

Internationale Adoption



SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMP

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

Am 12. September 2008 fand in Basel eine Fachtagung zum Thema Internationale Adoption statt, durchgeführt vom Verein Centrum für Familienwissenschaften und der Arbeitsgruppe Internationale Adoption der Deutschschweizer Zentralbehörden (AGIA). Die vorliegende Publikation enthält die drei Plenumsreferate sowie Unterlagen, Materialien und Ergebnisse der insgesamt fünf Arbeitskreise. Im Fokus der Veranstaltung stand die aktuelle und kritische Auseinandersetzung mit Fragen im Zusammenhang mit traditionellen und modernen Familienbildern und der Adoption.

Die Referate beleuchteten psychologische, moralethische und rechtliche Aspekte der Adoption. In den Arbeitskreisen wurden neben konkreten Anliegen der Praxis der Adoptionsbegleitung auch Themen, die sich speziell im Zusammenhang mit der Adoption von Kindern aus dem Ausland stellen, behandelt.

Zusätzlich finden sich in dieser Publikation auch die Referate der zweiten schweizerischen Tagung zur internationalen Adoption, die am 11. September 2008 ebenfalls in Basel stattgefunden hat.

Ingeborg Schwenzler · Internationale Adoption

Ingeborg Schwenzler

HERAUSGEBER

INGEBORG SCHWENZLER
ANDREA BÜCHLER

Internationale Adoption

ISBN 978-3-7272-2859-9



STÄMPFLI VERLAG AG BERN
www.staempfliverlag.com



STÄMPFLI VERLAG AG BERN

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-2859-9

Editorial

Am 12. September 2008 veranstaltete das Centrum für Familienwissenschaften zusammen mit der Arbeitsgruppe Internationale Adoption der Deutschschweizer Zentralbehörden (AGIA) in Basel eine Fachtagung zum Thema Internationale Adoption. Im Fokus der Veranstaltung stand die aktuelle und kritische Auseinandersetzung mit Fragen im Zusammenhang mit traditionellen und modernen Familienbildern und der Adoption. Die Fachtagung war Plattform für den Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis sowie zwischen Vertreterinnen und Vertretern verschiedener Disziplinen und Berufsfelder, die professionell mit Adoption zu tun haben.

Der vorliegende Tagungsband enthält die drei Plenumsreferate sowohl in Deutsch als auch in Französisch sowie die Inputreferate und Berichte aus den im Rahmen der Tagung veranstalteten fünf Workshops. Die Referate befassen sich mit den psychologischen sowie den moralethischen Aspekten der Internationalen Adoption und den hinter dem Adoptionsrecht stehenden Familienbildern. Bei den Workshops standen berufsbezogene Fragen einerseits sowie die besonderen Probleme der Interkulturalität und der Probleme der abgebenden Länder im Vordergrund. Darüber hinaus fanden auch aktuelle Fragen der Adoption durch Einzelpersonen und gleichgeschlechtliche Paare besondere Berücksichtigung.

Neben der Dokumentation der Fachtagung Internationale Adoption wird der vorliegende Band ergänzt um Referate, die anlässlich der Schweizerischen Tagung zur internationalen Adoption am 11. September 2008 gehalten wurden.

Mit dem vorliegenden Tagungsband hofft die Herausgeberin nicht nur den Teilnehmenden der beiden Tagungen eine schriftliche Dokumentation an die Hand geben zu können, sondern allen Interessierten, die an der Teilnahme der Tagung verhindert waren, deren Ergebnisse zugänglich zu machen.

Für die Erstellung der reprofertigen Druckvorlagen danken wir ganz herzlich Frau Eva Bachofner, BLaw, und Frau Claudine Abt, Basel.

Basel, im Februar 2009

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M.

Les images de la famille dans le droit de l'adoption

*Ingeborg Schwenzer, Dr. iur., LL.M, professeure ordinaire à l'Université de Bâle;
Eva Bachofner, BLaw, Bâle*

Mots clés: *Adoption, histoire, droit comparé, images de la famille.*

I. Introduction

Le droit de la famille reflète les valeurs dominantes et les préjugés d'une société mieux que n'importe quel autre domaine du droit. Ceci ne vaut pas seulement pour le droit du mariage et du divorce, toujours très discuté, mais aussi pour le droit de l'adoption, auquel la politique du droit accorde pourtant moins d'attention.

II. Évolution historique

D'une manière générale, l'évolution historique montre l'éveil tardif d'une prise de conscience de l'enfance comme telle et corrobore le fait que le droit de l'adoption, tel que nous le connaissons aujourd'hui, qui place l'enfant au centre, est très récent.

1. En droit romain¹

En droit romain, le droit de la famille était passablement influencé par la *patria potestas* du *pater familias*, qui dominait et possédait toute la communauté domestique et les personnes qui en faisaient partie – épouse, enfants, proches, esclaves.² Le droit romain faisait la distinction d'une part, entre l'ancienne adrogation publique de droit sacré³ par laquelle, à l'origine, un homme adulte et libre se met-

¹ Toutes les anciennes cultures connaissaient l'adoption. Cf. L'aperçu donné par SCHOENENBERGER, Histoire du droit de l'adoption de la fin de l'Ancien régime au Code civil suisse, Fribourg, 1995; NAPP-PETERS, Adoption – Das alleinstehende Kind und seine Familien, Neuwied/Darmstadt, 1978, 5; KÜFFER, Die Erwachsenenadoption: Von der Mutter der Adoption zur Schwiegermutter, FamPra.ch 2004, 27, 29.

² KASER, Das römische Privatrecht, Chapitre premier, das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht, 2^{ème} éd., München 1971, 50 s.; KUNST, Römische Adoption, Zur Strategie einer Familienorganisation, Frankfurt a. M. 2006, 32 ss.

³ À propos de la procédure d'adrogation, cf. KUNST, (Fn. 2), 16 ss.

taient volontairement sous la patria potestas d'un autre homme⁴ et d'autre part, l'adoption proprement dite de droit privé,⁵ par laquelle un enfant se voyait transféré d'une famille à l'autre, sur la base d'un contrat entre les détenteurs respectifs de la puissance parentale.⁶ L'adoption était ainsi une des nombreuses possibilités qu'avait le pater familias de disposer des enfants⁷ qui lui étaient soumis de par sa patria potestas. Dans ce contexte, la personne adoptée n'était en fait qu'un objet. Contrairement à l'adrogation, son consentement au changement de famille n'était nullement requis.⁸

On voit que l'adoption servait surtout les intérêts du pater familias.⁹ L'adoption lui permettait de compléter sa famille, de la développer ou de la restreindre, par exemple de faire passer un petit fils d'un fils à l'autre, ou d'adopter le fils de sa fille pour en faire son propre fils et lui donner ainsi la qualité d'héritier.¹⁰ Les personnes de sexe masculin étaient adoptées régulièrement car elles étaient les seules à pouvoir perpétuer la famille.¹¹ En revanche, plutôt que d'adopter les filles, on préférait les marier.¹² L'adoption par les femmes était en principe exclue, car

4 Cf. KURTZ, Das Institut der Adoption im Preussischen Allgemeinen Landrecht und im französischen Code civil zwischen Rezeption römisch-katholischer Prinzipien und verändertem Familienverständnis, Diss. Kiel, 2006, 91 s.: Un élément essentiel qui distingue l'adrogation de l'adoption est bien la différence entre le fait d'entrer dans la sphère d'autorité d'un père d'une part ou de changer simplement de puissance paternelle. Dans le premier cas, le pas franchi est plus important, ce dont témoigne d'ailleurs le caractère public de l'adrogation.

5 L'adoption au sens strict ou la «datio in adoptionem» remonte à une disposition topique de la loi des 12 tables de 451 av. JC. C'est seulement à partir de ce moment-là qu'il y eut possibilité effective de rompre volontairement le lien qu'était la patria potestas entre le pater familias et le filius familias, cf. à ce propos KURTZ (Fn. 4), 22 ss.

6 À propos de l'adoption au sens strict, KURTZ (Fn. 4), 23 ss.

7 Il ne s'agit pas seulement des enfants mineurs. Toute la descendance d'un pater familias était soumise à sa patria potestas durant toute la vie, indépendamment de l'âge. Il est vrai toutefois que le pater familias pouvait libérer quelqu'un de son autorité en suivant une procédure juridique ad hoc (l'émancipation), ou aussi consentir à la transférer à un autre pater familias par la voie de l'adoption. Quant à la personne émancipée, elle sortait du cercle de la famille (gens), cf. KASER (Fn. 2), 68 ss.

8 Cf. KUNST (Fn. 2), 21.

9 Cf. KÜFFER, FamPra.ch 2004, 27, 29; KUNST (Fn. 2), 34.

10 KUNST (Fn. 2), 34. Le lien entre deux personnes de sexe masculin descendants du même père est un lien agnat (par le mariage ou l'adoption). En revanche, le lien cognat repose sur la parenté biologique. Dans les premiers temps, seuls les descendants agnats pouvaient hériter. Si à la mort du pater familias une maison ne disposait d'aucun successeur mâle, la fortune passait alors au plus proche parent agnat du pater familias décédé. Ce n'est que plus tard que fut aussi reconnue la descendance cognate, qui devint de plus en plus forte, ce qui modifia la finalité de l'adoption et, partant, l'adoption elle-même.

