux transfrontières est réelle (ainsi que l'attestent le précédent en matière familiale : le règlement dit « Bruxelles II bis »¹⁶ et l'article III-269), saura-t-elle néanmoins faire face au défi politique (l'intégration législative) que représente l'élaboration d'un instrument communautaire relatif à l'adoption internationale ?

¹¹ D'autres arrêts suivirent : O, H, W, B et R c/ Royaume-Uni (08.07.1987), Olsson c/ Suède (24.03.1988), Söderbäck c/ Suède (28.10.1998), Keegan c/ Irlande (26.05.1994), Odièvre c/ France (13.02.2003), Fretté c/ France (26.02.2002), etc.

¹² Cette recommandation 1443 (2000) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'intitule : *Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale*. Source : <http://www.hri.ca/fortherecord2000/euro2000/bilan2000/documentation/parassembly/r...>

¹³ Ce « Livre Blanc » sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation constitue la première étape de la modernisation de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967.

¹⁴ Les travaux de modernisation de la Convention de 1967 ont été entrepris par le groupe de travail sur l'adoption (CJ-FA-GT1), sous l'égide du comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) du Conseil de l'Europe. Trois rapports ont été rendus :

rapport CJ-FA-GT1 (2003)3 du 27 mars 2003 ; b) rapport CJ-FA-GT1 (2003)30 du 30 octobre 2003 ; c) rapport CJ-FA-GT1 (2004)2. Source : <http://cjfa/gt>

Pour des raisons budgétaires, ils sont momentanément interrompus.

¹⁵ Il s'agit des règlements dits « Bruxelles I », « Bruxelles II » et « Bruxelles II bis ».

¹⁶ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

La méthode proposée à l'article III-269, al. 1 et 3, ainsi que les précédents communautaires qui y font écho, semblent nous conforter dans cette hypothèse. Préconiser le rapprochement des législations nationales, et non la détermination d'une loi applicable ou d'une juridiction compétente (qui, à notre sens, ne satisfait jamais pleinement les Etats) pour résoudre les conflits de lois et de juridictions inhérents au droit de la famille transfrontière (et par extension à l'adoption internationale), n'est-ce pas caractéristique du phénomène d'intégration communautaire, qui doit tendre *in fine* vers la réalisation de l'unité politique ?

Mais cette méthode conduit, en dernier lieu, à nous interroger sur un autre aspect de l'intégration législative au niveau de l'UE. Si les institutions européennes se lancent - une fois la Constitution ratifiée d'ici 2006 - dans l'élaboration d'un instrument communautaire relatif à l'adoption internationale, n'y aura-t-il pas un risque de télescopage, voire de superposition complexe avec les autres instruments conventionnels (la Convention de La Haye, la CEDH) et jurisprudentiels (les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme) qui traitent déjà de cette thématique ? Un acte législatif du Conseil des ministres devra-t-il nécessairement prendre en compte les précédents juridiques en ce domaine ? En d'autres termes, il en irait de l'articulation d'un droit régional, le droit international privé européen de la famille, avec un droit à vocation universel, le droit international privé.

Voilà donc décrit le cadre dans lequel s'inscrit notre étude. Cependant, l'analyse de l'adoption internationale dans l'espace communautaire requiert plus qu'un simple cadre : une approche basée sur l'élaboration de critères spécifiques et sur l'interdisciplinarité (droit, histoire, psychologie et social.)

En premier lieu, la sélection de pays d'adoptants et d'adoptés pour analyse aura été nécessaire. Le recours aux sites gouvernementaux (statistiques), mais aussi à Internet, aura permis de retenir trois pays d'adoptants (Allemagne, France et Royaume-Uni) et trois pays d'adoptés (Hongrie, Lettonie et Pologne), sur la base des critères suivants :

- (a) L'origine nationale des parents adoptifs et de l'adopté.
- (b) L'adhésion des Etats aux conventions internationales (la Convention de La Haye et la C.D.E) et européennes (la Convention européenne de 1967.)
- (c) L'accès à l'information (les informations sur les pays sélectionnés sont-elles disponibles? Si oui, dans quelle mesure ?)
- (d) L'importance du pays dans l'Union (taille, poids politique, appartenance à une zone géographique précise.)

- (e) Le système juridique (de droit romano-germanique? , de droit coutumier ?)
- (f) La langue (toutes les informations ne sont pas disponibles en français ou en anglais. Ainsi pour les pays de l'Est, la législation n'était disponible dans les bibliothèques utilisées qu'en allemand. Seule la Lettonie a traduit sur le site de son Ministère de la Justice la législation pertinente en anglais.)

Chacun de ces pays présente un intérêt particulier, pertinent pour cette étude et que nous décrivons ici brièvement : la France est le premier pays d'adoptants en Europe et deuxième dans le monde, juste derrière les Etats-Unis. Au niveau des systèmes juridiques, elle représente avec l'Allemagne le droit romano-germanique, à l'opposé du droit coutumier caractéristique du Royaume-Uni. Dans les pays d'adoptés, le poids politique de la Pologne et le grand nombre d'enfants polonais et lettons adoptés auront retenu notre attention. Quant à la Hongrie, une place de choix devait aussi lui être accordée, en raison notamment du rôle prépondérant de son administration dans le prononcé de l'adoption, et de son adhésion à une seule convention internationale relative aux enfants et à l'adoption : la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

En second lieu, la variété des sources s'est révélée cruciale en vue de parvenir à un traitement global et lisible de l'adoption internationale dans l'UE. L'utilisation d'articles de doctrine rédigés par des juristes des pays concernés aura été utile à une meilleure compréhension de l'adoption dans ces Etats¹⁷. Le recours à des ouvrages traitant de l'histoire et de la culture (en Europe de l'Est surtout), sera venu parfaire cette compréhension¹⁸. Enfin, il est apparu judicieux de donner la parole aux personnes sur un sujet qui les concerne. Pour ce faire, nous avons procédé à l'interview de responsables d'associations travaillant dans ce domaine, au recueil de témoignages de personnes vivant l'adoption de près ou de loin, ainsi qu'à la lecture et l'analyse d'ouvrages de psychologie.

L'adoption internationale pose donc un certain nombre de défis, lorsqu'elle interfère avec la sphère communautaire. Pour y répondre, l'Union n'aurait-elle pas intérêt à : d'une part, évaluer les difficultés qu'engendre la diversité des lois de ses Etats membres (pays d'adoptants et d'adoptés) au processus d'intégration (partie 1) ? D'autre part, analyser en profondeur les différents modèles d'adoption existant au niveau européen (la CEDH et

¹⁷ Nous avons estimé qu'ils étaient plus à même d'expliquer leur droit de l'adoption et de mettre en lumière toutes les nuances.

l'article III-269, al. 3) et au niveau mondial (la Convention de La Haye), avant de proposer un instrument spécifique ? La raison en est : la détermination du modèle le plus apte en tant que base d'un futur instrument communautaire, mais aussi le souci d'articulation de l'ordre juridique de l'Union avec l'ordre mondial (partie 2.)

Cette méthode, qui peut paraître lourde à certains, est cruciale lorsque l'on sait à quel point il est difficile pour des Etats de s'accorder en vue de résoudre des conflits internationaux. A cet égard, les propos du Professeur Bischoff en 1985 ne résonnent-ils pas d'une grande pertinence ? :

« One has the feeling that few countries have really found their way and that in any case the situation is not yet ripe for an attempt towards multilateral unification »¹⁹.

¹⁸ Le caractère particulier des législations hongroise, polonaise et lettone est en effet très marqué par l'histoire de l'ancienne URSS.

¹⁹ Jean-Marc BISCHOFF, *Introduction comparative*, R.I.D.C, mars 1985, p. 713 (version française).

1^{ère} partie : Le défi de la diversité législative dans l'Union élargie.

Alors qu'avant le 01 mai 2004, les pays dits « d'adoptants » constituaient la majeure partie de l'Union européenne (ici la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni) et que les pays dits « d'adoptés » (ici la Pologne, la Hongrie et la Lettonie) se situaient à la périphérie de cette même Union, tous – dorénavant et passé l'élargissement – se retrouvent à cohabiter au sein du même espace géographique.

Titre 1 : Une hétérogénéité manifeste pour les pays d'adoptants.

La diversité législative qui prévalait bien avant l'élargissement s'en est par conséquent trouvée accrue. D'une part, au sein des pays d'adoptants, l'analyse du droit comparé permet de mettre en lumière une hétérogénéité manifeste des législations nationales en matière d'adoption, que l'appartenance à l'Union n'a pas réduite (chapitre 1.)

Cette hétérogénéité au sein des « anciens » Etats membres de l'Union contraste singulièrement avec une relative homogénéité parmi les « nouveaux » Etats membres, qui, dans le cadre des adoptions intra-communautaires, demeurent les principaux « pourvoyeurs » d'enfants (chapitre 2.)

Au terme de l'analyse comparative des législations des pays mentionnés ci-dessus, il ressort que la diversité représente un véritable défi pour l'Union élargie. Ce défi prend toute sa signification au regard des tentatives nombreuses de convergence des droits de la famille en Europe et des législations relatives à l'adoption, en vue de faire de celle-ci un domaine où les intérêts de toutes les parties concernées (enfant, famille d'origine et famille adoptive) sont équitablement respectés et où prime une plus grande sécurité juridique, nécessaire au bon déroulement et à la réalisation effective de l'adoption.

Chapitre 1 : Un modèle d'approche conflictuelle : la France et l'Allemagne.

Cette hétérogénéité tient essentiellement à l'appartenance des pays étudiés ci-dessus à deux familles de droit différent : le droit romano-germanique et son approche conflictuelle (section 1) et le droit coutumier ou « common law », d'approche juridictionnelle (section 2.)

Section 1 : Encadrement et définition de l'approche.

L'approche conflictuelle est caractérisée par l'établissement d'un rapport de droit liant le ou les adoptants à l'adopté, et qui lie ou délie l'adopté et sa famille d'origine. Il convient alors de se demander quelle loi applicable régit ce rapport, tant en ce qui concerne ses conditions (de fond comme de forme) que ses effets.

Traditionnellement, les pays d'approche conflictuelle distinguent les conditions de l'adoption et leurs effets, ce qui, « *as far as the conditions for adoption are concerned, no problem arises where both the adopters and the adoptee have the same foreign personal law, be that the law of the domicile or the national law.* »²⁰

Tel n'est cependant pas le cas de l'adoption internationale, où l'adoptant et l'adopté sont fréquemment de nationalité différente, ce qui pose le problème de la loi applicable et, de manière sous-jacente, celui de l'adoption pratiquée par deux époux eux-mêmes de nationalité différente. Ainsi apparaît le premier conflit de l'adoption, qui se situe au niveau de ses « conditions ».²¹

Mais l'approche conflictuelle ne se définit pas uniquement par rapport aux conditions de l'adoption. Elle se caractérise également par la soumission de ses « effets » à la même loi qui en gouverne les conditions, en d'autres termes la loi de l'adoptant.²²

Le problème est surtout celui du domaine d'application de cette loi. Dans l'ensemble celle-ci s'applique à ce que l'on peut appeler « les effets spécifiques de l'adoption », c'est-à-dire le type et la durée de l'adoption, l'intégration de l'adopté dans la famille de l'adoptant, l'autorité parentale.

En résumé, l'approche conflictuelle ne privilégie guère la simplicité. Les conflits qu'elle entraîne rendent l'adoption internationale d'un enfant difficile, tant pour l'adopté dont la sécurité juridique n'est *a priori* pas assurée, que pour les adoptants qui voient leur désir de devenir parents soumis à la question de la loi applicable (conditions et effets du jugement d'adoption).

²⁰ J. H. A. VAN LOON, Académie de Droit International – Recueil des cours, vol. VII, ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 280.

²¹ Ce premier conflit génère également des difficultés en ce qui concerne les conditions de fond : la compétence des tribunaux. Celle-ci peut être fondée soit par le domicile ou la résidence de l'adoptant (ou des adoptants) ou de l'adopté sur le territoire du for, soit la nationalité du for possédée par l'adoptant (ou les adoptants) ou l'adopté.

²² J.H.A VAN LOON, op.cit., p.280

Section 2 : La notion de « conflit » et ses applications.

Concernent d'une part les conditions de l'adoption (A) et d'autre part ses effets (B).

A. Les conditions de l'adoption.

Ici prévaut une relation ambiguë entre loi nationale de l'adoptant et loi de l'adopté, même si en principe, la première prime sur la seconde. Telle est, en effet, la règle en droit allemand et français (I). Néanmoins, ce principe d'apparence simple, ne résout pas certains problèmes tels que le consentement (II) ou la reconnaissance du jugement d'adoption (III).

I. La loi nationale de l'adoptant et ses limites.

Le droit allemand et le droit français posent le principe de la compétence de la loi nationale de l'adoptant.

Du côté de l'adoptant. Tout d'abord en droit allemand, les articles 22 et 23 du EGBGB déclarent qu'il faut prendre en compte la loi de l'adoptant. Ainsi, pour une personne célibataire, le tribunal applique le droit du pays d'origine de l'adoptant, et s'il s'agit d'une personne mariée ou d'une adoption conjointe par un couple, ce sera le droit relatif au mariage. La nationalité joue également un rôle important dans la détermination de la loi applicable : si les époux sont de même nationalité, ce sera le droit de leur pays d'origine qui sera pertinent. Si leur nationalité diffère, l'article 14 para. 1 du EGBGB prévoit l'application du droit du pays où les époux sont domiciliés.

De grandes similitudes sont à observer du côté du droit français. L'article 370-3 du Code civil énonce clairement à l'alinéa 1 que « *les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union.* » Par conséquent, un adoptant célibataire verra la loi de son pays d'origine s'appliquer ou s'il s'agit d'un couple marié, la loi relative à leur mariage. En matière de nationalité, la « *loi nationale des époux* » est à comprendre de la manière suivante :

Si les époux ont la même nationalité, ce sera leur loi nationale commune qui s'appliquera. S'ils sont de nationalité différente, la loi de leur domicile commun sera pertinente, et à défaut la loi du juge saisi.²³

Il apparaît donc que les adoptions internationales seraient soumises tant dans l'ordre juridique allemand que français, à la loi nationale de l'adoptant. Il faut également souligner que dans les deux cas, le législateur a eu tendance à ne pas rattacher le prononcé de l'adoption à la loi de la résidence habituelle des adoptants et de l'adopté : par souci, semble-t-il, d'éviter les adoptions dites « boiteuses » : à savoir que des adoptants, nationaux d'un Etat prohibant l'adoption, décideraient de revenir en France ou en Allemagne avec l'enfant et de s'y fixer. Avec la conséquence d'une adoption prononcée et valable dans leur pays de résidence, mais inexistante dans celui de l'adopté, d'où une certaine incohérence.

Ce souci d'éviter les adoptions boiteuses se retrouve dans les législations allemandes (article 14 para. 1 du EGBGB) et française (article 370-3, al. 1, *in fine*, Code civil.²⁴)

Les limites de la loi nationale de l'adoptant. En droit allemand, l'article 14 para. 1 du EGBGB fait mention du cas d'un ou des adoptants appartenant à un pays de droit religieux :

« *In Betracht kommen aber vor allem auch gemeinsame soziale Bindungen der Ehegatten an einen Staat durch Herkunft (im weiteren Sinne), Kultur, Sprache und berufliche Tätigkeit, ferner gemeinsam (nicht nur ganz vorübergehender) Aufenthalt der Ehegatten in einem Staat, gemeinsam Zugehörigkeit zu einem religiösen Recht (...).* »²⁵

L'hypothèse la plus classique est celle des pays islamiques où l'adoption est remplacée par le système de la *kafalah* (exception faite toutefois des trois pays islamiques que sont l'Indonésie, le Sénégal et la Turquie).²⁶ Autre précision : il semble que le droit allemand ne

²³ Civ. 19 févr. 1963, *Chemoumi*, GAJDIP, 3^e éd. n°31

²⁴ Article 370-3, al. 1, *in fine* : « *l'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un ou l'autre la prohibe* ».

²⁵ (IPR) EGBGB 14, para. 1, Rd Nr. 10 :

« Entrent avant tout en ligne de compte également les liens sociaux du couple à l'Etat par le biais de l'origine (au sens large), la culture, la langue et l'activité professionnelle, ainsi que (et pas seulement de manière temporaire) le séjour du couple dans un Etat de droit religieux. » (traduction libre)

²⁶ La *kafalah* : « cette institution peut être définie comme un placement en vue de la protection psychique, sanitaire et éducative de l'enfant. L'Islam exhorte en effet ses adeptes à aider tous ceux qui sont dans le besoin, spécialement les orphelins. Ainsi, même si généralement, l'adoption et à plus forte raison l'adoption internationale ne semblent pas possibles dans les termes définis par les textes internationaux, la *kafalah* permet selon l'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant de répondre, au même titre que l'adoption, aux besoins de l'enfant qui, « privé temporairement ou définitivement de son milieu familial ou que dans son propre intérêt on ne peut laisser dans ce milieu doit bénéficier d'une protection particulière de remplacement.

Isabelle COGLIATI, doctorante CERI, *Adoption internationale et respect de l'enfant*.

prenne en considération que le cas unique d'un couple marié où les deux époux sont de statut prohibitif. Dans ce cas, l'adoption ne pourra être prononcée.

En droit français, le statut prohibitif de l'adoptant comme limite à l'adoption est inclus dans l'article 370-3, al. 1 du Code civil, ce qui lui donne une certaine force : « *Toutefois, l'adoption ne peut être prononcée si la loi nationale de l'un ou de l'autre la prohibe.* Ainsi, la loi nationale de l'adoptant n'est pas appliquée lorsque des époux de nationalité différente ont des lois qui prohibent l'adoption, alors que la loi de leur domicile commun l'accepte.²⁷ Cette loi prohibitive de l'adoption, vivement critiquée par certains auteurs²⁸, connaît cependant deux limites : a) à la différence du droit allemand (les **deux**²⁹ époux), « *c'est seulement lorsque les lois nationales de **chacun**³⁰ des époux prohibent toutes deux l'adoption que celle-ci ne pourra être prononcée en France* ». ³¹ Et b) « *l'empêchement à l'adoption n'existe que lorsque la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe* ». En faisant le choix de ce verbe, le législateur a fait sienne la distinction amorcée par la circulaire du 16 février 1999 entre les législations qui prohibent l'adoption et celles qui ne la connaissent pas. »³²

Du côté de l'adopté. Quant à la loi de l'adopté, les deux ordres juridiques étudiés ne lui accordent qu'une place résiduelle, et sa prise en compte se limite au domaine du consentement des parents biologiques.

En droit allemand, « *concernant le consentement des parents biologiques ou d'autres membres de la famille biologique, il faut appliquer également le droit du pays d'origine de l'enfant* »³³. A cet égard, le droit allemand opère une application distributive de la loi nationale de l'adoptant et de la loi de l'adopté. Par exemple, si un couple allemand adopte un enfant roumain, le tribunal allemand applique le droit allemand ainsi que le droit roumain en ce qui concerne, par exemple, le consentement à l'adoption du père biologique. Le

²⁷ Françoise MONEGER, *Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale*, Rev. Dr Sanitaire et social, 37(2), avril-juin 2001, p. 383

La raison suivante peut être avancée : le législateur a voulu éviter de créer des liens de filiation adoptive qui ne seraient pas reconnus dans les pays d'origine des parents.

²⁸ Françoise MONEGER déclarait à cet égard que « La règle de conflit de lois n'a pas été élaborée en pensant aux étrangers résidant en France. Le souci essentiel semblait être celui de ne pas indisposer les gouvernements marocain et algérien, en imposant l'application de la loi française de la résidence habituelle, souci qui n'avait pas semblé préoccuper le législateur français lorsqu'il avait posé des règles de conflit de lois en matière de filiation en 1972 et de divorce en 1975 (...) ».

In Françoise MONEGER, *Le prononcé d'une adoption en France : les règles de conflits énoncés par la loi du 6 février 2001*, R.I.D.C, avril 2003, p.828

²⁹ C'est nous qui le soulignons.

³⁰ C'est nous qui le soulignons.

³¹ Paul LAGARDE, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification*, Rev. Crit. DIP, 2001, p. 283-284

³² Paul LAGARDE, op. cit. , p. 284

consentement doit être établi d'après et remplir les conditions des deux législations, allemande et roumaine, pour que l'adoption puisse être validée.³⁴

En droit français, en revanche, la prise en compte de la loi de l'adopté, énoncée par la jurisprudence³⁵ et codifiée par la loi du 6 février 2001 (article 370-3, al.2, Code civil) est d'application plus délicate par rapport au droit allemand et son application distributive.

En premier lieu, « *le prononcé de l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle prohibe l'adoption est interdit, sauf lorsque cet enfant est né en France et y réside* ». ³⁶ Ce respect du statut personnel de l'enfant s'explique, pour certains auteurs³⁷, par le fait que l'enfant qui vient en France a vocation à devenir français et sera soumis au droit français.³⁸ Mais *quid* des pupilles de l'Etat, qui peuvent être des enfants étrangers nés à l'étranger, orphelins ou abandonnés par leurs parents en France ? Apparemment, leur adoptabilité est admise et ils doivent faire l'objet d'un projet d'adoption « *dans les meilleurs délais* ». ³⁹

En deuxième lieu, la loi personnelle de l'enfant est, comme en droit allemand, considérée en matière de consentement du représentant légal.⁴⁰ Là encore, son application risque de se révéler délicate puisque le juge français devra examiner les documents étrangers qui lui sont soumis pour apprécier à quelle adoption (plénière ou simple) le représentant de l'enfant a consenti. Mais *quid* de la solution à trouver pour le juge français « *lorsque la loi d'origine de l'enfant ne connaît qu'une adoption sans rupture des liens de filiation qui s'apparente à l'adoption simple du droit français et que les adoptants demandent une adoption plénière ?* » ⁴¹

Pour résumer, les conditions de l'adoption s'appréhendent avec une relative simplicité en droit allemand, tandis que prévaut le conflit en droit français. Cette opposition se retrouve-t-elle à propos du consentement ?

³³ Christoph BENICKE, *L'adoption internationale en droit allemand*, R.I.D.C, avril 2003, p. 791

³⁴ Christoph BENICKE, op. cit., p. 791

³⁵ Arrêt *Fanthou*, 10 mai 1995, RD sanit. Soc. 1995.606, la Cour de cassation a énoncé que « des époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe cette institution, à condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés à l'adoption.

³⁶ Article 370-3, al. 2, Code civil.

³⁷ Françoise MONEGER, *Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale*, RD sanit. Soc., 37(2), avril-juin 2001, p. 384

³⁸ Par ce système, également mis en place par la Convention de La Haye de 1993, la France témoigne du respect de ses engagements internationaux : « le pays d'origine qui est d'ailleurs celui de la résidence de l'enfant et non celui de sa nationalité, doit s'assurer de « l'adoptabilité » de l'enfant ; le pays d'accueil, doit s'assurer que les candidats à l'adoption peuvent adopter. Là encore, c'est le pays de résidence des adoptants qui est pris en compte. » In Françoise MONEGER, *Le prononcé d'une adoption en France : les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001*, R.I.D.C, avril 2003, p. 829

³⁹ Article L.225-1, Code de l'action sociale et des familles.

⁴⁰ Cette règle est posée par l'article 370-3, al. 3 du Code civil.

⁴¹ Françoise MONEGER, op.cit, p. 384

II. L'épineuse question du consentement.

Le consentement des parents biologiques demeure problématique dans les deux ordres juridiques mais, comme nous allons le voir, pour des raisons différentes.

En droit allemand, il répond à des exigences particulières, révélatrices de l'attitude soucieuse du juge d'assurer le bon déroulement de l'adoption. D'une part, le consentement des parents de l'enfant, condition centrale pour l'adoption⁴², ne peut être valablement donné qu'à partir de la huitième semaine après la naissance de l'enfant (para. 1747 BGB). Cette règle vise à éviter les consentements prématurés ou hâtifs. Mais elle ne résout pas le problème du consentement dans les adoptions internationales où, conformément au droit local, les parents peuvent consentir avant les huit semaines de leur enfant.⁴³ Un conflit entre la loi du pays d'origine et la loi du pays d'accueil est par conséquent inévitable.

D'autre part, le droit allemand exige que le consentement soit donné et certifié par un notaire. Cela traduit encore le souci du juge germanique de recevoir un consentement de qualité, c'est-à-dire donné en connaissance de cause par des parents qui auront pris soin de recueillir des conseils sur la portée juridique de leur décision auprès d'une autorité autre que les organismes intermédiaires d'adoption.

Mais la question de la validité du consentement donné à l'étranger par les parents biologiques dans le cadre d'une adoption internationale ne semble toujours pas résolue. Et comme le faisait remarquer Christophe BENICKE⁴⁴, il y a de fortes chances que « *les tribunaux (allemands) obligent les adoptants à faire des efforts considérables pour rechercher les parents biologiques et obtenir de nouveau leur consentement* », lorsque ces derniers se trouvent à l'étranger et qu'il (le consentement) ne remplit pas les conditions du droit allemand.

Des conflits potentiels entre pays d'origine et pays d'accueil apparaissent donc. A la lecture des dispositions en cause, il semblerait que le juge allemand fasse preuve d'une méfiance excessive (par l'imposition d'exigences) quant à la qualité et la validité du consentement des parents biologiques. Ce qui, si le bien-être de l'enfant est la valeur cardinale à laquelle l'Allemagne a souscrit dans le cadre de l'adoption internationale, risque de n'être qu'une illusion : les exigences de l'un pouvant conduire à des situations insatisfaisantes pour

⁴² Christophe BENICKE, *L'adoption internationale en droit comparé*, Petites Affiches, 25 mars 2004, n°61.

⁴³ Christoph BENICKE, *op. cit.*

⁴⁴ Christoph BENICKE, *op. cit.*

l'autre : les adoptants, qui partent à la recherche d'un consentement en bonne et due forme des parents biologiques résidant à l'étranger ; l'enfant et ses parents de naissance qui risquent de voir l'adoption reportée.

Enfin, l'attitude éminemment stricte du juge allemand peut être justifiée au regard du trafic d'enfants. Ainsi, le paragraphe 236 du Code pénal stipule-t-il : « *Les adoptants qui donnent de l'argent aux parents biologiques pour les convaincre de consentir à l'adoption de leur enfant se rendent coupables de trafic d'enfants.* » Or, dans la pratique, cette règle se révèle souvent inefficace : pour la simple raison que ces transactions ont lieu le plus souvent à l'étranger, et qu'il est difficile pour les tribunaux allemands d'en avoir connaissance et d'annuler l'adoption. En pareille situation, le consentement des parents biologiques ne devient pas caduc.⁴⁵

Au final, les exigences du droit allemand risquent de poser plus de problèmes qu'elles n'apporteront de sécurité juridique à l'adopté. L'explication qui peut être avancée est probablement celle de l'insuffisante prise en compte de l'extranéité dans le consentement. Qu'en est-il en droit français ?

Si en droit allemand, « *le consentement est la condition centrale pour l'adoption* », en droit français, il est présenté comme « *le problème fondamental de l'adoption internationale* »⁴⁶. Le droit français « s'attaque » à ce problème en énonçant, à l'article 370-3, al. 3 du Code civil, une règle matérielle⁴⁷ : le juge doit s'assurer que le représentant de l'enfant a consenti en connaissance de cause à l'adoption. Par exemple, dans le cas de l'adoption plénière, la rupture définitive du lien de filiation avec la famille d'origine de l'enfant sera prise en compte, et non le caractère irrévocable de l'adoption prononcée. Mais comme il a été dit précédemment (point I : la place résiduelle de la loi personnelle de l'adopté), la formule de l'article 370-3, al.3 du Code civil (et son exception) ne facilite guère la tâche du juge français⁴⁸ et manque à établir une certaine sécurité juridique pour l'adopté (ex : sort des pupilles de l'Etat).

⁴⁵ Christophe BENICKE, *L'adoption internationale en droit allemand*, R.I.D.C, avril 2003, p. 793

L'annulation de l'adoption se révèle problématique une fois l'enfant intégré dans sa famille adoptive depuis un certain temps et ayant établi avec celle-ci un lien affectif solide. Annuler l'adoption pourrait le perturber et être contraire à son intérêt.

⁴⁶ Françoise MONEGER, *Le prononcé d'une adoption en France : les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001*, R.I.D.C, avril 2003, p. 830

⁴⁷ Cette règle est directement inspirée par la jurisprudence de la Cour de cassation : l'arrêt *Pistre* du 31 janvier 1990 où la Cour de cassation a déclaré que le consentement doit être apprécié « indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté.

⁴⁸ Le juge devra examiner les documents étrangers qui lui sont soumis pour apprécier à quelle adoption (simple ou plénière), le représentant légal de l'enfant a consenti.

Par ailleurs, l'insuffisante prise en compte du caractère externe ou étranger du consentement des parents biologiques tendait aussi à se poser en droit français. Puisque depuis longtemps, l'article 348-5 du Code civil⁴⁹, d'ordre public, s'imposait à toutes les adoptions prononcées en France et à elles seules. Mais *quid* alors de l'adoption réalisée à l'étranger et des adoptants qui en demandent le prononcé en France ? Après maints débats, la jurisprudence a finalement admis l'application extra-territoriale de cet article.

Le prononcé de la validité d'un consentement donné par des parents biologiques résidant à l'étranger se révèle, pour conclure, difficile. Le souci de sécurité juridique, qui prévaut également dans le chef du juge allemand, paraît bien obsolète au regard des obstacles techniques que rencontre ce consentement « étranger ». Et du côté français, l'urgence semble plutôt au besoin d'aider le juge dans le choix d'un modèle précis d'adoption. Dans les deux cas, le législateur aura encore fort à faire pour édicter des dispositions qui, non seulement prennent davantage en compte le consentement donné à l'étranger, mais qui établissent aussi une coopération active entre juridictions du pays d'origine et d'accueil (peut-être sur le modèle de la Convention de La Haye de 1993 à propos des organismes d'adoption des pays d'origine et d'accueil).

III. La reconnaissance de l'adoption.

Est un autre domaine d'application de l'approche conflictuelle. Ici encore, des divergences entre l'attitude allemande et française sont à observer : la première semble avoir opté pour la simplicité et la prudence (avec, aux côtés de la reconnaissance *ex lege*, un réexamen du jugement d'adoption prononcée à l'étranger). En revanche, la seconde devra faire face à une situation pour le moins complexe, en raison notamment de la pluralité des modèles d'adoption existant sur le territoire français.

Le droit allemand édicte un principe simple : les adoptions prononcées à l'étranger peuvent être reconnues en Allemagne.⁵⁰ Une distinction est opérée entre les adoptions prononcées dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993⁵¹ et celles des Etats non-

⁴⁹ Article 348-5, Code civil : il « interdit les adoptions directes d'enfants de moins de deux ans, enfants qui doivent être confiés soit aux services de l'ASE, soit à un OAA. »

⁵⁰ Christophe BENICKE, *op.cit.*, p. 798-799

⁵¹ Elles relèvent des articles 23 et 26.

membres de la Convention⁵². Enfin, pour être reconnue en Allemagne, l'adoption étrangère doit avoir été prononcée par un tribunal étranger internationalement compétent du point de vue allemand (l'adoption ne doit pas être contraire à l'ordre public). Si toutes ces conditions sont remplies, l'adoption sera reconnue *ex lege*. Néanmoins, force est de constater « l'unilatéralisme » allemand à propos de la « compétence internationale » du tribunal du pays de l'adopté, établie selon les critères du pays d'accueil. On peut se demander si le tribunal de l'Etat d'origine a réellement son mot à dire dans le processus d'adoption.

La prudence et le souci d'une meilleure sécurité juridique de l'enfant adopté se manifestent à nouveau dans la procédure allemande de reconnaissance, mais cette fois-ci sous la forme d'une procédure additionnelle. Bien que facultative, elle conduit le tribunal des tutelles et le bureau fédéral central pour les adoptions à l'étranger (para. 2 *Adoptionswirkungsgesetz*) à réexaminer la légitimité de l'adoption prononcée à l'étranger et ce, afin d'entériner la reconnaissance et les effets de celle-ci.⁵³ Bien que non obligatoire, ce supplément de procédure ne traduit-il pas à nouveau le manque de confiance, voire, derrière l'argument d'une plus grande sécurité juridique de l'adopté, la volonté des tribunaux du pays d'accueil à faire prévaloir leur loi ?

Si le juge allemand paraît surtout se soucier de la légitimité du jugement étranger de l'adoption, le juge français, en revanche, doit faire face à une autre source d'inquiétude : la reconnaissance du lien adoptif qu'il crée.

Aux termes de l'article 370-5 du Code civil :

*« L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. A défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause. »*⁵⁴

La problématique de la reconnaissance des adoptions étrangères en France se pose en termes de « discontinuité des droits substantiels, laquelle oblige à se pencher sur des

⁵² Leur reconnaissance relève des paragraphe 16a FGG, dans le cas où un tribunal ou une autorité compétente a prononcé l'adoption ou a au moins examiné les conditions préalables à l'adoption lors d'une procédure prévue par la loi. In Christoph BENICKE, op. cit, p. 799

⁵³ Christoph BENICKE, op. cit. , p. 799

⁵⁴ Horatia MUIR WATT, *Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalents*, R.I.D.C, avril 2003, p. 834

questions dites de substitution, de transposition, d'adaptation et d'équivalence ». ⁵⁵ En d'autres termes, l'adoption étrangère sera substituée à l'adoption française, ce qui implique de répartir la première (adoption étrangère) entre les deux modèles législatifs français (adoption plénière et adoption simple), en définissant les traits essentiels qu'elle doit présenter pour être admise dans l'une ou l'autre catégorie. ⁵⁶

Cette reconnaissance conduit, pour reprendre les termes d'Horatia MUIR WATT, à une « nationalisation » de l'adoption étrangère. Qui n'est pas sans faire subir à cette dernière une transformation, une fois en France, par le jugement d'équivalence. Cette transformation est problématique, eu égard notamment aux effets de l'adoption.

La reconnaissance de l'adoption étrangère dans les ordres juridiques allemand et français est, en conclusion, un exercice difficile, tant sur le plan de la légitimité du jugement d'adoption étranger que sur celui de son « assimilation ». Mais dans un cas comme dans l'autre, l'adoption, une fois reconnue, produira des effets dans le pays d'accueil de l'adopté.

B. Les effets de l'adoption.

Avant d'étudier les effets en Allemagne (I) et en France (II), deux remarques préliminaires s'imposent.

Premièrement, le droit allemand ne connaît que l'adoption plénière alors que le droit français se caractérise par une pluralité de modèles d'adoption (plénière et simple).

Deuxièmement, en droit allemand, les effets de l'adoption résultent de la conjonction du droit applicable à l'adoption et à ses effets. Tandis que le droit français consacre plutôt un conflit de lois entre le droit applicable aux conditions de l'adoption et à ses effets.

I. En droit allemand.

Dans l'hypothèse où les conditions pour une reconnaissance de l'adoption étrangère sont remplies, l'adoption produira ses effets en Allemagne.

Conformément à l'article 26.2, Convention de La Haye de 1993, le paragraphe 2.1 de l'*Adoptionswirkungsgesetz* prévoit qu'une adoption prononcée selon une législation étrangère peut être assimilée à une adoption prononcée selon le droit interne allemand. Ceci vaut

⁵⁵ Suite de la citation : « (...) pour déterminer les effets que déploiera le lien adoptif étranger dans son environnement juridique d'accueil ». Horatia MUIR WATT, op. cit. , p. 835

⁵⁶ Horatia MUIR WATT, op. cit. , p. 836

également pour les adoptions ne tombant pas sous la législation prévue par la Convention de La Haye.⁵⁷

L'adoption étrangère devra toutefois avoir pour effet de dissoudre les liens avec les parents biologiques, c'est-à-dire être une adoption plénière. Cependant, si l'adoption étrangère s'apparente à une adoption simple, « *le tribunal des tutelles peut décider, à la demande des adoptants, sa transformation en une adoption possédant les effets d'une adoption plénière selon le droit allemand (para. 3, Adoptionswirkungsgesetz), conformément à l'article 27 de la Convention de La Haye* ». ⁵⁸

Au préalable, le tribunal devra s'assurer de : a) la conformité de cette transformation à l'intérêt de l'enfant ; b) que les parents biologiques ont, par leur consentement, permis une rupture définitive du lien existant avec leur enfant et c) que cette transformation n'est pas contraire aux intérêts des adoptants ou des enfants de l'adoptant ou de l'adopté.⁵⁹

Si toutes ces conditions sont remplies, l'adoption étrangère produira les mêmes effets que l'adoption allemande. Dans le cas contraire, l'enfant restera l'enfant de ses parents biologiques, selon la loi allemande.

Mais l'hypothèse d'un refus du juge allemand d'accorder à l'adoption étrangère les mêmes effets que l'adoption allemande (lorsque toutes les conditions ne sont pas remplies), suscite diverses inquiétudes et soulève les questions suivantes : quelle sera la position du juge du pays d'origine de l'enfant ? Acceptera-t-il sans objection le rejet de son homologue allemand ? Qu'advient-il de l'enfant adopté, sera-t-il renvoyé dans son pays d'origine ? Et dans l'hypothèse où ses parents biologiques ne sont pas en mesure de s'occuper de lui (pour cause d'incapacité, par exemple), sera-t-il alors confié à un organisme de placement, à une famille nourricière, à un orphelinat, etc. ? Au travers de ces questions, il apparaît qu'en dépit de la simplicité de la procédure allemande⁶⁰, de nombreuses difficultés restent irrésolues. Tout comme en matière de reconnaissance de l'adoption, une plus étroite collaboration entre les juridictions des pays d'origine et d'accueil est souhaitable, non seulement pour l'enfant, mais aussi pour le reste des acteurs de l'adoption (tribunal étranger, famille biologique).

⁵⁷ Christoph BENICKE, op.cit, p. 800

⁵⁸ Christoph BENICKE, op. cit. , p. 800-801

⁵⁹ Christoph BENICKE, op. cit. , p. 801

⁶⁰ Cette simplicité s'explique par l'existence d'un seul modèle d'adoption reconnue et par la conjonction du droit applicable à l'adoption et à ses effets.

II. En droit français.

La complexité et les conflits de lois prédominent, en raison de l'existence de deux modèles d'adoption : l'adoption plénière et l'adoption simple. Et « *le critère de répartition des adoptions étrangères entre les deux formes françaises d'adoption est la rupture complète et irrévocable, selon la loi étrangère, du lien de filiation préexistant.* »⁶¹

Ainsi, dans le cas où l'adoption étrangère serait assimilée à l'adoption plénière française :

Le caractère irrévocable n'est pas exigé selon la loi étrangère, ce qui permet par ailleurs d'inclure dans cette catégorie des adoptions ne présentant pas tout à fait les mêmes caractéristiques que le modèle du for (français). Il sera conféré par la loi française (article 359, Code civil), même si la loi d'origine en disposait autrement (c'est-à-dire la révocation du consentement). D'où un conflit de loi entre la loi étrangère et la loi française de 2001, ainsi que le risque d'adoptions boiteuses, du fait de l'unilatéralisme qui caractérise le régime des effets prévu par la loi de 2001.⁶²

Dans le cas où l'adoption étrangère présenterait les caractéristiques de l'adoption simple française mais ignore l'adoption plénière française, demandée par les adoptants :

Un conflit sera susceptible de survenir.⁶³ La loi de 2001, au paragraphe 370-5 du Code civil, et la Convention de La Haye, dans son article 27, prévoient à cet égard de convertir l'adoption simple en adoption plénière dès lors que le représentant légal de l'enfant aura donné son consentement en connaissance de cause.⁶⁴

On voit donc qu'à l'aide de la substitution, le statut de l'enfant adoptif accueilli en France sera identique, quelle que soit l'origine, française ou étrangère, du jugement d'adoption, et, dans ce dernier cas, quelle que soit la teneur de la loi en vertu de laquelle l'adoption a été prononcée.⁶⁵

⁶¹ Paul LAGARDE, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification*, Rev. Crit. DIP, 2001, p. 298

⁶² Horatia MUIR WATT, op.cit, p. 839

⁶³ Voir les arrêts Torlet et Pistre, cités précédemment au n° 46.

