Commission Nationale d’Éthique

AVIS 22

La législation relative aux adoptions et à la problématique de l’accouchement anonyme

2009

Table des matières

1 Remarques préliminaires 1

1.1 Observation préliminaire : l’intérêt supérieur de l’enfant comme critère de l’adoption 1

2 Coexistence de deux régimes d’adoption (adoption simple/adoption plénière) 3

2.1 L’intérêt du maintien du régime de l’adoption simple 3

2.2 L’intérêt du maintien du régime de l’adoption plénière 4

3 Adoption (plénière) par des personnes seules 5

3.1 Sur l’opportunité de l’adoption plénière par une personne seule 5

3.2 Sur l’opportunité de l’adoption simple par une personne seule 9

4 Adoption (plénière) par des couples non mariés de sexe différent 11

4.1 L’adoption plénière 12

4.2 L’adoption simple 16

5 Adoption (plénière) par des couples de même sexe 19

5.1 L’adoption plénière 19

5.2 L’adoption simple 21

6 L’accouchement anonyme 23

7 Conclusions 25

8 Annexe : Observations sur le régime juridique de l'adoption et de l'accouchement anonyme 27

8.1 L'adoption 27

8.1.1 Définition de l'adoption 27

8.1.2 Évolution historique 27

8.1.3 Aperçu de la législation luxembourgeoise actuelle 29

8.1.3.1 Conditions de l'adoption 29
8.1.3.1.1 Conditions de l'adoption plénière 29
8.1.3.1.1.1 Critères de fond de l'adoption plénière 30
8.1.3.1.1.2 Conditions ayant trait au consentement de tiers 33
8.1.3.1.2 Conditions de l'adoption simple 35
8.1.3.1.2.1 Critères de fond de l'adoption simple 35
8.1.3.1.2.2 Conditions ayant trait au consentement de tiers 38

8.1.3.2 Effets de l'adoption 39
8.1.3.2.1 Effets de l'adoption plénière 39
8.1.3.2.1.1 Intégration dans la nouvelle famille 40
8.1.3.2.1.2 Perte des liens avec la famille d'origine 42
8.1.3.2.2 Effets de l'adoption simple 43
8.1.3.2.2.1 Intégration dans la famille nouvelle 43
8.1.3.2.2.2 Maintien des relations avec la famille d'origine 46

8.1.4 Sur les questions soumises à la C.N.E. 46

8.1.4.1 Coexistence de deux régimes d'adoption (adoption simple/plénière) 46

8.1.4.2 Adoption (plénière) par des personnes seules
– Droit comparé, droit constitutionnel, Droits de l'Homme 48
8.1.4.2.1 Droit comparé 49
8.1.4.2.2 L'adoption plénière par des célibataires est-elle imposée par la Constitution ? 50
8.1.4.2.3 L'adoption plénière par des célibataires
est-elle imposée par la Convention européenne des droits de l'homme ? 50
8.1.4.2.4 Les enseignements de l'arrêt Wagner c. Luxembourg 52
8.1.4.2.5 Prévision de l'adoption d'enfants par une personne seule par la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) du 27 novembre 2008 53

8.1.4.3 Adoption (plénière) par des couples non mariés de sexe différent 54

8.1.4.4 Adoption (plénière) par des couples non mariés de même sexe 55
8.1.4.4.1 Droit comparé 56
8.1.4.4.2 Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 57
8.1.4.4.3 Implications possibles de l'arrêt E.B. c. France
en ce qui concerne l'adoption par des homosexuels 61
8.1.4.4.4 Incidences d'une ouverture éventuelle du mariage à des couples du même sexe 62

8.2 L'accouchement anonyme 63

8.2.1 Sur l'accouchement anonyme en droit luxembourgeois 63

8.2.2 Sur l'incidence de la Convention de La Haye du 29 mai 1993
sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale 68

8.2.3 Sur l'incidence de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme
et des Libertés fondamentales 72

8.2.3.1 Droit français en matière d'accouchement anonyme 72
8.2.3.1.1 Dispositions en matière d'action sociale 73
8.2.3.1.2 Dispositions en matière de droit de la filiation 76

8.2.3.2 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 79

9 Bibliographie 83

1 Remarques préliminaires

Monsieur le Ministre de la Justice et Madame le Ministre de la Famille et de l'Intégration ont saisi le 23 octobre 2007 la Commission Nationale d'Éthique (ci-après « C.N.E. ») d'une demande d'avis concernant la législation relative aux adoptions et la problématique de l'accouchement anonyme. Cette demande a été reformulée et précisée par courrier de Madame le Ministre de la Famille et de l'Intégration du 30 mai 2008.