11 Cf. KURTZ (Fn. 4), 17.

12 L'adoption de personnes du sexe féminin servait d'abord à satisfaire des besoins émotionnels, car il était plus aisé de les faire transiter de maison à maison par le mariage, cf. KUNST (Fn. 2), 127 s.

les femmes ne pouvaient pas détenir la patria potestas. Ce n'est que plus tard que les femmes qui avaient perdu leurs fils biologiques ont pu commencer à adopter un fils de remplacement par la gracieuse volonté de l'empereur.¹³

L'adoption était surtout inspirée par des considérations relevant du culte de la descendance assurée et du maintien de l'entité familiale.¹⁴ C'est ainsi que l'adoption permettait à un homme non marié de combler son désir d'avoir un enfant et de perpétuer ainsi son nom et sa famille. L'adoption jouait donc également un rôle d'alternative au mariage.¹⁵

Voici de quelle façon le philosophe grec Démocrite vantait les mérites de l'adoption:

«Élever des enfants est plein d'incertitudes. [...] Si une quelconque nécessité implique d'avoir un enfant, alors, recourrons plutôt à l'adoption de l'enfant d'un ami. L'enfant sera alors tel qu'on le souhaite [...] En revanche, faire soi-même un enfant contient bien des dangers: il faut en effet se contenter de l'enfant qui naît.»¹⁶

L'adoption était un moyen important au service de la gestion de sa fortune et pour asseoir son pouvoir politique. Le deuxième siècle nous a laissé ceux que l'on appelait les empereurs adoptifs, car durant plus de soixante années, chaque empereur a choisi son successeur par la voie de l'adoption.¹⁷

À l'époque de l'empereur Justinien, au sixième siècle, on vit toutefois apparaître un principe qui s'est perpétué jusqu'à une époque récente dans les législations européennes sur l'adoption inspirées du droit romain: le principe *adoptio naturam imitatur*, c'est-à-dire que l'adoption devait formellement imiter le lien

13 Justinian Institutiones 1.11.10: «Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturalis liberos in potestate sua habent. Sed ex indulgentia principis ad solacium liberorum amissorum adoptare possunt» – «Les femmes non plus ne peuvent pas adopter, car elles ne disposent pas même d'une autorité sur leurs enfants biologiques. Mais, comme consolation de la perte de leurs enfants biologiques, elles peuvent néanmoins adopter par la grâce de l'empereur.» Cf. à ce propos NEUKIRCHEN, Die rechtshistorische Entwicklung der Adoption, thèse Cologne, 2004, 45 s.; KÜFFER, FamPra.ch 2004, 27, 30.

14 L'adoption était un devoir pour un pater familias sans descendance masculine de son sang, de manière à pouvoir perpétuer après sa mort le culte des dieux domestiques, le patrimoine et le statut de sa famille, cf. KASER (Fn. 2), 65 s.

15 À propos de l'adoption comme stratégie alternative au mariage, cf. KUNST (Fn. 2), 63 s. La descendance adoptée avait la même légitimité que la descendance biologique. De plus, l'enfant adopté était souvent adulte en raison de la forte mortalité infantile.

16 Cité d'après KUNST (Fn. 2), 64.

17 D'après Nerva: Traianus, Hadrianus, Aelius, Antoninus Pius, Marcus Aurelius und Lucius Verus. Cf. l'aperçu à ce propos dans: Der neue Pauly, Enzyklopädie der Antike CANKIK/SCHNEIDER (Éd.), Stuttgart/Weimar, 1996, 124 ss.; KÜFFER, FamPra.ch 2004, 27, 29; KURTZ (Fn. 4), 34 s.

naturel parent-enfant.¹⁸ La conséquence importante qui résulta de ce principe fut la condition d'une différence d'âge minimale.¹⁹

2. Au Moyen Âge

Si le droit romain se montrait positif vis-à-vis de l'adoption comme forme de planification familiale,²⁰ la situation a évolué dès le cinquième siècle en raison de l'influence croissante du christianisme.²¹

L'Église catholique ne rejeta pas seulement le concubinage, la polygamie et le mariage des veuves, mais elle s'en prit également à l'adoption qui permettait d'instaurer de la sorte un héritier lorsqu'on était sans enfant. Cette position négative de l'Église catholique s'explique en premier lieu par la défense de ses propres intérêts patrimoniaux, car l'adoption diminuait les chances de celle-ci d'hériter des biens d'une personne sans enfant au moment de son décès.²²

C'est ainsi que le Moyen Âge vit l'institution juridique de l'adoption passer, aux oubliettes.

Les enfants abandonnés, les orphelins, les enfants trouvés, de même que les enfants des pauvres furent placés dans des asiles. On cherchait à placer les nourrissons dans des familles d'accueil. L'adjudication de ces enfants à des paysans constituait une alternative au placement dans une institution.²³

¹⁸ Justinian Institutiones 1. 11. 4. C'est aussi de cette époque que date la distinction connue qui subsista longtemps, et qu'on trouve encore aujourd'hui dans certains régimes juridique, entre l'adoption pleine et entière (adoptio plena) et l'adoption simple ou mineure (adoptio minus plena). L'adoption pleine n'était possible que s'il existait un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté, cf. KASER, Das römische Privatrecht, Chapitre deuxième, Die nachklassischen Entwicklungen, 2^{ème} édition, Munich 1975, 210, en particulier s'agissant des motifs à la base de l'introduction de cette distinction NEUKIRCHEN (Fn. 13), 41 ss. et KURTZ (Fn. 4), 48 ss.

¹⁹ Au temps de Justinien, on exigeait une différence d'âge minimale de 18 ans («plena pubertas»). Près de 600 ans avant la promulgation de cette prescription, dans son «de domo», Cicéron s'était déjà prononcé en faveur du principe que l'Adrogation doit déboucher sur une famille naturelle. Dans un discours public, il s'était exprimé de manière très critique à propos de l'Adrogation de Claudius, un sénateur patricien qui s'était laissé adroger par Fonteius, un plébéien âgé de moins de 20, simplement pour devenir lui-même plébéien, ce qui lui ouvrait la porte d'un siège de tribun du peuple. On peut néanmoins penser que Cicéron avait des motifs d'intérêts personnel pour attaquer ainsi cette Adrogation, cf. NEUKIRCHEN (Fn. 13), 46 s.; KASER (Fn. 2), 347; KUNST (Fn. 2), 84.

²⁰ Dans la société romaine, l'adoption était bien vue et très largement répandue, cf. KASER (Fn. 2), 65 s.; NEUKIRCHEN (Fn. 13), 3; KUNST (Fn. 2), 22.

²¹ À propos des institution juridiques analogues à l'adoption qui se sont développées en droit germanique, cf. SCHONENBERGER (Fn. 1), 56 ss.; KURTZ (Fn. 4), 61 s.; NEUKIRCHEN (Fn. 13), 53 ss.; NAPP-PETERS (Fn. 1), 7.

²² SCHONENBERGER (Fn. 1), 63 s.; KURTZ (Fn. 2) 59 s.

²³ Cf. NAPP-PETERS (Fn. 1), 16 ss.

L'influence qu'exerça de nouveau le droit romain dès le treizième siècle permet de signaler la renaissance de l'adoption dans certaines codifications, pour des cas bien précis. L'objectif change progressivement par rapport à ce qu'il était dans le droit romain antique: l'adoption est de plus en plus considérée comme moyen d'assistance d'enfants sans parents, même si, en beaucoup d'endroits, ce sont comme toujours les intérêts de l'adoptant qui ont la priorité.²⁴

3. Les codifications du droit naturel

À l'époque des lumières, l'image qu'on se fait de la famille évolue vers une communauté formée d'un homme et d'une femme qui agissent tout deux sur l'éducation des enfants, pour que ceux-ci puissent devenir des membres utiles à la société.²⁵ Mais cette nouvelle idée de la famille n'a eu presque aucune influence sur la structure du droit de l'adoption tel qu'on le constatera plus tard dans les codifications du droit naturel au moment du passage au dix-neuvième siècle.

Ce n'est pas étonnant si l'on connaît les idées de base permanente du Preussische Allgemeine Landrecht (ALR) de 1794.²⁶ Comme toujours, l'adoption continue à servir les intérêts de la personne qui adopte. Voici ce qu'on peut lire chez un des pères de l'ARL, Gottlieb Svarez:

*«L'adoption ne peut chez nous avoir d'autre finalité que de procurer consolation et soutien à des personnes dont l'union n'a pas été bénie par la naissance d'un enfant, grâce à celui qu'on aura adopté».*²⁷

²⁴ Ces codifications ont la plupart du temps suivi la règle des intérêts de l'adoptant. On trouve toutefois au treizième siècle dans le codex d'Alphonse de Castille (le «Siete Partidas») les premières exceptions. L'adoption réglée dans la 4^{ème} Partida, IV, Titre 16 présuppose un comportement inadéquat de l'adoptant à l'avantage de l'enfant adopté: ce dernier doit en effet consentir à l'adoption et dispose ainsi d'un certain droit d'intervention puisque l'adoption n'est possible qu'à partir de l'âge de sept ans. Pour les adoptions d'enfants jusqu'à 15 ans, il fallait procéder à une enquête sur les intentions de l'adoptant, cf. NEUKIRCHEN (Fn. 13), 58; NAPP-PETERS (Fn. 1), 7; PFAFFINGER, Geheime und offene Formen der Adoption, thèse, Zurich, 2007, 15. Le droit de la ville de Fribourg de 1520 prévoit lui aussi l'adoption comme un moyen d'assistance. L'introduction au droit de la ville de Fribourg énumère les motifs d'adopter un enfant comme suit: «des bonnes intentions», «la miséricorde» ou «l'amour des enfants», cf. NEUKIRCHEN (Fn. 13), 57. En France, au quinzième siècle, dans les trois plus grands orphelinats du pays (l'Hôpital du Saint Esprit, Paris, l'Hôpital Dieu et l'Hôpital de la Charité, Lyon), on trouve les premières traces de l'idée que l'adoption devrait prioritairement servir les intérêts de l'enfant (orphelin), cf. KÜFFER, FamPra.ch 2004, 27, 31; on connaît bien aussi, aux dix-septième et dix-huitième siècles l'adoption par les hôpitaux, c'est-à-dire l'adoption des enfants orphelins par la direction de l'établissement. Le directeur se voit reconnu tous les droits d'un père sur l'enfant et sur son éventuelle fortune (y compris le droit de succession). La majorité de l'adopté mettait fin à l'adoption. Cf. KURTZ (Fn. 4), 132 ss.