⁶⁴ « Pareille possibilité semble également acquise dans le cas où la loi étrangère ayant présidé au prononcé de l'adoption ne se borne pas à ignorer mais prohibe l'adoption plénière. En effet, même si l'article 370-3 précise bien que « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution... », il ne semble pas que l'obstacle ainsi opposé au prononcé d'une adoption en France vise d'autres hypothèses que celle où l'institution de l'adoption est prohibée dans son ensemble par la loi de l'enfant. »

Horatia MUIR WATT, op.cit, p. 841

⁶⁵ Horatia MUIR WATT, op. cit. , p. 841-842

Conclusions.

L'approche conflictuelle dans les pays de droit romano-germanique est marquée par une tension permanente entre loi de l'adoptant et loi de l'adopté, au niveau de la phase de post-adoption (consentement, reconnaissance et effets). Cette approche se révèle insuffisante, dans la mesure où aucune solution de rechange n'est envisagée dans les cas où l'autorité du pays d'accueil ne reconnaît pas la valeur juridique des mesures prises par le pays d'origine de l'enfant. Une « *opportune clarification* » des relations pays d'accueil/pays d'origine, pour reprendre l'expression de Paul LAGARDE⁶⁶, s'avère nécessaire afin de ne plus soumettre l'enfant et les adoptants à la guerre des juges.

D'autres pays européens, à l'instar du Royaume-Uni, connaissent une approche dite « juridictionnelle ». Est-elle d'application plus simple ? Quelle place accorde-t-elle à la loi personnelle de l'enfant ? C'est ce que nous essaierons de déterminer dans ce deuxième chapitre.

Chapitre 2 : Un modèle d'approche juridictionnelle : le Royaume-Uni.

A la différence de la France et de l'Allemagne, où l'accent est mis sur la loi applicable, au Royaume-Uni, la question à résoudre est celle de la « compétence d'autorités ». Dans le système britannique, dit « juridictionnel », l'autorité judiciaire ou administrative prend une décision qui crée un état nouveau en vertu du pouvoir qui lui a été conféré à cette fin par la loi qui l'a instituée, la *lex fori* ou *lex auctoritatis* (section 1).

Dans le domaine de l'adoption internationale, la question de la compétence de cette autorité se pose, puisque la situation sur laquelle elle a à statuer (ici, l'adoption d'un enfant étranger) comporte un élément d'extranéité. En principe, la loi applicable devrait être celle de l'autorité qui rend la décision, à savoir le tribunal anglais, et se déduisant donc de sa compétence. Cette théorie, d'apparence simple, voit son application se compliquer du fait de la présence de la loi personnelle de l'enfant. Un « conflit d'autorités » est donc à envisager (section 2).

⁶⁶ Paul LAGARDE, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification*, Rev. Crit. DIP, 2001, p. 298

Section 1 : Le rôle prépondérant des tribunaux.

La genèse de la nouvelle loi de 2002 démontre que ce rôle est le résultat d'une longue évolution (A), au cours de laquelle l'intervention judiciaire s'est élargie (B).

A. L'évolution législative du rôle de l'autorité judiciaire.

Celle-ci a connu de profonds changements depuis l'entrée en vigueur de l'*Adoption and Children Act 2002*.

Auparavant, son rôle était gouverné par l'*Adoption Act* de 1976, dont les dispositions pertinentes liaient la compétence judiciaire au domicile du futur adoptant⁶⁷. L'intérêt de l'enfant était une considération première et surtout, la question de l'application d'une loi étrangère dans le prononcé d'une décision d'adoption anglaise (autre qu'une « Convention adoption order »⁶⁸) ne se posait pas.

Mais depuis juin 2003, ces dispositions ont été remplacées par celles de l'*Adoption and Children Act 2002*. Le mérite de cette loi est de « coller » à la nouvelle réalité britannique de l'adoption : en effet, depuis 1999, le Royaume-Uni connaît lui-aussi le phénomène de l'adoption internationale⁶⁹, d'où la nécessité d'insérer un chapitre relatif à cette question⁷⁰. Autre élément non négligeable : la loi de 2002 fait du bien-être de l'enfant la considération primordiale⁷¹ qui n'est pas toujours suffisante pour permettre à la loi personnelle de l'enfant d'être appliquée. Mais par rapport à la loi de 1976, la compétence judiciaire est toujours déterminée en fonction du domicile ou de la résidence habituelle de l'adoptant.

Ces remarques préliminaires en tête, examinons donc la compétence juridictionnelle des tribunaux dans le cadre des adoptions internationales au Royaume-Uni.

⁶⁷ Les sections 14(2)(a) et 15(2)(a) stipulaient en effet que le tribunal anglais était compétent si le parent adoptif, ou l'un parmi les deux s'il s'agissait d'un couple marié, était domicilié au Royaume-Uni, dans les îles anglo-normandes ou sur l'île de Man.

⁶⁸ Il s'agit ici des jugements d'adoption prononcés par le tribunal d'un Etat membre de la Convention de La Haye de 1965.

⁶⁹ Le nombre d'adoptions internationales au Royaume-Uni est aujourd'hui estimé à environ trois cents par an : ce phénomène est nouveau puisque, jusqu'en 1999, les enfants étrangers adoptés au Royaume-Uni étaient peu nombreux.

⁷⁰ Il s'agit du chapitre 6 de la loi de 2002, intitulé *Adoptions with a foreign element* qui renforce les dispositions de la loi de 1999 sur les adoptions internationales.

⁷¹ La loi de 1976 n'en faisait que la condition première.

B. L'examen du rôle de l'autorité judiciaire.

La fonction essentielle des tribunaux, dans le système juridictionnel, est le prononcé du jugement d'adoption (*adoption order*).

Ce jugement est consécutif à la demande d'un couple⁷² ou d'une personne seule⁷³ (section 49), mais à la condition que ces derniers aient leur domicile ou leur résidence habituelle au Royaume-Uni. Pour prendre sa décision, le tribunal devra au préalable considérer qu'accorder l'adoption est plus dans l'intérêt de l'enfant que de la refuser (section 1, sous paragraphe 2.)⁷⁴

Quant au prononcé de l'adoption, il inclut toute décision du tribunal sur la nécessaire prise en compte du consentement des parents biologiques à l'adoption de leur enfant ou sa dispense, ou bien l'accord d'un droit de visite ou de séjour (*contact order*) au profit d'une personne désignée (section 26).

Mais prononcer un jugement d'adoption n'est cependant pas la seule tâche incombant au tribunal. Il devra également tenir compte du jugement rendu par l'état d'origine de l'adopté,⁷⁵ le reconnaître et en évaluer les effets.

Cette seconde fonction, qui fera l'objet d'un plus large développement en section 2, esquisse les conflits potentiels d'autorités entre tribunaux du pays d'origine et du pays d'accueil de l'adopté. On peut, à ce stade de l'analyse, émettre la crainte (a) d'un manque de concordance entre les conditions prévues par la loi étrangère et celles qui doivent être

⁷² L'article 50 de l' *Adoption and Children Act 2002* définit le « couple » comme constitué de deux personnes ayant tous deux 21 ans au minimum. Cependant, si l'un des membres du couple est la mère ou le père de l'enfant à adopter, une demande d'adoption ne pourra être effectuée que si la personne en question est âgée de 18 ans ou plus et si l'autre personne a 21 ans ou plus.

In *Adoption and Children Act 2002*, explanatory notes, p. 35

⁷³ L'article 51 de l' *Adoption and Children Act 2002* définit une « personne seule » comme une personne âgée de 21 ans et non mariée. Dans certaines circonstances, une demande d'adoption peut être faite par une personne mariée. Le partenaire d'un parent biologique (qui inclut une personne mariée au parent en question) peut adopter l'enfant de ce parent biologique (sous paragraphe 2). Cela signifie que le parent (biologique) n' a plus l'obligation de faire une demande conjointe pour adopter son propre enfant avec son partenaire, comme c'est actuellement le cas pour les adoptions par les beaux-parents (...).

In op. cit, p. 35

⁷⁴ Une liste de critères pour déterminer le bien-être de l'enfant est énoncée à la section 1, semblable à la liste du *Children Act 1989*, qui contient les principes généraux sur les droits des enfants.

⁷⁵ A cet égard, l' *Adoption (Intercountry Aspects) Act 1999*, dont les dispositions sont reprises et renforcées par la nouvelle loi de 2002, distingue deux types de jugements d'adoption étrangers : les adoptions dites « conventionnelles »⁷⁵ en référence à la Convention de La Haye de 1965, aujourd'hui remplacée par celle de 1993⁷⁵ et les adoptions réalisées dans un pays désigné par le ministre compétent dans le cadre de l'adoption internationale (établissement d'une liste de ces pays).

remplies selon la loi anglaise⁷⁶, et (b) d'un conflit entre la *lex fori* et la loi personnelle de l'enfant⁷⁷.

Section 2 : *Lex fori* ou loi personnelle de l'enfant ?

En théorie, la *lex fori* consiste, pour les tribunaux anglais, à « *characterise the issue in accordance with the categories of its own domestic law, and foreign rules of law in accordance with their nearest analogy in the same law* ». ⁷⁸ Mais en pratique, « *the English courts formulate the issue and define the ambit of the legal category for themselves* ⁷⁹, and then they determine whether a question posed by a foreign rule comes into that category ». ⁸⁰

Cette attitude des juges anglais n'est pas pour nous rassurer, dans la mesure où ils n'accorderaient, en conséquence, qu'une place résiduelle à la loi de l'Etat d'origine de l'adopté. Mais étant donné que la nouvelle loi de 2002 fait de l'intérêt de l'enfant la considération primordiale, n'est-il pas raisonnable d'espérer que la loi de l'enfant occupera la place qui lui est due ? Ou doit-on encore compter avec le scepticisme traditionnel du juge anglais à l'égard de tout ce qui est « étranger » à son droit ?

Ce conflit entre *lex fori* anglaise et loi personnelle de l'adopté fera l'objet d'un examen critique, à la lumière des trois éléments intervenant dans le prononcé de l'adoption : le consentement des parents de naissance de l'enfant (A), la reconnaissance de l' *adoption order* prononcé à l'étranger (B) et les effets de l'adoption (C).

A. Applicabilité en matière de consentement.

La question du consentement en droit anglais est traitée différemment par rapport au droit allemand et français. En effet, il ne s'agit pas seulement du consentement au strict du terme. ⁸¹

⁷⁶ Ce qui, par ailleurs, n'est pas sans rappeler les « incohérences » de l'approche conflictuelle allemande et française en matière de reconnaissance du jugement étranger d'adoption.

⁷⁷ En effet, dans l'approche juridictionnelle, l'autorité compétente est celle qui rend la décision d'adoption, par conséquent le tribunal anglais. Quelle place accorder alors à la loi du pays d'origine de l'enfant, en d'autres termes à sa loi personnelle ?

⁷⁸ J.G. COLLIER, « Conflict of Laws », 3^e ed., ed. Cambridge University Press, 2001, p. 16

⁷⁹ C'est nous qui le soulignons.

⁸⁰ J.G. COLLIER, op. cit, p. 16

⁸¹ Il s'agit là du consentement des parents biologiques à l'adoption ou placement en vue d'adoption de leur enfant.

Cette notion englobant également le concept de responsabilité parentale ou droits parentaux (*parental responsibility*), que définit et clarifie le *Children Adoption Act 1989*.⁸²

La nouvelle loi de 2002 traite de cette responsabilité parentale dans le cadre de l'adoption internationale⁸³. Ici est seulement prise en compte l'adoption d'un enfant par des parents qui ne sont pas domiciliés ou qui ne résident pas habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles, mais qui ont l'intention d'adopter un enfant résidant au Royaume-Uni et de faire prononcer l'adoption en dehors des Iles britanniques.

Dans ce cas, il semble que le consentement soit subordonné à la loi du pays de l'enfant (ici, le Royaume-Uni), et notamment à l'autorisation de sortie du territoire délivrée par les autorités de son pays. La même remarque peut être faite à l'encontre des restrictions particulières s'appliquant à ce transfert hors des Iles britanniques. Ainsi, la section 95 de la nouvelle loi de 2002 interdit-elle certains paiements ou primes en relation avec l'adoption d'un enfant, sauf exceptions (par exemple, les dépenses médicales ou juridiques) :

« *Subsection (1) provides that this section applies to any payment (other than an excepted payment as set out in section 96) which is made for the adoption of a child, giving any consent for the child's adoption, or the removal from the United Kingdom of a child who is a Commonwealth citizen, or is habitually resident in the UK, to a place outside the British Islands for the purpose of adoption* ». ⁸⁴

Certains diront que cette approche des tribunaux anglais n'est pas très nouvelle, le juge anglais ayant longtemps considéré comme inconcevable la prise en compte d'un droit étranger pour le prononcé de l'adoption. Il ne s'estimait guère compétent qu'en raison de l'attache des intéressés avec le système britannique⁸⁵.

⁸² Les parents ne sont plus considérés comme ayant des droits sur leur enfant, avec l'idée sous-jacente que l'enfant est la possession de ses parents. Mais ils ont, en tant que personnes élevant cet enfant, des responsabilités à son encontre (section 3 (1)).

⁸³ Part 1, chapter 6, section 84 « Giving parental responsibility prior to adoption abroad », *Adoption and Children Act 2002*.

Cette responsabilité parentale est également envisagée pour l'adoption interne : problème du père non marié face à la mère de l'enfant : il n'a pas automatiquement de responsabilité parentale selon la loi mais doit obtenir le consentement de la mère ou la décision d'un tribunal. Lorsque le nom du père est sur l'acte de naissance, il aura une responsabilité parentale en vertu de la nouvelle loi.

In Katherine O'DONOVAN, *L'adoption dans le droit du Royaume-Uni*, R.I.D.C., avril 2003, p.850

⁸⁴ Section 95(1), *Adoption and Children Act 2002*, explanatory notes, p. 54. Ces restrictions s'expliquent surtout par la crainte des tribunaux anglais du trafic d'enfants, autre aspect peu réjouissant de l'adoption internationale au Royaume-Uni. Ce phénomène est surtout le fait d'adoptions endo-familiales, c'est-à-dire des adoptions réalisées par un des proches de l'adoptant (partenaire, tuteur, etc.). Une centaine de cas avait en effet été recensée, d'où les précautions judiciaires prises.

⁸⁵ François BOULANGER, « Enjeux et défis de l'adoption : étude comparative et internationale », ed. *Economica*, 2001, p. 192

Malgré tout, le débat « *lex fori* v. loi de l'adopté » reste entier au regard de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, qu'érige en considération primordiale l'*Adoption and Children Act 2002*. Ce débat prend toute sa signification lorsqu'une fois les droits parentaux acquis, les futurs adoptants doivent encore obtenir, *inter alia*, le consentement des parents de naissance de l'enfant, domiciliés ou résidents au Royaume-Uni.

Ce consentement en vue de l'adoption⁸⁶, bien que toujours requis⁸⁷, peut facilement être écarté par le tribunal anglais quand il s'agit de prononcer l'adoption (ou le placement). Le seul motif valable étant le bien-être de l'enfant.

En conclusion, la *lex fori* semble toujours prévaloir sur la loi personnelle de l'enfant, sauf dans les cas où celui-ci est rattaché au système britannique (par son domicile ou sa résidence habituelle) ou lorsque c'est dans son intérêt⁸⁸. Cette prééminence du domicile et l'importance de la notion d'intérêt de l'enfant ont pour conséquence d'exclure arbitrairement tout droit étranger. Cela n'est évidemment pas sans poser de problème, comme l'illustre le cas d'adoptants britanniques qui souhaitent faire reconnaître le jugement d'adoption prononcé dans le pays d'origine de leur enfant.

B. Une reconnaissance plus aisée de l' *adoption order* .

Avant la loi de 2002, l'*Adoption Act 1976* était compétent pour édicter les règles de reconnaissance des jugements étrangers d'adoption. Il distinguait deux catégories d'adoptions et, par conséquent, de jugements d'adoption : d'une part, les *overseas* adoptions, pour lesquelles le ministre compétent devait « *specify for recognition certain adoptions under the law of any country outside Great Britain as 'overseas adoptions' provided they are made under statutory law of such countries* ». ⁸⁹ Les pays concernés étaient les pays membres de la Convention de La Haye de 1965 et ceux dont le droit de l'adoption était similaire au droit anglais. Et d'autre part, les adoptions autres qu' « *overseas adoptions* » qui pouvaient être reconnues par la « *common law* ». ⁹⁰ Ces jugements étaient reconnus automatiquement dans le chef du juge anglais.

⁸⁶ Il existe aussi un consentement au placement de l'enfant en vue de son adoption.

⁸⁷ L'exception prévue est celle où les parents ont disparu ou sont frappés d'incapacité. Il doit être donné par la mère de l'enfant (qui accepte que soit prise une décision d'adoption) à partir de la sixième semaine de l'enfant. S'il est donné moins de six semaines après la naissance, il sera sans effet.

⁸⁸ Dans ce cas, la loi de l'enfant correspond à la *lex fori* anglaise.

⁸⁹ J.G. COLLIER, « Conflict of Laws », 3rd ed. 2001, Cambridge University Press, p. 355

⁹⁰ Les conditions de la reconnaissance de ce type de jugement furent discutées dans *Re Valentine's Settlement* (1965) Ch. 831 CA, dont nous rappellerons brièvement les faits et la décision :

La nouvelle loi de 2002 reprend la notion d' « *overseas adoptions* », mais en modifie sensiblement le contenu. Existente dès lors les adoptions conventionnelles, dont les jugements sont prononcés dans des pays-membres de la Convention de La Haye de 1993 (*Convention adoption orders*)⁹¹. Et les adoptions étrangères, dont les jugements sont prononcés dans des pays non-membres de la Convention (*overseas ou determination adoption orders*)⁹². Cette distinction est importante, essentiellement dans les décisions de placement en vue d'adoption, où des règles particulières concernant la reconnaissance s'appliquent.⁹³

La reconnaissance depuis 2002 des jugements d'adoption étrangers s'inscrit dans la ligne de l'*Adoption Act* de 1976. L'automatisme de la reconnaissance prévaut toujours, à l'égard tant des adoptions conventionnelles que des adoptions étrangères. Ici, le conflit *lex fori* v. loi personnelle de l'enfant semble avoir trouvé une issue à travers la reconnaissance de plein droit du jugement d'adoption étranger dans le chef du juge de l'Etat d'accueil (article 23 para. 1, Convention de La Haye de 1993.⁹⁴)

Ainsi, pour ce qui est des adoptions conventionnelles, elles « *doivent être reconnues* » automatiquement⁹⁵. C'est le ministre chargé de donner effet à la Convention qui en est chargé, tandis que les tribunaux reconnaissent en Angleterre, au Pays de Galles et en Ecosse les

« *Facts* : The adopters were domiciled and resident in southern Rhodesia, the children in South Africa. The adoption was in South Africa, but this was not recognised in Southern Rhodesia. At the time, South African law, but not English law, recognised an adopted child as the legitimate child of the adoptive parents. The settlement was governed by English law, and the question was whether these were children of the adoptive father.

Held : Lord Denning MR and Danckwerts LJ held that the adoption could not be recognised. This was because the parents were not domiciled and residents (then requirements for English adoptions) in South Africa, but in Southern Rhodesia. Lord Denning MR also thought that the child must be resident in the country where the order was made (as in the then English law), though Danckwerts LJ doubted this. Salmon LJ, dissenting, thought that an adoption could be recognised if the country where the order was made had jurisdiction under its own rules and applied safeguards like our own, subject to recognition being withheld on the ground of public policy ».

J.G. COLLIER, op. cit, p. 355-356

⁹¹ « (A Convention adoption) is an adoption order made under the Convention in any Convention country outside the British Isles which has been certified in accordance with the requirements of Article 23(1) of the Convention », in *Adoption (Intercountry Aspects) Act 1999*, explanatory notes, p. 6

⁹² « (Overseas adoptions) are those specified by an order made by the Secretary of State describing adoptions affected under the law of any country or territory outside the British Islands, and are not Convention adoption ». Dans ce dernier cas, c'est le ministre compétent qui édicte diverses réglementations, après consultation avec l'Assemblée nationale galloise. Ces réglementations dressent toute une liste de conditions/critères devant être rempli(e)s afin qu'une adoption puisse être classée en tant qu' « overseas adoption », in *Adoption and Children Act 2002*, section 87 (1), explanatory notes, p. 51

⁹³ Il faudra également tenir compte de la finalité du jugement d'adoption, c'est-à-dire vise-t-il le placement de l'enfant en institution ou son placement en vue d'adoption ? La distinction est importante car différentes règles sont applicables selon l'origine de l'adopté. Le droit anglais distingue deux catégories d'enfants remis au service d'assistance de l'Etat : soit sur une base volontaire des parents, qui ne perdent pas leurs droits parentaux (art. 19), soit par une décision judiciaire (ordonnance du tribunal), dans ce cas les droits parentaux sont partagés avec l'Etat (art. 20).

⁹⁴ Article 23 (1), Convention de La Haye :

« Une adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'Etat contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants. Le certificat indique quand et par qui les acceptations visées à l'article 17, lettre c, ont été données ».

décisions prononcées par les tribunaux ou les autorités compétentes des pays membres de la Convention⁹⁶. De plus, l'exigence de résidence habituelle dans les Iles britanniques à l'encontre des futurs adoptants ne s'appliquera pas, s'ils ont l'intention d'adopter un enfant dont l'adoption a été prononcée dans un pays membre de La Haye⁹⁷.

La même automaticité de la reconnaissance par les tribunaux anglais s'observe pour les adoptions étrangères, mais il semble que la *lex fori* commande à nouveau à cette reconnaissance. Deux autres remarques s'imposent également : (a) les parents adoptifs commettent un délit s'ils n'ont pas résidé dans ce pays (celui de l'enfant) pendant 6 mois avant le jugement d'adoption. Ceci afin d'éviter que les personnes désireuses d'adopter ne se rendent dans un pays pour y trouver un enfant, sans avoir l'approbation des autorités britanniques ; (b) toutes les adoptions prononcées à l'étranger ne sont pas incluses dans la catégorie « *overseas adoption orders* »⁹⁸, pour lesquelles le ministre compétent se voit attribuer des pouvoirs en vue de « *specify clear criteria that must be met for a country to be included on the revised « designated list »* ». *It also ensures that the status of those adopted from countries included on the previous « designated list » is not undermined by the introduction of a new order* ».⁹⁹

En revanche, il en sera tout autrement dans le cas du placement en vue d'adoption. Si le placement doit s'effectuer selon les règles de la Convention (adoptions conventionnelles), ou lorsqu'un enfant qui ne réside pas en Grande-Bretagne va être adopté¹⁰⁰, il devra résider avec les futurs adoptants pour une période d'au moins 6 mois avant que la demande d'adoption puisse être déposée.¹⁰¹

Et si le placement s'effectue dans le cadre des adoptions étrangères, les parents adoptifs devront attendre un an pour faire la demande d'adoption (cas où l'enfant est amené au Royaume-Uni pour y être adopté et les arrangements faits pour l'adoption ne sont pas réalisés par une agence d'adoption.)¹⁰²

⁹⁵ Section 66(1), *Adoption (Intercountry Aspects) Act 1999*.

⁹⁶ Ces décisions, appelées « *determination* », sont « *a decision of a court or other competent authority to authorise or review an adoption or the revocation or annulment of an adoption* » et sont relatives aux adoptions et jugements d'adoption conventionnelles, ainsi qu'aux « *determinations* » émises par rapport à toute adoption réalisée dans les îles anglo-normandes, l'île de Man ou autre colonie. In *Adoption (Intercountry Aspects) Act 1999*, explanatory notes, p. 9, section 6, subsection 4 of the 1976 Act.

⁹⁷ Section 83(2), *Adoption and Children Act 2002*.

⁹⁸ « *It is intended to review which countries' adoption orders will be recognised in the UK* », *Adoption Act 2002*, s. 87, p. 51

⁹⁹ Op. cit, p. 51

¹⁰⁰ Katherine O'DONOVAN, *L'adoption dans le droit du Royaume-Uni*, RIDC, avril 2003, p. 856

¹⁰¹ Op. cit, p. 856

¹⁰² Enfin, à côté de l'adoption conventionnelle et étrangère existe une troisième forme d'adoption et de sa reconnaissance : *the registered adoption on a registrar*, dans le cas d'une adoption effectuée à l'étranger

Si les tribunaux anglais sont compétents pour reconnaître un *adoption order*, ils le sont également quand il s'agit d'annuler un tel jugement si celui-ci est contraire à l'ordre public. Ce principe vaut tant pour les adoptions conventionnelles¹⁰³ que pour les adoptions étrangères¹⁰⁴. En conséquence, l'adoption cessera de produire ses effets en Grande-Bretagne.

Ici, la *lex fori* anglaise prévaut puisque, conformément à la section 89(1) de l'*Adoption and Children Act 2002*, une demande d'annulation à la High Court ne peut être faite qu'à la condition que (a) la personne adoptée, ou (b) les adoptants ou l'adoptant, ont leur résidence habituelle en Angleterre et au Pays de Galles (tout de suite avant la demande d'annulation).

Pour l'adoption étrangère, l'annulation est plus complexe : d'une part, selon la section 90 de l'*Adoption and Children Act 2002*, l'annulation sera prononcée si le jugement est contraire à l'ordre public ou s'il a été déterminé que l'autorité en question n'était pas compétente pour statuer. D'autre part, (a) le tribunal anglais exige que l'adopté ou les adoptants aient leur résidence habituelle en Angleterre ou au Pays de Galles (*lex fori*) ; (b) le tribunal « *is bound by any finding of fact by the authority when determining whether that authority was competent to entertain the case* ». ¹⁰⁵

La clause d'ordre public est encore une bonne illustration de la question : *lex fori* ou loi personnelle de l'enfant ? Alors que de nombreuses législations européennes prennent en compte l'intérêt de l'enfant dans l'annulation d'un jugement d'adoption contraire à leur ordre public, le droit anglais semble en faire un élément de fait, bien secondaire par rapport à la condition de domicile des adoptants.

Ce difficile rapport entre *lex fori* et loi de l'adopté se retrouve aussi à l'occasion des effets de l'adoption.

C. Des conflits potentiels quant aux effets de l'adoption.

En ce domaine, la nouvelle loi de 2002 reprend les dispositions de l'*Adoption Act 1976*. « *As a general principle, the Adoption Act 1976 provides that an adoption order recognised*

(Amendments to the 1976 and 1978 Act)¹⁰². Là aussi, la reconnaissance apparaît aisée, en ce sens où il n'y a pas de conflit d'autorités entre le tribunal du *for* et celui du pays de l'adopté (simple inscription sur le registre).

¹⁰³ Section 6(1), *Adoption (Intercountry Aspects) Act 1999*,) amende les sections 53(1) of the 1976 Act et 47(1) of the 1978 Act (annulment etc. of overseas adoptions). Elle stipule : « *This amendment implements article 24 of the Convention : the recognition of an adoption may be refused in a contracting state only if the adoption is manifestly contrary to its public policy, taking into account the best interests of the child* ».

¹⁰⁴ Section 89, *Adoption and Children Act 2002*, p. 7

¹⁰⁵ Section 90 (1),(2),(3), *Adoption and Children Act 2002*, Explanatory notes, p. 52

*by statute or common law will have the same effect as an English adoption order*¹⁰⁶. *English law regards the adopted child as the legitimate child of the adoptive parents* »¹⁰⁷.

Considérer l'enfant adopté comme son enfant légitime est communément admis dans la plupart des législations européennes. Mais cette admission se révèle, comme en droit allemand, problématique dans la mesure où seule l'adoption plénière (*full adoption*) est reconnue. Si le droit du pays étranger consacre l'adoption simple, (a) quel sera le statut de l'enfant au Royaume-Uni ? (b) l'affirmation de principe selon laquelle l'enfant doit être considéré uniquement comme étant l'enfant de l'adoptant et de personne d'autre (section 67(1), *Adoption Act 2002*)¹⁰⁸ ne deviendra-t-elle pas caduque ?

Le droit anglais envisage de résoudre ce dilemme de deux manières différentes :

- (a) Soit le tribunal du *for* s'en tient au fait qu'il ne pourra prononcer une adoption plénière, le droit du pays d'origine de l'enfant affirmant clairement qu'il s'agit d'une adoption simple. Dans ce cas, il soumettra l'appréciation selon laquelle « *l'enfant ne devrait pas être traité comme l'enfant exclusif de l'adoptant* » aux conditions suivantes : (1) l'adoption ne doit pas être une adoption plénière ; (2) les consentements en vue d'une adoption plénière n'ont pas été donnés ; (3) le Royaume-Uni n'est pas le pays d'accueil.
- (b) Soit il « *may give a direction with regard to the child's status if this is more favorable to the child* », d'après la section 39(1) de l' *Adoption Act 1976*. L'on pourrait se réjouir de cette seconde hypothèse, mais ce serait aller un peu vite et n'attacher aucune importance à la suite de cette disposition. En effet, « *unless such an application is made the adoption is to be treated as a full adoption in accordance with article 26(3) (The Hague Convention of 1993)* ».

L'intérêt de l'enfant est à nouveau considéré mais comme un élément de fait, ce qui n'est pas suffisant pour accorder une vraie place à la loi du pays d'origine de l'adopté. Dans ce cas, la *lex fori* anglaise trouve son application justifiée par la Convention de La Haye (articles 26 et 27).

¹⁰⁶ Sections 38, 39, *Adoption Act 1976*.

¹⁰⁷ Section 39(2), *Adoption Act 1976* (statut conféré par l'adoption).

¹⁰⁸ L'enfant acquiert le statut d'enfant légitime et, s'il est adopté par un couple ou par le partenaire de l'adoptant, il doit être traité comme s'il était né de la relation de ce couple (s. 67(2)).

Le débat « *lex fori* v. loi de l'adopté » n'est, au final, toujours pas tranché. L'on peut s'en inquiéter, surtout lorsque la Convention de La Haye de 1993 semble aussi aller dans le sens du pays de l'adoptant (articles 26 et 27). Ce dilemme se retrouve, dans une certaine mesure, à propos des effets de la nationalité et des successions.

Concernant la nationalité qui, pour reprendre les termes de François BOULANGER, « *touch(ant) de près au droit public et à la souveraineté de l'Etat* », ¹⁰⁹ le juge anglais continue d'appliquer la *lex fori* : il fait découler l'attribution de nationalité de celle de l'adoptant. Ainsi, une décision d'adoption prononcée dans un tribunal britannique confère automatiquement la nationalité britannique à l'adopté, si au moins un des adoptants est citoyen britannique. S'il s'agit d'une adoption conventionnelle, le critère sera encore et toujours la résidence habituelle des adoptants. ¹¹⁰

En revanche, la question des successions a posé plus de problème au juge anglais, comme en témoigne l'évolution de la jurisprudence sur ce point. Au départ, les adoptions régulièrement constituées à l'étranger ne conféraient pas nécessairement une vocation successorale sur les biens anglais, faute de coïncidence entre la loi de création du lien et la loi successorale anglaise du domicile ; il en était ainsi dans une affaire *Wilby*. ¹¹¹ Jusqu'à ce que dans la célèbre affaire *Re Valentine's Settlement*, le juge Denning de la « *Court of Appeal* » fasse la distinction, à propos d'un trust constitué en Rhodésie du Sud (soumis à l'époque à la loi anglaise) entre le lien valablement formé en Afrique du Sud et ses conséquences successorales : l'enfant adopté devait être traité comme un enfant légitime anglais « ni mieux, ni plus mal », « *no better and no worse* ». ¹¹²

Aujourd'hui, la section 67(4) de l'Adoption Act 2002 confirme le jugement de *Re Valentine's Settlement*. Elle stipule :

¹⁰⁹ François BOULANGER, « Enjeux et défis de l'adoption : étude comparative et internationale », ed. *Economica*, 2001, p. 240

¹¹⁰ Section 7, *Adoption (Intercountry Aspects) Act 1999*, qui amende la section 1(5) du *British Nationality Act 1981*, stipule : « *If a child who does not have British nationality is adopted either in any UK court or outside the British Islands under the 1993 Convention, he will be able to acquire British nationality automatically provided that at least one of the adoptive parents is a British citizen at the time the adoption order is made and in the case of a Convention adoption, that the adopter or, in the case of an adoption by a married couple, both of the adopters are habitually resident in the UK.* »

¹¹¹ Dans cette affaire, soumise à la « *High Court* » (*High Court*, 14 décembre 1955), une mère adoptive vit ses droits écartés, en raison du domicile birman lors de l'adoption ».

¹¹² François BOULANGER, op. cit, p. 244

« *Where the adopter is both a sole adopter and the natural parent, subsection (3)(b)¹¹³ is to have no effect with respect to anything dependant on the relationship to that parent, for example entitlement to property* ».

Conclusions.

L'analyse du droit anglais de l'adoption internationale démontre que le tribunal du pays d'origine de l'enfant semble n'avoir guère droit de cité, les tribunaux anglais soumettant leur jugement au domicile (ou la résidence habituelle) des adoptants, qui se doit d'être britannique. L'exception étant l'intérêt de l'enfant, avec pour conséquence, là encore, d'exclure la loi de l'adopté.

Il ressort de cette première analyse des législations des pays d'adoptés que la loi personnelle de l'enfant n'est presque jamais prise en compte lors de la phase de post-adoption. Ce qui, à nos yeux, est l'illustration d'une approche plus ou moins unilatérale de l'Etat d'accueil de l'enfant. Cette attitude prévaut-elle également dans le chef des autorités du pays d'origine de l'enfant ? Si oui, à quel niveau du processus d'adoption ? C'est ce que nous essaierons de déterminer dans ce titre 2.

Titre 2 : Une homogénéité relative pour les pays d'adoptés.

Dans le cadre de l'adoption intra-communautaire, les enfants adoptés majoritairement en Allemagne¹¹⁴, en France¹¹⁵ et au Royaume-Uni¹¹⁶, proviennent pour beaucoup de Hongrie, de Lettonie et de Pologne.

Les législations relatives à l'adoption internationale des pays d'adoptés ont, comme leurs homologues ouest-européennes, fait l'objet ces deux dernières années, de modifications importantes: ces changements profonds s'inscrivent dans le processus actuel de mise en conformité avec les dispositions des principales conventions internationales relatives à l'enfant : la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre

¹¹³ *Subsection (3)(b) provides that an adopted person is to be treated only in law as the child of the adopter or adopters.*

¹¹⁴ 110 enfants polonais furent adoptés par des Allemands en 2001. Source : *Statistisches Bundesamt*.

¹¹⁵ La France est le premier pays en Europe et le deuxième derrière les Etats-Unis pour ce qui est de l'adoption internationale. En 2003, 50 enfants lettons, 21 enfants polonais et 13 enfants hongrois furent adoptés par des Français. Source : *Mission de l'adoption internationale*, <http://www.diplomatic.gouv.fr/mai/ficpays>

¹¹⁶ Le Royaume-Uni ne connaît le phénomène de l'adoption internationale que depuis peu : 1999.

1989 et la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993.¹¹⁷

L'analyse des lois hongroises, lettones et polonaises atteste d'une relative homogénéité (chapitre 1), tant au niveau des conditions que des effets de l'adoption. Par l'étude du profil précis des « acteurs » de l'adoption et du prononcé du jugement d'adoption, c'est une toute autre conception de l'adoption internationale qui apparaît.

Chapitre 1 : Des critères précis pour l'adoption.

Cette homogénéité est perceptible à propos des conditions de l'adoption, notamment en ce qui concerne les critères d'adoptabilité appliqués aux enfants placés en vue d'adoption (section 1) et aux futurs parents (section 2), et de ses effets (section 3).

Section 1 : L'adopté.

La détermination de l'enfant adoptable est le résultat de l'alignement sur la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989 et de ses dispositions en matière d'adoption (A). Il est dès lors primordial de comprendre cette conception étant donné qu'elle gouverne l'adoptabilité de l'enfant (B).

A. Une conception onusienne de l'adoption internationale ?

En Lettonie et en Pologne, le caractère subsidiaire de l'adoption internationale est clairement affirmé, tandis qu'en Hongrie, l'on insiste plus le rôle éducatif et l'octroi d'un statut familial à l'enfant.¹¹⁸

La subsidiarité de l'adoption internationale. Les législations lettone et polonaise réalisent cette subsidiarité, en se basant sur l'article 21 (b) de la Convention des Nations Unies relative

¹¹⁷ La Hongrie n'a pas ratifié la Convention de La Haye de 1993.

¹¹⁸ Même si, comme ses voisines, la Lettonie accorde une place prépondérante à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Ainsi, « *The Family Act was modified in 1995 (Act XXXI of 1995) concerning an important aspect, namely with a view to bringing the rules of family law into line with the principles and rules of the United Nations Convention on the Rights of the Child, adopted on 20 November 1989* ». In « Introduction to Hungarian Law », ed. by A. ARMATHY, Kluwer (1998), p. 68

aux droits de l'enfant¹¹⁹ : un enfant letton ou polonais ne pourra faire l'objet d'une adoption étrangère que si toutes les possibilités de lui trouver une famille en Lettonie ou en Pologne (...) ont échoué¹²⁰.

Le caractère subsidiaire de l'adoption internationale est exprimé à l'article 40¹²¹ du Code civil de la République de Lettonie :

*« The adoption of a child to foreign countries shall be allowed if it is impossible to ensure upbringing and care of the child in a family in Latvia, and an orphans' court, which has taken a decision on placing the child in an institution of upbringing, has made a decision on it. The orphans' court shall inform on it the Secretariat without delay »*¹²².

Et à l'article 114 para. 1 du Code de la famille et de la tutelle de Pologne, introduit par l'amendement de 1995 :

*« L'adoption en conséquence de laquelle le domicile de l'adopté, étant dorénavant en République de Pologne, sera transmis dans un pays étranger, peut être prononcée uniquement dans la situation où elle constitue la seule solution qui puisse garantir à l'adopté un milieu familial de substitution convenable »*¹²³.

Il ressort de ces dispositions que l'application de la subsidiarité en Pologne est de nature plus complexe, et ce pour plusieurs raisons :

- (a) les premières sont d'ordre politique : le concept « d'adoption étrangère »¹²⁴ n'était pas contenu dans les lois en vigueur. D'autre part, il aura fallu une loi, votée le 28 juillet 1990 par la Diète (le parlement polonais) en vue de ratifier la Convention

¹¹⁹ Cet article stipule : « Reconnaissant que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé (...) ».

¹²⁰ Rwanda STOJANOWSKA, Pologne, in « Regards sur le droit de la famille dans le monde / The International Survey of Family law 1996 », Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir. de), ed. Pul, 1996, p. 393

¹²¹ Cet article 40 fait partie du chapitre « Procedure of adoption », « issued in accordance with the article 41 of the law 'On Orphans' Court and Parish Courts' and the second paragraph of the article 31 of the Protection of the Rights of the Child Law ». Site internet de l'autorité centrale lettone : <http://www.bm.gov.lv>

¹²² (Traduction libre) « L'adoption d'un enfant à l'étranger doit être autorisée s'il est impossible d'assurer l'éducation et le placement de l'enfant dans une famille en Lettonie, et un tribunal des orphelins, s'étant prononcé en faveur du placement de l'enfant en institution, a rendu une décision sur ce point. Le tribunal des orphelins se doit d'en informer le Secréariat du Ministère en charge des affaires familiales et des droits de l'enfant sans tarder. » Source : site Internet de l'autorité centrale lettone, op. cit, n° 50

¹²³ « Pologne », op. cit, p. 29

¹²⁴ « Ce concept est utilisé de façon universelle par la doctrine pour décrire l'adoption, qui résulte en un transfert permanent à l'étranger d'un mineur de nationalité et de résidence polonaise », in Rwanda STOJANOWSKA, Pologne – Adoption : la réforme du code de la famille et du droit de garde, in « Regards sur le droit de la famille dans le monde / The International Survey of Family Law 1996 », Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir. de), ed. PUL, 1996, p. 392

sur les droits de l'enfant, pour voir le principe de subsidiarité incorporé au droit polonais¹²⁵.