La C.N.E. a examiné les questions soulevées au cours de 10 réunions, qui ont eu lieu les 11.06.2008, 17.09.2008, 29.10.2008. 03.12.2008, 14.01.2009, 04.02.2009, 04.03.2009, 01.04.2009, 10.06.2009 et 01.07.2009. Elle a procédé, en date des 02.07.2008, 01.10.2008 et 06.05.2009, à l'audition de plusieurs experts[1].

1.1 Observation préliminaire : l'intérêt supérieur de l'enfant comme critère de l'adoption

Dans notre législation actuelle, l'adoption, tant simple que plénière, doit présenter des avantages pour l'adopté. Cette exigence est complétée, s'agissant de l'adoption de mineurs, donc de personnes âgées de moins de dix-huit ans, par la précision, apportée par la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, et approuvée par le Grand-Duché, que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale en matière d'adoption.

Celui-ci a été défini d'une façon fort adéquate comme suit :

[1] Mme Caroline Milbert (Centre de ressources en matière d'adoption de la Croix-Rouge),
Mme Paola Pauly-Mascolo (Amicale Internationale d'Aide à l'Enfance, AIAE),
Mme Annick Jaas (Amicale Internationale d'Aide à l'Enfance, AIAE),
Dr Christine Frisch-Desmarez (pédopsychiatre indépendante),
Dr Jean-François Vervier (pédopsychiatre au CHL),
Mme Marie-Anne Rodesch-Hengesch (Ombudscomité fir d'Rechter vum Kand),
M. François Diderrich (Rosa Lëtzebuerg asbl),
M. Roby Antony (Centre d'Information Gay et Lesbien, Cigale).

> « *L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence.* »[2]

La C.N.E. considère que ce principe directeur, de l'intérêt de l'enfant, doit prévaloir en particulier sur le désir de l'adoptant/des adoptants potentiel(s) « d'avoir un enfant ».

Ceci étant, la notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant » est loin d'être claire, univoque ou opérationnelle.

Elle n'est pas claire en ce que les points de vue sur ce qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant divergent en fonction des horizons de connaissance et des compétences spécifiques des évaluateurs (psychologues, assistants sociaux, parents potentiels, magistrats, hommes/femmes d'Église, philosophes e.a.).

Elle n'est pas univoque en ce que, n'étant pas claire, elle souffre d'ambiguïtés ouvertes ou cachées susceptibles de donner lieu à des malentendus ou mésententes dans les cas concrets de son application.

Son défaut de clarté et son ambiguïté même l'empêchent d'être en soi suffisamment opérationnelle.

Ces défauts ne permettent pas de l'ériger en seul et unique critère en la matière.

Il ne serait donc pas satisfaisant de se limiter dans une réforme de la matière de l'adoption à remplacer toute précision sur les conditions de fond de l'adoption[3] par la seule référence à l'intérêt supérieur de l'enfant. Pareille solution, qui présente certes l'avantage d'une extrême souplesse, risque cependant, au regard des imperfections et de la nécessaire subjectivité de son application, du seul critère alors retenu, de l'intérêt supérieur de l'enfant, de mettre en péril l'uniformité et l'égalité de traitement des concernés et la sécurité juridique.

---

[2] Jean Zermatten, L'intérêt Supérieur de l'Enfant – De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique, Institut International des Droits de l'enfant, Working-report 3-2003, page 15.

[3] La question de savoir si l'adoption peut être demandée par une personne seule ou doit l'être par un couple ; dans ce dernier cas, quelle doit être la forme de ce couple (partenariat, concubinage stable, ou liens de fait plus distendus) ; la question de savoir qui peut composer ce couple (partenaires de sexe opposé ou de même sexe).