²⁵ KURTZ (Fn. 4), 76 s.

²⁶ §§ 666 – 716 ALR.

²⁷ Anmerkung zum gedruckten Theil I, Abth. I, Tit. 2, § 481, S. 238, cité selon KURTZ (Fn. 4), 128.

Le régime de l'ARL aussi continue à donner la priorité à l'adoption entre adultes. Celle-ci repose sur un contrat conclu entre l'adoptant et l'adopté. Cependant, l'adoption d'une personne mineure était déjà reconnue et c'est au cours du dix-neuvième siècle que la pratique de ce type d'adoption s'est petit à petit imposée, alors même que l'ALR était toujours en vigueur.²⁸

Le pendant autrichien du Preussischen Allgemeinen Landrecht, le Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch de 1811, repose pour l'essentiel sur les mêmes idées de base.²⁹

La position du droit français est particulièrement intéressante. En premier lieu et du point de vue qu'on peut avoir aujourd'hui, les idées nettement républicainés qui concrétisaient la législation révolutionnaire de 1793³⁰ débouchèrent sur des solutions modernes aussi en matière d'adoption. Le Code de la Convention ne prévoyait que l'adoption d'un enfant mineur et exclusivement dans son propre intérêt.³¹ Partant, l'adoptant n'avait pas le droit de s'en départir, alors que l'adopté pouvait, lui, attaquer l'adoption dès sa majorité et obtenir son annulation.³²

En revanche, le Code civil de 1806 resta bien en deçà de ces positions révolutionnaires. Il ne reconnaissait que l'adoption d'un adulte.³³ Napoléon lui-même avait pris personnellement une part prépondérante dans l'aménagement du droit de l'adoption. On relate souvent que le facteur décisif de cette décision fut le fait que son mariage avec Joséphine de Beauharnais restât sans enfant et qu'il avait déjà à

28 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band IV, Familienrecht, Berlin/Leipzig 1888, 952.

29 Voici ce qu'écrivait FRANZ VON ZEILLER sur l'image de la famille dans l'ancien BGB de 1811: «[Le législateur] considère les enfants comme les créations de leurs parents, mais, contrairement à l'antique législation romaine, il ne considère pas les pères comme des despotes régnant sur leurs enfants et sur la fortune de ceux-ci. Un législateur avisé considère la famille comme une pépinière destinée à former des citoyens utiles à l'État.»; ZEILLER, Abhandlungen über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Vienne 1816-1820.

30 Projet législatif du Code de la Convention, présenté le 09.08.1793.

31 Art. IV Code de la Convention.

32 Art. X Code de la Convention. Il vaut aussi la peine de mentionner l'Art. XXIV: «Les noms des citoyens qui auront adopté des enfants seront honorablement inscrits dans un tableau: ce tableau sera affiché en la principale salle des séances de la municipalité où ils résideront.»

33 Art. 346 du Code civil. Au cours des travaux législatifs, cette disposition fut âprement débattue et modifiée à plusieurs reprises. On justifia finalement le principe de ne retenir que l'adoption entre adultes par le fait que celle-ci était irrévocable dans le Code civil et qu'il appartenait dès lors à l'adopté de pouvoir se prononcer personnellement compte tenu des effets irréversibles du contrat. C'est pour cela que l'adopté devait être majeur. S'agissant de la prise en charge d'enfants mineurs, le Code civil connaissait l'institution de la tutelle officieuse réglée dans la loi (Art. 361 – 370 Code civil). En principe, l'adoption devait être précédée d'une tutelle officieuse ininterrompue d'une durée d'au moins six ans exercée avant la majorité de la personne à adopter (Art. 345).

ce moment-là l'intention d'adopter son beau fils adulte Eugène,³⁴ alors même que ce fait n'est pas historiquement prouvé.³⁵

4. Au seuil du vingtième siècle

Par rapport aux codifications du droit naturel, les codifications qui furent en Allemagne le Bundesgesetzbuch BGB de 1900, et en Suisse le Code civil CCS de 1912, n'apportèrent, ni l'un ni l'autre, des nouveautés bouleversantes en ce seuil du vingtième siècle.³⁶ L'adoption y est encore traitée comme un acte de pur droit privé. Mais on évolue petit à petit en direction de l'adoption des mineurs et on y décèle également les premiers pas prudents vers la prise en compte des intérêts de l'enfant.³⁷ Quoi qu'il en soit, l'adoption reste plutôt destinée à procurer un enfant à l'adoptant qu'à donner une famille à l'enfant adopté.³⁸ Ceci est particulièrement clair dans les motifs qui donnent le BGB:

«Pour les personnes de bien et bien pensantes, l'adoption d'un enfant est le moyen qu'on peut leur souhaiter de compenser le manque que représente un mariage sans enfant [...] [L'] adoption d'enfants [devient] très souvent un besoin spirituel profondément ancré au fond des parents adoptifs, si bien que l'adoption les comble et renforce les liens de leur mariage.»³⁹

Il est bien clair toutefois que déjà à l'époque, il pouvait y avoir d'autres approches. Citons ici une réglementation révolutionnaire⁴⁰ qui n'est jamais entrée en vigueur et qu'on trouve dans un projet de droit de la ville de Bâle rédigé par An-

34 Ce qu'il a d'ailleurs fait en 1807.

35 Cf. à ce propos KURTZ (Fn. 4), 155; KÜFFER, FamPra.ch 2004, 27, 32; FRANK, Grenzen der Adoption: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Schutzbedürftigkeit faktischer Eltern-Kind-Verhältnisse, Frankfurt s/M. 1978, 16.

36 En Suisse, avant l'entrée en vigueur du Code civil, seuls quelques cantons connaissaient déjà l'adoption. Le Jura bernois et les cantons de Genève, du Tessin, de Neuchâtel, de Soleure avaient repris les dispositions du Code civil français; Zurich, Thurgovie et St. Gall avaient réglé l'adoption par des dispositions légales. Le canton de Bâle-Campagne ne disposait d'aucune législation sur l'adoption. Cf. à ce propos SCHOENENBERGER (Fn. 1), 172 ss.

37 C'est ainsi que l'art. 2 du CCS de 1912 précisait que l'enfant adopté ne devait subir aucun préjudice du fait de l'adoption. Le BGB de 1900 exigeait la validation de l'adoption d'une personne mineure par le tribunal des tutelles (§ 1751).

38 Remarquons ici d'une part que seule l'adoption simple était connue et qu'elle ne touchait pour ainsi dire pas aux relations familiales de la famille originelle et qu'elle n'instaurait aucun lien juridique de parenté avec les proches de la personne adoptée (§ 1763 aBGB et art. 268 al. 1 aCCS).

39 Motive zum BGB (Fn. 28), 952.

40 KÜFFER, FamPra.ch 2004, 27, 31.

dreas Heusler en 1865: l'adoption y est un pur instrument d'assistance et d'éducation des petits enfants.⁴¹ Mais il faudra attendre encore environ sept décennies pour que de telles idées se répandent largement.

III. Aperçu de droit comparé

Si l'on considère la situation actuelle dans les différents ordres juridiques on remarque qu'il existe une large palette très diversifiée de possibilités de solutions qui reflètent aussi bien des convictions religieuses que les étapes historiques de l'évolution du droit de l'adoption.

1. Dans les droits islamiques

L'adoption est une institution que les droits islamiques ignorent en principe.⁴² C'est dans le Coran qu'on trouve la disposition de référence à ce propos.⁴³ Celle-ci remonterait au fait que le prophète Mahomet aurait voulu épouser la femme divorcée de son fils adoptif, ce qui était impossible en raison de l'interdiction absolue d'épouser des femmes précédentes de son propre fils.⁴⁴ D'autres explications tendent à expliquer l'interdiction de l'adoption par le fait que celle-ci aurait faussé l'ordre naturel des choses.⁴⁵ La majorité des États islamiques connaissent en lieu et

41 Entwurf eines Civilgesetzes für den Canton Basel-Stadt, Basel 1865, Art. 203-210; Motive zu dem Entwurf eines Civilgesetzbuches für den Canton Basel-Stadt, Basel 1866-1868, 80 f.

42 À l'exception de la Tunisie, seul État islamique qui connaisse l'adoption pleine et entière. Certains États islamiques connaissent une forme d'adoption simple, p. ex. l'Indonésie, l'Iran, la Somalie, et la Turquie qui sous Kemal Atatürk a délibérément choisi la forme de l'État laïc en 1926 et a alors repris le Code civil suisse. Cf. BEEVERS/EBRAHIMI, Iranian Child Protection Law – Towards a Conception of Adoption, IFL 2002, 166 ss.; SIEHR, Inländische Adoption von Kindern aus Islamischen Staaten, FS Hans Michael Riemer, Berne 2007, 371, 372; FRANK, Brauchen wir Adoption? Rechtsvergleichende Überlegungen zu Notwendigkeit oder Zweckmässigkeit der Adoption, FamRZ 2007, 1693, 1696.