- (b) les secondes sont d'ordre procédural : il s'agit tout d'abord de déterminer si oui ou non l'enfant changera de domicile¹²⁶, puis si un milieu familial de substitution « convenable » pourra ou non être trouvé.¹²⁷ Ce ne sera qu'après avoir décidé que ce milieu « convenable » correspond à une famille adoptive et après la qualification par arrêté¹²⁸ de l'enfant à l'adoption, que des recherches par le centre d'adoption concerné seront entreprises : recherches au terme desquelles, si rien de satisfaisant n'a été trouvé, l'enfant pourra être qualifié à l'adoption internationale.¹²⁹

Cette prééminence du domicile de l'adopté n'est pas sans rappeler celle du domicile de l'adoptant en droit anglais.

La spécificité hongroise. Quant à la Hongrie, elle se distingue en partie de ses voisins dans la mesure où son droit¹³⁰ attribue à l'adoption l'objectif de prendre soin des mineurs dont les parents ne sont plus en vie ou lorsque ceux-ci sont incapables de les élever convenablement. En vertu du paragraphe 46 du Code de la famille :

¹²⁵ Lors des travaux parlementaires sur cette loi, a été exprimée une opinion selon laquelle la Convention devrait être appliquée *ex proprio vigore* (...). Cette opinion a été adoptée également par la Cour suprême dans sa résolution de 7 juges du 12 juin 1992, III CZP 48/92. Du fait de l'application *ex proprio vigore* de la Convention sur les droits de l'enfant il résulte, par conséquent, que le principe de subsidiarité des adoptions internationales est de rigueur en Pologne à compter du 7 juillet 1991.

In « Pologne », Jurisclasseur, Droit comparé, vol. 3, fasc. 1, p. 28, 1^{er} septembre 2003.

¹²⁶ La probabilité de changement de domicile de l'enfant constitue le critère de base de l'application du principe de subsidiarité. Ce changement de domicile peut mais ne doit pas forcément être équivalent à un véritable changement de lieu de séjour de l'enfant. Le lieu du domicile légal de l'enfant est défini aux articles 26 et 27 en liaison avec l'article 25 du Code civil. Ainsi, le critère qui sert de base à établir le domicile de l'enfant c'est le domicile de ses père et mère dans l'hypothèse où ils bénéficient de l'autorité parentale, ou celui de son tuteur, lorsque l'enfant ne reste pas sous l'autorité parentale. Le lieu du domicile de l'enfant peut également être fixé par le tribunal des tutelles (C.civ., art. 26, para. 2, 2^e phrase).

In « Pologne », op.cit, p. 29

¹²⁷ « Le milieu familial de substitution » est toujours constitué par une famille adoptive ou par une famille de remplacement (ou par la maison familiale d'enfant). Afin de décider si une adoption internationale est possible, il faut, en premier lieu définir quel milieu éducatif est « convenable » pour un enfant déterminé. Le fait de décider qu'à un enfant déterminé un milieu familial de substitution convenable constitue une famille adoptive, permet d'éviter la recherche d'une famille de remplacement ou d'une maison familiale d'enfant en Pologne. Cette détermination s'effectue en conformité avec les principes émanant de l'arrêté du ministre du travail et de la politique sociale du 16 février 2001 (...).

In « Pologne », op. cit, p. 29

¹²⁸ Il s'agit de l'arrêté cité à la note de bas de page n° 58.

¹²⁹ L'adoption internationale signifie ici une adoption pour laquelle le domicile de l'enfant, de Pologne sera changé contre celui, situé dans un autre pays. In « Pologne », op. cit, p. 29

¹³⁰ L'adoption internationale en Hongrie fut révisée en 1997 par la loi XXXI/1997, modifiant la loi sur le droit de la famille 4/1986/VI et par le décret-loi n° 149 du 10 septembre 1997 sur les offices de tutelle, la protection de l'enfance et la procédure des affaires de tutelle.

« Zweck der Annahme an Kindes Statt ist, zwischen dem Annehmenden sowie dessen Verwandten und dem Angenommenen Familienbeziehungen herzustellen und vor allem für solche Minderjährige eine Erziehung in einer Familie zu gewährleisten, deren Eltern nicht mehr leben oder nicht in der Lage sind, sie entsprechend zu erziehen ». ¹³¹

Il ressort de cette disposition que la loi veut assurer par l'adoption l'éducation familiale et le statut familial de l'adopté dans la famille de l'adoptant. ¹³² La nature de ce statut est précisée par la mention « dessen Verwandten », qui traduit l'entrée progressive en parenté de l'adopté non seulement avec les parents adoptants, mais également avec leur famille (...). ¹³³

Mais le droit hongrois de l'adoption ne présente pas que des différences. Les similitudes existant avec les droits letton et polonais concernent essentiellement l'alignement sur les articles 20 et 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies. Il résulte que l'adoption à l'étranger est liée par les dispositions de la Convention, avec toutefois des conditions complémentaires apportées par la loi XXXI de 1995 :

« L'adoption à l'étranger – exception faite de l'adoption par des parents et l'époux – ne peut être admise que dans les cas d'un enfant placé dans une institution (pris en éducation provisoire) déclaré pouvoir être adopté ou d'un pupille de l'Etat (pris en éducation durable) et ceci seulement si une adoption en Hongrie n'a pas eu lieu, parce que l'initiative de l'adoption n'a pas été prise ou des mesures prises dans l'intérêt d'une adoption n'ont pas abouti à un résultat » ¹³⁴.

La subsidiarité de l'adoption internationale en Hongrie est bien réelle ¹³⁵, mais ce que l'on remarque surtout, c'est l'extrême difficulté de l'adoption par un étranger d'un ressortissant hongrois. Cette difficulté se traduit par une double imposition de conditions, celles des articles 20 et 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies, et celles du droit

¹³¹ (Traduction libre) « L'adoption a pour but d'établir des relations familiales entre l'adoptant ainsi que les membres de sa famille et l'adopté, et de surcroît d'assurer une éducation à l'enfant mineur, dont les parents ne sont plus en vie ou ne sont pas en mesure de l'élever convenablement. »

¹³² « Hongrie », Jurisclasseur, droit comparé, vol. 2, 1998, p. 17

¹³³ « Hongrie », op. cit, p. 17. Cette évolution débuta en 1952, année de l'entrée en vigueur d'une loi sur le droit de la famille qui modifia substantiellement la législation antérieure en ce domaine.

¹³⁴ « Hongrie », op. cit, p. 19. Version originale : paragraphe 49 du Code de la famille :

« Die Annahme eines Kindes – mit Ausnahme der Annahme durch Verwandte bzw. durch den Ehegatten des Elternteils – nur im Fall eines in einer Anstalt erzogenen, für adoptierbar erklärten Kindes, sowie im Fall eines staatlich erzogenen Kindes genehmigt werden, vorausgesetzt, dass eine Annahme des Kindes im Inland nicht erfolgt ist, weil diese nicht angebahnt wurde bzw. weil die Maßnahmen, die im Interesse einer Annahme erfolgt sind, nicht zum Erfolg geführt haben ».

¹³⁵ A l'instar des droits letton et polonais, l'adoption internationale ne sera possible qu'en cas « d'échec » de l'adoption nationale. L'aboutissement à un résultat nul fait penser ici à l'arrêté du ministre du travail et de la politique sociale du 16 février 2001, de Pologne : selon lequel, un enfant pouvait être destiné à l'adoption internationale si les recherches d'une famille adoptive polonaise n'avaient pas abouti.

hongrois (loi XXXI de 1995) avec, au final, le droit hongrois qui prévaut¹³⁶. Ce qui nous conduit à penser que la Hongrie n'est guère favorable à « l'émigration » de ses ressortissants, peut-être parce que ces enfants représentent une fraction importante de sa jeunesse, donc de l'avenir du pays.¹³⁷

La subsidiarité joue dans les trois pays d'adoptés étudiés un rôle prépondérant, en ce sens qu'elle détermine le choix d'une adoption internationale. D'autre part, elle gouverne l'adoptabilité de l'enfant placé en institution en vue d'adoption. Les critères déterminés par le droit hongrois, letton et polonais révèlent un certain nombre de points communs.

B. Les critères d'adoptabilité.

Le principal critère est la minorité, que consacrent les trois législations, avec des variantes. En ce domaine, le droit hongrois semble assez simple à appliquer (I), tandis qu'en Lettonie, le régime est strict (II). Entre les deux, le droit polonais est à la fois sévère et pragmatique (III).

I. La simplicité du droit hongrois.

Le droit hongrois ne requiert que la minorité de l'enfant, comme le stipule le paragraphe 47(4) du Code de la famille : « *Nur eine minderjährige Person kann an Kindes Statt angenommen werden* ». ¹³⁸ Cet enfant peut faire l'objet d'une nouvelle adoption de la part du conjoint de l'adoptant ou par une autre personne, consécutivement à la mort de l'adoptant (para. 47(5) du Code de la famille¹³⁹). Enfin, un enfant de plus de 14 ans, placé en vue d'adoption, doit être entendu par l'organisme.¹⁴⁰

¹³⁶ « Donc au cas où l'adoption concerne un ressortissant hongrois, le Code sur le droit international privé considère les conditions de l'adoption fixées par le droit hongrois (loi XXXI de 1995) en tant que règles d'ordre public ». In « Hongrie », op. cit, p. 38

¹³⁷ Jean-Vital DE MONLEON, « Naître là-bas, grandir ici : l'adoption internationale », ed. Belin, 2003, p. 50

¹³⁸ Pr. Dr. Lajos VEKAS et Dr. Laszlo EMBER, *Ungarn*, 31 décembre 2000, p. 28 in « Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht », Bergmann/Ferid/Heinrich, ed. Verlag für Standesamtswesen, 2000.

« Ne peut être adoptée qu'une personne mineure. » (traduction libre)

¹³⁹ Para. 47(5) : « *Eine an Kindes Statt angenommene Person kann während des Bestehens des Annahmeverhältnisses nur von dem Ehegatten des Annehmenden an Kindes Statt angenommen werden, nach dem Tod des Annehmenden jedoch auch von einer anderen Person. Im letzteren Fall endet das vorherige Annahmeverhältnis* ».

¹⁴⁰ Fiche pays de la Mission de l'Adoption Internationale (MAI), Hongrie, p. 2 :

<http://www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/hongrie.html>

Cette simplicité contraste singulièrement avec la loi XXXI de 1995 et ses conditions supplémentaires, qui rendent plus difficile l'adoption d'un enfant hongrois par des ressortissants étrangers.

II. Le régime strict de l'adoption lettone.

En droit letton, l'adoption d'un enfant mineur est aussi permise¹⁴¹ mais elle est assortie d'un certain nombre de restrictions.

D'une part, seuls sont adoptables les mineurs rentrant dans la nomenclature de l'article 41, Procedure of Adoption :

« Foreigners or persons living abroad (hereinafter referred to as – foreign adopter) may adopt : 41.1. a child of the other spouse ; 41.2. a child of a family of guardian, if the adopters are relatives of the adoptee ; 41.3. a child that has been placed in a foster family or an institution of upbringing, if it impossible to provide him with appropriate upbringing and care in the family ».

D'autre part, dans le cadre de l'adoption internationale *stricto sensu*, l'adoption du mineur est rendue plus difficile car soumise à la condition de l'émergence *de facto* d'une relation parent-enfant, que seul l'organisme d'adoption est chargé de déterminer¹⁴².

Il est cependant regrettable que le législateur letton s'en remette exclusivement à l'appréciation de l'organisme compétent, et qu'il n'ait pas essayé de définir, ou tout au moins d'esquisser les contours de ce qu'une relation parent-enfant pourrait être. On peut alors aisément imaginer le drame des futurs adoptants qui, après avoir fait le déplacement jusqu'en Lettonie, se réjouissant de s'occuper de l'enfant et de leur apporter tout leur amour, s'entendent dire que l'adoption n'aura pas lieu. Une définition, qui établirait non seulement des critères de base universels mais qui prendrait aussi en compte les différentes conceptions de la notion de parentalité (dans le pays des adoptants et de l'adopté), apparaît souhaitable,

¹⁴¹ L'article 162, Code civil de la République de Lettonie stipule : « *The adoption of a minor is allowed if it is in the best interests of the child* ».

¹⁴² Article 162, al. 2, Code civil de la République de Lettonie : « *A minor may be adopted if this child has been under the care of the prospective adopter before adoption is confirmed and it has been determined that the child and prospective adopter are suitable for each other and that there is reason to believe that as a result of the adoption a true parent, child relationship may develop between the adopter and the child* ».

Le droit letton prévoit également à l'alinéa 3 l'adoption de majeurs, si une relation parent-enfant s'est développée entre le futur adopté et le futur adoptant, avant que l'enfant ne devienne majeur :

« Someone, having reached the age of majority, may also be adopted if a factual parent, child relationship has developed between the prospective adoptee and the prospective adopter before the child reached the age of majority. In such cases an adoption may be confirmed within two years of the time the child reached the age of majority ».

voire primordiale afin d'éviter ce genre d'issue, néfaste tant pour l'enfant (dont le séjour en institution serait par conséquent prolongé) que pour les adoptants.

III. Régime strict et pragmatisme polonais.

Le droit letton n'est pas le seul à avoir l'apanage d'une législation qualifiée ici de « stricte ». Le droit polonais, qui fait de la minorité de l'enfant une exigence¹⁴³, subordonne aussi l'adoption de l'enfant au succès des relations personnelles qu'il développera avec les futurs adoptants.¹⁴⁴

Mais à la différence du droit letton, le droit polonais a le mérite de mieux encadrer ces « contacts » entre futur adopté et futurs parents adoptifs. D'une part, en précisant l'orientation que peut prendre la relation adoptant/adopté¹⁴⁵ : cela a pour avantage d'« aiguiller » les adoptants, mais peut-être pour inconvénient de « stéréotyper » le comportement susceptible de conduire au prononcé de l'adoption. D'autre part, en incitant à une véritable coopération entre l'autorité judiciaire (tribunal des tutelles) et l'organisme d'adoption, comme le prévoit l'article 120/1, para. 4 du Code de la famille et de la tutelle.¹⁴⁶

Passée la période probatoire et si un changement de domicile de l'enfant (de la Pologne vers un autre pays) est envisageable, l'adoption sera alors prononcée (article 120/1, para. 3, Code de la famille et de la tutelle).¹⁴⁷

¹⁴³ Article 114, para. 2, Code de la famille et de la tutelle : « *Das Erfordernis der Minderjährigkeit muss in dem Zeitpunkt erfüllt sein, in dem der Antrag auf Annahme gestellt wird* ».

« L'exigence de la minorité doit être remplie au moment de la demande d'adoption. » (traduction libre)

¹⁴⁴ Article 120/1, para. 1, Code de la famille et de la tutelle : « *Vor der Entscheidung über die Annahme als Kind kann das Vormundschaftsgericht die Art und die Zeitdauer persönlicher Beziehungen des Annehmenden zum Angenommenen bestimmen* ».

(Traduction libre) « Avant la décision d'adoption de l'enfant, le tribunal des tutelles peut déterminer le type et la durée des relations personnelles de l'adoptant avec l'adopté. »

¹⁴⁵ Article 120/1 para. 2 : « *Werden diese Beziehungen in Form der Pflege des Kindes bestimmt, so finden die Vorschriften über Ersatzfamilien mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass der Annehmende die gesamten Unterhaltskosten des Angenommenen trägt* ».

(Traduction libre) « Dans l'hypothèse où le droit stipule que les relations s'apparenteront à des soins procurés à l'enfant, les directives données quant à la recherche d'une famille de remplacement (qui devra également procurer des soins à l'enfant) énonceront que l'ensemble des frais d'entretien et de prise en charge sont à la charge de l'adoptant. »

¹⁴⁶ Article 120/1 para. 4 : « *Bei der Ausübung der Aufsicht über den Verlauf der Beziehungen des Annehmenden zum Angenommenen kann das Vormundschaftsgericht die Hilfe des Adoptions-Pflege-Zentrums oder eines Hilfsdienstes in Vormundschaftssachen in Anspruch nehmen* ».

(Traduction libre) « Le tribunal des tutelles peut solliciter l'aide du centre d'adoption et de soins, ou d'un service d'aide spécialisé dans les 'affaires' de tutelle, lors de la phase d'observation des relations entre l'adoptant et l'adopté. »

¹⁴⁷ Cet article stipule : « *Soll jedoch der Angenommene infolge der Annahme als Kind seinen bisherigen Wohnsitz in der Republik Polen an einen Wohnsitz in einem anderen Staat verlegen, so kann die Annahme als Kind erst nach Ablauf der vom Vormundschaftsgericht bestimmten Zeit der persönlichen Beziehungen des Annehmenden* ».

Il ressort de cette analyse de la minorité que l'âge de l'enfant ne constitue pas à lui-seul un critère suffisant en vue de son adoptabilité. Les restrictions inhérentes aux droits letton et polonais sont là pour l'illustrer, qui traduisent peut-être une certaine réticence des autorités nationales à l'adoption par des étrangers de leurs ressortissants.

D'autres critères viennent également préciser le profil de l'enfant à adopter. On ne les trouve que dans le droit letton et polonais de la famille.¹⁴⁸

Section 2 : L'adoptant.

L'adopté n'est pas le seul à se voir appliquer des critères spécifiques, nombreux et variés. Le futur parent adoptif fait également l'objet de conditions précises, au niveau de son état civil d'une part (A), et de son âge d'autre part (B).

A. Priorité aux couples mariés.

Ce titre dénote d'une certaine réalité de l'adoption pour qui veut se lancer dans l'aventure et devenir parent. Toutes les législations étudiées (Hongrie, Lettonie et Pologne) permettent tant aux couples qu'aux célibataires de postuler à l'adoption, mais avec des variantes :

zum Angenommenen am bisherigen Wohnsitz des Angenommenen oder an einem anderen Ort in der Republik Polen ausgesprochen werden ».

(Traduction libre) « Cependant, dans l'hypothèse où suite à son adoption l'adopté quitte son domicile polonais pour un domicile dans un autre Etat, son adoption ne pourra être prononcée par le tribunal des tutelles qu'après expiration de la période probatoire au cours de laquelle l'enfant, dont le domicile était jusqu'alors en Pologne ou dans un autre lieu du territoire polonais, entretenait des relations avec l'adoptant ».

¹⁴⁸ Les autres critères peuvent être répartis en deux catégories : l'état de santé et l'appartenance à une fratrie.

L'état de santé. La Mission de l'Adoption Internationale (MAI) a fait remarquer, dans sa fiche consacrée à la Lettonie, que les enfants proposés à l'adoption internationale nécessitent souvent un suivi médical. En Pologne, l'adoption d'enfants de moins de deux ans, en bonne santé, est irréalisable mais où celle de « grands enfants » (de plus de deux ans) est possible. La MAI indique de surcroît que les enfants polonais placés en vue d'adoption souffrent de différentes pathologies.

Ces pratiques, que l'on retrouve également au Royaume-Uni, nous amène à nous interroger sur leur raison d'être et sur la manière dont le pays d'origine envisage l'avenir de l'enfant adopté à l'étranger. Une certaine pertinence pourra être trouvée à ce questionnement, au regard notamment de la Pologne où « seuls les centres agréés par le Ministère de l'Education nationale, sur la base du décret mentionné ci-dessus, peuvent déterminer les enfants susceptibles de faire l'objet d'une adoption impliquant un transfert à l'étranger ».

L'appartenance à une fratrie. Est le second critère. Selon la MAI, la pratique révèle qu' en Pologne, la plupart des enfants proposés à l'adoption internationale sont en fratries composées de plusieurs enfants.

En droit letton, ce type d'adoption est clairement admis, la séparation des frères et sœurs ne devant être qu'exceptionnelle (article 165 du Code de la famille). Cependant, ces exceptions peuvent nous laisser perplexes : est-il vraiment évident que l'intérêt de l'enfant requiert la séparation, lorsque l'on sait que certains enfants ne se remettent pas, ou alors rarement, de la séparation d'avec leurs frères et sœurs ? N'est-ce pas faire également porter une lourde responsabilité, voire une culpabilité, aux adoptants que de leur permettre cette séparation ? Enfin, les autorités lettonnes ne répondent-elles pas d'abord et sur le court terme, à l'attente des futurs adoptants plutôt qu'à l'enfant lui-même ?

l'importance du mariage en Pologne et en Hongrie (I) s'oppose à une certaine souplesse lettone (II).

I. L'importance du mariage en droit polonais et hongrois.

N'apparaît pas immédiatement à la lecture des dispositions pertinentes. Tant le législateur polonais qu'hongrois semble d'abord soucieux de voir réaliser l'adoption par un futur parent « compétent ». D'où, au préalable, une définition des caractéristiques à posséder pour pouvoir prétendre à l'adoption. C'est ainsi qu'en droit polonais :

« Als Kind kann nur eine Person annehmen, die voll geschäftsfähig ist, wenn ihre persönlichen Eigenschaften die Überzeugung rechtfertigen, dass sie die Pflichten eines Annehmenden ordnungsgemäss erfüllen wird ». (art. 114/1, para. 1, Code de la famille et de la tutelle).¹⁴⁹

Et qu'en droit hongrois :

« Annehmender kann nur eine voll geschäftsfähige volljährige Person sein, die an einer – in einer besonderen Rechtsvorschrift bestimmten – Beratung vor der Annahme und an einem vorbereitenden Lehrgang mit Erfolg teilgenommen hat und die aufgrund ihrer Persönlichkeit und ihrer Lebensumstände – im Sinne des vor dem Annahmeverfahren erlassenen Beschlusses der Vormundschaftsbehörde – geeignet ist, das Kind anzunehmen (...) ». (para. 47 (1), Loi sur le droit de la famille).¹⁵⁰

On fera remarquer qu'en dépit d'une formulation similaire, les différences quant à l'aptitude du futur adoptant sont réelles : alors que le droit polonais fonde la capacité de ce dernier à l'adoption sur une présomption (la capacité future, à travers ses qualités personnelles, d'élever l'enfant placé en vue d'adoption), en droit hongrois, elle fait plutôt

¹⁴⁹ Traduction extraite de *Pologne*, Jurisclasseur droit comparé, vol. 3, fasc. 1, 2003, p. 27 : « L'adoptant peut être une personne jouissant d'une pleine capacité d'exercice à condition que ses traits personnels justifient la conviction qu'elle va dûment satisfaire aux obligations découlant de l'adoption ».

En principe, la capacité d'exercice est une aptitude de toute personne physique majeure, quel que soit son sexe (C.civ., art. 11) et qui n'est pas frappée d'une incapacité d'exercice (totale ou partielle). Lorsque la procédure d'incapacité est ouverte, le tribunal peut, dans l'intérêt de la personne concernée, désigner un conseiller provisoire en vue d'assurer sa protection personnelle ou patrimoniale (CPC, art. 548) : *Pologne*, op. cit. p. 27

¹⁵⁰ **(Traduction libre)** « L'adoptant ne peut être qu'une personne majeure jouissant de sa pleine capacité qui, sur la base de sa personnalité et des circonstances, est apte à adopter l'enfant ». En général, l'autorité de tutelle décide de cette aptitude au cours d'une procédure qui précède l'adoption. La procédure constatant l'aptitude ne peut s'allier à la procédure de l'adoption elle-même et ne doit pas la précéder en tant que procédure particulière que si l'adoption est demandée par un parent, l'époux de la mère ou l'épouse du père ou une personne qui élève l'enfant d'une manière continue depuis au moins un an dans son propre ménage. La condition de l'autorisation de l'adoption est en outre que la personne qui désire adopter l'enfant prenne soin de l'enfant pendant au moins un mois avant l'adoption et que ni les parties, ni les personnes et organisations intervenant d'une manière ou d'une autre dans la procédure ne tirent profit de l'adoption. (para. 47(2))

l'objet d'une évaluation par un expert (rapport) et d'une certification par l'Etat d'origine de l'adoptant. A la suite de cet examen, l'adoptant pourra annoncer son intention d'adoption à l'Institut national de la protection de la famille et de l'enfant ou au consulat de la représentation diplomatique de Hongrie.¹⁵¹ Il y a donc ici intervention de l'Etat d'origine de l'adoptant, dont l'expertise ne semble pas être remise en cause par l'autorité du pays de l'adopté.

Les législations en question s'attachent, dans un second temps, à l'état civil de l'adoptant. Il ressort de manière flagrante que la priorité est donnée aux couples mariés, même si les personnes seules ou divorcées ne sont pas ouvertement exclues.

Ainsi, le droit polonais stipule-t-il que l'adoptant peut être soit une personne seule, soit un couple marié, avant de spécifier indirectement qu'une personne mariée a plus de chance d'être retenue. Cette prééminence du mariage dans le droit polonais de l'adoption semble confirmée par l'article 18 de la Constitution, qui garantit la protection et l'aide au mariage, à la maternité et à la parenté.¹⁵² Elle s'explique aussi par la signature en 1993 d'un concordat avec le Vatican, entré en vigueur le 25.04.1998.¹⁵³

Le droit polonais encadre de manière très stricte l'adoption par des couples mariés, puisqu'il requiert en plus le consentement du conjoint. Ce qui fait dire à certains auteurs que « *c'est l'adoption conjugale qui est considérée comme la plus favorable à l'intérêt de l'enfant* ». ¹⁵⁴ Ainsi, si l'adoption est le fait d'une personne mariée, elle ne peut être réalisée sans le préalable consentement de son conjoint.¹⁵⁵ Si l'adoption est d'abord le fait individuel

¹⁵¹ Doit être également annexé à la demande, *inter alia*, l'autorisation préalable de principe de l'Etat étranger et – si la demande est faite par une organisation intermédiaire – le document justifiant que l'organisation intermédiaire a l'autorisation d'exercer cette activité (L. sur le droit de la famille, art. 49, al. 2 – D. sur la tutelle, art.49 à 51). In *Hongrie*, Jurisclasseur droit comparé, vol. 1, 1998, p. 19

¹⁵² *Pologne*, Jurisclasseur droit comparé, op.cit, p. 27-28

L'article 18 stipule également que « le mariage est l'union d'une femme et d'un homme. Par conséquent, on peut conclure qu'une protection et une aide analogue ne s'étendent pas aux couples homosexuels bien que leur stabilité et leurs buts soient comparables à ceux du mariage. Op. cit, p. 27-28

¹⁵³ « *in dem sich Polen verpflichtet hat, die kirliche Treuung unter bestimmten Voraussetzungen der zivilen Eheschließung gleichzustellen und die Jurisdiktion kirlicher Instanzen in Sachen kanonischer Ehen anzuerkennen* ». Dr Erhardt GRALLA, *Polen*, in Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, ed. Verlag für das Standesamtswesen, 01.10.2003, p. 20

(Traduction libre) « Dans lequel la Pologne s'est engagée à mettre sur le même plan la loyauté religieuse (dans des conditions déterminées du mariage civil) et à reconnaître la juridiction des instances religieuses dans les affaires relatives aux couples, au sens du droit canon ».

¹⁵⁴ *Pologne*, Jurisclasseur droit comparé, vol. 3, fasc. 1, 2003, p. 27. L'effet d'une telle adoption est de créer deux liens d'adoption et non pas un seul lien commun à trois sujets différents.

¹⁵⁵ Ce consentement ne doit pas être fourni lorsque le conjoint de l'adoptant est frappé d'une incapacité ou lorsqu'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, selon l'article 116 : « *Die Annahme durch einen Ehegatten kann nicht ohne die Einwilligung des anderen Ehegatten erfolgen, es sei denn, dass dieser nicht geschäftsfähig ist oder die Verständigung mit ihm auf schwer zu überwindende Hindernisse stösst* ».

d'une personne mariée et ensuite par son conjoint, elle aura l'effet d'une adoption conjugale, comme le stipule l'article 115 para. 2 du Code de la famille.¹⁵⁶ Le tribunal pourra alors, à la demande de l'adoptant, prononcer l'adoption dont l'effet sera celui d'une adoption conjugale, lorsque l'adoptant était le conjoint de la personne par laquelle l'enfant avait été antérieurement adopté et le mariage a ensuite été dissous par décès de cette personne.¹⁵⁷

Le droit hongrois se prononce également en faveur de couples mariés¹⁵⁸. Mais la sévérité dont il fait preuve est surtout destinée aux personnes vivant en commun, qui peut-être pourraient avoir la tentation de frauder. D'où l'exclusion des concubins qui souhaitent adopter en commun.

II. La souplesse lettone.

A l'inverse, en droit letton, les choses paraissent plus simples. Certes, le mariage apparaît toujours comme la condition de base (article 164 et 166, Code civil de la République de Lettonie).¹⁵⁹

Néanmoins, l'on peut s'interroger sur l'importance de l'adoption « conjointe » en Lettonie: plusieurs dispositions emploient une formulation qui laisse entendre qu'une adoption « individuelle » (par l'un des membres du couple) serait possible. Tel est le cas pour les articles 11¹⁶⁰ et 14¹⁶¹ du Code de procédure relatif à l'adoption, qui utilisent des termes caractéristiques d'une démarche « individuelle » (respectivement « *personally* » et « *if an*

(Traduction libre) « L'adoption par un couple ne peut avoir lieu sans le consentement du conjoint, à moins que celui-ci ne soit frappé d'incapacité ou que la communication/l'entente entre les deux ne se heurte à des obstacles difficiles à surmonter ».

¹⁵⁶ Article 115 para. 2 : « *Die Annahme hat auch dann die Wirkung einer gemeinschaftlichen Annahme, wenn der von einem Ehegatten Angenommene nachträglich auch von anderen Ehegatten angenommen wird* ».

(Traduction libre) « Puis l'adoption a également les effets d'une adoption conjugale, si l'enfant adopté par le couple l'est ultérieurement par un autre couple ».

¹⁵⁷ Ceci est la traduction de l'article 115 para. 3, amendé par l'entrée en vigueur de la loi de 1995.

¹⁵⁸ Para. 47(3), Loi sur le droit de la famille: « *Eine an Kindes Statt angenommene Person kann während des Bestehens des Annahmeverhältnisses nur von dem Ehegatten des Annehmenden an Kindes Statt angenommen werden, nach dem Tod des Annehmenden jedoch auch von einer anderen Person. Im letzteren Fall endet das vorherige Annahmeverhältnis* ».

(Traduction libre) « Une personne adoptée peut, lors de l'établissement de rapports d'adoption, seulement être adopté par le couple d'adoptants, cependant par une autre personne suite au décès de l'adoptant. Dans ce dernier cas, les rapports d'adoption antérieurs prennent fin ».

¹⁵⁹ Article 144 : « *Spouses adopt a child jointly, except on occasions when : (1) The child being adopted is that of the other spouse ; (2) The other spouse is declared missing (missing without a sign) ; (3) The other spouse has been declared as lacking the capacity to act due to mental illness or mental deficiency* » et Article 166 : « *Persons who are not married to each other may not adopt the same child* ».

¹⁶⁰ « *Participants of adoption shall personally express their consent to adoption in an orphan's court or submit the consent that is publicly certified by a notary or a parish court* »

adopter is one of the spouses »), ainsi que l'article 13 (2) qui va jusqu'à remettre en question l'exigence maritale (« *if the adopter is married* »).¹⁶²

Les conditions requises pour adopter peuvent cependant générer des conflits de lois lorsque le droit des futurs adoptants édicte des conditions différentes. Tel est le cas notamment des droits polonais et hongrois, dont l'exigence a été démontrée. Ainsi, des adoptants du Royaume-Uni, non mariés ou de même sexe ne pourraient pas adopter un enfant polonais ou hongrois au motif qu'ils ne remplissent ni la condition de mariage, ni celle d'hétérosexualité¹⁶³. Toujours dans le chef du droit anglais, une personne mariée pourrait adopter un enfant letton au titre de personne seule, les exceptions à la règle de l'adoption conjugale étant à peu près les mêmes en droit letton et anglais.¹⁶⁴

Des futurs adoptants d'Allemagne devraient rencontrer moins de difficultés pour adopter un enfant polonais ou hongrois. Le droit allemand donnant, à l'instar du droit polonais ou hongrois, la priorité à l'adoption conjugale.¹⁶⁵ Quant à l'adoption d'un enfant letton, elle serait aussi possible : le paragraphe 1741.2 S. 1 BGB stipule que les célibataires ou personnes non mariées peuvent et doivent adopter en leur nom seul.

Le même constat peut être fait vis-à-vis de la France, dont la position est très largement partagée en droit comparé. En effet, l'agrément à l'adoption n'est donné en droit français qu'à un couple marié ou à une personne seule. La personne qui demande un agrément peut être mariée, liée par un contrat de pacte civil de solidarité, ou célibataire. Si elle vit en couple, la vie de couple sera prise en considération par la commission d'agrément.¹⁶⁶ Les chiffres de la Mission de l'Adoption Internationale (MAI), cités en début de section, sont là pour l'attester.

¹⁶¹ « *If an adopter is one of the spouses, the adopter shall submit, in addition to the documents mentioned in the paragraph 13 of these regulations, to an orphans' court an excerpt or a copy of a court judgement on recognition of the other spouse as incapable or lost (missing), by presenting the original* »

¹⁶² « *An adopter shall present a document of personal identification in an orphans' court and shall submit : 13.2 a copy of marriage certificate, by presenting the original, if the adopter is married* ».

¹⁶³ Dans la nouvelle loi de 2002, une demande pour adopter peut être faite par un couple ou par une personne seule. La définition du couple comprend les couples non mariés et les couples de même sexe. C'est l'une des dispositions les plus controversées de la nouvelle loi (...) et durant les débats parlementaires, elle a rencontré une forte opposition à la Chambre des Lords, au motif que les enfants vulnérables ont besoin de permanence et de stabilité. In Katherine O'DONOVAN, *L'adoption dans le droit du Royaume-Uni*, R.I.D.C, avril 2003, p. 852

¹⁶⁴ La nouvelle loi de 2002 stipule qu'une personne mariée ne peut adopter au titre de personne seule, à moins que les époux ne soient séparés, ou que l'autre époux ait disparu, ou soit incapable, ou qu'il s'agisse de l'adoption de l'enfant du conjoint (...). In Katherine O'DONOVAN, *op. cit.*, p. 852

¹⁶⁵ L'adoption conjointe n'est possible qu'aux seuls couples mariés (para. 1742 BGB). Une adoption conjointe par des couples non mariés ou homosexuels n'est pas admise en droit allemand. Une personne mariée ne peut adopter seule un enfant, il lui faut faire la démarche avec son conjoint (para. 1741.2 S. 2. BGB). In Christophe BENICKE, *L'adoption internationale en droit allemand*, R.I.D.C, avril 2003, p. 794

¹⁶⁶ Françoise MONEGER, *Le prononcé d'une adoption en France : les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001*, R.I.D.C, avril 2003, p. 822

B. L'importance de l'âge limite.

Est l'autre critère à remplir par les futurs adoptants. Son traitement est variable selon les pays. Ainsi, la Pologne ne fixe aucune règle de différence d'âge minimale entre l'adoptant et l'adopté, à l'instar de l'article 114/1 para. 2 du Code polonais de la famille qui stipule : « *Zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen muss ein angemessener Altersunterschied bestehen* ». ¹⁶⁷ Cependant, la pratique révèle qu'en Pologne, la préférence est donnée aux femmes de moins de 40 ans et aux hommes de moins de 45 ans, et en Hongrie, la différence d'âge avec l'adopté doit être inférieure ou égale à 45 ans. ¹⁶⁸

En revanche, en Hongrie et en Lettonie, l'âge est très réglementé. Dans le premier pays, le paragraphe 47 (1) de la loi IV/1986 sur le mariage, la famille et la tutelle stipule-t-il :

« *Annehmender kann nur eine voll geschäftsfähige volljährige Person sein, die (...) geeignet ist, das Kind anzunehmen, ferner mindestens 16, höchstens 45 Jahre älter ist als das Kind* » ¹⁶⁹.

Et dans le second, l'article 163 du Code civil : « *The prospective adopter must be at least twenty five years old and at least eighteen years older than the child* ». Cette règle peut néanmoins être ignorée lorsqu'il s'agit d'une adoption endo-familiale, entre l'adoptant et les enfants de son partenaire (art. 163, al. 2, Code civil). ¹⁷⁰

Fixer un âge pour les candidats à l'adoption n'a rien d'anormal. Ce critère revêt cependant une grande importance lorsque mis en parallèle avec la législation des pays d'accueil, qui fixent eux-aussi une limite d'âge pour leurs candidats à l'adoption. Le risque de conflit entre les conditions du pays d'accueil et d'origine de l'enfant est donc réel, avec pour conséquence un candidat pris en otage et ne sachant plus à quelle loi se vouer. A cet égard, c'est le droit letton qui est le plus susceptible de générer des conflits de lois.

Ainsi, au Royaume-Uni, selon l' *Adoption Act 1976*, les adoptants doivent être âgés au moins de 21 ans (sauf pour les parents biologiques). L' *Adoption and Children Act 2002* déclare qu'une personne seule doit être âgée de vingt-et-un ans pour pouvoir adopter ¹⁷¹ : si le droit letton prévaut, des candidats anglais verront-ils leur candidature refusée ? En

¹⁶⁷ (Traduction libre) « Entre l'adoptant et l'adopté doit exister une différence d'âge appropriée. »

¹⁶⁸ Mission de l'adoption internationale, fiches pays, 2004.

¹⁶⁹ (Traduction libre) « L'adoptant peut être une personne majeure capable, qui convient de l'adoption de l'enfant, et qui est âgé au minimum de 16 ans et au maximum 45 ans de plus que l'enfant. »

¹⁷⁰ « *The terms stating the minimum age of the prospective adopter and the eighteen year gap may be overlooked in cases where the prospective adopter wishes to adopt the child of his/her spouse or his/her own brothers or sisters. In these cases the prospective adopter still needs to be at least twenty one years of age and at least sixteen years older than the child* ».

¹⁷¹ Katherine O'DONOVAN, *L'adoption dans le droit du Royaume-Uni*, R.I.D.C., avril 2003, p. 852

Allemagne, l'âge minimum pour les adoptants est de vingt-cinq ans. Lorsque c'est un couple marié, il suffit qu'un des époux ait vingt-cinq ans ou plus et que l'autre ait au moins vingt-et-un ans (para. 1743 BGB).¹⁷² Le droit letton refusera-t-il la candidature sous prétexte qu'un des membres du couple n'atteint pas le minimum légal ? Enfin, en France, l'âge minimum est de vingt-huit ans pour une personne célibataire ou pour un couple marié depuis plus de deux ans ou dont les deux conjoints ont chacun plus de vingt-huit ans (articles 343-1 et 343-2, Code civil).

Cette première analyse des pays d'adoptés a eu pour but de mettre en exergue les différentes conceptions et objectifs de l'adoption, mais aussi d'apporter un éclairage sur des législations et des pratiques autres de l'adoption internationale. Ce chapitre 1 a démontré la « sévérité » du régime de l'adoption appliqué tant aux enfants qu'aux futurs adoptants, avec des risques d'incompatibilité et une absence inquiétante de solutions à ces conflits de lois. Surtout, ces critères d'adoptabilité donnent l'impression que les pays d'adoptés, à l'instar des pays d'adoptants (chapitre 1, titre 1), tentent de faire prévaloir leurs lois. Cette attitude prévaut-elle aussi en matière de prononcé de l'adoption ? C'est ce que nous essaierons de déterminer dans un chapitre 2.