2 Coexistence de deux régimes d'adoption (adoption simple/adoption plénière)

La question de savoir s'il y a lieu de maintenir les deux régimes d'adoption appelle des réponses spécifiques pour chacun d'eux.

2.1 L'intérêt du maintien du régime de l'adoption simple

La différence essentielle entre les régimes de l'adoption plénière et l'adoption simple consiste en ce que par l'effet du premier l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang alors que le deuxième n'empêche pas l'adopté de rester dans sa famille d'origine.

Une deuxième différence entre les deux régimes, telle qu'elle résulte du moins de la législation actuelle, est que l'adoption plénière peut uniquement être demandée par un couple marié, donc, vu la définition actuelle du mariage, hétérosexuel, alors que l'adoption simple est ouverte, outre à des couples mariés, également à des personnes seules.

Une troisième différence, telle qu'elle résulte de la législation actuelle, est que l'adoption plénière ne peut porter que sur des mineurs d'âge, alors que l'adoption simple peut également porter sur des majeurs.

La C.N.E. estime que l'adoption simple est un régime qui mérite d'être maintenu.

Plusieurs arguments parlent en faveur de cette prise de position.

D'abord, l'adoption simple ne coupant pas les liens de l'adopté avec son milieu d'origine, n'est de ce fait pas grevée de la difficulté – de la contradiction ? – dont souffre l'adoption plénière qui, par définition, tranche les liens biographiques, affectifs, sociaux, juridiques autant que médicaux avec la famille d'origine, quitte à maintenir une traçabilité (des origines) au moins médicale, et qui se trouve d'autre part confrontée au droit de l'enfant de connaître ses « racines ».

Ensuite, l'adoption simple est un régime plus souple que celui de l'adoption plénière.

D'une part, elle permet l'adoption de personnes adultes et d'adolescents. Comme la loi actuelle exige, tant pour l'adoption simple que plénière, le consentement personnel de l'adopté s'il a plus de quinze ans, cette forme d'adoption se fait dans ces cas, qui sont en fait les plus fréquents, d'un commun accord entre l'adoptant et l'adopté. En revanche, un tel accord n'est pas prévu, et ne se conçoit pas, dans le cas en fait le plus fréquent de l'adoption plénière visant un enfant en bas âge.

De ce fait l'adoption simple permet de sanctionner une pratique existante de vie commune.

D'autre part, l'adoption simple est ouverte à des catégories plus larges d'adoptants que l'adoption plénière, à savoir, dans l'état actuel de la législation, outre à des couples mariés, également à des personnes individuelles, vivant seules ou en couple non marié.

Vu le nombre croissant de couples recomposés et de familles monoparentales, la souplesse de l'adoption simple ouvre la voie légale à une « certaine » reconstitution du milieu familial.

Ce but ne peut cependant, en l'état actuel de la législation, être atteint que de façon fort imparfaite dans la mesure où l'adoptant est seul investi, à l'égard de l'adopté, de tous les droits d'autorité parentale[4]. Une adoption simple par le nouveau partenaire de la mère ou du père biologique de l'enfant prive partant ces derniers de leur droit d'autorité parentale. L'adoption simple ne saurait donc guère, dans ces circonstances, être dans l'intérêt de l'enfant. Une réforme future, qui se proposerait de laisser une place à l'adoption simple, devrait à cet égard aménager une solution tenant mieux compte des réalités sociales.

2.2 L'intérêt du maintien de l'adoption plénière

Si l'adoption simple devait donc maintenir sa place, celle de l'adoption plénière, qui dans l'état actuel de la pratique constitue l'écrasante majorité des cas d'adoption, ne saurait guère prêter à discussion. Ce régime, qui a pour effet d'intégrer l'adopté de façon totale et irrévocable dans la famille adoptive, constitue un instrument indispensable pour permettre d'offrir à des enfants abandonnés un nouveau foyer et de leur éviter toute stigmatisation du fait de leur abandon.