43 «Et celui-ci n'a pas fait de vos fils de nom (c'est-à-dire adoptifs) vos (vrais) fils (qui alors auraient eu deux pères). Vous dites ceci sans y penser vraiment (C'est-à-dire le fait de désigner des fils adoptifs comme fils), et sans que la réalité corresponde à vos dires. Mais Dieu dit la vérité et montre le vrai chemin.» (Sure 33 vers. 4). «Il les (vos fils adoptifs) nomme (appelle) selon le nom de leur père! C'est comme, plaise à Dieu, cela qu'il faut agir le plus possible conformément au droit. Mais si vous ne savez pas qui est votre père, ils doivent alors être vos frères dans la foi et vos protégés. Ce n'est toutefois pas un péché si vous faites des choses comme ça par négligence, mais seulement si vous agissez intentionnellement. Dieu est miséricordieux et prêt à pardonner.» (Sure 33 vers. 5), cité selon BÜCHLER, Das islamische Familienrecht: eine Annäherung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses des klassischen islamischen Rechts zum ägyptischen Familienrecht, Bern 2003, 57 s.

44 SIEHR (Fn. 42), 372; BÜCHLER, (Fn. 43), 57.

45 Dans ses règles de comportement, l'Islam fait très nettement la distinction entre une notion large de famille de même sang et les étrangers. L'adoption permet à une personne étrangère (d'un

place de l'adoption une forme de prise en charge des enfants qu'on appelle la *kafala*.⁴⁶

2. Dans les droits alémaniques

Il y a deux principaux sous-groupes dans les droits alémaniques. Le premier s'inspire encore de principes du début du vingtième siècle, alors que dans le second, le droit de l'adoption est conçu dès le début des années 1970 sur une base fondamentalement différente.

Les représentants du premier groupe sont d'abord le Japon⁴⁷ et l'Autriche.

C'est surtout au Japon que l'on trouve l'adoption traditionnelle sous la forme d'un contrat de droit privé entre adultes dont la pratique montre qu'il y a toujours au centre de la démarche l'objectif principal d'assurer la pérennité de la famille. Une forme spéciale d'adoption d'enfants de moins de 6 ans introduite en 1988 par décret rencontre cependant relativement peu d'écho dans la pratique.⁴⁸

En Autriche aussi, le système des contrats d'adoption est encore aujourd'hui issu du dix-neuvième siècle.⁴⁹ Toutefois, dès 2004, l'adoption entre adultes a été soumise à des règles très strictes,⁵⁰ si bien qu'aujourd'hui, dans le droit autrichien aussi, l'accent est mis sur l'adoption de personnes mineures.⁵¹

Ce sont surtout le droit suisse et le droit allemand qui illustrent bien le second groupe.⁵² On peut qualifier schématiquement comme suit les réformes intervenues en 1973 dans l'un et en 1976 dans l'autre: passage du système contractuel à un

autre sang) de cultiver des relations avec les membres de la famille (notamment celles de l'autre sexe) que l'ordre naturel réprouve. Cf. également FRANK, FamRZ 2007, 1693, 1696.

46 SIEHR (Fn. 42), 379 s.

47 Texte de loi tiré de YAMAUCHI/MENKHAUS/SATO, Japon, in: BERGMANN/FERID/HENRICH (Éd.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt/Main/Berlin 2000.

48 Les art. 817 à 817-10 du Code civil japonais donnent la possibilité, à un couple marié et non séparé, de procéder à l'adoption pleine d'un enfant de moins de six ans dans le cadre du droit de la famille (exceptionnellement de moins de 8 ans). À propos de cette évolution, MAYER, Wandel und Kontinuität im japanischen Adoptionsrecht, thèse, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1995, 74 ss.

49 § 179a al. 1 ABGB : L'adoption se fonde sur un contrat écrit validé par une décision judiciaire.

50 § 180a al. 1 2^{ème} phrase, dans la forme du FamErbRÄG 2004.

51 Selon le droit autrichien, une adoption n'a aucune conséquence sur les droits de succession des enfants biologiques (§ 182b ABGB), de même que subsistent (subsidiairement) certains droits et certaines obligations envers la famille originelle (§ 182a ABGB). Il est intéressant de constater que lorsqu'une personne seule adopte un enfant, en principe seuls les liens familiaux avec le parent biologique du même sexe que l'adoptant sont rompus (§ 182 al. 2 i.f. ABGB).

52 Analogue au régime du droit grec, cf. PAPACHRISTOS, Le droit hellénique de la filiation: parenté biologique et parenté socio-sentimentale, in: SCHWENZER (Éd.), Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage, Antwerpen/Oxford, 2007, 211, 217 ss.

système de décret,⁵³ passage de l'adoption simple à l'adoption plénière,⁵⁴ restrictions pour l'adoption entre adultes,⁵⁵ plus de difficultés à dissoudre l'adoption⁵⁶ et enfin primauté du bien de l'enfant.⁵⁷

3. Dans les droits d'inspiration romane

La plupart des législations d'inspiration romane se différencient des droits d'inspiration alémanique en ce sens qu'elles continuent à distinguer deux formes d'adoption également pour les personnes mineures, soit l'adoption plénière d'une part et l'adoption simple de l'autre, qui ni l'une ni l'autre ne rompent les liens juridiques avec la famille originelle.⁵⁸ Par exemple en France, l'adoption plénière n'entre en principe en ligne de compte que pour les enfants de moins de 15 ans.⁵⁹ Dans chaque cas, c'est un tribunal qui décide s'il s'agit d'une adoption plénière ou simple. Si l'enfant a conscience de l'existence de sa famille biologique, on ne prononcera en principe qu'une adoption simple. En revanche ce sera plutôt une adoption plénière pour les enfants d'une mère non mariée qui donne son consentement directement après la naissance.⁶⁰

4. Dans les droits scandinaves et dans le Common Law

Les législations des régimes juridiques scandinaves, comme celles du Common Law, se distinguent par le fait que, contrairement à celles inspirées par la tra-

⁵³ § 1741 aBGB, § 1741 al. 2 BGB, Art. 267 al. 1 aCCS et art. 268 CCS.

⁵⁴ § 1764 aBGB, § 1755 BGB (Cf. pourtant § 1770 al. 2 sur l'adoption entre adultes.), art. 268 aCCS, Art. 267 al.2 CCS.

⁵⁵ § 1767 BGB, art. 266 CCS.

⁵⁶ § 1768 aBGB (par contrarius actus), §§ 1760, 1763 et 1770 BGB (tribunal de tutelle), art. 269 al. 1 aCCS (par contrarius actus), art. 269 CCS (annulation pour raisons déterminées seulement durant les deux premières années suivant l'adoption).

⁵⁷ Ce n'est que depuis 1978 que l'adoption doit servir le bien de l'enfant en application de l'art. 264 CCS, et que l'enfant ne doit avoir tout simplement à supporter aucun désavantage du fait de l'adoption conformément à l'art. 267 al. 2 aCCS. L'Allemagne connaît le bien de l'enfant comme but de l'adoption depuis 1976, art. 1741 al. 1 BGB. Cf. l'aperçu donné par NAPP-PETERS (Fn. 1), 42 ss.; FRANK, remarque préliminaire à §§ 1741 N 7 ss., in: VON STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Livre 4 Familienrecht, Berlin 2007.

⁵⁸ Cf. la France: l'adoption simple art. 360 à 370-2 du Code civil, adoption plénière seulement pour les enfants de moins de 15 ans, art. 343 à 359 du Code civil, Belgique: adoption art. 343 à 367, adoption plénière art. 368, Luxembourg: depuis 1989, adoption simple art. 343 à 366, adoption plénière art. 367 à 369 du Code civil, Italie: adoption simple pour les personnes majeures, art. 291 à 314 Codice Civile, et depuis 1967 l'adoption plénière pour les personnes mineures (aujourd'hui loi No. 184 du 04.05.1983), Portugal (Art. 1973 - 2002 Código Civil).

⁵⁹ Art. 345 Code civil.

⁶⁰ FRANK, FamRZ 2007, 1693, 1696.

dition du droit romain, elles ignorent l'institution de l'adoption, jusqu'au dix-neuvième, voire même parfois jusqu'au vingtième siècle.⁶¹ Il faut relever en revanche que dans ces pays, les discussions sur l'adoption ont dès le départ été axées sur la protection des enfants mineurs. C'est aux USA seulement qu'on vit une première législation sur l'adoption dès le milieu du dix-neuvième siècle, comme réaction à la paupérisation massive des enfants en raison de l'urbanisation et de l'industrialisation;⁶² en Grande Bretagne et en Scandinavie, ce sont surtout les suites de la Première guerre mondiale qui ont amené les premières réflexions à ce propos.

De nombreux ordres juridiques du Common Law n'autorisent aujourd'hui que l'adoption des enfants mineurs.⁶³

V. Une sélection des questions d'actualité

C'est en sélectionnant quelques questions typiques qu'on cerne chaque fois au mieux l'image qu'une société se fait de la famille et qui sous-tend forcément le droit de l'adoption.

1. Adoption de personnes majeures et mineures

Comme déjà mentionné plus haut, l'adoption entre adultes peut être considérée comme la forme originelle historique de cette institution. L'image de la famille qui lui correspond est celle d'un homme qui en sa qualité de chef suprême de la famille est pratiquement libre de décider qui fait partie de sa famille. Même lorsqu'il y a par la suite transition vers l'adoption d'enfants mineurs, on constate que l'intérêt des parents adoptifs est ici prioritaire. Il s'agit en somme d'aider des parents sans enfants à s'assurer une descendance à une époque où seule l'avènement d'un ou plusieurs enfants permet de remplir le but du mariage. Ce n'est que récemment que l'intérêt propre de l'enfant devient prioritaire. Aujourd'hui, la primauté du bien de l'enfant est incontestée, ce qui s'exprime dans de nombreuses lois par le fait que l'adoption présuppose l'obligation d'entretien.