Chapitre 2 : Le prononcé de l'adoption et ses conséquences.

S'il est un domaine où s'illustrent avec acuité les luttes entre pays d'adoptants et pays d'adoptés, c'est bien celui du prononcé de l'adoption. Car, de la détermination de la loi applicable (section 1) dépendra le devenir de l'enfant dans son pays d'accueil : restera-t-il lié à son pays d'origine (section 2) ? En restera-t-il citoyen à part entière (section 3) ? L'enjeu sera-t-il aussi celui de la place à accorder à la loi de l'Etat d'origine de l'adopté, qui, au regard des législations des pays d'adoptants, n'occupe qu'une place résiduelle ?

¹⁷² Il n'y a aucune précision légale concernant la limite d'âge et la différence d'âge, qui doivent cependant être pris en compte, dans le souci du bien-être de l'enfant, et pour s'assurer qu'une relation parent-enfant puisse s'installer (para. 1741, BGB). Un exemple : le tribunal de grande instance de Bavière 23.11.1999, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2001, 119, avait refusé l'adoption en raison d'une différence d'âge de seulement 12 et 15 ans. Dans ce cas il y a eu soupçon que l'adoption ne servait qu'à la conservation d'un titre de séjour. Par ailleurs, l'organisme intermédiaire considère qu'un écart de plus de 35 ans est acceptable dans certains cas exceptionnels.

Section 1 : La détermination de la loi applicable.

L'homogénéité ne prévaut guère en ce domaine, chacun des pays d'adoptés ayant recours à une loi différente : loi du domicile (et plus rarement, de la nationalité) en Lettonie, loi n°13/1979 sur le droit international privé en Hongrie, et loi du 12.11.1965 sur le droit international privé en Pologne.

Cette hétérogénéité législative n'est pas fortuite et traduit, à l'instar des dispositions relatives à l'adoptabilité, une inclinaison plus ou moins grande des Etats d'origine à voir leurs ressortissants adoptés par des non-nationaux.

A cet égard, la Lettonie semble la plus réticente à utiliser le droit de l'adoptant et fait prévaloir la loi du domicile¹⁷³ - principe d'application général – même à l'adoption internationale, pour laquelle aucune réglementation spéciale n'a été prévue. Ainsi, l'article 15 du Code civil, qui régit les relations personnelles et patrimoniales des parents et des enfants, se voit-il utilisé de manière analogue concernant l'adoption¹⁷⁴, et se lit comme suit : renvoi au droit letton est fait lorsque l'adoptant réside en Lettonie.¹⁷⁵

Cette disposition n'est pas sans rappeler la *lex fori* anglaise et l'importance accordée au domicile ou à la résidence habituelle des adoptants. De plus, elle illustre de manière flagrante la priorité accordée aux candidats lettons à l'adoption par rapport aux candidats étrangers qui, à l'évidence, sont peu susceptibles de posséder un domicile dans l'Etat balte. Cette « sévérité » du droit letton à l'égard des futurs adoptants étrangers doit cependant être nuancée et ce, pour deux raisons :

- (a) En tant que signataire de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989, l'adoption internationale en Lettonie revêt un caractère subsidiaire.
- (b) Le droit letton lui-même contient des dispositions relatives à l'utilisation du droit étranger par les tribunaux lettons. En l'espèce, l'article 643 du Code de procédure civile qui, malheureusement, stipule que cette question doit être traitée comme une

In Christophe BENICKE, *L'adoption internationale en droit allemand*, R.I.D.C, avril 2003, p. 794

¹⁷³ L'article 8 du Code civil énonce :

« *Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer natürlichen Person bestimmt sich nach dem Recht ihres Wohnsitzes (...)* ».

(Traduction libre) : « La capacité juridique et d'exercice de ses droits civils pour une personne physique est déterminée par le droit de son domicile. »

Dépendent aussi de ce principe les droits de la personnalité tel le nom. La notion de domicile doit être entendue au sens de l'article 7 du Code civil : la personne concernée s'établit quelque part et justifie ainsi de vivre de manière durable à cet endroit ou bien d'y travailler (être active) (trad. Libre).

¹⁷⁴ Cet article 15 prévoit : les relations personnelles et patrimoniales des parents et des enfants sont déterminées par le droit letton, quand la personne sous autorité parentale a sa résidence en Lettonie.

¹⁷⁵ En revanche, la doctrine utilise le droit letton, si l'adoptant a son domicile en Lettonie.

question de fait et qui ne correspond pas à l'appréciation de l'article 22 du Code civil : les tribunaux lettons ont l'obligation de désigner le droit étranger.

Si en Lettonie, le droit de l'adopté ne laisse guère droit de cité au droit de l'adoptant, tel n'est cependant pas le cas en Hongrie et en Pologne où les législations pertinentes tentent d'équilibrer l'utilisation de l'un et l'autre.

Ainsi, la loi hongroise n°13/1979 sur le droit international privé énonce-t-elle des règles précises quant à l'utilisation du droit hongrois et, le cas échéant du droit étranger, dans les situations comportant un élément d'extranéité (telle que l'adoption internationale). Mais également dans un but de pacification des situations où des conflits de lois sont susceptibles de survenir, telle que la famille.

Ce mouvement de balancier entre droit de l'adopté et droit de l'adoptant s'illustre surtout au niveau des conditions de l'adoption : ces dernières doivent être appréciées en tenant compte à la fois du droit personnel de l'adoptant et de l'adopté au moment de l'adoption, voire des conditions fixées par trois systèmes juridiques, si les adoptants ont un droit personnel différent.

Mais cette grande « tolérance », qui privilégie la superposition législative à l'application inconditionnelle et absolue d'un droit particulier, connaît néanmoins deux limites. D'une part, la clause d'ordre public : l'application du droit étranger doit être écartée s'il heurte l'ordre public hongrois ; alors, le droit hongrois s'appliquera (para. 7, al. 1 et 3.) Et d'autre part, la *lex fori* : elle s'applique en tant que règle générale si, du point de vue du droit à appliquer, il y a un litige quant à la qualification juridique des faits ou des rapports à juger. En d'autres termes, il faut procéder sur la base de l'interprétation des règles et notions du droit hongrois.

Cette attitude d'ouverture du droit hongrois n'est pas, au demeurant, sans poser de difficultés quant à la formation et à l'effectivité du lien adoptif. En effet, cette superposition des droits de l'adoptant et de l'adopté ne traduit-elle pas en réalité un « *cumul d'exigences qui risquent d'invalidier la formation du lien adoptif* » ?¹⁷⁶ (Notre scepticisme se justifie au regard de l'attitude hongroise, particulièrement exigeante au niveau des critères d'adoptabilité. Plus concrètement, quelles seront les répercussions en matière d'effets ? N'y a-t-il pas un risque, comme le souligne François BOULANGER, « (...) *d'introduire de graves difficultés d'application si on suppose que la loi nationale de l'adoptant s'en tient à la*

¹⁷⁶ François BOULANGER, « Enjeux et défis de l'adoption : étude comparative et internationale », ed. *Economica*, septembre 2001, p. 203-204

*conception d'une adoption plénière, et que celle de l'adopté maintienne les liens avec la famille d'origine ».*¹⁷⁷

Ces risques expliqueraient-ils alors la loi polonaise du 12.11.1965 sur le droit international privé, qui admet que « *c'est la loi nationale de l'adoptant qui a une compétence de principe (art. 22 1^e), sous réserve du consentement de la personne à adopter et de la vérification qu'au regard du droit interne, le prononcé de l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant (art. 114, Code de la famille et de la tutelle) » ?*¹⁷⁸

A notre grande surprise, la Pologne est le seul des pays d'adoptés à accorder une telle prépondérance à la loi de l'adoptant, même si les deux réserves émises (consentement de l'enfant et intérêt de l'enfant) tendent à accorder une place à la loi de l'adopté. Il est cependant regrettable que la loi de l'Etat d'origine de l'enfant ne soit prise en compte qu'en matière de consentement, ce qui traduit « *un 'rétrécissement' du rôle de la loi nationale de l'adopté réduit aux modes d'expression du consentement de l'intéressé ou de ses représentants légaux ».*¹⁷⁹

Au final, la question de la place de la loi de l'adopté et de l'adoptant au niveau de la phase de post-adoption reste posée. Ni la Lettonie, en privilégiant la loi de l'enfant, ni la Hongrie et ni la Pologne, en essayant de satisfaire tant l'adoptant que l'adopté, ne sont parvenues à résoudre cette difficulté.

Ce bilan n'est guère rassurant pour l'enfant et la protection de son intérêt, lorsque l'on sait que dans les pays d'adoptants également, la loi de l'adopté n'occupe qu'une place résiduelle. Ces difficultés se retrouvent-elles au niveau des effets de la décision d'adoption ?

Section 2 : Les effets de la décision : l'adoption plénière.

Les trois pays étudiés connaissent, au même titre que les pays d'adoptants, l'adoption plénière. Cependant, des divergences sont à relever : au niveau de l'application de la loi (A), et au niveau des relations avec la famille d'origine (B).

¹⁷⁷ François BOULANGER, op. cit, p. 203-204

¹⁷⁸ François BOULANGER, op. cit, p. 204

¹⁷⁹ François BOULANGER, op. cit, p. 204

A. Au niveau de l'application de la loi.

En Lettonie et en Pologne, la rupture des liens de l'enfant avec sa famille de naissance, ainsi que son intégration dans la famille de l'adoptant, semblent automatiques. Les droits letton et polonais, respectivement, disposent à cet égard que :

« L'adopté devient membre de la famille de l'adoptant et est placé sous l'autorité parentale des parents adoptifs (art. 172, para. 1 du Code civil letton, que modifie la loi du 15.06.1994) »,

« L'adoption plénière rompt les liens de l'enfant avec sa famille d'origine (art. 123, para. 1 à 4, Code polonais de la famille et de la tutelle) ».

En revanche, en Hongrie, les effets de l'adoption plénière dépendront de plusieurs facteurs :

- (a) Le statut personnel de l'adoptant : le Code sur le droit international privé expose le principe selon lequel le droit personnel de l'adoptant doit être appliqué aux effets et à la cessation de l'adoption.
- (b) Le facteur temps : lorsque le droit personnel des époux adoptants est différent au moment de l'adoption ou à sa cessation, il convient d'appliquer aux effets de l'adoption ou à sa cessation : *« le droit personnel commun des époux ; et, à défaut le droit de l'Etat sur le territoire duquel les époux avaient au moment de l'adoption, respectivement de sa cessation, leur domicile commun ; à défaut le droit de l'Etat du tribunal ou de l'autorité saisie (art. 43 et 44, Code sur le droit international privé) ».*

Sur ce dernier point, nous rappellerons les risques d'une telle superposition, notamment lorsque les adoptants requièrent l'adoption plénière.¹⁸⁰

B. Au niveau des relations avec la famille d'origine.

Il est généralement entendu que l'enfant, une fois adopté plénièrement, est considéré comme étant l'enfant de l'adoptant. Il acquiert alors le statut juridique de l'enfant légitime et les mêmes droits que celui-ci.

Ce principe connaît néanmoins deux restrictions importantes en droit letton, aux articles 172 (modifié par la loi du 15.06.1994) et 173 qui disposent respectivement :

¹⁸⁰ Voir François BOULANGER, op. cit, note 176

« L'adopté acquiert les mêmes droits qu'un enfant légitime, à moins qu'¹⁸¹ il en soit disposé autrement dans le 'contrat d'adoption' ».

« L'adoption de l'enfant fait disparaître les relations tutélaires, les droits et devoirs qui découlaient de sa relation avec ses parents de naissance et les membres de la famille de ceux-ci, à condition que¹⁸² rien d'autre dans le contrat d'adoption ne soit déterminé. Sont néanmoins maintenus les droits à pension, assistance et autres droits, qui existaient pour l'enfant avant l'adoption ».

Ces restrictions ne sont pas sans susciter notre inquiétude : premièrement, que faut-il entendre par « contrat d'adoption » ? S'agit-il des droits et des devoirs des adoptants à l'égard d'un enfant letton, ou autre chose ? L'énoncé de l'article 173 semblerait aller dans ce sens, lui qui parle de « relations tutélaires, droits et devoirs des parents de naissance et les membres de la famille de ceux-ci ». Mais la formule « à moins que / à condition que » fait craindre, dans un second temps, que l'adoption prononcée en Lettonie ne soit à 100% une adoption plénière. Cette crainte n'est-elle pas justifiée par la dernière phrase de l'article 173 : « Sont néanmoins maintenus les droits à pension, assistance et autres droits, qui existaient pour l'enfant avant l'adoption » ?

Au final, il semblerait que l'adoption plénière lettone n'ait que des effets limités, par la seule volonté supposée des parents de naissance lors de l'émission de leur consentement à l'adoption de l'enfant. L'on imagine, en pareille situation, les difficultés que rencontreront les parents adoptifs à voir appliquer dans leur Etat les effets entiers de l'adoption plénière. Se verront-ils « bridés » dans l'exercice de leur parentalité ? Et *quid* aussi de la décision du juge de l'Etat d'accueil de l'enfant ?¹⁸³

¹⁸¹ C'est nous qui le soulignons.

¹⁸² C'est nous qui le soulignons.

¹⁸³ Les conséquences risquent de diverger, selon que les adoptants sont anglais, allemands ou français.

Dans le cas du Royaume-Uni, le problème peut ne pas se poser, en raison de l'automatisme de la décision d'adoption dans le chef du juge anglais. En Allemagne, où il est possible de transformer l'adoption simple en adoption plénière selon trois critères, la difficulté ne risque-t-elle pas de survenir au niveau du consentement des parents biologiques à une rupture définitive du lien existant avec leur enfant ? Enfin, en France, tout dépendra des caractéristiques de l'adoption lettone :

Si elle est assimilée à l'adoption plénière française, le conflit sera nul puisque le caractère irrévocable n'est pas exigé selon la loi étrangère. Ce qui permettra d'inclure, dans cette catégorie, une adoption lettone ne présentant pas tout à fait les mêmes caractéristiques que le modèle français du for (art. 359, Code civil). En revanche, si l'adoption lettone présente les caractéristiques de l'adoption simple française mais ignore l'adoption plénière française, demandée par les adoptants : un conflit est susceptible d'éclater.

Pour toutes ces raisons, une plus grande coopération entre les autorités compétentes, et surtout une meilleure connaissance des différentes formes d'adoption internationale par ces mêmes autorités est souhaitable.

Cette restriction lettone fait également écho au droit hongrois, qui précise que :

« Parallèlement à l'acquisition des droits et obligations dans la famille de l'adoptant, l'autorité parentale des père et mère naturels de l'enfant cesse ainsi que les obligations et droits d'entretien entre la famille par le sang et l'adopté (Code de la famille) ».

Cette insistance sur les obligations alimentaires de la famille de naissance, dans deux Etats peu enclins (à notre sens) à l'adoption internationale de leurs ressortissants, ne traduit-elle pas la méfiance du pays d'origine quant à la capacité des adoptants à remplir convenablement leur rôle de parents?

Ces divergences entre pays d'adoptés se retrouvent également au niveau de ce que l'on peut appeler « les effets spécifiques » de l'adoption plénière, à savoir : le nom et la nationalité de l'adopté, deux domaines où, pour reprendre les termes de François BOULANGER, « *la souveraineté de l'Etat s'illustre avec force* ». ¹⁸⁴

Section 3 : Le nom et la nationalité de l'adopté, un devenir variable selon les pays.

Devenir l'enfant des adoptants est pour l'adopté un premier pas vers l'intégration dans son nouveau pays et foyer. L'acquisition du nom (A) des adoptants et la nationalité de leur Etat (B) est le second, dont le franchissement n'est pas toujours aisé selon que l'on est d'origine hongroise, lettone ou polonaise.

A. Le nom de l'adopté.

Force est de constater l'absence d'automaticité dans l'acquisition du nom des adoptants. Si le principe général (l'enfant acquiert le nom de l'adoptant) prévaut dans les trois pays étudiés, les conditions auxquelles il est soumis en limitent l'application simple et harmonieuse.

A cet égard, la législation lettone fait de nouveau preuve de sévérité, l'acquisition du nom de l'adoptant devant remplir deux conditions :

- (a) soit le nom d'origine de l'enfant est difficilement prononçable, auquel cas il pourra être modifié ;
- (b) soit il n'est pas de consonance lettone. ¹⁸⁵

¹⁸⁴ François BOULANGER, op. cit, p. 240

¹⁸⁵ Source : www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/lettonie.html

Ces conditions ne sont-elles pas révélatrices d'une certaine volonté des autorités lettones à voir leurs ressortissants conserver une certaine appartenance nationale ?

Ce sentiment peut aussi être ressenti à l'encontre du droit hongrois qui, en ce domaine, se prononce en faveur d'un changement automatique (« *Il prend généralement leur nom de famille* »¹⁸⁶), mais qui, pour ce qui est du prénom, soumet le changement à la prise en compte des intérêts de l'enfant :

« (...) et, dans l'hypothèse où cela ne porte pas atteinte à ses intérêts¹⁸⁷, le changement de prénom peut être demandé. »

A ce propos, le droit hongrois considèrerait-il le changement de prénom comme un danger pour l'équilibre psychologique de l'enfant qui, en plus de quitter son pays d'origine, se verrait doter d'une nouvelle identité ?

Enfin, et ce ne sera pas une surprise, le droit polonais affiche son pragmatisme : d'une part, en affirmant clairement l'adoption automatique du nom de l'adoptant (art. 122, Code de la famille et de la tutelle). Et d'autre part, en permettant à l'adopter âgé de plus de treize ans de consentir à sa modification, si le tribunal des tutelles polonais décide qu'il en sera ainsi.

L'importance du maintien de l'identité nationale chez l'enfant adopté se retrouve également au niveau de la nationalité.

B. La nationalité de l'adopté.

Aucun des pays d'adoptés ne tolère la perte de la nationalité originelle, une fois l'adoption prononcée.

La Lettonie se distingue une nouvelle fois par sa sévérité, en ne reconnaissant pas la double nationalité¹⁸⁸.

La même remarque peut être faite à l'égard de la Pologne, où la prédominance du droit du sang (art. 4 de la loi sur la nationalité polonaise du 15.02.1962) empêche toute disparition.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Source : <http://www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/lettonie.html>

¹⁸⁷ C'est nous qui le soulignons.

¹⁸⁸ Fiche pays de la Mission de l'Adoption Internationale (dernière mise à jour : avril 2004), p. 2. Source : <http://www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/lettonie.html>

¹⁸⁹ Plusieurs hypothèses sont prévues, notamment lorsque l'incertitude règne quant à la nationalité (polonaise ou pas) des parents de l'enfant. Dans tous les cas, celui-ci acquiert la nationalité polonaise. Selon la Mission de l'Adoption Internationale (MAI), l'enfant adopté par des couples français acquiert la double nationalité, ce qui l'affranchit des obligations du service militaire en Pologne s'il réside dans le pays de sa deuxième nationalité, ici la France.

Enfin, seule la Hongrie semble faire preuve d'un peu plus de souplesse, en permettant la perte de la nationalité hongroise sur demande expresse des parents adoptifs : « *L'enfant ne perd pas sa nationalité après la décision d'adoption hongroise, sauf si les parents adoptifs le sollicitent expressément* ». ¹⁹⁰

Conclusions.

Au terme de cette première partie, des différences nombreuses apparaissent entre les pays d'adoptés et les pays d'adoptants. Les premiers sont caractérisés par des conflits de lois et de juridictions, liés essentiellement à la nature de leur approche (conflictuelle en France et en Allemagne, juridictionnelle au Royaume-Uni). En revanche, les pays d'adoptés semblent avoir un droit plus « simple » d'application.

Il ressort également que chacun de ces Etats, qu'il soit d'origine ou d'accueil, tente de faire valoir ses exigences dans le processus d'adoption internationale. Tel est le cas, pour les pays d'adoptants au niveau de la phase de post-adoption (consentement, reconnaissance et effets), avec pour conséquence une place résiduelle laissée à la loi personnelle de l'adopté. Tel est le cas aussi pour les pays d'adoptés, qui imposent des conditions strictes en matière d'adoptabilité lors de la phase de pré-adoption. Avec en conséquence, des incompatibilités d'un pays à l'autre, fortement préjudiciables à l'enfant, dont l'intérêt n'est pour ainsi dire plus tellement respecté, et aux parents adoptifs, qui ne savent plus quelle loi respecter.

Ces conflits et ces incompatibilités législatifs suscitent notre inquiétude. Peuvent-ils être résolus ? Si oui, comment ?

Il existe, au niveau de l'adoption internationale, trois modèles régulateurs du processus d'adoption. D'une part, au niveau européen, peuvent être identifiés le modèle communautaire au sens de l'Union européenne (Charte des droits fondamentaux et article III-269 de la Constitution) et le modèle européen des droits de l'homme, développé par le Conseil de l'Europe et la Convention qu'il établit. D'autre part, au niveau international, la Convention de La Haye de 1993 en matière d'adoption internationale, basée sur la coopération entre Etats.

L'analyse de cette seconde partie portera sur chacun de ces modèles et permettra de dire si, oui ou non, l'un d'entre eux est apte à résoudre les conflits caractéristiques de l'adoption internationale, et à rapprocher les législations des Etats.

Source : fiche pays de la Mission de l'Adoption Internationale (dernière mise à jour : mars 2004), p. 2 :

<http://www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/pologne.html>

¹⁹⁰ Fiche pays de la Mission de l'Adoption Internationale (dernière mise à jour : mars 2004), p. 2. Source :

<http://www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/hongrie.html>

2^e partie : Les enjeux de la diversité des modèles d'harmonisation.

La diversité législative qui règne au sein des pays d'adoptants et des pays d'adoptés constitue, comme on vient de le voir, un véritable défi, qui peut se résumer à une lutte pour le contrôle du processus d'adoption entre les autorités judiciaires ou administratives des pays d'origine et d'accueil, chacune essayant de faire valoir son droit. Avec souvent pour conséquence, la mise à mal de l'intérêt de l'enfant et son respect.

Mais au-delà de ces « luttes inter-étatiques » existe une véritable volonté des Etats de s'accorder afin de garantir le bon déroulement du processus d'adoption et d'assurer le maximum de sécurité juridique à l'enfant. Cette volonté se traduit, soit par un rapprochement des législations nationales (intégration/harmonisation), soit par une coopération entre les autorités des Etats d'origine et d'accueil de l'enfant adopté (système de la Convention de La Haye de 1993).

Dans les deux cas, la méthode est la même, à savoir : l'établissement, en premier lieu, d'un socle de valeurs communes, (la principale étant l'intérêt « supérieur » de l'enfant), que mettent en place différents traités et conventions internationaux relatifs à l'adoption¹⁹¹ et que les Etats s'engagent à respecter au travers de leur adhésion. Puis un partage des compétences, entre l'organe supra-national qui fixe les règles communes, et les Etats qui, au moyen d'instruments qu'ils sont libres de choisir, se doivent de les faire respecter dans leur ordre juridique interne. Ce système de répartition des compétences entre les instances supra-nationales et les Etats membres est caractéristique de la « subsidiarité », qui revêt un aspect triple¹⁹².

Cependant, la réalisation réelle et effective des objectifs cités précédemment est difficile, les conflits n'étant plus ici inter-étatiques et donc horizontaux, mais verticaux, c'est-à-dire entre le système supra-national (garant de l'intérêt général et des valeurs communes) et les

¹⁹¹ On citera la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 ; la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989 ; la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993. Y figure également la Convention européenne des droits de l'homme et son article 8 (respect de la vie privée et familiale) : depuis plusieurs décennies déjà, sa Cour a eu à traiter des affaires relatives à l'adoption, par exemple l'affaire Odièvre c/ France du 13 fév. 2003.

¹⁹² Au niveau de l'Europe tout d'abord, elle peut se comprendre soit au sens de la Constitution européenne (et de la Charte des droits fondamentaux qu'elle incorpore) ou soit au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Puis, au niveau international, il s'agit de la subsidiarité au sens de la Convention de La Haye de 1993 et de son article 4.

Etats contractants (qui tentent de déroger à cet intérêt commun en faisant valoir leurs spécificités nationales). Ainsi s'exprime la dialectique « universalisme c/ particularisme », à des degrés différents selon les modèles d'intégration/harmonisation et de coopération : signes tangibles de l'amorce d'une intégration législative, malgré les germes d'une résistance à ce rapprochement au niveau de la Constitution européenne (titre 1). Facilitation de l'expression des particularismes nationaux au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme (titre 2). Espoir déçu d'une meilleure coopération en dépit d'un véritable partage des compétences entre les autorités des pays d'adoptants et pays d'adoptés au niveau de la Convention de La Haye de 1993 (titre 3).

Voilà donc, dépeinte en quelques lignes, la réalité du traitement de l'adoption internationale par les Etats qui ne semble guère encourageante. Devrons-nous par conséquent reporter nos illusions perdues sur la future Convention européenne en matière d'adoption des enfants, qui tient compte de ces trois modèles (titre 3, *in fine*) ? Seule une analyse approfondie permettra de le dire.

Titre 1 : La subsidiarité européenne ou l'ambition d'une Constitution pour l'Europe.

La Constitution européenne, adoptée le 18 juin 2004 par les vingt-cinq, se caractérise par un équilibre entre d'un côté, les valeurs communes et les objectifs de l'Union, et de l'autre le respect des identités nationales et systèmes juridiques des Etats membres.

Cette dualité répond à une autre, celle du principe de subsidiarité qui régit les rapports entre l'Union et ses membres au niveau des compétences. Dans un tel système, l'Union « décentralise » la responsabilité de mise en œuvre de son droit aux Etats.

La subsidiarité, que rappelle le Préambule de la Charte des droits fondamentaux ¹⁹³, consiste à réaliser l'œuvre communautaire d'intégration des législations nationales dans le respect des diversités juridiques et culturelles des Etats membres. Ce mécanisme, qui fait cohabiter intérêt général communautaire et intérêt particulier des Etats, est-il apte à permettre une réelle intégration des droits nationaux ? Cette question est d'autant plus pertinente dans le cas de l'adoption internationale (et par extension le droit de la famille), car elle touche au cœur de l'identité de chaque nation (chapitre 1).

¹⁹³ Le Préambule de la Charte stipule :

Si donc le principe de subsidiarité soulève *a priori* de nombreux doutes quant à sa capacité à intégrer davantage les législations nationales relatives à l'adoption internationale, n'est-il pas judicieux de se tourner vers un autre mécanisme lui-aussi d'intégration : le « rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres » (art. III-269, al. 1) qui, au niveau du droit de la famille transfrontière dont l'adoption internationale est une composante, prend la forme d' « une loi ou d'une loi-cadre européenne du Conseil » (art. III-269, al. 3) ? En d'autres termes, il s'agit de « (...) développe(r) une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires »¹⁹⁴ (chapitre 2).

La question qui se pose au final est donc la suivante : laquelle, de la subsidiarité ou de la coopération judiciaire en matière civile, est la plus à même de conduire effectivement ce processus d'intégration ?

Chapitre 1 : la Charte des droits fondamentaux et le principe de subsidiarité¹⁹⁵.

La Charte des droits fondamentaux offre un cadre à des valeurs indivisibles et universelles, comme le rappelle son Préambule. A charge ensuite à l'Union de contribuer à leur préservation et à leur développement, « dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe » d'une part, et « dans le respect des compétences et des tâches (de l'Union), ainsi que du principe de subsidiarité » d'autre part.

L'une de ces valeurs, l'égalité (titre III de la Charte), s'applique à l'enfant (art. II-84) qui, pour la première fois depuis le traité de Rome, se voit attribuer des droits, en lien direct avec l'adoption internationale.¹⁹⁶

Conférer des droits à l'enfant est certes un progrès indéniable, mais en assurer le respect au niveau de l'Union et des Etats membres est un autre défi, plus difficile à relever. La nature

« La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats membres (...). »

¹⁹⁴ Article III-269, al. 1 de la Constitution.

¹⁹⁵ Dans le cadre de cette étude, seuls quelques aspects pertinents de la Charte seront analysés. Pour une analyse en profondeur de la Charte, nous renverrons le lecteur à quelques articles et ouvrages très complets, tels que : Antonio VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Revue du Droit de l'Union Européenne 1/2001, p. 27s.

Franz C. MAYER, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, Revue trimestrielle de droit européen 39(2), avril-juin 2003, p. 175s.

Et pour ceux qui parlent allemand, l'ouvrage très complet de Jürgen MEYER, « Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union », ed. Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2003 et dont des passages ont servi à l'élaboration de cette section.

dialectique (« universalisme c/ particularisme ») du principe de subsidiarité en serait-elle la cause essentielle (section 1) ? Et lorsqu'il s'agit de faire respecter sur le territoire de l'Union l'intérêt supérieur de l'enfant dans le processus d'adoption (art. II-84, al. 2), ce principe est-il vraiment inapte à atteindre cet objectif d'intégration (section 2) ?

Section 1 : La dialectique de la subsidiarité, entrave ou vecteur d'intégration ?

Le développement et la préservation de valeurs universelles, telle l'égalité, « *dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des Etats membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local (...)* »¹⁹⁷, nous apparaît comme un paradoxe.

Afin de mieux le comprendre, une analyse des termes est au préalable nécessaire (A). Pour ensuite pouvoir mieux appréhender la mise en œuvre de ces valeurs par l'Union et ses membres, au travers du principe de subsidiarité (B).

A. Analyse terminologique.

« *Diversité des cultures et des traditions* », « *respect de l'identité nationale* » émaillent l'ensemble du texte de la Constitution. Ces termes, qui traduisent l'importance accordée aux Etats et à leurs particularités, ne doivent néanmoins pas être perçus comme contraires à l'idée européenne d'intégration.

La preuve en est l'expression : « *respect de l'identité nationale* », qui constitue l'idée directrice de la Constitution, comme le stipule le Préambule : « *Persuadés que les peuples de l'Europe, tout en restant fiers de leur identité et de leur histoire nationale, sont résolus à dépasser leurs ancienne divisions et, unis d'une manière sans cesse plus étroite, à forger leur destin commun* ». ¹⁹⁸

Quant au respect de cette identité, il ne saurait aller sans un respect de la « *diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe* ».

¹⁹⁶ Ces droits sont rappelés aux alinéas 1, 2 et 3 de l'article II-84 de la Charte.

¹⁹⁷ Préambule de la Charte des droits fondamentaux.

¹⁹⁸ Préambule de la Constitution.

C'est donc sur cette association entre universalisme communautaire et particularisme national qu'est fondée l'Union. C'est également sur cette base que les droits fondamentaux doivent être préservés et développés.

Mais cette association n'est pas sans engendrer des tensions entre l'Union et ses membres. La première ayant le souci d'approfondir et d'intensifier le processus d'intégration, les seconds étant préoccupés par « l'affaiblissement » de leur souveraineté, dans des domaines sensibles tel que le droit de la famille et, plus précisément l'adoption internationale.

Ces tensions se ressentent, dans un deuxième temps, au niveau de la mise en œuvre par les institutions communautaires et les Etats membres (art. II-111, al. 1 de la Charte)¹⁹⁹ de ces droits. Ce rapport difficile est caractéristique du principe de subsidiarité, qui « *fonctionne de manière dialectique, en ce sens qu'il inclut des virtualités centripètes autant que centrifuges : sous forme de ce que l'on pourrait appeler une 'subsidiarité ascendante', parfois nommée 'subsidiarité positive', le principe implique (...) une possible extension de l'action de la Communauté dans la limite des compétences qui lui sont attribuées, tandis qu'une 'subsidiarité descendante' conduit à poser une limite ou à mettre un terme à l'action de la Communauté lorsque celle-ci ne se justifie pas ou plus* ». ²⁰⁰

La question qui se pose est donc la suivante : le principe de subsidiarité contribue-t-il efficacement à la préservation et au développement des valeurs communes ?

B. Le principe de subsidiarité à l'œuvre.

Ce principe, que définit l'article 5, al. 2 CE²⁰¹, voit son nécessaire respect réaffirmé dans le Préambule de la Charte et à l'article II-111, al. 2. Cette réaffirmation traduit la crainte, exprimée au début des travaux de la Convention, que celle-ci (Charte) ne soit utilisée comme

¹⁹⁹ L'article II-111, al. 1 de la Charte stipule :

« *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les autres parties de la Constitution* ».

²⁰⁰ Denys SIMON, « Le système juridique communautaire », 3^e ed., ed. Pur, novembre 2001, p. 152-153

²⁰¹ Article 5, al. 2 CE :

« *Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire* ».

Nous rappellerons également que ce principe n'a aucune incidence sur les compétences exclusives de la Communauté, et ne peut être invoqué que dans les zones de compétences partagées.

un véhicule permettant de transférer de nouvelles compétences à la Communauté ou de nouvelles tâches à l'Union²⁰².

Cette crainte des Etats membres doit être relativisée à l'aune de l'article II-112, al. 3. Cette clause dite de transfert, qui souligne l'autonomie du droit communautaire²⁰³ et conduit à la reprise des dispositions correspondantes de la CEDH et de ses protocoles, ne permet pas à l'Union d'étendre ses compétences. La seule chose qu'elle puisse faire, c'est d'« *accorder une protection plus étendue (des droits fondamentaux)* »²⁰⁴. Cette protection communautaire devra cependant être du même niveau que celle garantie par la CEDH, principe de cohérence entre les deux textes oblige.

Mais cette protection uniforme des droits fondamentaux par l'Union ne risque-t-elle pas d'être mise en péril par les Etats ?

A priori, non. En effet, les Etats sont liés par les dispositions de la Charte lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (art. II-111, al. 1). Etant donné que dans le cadre de la CEDH, ils sont déjà liés par cette Convention, il pourrait en être de même avec la Charte du fait de leur appartenance à l'Union.

Cependant, la Charte s'inspire des droits résultant des différentes traditions constitutionnelles des Etats membres (Préambule). Et comme le sous-entend l'article II-113 (niveau de protection), elle ne peut obliger juridiquement les constitutions nationales et autres instruments énumérés à s'adapter à elle. En d'autres termes, la Charte n'a aucune influence sur les standards existants qui, dans le cas de certains pays tels les pays scandinaves, assurent un niveau de protection très élevé. Ce qu'elle garantit, c'est le maintien d'un niveau de protection minimum par le droit communautaire et les constitutions nationales dans leur domaine d'utilisation respectif. Et si le domaine en question coïncide, dans certains Etats, avec celui de la Charte, alors cette dernière ne fera que compléter les autres constitutions nationales, et laissera chaque droit – plus protecteur – intervenir.

Le résultat sera peut-être une « protection à la carte » des droits fondamentaux, ce qui n'est pas sans danger pour le processus d'intégration. Ce risque est-il perceptible au niveau de l'adoption internationale, domaine où l'intérêt supérieur de l'enfant – élevé au rang de « considération primordiale » tant par les lois des Etats membres (pays d'adoptants et

²⁰² Puisque l'importance de la Charte pour l'Union, sous les auspices de la subsidiarité, signifie l'absence de toute limitation au pouvoir souverain européen (thèse selon laquelle aucun secteur n'est exclu des compétences de l'Union).

²⁰³ Antonio VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Revue de droit de l'Union européenne 1/2001, p. 35, écrivait :
« *La Charte ne réduit pas l'autonomie du droit de l'Union (...) pour ce qui concerne les rapports avec la CEDH* ».

d'adoptés) que par la Charte elle-même (art. II-84, al. 2) – fait en réalité l'objet d'une interprétation et d'une protection variables ?

A la lecture des développements précédents, la Charte des droits fondamentaux et le principe de subsidiarité sont-ils en mesure d'en garantir la protection uniforme sur le territoire de l'Union ?

Section 2 : La notion d' « intérêt de l'enfant » et l'absence d'intégration.

L'intérêt de l'enfant est au cœur du processus de l'adoption. Il est clairement affirmé, tant par les instruments conventionnels (Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20.11.1989, Convention de La Haye sur l'adoption internationale du 29.05.1993, Recommandation (1443) 2000 du Conseil de l'Europe), que par les toutes récentes législations des Etats d'origine et d'accueil étudiés.

Dans le cadre de l'Union européenne, cette notion est consacrée par la Constitution européenne, à l'article II-84, al. 2 de la Charte des droits fondamentaux : « *Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». ²⁰⁵

L'interprétation qui en est faite est cependant loin d'être uniforme parmi les pays d'adoptants et d'adoptés membres de l'Union. Ainsi, dans les premiers, l'interprétation varie-t-elle selon l'approche, juridictionnelle ou conflictuelle (A). Tandis que dans les seconds, elle est étroitement liée à l'histoire et à la culture (B). Cette comparaison nous permettra de dresser un premier bilan et d'envisager si la Charte, au travers du principe de subsidiarité, est apte à assurer le respect réel de l'intérêt de l'enfant, de manière intégrée dans l'Union.

A. Une interprétation variable selon l'approche dans les pays d'adoptants.

Avertissement : étant donné l'impossibilité pour l'auteur de trouver des articles sur la question de l'intérêt de l'enfant en droit allemand et français, seul le droit anglais sera ici analysé.

Les Britanniques sont les seuls, parmi les pays d'adoptants étudiés, à utiliser le terme « *welfare* », au lieu de « *best interests* ». Une liste de critères, déterminant le contenu de ce

²⁰⁴ Article II-112, al. 3, dernière phrase.

²⁰⁵ Article II-84, al. 2, Charte des droits fondamentaux.

bien-être, est énoncée à la section 1 de l'*Adoption and Children Act 2002*²⁰⁶. Elle est semblable à la liste du *Children Act*, qui contient des principes généraux sur les droits de l'enfant.

Ce principe, préféré à l'approche basée sur les droits (« *the rights-based approach* »), illustre cette protection à la carte des droits fondamentaux. Si mis en relation avec l'article II-84, al. 3 de la Charte²⁰⁷, nous constatons que le droit anglais accorde une protection plus large au droit de l'enfant à avoir des contacts avec des membres de sa famille.²⁰⁸ Les droits consacrés par la Charte ne pouvant excéder les droits qui seraient étendus aux citoyens dans leur propre Etat (Baumbast and R (2001) (Opinion de l'avocat général), affaire C-413/99 para. 80), cette dernière se révèle par conséquent sans incidence sur le droit anglais.

L'exemple britannique est intéressant à d'autres égards. Le choix du terme « *welfare* », plutôt que celui de « *best interests* », a permis au juge britannique, ainsi qu'au législateur, de passer outre la question des droits de l'enfant (posée par l'article 8, CEDH) et d'éviter ainsi de remplir « *the prima facie duty on the State to demonstrate that it is contrary to the child's interests to maintain direct contact with birth parents in every case in which the plan is to terminate contact after adoption* ». ²⁰⁹ Etant donné que la Charte et la CEDH se doivent d'assurer le même niveau de protection des droits fondamentaux, comment ce dilemme pourra-t-il être résolu ? La Charte, en ayant recours à la jurisprudence de Strasbourg, pourra-t-elle véritablement influencer le juge anglais ?

Et qu'en est-il dans les pays d'adoptés ?

²⁰⁶ Section 1, *Adoption and Children Act 2002* :

Pour déterminer le bien-être de l'enfant, le tribunal ou l'organisme d'adoption doit prendre en considération ses désirs et ses sentiments ; les besoins de l'enfant ; l'effet probable sur l'enfant, (pendant toute son existence) d'avoir cessé d'être un membre de sa famille d'origine pour devenir une personne adoptée ; l'âge de l'enfant, son sexe, ses antécédents et ses caractéristiques ; le mal dont il a souffert, ou dont il risque de souffrir.

La nouvelle loi de 2002 ne fait que reprendre le principe énoncé à la section 1(1) du *Children Act 1989* qui stipule : « *When a court determines any question with respect to (a) the upbringing of a child : or (b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration* ».