On note aussi une évolution de l'image de la famille en ce sens que l'enfant n'est plus considéré comme un simple objet de la puissance parentale, mais qu'il

⁶¹ Suède 1917, Norvège 1917, Danemark 1923, Finlande 1925, Grande Bretagne 1926, Écosse 1930, Mississippi 1846, Texas 1850, Massachusetts 1851, Nouvelle Zélande 1895, Nova Scotia (Canada) 1896, cf. NAPP-PETERS (Fn. 1), 9; FRANK (Fn. 35), 17.

⁶² PFAFFINGER (Fn. 24), 21.

⁶³ C'est le cas en Angleterre, en Écosse, en Irlande du Nord, en République d'Irlande, en Nouvelle Zélande, dans quelques États des USA et au Canada. Mais c'est aussi le cas aux Pays-Bas, (art. 228 lit. a Burgerlijk Wetboek), au Portugal et dans la grande majorité des États post soviétiques et ex-communistes. Cf. l'aperçu donné par KÜFFER, FamPra.ch 2004, 27, 35 s.

devient lui-même un sujet de droit. Dans le droit de l'adoption, ceci ne se reflète pas seulement par le fait que le consentement de l'enfant d'un certain âge devient une exigence, mais aussi parce qu'on prévoit que même les enfants plus jeunes soient entendus,⁶⁴ ce que prévoit d'ailleurs déjà la CIDE (convention internationale des droits de l'enfant) de l'ONU.⁶⁵

2. Adoption plénière et adoption simple

Suivant les conditions historiques, la réponse aux questions sur les effets de l'adoption sera différente. L'adoption plénière, qui rompt les liens avec la famille originelle et qui fait de l'adopté un membre à part entière de la famille d'adoption, remonte d'un côté au droit romain⁶⁶ et, d'un autre côté, elle se trouve renforcée à partir du moment où l'adoption prend le caractère d'une assistance aux enfants sans parents.⁶⁷ L'adoption plénière est basée sur l'idée que chaque individu ne peut faire partie que d'une seule famille. On lui oppose dès lors l'adoption simple – là où elle existe encore aujourd'hui – qui maintient le lien juridique avec la famille originelle tout en assurant une intégration complète dans la nouvelle famille. La transition vers l'adoption simple, notamment dans les codifications du droit naturel s'inspirait de l'idée qu'il ne fallait imposer personne de l'extérieur à la famille adoptive; c'est sur la base de cette même idée du bien de l'enfant qu'on voit resurgir récemment des discussions sur l'adoption simple.⁶⁸ Cependant, après quelques années d'adoption, la rupture complète des anciens liens familiaux ne corres-

⁶⁴ Art. 265 al. 2 CCS, au Danemark p. ex. § 6 loi sur l'adoption, Suède § 6 4. chapitre du droit des adultes, Norvège § 6 loi sur l'adoption, Finlande § 8 loi sur l'adoption, New South Wales Adoption Act 2000, South Australia sec. 8A Adoption Act 1988.

⁶⁵ Art. 12 CIDE: (1) Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. (2) À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

⁶⁶ Ce n'est que sous l'empereur Justinien au 6^{ème} siècle ap.JC qu'on introduisit l'adoption simple à côté de l'adoption plénière, cf. Fn. 18.

⁶⁷ Le principe de l'adoption plénière se retrouve également à l'article 10 de la convention européenne du 24 avril 1967 sur l'adoption des enfants. Cf. le développement de ce sujet chez PFAFFINGER (Fn. 24), 120 ss. En Suisse, l'introduction de l'adoption plénière en 1973 a entraîné une augmentation massive des cas d'adoption qui passèrent de 600 à 700 par an à plus de 2000, cf. à ce propos HAUSHEER, Das neue Adoptionsrecht – eine Bewährungsprobe für Gesetzgebung und Rechtspraxis, in Beiträge zur Anwendung des neuen Adoptionsrechts, St. Gall 1979, 13, 18 s.

⁶⁸ Cf. le point de vue différencié de PFAFFINGER (Fn. 24), 448 s.; FRANK, FamRZ 2007, 1693, 1697; VITÉ/BOÉCHAT, art. 21, Adoption, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden 2008, 16 s.

pond plus forcément au bien de l'enfant. La possibilité donnée de recourir à une adoption simple reconnaît dans ces cas-là la situation de fait vécue par l'enfant, à savoir qu'il existe des liens indéniables avec deux familles.

3. Adoption des beaux-enfants

S'agissant de l'adoption d'un bel-enfant, l'influence de l'image de la famille qui sous-tend telle ou telle législation sur l'adoption est particulièrement visible. Jusqu'à tout récemment, on a privilégiée l'adoption d'un bel-enfant par rapport aux autres cas.⁶⁹ On tend ainsi à permettre à la belle famille de donner l'image d'une famille normale. Au-delà de cet aspect des choses, il s'agit assez souvent aussi dans la règle de couper les possibilités du père biologique de continuer à exercer une influence sur l'enfant.⁷⁰

Mais actuellement et de plus en plus l'adoption d'un bel-enfant fait l'objet d'une appréciation plus critique.⁷¹ Des études des pouvoirs publics montrent que souvent dans les premières années du mariage, un bel-enfant est adopté plus pour faire plaisir au beau-parent que pour satisfaire la volonté de l'enfant.⁷² Le nombre élevés de divorces a engendré les familles recomposées qui sont une réalité, si bien que les motifs qui pouvaient exister de camoufler cet état de fait par une adoption n'existent plus du tout aujourd'hui. De plus, et tout particulièrement lorsqu'il s'agit de l'adoption d'un bel-enfant, il n'est souvent pas dans l'intérêt de celui-ci que tous les liens juridiques originels avec son parent biologique et la parenté qui en découle soient rompus. Il faut enfin remarquer que les belles-familles (recomposées) connaissent un taux de divorce encore plus élevé que les familles originelles.⁷³ Si un régime d'adoption prévoit que celle-ci est irréversible et en plus – comme en Allemagne – l'interdiction d'être adopté plusieurs fois, il peut alors en résulter des

⁶⁹ Par exemple en abaissant l'âge minimum exigé, la différence minimale d'âge, ou en assouplissant le devoir d'entretien en comparaison avec les autres cas d'adoption, soit individuelle soit commune. L'évolution aux Pays-Bas est intéressante à ce propos: jusqu'en 1979, l'adoption d'un bel-enfant était interdite, considérant qu'elle n'était pas dans l'intérêt de l'enfant, car elle coupait définitivement les liens avec un des parents et sa parenté. Mais depuis 1979, les Pays Bas connaissent aussi la possibilité d'adopter un bel-enfant, mais uniquement en la forme de l'adoption plénière (privilégiée).

⁷⁰ MUSCHELER, Stieffamilie, Status und Personenstand, StAZ 7/2006, 189, 192.

⁷¹ Par exemple selon ENDERS, Stiefkindadoption, FPR 2004, 60 s.; aussi PAULITZ, Offene Adoption, Ein Plädoyer, Freiburg im Breisgau 1997, 159 s.; CLERC, Die Stiefkindadoption, thèse, Fribourg 1991, 177.

⁷² FRANK, FamRZ 2007, 1693, 1695.

⁷³ MUSCHELER, StAZ 7/2006, 189, 192; PAULITZ (Fn. 71), 155; Communiqué de presse de l'Université de Cologne: <http://www.uni-koeln.de/pi/i/2002.159.htm> (28.09.2008). Cf. aussi PEUCKERT, Familienformen im sozialen Wandel, 7^{ème} édition, Wiesbaden 2008, 221, «il en ressort que le taux de divorce des belles-familles est avec 60% plus élevé que ce des mariages sans enfants».

problèmes insolubles, par exemple lorsque après le divorce de sa mère, un enfant est adopté par son beau-père, et que la mère retourne vivre avec son ex-mari et épouse de nouveau le père biologique de l'enfant.⁷⁴

C'est pourquoi aujourd'hui la majorité des opinions demande de rendre beaucoup plus difficile l'adoption des beaux enfants,⁷⁵ si ne n'est de la supprimer carrément.⁷⁶ Il faut recourir à d'autres instruments,⁷⁷ notamment l'attribution de l'autorité parentale,⁷⁸ pour traduire juridiquement le rapport naturel parents-enfant dans le cas de familles recomposées.

4. Adoption secrète et adoption ouverte

Alors que historiquement ce qu'on appelle l'adoption ouverte avait d'emblée les faveurs, on a cru dans les années 1950 devoir permettre à l'enfant de grandir dans sa famille d'adoption sans encourir aucun risque d'être inquiété par ses parents biologiques en introduisant l'adoption secrète.⁷⁹ Dans la plupart des cas, on cachait également à l'enfant lui-même le fait qu'il était adopté. Et c'est à nouveau, l'image de la sacro-sainte famille fondée sur le mariage et dont il fallait sauvegar-

74 Cf. SCHWENZER, *Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?*, Gutachten A zum 59. Deutschen Juristentag Hannover 1992, München 1992, A 98.

75 SCHWENZER, *Model Family Code*, Antwerpen/Oxford 2006, 123.

76 Cf. MUSCHELER, *StAZ 7/2006*, 189, 192; FRANK, *FamRZ 2007*, 1693, 1695; HEGNAUER, *Das schweizerische Kindschaftsrecht*, in: SCHWAB/HENRICH (Éd.) *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, 2^{ème} édition, Bielefeld, 1996.

77 MUSCHELER, *StAZ 7/2006*, 189, 198 défend la création d'une institution sui generis, un statut fort du «bel-enfant» fondé sur un acte juridique formel qui deviendrait de facto caduc dès l'instant où le mariage ou le partenariat enregistré qui l'avait justifié serait dissous. FRANK, *FamRZ 2007*, 1693, 1696 pose la question de la possibilité de l'adoption simple pour un beau-parent. Cf. aussi PFAFFINGER (Fn. 24), 440 s., OBERLOSKAMP, *Stiefeltern- und Verwandten-adoption*, in: PAULITZ (Éd.) *Adoption, Positionen, Impulse, Perspektiven*, München 2000, 78.

78 Depuis le 01.08.2001 en Allemagne, le membre du couple qui adopte l'enfant de l'autre est tenu à ce qu'on appelle un «devoir restreint d'entretien». Cf. à ce propos sur la dation de son nom PESCHEL-GUTZEIT, *FPR 2004*, 47, 48 s.

79 DÖLLE a écrit de manière exemplaire en 1965: «Il est sans doute dans l'intérêt du développement harmonieux de l'enfant adopté de pouvoir grandir aussi longtemps que possible sans être en contact avec ses parents biologiques. De plus, de manière générale, on ne saurait non plus exiger de la part de l'adoptant qu'il admette que son enfant (adopté) partage ses sentiments entre lui-même et les «vrais» parents.» DÖLLE, *Familienrecht : Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen*, 2^{ème} édition, Karlsruhe 1965, 583. Dans son message de 1971, le Conseil fédéral écrit simplement: «Si il existe exceptionnellement des relations personnelles entre l'enfant adopté et sa famille d'origine, ceux-ci peuvent être maintenus sur une base volontaire. Ceci coule de source lorsque un enfant capable de discernement est adopté, qu'il soit mineur ou adulte, et que l'adoption a lieu entre des familles amies ou apparentées.», message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la modification du Code civil suisse FF, 1971, 1200, 1230. Cf. PFAFFINGER (Fn. 24), 123 ss.

der l'apparence qui sous-tend cet état de fait.⁸⁰ C'est ainsi que l'acte d'adoption permettait en apparence de remédier à la fois au douloureux déficit de l'absence d'enfant dans un mariage⁸¹ et à la cicatrice d'une naissance hors mariage.⁸² Mais aujourd'hui, l'opinion que l'adoption secrète ne dessert pas vraiment par principe le bien de l'enfant s'est largement répandue et aussi que l'adoption ouverte est une meilleure solution.⁸³

Ceci vaut notamment par rapport à la CIDE de l'ONU qui reconnaît très largement le droit à la connaissance de sa propre ascendance,⁸⁴ qui a d'ailleurs inspiré de nombreux législateurs qui ont dès lors prévu le droit d'un enfant à obtenir des renseignements sur leurs parents biologiques à partir d'un certain âge.⁸⁵ La pensée basée sur la dissimulation perd dès lors de son importance et c'est la personnalité de l'enfant comme sujet de droit qui s'impose comme priorité.

5. Les exigences envers les parents adoptifs

Comme mentionné plus haut, le droit romain avait déjà rompu une lance en faveur de l'idée que la relation parents-enfants fondée sur l'adoption devait largement correspondre à la relation fondée sur la parenté biologique.⁸⁶ Dans le droit de l'adoption tel qu'il est aujourd'hui, ce principe se vérifie à de nombreux égards. Contrairement à ce qu'il en était à une époque révolue, l'absence d'enfant n'est évidemment plus aujourd'hui le prérequis d'une adoption qui était destinée alors à

80 À propos de la famille bourgeoise restreinte comme image idéale PFAFFINGER (Fn. 24), 131 ss.

81 Le Conseil fédéral de 1971 dit encore que «L'enfant sans famille du fait de sa naissance hors mariage ou à cause d'un divorce ou d'un décès est particulièrement exposé à plus d'un titre. Dans la mesure où l'adoption peut l'aider à trouver une nouvelle famille, cette institution remplit une fonction importante quant à la protection de l'enfant». Message du Conseil fédéral (Fn. 79), 1211.

82 PFAFFINGER, *FamPra.ch 2008*, 1, 4; cf. aussi PAULITZ (Fn. 71), 16.

83 Cf. PFAFFINGER (Fn.24), 231 ss.; COTTIER, *Austausch und Informationen im Adoptionsdreieck*, in: COTTIER/RÜETSCHI/SAHLFELD, *Information & Recht*, Bâle, Genève, Munich 2002, 31, 51 ss. PAULITZ (Fn. 71), 13 s. und 28 ss.; cf. aussi FRANK (Fn. 57), § 1747 N 36; *IBID.*, *FamRZ 2007*, 1693, 1697 s.; CRETNEY, *Principles of family law*, 8^{ème} édition, Londres 2008, 875 s.; BAINHAM, *Children – The modern Law*, 3^{ème} édition, Bristol 2005, 298 ss.

84 Art. 7 al. 1 et al. 8 ONU CIDE.

85 SCHWENZER, *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerpen/Oxford 2007, 24.

Le problème constitué par le fait qu'il n'existe aucun renseignement sur la mère biologique se rencontre en particulier dans le système français bien connu de «l'accouchement sous X» et aussi dans les «Babyklappe» (lieux d'abandon) de l'Allemagne, qui en compte maintenant 81, cf. à ce propos COTTIER (Fn. 83), 42. S'agissant de la situation aux USA, cf. VOSS, *Neue Tendenzen im Adoptionsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, *FamRZ 2001*, 203 ss.

86 Cf. plus haut, II. 1., Fn. 18.

procurer un héritier à des personnes sans enfants.⁸⁷ Au contraire, il est considéré comme favorable au bien de l'enfant de pouvoir grandir dans une famille avec des frères et sœurs. L'âge minimal de 50 ou 60 ans, longtemps requis pour la personne qui voulait adopter, et évidemment lié à l'absence d'enfants biologiques, a été progressivement abaissé. Le standard international en la matière se situe aujourd'hui à 25 ans, souvent même à 21 ans. Avec sa limite de principe de 35 ans, la Suisse constitue une exception rare dans le genre. Il est aussi très intéressant sous l'angle de l'image de la famille qu'on perçoit en arrière plan que le droit autrichien exige l'âge minimal de 30 ans pour le père adoptif et de seulement 28 ans pour la mère adoptive.⁸⁸ Certains pays fixent même un âge maximum. En pratique, dans les autres pays aussi, on tient régulièrement compte de l'âge des adoptants lors de l'évaluation du bien de l'enfant.

Un autre exemple montrant que l'adoption est sensée refléter le lien naturel parents-enfant est le fait que bien des législations prévoient une différence d'âge minimale entre l'adopté et ses parents adoptifs, qui est en générale fixé entre 15 et 18 ans. Il existe des fois aussi des règles sur la différence d'âge maximale admissible, notamment sous formes de directives à prendre en compte dans la pratique de l'adoption.⁸⁹

6. L'irréversibilité

La question de savoir si l'adoption est ou non réversible est notamment influencée par l'analogie faite avec la relation parents-enfant biologique. La plupart des régimes juridiques prévoient l'irréversibilité de l'adoption, ce qui est en principe conforme à la priorité donnée au bien de l'enfant. Certaines législations inspirées du droit alémanique font cependant ici exception, telle la Suisse et l'Allemagne. Lorsqu'il y a des manquements graves, l'adoption peut être levée.⁹⁰ Ceci montre que les intérêts des parents ou de la collectivité ont ici une importance prioritaire. De toute manière, on ne peut demander l'annulation de l'adoption que pendant les deux ou trois premières années après la décision,⁹¹ si bien qu'au moins après ce délai, l'intérêt de l'enfant à pouvoir vivre durablement une relation retrouve sa priorité absolue.

87 C'est ainsi qu'aussi bien le § 1741 ABGB de 1900 que l'art. 264 al. 1 aCCS de 1912 exigent l'absence de descendance biologique.

88 § 180 ABGB.

89 Aperçu des conditions de l'adoption dans les pays du monde http://www.travel.state.gov/family/adoption/country/country_369.html (28.09.2008).

90 Art. 269 s CCS, §§ 1759 s., 1763, 1771 BGB.

91 Art. 269b CCS, § 1762 al. 2 BGB. Il n'y a pas de délai pour lever d'office une adoption lorsque l'annulation est motivée par le bien de l'enfant § 1763 BGB.

7. L'adoption hors mariage

a) Généralités

L'adoption est généralement couplée avec le mariage, et ceci pas seulement au plan historique, mais encore aujourd'hui. La plupart des régimes juridiques ont toujours réservé et réservent encore l'adoption commune aux seuls couples mariés. Cette image de la famille implique que seule une vie commune légitimée par les liens du mariage entre un homme et une femme peuvent garantir la sécurité et la stabilité nécessaires à l'éducation d'un enfant. Cependant, il ne s'agit pas seulement ici de la protection prioritaire du bien de l'enfant, mais aussi, bien que moins prioritaire, de la protection du mariage en tant qu'institution. C'est d'autant plus évident si l'on analyse l'évolution historique de l'adoption par une seule personne. À l'origine, elle n'était possible qu'à partir d'un âge relativement élevé,⁹² de manière à contrecarrer la concurrence au mariage qu'était cette possibilité de s'assurer une descendance légitime par le biais de l'adoption.⁹³

Là où seul le mariage donne une légitimité, l'illégitimité entraîne l'exclusion sociale. Ceci ne frappait pas seulement les mères, mais notamment tous les enfants nés hors mariage. Plusieurs régimes juridiques permettaient de remédier à cette cicatrice de la naissance hors mariage en permettant à la mère ou au père d'adopter eux-mêmes l'enfant né hors mariage, de manière à lui assurer un statut analogue aux enfants nés dans le mariage et partant de pouvoir l'élever tel un enfant légitime.⁹⁴ Mais ici aussi, la primauté des apparences et l'intérêt des parents avaient la priorité sur celui de l'enfant.

92 50, voire même 60 ans.