²⁰⁷ Pour les Britanniques, le bien-être de l'enfant passe aussi par des contacts avec sa famille d'origine. Le Royaume-Uni utilise ainsi une définition large de ce qui est appelé « intérêt de l'enfant » dans les autres pays étudiés.

²⁰⁸ Avec tout particulièrement le *Children Act 1989*, dont la section 34 fait des contacts de l'enfant placé avec les autres membres de sa famille, un nouveau devoir pour les organismes locaux d'adoption.

²⁰⁹ Penelope WELBOURNE, op. cit, p. 278-279

B. Une interprétation liée à l'histoire dans les pays d'adoptés.

La notion d'« intérêt de l'enfant » fait l'objet d'une formulation différente selon les législations des pays d'adoptés. Si le droit letton et polonais s'expriment en des termes proches de ceux utilisés par les lois des pays d'adoptant, il n'en est pas de même en droit hongrois, où l'attention se focalise sur le rôle de l'adoption. Que faut-il voir dans cette diversité terminologique ? L'histoire des pays d'adoptés, étroitement liée à celle de l'ancienne URSS, nous permettra-t-elle d'expliquer ces variations ?

Pour répondre à ces questions, nous dresserons tout d'abord le panorama sémantique de chacun des droits en question (I), avant d'analyser leur évolution en deux temps : l'époque soviétique, lorsque les pays d'adoptés étaient sous domination soviétique, et depuis la chute du rideau de fer, en tant qu'Etats nouvellement indépendants (II).

I. Le panorama sémantique de la notion d'« intérêt de l'enfant ».

Il ressort de l'analyse du droit comparé que seul le droit letton emploie le concept « d'intérêt de l'enfant », que l'article 162 du Code civil reprend mot à mot : « *The adoption of a minor is allowed if it is in the best interests of the child* ». Cette terminologie est à mettre en relation avec celle utilisée par les instruments conventionnels (Charte des droits fondamentaux, Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale). Mais signifie-t-elle nécessairement la même chose ?

Le droit polonais, quant à lui, utilise plutôt le terme de « bien-être », à l'article 114 para. 1 : « *Als Kind kann nur ein Minderjähriger angenommen werden und nur zu seinem Wohl²¹⁰* ». Ce qui n'est pas sans rappeler le droit anglais et la notion de « *welfare* ».

Enfin, tant les termes « intérêt de l'enfant » que « bien-être de l'enfant » ne sont pas repris en droit hongrois. L'attention est portée ici sur le rôle éducatif de l'adoption, comme le stipule le paragraphe 46 de la loi n° IV/1986 sur le mariage, la famille et la tutelle (qui modifie la loi n° IV/1952) : « *Zweck der Annahme an Kindes Statt ist, zwischen dem Annehmenden sowie dessen Verwandten und dem Angenommenen Familienbeziehungen herzustellen²¹¹ und vor allem für solche Minderjährige eine Erziehung in einer Familie zu*

²¹⁰ C'est nous qui le soulignons.

²¹¹ C'est nous qui le soulignons.

*gewährleisten*²¹², deren Eltern nicht mehr leben oder nicht in der Lage sind, sie entsprechend zu erziehen ».²¹³

Le choix de ces termes n'est très certainement pas innocent. Surtout, il nous amène à nous demander si le concept d'« intérêt supérieur de l'enfant », qu'emploient les pays d'adoptants et la Charte des droits fondamentaux, est compris de la même manière par le législateur letton, polonais et hongrois. Nous avons supposé que ce n'était pas le cas dans les pays ouest-européens (en l'absence de documents relatifs à l'Allemagne et à la France).. Ferons-nous le même constat pour les pays est-européens ? Une approche historique de ces pays apparaît nécessaire, en vue de comprendre ce qui se cache derrière ces termes : un nouveau concept ?, ou un pur exercice de style ?

II. L' intérêt de l'enfant : de l'ère soviétique à la chute du rideau de fer (1989-1990).

Le droit de l'URSS (ci-après le « droit soviétique ») a progressivement pris en compte l'adoption et a influencé les dispositions juridiques relatives à cette forme de filiation dans les autres pays socialistes (Pologne, Hongrie, Lettonie)²¹⁴.

L'idée dominante d'une adoption protectrice des intérêts d'un enfant dépourvu de soins parentaux (*parental care*), qui devait être suivie par les pays administrés par Moscou, n'a pas nécessairement conduit à l'élaboration de lois similaires.

Ainsi, l'adoption en Hongrie, qui s'analyse essentiellement autour de la date de 1952²¹⁵, confère à l'adoption le devoir « *to ensure a family status and to provide family upbringing in*

²¹² C'est nous qui le soulignons.

²¹³ (Traduction libre) « L'adoption a pour but de créer des rapports familiaux entre l'adoptant, ainsi que les membres de sa famille, et l'adopté, et surtout de garantir à ce mineur, dont les parents ne sont plus en vie ou qui ne sont en mesure de l'élever convenablement, une éducation au sein d'une famille ».

²¹⁴ La prise en compte de l'adoption dans le droit soviétique est le résultat d'une longue évolution. Au départ absente (Code de la famille du 16 sept. 1918) pour des raisons idéologiques : « *This legal policy was justified by the struggle against the exploitation of children in rich peasant (kulak) families* », elle fut finalement codifiée quelques années plus tard, le 1^{er} mars 1926 par le Code de la famille soviétique (art. 57-67). A l'époque, « *it was thought that by adoption the protection of the child could be secured and that it represented a solution for the problem of child neglect* ». L'on peut également voir dans cette codification l'institutionnalisation d'une pratique largement répandue dans la société russe.

Marco MLADENOVIC, Marina JANJIC-KOMAR, Dr. Christa JESSEL-HOLST, *The Family in Post-Socialist Countries (chapter 10)*, in « International Encyclopaedia of Comparative Law », vol. IV, ed. Mary Ann Glendon, 1998, p. 117

²¹⁵ L'adoption « *effected significant changes in both the purpose of and the rules on adoption (örökbefogadás) in comparison with the old law of adoption* ». Avant 1952, l'adoption de mineurs et d'adultes était autorisée, et pour les mineurs, « *without the right to parental custody of the child devolving on the adoptive parents* ». A partir de 1952, les modifications les plus importantes introduites par la loi de 1952 sur le droit de la famille sont celles selon lesquelles seul un mineur peut être adopté, l'adoption *minus plena* (adoption incomplète) prise dans son sens traditionnel a cessé, et l'adoption ne s'effectue que par un acte de l'autorité publique, à savoir l'autorité de tutelle permettant l'adoption. En 1960, le droit hongrois prend un nouveau tournant : les relations de

the new family for minors who have no living parent or whose parents are unable to bring them up ». ²¹⁶ En d'autres termes, l'adoption remplit une fonction civile (donner un statut familial) et éducative. Des changements interviennent surtout avec l'adhésion de ce pays à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. La loi de 1952 est successivement modifiée, en 1995 (loi XXXI /1995) et en 1997 (loi XXXI/1987), « *namely with a view to bringing the rules of family law into line with the principles and rules of the United Nations Convention on the Rights of the Child, adopted on 20 November 1989* ». ²¹⁷ Plus spécifiquement, l'adoption internationale est permise depuis 1995, mais seulement pour les enfants « *committed to state care, whose adoption is subject to arrangement by institutes for child and youth protection* ». ²¹⁸ Dans ce cas, l'importance attachée au rôle éducatif de l'enfant se comprend mieux.

En Pologne, la question de la prise en charge de l'enfant par la société est à la base des incertitudes à propos de l'adoption et de son rôle : « *Should adoption as an institution be retained or should the state assume responsibility for children without families ?* ». ²¹⁹ Le droit polonais répondra à cette question en édictant en 1965 trois lois, résultantes de la codification du droit civil et de la famille, ainsi que du droit des procédures civiles en 1964. Ces lois ²²⁰, et notamment le Code de la famille et de la tutelle du 25.2.1964, font du bien-être de l'enfant la raison d'être de l'adoption. Ainsi, le Code de la famille et de la tutelle du 25.2.1964 stipule-t-il à l'article 114 para.1: « *Als Kind kann nur ein Minderjähriger angenommen werden und nur zu seinem Wohl* » ²²¹.

Le passage de la dictature du prolétariat à l'état de droit après 1989 ne s'est pas traduit par des changements significatifs dans le domaine de l'adoption. Le bien-être de l'enfant demeure la considération primordiale de l'adoption. Avec la ratification de la Convention de La Haye de 1993, le caractère subsidiaire de l'adoption polonaise est exprimé directement (article 114,

parenté de l'adopté, qui au départ ne concernaient que le seul rapport adopté-adoptants, sont élargies aux autres membres de la famille de ces derniers (parents adoptifs). De plus, la rupture juridique totale de l'adopté avec la famille consanguine est finalement consacrée. « *Since then Hungarian law has recognized full adoption only in this sense* ». A. HARMATHY (ed.), « *Introduction to Hungarian Law* », 1998, p. 75

²¹⁶ A. HARMATHY, op. cit, p. 75

²¹⁷ A. HARMATHY (ed.), « *Introduction to Hungarian Law* », Kluwer (1998), p. 68

²¹⁸ A. HARMATHY (ed.), op. cit, p. 75

²¹⁹ René KÖNIG, op. cit, p. 5

²²⁰ Il s'agit de :

- (a) le code de la famille et de la tutelle du 25.2.1964
- (b) le code civil du 23.4.1964
- (c) le code de procédure civile du 17.11.1964

Ces lois n'ont presque subi aucune modification après la chute du rideau de fer en 1989/1990. Elles s'inspirent largement, dans leur structure, terminologie, présentation, etc. du BGB allemand. Elles sont d'orientation « ouest-européenne » (dans le modèle). In Dr. Erhardt GRALLA, *Polen*, in « *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht* », ed. Verlag für Standesamtswesen, 01.10.2003, p. 6 (traduction libre de l'auteur).

para. 1). Toutefois, un réaménagement du Code civil de 1964 est prévu (qui concerne le droit typiquement socialiste).

Enfin, en Lettonie, le code civil du 28.01.1987, qui uniformise et simplifie les règles du droit privé balte et efface les vestiges permanents et féodaux ainsi que les spécificités régionales et locales²²², ne mentionne pas l'adoption. A la chute du rideau de fer, l'adhésion de la Lettonie à la Convention de La Haye explique pourquoi la notion d' « intérêt de l'enfant » est exprimée dans les mêmes termes.

Comme nous le supposions, le respect des systèmes juridiques et des traditions constitutionnelles des Etats membres a eu pour conséquence une interprétation différente de la notion d' « intérêt de l'enfant » et une protection variable dans le processus d'adoption. Même si le but de l'intégration européenne n'est pas l'uniformisation (la devise de l'Union n'est-elle pas : « Unie dans la diversité »), une Charte aux effets contraignants ne serait-elle pas nécessaire ? Afin, semble-t-il d'éviter que « *le respect du principe de subsidiarité (qui) ne doit pas faire obstacle aux développements futurs de l'action communautaire, ne servent de clause de sauvegarde pour les Etats sous couvert d'une défense des intérêts vitaux* ». ²²³

Au vu des risques inhérents à ce principe, la recherche d'un autre instrument d'intégration des législations nationales en matière d'adoption internationale s'avère utile.

Chapitre 2 : L'article III-269 et la poursuite des efforts d'intégration.

Cet article, relatif à la coopération judiciaire en matière civile, aborde le problème de manière spécifique (son alinéa 3 traitant du « *droit de la famille et de ses mesures ayant une incidence transfrontière* ») et propose deux instruments juridiques en vue de réaliser l'objectif d'intégration : la loi et la loi-cadre européenne.

Mais avant d'évaluer l'aptitude de ces normes à plus d'intégration dans le domaine de l'adoption internationale (section 2), il apparaît utile de comprendre pourquoi le concept d' « intégration européenne » s'est appliqué progressivement à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après l' « ELSJ ») et à son champ civil (section 1), alors qu'au départ, seul le Marché était concerné.

²²¹ (Traduction libre) « Seul un mineur peut être adopté et seulement si c'est dans son intérêt ».

²²² Ulrich W. SCHULZE, *Lettland*, in « Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht », vol. VIII, ed. Verlag für das Standesamtswesen, 01.05.2002, p. 9-10 (traduction libre).

Section 1 : La philosophie de l'intégration.

Peut être comprise sous un angle double : d'une part, l'histoire de la construction européenne (A), et d'autre part les réalités du citoyen européen, illustrées par le droit civil et plus particulièrement le droit de la famille et ses incidences transfrontières (B).

A. Bref historique de la construction européenne.

Parler d'intégration, c'est revenir aux sources « idéologiques » de la construction européenne, à savoir la mise en place d'un espace où la paix serait sauvegardée par la réconciliation franco-allemande et l'unité européenne, à partir d'une démarche fonctionnaliste des Pères fondateurs.²²⁴

L'objectif ultime d'union politique, dont l'ELSJ est un des aspects, s'est révélé être un processus long et difficile à atteindre, comme en témoignent les quelques dates ci-dessous :

En 1970, l'adoption du rapport Davignon a établi un mécanisme de concertation en matière de politique étrangère (...), tandis que *se développait timidement une coopération en matière d'affaires intérieures et de justice*. En 1986, l'Acte Unique Européen, en plus de la promotion du Marché intérieur, a constitué *une étape importante dans l'institutionnalisation de la coopération politique*²²⁵. En 1992, le Traité sur l'Union européenne (TUE) assigne *la coopération judiciaire en matière civile et pénale comme objectif pour une Union européenne* où est instituée une citoyenneté. En 1997, le traité d'Amsterdam prévoit « *la constitution d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » qui se traduit (...) par la « communautarisation partielle du troisième pilier* », c'est-à-dire l'insertion de la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures dans les compétences communautaires ». ²²⁶ En 2003, l'ELSJ trouve sa

²²³ Fiche du Parlement européen, RMCUE, n° 367, avril 1993, p. 305

²²⁴ Cette démarche consiste en « *la proposition de création du « pool charbon-acier (...), consistant à procéder, non pas par une « construction d'ensemble », mais par « des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait », de nature à engendrer une dynamique susceptible de conduire, à partir de la gestion commune de deux produits, par le jeu d'engrenage successifs, à une unification économique plus large et – à terme – à une union politique. A la priorité du politique est substituée la priorité de l'économique, à l'approche globale et instantanée est préférée l'approche sectorielle et progressive, et surtout la coopération est remplacée par l'intégration* ».

In Denys SIMON, « Le système juridique communautaire », ed. Puf, 2001, p. 28

²²⁵ Son titre III (article 30, AUE) a le mérite de *faire une place à la dimension politique de la construction européenne et d'ouvrir la voie à la réalisation à terme d'une véritable union politique européenne*.

²²⁶ Denys SIMON, op. cit, p. 35-39

consécration à l'article 3, al. 2 du projet de Constitution (art. I-3, al. 2 nouveau, Constitution) qui en fait, aux côtés du Marché unique, un des objectifs fondamentaux de l'Union.²²⁷

Sur ces bases, l'ELSJ a progressé, et cette avancée est aussi sans doute un progrès du droit européen, c'est-à-dire du droit pour les citoyens européens, même si cette progression connaît des insuffisances notoires.²²⁸ Mais la nécessité de développer l'union politique et l'ELSJ s'explique également par les nouvelles réalités et les nouveaux défis auxquels le citoyen européen doit faire face.

B. La coopération judiciaire en matière civile.

Le droit civil, et surtout le droit de la famille, est un domaine faisant de plus en plus parler de lui dans l'Union. Cette notoriété s'explique par « l'eupéanisation » croissante des rapports entre les citoyens européens, qu'accélère la libre circulation des personnes. En conséquence, le droit civil et de la famille se voit progressivement revêtir un caractère « transfrontière », tant au niveau des règles et des principes qui le régissent qu'au niveau de ses effets.

Pour répondre au mieux au défi de ce phénomène dans la sphère privée et apporter des solutions concrètes aux problèmes transfrontières du citoyen européen, le rapprochement des législations nationales apparaît comme étant un moyen approprié. D'une part parce qu'à travers les instruments qu'il privilégie (la directive et le règlement, respectivement rebaptisés « loi-cadre européenne » et « loi européenne » par la Constitution²²⁹), il facilite « l'application coordonnée et cohérente, par les systèmes judiciaires des Etats membres, des droits reconnus à leurs citoyens par les gouvernements (...) ». ²³⁰ Et d'autre part, parce qu'il permet la préservation de la spécificité des systèmes juridiques des Etats membres, tout en poursuivant le développement d'un ordre juridique communautaire autonome (qu'il régit, c'est-à-dire le principe d'intégration dans le droit national, aux côtés du principe de primauté sur le droit national).

C'est donc cette piste que semblent avoir suivie les rédacteurs de l'article III-269, al.1 de la Constitution, où est favorisée « l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions

²²⁷ Cet ELSJ fait également l'objet d'un chapitre complet dans le projet de Constitution : chapitre IV, partie III.

²²⁸ Elisabeth GUIGOU, *Vers l'unité du droit dans l'espace européen ?*, Actes du Colloque sur l'espace judiciaire européen, RMCUE, n° 438, mai 2000, p. 294

²²⁹ Article I-33, al. 1

²³⁰ Pierre MOSCOVICI, *Les différentes dynamiques de l'espace judiciaire européen*, RMCUE, n° 438, mai 2000, p. 301 tenait ces propos sur le traité d'Amsterdam.

législatives et réglementaires des Etats membres (...) à travers la loi ou la loi-cadre européenne ».

Mais que valent ces instruments juridiques à l'épreuve des faits de l'adoption internationale ? Le Conseil des ministres, qui adopte ces instruments, pourra-t-il pleinement jouer son rôle « intégrateur », ou des résistances nationales, à l'instar de celles inhérentes au principe de subsidiarité, sont-elles envisageables ?

Section 2 : Le rôle « intégrateur » du Conseil des ministres.

L'intégration européenne, qu'envisage le Conseil des ministres au niveau du droit de la famille transfrontière, et par extension de l'adoption internationale, peut s'avérer délicate. La difficulté étant que le domaine en question (le droit de la famille) est politiquement et socialement très sensible puisqu'il « *touche à la fois les structures sociales les plus fondatrices et le statut civil par lequel chaque individu acquiert son statut propre dans la cité (...). Ainsi le droit de la famille est-il à la base de toute organisation sociale et de ce que l'individu a de plus intime, sa vie 'privée et familiale' ».*²³¹

Laquelle, de la loi-cadre (A) ou de la loi européenne (B), le Conseil des ministres choisira-t-il afin de réaliser l'intégration des dispositions législatives des Etats membres en matière d'adoption internationale ? Pour répondre à cette question, l'analyse de chacun de ces instruments s'avère nécessaire.

A. La loi-cadre européenne.

Si donc le droit de la famille et, plus particulièrement l'adoption internationale, touche à l'identité de chaque Etat, l'intervention communautaire en ce domaine ne risque-t-elle pas d'être perçue comme une ingérence ? En conséquence, les Etats membres n'auront-ils pas tendance à manifester une certaine résistance à toute initiative bruxelloise ?

Dans cette perspective, le Conseil des ministres aurait peut-être intérêt à choisir la loi-cadre européenne, cet « *acte législatif qui lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant au choix de la forme et des moyens* »²³² ?

²³¹ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ?*, RMCUE, n° 438, mai 2000, p. 328

²³² Article I-33, al. 1 de la Constitution.

L'avantage à en retirer serait un partage effectif des rôles entre « *des Etats (qui) restent titulaires de la compétence normative, et la Communauté (qui) ne dispose que d'une compétence d'harmonisation des législations nationales* ». ²³³ De plus, cet acte législatif leur (les Etats) permettrait de jouir d'une certaine liberté : la loi-cadre offrant un cadre à l'intérieur duquel ils appliquent les dispositions répondant à l'objectif visé, tout en prévoyant des aménagements propres. Ces avantages expliquent pourquoi certains auteurs parlent d'un « *instrument adapté à la situation de compétences encadrées ou coordonnées* ». ²³⁴

Si en théorie, tout semblerait conduire le Conseil des ministres à faire le choix de la loi-cadre, en pratique, il n'en va guère ainsi. L'analyse des anciennes directives européennes tend à révéler une autonomie limitée des Etats membres dans le choix des moyens de mise en œuvre des principes communautaires. La raison est double : premièrement, les directives élaborées sont de plus en plus précises ; et deuxièmement, les règles de transposition sont de plus en plus nombreuses et aliénantes pour les Etats. Cette main-mise de l'Union ne traduirait-elle pas également la crainte de voir son ordre juridique mis en péril, d'une part en raison d'une uniformité insuffisante d'application et d'une paralysie des effets des règles communautaires sur l'ensemble du territoire européen, et d'autre part en raison du comportement de « cancre » de certains Etats en matière de transposition ?

Ce souci d'une suffisante uniformité d'application et d'un effet réel des règles communautaires à l'ensemble de l'espace communautaire se comprend mieux lorsque mis en situation. Ainsi, dans le cas de l'adoption internationale, la diversité législative entre pays d'adoptants et pays d'adoptés constitue-t-elle un frein sérieux à l'élaboration d'une loi-cadre européenne, établissant des principes communs en vue d'intégration. Face à une telle diversité, l'élaboration d'une loi-cadre à partir d'un dénominateur commun apparaît difficile.

Son homologue, la loi européenne, offre-t-elle plus de perspectives ?

B. La loi européenne.

Les lois européennes ²³⁵ ou anciens règlements (art. 249 CE) occupent, depuis 2000, une place particulière en droit communautaire. Dans le domaine du droit de la famille transfrontière, l'Union « (...) *a clairement privilégié (...) le règlement, comme instrument approprié pour l'adoption d'instruments dans le domaine du droit international privé, au*

²³³ Denys SIMON, « Le système juridique communautaire », ed. Puf, novembre 2001, p. 319

²³⁴ Denys SIMON, op. cit, p. 319

détriment des conventions traditionnelles conclues par les Etats membres ».²³⁵ A titre d'exemple, nous citerons le dernier règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, plus connu sous le nom de « Bruxelles II bis ».

Ce règlement, dont l'intérêt est d'être un précédent en matière familiale, peut-il être considéré comme un modèle de réponse adéquat aux problèmes de l'adoption internationale sur le territoire de l'Union européenne ? S'inspirant de ses principales dispositions, une loi européenne relative à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'adoption internationale pourrait-elle être élaborée par le Conseil des ministres ? C'est ce que nous allons tenter, désormais, de déterminer.

L'établissement de rapports de confiance entre autorités des pays d'accueil et d'origine de l'enfant est aujourd'hui primordiale, afin que l'adoption soit effectivement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela concerne tout d'abord la détermination des compétences des autorités des Etats d'accueil et d'origine, domaine où la méfiance règne entre les pays d'adoptants (ils ont tendance à faire prévaloir leur droit national et à n'accorder qu'une place résiduelle à la loi de l'enfant) et d'adoptés (ils tendent à imposer des critères stricts pour l'adoption de leurs ressortissants par des étrangers). L'établissement de rapports harmonieux, facilité par un partage clair et équilibré des compétences, s'avère ici nécessaire. En ce domaine, le règlement Bruxelles II bis fournit quelques éléments de réponse en préconisant (pour ce qui est de la responsabilité parentale), une *prorogation des compétences* des juridictions de l'Etat membre lorsque l'enfant a un lien étroit avec cet Etat²³⁷ et, dans des cas exceptionnels, un *renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire* (par l'autorité de l'Etat membre normalement compétente), lorsque ceci est conforme à l'intérêt de l'enfant (art. 15, al. 1) et dans certaines circonstances (art. 15, al. 3).

Appliqués au domaine de l'adoption internationale, cette *prorogation de compétences* et ce *renvoi* rééquilibreraient les rapports entre autorités des Etats d'origine et d'accueil de l'adopté. Les prérogatives des premières seraient légitimées par le lien étroit qu'a entretenu avec elles l'enfant avant son adoption. Quant aux secondes (autorités de l'Etat d'accueil), elles interviendraient toujours dans le processus d'adoption, de par notamment l'acquisition

²³⁵ « La loi européenne est un acte législatif de portée générale. Elle est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre. », article I-33 de la Constitution.

²³⁶ Michael WILDERSPIN et Xavier LEWIS, op. cit, p. 312

²³⁷ Par exemple, l'enfant est ressortissant de cet Etat membre (art. 12, al. 3 (a)).

par l'enfant de sa résidence habituelle sur leur sol (art. 15, al. 3 a)) ou de la présence des adoptants (résidence habituelle) à l'intérieur de leurs frontières (art. 15, al. 3, d)).

Survient ensuite la phase de reconnaissance du jugement étranger d'adoption par l'autorité de l'Etat d'accueil de l'enfant, elle-aussi caractérisée par la méfiance des pays d'adoptants à l'encontre de leurs homologues étrangers.²³⁸ Encore une fois, le règlement Bruxelles II *bis* apporte une solution : *la reconnaissance de plein droit de la décision, sans aucune procédure* (art. 21, al.1). Les conséquences sur les législations des pays d'adoptants seront les suivantes : une efficacité moindre au Royaume-Uni qui, depuis l'*Adoption and Children Act 2002*, reconnaît automatiquement les adoptions conventionnelles et étrangères (les jugements).²³⁹ En Allemagne, la suppression du critère de compétence internationale, à moins que le jugement étranger d'adoption ne soit contraire à l'ordre public allemand²⁴⁰. Enfin, il semble que c'est en France que l'application de ce mécanisme risque d'être la plus problématique : le double modèle d'adoption (adoption plénière et simple)²⁴¹ conduit en effet le juge français à « nationaliser » l'adoption étrangère.

Ces questions sont, par ailleurs, indissociables de la dernière phase du processus d'adoption : les effets de la décision du tribunal étranger dans l'Etat d'accueil de l'enfant. La difficulté pour les pays d'adoptants étant, en ce domaine, de doter l'adoption qu'ils prononceront des mêmes effets que celle prononcée par l'autorité compétente de l'Etat d'accueil. Cet exercice se complexifie lorsque l'adoption étrangère s'apparente à une adoption simple, que rejettent les adoptants en faveur d'une adoption plénière.²⁴²

Afin de résoudre ce conflit, pourquoi ne pas proposer, à l'instar du règlement Bruxelles II *bis*, une suppression totale de tout obstacle à la libre circulation de la décision au sein de

²³⁸ Pour rappel, voir la partie 1 du mémoire.

²³⁹ Il est important de souligner que le régime de reconnaissance des adoptions conventionnelles est aligné sur celui de la Convention de La Haye de 1993 (art. 23, para. 1).

²⁴⁰ Cette clause d'ordre public persiste néanmoins dans le règlement Bruxelles II *bis*. Pour certains auteurs, il démontre que « les Etats membres semblent encore tenir à ce point de contrôle des décisions étrangères dans le domaine du droit de la famille, encore diversifié au plan du droit interne des différents Etats de l'Union européenne ». Agnès BIGOT, op. cit. p. 16

Quant à la procédure additionnelle et facultative, il est à supposer qu'elle n'existera tout simplement plus. Sur ce point, le paragraphe 2 de l' *Adoptionswirkungsgesetz* prévoit que cette procédure conduit le tribunal des tutelles et le bureau fédéral central pour les adoptions à l'étranger à réexaminer la légitimité de l'adoption prononcée à l'étranger, afin d'entériner la reconnaissance et les effets de celle-ci. Bien que non obligatoire, ce supplément de procédure ne traduit-il pas le manque de confiance des tribunaux de l'Etat d'accueil de l'adopté ?

²⁴¹ L'Allemagne et le Royaume-Uni ne connaissent que l'adoption plénière.

²⁴² L'autorité de l'Etat d'accueil devra alors transformer la décision de l'Etat d'origine de l'enfant. En ce qui concerne les effets en Allemagne, France et au Royaume-Uni, voir la première partie du mémoire.

l'Union ?²⁴³ L'avantage à en retirer pour l'adoption internationale serait une absence de procédure et de contrôle de la décision de l'autorité de l'Etat d'origine de l'enfant. Cependant, en raison de la pluralité des modèles d'adoption²⁴⁴, dont certains sont inconnus tant des pays d'adoptants que d'adoptés, un contrôle minimum serait peut-être nécessaire.

Conclusions.

L'analyse du principe de subsidiarité, de la loi et de la loi-cadre européennes a mis en lumière les difficultés inhérentes au modèle communautaire d'intégration, qui tente de trouver le juste équilibre entre d'une part, les valeurs communes à respecter (l'intérêt supérieur de l'enfant) et les objectifs (l'intégration des législations nationales relatives à l'adoption internationale) de l'Union, et d'autre part, le respect de la diversité et des traditions juridiques des Etats membres. Notre sentiment est que, d'un côté comme de l'autre, les efforts à accomplir sont dans le chef des Etats membres. Ils se doivent politiquement de contribuer davantage à cette intégration européenne, s'ils souhaitent (en retour) moins d'intervention de la Communauté ou un respect plus grand du partage des compétences dans la mise en oeuvre des règles communes.

A cet égard, et pour éviter de mettre en péril le processus d'intégration communautaire, la loi européenne est apparue comme étant le moyen le plus approprié.

Néanmoins, les Etats de l'Union ne sont pas uniquement membres de cet espace communautaire. Et si le rapprochement des législations nationales relatives à l'adoption internationale semble, dans cet espace, réalisable, il ne faut pas pour autant négliger d'analyser les deux autres modèles de subsidiarité : la subsidiarité conventionnelle (titre 2) et internationale (titre 3).

²⁴³ « Concernant l'exécution de la décision rendue en matière d'autorité parentale (plus particulièrement celles qui concernent le droit de visite et le retour de l'enfant enlevé), Bruxelles II bis préconise l'exécution des décisions relatives au droit de visite (art. 41) et au retour de l'enfant (art. 42) dans un autre Etat membre, sans aucune déclaration du caractère exécutoire, et sans qu'il soit possible de s'opposer à la reconnaissance de la décision, à condition qu'elle ait été certifiée dans l'Etat membre d'origine ». Agnès BIGOT, op. cit, p. 16
L'auteur ajoute : « Une fois certifiée, elle (la décision) sera traitée dans l'Etat membre d'exécution comme si elle avait été rendue par les juridictions de cet Etat et sans qu'aucune procédure ne se déroule dans cet Etat. Seules des conditions sont prévues à la délivrance du certificat dans l'Etat d'origine (art. 41 para. 2, et art. 42 para. 2). Il convient de bien observer que ces conditions sont examinées lorsque le certificat est rempli par le juge qui a rendu la décision, non par une autorité de l'Etat membre requis. Cet élément témoigne bien du fait qu'il ne s'agit pas d'un contrôle de régularité mais uniquement de garanties destinées à s'assurer du respect d'un minimum de règles de nature procédurale, lors du prononcé de la décision dans l'Etat d'origine ».

²⁴⁴ A titre d'exemple, nous citerons l'adoption secrète en droit polonais et hongrois, mais qu'ignorent les droits letton, allemand, anglais et français.

Titre 2 : La subsidiarité conventionnelle ou le risque d'une harmonisation au rabais

En plus d'être membres de l'espace communautaire, les pays d'adoptants et les pays d'adoptés étudiés appartiennent aussi à un autre espace « européen », celui du Conseil de l'Europe²⁴⁵.

Ce Conseil²⁴⁶, en vue d'atteindre l'objectif majeur de réalisation d'une « *union plus étroite entre ses membres* », a élaboré une Convention européenne des droits de l'homme (qui trouve son complément en matière de droits sociaux dans la Charte sociale européenne) et mis en place une Cour européenne des droits de l'homme²⁴⁷.

Les droits énoncés par la Convention²⁴⁸ sont garantis par un système de contrôle à caractère subsidiaire de la part des organes de la Convention, et par le *judicial self-restraint* de la part de la Cour. Ce qui signifie que la protection des droits fondamentaux est, en premier lieu, la tâche du législateur et des juridictions nationales. La Cour EDH n'intervenant que pour suppléer aux déficiences de ces derniers et pour en contrôler l'œuvre.^{249 250}

²⁴⁵ Le Conseil de l'Europe regroupe aujourd'hui un nombre croissant d'Etats européens (45) dès lors qu'ils respectent les droits et libertés fondamentaux (...). Les premiers pays ex-socialistes à y adhérer ont été la Hongrie, Pologne, Bulgarie, Tchékoslovaquie, Roumanie. Les premières républiques de l'ex-URSS : les Etats baltes (la Lettonie avec retard).

Jean-Claude GAUTRON, « Mémentos Droit européen », 10^e édition, ed. Dalloz, 2002, p. 31

²⁴⁶ L'organe compétent pour agir au nom du Conseil de l'Europe est le Comité des Ministres, de nature intergouvernementale.

²⁴⁷ Les organes initialement investis du pouvoir de contrôle, la Commission européenne et la Cour européenne des droits de l'homme (et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe) ne l'exerçaient que selon certaines conditions. Les mécanismes de protection ont été modifiés par la mise en place d'une nouvelle Cour, produit de la fusion de la Commission et de la Cour (par le Protocole 11, entré en vigueur le 01/11/1998).

Jean-Claude GAUTRON, op. cit. p. 43

²⁴⁸ Dans son Préambule, elle rappelle que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme sont l'un des moyens d'atteindre le but du Conseil de l'Europe, qui est de « réaliser une union plus étroite entre ses membres » et met l'accent sur la prédominance de l'intérêt commun, soulignant que la matière des droits de l'homme « touche aux intérêts essentiels de la collectivité ».

²⁴⁹ Franz MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in F. SUDRE (dir.), « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme (Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme – Faculté de droit de l'Université de Montpellier I) », ed. Bruylant (Bruxelles), 1998, p. 38

²⁵⁰ La subsidiarité européenne a été proclamée par le juge européen dans l'arrêt *Handyside c/ Royaume* : « *Le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* ».

En d'autres termes, ce sont les autorités nationales et plus particulièrement le juge national, qui assurent en premier lieu la jouissance des droits et libertés que la Convention consacre. La Convention a donc un caractère second ou subsidiaire par rapport aux droits nationaux : ses règles de fond ne visent nullement à se substituer aux règles de droit interne, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a affirmé dans L'Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968, para. 10 : « *Elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* ».

Mais ne doit-on pas redouter cette « autonomie » des Etats pour l'adoption internationale et le respect des droits de l'enfant, à l'instar de ce que l'on a pu voir avec la Constitution européenne ? En effet, les Etats n'auront-ils pas tendance à assurer le « minimum vital », c'est-à-dire une protection n'allant pas au-delà du minimum requis par la Convention elle-même ? De plus, le respect qu'accorde la CEDH aux identités et aux différentes traditions juridiques nationales ne fait-elle pas craindre une harmonisation au rabais, aux répercussions néfastes pour l'enfant adopté et ses droits ?

Nous verrons qu'en effet, la subsidiarité au sens de la CEDH (ci-après la « subsidiarité CEDH ») fait la part belle à l'expression des particularismes nationaux. Et que, même si les organes de Strasbourg conservent un certain pouvoir de contrôle et de coercition sur les Etats, ce pouvoir apparaît encore comme trop insuffisant pour les empêcher d'agir plus en fonction de leurs intérêts que de celui de l'enfant (chapitre 1). La preuve en sera apportée par la question des origines de l'adopté, dont le traitement varie d'un pays à l'autre (chapitre 2).

Chapitre 1 : Un modèle favorable à l'expression des particularismes nationaux.

Pour comprendre les enjeux de la subsidiarité CEDH dans le cadre de l'adoption internationale et en quoi elle se distingue de la subsidiarité de la Constitution européenne, qui elle-aussi affirme l'intérêt de la Communauté et le respect des identités nationales, il sera tout d'abord nécessaire d'encadrer cette notion (section 1), avant d'analyser ensuite en profondeur l'ampleur du rôle joué par les Etats (section 2).

Section 1 : Encadrement de la notion de « subsidiarité CEDH ».

La subsidiarité CEDH répond à un objectif précis (A) et présente des caractéristiques particulières de complémentarité, de souplesse et d'autonomie (B).

A. L'objectif de la subsidiarité CEDH.

Son objectif principal consiste à faire en sorte que le droit des Etats assure un minimum de protection des droits fondamentaux., tout en leur reconnaissant une véritable autonomie dans le choix des mesures qu'ils estiment appropriées pour la mise en oeuvre de leurs obligations conventionnelles, sous réserve néanmoins de respecter le standard minimum de protection

imposée par la Convention²⁵¹. Cela signifie également qu'aucune uniformité absolue ne s'impose²⁵².

Cette absence d'exigence d'uniformité trouve sa justification dans l'obligation qu'a la Cour de respecter la variété culturelle et juridiques des Etats parties à la Convention. En langage européen des droits de l'homme, cela s'appelle le « pluralisme »²⁵³, considéré comme une composante fondamentale de la « société démocratique ». Comme nous le verrons plus tard, les juges de Strasbourg se montrent sensibles à la diversité européenne, notamment des cultures juridiques, précisant qu'ils ne peuvent « *négliger les caractéristiques de fond et de procédure des droits internes respectifs* »²⁵⁴ des Etats²⁵⁵.

Mais la « liberté » des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait être réelle si la subsidiarité CEDH ne revêtait pas certaines caractéristiques.

B. Les caractéristiques de la subsidiarité CEDH.

sont au nombre de trois : la complémentarité, la souplesse et l'autonomie.

En premier lieu, la complémentarité doit s'entendre au sens d' « *une répartition de tâches complémentaires mais distinctes et donc non équivalentes et non interchangeable* »²⁵⁶ entre les autorités nationales et les organes de la CEDH²⁵⁷. Elle peut s'observer à deux niveaux :

- a. Au niveau des autorités nationales qui sont chargées, dans leurs rapports avec les individus, d'assurer le respect des droits édictés par la CEDH. Ses règles de fond visent, si besoin, à compléter le droit interne ou à pallier ses insuffisances.
- b. Au niveau du juge national - juge naturel des droits de l'homme²⁵⁸ - chargé d'interpréter et d'appliquer le droit interne à la lumière de la Convention (principe de primauté-subsiarité). Son action pourra, par exemple, consister à

²⁵¹ Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme ne porte alors que sur la compatibilité à la Convention de ces mesures nationales.

²⁵² Arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, para. 61

²⁵³ En d'autres termes les identités nationales.

²⁵⁴ Arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, op. cit

²⁵⁵ En d'autres termes, les juges de Strasbourg accordent aux Etats une marge d'appréciation dans la mise en oeuvre des limitations aux droits protégés. Cette marge nationale d'appréciation est l'expression jurisprudentielle du principe de subsidiarité.

²⁵⁶ Johan CALLEWAERT, *La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle*, in « L'Europe de la subsidiarité », Paul VERDUSSEN, ed. Bruylant, 2002.

²⁵⁷ Ces organes sont la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, en sa qualité de « surveillant » de l'exécution des arrêts de la Cour (article 46 para. 2, CEDH).

²⁵⁸ L'article 13 de la Convention (droit à un recours effectif) l'illustre bien :

« *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».

« enrichir » le droit interne, en en dégageant les potentialités que la CEDH incite à révéler.²⁵⁹

Cette complémentarité dans la répartition des tâches soulève néanmoins une inquiétude : en effet, que peut-il advenir des droits consacrés par la CEDH, si l'Etat en question n'a, dans sa législation, aucune disposition qui en assure la protection ? L'action de la Cour s'en trouverait-elle paralysée ?

Pour parer à cet éventuel danger, le juge européen a doté la subsidiarité CEDH d'une deuxième caractéristique : la souplesse. Elle permet de suppléer ou de passer outre à l'inaction des Etats, mais sans jamais pouvoir produire un résultat équivalent ni effacer entièrement la trace de la carence initiale²⁶⁰. Cette impossibilité peut se comprendre à la lumière de la philosophie qui sous-tend le système européen des droits de l'homme : le but n'est pas de punir un Etat qui aurait ignoré un droit ou qui n'aurait pas assuré la protection, mais au contraire de l'amener à un plus grand respect et à une protection plus étendue des droits de l'homme dans son ordre interne, en ayant recours à des moyens qu'il aura lui-même jugé appropriés.

Enfin, la subsidiarité CEDH revêt un caractère autonome, qui permet aux Etats de dépasser le minimum requis, mais aussi de choisir les moyens à mettre en oeuvre à l'effet de respecter leurs engagements. En ce sens, la subsidiarité est une sorte d'obligation de résultat minimum, respectueuse des particularités des systèmes nationaux en cause.²⁶¹

La définition de cette subsidiarité aura donc permis une première approche des particularités propres à ce principe (complémentarité, souplesse, autonomie). L'analyse se poursuivra en s'attachant plus particulièrement aux rapports qu'il régit : les relations Etats / Organes de Strasbourg.

Section 2 : Les Etats, principaux acteurs de la mise en oeuvre des valeurs communes ?

Nous sommes en droit effectivement de nous poser la question, vu l'ampleur de leur intervention (A). Néanmoins, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe est bien réel, qui vient encadrer les agissements des autorités nationales (B).

²⁵⁹ Frédéric SUDRE, *op. cit.*, p. 194

²⁶⁰ Johan CALLEWAERT, *op. cit.*

²⁶¹ Johan CALLEWAERT, *op. cit.*

A. La réduction de la marge d'appréciation, moyen de coercition de la Cour.

L'ampleur de cette intervention s'explique par la nature même de la subsidiarité CEDH qui, comme on vient de le voir, leur attribue la responsabilité première dans la mise en oeuvre des droits et libertés reconnus.

Cependant, comment l'objectif de « *réalisation d'une union plus étroite entre (ses) membres* », pays d'adoptants et d'adoptés du Conseil de l'Europe, peut-il être atteint ? Cette question prend une teneur particulière lorsque l'on sait que les Etats disposent d'une grande marge d'appréciation pour la mise en oeuvre et le respect des droits de l'homme dans leurs ordres juridiques internes.

Au niveau de l'adoption internationale, cette large autonomie est-elle néfaste ?

Une étude rapide de la jurisprudence CEDH relative à l'adoption révèle une tendance des juges de Strasbourg à réduire la marge d'appréciation²⁶² des Etats. La principale raison étant que, selon une jurisprudence bien établie, cette marge « (...) *va de pair avec un contrôle européen (arrêt Handyside c/ Royaume-Uni, 07.12.1976, para. 49)* ».

Dans les affaires d'adoption traduites devant la Cour sur la base de l'article 8, CEDH (« droit au respect de la vie privée et familiale »), cette réduction a trouvé sa justification dans :

- (a) la nécessité pour les juges de faire respecter les droits des parties à l'adoption (les parents biologiques dans le cadre des adoptions endo-familiales). Les Etats ayant, à leurs yeux, agi de manière arbitraire.²⁶³

²⁶² Yutaka ARAI-TAKAHASHI en donne la définition suivante:

« *refers to the latitude a government enjoys in evaluating factual situations and in applying the provisions enumerated in international human rights treaties* ».

In « The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR », ed. Intersentia, 2002, p. 2-3

Elle est l'expression jurisprudentielle du principe de subsidiarité et traduit la sensibilité de la Cour à l'égard de la diversité européenne.

²⁶³ A titre d'exemple, nous citerons l'affaire Keegan c/ Irlande (26.05.1994), affaire où il était question des droits du père non marié à connaître de et à consentir au placement de son enfant en vue d'adoption. Le problème fondamental n'était pas ici la décision des tribunaux internes par rapport au placement de l'enfant, mais plutôt le fait que le droit irlandais permettait le placement de l'enfant du défendeur en vue d'adoption après sa naissance, sans son accord ou sans l'en avoir informé (même si cette règle est admise en droit international sur la base de circonstances exceptionnelles).

Certains auteurs telle Ursula KILKELLY, voient dans cette intervention judiciaire une inquiétude quant aux motivations réelles des Etats incriminés d'agir de la sorte :

« *Although Article 8 para. 2 requires that such measures have a legitimate purpose, it is arguable that only reasons relevant to the child's welfare, and not the wishes of the adoptive parents for example, may justify such an interference with family life* ».

Ursula KILKELLY, op. cit, p. 298

- (b) le souci de voir l'adoption se faire dans l'intérêt de l'enfant. Cette diligence a, à l'occasion de l'arrêt *Söderbäck c/ Suède* (22.10.1997)²⁶⁴, consisté en une consécration des liens juridiques qu'un enfant peut ou a pu développer avec sa future nouvelle famille, par rapport aux liens de fait existant entre ses parents de naissance et lui.

Mais ce souci de voir l'adoption réalisée dans l'intérêt de l'enfant n'est pas sans soulever de nombreuses critiques. La plus souvent brandie étant l'irrégularité avec laquelle Strasbourg réduit ou élargit l'autonomie des Etats dans le processus d'adoption. L'analyse de certains arrêts pertinents semble indiquer que cette irrégularité serait fonction de l'article invoqué par les parties d'une part, de la nature des critères ainsi que de la manière dont ils sont déterminés et utilisés par les Etats dans le processus d'adoption d'autre part.

A titre d'exemple, nous citerons l'arrêt *X c/ Pays-Bas*, affaire relative à l'adoption internationale, où l'article 12 (droit au mariage) a été invoqué, et où il été déclaré que « *the regulation of adoption, including the use of eligibility criteria to distinguish between prospective adoptive parents, is also consistent with Article 12* ».

Après lecture de cet arrêt, il apparaît que la marge d'appréciation des Etats est totale quand il s'agit simplement de déterminer des critères et la manière dont ils seront utilisés dans le processus d'adoption. En revanche, lorsque la nature des critères est déjà connue (ex : critères d'éligibilité) et lorsque l'article 8 est plaidé, la marge d'appréciation est soumise au contrôle de la Cour, donc sujette à réduction.

Enfin, les Etats verront leur autonomie circonscrite selon que l'article plaidé par les parties exige le respect de l'intérêt de l'enfant ou pas. A titre d'exemple, dans l'affaire précitée *X c/ Pays-bas*, l'article 12 invoqué ne semblait pas exiger que l'intérêt de l'enfant soit la considération primordiale dans l'établissement et l'application des critères, ou même que la parole de l'enfant soit respectée, quel que soit son âge. Par contre, sous l'article 8, le respect de l'intérêt de l'enfant est un facteur déterminant.

²⁶⁴ Dans cette affaire, Dans cette affaire, le père naturel de l'enfant contestait l'adoption de sa fille par le beau-père de celle-ci. Il fut débouté, la Cour jugeant qu'il serait plus dans l'intérêt d'un enfant, qui entretenait des relations d'affection avec le partenaire de son parent, de voir cette relation officialisée, plutôt que de le renvoyer vivre avec ses parents naturels, avec lesquels il n'avait plus de contacts depuis longtemps. Cette décision constitue un revirement de jurisprudence par rapport à une affaire précédente, l'arrêt *X c/ Royaume-Uni*, où l'enfant placé avait été remis à ses parents de naissance après avoir été placé en vue d'adoption.

L'objectif de réalisation d'une union plus étroite entre les membres du Conseil de l'Europe n'est pas aisé et semble dépendre de l'aptitude des juges européens à laisser aux Etats une réelle autonomie dans la mise en oeuvre des droits garantis par la Convention EDH. Face à cette difficulté, les organes de Strasbourg disposent d'un autre mécanisme de contrôle : les obligations positives. Cette seconde « arme » des juges strasbourgeois est-elle plus en mesure de garantir, au niveau des Etats du Conseil de l'Europe, une adoption dans l'intérêt de l'enfant ?

B. Les obligations positives, autre moyen de coercition de la Cour ?

Elaborées à l'occasion de l'arrêt *Marckx c/ Belgique* (13.06.1979), elles consistent à imposer à l'Etat partie à la Convention une « *obligation de faire* », ou plus précisément une obligation « *d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits* » que l'individu tient de la Convention (arrêt *Lopez Ostra c/ Espagne*, 09.12.1994, para. 51). Elles traduisent le souci du juge européen d'assurer l'effectivité du droit garanti par la Convention.

Les obligations positives, dont le domaine de prédilection est l'article 8, CEDH, ont été souvent évoquées à l'occasion des affaires d'adoption traduites devant la Cour, la dernière en date étant l'arrêt *Pini et Bertani c/ Roumanie* (22.06.2004)²⁶⁵.

De ces affaires, il ressort que ce mécanisme de contrôle n'est lui-aussi guère efficace, car soumis à la discrétion, fluctuante pour plusieurs raisons, du juge européen.

Dans un domaine aussi sensible que l'adoption internationale²⁶⁶, le juge européen se retrouve tout d'abord « *in an awkward position, compelling them to dictate what types of concrete action national authorities should chose, taking into account questions of resource allocation* ».²⁶⁷ Surtout, il peut être amené à reconnaître que, « *in view of their direct contact with and first-hand knowledge of the conditions involved, national authorities are seen as better placed than international tribunals to appraise the manner and extent of positive obligations. Underlying this idea is not only the functional efficiency of national authorities but also their democratic choice* ».²⁶⁸

²⁶⁵ Une autre affaire, non moins célèbre, est l'arrêt *Odièvre c/ France* (13.02.2003) qui fera l'objet d'un plus long développement au chapitre 2 de ce deuxième titre.

²⁶⁶ Il touche à l'intimité de l'individu, soit « sa vie privée et familiale ». Il conduit également le juge à examiner à la fois les conditions et l'étendue des mesures requises en vue de parvenir à un juste équilibre entre le public et les droits des personnes privées.

²⁶⁷ Yutaka ARAI-TAKAHASHI,

²⁶⁸ Yutaka ARAI-TAKAHASHI, op. cit, p. 85

Cette reconnaissance engendrerait par conséquent la « soumission » de la décision du juge européen aux autorités nationales qui jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Ce qui n'est pas poser des problèmes dans les affaires d'adoption, où la Cour délègue son pouvoir de contrôle de la proportionnalité de la mesure litigieuse aux autorités nationales.²⁶⁹

Mais l'efficacité variable du mécanisme des obligations positives est peut-être aussi en lien avec la technique utilisée par la Cour à propos de l'article 8. En effet, la Cour analyse parfois la décision des autorités nationales comme une ingérence « active » dans le droit au respect de la vie familiale, au lieu de se placer sur le terrain des obligations positives. Il semble, à cet égard, que la portée des obligations positives et leur contenu ne soient pas clairement définis, et que la responsabilité des Etats est plus vite engagée pour des carences que pour des ingérences. Une requalification d'ingérences en termes de carences pose dès lors problème pour une protection effective des droits de l'homme.²⁷⁰

Enfin, cette limite à l'efficacité des obligations positives peut s'expliquer par l'usage de l'interprétation consensuelle par le juge européen, ainsi qu'il ressort de l'arrêt Odièvre c/ France (13.02.2003) et que nous allons désormais analyser.

Chapitre 2 : La question des origines, illustration de l'insuffisance du modèle de subsidiarité conventionnelle.

S'il est un débat qui déchaîne les passions et qui a suscité les atermoiements des juges de Strasbourg, c'est bien la question des origines de l'adopté. Celle-ci a été portée devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Odièvre c/ France du 13.02.2003.²⁷¹

Cette affaire, plaidée en violation de l'article 8 et 14²⁷², est révélatrice de la difficulté du juge européen à exercer son contrôle sur un Etat membre, la France, par l'entremise des obligations positives. Avec pour conséquence, un glissement vers l'interprétation

²⁶⁹ Cette délégation est, pour M. ARAI-TAKAHASHI, dangereuse: « *it is crucial to recognise the need for the Strasbourg organs not to abandon their proportionality assessment* », op. cit, p. 85

²⁷⁰ Dean SPIELMANN, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in Frédéric SUDRE (dir.), « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », ed. Bruylant (Bruxelles), 1998, p. 150

²⁷¹ La requérante, Pascale Odièvre, « née sous X », se plaignait de ne pouvoir accéder à ses origines, c'est-à-dire l'identité de ses parents et par extension, à celles de ses frères et soeurs (Ces éléments figurent dans un dossier de l'Aide Sociale à l'Enfance mais ils n'ont pas été communiqués à l'intéressée). La mère de Pascale Odièvre ayant demandé expressément le secret de son identité. Abandonnée, la requérante a été adoptée quatre ans plus tard par le couple Odièvre.

²⁷² L'article 8 consacre le droit au respect de la vie privée et familiale, et l'article 14 interdit la discrimination.

consensuelle, sur la base erronée d'une diversité juridique constatée au niveau des Etats du Conseil de l'Europe dans le domaine de l'accouchement anonyme (section 1, A).

Ce que révèle aussi cette affaire, c'est la complexité des questions ayant trait à la vie privée et familiale, et plus particulièrement à l'adoption, où différents intérêts sont en jeu (enfant, parents de naissance et parents adoptifs). Il nous est donc apparu intéressant de tenir compte de cette réalité afin de mieux comprendre le raisonnement du juge européen. Notre analyse ne sera donc pas que juridique, mais également psychologique et sociale. Elle aura pour point central l'intérêt de l'enfant²⁷³, qui sera mis en perspective par rapport aux intérêts des autres parties à l'adoption (section 1, B). Avant de poursuivre par l'examen comparatif des législations des pays d'adoptants et d'adoptés (section 2) pour, *in fine*, tenter de proposer une réponse à la question de la recherche des origines en France (conclusions).

Section 1 : Un conflit insoluble ?

*« La requérante (Pascale Odièvre) soutient que sa demande d'obtention de renseignements sur des aspects éminemment personnels de son histoire et de son enfance entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. La recherche de son identité fondamentale fait partie intégrante de sa « vie privée » mais également de sa « vie familiale », celle de sa famille naturelle avec qui elle pourrait établir des liens affectifs si la loi française de l'en n'empêchait pas ».*²⁷⁴

L'article 8, invoqué par la requérante comme base de la violation alléguée de son droit à connaître ses origines, aurait dû nécessairement conduire le juge européen à analyser l'attitude du gouvernement français sur le terrain des obligations positives. Il semble que les juges en aient décidé autrement (A). Leur choix peut-il se comprendre à la lumière des expériences adoptives en France (B) ?

A. A l'origine, une analyse erronée du rôle de l'Etat ?

L'intérêt de l'enfant, élevé au rang d'étendard dans les législations européennes relatives à l'adoption, est, dans le cas français et dans l'arrêt Odièvre c/ France (13.02.2003), souillé. A une époque où la pratique juridique tend à accorder une attention plus grande à l'enfant,

²⁷³ Cette place centrale de l'intérêt de l'enfant ne fait que traduire la primauté que lui accordent les instruments conventionnels et les pays d'adoptants et d'adoptés dans leur législation.

²⁷⁴ Arrêt Odièvre c/ France , 13.02.2003, para. 25

l'attitude de certains juges et législateurs peut donc surprendre. Une explication peut-elle être trouvée ? Odile ROY invoquait en 1998 l'incompatibilité de l'intérêt de l'enfant avec celui des adultes.²⁷⁵ Si cette opinion est dans une certaine mesure acceptable²⁷⁶, est-elle néanmoins suffisante ? Ne faut-il pas non plus chercher dans l'argumentation des juges de Strasbourg et du gouvernement français d'autres éléments de réponse ?

Dans l'affaire Odièvre, la Cour se livre à une interprétation constructive de la notion de « vie privée », dont elle modère cependant la portée en analysant les conditions d'exercice du droit garanti par l'article 8 sous l'angle des obligations positives.²⁷⁷ Après avoir affirmé sans ambiguïté la justesse de l'invocabilité de l'article 8 : « *le droit à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée* »²⁷⁸, elle contrôle ensuite ce droit au regard des obligations positives de l'Etat français.²⁷⁹

Le choix de la Cour de se placer sur le terrain des obligations positives est surprenant à plus d'un titre :

(a) eu égard à la nature de la violation alléguée, à savoir :

le refus d'accorder à une personne privée – la requérante – le droit de connaître ses origines par la seule volonté d'une autre personne privée – sa mère de naissance. Le rapport confronte ainsi deux individus, ce qui renvoie à la théorie de « l'effet horizontal » de la Convention²⁸⁰. En conséquence, l'Etat français ne saurait être incriminé sur le terrain des obligations positives, celui-ci ne s'étant pas abstenu du devoir qui pesait sur lui de

²⁷⁵ Odile ROY écrivait à ce propos : « *Quant au droit de l'enfant à connaître ses origines, le législateur répugne à l'affirmer, comme souvent lorsque l'intérêt de l'enfant ne coïncide pas avec celui des adultes.* », in *Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant*, Les Petites Affiches, n° 70, 12 juin 1998, p. 18

²⁷⁶ Nous ajoutons « *dans une certaine mesure* » car il n'est pas toujours vrai que dans les familles adoptives, l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines soit en contradiction avec l'intérêt des adoptants.

²⁷⁷ Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, *La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X*, in *La semaine Juridique*, n° 13, 26 mars 2003, p. 583

²⁷⁸ Arrêt Odièvre c/ France, 13.02.2003, para. 44

²⁷⁹ Les obligations positives ont pour fondement l'arrêt Airey c/ Irlande du 09.10.1979 : il s'agit de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* » (para. 26). Parce que nécessaire à l'effectivité du droit, l'obligation positive est, selon le juge européen, « inhérente » au droit garanti, c'est-à-dire consubstantielle à ce dernier : soit que l'obligation positive soit inhérente à un droit spécifique (par exemple, l'article 8), soit que le juge européen découvre dans l'article 1, CEDH une obligation positive inhérente à l'engagement général qu'ont les Etats de reconnaître « à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention ». In F. SUDRE, « *Droit international et européen des droits de l'homme* », ed. Puf, novembre 2001, p. 229

²⁸⁰ L'effet horizontal de la Convention consiste dans l'application de la Convention dans les relations privées et s'analyse comme « une extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports inter-individuels ». In F. SUDRE, op. cit., p. 231

mettre en oeuvre le droit à connaître ses origines pour l'enfant adopté.²⁸¹ La violation échet plutôt au système de l'accouchement anonyme, qui permet à un tiers – la mère biologique – de s'immiscer dans le droit garanti d'autrui – l'enfant adopté. En conclusion, « le recours à la théorie des obligations positives n'est donc plus utile puisque la violation privée résulte, si ce n'est d'une action proprement dite de l'Etat, du fait que le droit interne a légitimé ou favorisé la violation en cause ».²⁸²

(b) l'exercice à l'envers du contrôle du respect des obligations positives par le juge européen :²⁸³

Au lieu de constater que l'ingérence de l'Etat français dans le droit individuel de l'enfant est disproportionné eu égard le but d'intérêt général poursuivi (l'accès aux origines), le juge européen allège l'obligation positive de la France à mettre tout en oeuvre pour protéger l'intérêt individuel en question.

(c) le recours à l'interprétation consensuelle à propos de la question : « le droit de savoir signifie (...) l'obligation de divulguer »^{284 285}

Cette interprétation conduit le juge européen à constater l'absence de « dénominateur commun » au sein des Etats du Conseil de l'Europe sur la question de l'accouchement anonyme (para. 47).²⁸⁶ Par conséquent, la marge d'appréciation accordée aux Etats, et notamment à la France, pour décider des mesures propres à assurer le respect du droit à la connaissance de ses origines, doit être large. On ne saurait néanmoins suivre la Cour dans son raisonnement : elle juge en contradiction totale avec l'arrêt C. Goodwin c/ Royaume-Uni (11.07.2002), où l'absence de consensus européen, jugée peu significative, avait

²⁸¹ L'Etat français a, dans une certaine mesure, répondu au besoin des enfants adoptés à connaître leur identité (leurs origines) en instituant par la loi du 22 janvier 2002 le CNAOP (Centre National de l'Accès aux Origines Personnelles).

²⁸² F. SUDRE, op. cit, p. 231

²⁸³ Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, *La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X*, in Les Petites Affiches, n° 13, 26 mars 2003, p. 564

²⁸⁴ Arrêt Odièvre c/ France, 13.02.2003, para. 45 :

« (...) la question à laquelle la Cour doit répondre – le droit de savoir signifie-t-il l'obligation de divulguer – prend toute sa dimension dans l'examen de la loi du 22 janvier 2002, en particulier au regard de la marge d'appréciation de l'Etat ».

²⁸⁵ Cette interprétation est un élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux Etats dans la mise en oeuvre des restrictions aux droits. Elle est fragilisée par l'indétermination du standard européen (...) qui vient marquer les bornes de la diversité nationale (...). In F. SUDRE, op. cit, p. 216

²⁸⁶ « La présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats (Rasmussen c/ Danemark , 28.11.1984, para. 40) est un élément décisif du contrôle de la Cour, qui pratique ici une interprétation dite « consensuelle ». La présence de principes juridiques communs réduit la marge d'appréciation de l'Etat (...). Inversement, l'absence d'un « dénominateur commun » aux systèmes juridiques nationaux laisse à l'Etat partie une « grande » ou une « large » marge d'appréciation quant à la nécessité de la mesure restrictive ». In F. SUDRE, « Droit international et européen des droits de l'homme », ed. Puf, novembre 2001, p. 215-216

néanmoins déboucher sur l'imposition d'une obligation positive à l'Etat britannique de procéder à la reconnaissance juridique de la conversion transsexuelle (para. 93)²⁸⁷.

Enfin, dans le cadre de son contrôle de proportionnalité, la Cour EDH s'interroge sur le point de savoir s'il est justifié au regard des intérêts des autres personnes concernées d'obliger l'Etat à lever le secret des origines.²⁸⁸ La mise en balance de tous ces intérêts (adopté, parents de naissance et parents adoptifs) débouche sur une argumentation ambiguë du juge européen, où se mêlent : (a) le droit au secret, qui perpétue la théorie de l'effet horizontal²⁸⁹; (b) la protection de la santé et le droit à la vie²⁹⁰ et (c) le droit des parents adoptifs au respect de leur vie privée et familiale.²⁹¹

Notre sentiment, après analyse de l'arrêt Odièvre c/ France du 13.02.2003, est un certain malaise face à l'attitude du juge européen. Il nous semble que dans ce cas précis, il a failli à son devoir de faire garantir le respect d'un des droits de l'homme (l'accès aux origines) dans un des Etats contractants de la Convention : la France. Avec pour conséquence, de légitimer la violation du droit d'une personne privée par un tiers (effet horizontal). Il semble, par ailleurs, qu'il ait aussi manqué l'occasion d'établir un « *juste équilibre* » entre les intérêts des parties concernées (adopté, parents de naissance et parents biologiques).

Ce dernier point est, il est vrai, très délicat à traiter. Et, au-delà de la critique pure du raisonnement juridique adopté par la Cour, peut-être faudrait-il aussi y voir le problème du respect de l'intérêt de l'enfant dans la relation tripartite qu'est l'adoption.

Cette question du juste équilibre entre les différentes parties à l'adoption mêle l'affectif, la psychologie, le social et le droit, et nécessitera par conséquent une approche pluridisciplinaire. Des témoignages recueillis auprès d'associations, des extraits d'ouvrages de psychologie

²⁸⁷ Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, *La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X*, in Les Petites Affiches, n° 13, 26 mars 2003, p. 565

²⁸⁸ Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, op. cit, p. 565

²⁸⁹ Est ainsi invoquée la création du CNAOP comme un moyen pour la requérante d'avoir connaissance de ses origines. Sauf que pour l'obtenir, l'accord de la mère seule est nécessaire : le droit de celle-ci au secret de son identité prévaut donc toujours sur celui de l'enfant à se la voir révéler.

²⁹⁰ La Cour affirme que l'accouchement sous X a pour but de protéger la santé de la mère et de l'enfant et « *d'éviter les avortements* » (para. 45), ce qui signifierait que l'accouchement sous X est une nécessité pour lutter contre les avortements et qu'en instituant cette pratique, seule la France protégerait le droit à la vie.

²⁹¹ A ce propos, Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT écrivait : « *L'intérêt des parents adoptifs, soulevé d'office par la cour alors que la requérante ne l'avait pas invoqué, constitue un argument encore plus discutable. Considérer que le droit au respect de la vie privée et familiale des parents adoptifs s'oppose à la révélation de l'identité de la mère biologique de l'enfant revient en effet à considérer que l'adoption doit rompre définitivement, en fait et en droit, tous les liens avec les origines de l'enfant, ce qui est aujourd'hui largement discuté. Une telle présomption impliquerait en outre que les parents adoptifs eux-mêmes s'opposent à la recherche de l'enfant, ce qui n'était pas démontré en l'espèce* ». Par Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, *La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X*, in Les Petites Affiches, n° 13, 26 mars 2003, p. 566

avec, toujours en toile de fond l'approche juridique, apporteront à notre analyse un nouvel éclairage.

B. L'adoption vécue par les différents « acteurs ».

Si l'adoption est commune à l'enfant, aux parents de naissance et aux parents adoptifs, elle est néanmoins vécue et perçue de manière différente par ces « acteurs ». La place sera tout d'abord laissée aux témoignages des uns et des autres²⁹², pour ensuite céder l'espace à l'analyse (IV). Etant donné la diversité des expériences et des opinions, c'est avec la plus grande prudence que nous « évaluons » ce que le secret des origines implique pour l'enfant adopté (I), sa mère biologique (II) et ses parents adoptifs (III).

I. L'enfant adopté²⁹³.

« Les secrets nous définissent, ils sont ce que nous sommes intrinsèquement ».²⁹⁴

« Un jour, un jeune homme est venu nous voir à l'Association. Il était pupille de l'Etat et avait été adopté en très bas âge. Il voulait retrouver sa mère biologique, alors nous l'y avons aidé. Après des recherches, nous avons trouvé les coordonnées de sa mère : il lui a d'abord écrit, ce qui a suscité chez cette dernière le refus d'entrer en contact et le courroux de son mari. Quelques semaines ont passé, le jeune homme était un peu désespéré. J'étais malheureux pour lui, j'étais en colère contre le mari de cette dame, je voulais vraiment faire quelque chose pour ce garçon.

Après plusieurs mois à réfléchir à une solution, j'ai finalement pris mon courage à deux mains et j'ai rappelé cette dame. Je lui ai expliqué calmement les raisons pour lesquelles son fils souhaitait la connaître, dans quel état il était. Elle m'a écouté avec attention, et a promis de lui écrire. J'étais sceptique, le premier contact n'ayant pas été très fructueux.

²⁹² Sont également inclus les témoignages de professionnels de la santé, notamment des thérapeutes et des puéricultrices, ainsi que des membres d'associations travaillant en lien avec les enfants, parents de naissance et parents adoptifs.

²⁹³ A la lecture des témoignages d'enfants adoptés, qui tous recherchent leurs origines, certains pourront penser que l'auteur a manqué d'objectivité. La raison n'est pas là. Il s'agit en fait d'un « obstacle purement technique », l'auteur n'ayant pas pu recueillir de témoignages de personnes adoptées non désireuses de connaître leurs origines. Néanmoins, cela ne signifie pas que ces personnes n'existent pas et généraliser la recherche de ses parents de naissance à l'ensemble des adoptés serait un manque manifeste de rigueur et l'expression d'un jugement hâtif.

²⁹⁴ Nuruddin FARAH, « Secrets », ed. Le Serpent à Plumes, 2002 (dos de la couverture).

Finalement, le jeune homme a reçu une lettre de sa mère. Il m'a appris par la suite qu'ils s'étaient rencontrés : elle lui avait tout expliqué, sur elle, sur sa grossesse et son abandon, ses difficultés personnelles aussi. Lorsqu'il est revenu me voir à l'association, il était radieux ! ».²⁹⁵

II. Les parents de naissance : la mère biologique.

« L'ambivalence produit un profond désarroi chez celui qui l'éprouve : il ne sait comment dépasser la tension qui le pousse à penser et/ou à vouloir une chose, puis son contraire.

Les femmes que nous rencontrons répètent sans cesse qu'elles sont perdues, qu'elles pensent garder l'enfant, puis disent que non, que ce n'est pas possible, qu'elles ne le veulent pas, que peut-être, peut-être pas... (...) L'ambivalence, d'une certaine façon, est liante et humanisante, elle pousse au dénouement vers des possibles créatifs.

A l'inverse, le mécanisme de clivage permet de n'éprouver ni trouble, ni tension (...). Il a un effet déshumanisant pour les femmes qui seraient d'emblée exclues du temps de la naissance de l'enfant, car elles n'auraient plus de possibilités de s'engager vers 'la mise au monde de l'enfant' : mettre au monde un enfant, ce n'est pas mettre bas, mais c'est tenter de le 'présenter' au monde. C'est une affaire autrement plus grave et délicate ».²⁹⁶

« Lettre de Fatima qui a accouché d'un garçon, Eric, il y a vingt-cinq ans (extraits)

« Eric a été d'abord reconnu par son père – j'étais à la maternité – puis par moi, les jours qui ont suivi. Son extrait d'acte de naissance : on y était inscrits tous les deux (...).

« Faut vivre avec. « On vit avec ... Mal. « Très mal au fond de soi. Seulement au fond de soi. Triche « Tricheuse « Mensonge « Mentreuse « Rien ne me fait plus sourire que quand les autres me trouvent 'gentille' ou 'maternelle' ! « Je suis devenue infirmière. Je me suis un peu occupée d'enfants malades ... Gouffre d'amour ...

²⁹⁵ Propos recueillis auprès de M. THIONOIS, président de l'Association Départementale d'Entraide des Pupilles et Anciens Pupilles de l'Etat et des personnes admises ou ayant été admises dans les services de l'Aide Sociale à l'Enfance du Rhône, le 25.08.04

²⁹⁶ Anne-Edith HOUËL, *Un accompagnement singulier à l'association Ilithyie*, in « Etudes auprès des femmes qui ont abandonné un enfant en faveur de l'adoption », Enfance Majuscule, n° 76, mai-juin 2004, p. 10

« Madame Souty, je vous écris aussi parce que ce n'est pas vrai que j'ai coupé les ponts avec mon passé. Parce que j'ai le 'droit' de vouloir être tranquille et oublier Eric. J'ai calfeutré, caché tout cela mais jamais OUBLIE (...).²⁹⁷

« Cette réflexion peut paraître choquante à certains, mais je dois avouer que j'ai toujours été bouleversée par l'abandon dans lequel, le plus souvent, sont ces femmes. Si quelques bons sentiments se manifestent, elles reçoivent, elles, très peu d'amour. Heureusement les choses changent un peu, mais il est vrai aussi qu'accepter qu'une femme ayant porté un enfant puisse ne pas trop souffrir de le laisser ensuite, puisse même en être heureuse, a pour la plupart d'entre nous quelque chose d'insupportable. Parce que nous craignons d'envisager que notre propre mère pourrait ne pas nous aimer autant que nous le désirons ? »²⁹⁸

III. Les parents adoptifs.

« Ma mère et mon frère me reprochent ma chaleur, mon insouciance, mes questionnements. Pourquoi adopter un enfant sans reconnaître son hérité ? Pourquoi vouloir le mouler ? Que devais-je faire ? Etre moi-même et risquer d'être rejeté par la famille ou bien cacher mes vrais sentiments dans l'espoir d'être accepté ? Etant adopté, ayant peur d'être abandonné, mes parents l'ont senti et ont profité de cette peur pour essayer de me mouler à leur guise »²⁹⁹.

« De leur côté, à l'heure où la médecine travaille de plus en plus avec la génétique, les parents adoptifs regrettent de n'avoir aucun renseignement sur les conditions de naissance ou

²⁹⁷ Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, *Qu'en est-il des parents de naissance (d'origine) des bébés remis pour l'adoption ?*, in Myriam SZEJER (dir.), « Le bébé face à l'abandon, le bébé face à l'adoption », ed. Albin Michel, 2000, p. 168-170

Ce témoignage est l'un des rares où le père de naissance a connaissance de la grossesse de sa compagne. Cette question de l'accouchement anonyme a provoqué de nombreuses réactions chez les pères, à l'insu desquels l'adoption a eu lieu. Ces dernières années, des actions en justice de leur part ont été intentées, comme en 2004 : devant la Cour d'appel de Nancy, 3^e ch. Civ., 23 févr. 2004 où il a été jugé que « *le placement en vue de l'adoption mettant obstacle à toute restitution et faisant échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance, l'intervention du père postérieure au placement ne lui permet pas de rendre effective sa reconnaissance prénatale et a fortiori d'obtenir de se voir confier l'enfant* ».

Ce cas a été également invoqué devant la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire Görgülü c/ Allemagne du 26 févr. 2004, où la Cour a jugé qu' « *il incombe aux Etats de tenter de réunir les parents naturels et leurs enfants : viole l'article 8 de la Convention EDH une juridiction qui a constaté qu'il n'était pas dans l'intérêt de ce dernier de conférer au père l'autorité parentale étant donné les profonds liens sociaux et affectifs qui s'étaient déjà développés entre l'enfant et sa famille d'accueil* ». in Jurisclasseur Droit de la famille, n° 4, avril 2004, p. 11 et 13

²⁹⁸ Francine CAUMEL-DAUPHIN, *La préparation à la naissance pour une femme accouchant sous X*, in Myriam SZEJER (dir.), « Le bébé face à l'abandon, le bébé face à l'adoption », ed. Albin Michel, 2000, p. 88

²⁹⁹ Christian DEMORTIER, op. cit., p. 84

les antécédents médicaux de l'enfant et de ses géniteurs. Et au-delà même des questions sanitaires, certaines familles adoptives demandent à répondre au « *pourquoi* » de leur enfant ». ³⁰⁰

« Loin d'ignorer la réalité du passé, de la fantasmer ou de la fuir, la plupart des parents adoptifs la vivent depuis des années sans crainte de 'perdre' leurs enfants dans d'hypothétiques retrouvailles », écrit Danièle Housset, présidente d'Enfance et familles d'adoption. « Personne, et surtout pas les parents adoptifs, ne peut s'arroger le droit d'interdire à deux adultes, qui le veulent en même temps, de se 'rencontrer'. C'est pourquoi, prenant en compte les aspirations de parents biologiques et d'enfants devenus adultes, nous nous sommes efforcés de chercher la procédure qui réponde à une volonté commune. (...) Nous croyons qu'un médiateur pourrait répondre à certaines attentes, à condition que seul l'enfant ait le droit de dévoiler sa nouvelle identité et que jamais, aussi légère soit-elle, aucune investigation ne vienne déranger des vies qui se sont rebâties ». ³⁰¹

IV. Analyse.

La difficulté que posent ces témoignages, à nous-mêmes ainsi qu'au législateur, tient à la pluralité d'opinions et de vécus, d'où une traduction malaisée par les lois françaises, à propos desquelles Jean Carbonnier soulignait qu'une loi « *comme toutes les lois, n'est rien de plus que du droit, et il y aura toujours infiniment plus de choses dans la vie que dans le droit* ». ³⁰²

Est au cœur de la question de l'accès aux origines l'identité de l'adopté, à laquelle participe chacun des « acteurs » à l'adoption. Mais aussi la tentative d'équilibre à atteindre, pour le juge européen et le législateur national qui, en la matière, ne sont guère prêts à faire valoir l'intérêt de l'enfant.

Notre analyse s'articulera autour de deux axes : d'une part, les conséquences juridiques du secret (1), et d'autre part les recours que l'enfant pourrait avoir à l'encontre de l'Etat français (2), dans l'hypothèse de la ratification de la Constitution européenne (son article II-84, al. 2 de la Charte des droits fondamentaux énonce aussi que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit*

³⁰⁰ Jean-François MATTEL, « Le chemin de l'adoption : Le coeur et la raison », ed. Albin Michel, 1997, p. 93

³⁰¹ *Libération* du 8 mai 1996, extrait de Jean-François MATTEL, « Le chemin de l'adoption : Le coeur et la raison », ed. Albin Michel, 1997, p. 93

³⁰² Jean CARBONNIER faisait cette remarque à propos de la loi de 1972 dans « La réforme de la filiation », ed. Defrénois, 1996, préface, p. 13. Extrait d' Odile ROY, *Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant*, in Les Petites Affiches, n° 70, 12.06.1998, p. 20

être la considération primordiale » : si donc cet intérêt exige la levée du secret, que se passera-t-il au niveau juridictionnel ?).

1) Les conséquences juridiques du secret.

Les conséquences juridiques du secret des origines sont immenses et problématiques en vue d'obtenir ce droit à la révélation de l'identité : le Code de la famille, qui parle d'une femme (article 47, Code de la famille)³⁰³ et d'une mère (article 62 du même Code)³⁰⁴, nie l'existence de la seconde grâce à l'accouchement anonyme. Il n'y aurait ainsi aucune filiation établie du fait de la naissance, la loi permettant à la femme ayant accouché de contester sa maternité. Par conséquent, l'enfant ne saurait rechercher sa « mère », car elle n'existerait pas, *de facto* et *de jure*. Cette pratique rentre en contradiction avec le principe énoncé par la Cour EDH dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique* (13.06.1979) :

« La femme qui donne naissance à l'enfant est considérée comme sa mère (...).

Il existe un droit fondamental, pour une mère et son enfant, de voir leur lien de filiation établi sans conteste³⁰⁵ à partir du moment de la naissance (para. 12) ».

« Toute modification ultérieure de la filiation juridique seront sans incidence sur la filiation juridique maternelle au moment de la naissance (para. 14) ».

Et que reprend le Livre Blanc du Conseil de l'Europe³⁰⁶.

De plus, le droit français ainsi que M. MATTEI³⁰⁷ stipulent qu'en France, la filiation n'est pas nécessairement biologique. Ainsi, les lois de juillet 1994 sur la génétique et la possibilité pour un officier d'état civil de ne pas inscrire sur le registre l'ascendance d'un enfant (lorsque les parents en question ne reconnaissent pas l'enfant) expliqueraient la pratique de l'accouchement anonyme.

³⁰³ « Les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission en vue d'un accouchement dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé, sont prises en charge par le service de l'Aide sociale à l'enfance du département, siège de l'établissement (...). Aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête ».

³⁰⁴ « (1) Lorsqu'un enfant est recueilli par le service de l'Aide sociale (...) un procès verbal est établi. (2) Il doit être mentionné au procès verbal que les père ou mère ou la personne qui a remis l'enfant, ont été informés (...), lorsque l'enfant est âgé de moins d'un an, de la possibilité de demander le secret de leur identité, ainsi que de donner des renseignements ne portant pas atteinte à ce secret ».

³⁰⁵ C'est nous qui le soulignons.

³⁰⁶ Livre blanc « sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation », rapport CJ-FA (2001) 16 rev du 15 janvier 2002, Conseil de l'Europe, p.3

Site Internet : <http://www.legal.coe.int/family>

³⁰⁷ Jean-François MATTEI, op. cit

Il faut cependant ajouter que la nouvelle loi de 2002 permet la réversibilité du secret, mais encore une fois, elle est subordonnée à la volonté de la mère qui, cette fois-ci, semble exister aux yeux du législateur français³⁰⁸.

2) Les recours de l'enfant adopté.

Pour les adoptés qui souhaitent connaître leurs origines, de quels recours pourraient-ils bénéficier ?

Au niveau national, il semble que l'enfant n'en ait aucun, la levée du secret étant subordonnée à la volonté de la mère. Au niveau européen (Cour EDH), il a été débouté, les juges de Strasbourg ayant reconnu, dans l'arrêt *Odièvre c/ France* (13.02.2003), une large marge d'appréciation à la France dans la mise en oeuvre du droit de connaître ses origines. La solution pourrait-elle venir d'ailleurs, et notamment de la Cour européenne de Justice de Luxembourg ?

Comme le chapitre sur la subsidiarité de la Constitution européenne l'a démontré, l'Union se doit de respecter les droits fondamentaux, de même que ses Etats membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit communautaire. Un de ses droits est celui de l'enfant « *à entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt* ». ³⁰⁹ Si la Constitution européenne est ratifiée, cela pourrait signifier que le droit de l'enfant à connaître ses origines est un droit fondamental reconnu par l'Union, et que les Etats membres telle la France se doivent de respecter. Si donc la France persiste à maintenir son système d'accouchement anonyme et à subordonner l'accès aux origines de l'adopté à la seule volonté de la personne l'ayant mis au monde, sa « mère », verra-t-on un jour une personne adoptée intenter un recours en manquement³¹⁰ devant la CJCE contre la France ?