93 Ce qu'écrit à ce propos MALEVILLE, un des auteurs du Code civil de 1804 illustre bien ceci: «On ne prétend pas ici que s'il était aisé de donner à ses enfants naturels par l'adoption les mêmes droits que ses enfants nés dans le mariage cela découragerait de se marier. Cette assertion dont on s'était servi pour empêcher l'adoption hors mariage a d'ailleurs déjà été démentie avec succès; et les motifs exprimés permettent encore de conclure qu'un système qui n'autoriserait l'adoption qu'à partir de l'âge de 50 ans serait hautement invraisemblable». MALEVILLE, Commentaire du Code Napoléon / évolution fondamentale de la discussion sur ce code, Staath-Rathe, BLANCHARD (traduction), Cologne 1808, 348.

94 À propos de l'évolution historique du droit de l'enfant né hors mariage, cf. SCHWENZER, Vom Status zur Realbeziehung, Baden-Baden 1987, 225 ss.

En Allemagne, jusqu'en 1998, il était possible d'adopter son propre enfant, cf. FRANK (Fn. 57), § 1741 N 52 s; de même en Suisse jusqu'en 1973, et, dans des cas exceptionnels, même après, dans la mesure où il s'agissait d'améliorer ainsi le statut juridique de l'enfant, cf. BernerKomm/HEGNAUER, art. 264 CCS, N 6 s.; cf. aussi DOPFFEL (Éd.), Kindschaftsrecht im Wandel, zwölf Länderberichte mit einer vergleichenden Summe, Tübingen 1994, 629 ss.; MCFARLANE/REARDON, Child Care and Adoption Law, A practical guide, Bristol 2006, 138.

b) Partenariat enregistré

Lors de l'introduction de l'institution juridique particulière qu'est le partenariat enregistré de personnes de même sexe, s'est déroulée la discussion sur le fait de savoir si ces couples pouvaient adopter. Le droit suisse est encore incontestablement focalisé exclusivement sur l'image du mariage hétérosexuel et il adopte ici en conséquence une position des plus conservatrices. L'article 28 LPart exclut non seulement l'adoption commune d'un enfant de tiers par le couple, mais même l'adoption par un seul des partenaires de l'enfant biologique de l'autre.

Ainsi que le mentionne expressément le texte du message sur la LPart, la loi sur le partenariat part de la réflexion que la nature a prévu que chaque enfant ait un père et une mère qui ont chacun leur importance spécifique pour le bon développement de l'enfant. En conséquence, le droit de l'enfant dans le CCS cherche autant que possible à assurer aussi juridiquement à chaque enfant un père et une mère de manière à tenir compte de la polarité des sexes. Autoriser l'adoption pour les partenaires enregistrés de même sexe constituerait l'abandon des principes fondamentaux actuels, en ce sens qu'un enfant pourrait alors avoir aussi juridiquement, deux mères ou deux pères, et ceci à l'encontre des principes de la nature. Ceci mettrait l'enfant dans une situation d'exception qui ne se justifie en aucun cas dans notre société actuelle.⁹⁵

Sur ce chapitre, le droit suisse est plutôt isolé au sein des droits des pays occidentaux industrialisés. Depuis, bien des pays ont ouvert l'institution du mariage aussi aux personnes de même sexe,⁹⁶ si bien que s'agissant de l'adoption, comme du reste, il ne subsiste plus aucune différence d'avec les couples mariés hétérosexuels.⁹⁷ Une série d'autres régimes juridiques qui réservent encore le mariage exclusivement aux couples hétérosexuels, l'adoption à deux par un couple enregistré de même sexe est possible.⁹⁸ Quant à l'adoption de l'enfant de l'autre (bel-

⁹⁵ Message relatif à la loi sur le partenariat enregistré des couples de même sexe, FF 2003, 1288, 1320; cf. FamKomm Eingetragene Partnerschaft/SCHWENZER Art. 28 N 11.

⁹⁶ C'est le cas aux Pays-Bas (2001), en Belgique (2003), en Espagne (2005), au Canada (2005), en Afrique du Sud (2006), dans les états US du Massachusetts (2004) et de la Californie (California Supreme Court, in re Marriage Cases, S147999, 15. Mai 2008). Pour un résumé de la situation aux USA, cf. FamKomm Eingetragene Partnerschaft/BREINING/BYERS, Allg. Einl. III Verfassungs- und Völkerrechtliche Aspekte N 68 ss.

⁹⁷ En Belgique toutefois, cette parité est arrivée tard, soit le 18 mai 2006 seulement.

⁹⁸ C'est le cas de la Grande Bretagne (Civil Partnership Act 2004, 5 décembre 2005 i. V. m. sec. 49 Adoption and Children Act), de l'Écosse (sec. 29 (3) (b) Adoption and Children Act 2007), de l'Islande (Art. 6 loi no 87/1996 sur le partenariat enregistré), de la Suède (loi 02:123), d'Israël, des États US du Connecticut, du District of Columbia, de l'Illinois, du New Jersey, du Nouveau Mexique, de New York, de l'Oregon, du Vermont, cf. http://www.lc.org/profamily/samesex_adoption_by_state.pdf (28.09.2008) et le Capital Territory (sec. 18(1)(b) Adoption Act 1993) de l'État d'Australie et du Western Australia (sec. 39(1)(d) Adoption Act 1994).

enfant), elle est aujourd'hui très largement admise.⁹⁹ On ne connaît pas de régime juridique qui, comme le fait la Suisse, interdirait aux personnes de même sexe vivant en partenariat enregistré que l'un des partenaires adopte l'enfant de l'autre pour cette seule et unique raison.

Il n'en reste pas moins vrai qu'aujourd'hui déjà, de nombreuses familles dites arc-en-ciel existent, composées de deux parents du même sexe et des enfants qu'ils élèvent. Ces familles avancent qu'il n'y a aucune différence entre l'arrivée dans un couple d'un enfant né avant la formation de ce couple ou après, dès l'instant où sa venue correspond à la volonté des deux partenaires, sans compter que dans la plupart des cas il s'agit aujourd'hui d'intégrer un enfant ou des enfants dans un couple qui n'en a pas encore.¹⁰⁰ Le droit ne peut pas empêcher ce type de liens familiaux effectifs. En interdisant l'adoption dans ces cas-là, il refuse tout simplement de donner un statut juridique à des relations familiales existantes ce qui peut, dans un cas ou l'autre, s'avérer finalement contraire à une solution correspondant au bien de l'enfant.¹⁰¹

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle en janvier 2008, la Cour européenne (CEDH) a modifié sa jurisprudence de 2002,¹⁰² jugeant maintenant que le refus d'autoriser une adoption sur la seule base de l'orientation sexuelle du candidat à l'adoption constituait une violation des articles 8 et 14 de la convention (CEDH) et devait partant être interdit.¹⁰³

⁹⁹ En Allemagne (§ 9 Lebenspartnerschaftsgesetz), au Danemark (§4(1) Lov om registered partnerskab), en Norvège (§ 5a(2) loi sur l'adoption), en Tasmanie (sec. 20(2A)(a) Adoption Act 1988), dans les États US de Californie, du Colorado, du Connecticut, du District of Columbia, de l'Illinois, de l'Indiana, du Maine, du Massachusetts, du New Hampshire, de New York, du New Jersey, de l'Oregon, de Pennsylvanie et du Vermont, de même que dans certains counties de 15 autres parties d'États. Seuls la Floride, le Mississippi, le Nebraska, l'Ohio, l'Utah et le Wisconsin interdisent dans ces cas l'adoption (Cf. http://www.nclrights.org/site/DocServer/2PA_state_list.pdf?docID=3201 (28.09.2008) et DETHLOFF, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, ZRP 2004, 195, 198). En France, la Cour de cassation reste encore d'un avis différent, cf. Cass. 1^{er} Arrêt no 221 et 224 du 20.02.2007 et Arrêt no 1468 du 19.12.2007.

¹⁰⁰ Pour des explications sur la manière dont ceci peut être concrétisé, cf. FamKomm Eingetragene Partnerschaft/SCHWENZER Art. 28 N 8.

¹⁰¹ FamKomm Eingetragene Partnerschaft/SCHWENZER Art. 28 N 8; cf. aussi DITTBERNER, Lebenspartnerschaft und Kindschaftsrecht, Frankfurt/Main 2004, 200; COPUR, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Berne 2008, 190 ss.; DETHLOFF (Fn. 98), 197 s.

¹⁰² Affaire Fretté c. France, no 36515/97 du 26 février 2002, FamPra.ch 2002, 780 ff.; cf. aussi VANWINKKELEN, Die Entscheidung Fretté und das europäische Familienrecht: Der EuGHMR fällt aus seiner (Vorreiter-) Rolle, FamPra.ch 2003, 574 ff.

¹⁰³ Affaire E.B. c. France, no 43546/02 du 22 janvier 2008, FamPra.ch 2008, 416 ff. avec rem. SCHWENZER 421 f.

c) La communauté hors mariage

L'adoption pour cette forme de communauté de vie n'a jusqu'ici pas fait l'objet de discussions en Suisse, ce qui n'est pas du tout le cas à l'étranger, et depuis longtemps déjà, à savoir si outre le mariage et le partenariat enregistré, il faudrait encore accorder le droit d'adopter aux personnes vivant tout simplement ensemble sans formaliser leur union.