³⁰⁸ Par ailleurs, ce système de l'accouchement anonyme ne permettrait-il pas, aux yeux du législateur français, de confirmer la nature plénière de l'adoption, qui rompt les liens avec la famille d'origine. Ne serait-ce pas aussi un moyen qui permettrait de faire croire aux parents adoptifs qu'ils sont les parents « naturels » de l'enfant ? La preuve en est apportée par le nouvel acte de naissance établi après l'adoption de l'enfant, et qui stipule : « Enfant X, né de Y et Z, au ».

³⁰⁹ Article II-84, al. 3

³¹⁰ Le recours en manquement peut être défini de la manière suivante : les manquements des Etats sont des actions ou des abstentions contraires au droit communautaire (originaire, dérivé, principes généraux) ; ils ne sauraient être confondus avec la simple expression d'une opinion. Le manquement peut être concret (avéré) ou abstrait (potentiel).

Les manquements des Etats sont (a) des actes juridiques ou des comportements de fait contraires au droit communautaire : lois, décrets, décisions administratives, tolérances, etc. (b) des abstentions ou inactions, tels le retard ou la négligence dans la prise des mesures nécessaires à l'application du droit communautaire, ou encore le refus d'abroger une mesure interne contraire.

L'adopté pourrait invoquer la violation de l'article II-84, al.3 précédemment cité, mais aussi la violation de l'article 8, al. 2 (protection des données à caractère personnel) qui englobe le droit à l'identité développé par la jurisprudence de la Cour EDH (*Gaskin c/ Royaume-Uni*, 07.07.1989) et dont le contenu est repris ici par la Charte. Quant à la France, pourrait-elle plaider devant les juges de Luxembourg l'argument de la protection de la santé (article 35 de la Charte) afin de légitimer son système unique d'accouchement anonyme ?³¹¹ La Cour de Luxembourg irait-elle jusqu'à déconsidérer la décision de Strasbourg, au motif que les Etats se sont engagés à respecter les droits fondamentaux ?

Cette hypothèse semble pour le moment peu probable. La Charte, qu'incorpore la Constitution européenne, ayant prévu une coopération entre Luxembourg et Strasbourg (article II-112). Néanmoins, le droit de la famille étant en train de s'europeaniser, il n'est pas impossible que dans les années à venir, la Cour de Justice n'ait à statuer sur des affaires relatives à l'adoption et à l'accès aux origines.

Section 2 : L'accouchement anonyme dans les pays d'adoptants et d'adoptés.

La question des origines de l'adopté a fait également l'objet d'un vif débat dans les autres Etats membres de l'Union. L'accès semble désormais acquis dans les pays d'adoptants étudiés (A), alors que dans les pays d'adoptés, la question est relativement peu évoquée (B).

A. Parmi les pays d'adoptants.

Le Royaume-Uni permet à l'adopté d'avoir accès sans restriction à son dossier (I), et en Allemagne, une condition d'âge est imposée (II).

I. Au Royaume-Uni.

L'*Adoption and Children Act 2002* permet à l'adopté d'avoir un accès total à ses origines. La raison : une approche britannique différente sur de nombreux points de celle du législateur français:

Premièrement, le juge anglais prend pour cadre les conventions internationales, dans l'élaboration et la définition des droits des enfants. Pour ce qui est de l'accès aux origines, il

Jean-Claude GAUTRON, op. cit, p. 228

³¹¹ Ce dernier argument ayant eu la faveur des juges de Strasbourg dans l'affaire *Odièvre c/ France* (13.02.2003)

inscrit sa démarche dans la droite ligne de la jurisprudence de la CEDH : *Marckx c/ Belgique* (13.02.1979) de laquelle il ressort qu' « *Il existe un droit fondamental, pour une mère et son enfant, de voir leur lien de filiation établi sans conteste*³¹² à partir du moment de la naissance (para. 12) ». Par conséquent, les droits de l'enfant découlent de sa naissance, et les tribunaux de rappeler à juste titre que la CEDH ne distingue pas entre les mères et les pères.

Deuxièmement, la doctrine rappelle que le juge a le devoir de construire le droit anglais et les droits conventionnels de l'enfant d'une manière compatible avec les dispositions de la CEDH.³¹³ : ce n'est qu'en se plaçant dans le cadre des conventions internationales que « *the value judgements made by the courts may reflect more accurately the international community's notion of the entitlements of children* ». ³¹⁴ En ce qui concerne les normes établies par la C.D.E, elles le sont d'une manière extensive (« *so extensively* »), ce qui permet de prendre en compte l'article 8, C.D.E. Et ce, en dépit du fait qu'il autorise une « *lawful deprivation of identity, in which the child's birth name, his nationality and his family relationships should be legally removed* ». ³¹⁵

Troisièmement, l'application du « *welfare test* » permet à l'Etat d'évaluer si oui ou non, la révélation de ses origines à l'adopté contribue à son bien-être. A cet égard, le rapport du Ministère de la Santé de 2001 (DOH, 2001) énonçait :

« *Two premises underpin the discussion of selecting information to be shared with adopted children : 1) the welfare of the child as the primary consideration ; 2) the significance of birth family information in the development of identity for adopted children (...). There is a presumption that information will be shared with the child, openness being limited only by considerations of the child's welfare, including development of identity. This is broadly consistent with an approach based on an assumption of the right to information, moderated by concern for the child's welfare (...)* ». ³¹⁶

Enfin, de manière plus hypothétique mais néanmoins très novatrice, les tribunaux devaient décider d'accorder plus d'importance, soit à la vérité, soit à la stabilité, dans les cas relatifs à l'accès aux origines qui leur sont soumis (tel l'arrêt *Gaskin c/ Royaume-Uni*, 07.07.1989). Cette réflexion est de Dame Elisabeth BUTLER-SLOSS, juge spécialisée en droit de la famille :

³¹² C'est nous qui le soulignons.

³¹³ Penelope WELBOURNE, op. cit, p. 283

³¹⁴ Penelope WELBOURNE, op. cit, p. 283

³¹⁵ Penelope WELBOURNE, op.cit, p. 283

³¹⁶ Penelope WELBOURNE, op. cit

« *Revelation of the truth against the mother's wish for confidentiality might destabilise the child's security with the mother (...). The courts will have to decide, in the case before it, whether to attach more weight to truth, or to stability* ». ³¹⁷

Si l'on devait par conséquent donner des conseils au législateur français, au regard de l'approche britannique, ce serait essentiellement d'inscrire son action dans le cadre des conventions internationales (C.D.E et CEDH). Quant à l'approche allemande, est-elle également susceptible de fournir de nouvelles clefs au problème de l'accès aux origines ?

II. En Allemagne.

La délivrance d'informations sur ses parents de naissance est possible à l'adopté si celui-ci est âgé de 16 ans (loi de 2002). En Allemagne, le législateur et la doctrine se sont aussi posé la question de l'institutionnalisation de l'accouchement anonyme, eu égard aux évolutions récentes de l'accouchement.

Depuis le début de l'année 2000, en Allemagne, ont été instituées des « boîtes à bébé » (*Babyklappe*), auxquelles les ministres français de la santé n'ont pas manqué de faire référence, histoire de bien montrer que la France n'est pas le seul pays d'Europe à connaître l'accouchement anonyme. ³¹⁸ Nos dignitaires de l'hexagone sont cependant aller un peu vite en comparaison, les boîtes à bébé se distinguant de l'accouchement anonyme sur de nombreux points.

Tout d'abord, le fondement juridique n'est pas le même. Alors que le droit français semble contester la filiation biologique (par l'institution de l'accouchement anonyme notamment), le droit allemand affirme le principe selon lequel un enfant a toujours une mère (*mater semper certa est*). Celle-ci est définie au paragraphe 1591 BGB : « *Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat* ». ³¹⁹ Surtout, en Allemagne, le droit fondamental de l'origine (*das Abstammungsrecht*) proscrie toute possibilité d'accouchement anonyme qui, par essence, „*ist also eine Geburt, die nicht automatisch die rechtliche Mutterschaft der*

³¹⁷ Andrew BAINHAM, p. 146

³¹⁸ Voir à ce propos le livre de Jean-François MATTEI, « Le chemin de l'adoption : le cœur et la raison », ed. Albin Michel, 1997.

³¹⁹ (Traduction libre) « La mère de l'enfant est celle qui l'a mis au monde ».

gebärenden Frau zur Folge hat“.³²⁰ L'introduction d'une telle institution nécessiterait de rompre avec les principes fondamentaux du droit allemand de l'origine.

L'accouchement anonyme à la française n'est également ni souhaitable, ni envisageable en Allemagne, dans la mesure où il entrerait en contradiction avec les articles 6 I GG (*Institutsgarantie der Familie*)³²¹, 6 II GG (*Elternrecht als Pflichtrecht, mögliche Verletzung des Kindeswohls*)³²² et 1 I, 2 I GG (*das sogenannte Recht auf Kenntnis der Abstammung des Kindes*)³²³. Qui tous, sont des principes constitutionnels (découlant du droit à la personnalité: art. 2 I GG et à la protection de la dignité humaine : art. 1 I GG). D'autre part, l'institutionnalisation de l'accouchement anonyme reviendrait à violer la règle établie par le législateur selon laquelle l'enfant a un droit de connaître ses origines.

Enfin, le droit allemand n'envisage pas que la nuance « *dans la mesure du possible* » de l'article 7 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, puisse s'analyser en une restriction permettant l'introduction de l'accouchement anonyme à des fins de protection de la santé et de la vie de l'enfant.³²⁴

La conclusion du Professeur Dr. Kirsten SCHEIWE³²⁵ est que l'accouchement anonyme ne permet ni à l'enfant adopté né « sous X », ni à la mère ayant placé son enfant en vue d'adoption et ni aux parents adoptifs d'assumer les problèmes et ce passé. C'est la raison pour laquelle est préconisée l'adoption dite « semi-ouverte », ainsi que l'annonce, le plus tôt possible, de son adoption à l'enfant par les parents adoptifs.

³²⁰ Professor Dr. Kirsten SCHEIWE, *Babyklappe und anonyme Geburt – wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten?*, ZRP 2001, Heft 8, p. 371

³²¹ « Art. 6 I GG schützt als Institutsgarantie die Familie als Beziehungsverhältnis zwischen Eltern und Kindern vorbehaltlos; daher darf der Staat in den grundrechtlich geschützten Bereich nicht eingreifen, sondern diesen nur durch definierende Regeln gestalten, die dem verfassungsrechtlichen Familienbegriff und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen müssen ».

(Traduction libre) « Article 6 GG (Garantie institutionnelle de la famille) protège la famille, à comprendre au sens des relations parents-enfants, sans réserve. L'Etat a le devoir d'intervenir non seulement dans ce domaine protégé (car il s'agit d'un droit fondamental), mais il doit aussi élaborer des règles, qui doivent correspondre au concept juridico-constitutionnel de la famille ainsi qu'au principe *Verhältnismässigkeit* ».

Ce principe repose sur la règle *mater semper certa est*.

³²² Art. 6 II GG bestimmt das Elternrecht als pflichtgebundenes Recht.

(Traduction libre) « L'article 6 II GG détermine le droit parental en termes de devoirs ».

³²³ **(Traduction libre)** « L'article 1 I, 2 I GG traite du 'soit-disant' droit de connaître les origines de l'enfant ».

³²⁴ On ajoutera quelques remarques à propos de la mère et de son choix de rester anonyme. Pareille hypothèse est impossible en Allemagne, puisque les paragraphes 16 et 18 de la loi sur le statut personnel (*das Personenstandsgesetz*) obligent quiconque met au monde un enfant de le déclarer à l'officier d'état civil du district de naissance de l'enfant, dans un délai d'une semaine. Qui surévalue, dans les situations d'urgence, la protection de la mère et de l'enfant, s'expose à une amende possible. Des poursuites pénales peuvent être intentées contre une personne qui connaîtrait l'identité de la mère mais qui ne l'aurait pas révélée (para. 169, loi sur le statut personnel).

³²⁵ Professor Dr Kirsten SCHEIWE, op. cit, p. 374

Ici encore, que conseiller au législateur français ? Très certainement de reconnaître le principe *mater semper certa est*. De se rendre compte que le secret n'est bon pour aucun des acteurs de l'adoption, dans la mesure où il ne permet pas de régler les problèmes du passé. Et qu'il vaudrait mieux repenser l'adoption plus en termes de « continuité » (d'une famille à une autre) plutôt qu'en termes de rupture avec les origines.

Les pays d'adoptants ne furent pas les seuls à être le théâtre de débats doctrinaux et parlementaires sur la question des origines. Les pays d'adoptés consacrent également un article dans leur législation relatif à ce type d'accouchement. L'approche est variable d'un pays à l'autre.

B. Parmi les pays d'adoptés.

La Hongrie et la Lettonie subordonnent l'accès aux origines à l'accord de l'adoptant (I), tandis que la Pologne semble ne pas connaître cette question (II).

I. Hongrie et Lettonie, nécessaire consentement de l'adoptant.

Est affirmé clairement dans les textes législatifs. Ainsi, en Hongrie, le paragraphe 53A du Code de la famille et de la tutelle gouverne la délivrance de ces documents à l'enfant adopté, qui peut solliciter des renseignements sur ses parents naturels auprès de l'autorité de tutelle (alinéa 1). De cela, les parties sont informées au cours de la procédure d'adoption.

La remise de ces informations fait l'objet d'une procédure formelle d'audition. Est sollicité au cours de cette audition l'avis des parents consanguins, sauf impossibilité.³²⁶, et si l'enfant est encore mineur, celle de l'adoptant ou d'un autre représentant légal (alinéa 2).

Enfin, la délivrance de données sur les parents de sang peut ne pas être accordée dans le cas où les conditions posées dans les réglementations précédentes vont à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. En particulier, si le tribunal a soustrait le droit de regard d'un des parents conformément au para. 88, al. 1 lettre a ou c.

Quant au droit letton, son Code de la famille ne semble ne pas référer explicitement à la question des origines. Le seul article pouvant s'y apparenter serait l'article 171, al. 3 qui

³²⁶ L'alinéa 3, para. 53A du Code de la famille, ne permet pas l'audition de parents consanguins frappés d'incapacité, dont le lieu de séjour est inconnue ou si les circonstances de la naissance de l'enfant sont inavouables.

stipule : « *Ohne Zustimmung des Annehmenden dürfen Angaben über die Annahme als Kind nicht offenbart werden* »³²⁷. (p. 83)

Nous regretterons cependant la formulation vague des dispositions hongroises et lettonnes. De quel type d'information s'agit-il ? Des informations identifiantes ou non-identifiantes ? L'acte de naissance original ? Il aurait été également intéressant de connaître les motivations derrière la délivrance de ces documents, mais, faute de renseignements suffisants, nous nous contenterons de faire remarquer une fois de plus que la France observe une position marginale sur la question de l'accès aux origines. Et aux juges qui ont statué sur le cas Odièvre c/ France (13.02.2003), qu'il existe bien un « *dénominateur commun* » sur la révélation du secret des origines à l'adopté (en Europe et à notre échelle de six pays).

II. En Pologne, l'accès conditionnel aux origines.

L'article 48, al. 4 PASC donne droit à l'adopté, à sa majorité, de consulter son acte de naissance originaire³²⁸.

Conclusions.

L'étude du droit comparé confirme bien que la France est le seul pays à instituer l'accouchement anonyme et à subordonner le droit de l'enfant adopté à connaître ses origines au droit de la mère de garder son identité secrète.

La France est encore le seul pays à rejeter le principe *mater semper certa est*, et à violer ouvertement les convention internationales (C.D.E de 1989), au motif que la filiation ne serait pas que biologique.

La France s'érige ainsi au-dessus de l'ordre mondial élaboré par les Nations Unies, et se permet de priver les personnes adoptées du droit à l'identité, invoquant des arguments dépassés telles la protection de la santé de la mère et de l'enfant, ainsi que la prévention des infanticides et des avortements.

Si l'accouchement anonyme est le fruit d'une longue « tradition historique française », il ne saurait néanmoins être maintenu. Invoquer le poids de l'histoire n'étant, à notre avis, que l'arbre qui cache une forêt de modernité, d'avancée et de nécessaire mise en conformité avec

³²⁷ (Traduction libre) « Sans le consentement de l'adoptant, aucune donnée sur l'adoption de l'enfant ne pourra être révélée ».

³²⁸ Guide pratique international de l'état civil : Pologne, juin 2002, p. 16. Source : Commission Internationale de l'Etat Civil.

l'ordre juridique mondial, vecteur du respect des droits de l'enfant dans le processus d'adoption.

Il est donc urgent pour la France de se poser la question de la légitimité du maintien d'un tel système, de regarder au-delà de ses frontières, de s'enquérir sur toutes les législations relatives à l'accès aux origines (et non pas celles qu'il lui convient de regarder, à l'instar du droit luxembourgeois ou italien), et de prendre en compte les études faites sur les questions identitaires et le poids du secret dans l'existence des acteurs à l'adoption.

Il est enfin urgent que dans ce domaine aussi fondamental, la France ne nous fasse plus la démonstration de son « exception culturelle » et « juridique », mais qu'elle se range aux côtés des nations, respectueuses des droits des enfants.

Titre 3 : La subsidiarité internationale ou l'espoir déçu d'une meilleure coopération.

L'adoption, qu'organisent les Etats membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, ne saurait revêtir un caractère purement « intra-communautaire » ou « européen », et ce, en raison de l'appartenance de ces pays à la Convention de La Haye du 29 mai 1993 relative à l'adoption internationale.³²⁹ Exception faite toutefois de la Hongrie qui n'y a pas adhéré.

Cette Convention est étroitement liée à la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (ci-après « la C.D.E »), dont elle reprend, dans son Préambule, l'esprit³³⁰ et dont elle assure la mise en oeuvre, en s'inspirant des principes généraux énoncés à l'article 21, C.D.E³³¹. En outre, elle établit des garanties qui sont des standards minimum, et « *nothing in the Convention prevents a Contracting State from*

³²⁹ La dénomination exacte de cet instrument est : « Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993 », qui sera désignée par la suite sous le nom de « Convention de La Haye ».

³³⁰ Les alinéas 4 et 5 du Préambule de la Convention de La Haye stipulent :
« *Convaincus de la nécessité de prévoir des mesures pour garantir que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux, ainsi que pour prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants* (alinéa 4),
Désirant établir à cet effet des dispositions communes qui tiennent compte des principes reconnus par les instruments internationaux, notamment par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (...) (alinéa 5) ».

³³¹ On y retrouve ainsi mentionné : (1) *l'intérêt supérieur de l'enfant*, qui doit être la considération primordiale en matière d'adoption ; (2) *le caractère subsidiaire* de l'adoption, puisque l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou convenablement élevé (...); (3) *la coopération entre pays d'origine et pays d'accueil*, au travers des *autorités* ou des *organes compétents* concernant le placement de l'enfant à l'étranger.

*continuing to impose higher standards than those defined by the Convention or from raising its standard after becoming a Party to the Convention ».*³³²

La Convention de La Haye a un objectif triple (défini à l'article 1³³³) et tente de mettre un terme à la discordance entre pays d'accueil et d'origine en matière d'adoption internationale, tout en respectant l'intérêt supérieur de l'enfant.³³⁴ Le mécanisme imaginé à cet effet par les négociateurs est la co-opération entre pays d'adoptants et pays d'adoptés (chapitre 1). Malgré sa souplesse et son pragmatisme, ce mécanisme ne résout pas les problèmes de fond de l'adoption internationale.³³⁵ Ce constat d'échec vient s'ajouter à celui révélé par les modèles communautaire (Charte des droits fondamentaux) et européen des droits de l'homme. L'espoir d'une issue plus favorable viendra-t-il, *in fine*, de la future Convention européenne en matière d'adoption des enfants, qu'élabore actuellement le Conseil de l'Europe (chapitre 2)³³⁶ ?

Chapitre 1 : La Convention de La Haye de 1993, un compromis au service d'une valeur commune : l'intérêt de l'enfant.

L'élaboration d'un nouveau type de relation entre pays d'adoptants et pays d'adoptés, en d'autres termes la coopération, est l'innovation majeure de la Convention de La Haye (section 1). Ce système se révèle cependant d'usage limité, les Etats contractants étant libres de réguler le processus d'adoption par des moyens qu'ils jugent appropriés. Les conflits de lois, mis en lumière par le droit comparé (1ere partie), retrouvent ici toute leur vigueur (section 2).

³³² Le Professeur VAN LOON continue en ces termes : « *Under the Convention, Contracting States remain entirely free to regulate or restrict intercountry adoption in whatever way they deem fit, as long as they respect its minimum safeguards* ». In J.H.A VAN LOON, *International Co-operation and Protection of Children*, Académie de Droit International – Recueil des cours, vol. VII, 1993, p. 344

³³³ Il s'agit de : (a) le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, (b) la co-opération entre Etats parties en vue d'assurer ce respect dans le processus d'adoption internationale, et (c) la cohérence internationale du statut de l'enfant, en accord avec ladite Convention, dans tous les Etats contractants.

³³⁴ La place fondamentale de cet objectif par rapport aux deux autres doit être soulignée : en effet, il « *sets the tone for the two other objectives of the Convention and, indeed, for the Convention as a whole. The « best interest » principle permeates the entire Convention, not only in those Articles where it is specifically recalled (Art. 4(b), 16(d), 21(1), heading and under (c), and 24) but also where no such explicit reference is made, for example, in Article 32 concerning access of the child to information concerning the child's parents' identity* ». In J.H.A VAN LOON, p. 343

³³⁵ Ces problèmes de fond sont : la reconnaissance du jugement étranger et ses effets dans le pays d'accueil de l'adopté.

³³⁶ Cette future Convention est destinée à remplacer la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967. Pour des raisons budgétaires, les travaux de réécriture ont été stoppés. Néanmoins, les conclusions du groupe d'experts sur l'adoption du Conseil de l'Europe méritent d'être présentées (chapitre 2).

Section 1 : Pragmatisme et souplesse de la relation pays d'adoptants/d'adoptés.

L'approche de la Convention peut être qualifiée de pragmatique dans la mesure où elle « *concentrates on achieving an agreed division of responsibilities between the two States (the receiving state and the country of origin) in respect of the pre-adoption procedures* »³³⁷ (A). Sa souplesse émane de la concertation entre Etats d'accueil et d'origine (par le biais de leurs Autorités centrales) quant à la suite à donner à la procédure d'adoption (B).

A. La division des responsabilités matérielles entre Etats.

Le chapitre I (Champ d'application) de la Convention distingue deux types de responsabilités matérielles : celles des autorités du pays d'origine (article 4)³³⁸ et celles des autorités du pays d'accueil (article 5)³³⁹.

Mais ce qui frappe, à la lecture de ces dispositions, c'est le silence de la Convention sur la loi à choisir/applicable. Ce silence, diront certains, s'explique par la nature même de la Convention de La Haye, qui « *n'est pas une convention de droit international privé classique, imposant des règles communes de conflit de lois et de juridictions. (Mais) elle constitue essentiellement une convention de coopération internationale, organisant la collaboration entre les Etats dans le respect de leurs systèmes juridiques propres* ». ³⁴⁰ Néanmoins, « *the absence of choice of law rules in the Convention would be an impediment to co-operation between States* ». ³⁴¹

Devons-nous par conséquent solliciter l'établissement de règles communes de conflits de lois et de juridictions ? L'analyse du droit comparé, à laquelle nous nous sommes livrés en première partie de mémoire, tend à soutenir cette thèse. En effet, dans des domaines fondamentaux du processus de pré-adoption (tels le consentement des parents de naissance, la

³³⁷ William DUNCAN, *Conflict and Co-Operation. The Approach to Conflicts of Law in the 1993 Hague Convention on Intercountry Adoption*, in « Family Across Frontiers » de Nigel LOWE & Gillian DOUGLAS, ed. Kluwer Academic Publishers, 1996, p.

³³⁸ Il appartient à l'Etat d'origine de vérifier d'une part l'adoptabilité de l'enfant, la validité du consentement des parents d'origine et, suivant son âge et sa maturité, de l'enfant, ainsi que la subsidiarité de l'adoption internationale, et d'élaborer d'autre part un rapport psycho-médico-social sur l'enfant.

³³⁹ L'Etat d'accueil, quant à lui, est chargé de se prononcer sur la qualification et l'aptitude à adopter des candidats à l'adoption, de s'assurer qu'ils ont été entourés des conseils nécessaires et de garantir la délivrance d'une autorisation d'entrée sur le territoire et de séjour permanent pour l'enfant dans cet Etat.

³⁴⁰ Isabelle LAMMERANT, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 : Analyse juridique », p. 2. Site Internet du Centre International de Référence pour la Protection de l'Enfant dans l'Adoption – SSI : <http://www.iss-ssi.org>

³⁴¹ William DUNCAN, op.cit, p. 582

qualification et l'aptitude à adopter des candidats du pays d'accueil), ou dans le choix de l'autorité compétente (tribunal ou administration), cette indétermination s'est révélée néfaste : tant l'enfant que les futurs adoptants se retrouvaient otages d'une lutte entre autorités des Etats d'origine et d'accueil, chacune essayant de faire prévaloir son droit.

Par exemple, au niveau de la loi applicable :

En matière d'adoptabilité, lorsque l'Etat d'origine est la Pologne et l'Etat d'accueil le Royaume-Uni, les candidats à l'adoption se trouvent immédiatement disqualifiés, le droit polonais exigeant que seuls des couples mariés et hétérosexuels adoptent, le droit anglais permettant à des couples non mariés ou de même sexe de faire acte de candidature. En matière de consentement, les parents de naissance de l'enfant peuvent consentir à un type déterminé d'adoption, par exemple l'adoption simple, alors que les futurs adoptants souhaitent plutôt une adoption plénière. Ce problème s'est illustré avec acuité au niveau des tribunaux allemands, qui ne connaissent que l'adoption plénière, ou des tribunaux anglais qui, en vertu de la nouvelle loi de 2002, peuvent se dispenser du consentement des parents de naissance lorsque c'est dans l'intérêt de l'enfant³⁴².

D'autre part, au niveau de l'autorité compétente : un pays d'origine, telle la Lettonie, a peu de chance de voir son tribunal reconnu compétent dans le chef du juge anglais, la *lex fori* de celui-ci liant la compétence de l'autorité en question au domicile des futurs adoptants. Quant au juge allemand, il subordonne la compétence à des critères déterminés par la loi allemande.

Ces quelques exemples tendraient à démontrer l'urgence de règles communes de conflits de lois et de juridictions. Cependant, la réalité est pleine de ces luttes de pouvoir. Par conséquent, une autre solution serait-elle envisageable ? Il semblerait que la Convention l'ait prévue, à l'article 17 ©.

B. La concertation entre Etats.

L'article 17 semble résoudre les conflits de lois et de juridictions en requérant, au paragraphe (c), que « *les Autorités centrales des deux Etats ont accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive* ». C'est donc l'accord, et non plus une loi ou une autorité

³⁴² Le juge français n'est pas non plus à l'abri de ces conflits de lois, lui qui connaît deux types d'adoption. Nous rappellerons ici qu'il doit examiner avec minutie les documents étrangers qui lui sont soumis, afin de déterminer quel type d'adoption prononcer. Cet exercice se révèle particulièrement délicat, le juge français étant pris en étau entre les souhaits de l'adoptant et un type d'adoption déterminé *de facto* par les documents remis par l'autorité du pays d'origine de l'enfant.

quelconque à qualifier de « compétente », qui semble primordial. En conséquence, si les Etats d'origine et d'accueil ont trouvé un terrain d'entente, la procédure d'adoption se poursuivra avec le placement de l'enfant auprès des adoptants. Dans le cas contraire, l'Etat d'origine ou d'accueil pourra mettre fin à la procédure.

Cette disposition a pour mérite de ne favoriser aucun Etat par rapport à un autre, ce qui est salubre, surtout au regard des relations conflictuelles observées en première partie de mémoire.

Mais même si cet article ne remet pas en cause la répartition des responsabilités matérielles de chacun³⁴³, il est cependant regrettable de constater que, sur ce point, la Convention admette clairement l'application des lois de l'Etat d'accueil, qui plus est dans l'intérêt de l'enfant, et ne préconise pas une solution intermédiaire, basée elle-aussi sur la coopération. On pourrait ainsi imaginer les autorités des Etats d'accueil et d'origine déterminer ensemble le type d'adoption à reconnaître.

De l'analyse de l'article 17 ©, émane l'impression qu'à trop vouloir faire confiance aux Etats (coopération), les négociateurs ont fait preuve de naïveté ? Ne se sont-ils pas trompés en pensant que l'adoption dans le respect de l'intérêt de l'enfant deviendrait réalité sur la *seule* base de la concertation ?, grâce à la *bonne volonté* des Etats à coopérer ?

Au final, nous avons le sentiment que la Convention de La Haye pêche par excès de « souplesse » et par manque de « coercition » à l'égard des Etats, qui n'ont que l'obligation de respecter les standards minimum. Face à la liberté qui leur est accordée de réguler ou de restreindre le processus d'adoption, l'absence de règles claires et précises relatives à la phase de post-adoption est inquiétante : le système La Haye de co-opération entre Etats aurait-il donc trouvé ses limites (section 2).

Section 2 : Les limites d'un système basé sur le compromis.

Les insuffisances de la Convention de La Haye s'observent au niveau de la reconnaissance de l'adoption dans l'ordre juridique de l'Etat d'accueil (A), et au niveau des effets, auxquels aucune réponse ne semble avoir été apportée (B).

³⁴³ A ce propos, il adopte une formulation permettant le cumul de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil, mais elle ne l'exige nullement. Elle (cette formulation) permet notamment une certaine souplesse du côté des Etats d'accueil, en ce sens qu'ils appliqueraient les dispositions de leurs lois, dans l'intérêt de l'enfant, uniquement en ce qui concerne de vrais obstacles à la reconnaissance de l'adoption prononcée dans le pays d'origine. In J.H.A VAN LOON, *Les Conventions de la Conférence de La Haye (I)*, in « L'enfant et les conventions internationales », Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Rainer FRANK (sous la direction de), ed. Pul, 1996, p. 60

A. Le problème récurrent de la reconnaissance de l'adoption.

Une fois l'adoption prononcée dans le pays de l'enfant et les formalités administratives remplies (par exemple, la délivrance d'un visa de sortie de territoire), débute pour les parents adoptifs une autre phase, tout aussi délicate : la reconnaissance du jugement d'adoption étranger dans leur Etat. Les difficultés sont à ce niveau réelles, l'Etat d'accueil ayant tendance à faire prévaloir sa loi, et ne prenant guère en compte la loi personnelle de l'enfant.

Cependant, des progrès ont été réalisés par les pays d'adoptants étudiés (Allemagne, France et Royaume-Uni) qui, tous, ont réformé leur loi relative à l'adoption internationale³⁴⁴. Etant parties contractantes de la Convention, ils ont procédé à un alignement de leurs législations sur les règles établies en matière de reconnaissance, avec pour base les articles 23 et 26³⁴⁵. Ainsi, le nouveau droit allemand de l'adoption internationale (para. 16a FGG) énonce-t-il : « *Les conditions requises pour la reconnaissance de la décision d'adoption relèvent des articles 23 et 26 de la Convention de La Haye* ». ³⁴⁶

Mais cet alignement n'est pas sans entraîner certaines complications, notamment au niveau de la reconnaissance, et plus précisément de la reconnaissance de plein droit de

³⁴⁴ En 2002, l'Allemagne a adopté une loi permettant d'adapter le droit relatif aux adoptions internationales aux exigences de l'accord : *Gesetz zur Regelung von Rechtsfragen auf dem Gebiet der internationalen Adoption und zur Weiterentwicklung des Adoptionsvermittlungsrechts*, dont le paragraphe 2a stipule : « Seules les administrations pour la jeunesse et les associations privées agréées sont autorisées à pratiquer le placement des enfants. Si l'enfant à adopter vit à l'étranger ou vit en Allemagne depuis moins de deux ans, l'intermédiaire doit avoir une licence spéciale ». Cette loi distingue également les adoptions prononcées dans le cadre de la Convention de La Haye (ceci relève des articles 23 et 26 de la Convention) et celles prononcées dans un Etat non-membre de la Convention (ceci relève du paragraphe 16a FGG, dans le cas où un tribunal ou une autorité compétente a prononcé l'adoption ou a au moins examiné les conditions préalables à l'adoption lors d'une procédure prévue par la loi ». In Christophe BENICKE, *L'adoption internationale en droit allemand*, R.I.D.C., avril 2003, p. 796-797 et 799

La même année renaît en vigueur au Royaume-Uni l'*Adoption and Children Act 2002*, qui distingue aussi entre adoptions prononcées dans le cadre de la Convention de La Haye et en dehors, ainsi que la reconnaissance automatique dans le chef du juge anglais de ces deux types d'adoptions. Pour plus de détails, voir partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2 : « Le Royaume-Uni, exemple d'une approche juridictionnelle ».

Quant à la France, une nouvelle loi a vu le jour en 2001 : la loi du 6 février 2001, qui vient clarifier la circulaire Guigou de 1999 qui ne prévoyait rien en matière d'adoption internationale. Cette loi du 6 février 2001 ajoute au Code civil trois articles (art. 370-3 à 370-5) pour énoncer une règle pour la reconnaissance des jugements d'adoption étrangers. La loi distingue également entre les adoptions prononcées au Vietnam et celles prononcées dans le cadre de la Convention de La Haye.

A ce propos, Horatia MUIR WATT écrivait : « Un jugement d'adoption bénéficie de l'autorité de plein droit en France, pays d'accueil, en droit international privé commun comme au regard de la Convention (...) », in Horatia MUIR WATT, *Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes*, R.I.D.C., avril 2003, p. 839

³⁴⁵ Article 23 (1) : « Une adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'Etat contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants. Le certificat indique quand et par qui les acceptations visées à l'article 17, lettre c, ont été données ».

³⁴⁶ Christophe BENICKE, *L'adoption internationale en droit allemand*, R.I.D.C., avril 2003, p. 800

l'article 23³⁴⁷. Le fait de ne pas exiger l'exequatur deviendrait un véritable dilemme pour des pays d'adoptants qui, à l'instar de la France³⁴⁸, connaissent deux types d'adoption. L'exemple le plus fréquemment cité est celui de parents adoptifs qui « vont peut-être vouloir obtenir, à titre déclaratoire, un jugement français certifiant que l'adoption prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière, alors même qu'elle n'en présente pas, au départ, tous les traits »³⁴⁹. Dans ce cas, qui d'autre que le juge de l'exequatur pourrait alors remplir cette fonction, en l'absence supposée d'autre voie procédurale disponible ?³⁵⁰

La difficulté posée par le particularisme français n'est pas sans rappeler celle posée en droit communautaire (élaboration d'une loi européenne sur le modèle du règlement Bruxelles II bis). La nécessité de coopérer, tout comme celle d'harmoniser/intégrer, ne conduira-t-elle pas un jour le législateur français à réformer son droit de l'adoption internationale, vers un modèle unique d'adoption plénière ?

D'autre part, la reconnaissance du jugement étranger d'adoption à partir d'une simple certification, délivrée par « l'autorité compétente de l'Etat contractant où elle a eu lieu », semble également problématique. Certains auteurs y voient une trop grande latitude laissée aux Etats contractants³⁵¹, qui doivent seulement notifier au depositaire de la Convention l'identité et les fonctions de l'autorité compétente pour délivrer le certificat (art. 23(2)). Face à ce scepticisme compréhensible, peut-être faudrait-il rappeler que : (a) cette disposition s'inscrit dans l'esprit de coopération de la Convention de La Haye ; et (b) les Etats ont

³⁴⁷ L'article 23 « first determines that an adoption which took place pursuant to the measures of the Convention is to be recognised in all contracting states 'by operation of law' ('de plein droit'). It does not require a special exequatur ». In Rainer FRANK, *The Recognition of Intercountry Adoptions in the Light of the 1993 Hague Convention on Intercountry Adoptions*, in « Family Across Frontiers », de Nigel LOWE & Gillian DOUGLAS, ed. Kluwer Academic Publishers, 1996, p. 595

³⁴⁸ En droit français, la reconnaissance implique d'assimiler le lien adoptif du droit étranger à l'un ou l'autre modèle du for. Le juge français emploie une méthode, dite « de substitution », qui implique de répartir les adoptions étrangères entre les deux modèles législatifs français, en définissant les traits essentiels qu'elles doivent présenter pour être admises dans l'une ou l'autre catégorie. Cette méthode est consacrée par la Convention de La Haye à l'article 26(c) : « La reconnaissance de l'adoption comporte celle : de la rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa mère et son père, si l'adoption produit cet effet dans l'Etat contractant où elle a eu lieu ».

³⁴⁹ Horatia MUIR WATT, *Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes*, R.I.D.C, avril 2003, p. 839

³⁵⁰ Cette absence d'exequatur n'est cependant pas nécessaire pour que l'enfant jouisse immédiatement du statut d'enfant adoptif en France (art. 26(2), Convention de La Haye).

³⁵¹ Ainsi, Elisabeth POISSON-DROCOURT écrivait : « On peut déplorer que la Convention laisse aux Etats contractants toute latitude pour désigner l'autorité chargée de délivrer ce certificat (...) ».

Elisabeth POISSON-DROCOURT, *L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, Journal de Droit International, juillet-août-septembre 1999, p. 726

l'obligation d'être de bonne foi pour que la reconnaissance ait lieu et pour que la procédure puisse se poursuivre (art. 17(c)).³⁵²

Enfin, nous mentionnerons la clause d'ordre public à l'article 24, qui prévoit le refus de la reconnaissance dans un Etat contractant « *si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Il est fort peu probable qu'en pratique, les Etats d'accueil refusent cette reconnaissance, qui irait à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant. Surtout, cette clause tend à démontrer la volonté des Etats de garder un certain contrôle du processus d'adoption.

B. L'absence de réponse à la question des effets de l'adoption.

*« Le principe de la reconnaissance des adoptions étrangères serait de peu de substance s'il n'était pas complété par quelques précisions sur les effets de telles adoptions dans l'Etat requis et, principalement, dans l'Etat d'accueil ».*³⁵³

En l'absence de détermination de la loi applicable aux effets de l'adoption, la Convention de La Haye a prévu une règle matérielle fixant les effets minimum de la reconnaissance d'une adoption (art. 26), toujours dans un esprit de coopération entre Etats d'accueil et d'origine. La condition qu'il pose (art. 26, al. 1©) : « *si l'adoption produit cet effet dans l'Etat contractant où elle a eu lieu* »³⁵⁴, et qui permet de distinguer entre adoptions plénières et simples, peut se révéler problématique. Car, en effet, la Convention assure la reconnaissance en tant que telle de chacune des catégories d'adoption dans les Etats contractants, avec leur composante la plus caractéristique, sans que la loi applicable aux divers effets de l'adoption soit par ailleurs déterminée.³⁵⁵ La question qui se pose est donc la suivante : qu'advient-il si l'Etat d'accueil ne reconnaît pas le type d'adoption étranger, à l'instar des adoptions dites « ouvertes » en Pologne et en Hongrie (et ce, quand bien même les règles sur les effets de l'adoption tendent à ce que l'identité de chaque type d'adoption soit respectée dans les Etats contractants³⁵⁶). La Convention semble une fois de plus s'en remettre à la coopération entre

³⁵² « *Si tel n'est pas le cas, le certificat sera inexact aux yeux de la Convention et il ne pourra en conséquence pas attester de la conformité de l'adoption avec celle-ci* », in Andreas BUCHER, « L'enfant en droit international privé », ed. Helbing & Lichtenhahn / L.G.D.J, 2003, p. 92

³⁵³ Andreas BUCHER, « L'enfant en droit international privé », ed. Helbing & Lichtenhahn/L.G.D.J, 2003, p. 92

³⁵⁴ Article 26(1)(c) : « *La reconnaissance de l'adoption comporte celle : c) de la rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa mère et son père, si l'adoption produit cet effet dans l'Etat contractant où elle a eu lieu* ».

³⁵⁵ Andreas BUCHER, op.cit, p. 93

³⁵⁶ Andreas BUCHER, op. cit, p. 93

Etats d'origine et d'accueil, qui, on l'espère, sera intervenue en amont de la procédure d'adoption.

Au niveau des effets, l'analyse du droit comparé s'est attachée à mettre en lumière les difficultés posées par les souhaits des adoptants à voir telle adoption prononcée dans leur Etat, et la réalité du jugement d'adoption de l'Etat d'origine de l'enfant. L'exemple le plus récurrent est celui de l'adoption plénière que demandent les adoptants, alors que l'autorité du pays de l'adopté a prononcé une adoption simple.

Sur ce point (*adoptions simples*), la Convention prévoit de les convertir en adoptions plénières (article 27), sous deux conditions : a) le droit de l'Etat d'accueil doit permettre ce changement ; b) les consentements visés à l'article 4 © et (d), doivent avoir été ou doivent être donnés en vue d'une telle adoption (art. 27, al. 1). Mais *quid* des consentements qui se révèlent, une fois l'enfant dans son nouveau foyer, insuffisants ? Même si la Convention préconise l'entreprise de démarches en vue de les obtenir dans l'Etat d'origine (art. 27, al. 2), la pratique jette un sérieux discrédit sur l'effectivité d'une telle mesure. Ainsi, le droit allemand a-t-il révélé la difficulté pour les adoptants d'obtenir un consentement « suffisant », surtout lorsque les parents biologiques de l'enfant résident à l'étranger (ce qui arrive dans la grande majorité des cas).

De plus, la conversion de l'adoption simple (art. 27 (1)(a)) devra résulter d'un accord entre autorités des pays d'adoptants et d'adoptés. Cette condition supplémentaire n'est rassurante, ni pour les adoptants qui auraient requis une adoption plénière, et ni pour l'enfant, dont le lien de filiation sera maintenu avec sa famille de naissance en attendant la conversion. *Quid* si l'adoption prononcée n'a pas un caractère irrévocable ? Qu'advient-il de l'enfant pendant cette période de transition, si ses parents de naissance reviennent sur leur consentement ?³⁵⁷

³⁵⁷ L'article 26(3), sans offrir une solution plus avantageuse, prévoit cependant que la Convention ne porte pas atteinte à l'application de toute disposition plus favorable à l'enfant, en vigueur dans l'Etat contractant qui reconnaît l'adoption. In Andreas BUCHER, op. cit, p. 93

M. BUCHER écrivait à ce propos : « Cette règle est surtout destinée aux Etats consacrant uniquement l'adoption simple ; ceux-ci sont ainsi encouragés à mettre les enfants adoptés à l'étranger selon le modèle de l'adoption plénière, au bénéfice de solutions plus favorables et plus proches du statut acquis à l'étranger. La même règle peut, cependant, également inciter un Etat à accepter l'assimilation complète de l'adoption plénière prononcée à l'étranger avec la filiation légitime, alors même qu'il ne la préconise pas, par hypothèse, dans son droit interne ».

Enfin, dans l'hypothèse du prononcé d'une adoption plénière, l'enfant pourra jouir « des droits équivalents à ceux résultant d'une adoption produisant cet effet dans chacun de ces Etats » (art. 26(2)). En d'autres termes, l'adoption plénière confèrera à l'adopté un statut juridique équivalent dans les Etats dont le droit préconise l'adoption plénière.³⁵⁸

Le seul obstacle pourrait être la révocation de l'adoption plénière, comme l'indique Elisabeth POISSON-DROCOURT, même s'il faut toujours garder à l'esprit que la Convention est basée sur la coopération entre Etats d'origine et d'accueil.

Conclusions.

La Convention de La Haye, tout en innovant par l'institution d'un système de coopération entre Etats d'accueil et d'origine, laisse de côté certaines difficultés (la reconnaissance et les effets de l'adoption).

Ce modèle conventionnel ne nous apparaît pas totalement satisfaisant, dans la mesure où le bon déroulement du processus d'adoption est laissé à la seule volonté de coopérer des Etats.

Cette grande flexibilité internationale n'est pas sans rappeler la subsidiarité conventionnel et son manque de coercition à l'encontre des Etats contractants. Cette nécessité d'un encadrement plus strict des pays d'adoptants et d'adoptés nous conduit, *in fine*, à favoriser le modèle communautaire d'intégration des législations nationales (art. III-269, al. 1). Néanmoins, un règlement en matière de reconnaissance des décisions d'adoption n'ayant pas encore été adopté au niveau de l'Union, il apparaît sage de considérer les autres évolutions actuelles dans le domaine de l'adoption internationale. C'est dans cette perspective que nous consacrerons le dernier chapitre de ce mémoire au Conseil de l'Europe, qui initia dès juin 2002 un processus de révision de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967, à la lumière des changements qu'a connu ces dernières années l'adoption.

³⁵⁸ « L'enfant sera au bénéfice des effets juridiques attachés à une adoption plénière, sans que ces effets ne soient cependant nécessairement identiques dans tous les cas, dès lors que le droit applicable ne doit pas toujours être le même. La Convention ne tend pas à déterminer directement la loi applicable aux effets de l'adoption plénière. Une telle option aurait créé de multiples conflits avec les règles de droit international privé concernant, notamment, les effets de la filiation et les successions (...) ». In Andreas BUCHER, op. cit, p. 93

Chapitre 2 : La future Convention européenne en matière d'adoption des enfants, Modèle réussi d'harmonisation ?³⁵⁹

La Convention de 1967, principal instrument du Conseil de l'Europe en matière d'adoption, avait besoin d'être révisée, tant au regard des bouleversements sociétaux intervenus dans les Etats du Conseil, que des évolutions juridiques (dans les ordres internes) et jurisprudentielles de la CEDH. De plus, il était utile de compléter la Convention de La Haye de 1993 en matière d'adoption internationale.

Pour répondre à ces objectifs, un Comité européen de co-opération juridique fut créé en mai 2002 et qui chargea le groupe CJ-FA d'examiner la Convention européenne sur l'adoption des enfants de 1967. Le groupe de travail CJ-FA-GT1, établi en 2003 par le CG-FA, rendit ses conclusions les 16-18 mars 2004.

Quelles premières analyses tirer de ces travaux ? Les conclusions présentées dans le rapport final permettent-elles déjà de dire si la future Convention sera un instrument moderne ou pas ? C'est ce que nous tenterons de discerner, en nous intéressant tout d'abord à quelques problèmes inhérents à l'adoption internationale et que la première partie de mémoire a mis en lumière (section 1). Puis nous essaierons de prédire les réactions des Etats étudiés ci-dessus, dans l'hypothèse de l'entrée en vigueur de cette future Convention (section 2).

Section 1 : Premières analyses du rapport CJ-FA-GT1 (2004) 2.

Pour le groupe de travail CJ-FA-GT1, les objectifs de l'adoption sont les suivants: *« the aims of an adoption should be child centred, that an adoption should not be granted unless the competent authority is 'satisfied that the adoption will be in the best interests of the child' and that special attention should be paid 'to the importance of the adoption providing the child with a stable and harmonious home' »*³⁶⁰.

Puis le rapport tente d'apporter des solutions, respectueuses de la diversité législative des Etats du Conseil de l'Europe, notamment à propos de l'âge de l'adoptant, le mariage et de l'accès de l'adopté à ses origines.

³⁵⁹ Nous rappellerons que les travaux de réécriture de la Convention de 1967 ont été suspendus pour des raisons budgétaires. Cependant, la pertinence des conclusions du groupe d'experts sur l'adoption du Conseil de l'Europe demeure.

³⁶⁰ Paragraphe 11, B. The specific proposals, Final activity report, p. 11

L'âge. La nouvelle disposition (point 7) fait preuve de pragmatisme et de souplesse, dans la mesure où elle prévoit une base minimale, à réévaluer en tenant compte des droits des Etats membres. Le minimum est fixé à 21 ans (comme le prévoit l'*Adoption Act 2002*), la différence d'âge doit être fonction de l'intérêt de l'enfant (le droit polonais avait lui-aussi adopté cette formulation vague), même s'il est spécifié un minimum de 16 ans entre l'adoptant et l'adopté (ce qui n'est pas très éloigné des conditions du droit letton qui prévoyait une différence minimum de 18 ans). Au final, si la Convention est adoptée avec les mêmes dispositions, les adoptants des pays d'accueil étudiés dans le cadre de ce mémoire n'auraient ainsi aucune difficulté à remplir la condition d'âge.

D'autre part, « *the present ages should be adapted, taking into account the national law of States* » ne laisserait-elle pas entrevoir une forme de co-opération/concertation entre les autorités des Etats d'accueil et d'origine de l'adopté, ce qui n'est pas sans rappeler la co-opération de la Convention de La Haye de 1993 ?³⁶¹

Le mariage. Les points 5 et 6 constituent, à n'en pas douter, une véritable innovation. Comme le souligne le groupe de travail, de nombreuses législations faisaient obstacle aux couples non mariés, telles la Pologne et la Hongrie. Désormais, des personnes non mariées seront éligibles à l'adoption, à la condition toutefois de pouvoir faire état d'une vie commune d'une durée au moins égale à cinq ans.

Surtout, l'adoption est étendue aux couples homosexuels (à l'instar de l'*Adoption and Children Act 2002*). Mais étant donné la désapprobation de nombreux Etats à leur voir reconnaître les mêmes opportunités d'adopter que les couples hétérosexuels, le groupe de travail a choisi une formulation souple (« *States should be free to* ») qui laisse une pleine liberté aux Etats de faire avancer, ou pas, leur législation vers une plus grande admission des homosexuels à l'adoptabilité.

L'accès aux origines. Les conclusions du groupe de travail constituent un progrès et en même temps le maintien du statut-quo. Il est positif de constater que la question des origines de l'adopté quitte la section « Dispositions supplémentaires » (non obligatoires pour les Etats) de la Convention de 1967 pour être intégrée aux « Dispositions essentielles », obligatoires mais sujettes à des réserves. L'extension du champ de l'article 20³⁶² de la Convention de

³⁶¹ Nous rappellerons que cette future Convention est destinée également à compléter utilement la Convention de La Haye de 1993.

³⁶² Article 20.

1967 est appréciable, dans la mesure où sera apporté un droit effectif à l'enfant. Néanmoins, comment doit se comprendre cette notion ? Il est regrettable que le groupe de travail ne l'ait pas définie. Enfin, le maintien du statu quo s'observe au point 10 du rapport : la question de la levée du secret de la personne ayant accouché dans l'anonymat demeure toujours soumise à l'appréciation de l'autorité judiciaire compétente.

En conclusion, le groupe de travail a émis des propositions intéressantes, susceptibles d'être approuvées par le plus grand nombre en raison de leur souplesse. Néanmoins, la frilosité du groupe d'experts de l'adoption sur la question de l'accès aux origines n'est-elle pas regrettable ? L'on aurait pu s'attendre à une avancée sur la question, surtout que ce n'est pas la première fois que la Cour EDH a à se prononcer.³⁶³ Peut-être faudra-t-il attendre d'autres développements jurisprudentiels et une évolution des mentalités, à l'instar de l'extension de l'adoptabilité aux homosexuels.

Il faut d'autre part garder à l'esprit qu'il ne s'agit ici que d'un rapport final. Ce n'est qu'une fois les travaux de rédaction de la Convention achevés que nous pourrions dire si les conventionnels sont allés plus loin, moins loin ou se sont tout simplement tenus aux conclusions du rapport CJ-FA-GT1 (2004) 2.

Par ailleurs, en vue de rendre ses conclusions, le groupe CJ-FA-GT1 a interrogé un certain nombre de pays d'adoptants et d'adoptés, membres du Conseil de l'Europe. L'analyse de leurs réponses pourra peut-être donner quelques indices sur les chances de succès de la future Convention européenne en matière d'adoption des enfants.

Section 2 : La réaction des pays d'adoptants et d'adoptés.

Le groupe d'experts sur l'adoption a sélectionné toute une liste d'Etats à interviewer, dont la France et l'Allemagne du côté des pays d'adoptants, et la Pologne du côté des pays d'adoptés. En fonction des réponses données au questionnaire qui leur a été remis, des hypothèses sur l'attitude future des Etats peuvent être émises : signeront-ils et ratifieront-ils la

Paragraph 3 : « *The adopter and the adopted person shall be able to obtain a document which contains extracts from the public records attesting the fact, date and place of birth of the adopted person, but not expressly revealing the fact of adoption or the identity of his former parents* ».

Paragraph 4 : « *Public records shall be kept and, in any event, their contents reproduced in such a way as to prevent persons who do not have a legitimate interest from learning the fact that a person has been adopted or, if that is disclosed, the identity of his former parents* ».

³⁶³ Voir à ce propos les arrêts Gaskin c/ Royaume-Uni (07.07.1989) et Odièvre c/ France (13.02.2003)

Convention sur les questions relatives à l'âge, les conditions d'adoptabilité (des candidats à l'adoption) et l'accès aux origines de l'adopté ?

L'âge. A la question « *Are you in favour of a minimum age for the adopter ? (If so, what should this minimum age be: age of majority or older?)* », seule la Pologne est en désaccord avec la Convention. Elle préconise l'application de son droit interne, et dans les cas où cette condition d'âge serait déterminée par la Convention, elle requiert la majorité.

Le mariage. Sur ce point, les trois pays considérés se révèlent contre l'extension de l'adoptabilité à des couples non mariés. Le souci de stabilité semble prévaloir, et il ne pourrait être apporté que par la reconnaissance juridique de l'union. Ainsi l'Allemagne déclare-t-elle : « *Germany oppose the joint adoption of a child by heterosexual cohabitantes living together for a considerable time because only the living together as a married couple is safeguarded legally and justifies adoption* ». ³⁶⁴

Si en Allemagne, en France et en Pologne, le mariage est la condition de base de l'adoptabilité (pour les candidats à l'adoption), il n'est donc pas surprenant de constater leur refus de voir des personnes homosexuelles adopter. De plus, l'adoption par des homosexuels ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant (la Pologne déclare : « *An adoption by homosexuals is always contrary to the best interest of the child* ») et pourrait exposer ce dernier à des discriminations (pour citer l'Allemagne : « *Though there are some legal safeguards, at present we have no sufficient consolidated findings about the effects on the development and best interests of a child. Furthermore US-american studies demonstrate that children of homosexuals have to live with prejudices, disaccords and negative reactions of same age children. Children of lesbian mothers or homosexual fathers are subject to a social stigma in many cases* »). ³⁶⁵

Le mariage risque donc de poser problème en vue d'une éventuelle signature, puis d'une ratification de la Convention.

L'accès aux origines. Est possible dans les trois pays, avec des conditions d'âge pour l'Allemagne et la Pologne, comme il a déjà été mentionné dans notre section consacrée à cette question. La France rappelle que la délivrance de ces documents dépend de la volonté des parents ayant demandé l'anonymat.

³⁶⁴ Rapport CJ-FA-GT1, p. 45

³⁶⁵ Rapport CJ-FA-GT1, p. 45

Il est à supposer que l'accès aux origines ne sera un obstacle, ni à la signature, ni à la ratification de la Convention, dans la mesure où les Etats conservent toute la latitude nécessaire pour mettre en œuvre ce droit à la connaissance des origines. Ils sont seulement encouragés à fournir ces informations : « *It (the Working Party) indicated that States should be encouraged to provide such information* »³⁶⁶.

³⁶⁶ Rapport CJ-FA-GT1, p. 16

CONCLUSION GENERALE

Il semble que l'objectif de réalisation d'une adoption internationale dans l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit possible qu'au travers de la pacification des relations pays d'adoptants/pays d'adoptés, par le biais de l'harmonisation/intégration et de la coopération inter-étatique. Les conflits de lois et de juridictions, caractéristiques de cette filiation par greffe, étant à cet égard, une entrave majeure.

Si le modèle communautaire présente des avantages nombreux, il ne saurait toutefois être adopté dans son ensemble. Son premier volet, le principe de subsidiarité de la Charte des droits fondamentaux, ne parvenant pas à jouer son rôle de vecteur au niveau de l'intégration des législations nationales relatives à l'adoption internationale. Quant à la Charte, son effet peu contraignant à l'endroit des Etats fait craindre une « protection à la carte » des droits de l'adopté (intérêt supérieur de l'enfant).

En comparaison, le second volet du modèle communautaire (l'article III-269 et le rapprochement des législations nationales) aurait plus de chances d'être retenu, et notamment l'acte législatif qu'il préconise : la loi européenne. L'évolution législative de l'Union dans le domaine du droit de la famille transfrontière (le règlement Bruxelles II *bis*) ainsi que le caractère obligatoire des lois européennes pour les Etats membres expliquent ce choix. Espérons seulement que la pratique communautaire donne raison à notre souhait de voir un jour l'Union élaborer une loi européenne relative à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers d'adoption dans le chef de l'Etat d'accueil de l'enfant.

L'inclinaison pour ce type d'instrument juridique ne doit cependant pas faire oublier l'existence des deux autres modèles d'adoption : le modèle conventionnel et le modèle international de la Convention de La Haye. Chacun, à leur manière, renforce l'hypothèse de départ de création d'un acte législatif communautaire, qui viendrait résoudre les difficultés inhérentes à l'adoption internationale. La nécessité d'un encadrement strict des Etats s'est révélée au travers du modèle conventionnel (trop grande autonomie des Etats, pouvoir discrétionnaire aléatoire du juge européen) ; le nécessaire établissement de rapports de confiance entre autorités des pays d'adoptants et d'adoptés fut, quant à lui, mis en lumière par la Convention de La Haye et son système de coopération inter-étatique.

A cela s'ajoutera la future Convention européenne en matière d'adoption des enfants, dont les travaux de rédaction sont momentanément interrompus et qui, par le caractère moderne et souple de ses dispositions (les propositions du rapport final), sera d'un apport considérable pour l'adoption internationale dans l'Union élargie.

Une loi européenne qui prendrait ce qu'il y a de meilleur dans les trois modèles analysés ci-dessus, répondrait alors significativement et efficacement aux nombreux défis de l'adoption internationale dans l'espace communautaire.

Mais patience et longueur de temps valant mieux que force et que rage, peut-être faudra-t-il attendre quelques années encore avant que les institutions communautaires ne se penchent sur cette question.

BIBLIOGRAPHIE

A. Ouvrages :

ARAI-TAKAHASHI Yutaka, « The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of the European Convention on Human Rights », ed. Intersentia, 2002.

BOULANGER François, « Enjeux et défis de l'adoption : étude comparative et internationale », ed. Economica, septembre 2001.

BUCHER Andreas, « L'enfant en droit international privé », ed. Helbing & Lichtenhahn et L.G.D.J. Paris, 2003.

CLERGERIE Jean-Louis, « Le principe de subsidiarité », ed. Ellipses, 1997.

DUHAMEL Olivier, « Pour l'Europe, le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté », ed. Seuil, 2003.

ESTELLA Antonio, « The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique », ed. Oxford University Press, 2002.

GOUZES Gérard, « Pour une éthique de l'adoption internationale : rapport au Premier Ministre », ed. La Documentation Française, 2001.

GRATALOUP Sylvain, « L'enfant et sa famille dans les normes européennes », ed. L.G.D.J., 1998.

HANLON James, « European Community Law », 2nd ed., ed. Sweet & Maxwell, 2000.

HOUCARD Béatrice, « La famille, une idée neuve en Europe » (Notes de la fondation Robert Schuman), ed. Fondation Robert Schuman, 2002.

LAMARCHE Lucie et BOSSET Pierre, « Des Enfants et des Droits », ed. Presses Universitaires de Laval, 1997.

LAMMERANT Isabelle, « L'adoption et les Droits de l'Homme en droit comparé », ed. Bruylant (Bruxelles), L.G.D.J (Paris), 2001.

LOWE Nigel & DOUGLAS Gillian, « Families Accross Frontiers », ed. Kluwer Academic Publishers, 1996.

MATTEI Jean-François, « Enfants d'ici, enfants d'ailleurs », La Documentation française, p. 43s, 1995.

RIDEAU Joël, « Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes », 4^e ed., L.G.D.J., 2002.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « L'enfant et les conventions internationales », ed. Presses Universitaires de Lyon, 1996.

SIMON Denys, « Le système juridique communautaire », 3^e édition mise à jour, 2001.

SUDRE Frédéric, « Droit européen et international des droits de l'homme », 6^e édition refondue, ed. Presses Universitaires de France, 2003.

SUDRE Frédéric (dir.), « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », ed. Bruylant Bruxelles, 2002.

SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline et LEVINET Michel, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », 2^e ed. mise à jour, septembre 2004.

TRILLAT Brigitte, « L'adoption : essai sur les institutions », ed. Presses Universitaires de Lyon, 1995.

VASSEUR-LAMBRY Françoise, « La famille et la Convention européenne des droits de l'homme », ed. L'Harmattan, 2000.

VERDIER Pierre et DUBOC Martine, « Face au secret de ses origines : le droit d'accès au dossier des enfants abandonnés », ed. Dunod, 1996.

VERDUSSEN Marc (sous la direction de), « L'Europe et la subsidiarité », ed. Bruylant, 2000.

B. Articles :

AUBIN Simon, *Les droits du père face à l'accouchement anonyme*, Petites Affiches, n° 57, p. 6-11, 20 mars 2003.

BARTHOLET Elizabeth, *What's wrong with adoption law ?*, The International Journal of Children's Rights, vol. 4, p.263-272, 1996.

CERACCILO DI TORELLA Eugenia and MASSELOT Annick, *Under construction : EU family law*, European Law Review, vol. 29, n° 1, février 2004.

Colloque sur *L'adoption internationale en droit comparé*, Petites Affiches, n° 61 et 62, 26 mars 2004.

DROZ, G.A.L, *Le rôle de la Conférence de La Haye de droit international privé dans la mondialisation de la protection juridique de l'enfant*, Les Petites Affiches, v. 384, n°53, p. 33-35, 1995.

FERAL Pierre-Alexis, *Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne*, Revue de droit public, n°1, p. 203s, 1996.

Fiche technique du Parlement européen, *Les rapports entre compétences nationale et communautaire : le principe de subsidiarité*, RMCUE, n° 367, p. 303s, avril 1993.

GAUDEMET-TALLON Hélène, *Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions*, RMCUE, n°437, p.228s, avril 2000.

ISOLA Annick, *Les principes d'organisation familiale posés par la « législation » issue du Conseil de l'Europe*, in « L'Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille », ed. L.G.D.J, p.31s, 1996.

KILKELLY Ursula, *Adoption*, in « The Child and the European Convention on Human Rights », ed. Ashgate-Dartmouth, p. 295s, 1999.

MALAURIE Philippe, *La Cour européenne des droits de l'homme et le 'droit' de connaître ses origines : l'affaire Odièvre*, La Semaine juridique, n° 13, p. 545-548, 26 mars 2003.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ?*, RMCUE, n° 438, p.328s, mai 2000.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, Rev. Int. Dr. Comparé, p. 167s, avril 1992.

MORENO Annie, *Aspects contractuels de l'adoption internationale*, Rev. Crit. DIP, p. 474s, 2001.

POISSON-DROCOURT Elisabeth, *Codification des règles de droit international en matière d'adoption*, chron. P. 1404, D. 2001.

Revue Droit en Quart Monde, *Les droits de l'enfant dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, vus dans la perspective de la Convention des Nations Unies*, n° 17, p.39-47, décembre 1997.

ROY O., *Filiation légale et réalités familiales : Accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant*, Petites Affiches, v. 387, n° 70, p. 13-20, 1998.

SAURON Jean-Luc, *La mise en oeuvre retardée du principe de subsidiarité*, RMCUE, n° 423, p. 645s, novembre-décembre 1998.

VAN LOON H.J.A, *International Co-operation and Protection of Children with regard to intercountry adoption*, Académie de Droit International, Recueil des cours – Collected courses, volume VII, n° 244, p. 191s, ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

VISSOL Thierry et VAN HUFFEL Michel (sous la direction de), *Vers l'unité du droit dans l'espace européen ?*, RMCUE, n° 438, p. 289s, mai 2000.

C. Recommandations et rapports du Conseil de l'Europe :

Recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire relative à une Charte européenne des droits de l'enfant.

Recommandation n° R (88) 16 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la ratification et l'amélioration de la mise en oeuvre des conventions et accords élaborés au sein du Conseil de l'Europe en matière de droit privé et notamment des conventions qui protègent l'intérêt de l'enfant.

Recommandation 1074 (1988) de l'Assemblée parlementaire relative à la politique de la famille.

Recommandation 1121 (1990) de l'Assemblée parlementaire relative aux droits de l'enfant.

Recommandation 1286 (1996) de l'Assemblée parlementaire relative à une stratégie européenne pour les enfants.

Recommandation 1443 (2000), Assemblée parlementaire, Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale.

Livre Banc sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation, CJ-FA (2001) 16 rev, Strasbourg, le 15 janvier 2002.

Rapport du comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA), groupe de travail sur l'adoption CJ-FA-GT1 (2003)3, Strasbourg, le 27 mars 2003.

Rapport du comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA), groupe de travail sur l'adoption CJ-FA-GT1(2003) 30, rapport intérimaire, Strasbourg, le 30 octobre 2003.

Rapport final d'activité : adoption, CJ-FA-GT1 (2004) 2, Strasbourg, le 22 mars 2004.

D. Conventions :

Convention européenne en matière d'adoption des enfants, Strasbourg, 24.IV.1967.

Convention européenne en matière d'adoption des enfants (STE n° 058), Rapport explicatif.

Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 29 mai 1993.

La Convention de La Haye du 29 mai 1993, *Analyse juridique* par Isabelle LAMMERANT, Centre International de Référence pour la Protection de l'Enfant dans l'Adoption – SSI, 2002.

E. Le droit comparé :

i. Le droit allemand

BENICKE Christoph, *L'adoption internationale en droit allemand*, Rev. Int. Dr. Comparé, n°4, p. 789-802, juillet-septembre 2003.

HEPTING Reinhard et GAAZ Berthold, « Personenstandsgesetz, Kommentar II », ed. Verlag für Standesamtswesen, 1997.

OTT S., *Die Begriffe « Ehe und Familie » in Art. 6 I GG*, Neue juristische Wochenschrift. Jg. 51, H. 3, p. 117-119, 1998.

SCHEIWE Kirsten, *Babyklappe und anonyme Geburt – wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten ?*, Zeitschrift für Rechtspolitik, Jg. 34 H. 8, p. 368-374, août 2001.

STEIGER Thomas, *In alten Fahrwasser zu neuen Ufern : Neuregelungen im Recht der internationalen Adoption mit Erläuterungen für die notarielle Praxis*, DnotZ, p. 184-209, 2002.

ii. Le droit anglais

BAINHAM Andrew, *Children's Rights and Human Rights*, Human Rights, ed. Jordan Publishing Limited, p. 142-152, September 2002.

CHESHIRE & NORTH'S, « Private International Law », eleventh edition, ed. Butterworths, 1987.

COLLIER J.G, « Conflicts of Laws », 3rd ed., ed. Cambridge University Press, 2001.

HAYES Mary & WILLIAMS Catherine, « Family Law : Principles, Policy and Practice », second edition, ed. Butterworths, 1999.

JAFFEY A.J.E, « Introduction to the Conflicts of Laws », ed. Butterworths, 1988.

O'BRIEN John, « Conflicts of Laws », 2nd ed., 1999.

O'DONOVAN Katherine, *L'adoption dans le droit du Royaume-Uni*, Rev. Int. Dr. Comparé, n°4, p. 845-860, juillet-septembre 2003.

RYAN Mary, « The Children Act 1989, Putting it into practice », second edition, ed. Ashgate, 1998.

WELBOURNE Penelope, *Adoption and the rights of children in the UK*, The International Journal of Children's Rights, vol. 10, p. 269-287, ed. Kluwer Law International, 2002.

iii.Le droit français

GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline, *La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X*, La Semaine Juridique, n° 13, p.561-566, 26 mars 2003.

LAGARDE PAUL, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification*, Rev. Crit. DIP, p. 280-299, 2001.

MONÉGER Françoise, *Le prononcé de l'adoption en France : les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001*, Rev. Int. Dr. Comparé, p.819-832, avril 2003.

MONÉGER Françoise, *Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale (loi n° 2001-111 du 6 février 2001)*, Revue de droit sanitaire et social, 37(2), p.382-386, avril-juin 2001.

MUIR WATT Horatia, *Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes*, Rev. Int. Dr. Comparé, p. 833-843, avril 2003.

POISSON-DROCOURT Elisabeth, *Du nouveau en matière d'adoption : le décret n° 2002-575 du 18 avril 2002*, Recueil Dalloz Sirey, n°5, p. 295-299, 30 janvier 2003.

ROY Odile, *Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant*, Petites Affiches, n° 70, p. 13-20, 16 juin 1998.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *Droit de la famille (chronique)*, La Semaine Juridique, tome I, p. 17, 6 janvier 1999.

THOURET Sylvain, *L'intégration en droit interne de la Convention de La Haye relative à l'adoption internationale*, Jurisclasseur Procédures, mai 1999.

iv.Le droit hongrois

VEKAS L. (Dr.) und EMBER L. (Dr.), *Ungarn*, in « Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht », ed. Verlag für Standesamtswesen, vol. XIII, p. 1-78, 31.03.2003.

« Introduction to Hungarian Law », ed. by A. Harmathy, Kluwer, 1998.

WEISS Emilia, Jurisclasseur Droit Comparé : *Hongrie*, vol. 2, p. 17s, 1998.

v.Le droit letton

SCHULZE Ulrich W., *Lettland*, in « Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht », ed. Verlag für Standesamtswesen, vol. VIII, p. 4-119, 01.05.2002.

vi.Le droit polonais

GRALLA Erhardt (Dr.), *Polen*, in « Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht », ed. Verlag für Standesamtswesen, vol. XII, p. 1-88, 01.10.2003.

DYBOWSKI Tomasz, HOLEWINSKA-LAPINSKA Elzbieta et KARASEK Agata, Jurisclasseur Droit Comparé : *Pologne*, vol. 3, fasc. 1, p. 27s, 2003.

STOJANNOWSKA Rwanda, *Adoption : La réforme du code de la famille et du droit de garde*, in « Regards sur le droit de la famille dans le monde/The International Survey of Family Law 1996 », ed. PUL, 1996.

F. Ouvrages non juridiques :

DELAISI Geneviève et VERDIER Pierre, « Enfant de personne », ed. Odile Jacob, 1994.

DE MONLEON Jean-Vital, « Naître là-bas, grandir ici : l'adoption internationale », ed. Belin, 2003.

DEMORTIER Christian, « Adopté dans le vide », ed. du Sarment, 2001.

MATTEI Jean-François, « Le chemin vers l'adoption : le coeur et la raison », ed. Albin Michel, 1997.

SZEJER Myriam (sous la direction de), « Le bébé face à l'abandon, le bébé face à l'adoption », ed. Albin Michel, 2000.

G. Magazines, journaux :

ENFANCE MAJUSCULE, « Etudes auprès des femmes qui ont abandonné un enfant en faveur de l'adoption », numéro spécial, n° 76, mai-juin 2004.

COURRIER INTERNATIONAL, « Les Polonais, mais qui sont-ils ? 40 millions de « nouveaux » Européens », n° 715 du 15 au 21 juillet 2004.

L'EXPRESS, « Spécial Vienne, Budapest, Prague : la magie retrouvée », n° 2738-2739 du 25 décembre 2003 au 7 janvier 2004.

H. Sites Internet :

www.hcch.net/f/status/stat33f.html
www.diplomatie.gouv.fr/mai/cooperat/webpays.html
www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/lettonie.html

www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/pologne.html
www.hri.ca
<http://perso.wanadoo.fr/kanart/DIP/adoptioniale.htm>
<http://www.bm.gov.lv>

www.europa.eu.int
www.info-europe.fr
http://europa.eu.int/comm/employment_social/family/observatory/home.html
www.coe.int
www.diplomatie.gouv.fr/mai/ficpays/hongrie.html

CONTACTS

En raison de leur volume, les annexes n'ont pas été ajoutées à cet ouvrage. Pour toute information les concernant ou pour toute question quant au contenu du mémoire, veuillez me contacter à l'adresse suivante :

ademange@yahoo.fr

TABLE DES MATIERES

Sommaire	page 7
Introduction	page 9
1^{ère} partie : Le défi de la diversité législative dans l'Union élargie.....	page 17
<i>Titre I : Une hétérogénéité manifeste pour les pays d'adoptants</i>	page 17
<u>Chapitre 1 : Un modèle d'approche conflictuelle : la France et l'Allemagne</u>	page 17
Section 1 : Encadrement et définition de l'approche	page 18
Section 2: La notion de « conflit » et ses applications	page 19
A. Les conditions de l'adoption	page 19
I. La loi nationale de l'adoptant et ses limites	page 19
II. L'épineuse question du consentement	page 23
III. La reconnaissance de l'adoption	page 25
B. Les effets de l'adoption	page 27
I. En droit allemand	page 27
II. En droit français	page 29
Conclusions	page 30
<u>Chapitre 2 : Un modèle d'approche juridictionnelle : le Royaume-Uni</u>	page 30
Section 1 : Le rôle prépondérant des tribunaux	page 31
A. L'évolution législative du rôle judiciaire	page 31
B. L'examen du rôle de l'autorité judiciaire	page 32
Section 2 : La <i>lex fori</i> ou loi personnelle de l'enfant ?	page 33
A. Applicabilité en matière de consentement	page 33
B. Une reconnaissance plus aisée de « l'adoption order »	page 35
C. Des conflits potentiels quant aux effets de l'adoption	page 38
Conclusions	page 41

<i>Titre 2 : Une homogénéité relative pour les pays d'adoptés</i>	page 41
<u>Chapitre 1 : Des critères précis pour l'adoption</u>	page 42
Section 1 : L'adopté	page 42
A. Une conception onusienne de l'adoption internationale ?	page 42
B. Les critères d'adoptabilité	page 46
I. La simplicité du droit hongrois	page 46
II. Le régime strict de l'adoption lettone	page 47
III. Régime strict et pragmatisme polonais	page 48
Section 2 : L'adoptant	page 49
A. Priorité aux couples mariés	page 49
I. L'importance du mariage en droit polonais et hongrois	page 50
II. La souplesse lettone	page 52
B. L'importance de l'âge limite	page 54
<u>Chapitre 2 : Le prononcé de l'adoption et ses conséquences</u>	page 55
Section 1 : La détermination de la loi applicable	page 56
Section 2 : Les effets de la décision : l'adoption plénière	page 58
A. Au niveau de l'application de la loi	page 59
B. Au niveau des relations avec la famille d'origine	page 59
Section 3 : Le nom et la nationalité de l'adopté, un devenir variable selon les pays page 61	
A. Le nom de l'adopté.....	page 61
B. La nationalité de l'adopté.....	page 62
Conclusions	page 63
2^e Partie : Les enjeux de la diversité des modèles d'harmonisation ..	page 64
<i>Titre I : La subsidiarité communautaire ou l'ambition d'une Constitution pour L'Europe</i>	page 65
<u>Chapitre 1 : La Charte des droits fondamentaux et le principe de subsidiarité</u> ...	page 66
Section 1 : La dialectique de la subsidiarité : entrave ou vecteur d'intégration ?.	page 67
A. Analyse terminologique	page 67
B. Le principe de subsidiarité à l'œuvre	page 68
Section 2 : La notion d' « intérêt de l'enfant » et l'absence d'intégration	page 70
A. Une interprétation variable selon l'approche dans les pays d'adoptants	page 70
B. Une interprétation liée à l'histoire dans les pays d'adoptés	page 72
I. Le panorama sémantique de la notion d'intérêt de l'enfant	page 72
II. La notion d' « intérêt de l'enfant » : de l'ère soviétique à la chute du	

Rideau de fer (1989-1990)	page 73
<u>Chapitre 2 : L'article III-269 et la poursuite des efforts d'intégration</u>	page 75
Section 1 : La philosophie de l'intégration	page 76
A. Bref historique de la construction européenne	page 76
B. La coopération judiciaire en matière civile	page 77
Section 2 : Le rôle « intégrateur » du Conseil des ministres	page 78
A. La loi-cadre européenne	page 78
B. La loi européenne	page 79
Conclusions	page 82
<i>Titre 2 : La subsidiarité conventionnelle ou le risque d'une harmonisation au Rabais</i>	page 83
<u>Chapitre 1 : Un modèle favorable à l'expression des particularismes nationaux</u> .	page 84
Section 1 : Encadrement de la notion de « subsidiarité CEDH »	page 84
A. L'objectif de la subsidiarité CEDH	page 84
B. Les caractéristiques de la subsidiarité CEDH	page 85
Section 2 : Les Etats, principaux acteurs de la mise en oeuvre des valeurs communes ?	page 86
A. La réduction de la marge d'appréciation, moyen de coercition de la Cour	page 87
B. Les obligations positives, autre moyen de coercition de la Cour ?	page 89
<u>Chapitre 2 : La question des origines, illustration de l'insuffisance du modèle de Subsidiarité conventionnelle</u>	page 90
Section 1 : Un conflit insoluble ?	page 91
A. A l'origine, une analyse erronée du rôle de l'Etat ?	page 91
B. L'adoption vécue par les différents « acteurs »	page 95
I. L'enfant adopté	page 95
II. Les parents de naissance : la mère biologique	page 96
III. Les parents adoptifs	page 97
IV. Analyse	page 98
1) Les conséquences juridiques du secret	page 99
2) Les recours de l'enfant adopté	page 100
Section 2 : L'accouchement anonyme dans les pays d'adoptants et d'adoptés ...	page 101
A. Parmi les pays d'adoptants	page 101
I. Au Royaume-Uni	page 101
II. En Allemagne	page 103
B. Parmi les pays d'adoptés	page 105

I.	Hongrie et Lettonie, nécessaire consentement de l'adoptant	page 105
II.	En Pologne, l'accès conditionnel aux origines	page 106
	Conclusions	page 106

Titre 3 : La subsidiarité internationale ou l'espoir déçu d'une meilleure coopération page 107

**Chapitre 1 : La Convention de La Haye de 1993, un compromis au service d'une
Valeur commune : l'intérêt de l'enfant**..... page 108

Section 1 : Pragmatisme et souplesse de la relation pays d'adoptants/d'adoptés .	page 109
A. La division des responsabilités matérielles entre Etats	page 109
B. La concertation entre Etats	page 110

Section 2 : Les limites d'un système basé sur le compromis	page 111
A. Le problème récurrent de la reconnaissance de l'adoption	page 112
B. L'absence de réponse à la question des effets de l'adoption	page 114

Conclusions	page 116
-------------------	----------

**Chapitre 2 : La future Convention européenne en matière d'adoption d'enfants, modèle
Réussi d'harmonisation ?** page 117

Section 1 : Premières analyses du rapport CJ-FA-GT1 (2004) 2	page 117
---	-----------------

Section 2 : La réaction des Etats d'adoptants et d'adoptés	page 119
---	-----------------

Conclusion générale	page 123
---------------------------	----------

Bibliographie	page 125
---------------------	----------

Table des matières	page 133
--------------------------	----------

Collection des mémoires de l'Equipe de droit public

N° 1 *Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises.*

Elise Untermaier, sous la direction du Professeur Sylvie Caudal.

N° 2 *L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation.*

Amélie Demange, sous la direction du Professeur Cyril Nourissat

**Imprimé par le Service Édition
de l'Université Jean Moulin Lyon 3**