Une série de régimes juridiques autorise l'adoption des beaux-enfants dans le cadre de cette communauté de vie informelle pratiquée par deux partenaires et reconnaissent ainsi la réalité de ce type de liens familiaux.¹⁰⁴ Ce contexte est aussi à la base de la décision de décembre 2007 de la Cour européenne (CEDH) en la cause Emonet contre la Suisse.¹⁰⁵ Il s'agissait en l'espèce de l'adoption de l'enfant handicapé d'une mère par son partenaire de vie (de longue date). La Cour exprima l'avis que dans ce cas, le droit national ne pouvait mettre un terme aux droits et obligations de la mère biologique vis-à-vis de son enfant du fait qu'il existait entre les personnes de cette communauté de vie des liens familiaux évidents. En d'autres termes, l'adoption de l'enfant de l'autre partenaire doit aussi être autorisée pour les familles constituées hors mariage. Si maintenant l'on met en lien cette décision de la Cour avec sa décision de janvier 2008 susmentionnée, on a de bonnes raisons d'en déduire que ceci ne vaut pas seulement pour les couples hétérosexuels non mariés, mais aussi pour ceux de même sexe et – qui peut le plus peut le moins – évidemment aussi pour les familles de partenaires enregistrés.

Depuis, toute une série de régimes juridiques et en particulier ceux du Common Law,¹⁰⁶ mais également les législations des Pays-Bas,¹⁰⁷ de la Belgique,¹⁰⁸

du Portugal¹⁰⁹ et divers droits foraux espagnols¹¹⁰ acceptent dans une large mesure également l'adoption commune par un couple non marié.¹¹¹ On voit donc qu'on suppose généralement qu'il existe dans les faits une relation d'une certaine durée, environ deux à trois ans, voire une seule année dans le cas particulier du «enduring relationship».¹¹² Certes, certains de ces régimes juridiques font encore la distinction entre communautés de vie hors mariage, hétéro et homosexuelles, et ne place que les premiers époux sur un pied d'égalité s'agissant de l'adoption.¹¹³

d) 1 – 2 – 3 parents?

Il convient enfin de signaler qu'il se dessine une évolution dans le droit de l'enfant qui pourrait sur la durée amener des modifications fondamentales de l'image de la famille, donc du droit de l'adoption. Quelques pays du Common Law reconnaissent aujourd'hui la possibilité d'une famille reposant sur plus de deux parents.¹¹⁴ Il s'agit généralement de la situation où un couple de lesbiennes désirant un enfant s'assure le concours d'un homme. Dans un tel cas et dans la mesure où cela correspond au désir de toutes les trois personnes impliquées que l'enfant n'ait pas seulement comme parents les deux femmes, mais qu'il y ait également un lien juridique avec le père biologique, cette famille de trois personnes correspond à la réalité qui doit être juridiquement reconnue et ceci correspond aussi au bien de l'enfant.¹¹⁵

¹⁰⁴ Si un régime juridique ne reconnaît pas ce mode d'adoption de l'enfant de son ou de sa partenaire (adoption du bel-enfant), l'adoption de l'enfant par le partenaire non marié du parent biologique efface les liens juridiques qui existaient naturellement avec le parent biologique. Le droit autrichien contient une particularité juridique: L'adoption d'un enfant par une seule personne ne touchera que les liens juridiques de l'enfant avec son parent du même sexe (§ 182 al. 2 ABGB). On trouve p. ex des règles analogues dans le droit de la famille de la Russie du 29.12.1995 : lors de l'adoption d'un enfant par un homme seul, sur requête de la mère, les droits et obligations entre elle-même et son enfant biologique demeurent intacts; à l'inverse, c'est aussi le cas lors de l'adoption par une femme seule. On retrouve cette solution à l'art. 1260 du Code civil géorgien et aussi dans le droit estonien (art. 87 du code de la famille).

¹⁰⁵ Affaire Emonet c. la Suisse, no 39051/03 du 13 décembre 2007, FamPra.ch 2008, 412 ff. avec rem. SCHWENZER 421 f.

¹⁰⁶ C'est par exemple le cas en Angleterre et au pays de Galles (sec. 49(1) avec sec. 144(4) Adoption and Children Act 2002), dans les États australiens de Capital Territory (sec. 18 (b) Adoption Act 1993 i.V.m. sec. 169 Legislation Act), Nouvelle Galles du Sud (sec. 28 Adoption Act 2000), Tasmanie (sec. 20(1) Adoption Act 1988), Victoria (sec. 11 Adoption Act 1994), Australie occidentale (sec. 67(a) Adoption Act 1994). Pour la situation aux USA, cf. [http://family.findlaw.com/living-together/living-together-basics/unmarried-parenting\(1\).html](http://family.findlaw.com/living-together/living-together-basics/unmarried-parenting(1).html) (29.09.2008).

¹⁰⁷ § 1 Burgerlijk Wetboek.

¹⁰⁸ Art. 343 § 1 Code civil.

¹⁰⁹ «Uniao de facto» Art. 1979 Código Civil.

¹¹⁰ «Parejas de hecho», «parejas estables» ou «uniones estables»: Aragon (art. 10 de la loi 6/1999 du 26 mars 1999), Pays Basque (art. 8 de la loi 2/2003 du 7 mai 2003), Galicie (art. 32 de la loi 3/1997 du 9 juin 1997), Catalogne (art. 115.2 de la loi 3/2005 du 8 avril 2005) et Navarre (art. 8 de la loi 6/2000 du 3 juillet 2000). Cf. L'adoption et le concubinage dans divers pays européens, Institut suisse de droit comparé 2007, <http://www.isdc.ch/d2wfiles/document/4641/4017/0/ESDC%202007-9%2029.8.2007.pdf> (29.09.2008).

¹¹¹ Pour une comparaison des régimes juridiques en Europe, cf. Institut suisse de droit comparé, L'adoption et le concubinage dans divers pays européens (Fn. 110).

¹¹² C'est ainsi que l'Adoption and Children Act anglais définit la notion de «couple» in sec. 144(4)(b) 2002 comme étant «two people (whether of different sexes or the same sex) living as partners in an enduring family relationship».

¹¹³ Cf. p. ex. Nouvelle Galles du Sud, Victoria, Aragon et Catalogne.

¹¹⁴ Ontario Court of Appeal: A(A) v B(B) (2007) 278 DLR (4th) 519, cf. aussi la Cour suprême de Californie: Sharon S. v Superior Court, 31 Cal. 4th 417, 2 Cal. Rptr. 3d 699, 73 P. 3d 554 (2003).

¹¹⁵ S'agissant de la situation aux Pays-Bas, cf. VONK, One, two or three parents? Lesbian Co-Mothers and a known donor with „family life“ under dutch law, International Journal of Law, Policy and the Family 18 (2004), 103 ss.

V. Considérations finales

Si l'on résume les images de la famille qui résultent de l'évolution historique, on constate qu'il y avait au départ presque exclusivement l'intérêt des parents. Ce n'est pas étonnant si l'on sait qu'avant le dix-septième siècle il n'y avait aucune conscience du statut de l'enfance, ni pour les besoins de celle-ci. Même lorsqu'on commença à considérer l'enfant comme tel et que l'on vit apparaître dans le droit de l'adoption les principes de l'assistance et de la protection, ce sont toujours encore les parents qu'il s'agissait de prendre en compte prioritairement dans l'optique de leur assurer une descendance. Même après que le bien de l'enfant ait fait son entrée dans les années 1970 aussi bien dans le droit de l'enfant que dans le droit de l'adoption, on restait tout de même assez éloigné de la prise en compte des intérêts bien compris et du bien individuel de chaque enfant. Bien plus que cela, c'est toujours la construction du type de la famille bourgeoise idéale nucléaire qui prévalait dans le droit de l'adoption. L'adoption devait en fait servir à empêcher des irrégularités incompatibles avec cette image, comme les mariages sans enfants, les naissances hors mariage ou encore les familles recomposées. Ce n'est que petit à petit qu'on prit conscience de l'importance du maintien des relations parents-enfants à l'âge adulte et aussi de la connaissance de ses propres racines afin d'assurer un développement physique et psychique sain. Ce principe fut finalement consacré par la convention de l'ONU (CIDE) qui reconnut le droit de l'enfant à connaître son ascendance et qui sont ses parents biologiques.

Il n'empêche qu'aujourd'hui encore le droit de l'adoption est souvent axé sur le statut comme tel, alors que depuis quelques décennies déjà la sociologie de la famille a démontré la réalité d'une pluralité de formes de vie. Ce n'est que très récemment que dans le droit de l'adoption, surtout dans les autres pays, les régimes juridiques commencent à reconnaître et à assurer une sécurité juridique aux nouvelles structures de la famille. De nombreux enfants font aujourd'hui partie de plusieurs familles et entretiennent des relations avec plus que deux adultes comme parents. Ceci implique comme conséquence d'une part une remise en cause du droit de l'adoption (mots clés: adoption du bel-enfant, adoption plénière, adoption secrète) et d'autre part un élargissement des possibilités d'adopter pour les personnes qui vivent leur réalité familiale dans des structures éloignées de celle de la famille bourgeoise nucléaire (mots clés: personnes de même sexe ou vivant en communauté non maritale).

Un droit de l'adoption exclusivement centré sur l'intérêt de l'enfant doit donc reconnaître, outre le droit déjà admis de connaître son ascendance, deux autres principes fondamentaux: les vraies relations qui ont pu se développer doivent être maintenues, en même temps que les relations actuelles doivent être renforcées. Comme dans d'autres chapitres du droit de la famille, il faut aussi que le principe

«des relations formelles aux vraies relations» soit appliqué dans le droit de l'adoption.

Résumé: *La présente contribution traite d'abord de l'évolution historique du droit de l'adoption, du droit romain aux codes du début du XXème siècle, en passant par le Moyen Âge et les codifications du droit naturel. Elle donne aussi un aperçu de droit comparé des systèmes juridiques principaux. Pour terminer, elle aborde l'image de la famille qui sous-tend quelques questions d'actualité relatives au droit de l'adoption.*