[4] Article 360 du Code civil.

3 Adoption (plénière) par des personnes seules

En l'état actuel de la législation, l'adoption par une personne seule n'est prévue que pour l'adoption simple[5], à l'exclusion de l'adoption plénière[6], sous réserve du cas de l'adoption par un époux au profit de l'enfant de son conjoint[7].

La question posée amène à s'interroger sur son opportunité tant en matière d'adoption plénière qu'en matière d'adoption simple.

3.1 Sur l'opportunité de l'adoption plénière par une personne seule

Plusieurs considérations amènent la C.N.E., dans sa majorité, à exprimer de sérieuses réserves quant à une extension de l'adoption plénière, jusqu'à présent limitée, exception faite du cas de l'adoption par un époux de l'enfant de son conjoint, aux couples mariés, à des personnes seules.

L'adoption plénière concerne exclusivement des enfants, et le plus souvent de très jeunes enfants. En effet, en droit, l'adoption plénière n'est prévue que pour des mineurs d'âge et, sous réserve des cas exceptionnels prévus par l'article 367-2 du Code civil[8], que pour des enfants âgés de moins de seize ans. En fait, la très grande majorité des personnes faisant l'objet d'une adoption plénière sont des enfants en bas âge.

Suivant les constatations de la C.N.E., l'adoption plénière telle qu'elle est actuellement pratiquée au Luxembourg est une adoption d'enfants défavorisés par le fait

[5] Article 344 du Code civil.
[6] Article 367 du Code civil.
[7] Article 367-1 du Code civil.
[8] Enfant à adopter ayant plus de seize ans, mais ayant été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissent pas les conditions légales pour adopter; enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint l'âge de seize ans.

que leurs parents biologiques, qu'ils résident au pays ou, dans le cas de l'adoption internationale, à l'étranger, ne peuvent ou ne veulent plus s'en occuper.

Ces enfants ont souvent été abandonnés dès leur naissance, le cas échéant par le biais de l'accouchement anonyme, donc n'ont jamais eu de famille d'origine, au sens sociologique du terme. S'ils en disposent néanmoins, l'adoption plénière a de toute façon pour effet de les en couper légalement.

Ce phénomène de rupture s'accentue pour – ce qui constitue dans la pratique le cas le plus fréquent – l'adoption plénière dite internationale d'enfants originaires de pays étrangers souvent lointains. Ces derniers grandissent de par l'effet de l'adoption loin, souvent très loin, du lieu et de la culture de leurs origines.

L'adoption plénière effectuée dans ces circonstances implique donc que les parents d'origine n'ont, pour des raisons diverses, mais nécessairement dramatiques, pas pu ou pas voulu assumer à l'égard de leur enfant la responsabilité de père et mère. L'adoption plénière apparaît ainsi comme conséquence d'une tragédie (que l'on songe au cas de décès des parents), d'un échec ou d'un abandon. L'enfant, dès qu'il constate son état d'adopté, ne manquera pas de s'interroger. Il risque de ne pas être en mesure de trouver de réponse satisfaisante. La prise de conscience de ses origines ou la difficulté d'en trouver des éclaircissements risque d'être pour lui une source de vulnérabilité et de fragilité.

Bref, cette adoption plénière concerne des enfants, le plus souvent en bas âge, radicalement coupés de leurs origines, donc isolés, et, en raison même de leur état d'enfants abandonnés, fragilisés.

C'est devant cette toile de fond qu'il y a lieu d'apprécier la possibilité discutée de permettre l'adoption plénière à des personnes seules.

La C.N.E. se fait sienne à une large majorité la conviction exprimée par de nombreux spécialistes en matière de développement psychologique de l'enfant[9], et confirmée par les pédopsychiatres entendus par elle, qui assure que ce développement ne s'accomplit dans des conditions optimales que si l'enfant peut s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère et bénéficier, à travers leur présence active, réelle et symbolique, de l'exercice complémentaire d'une fonction paternelle et maternelle, ce qui l'aide à structurer sa personnalité et son identité en tant qu'être sexué.

[9] Voir, en particulier, l'exposé de M. le Docteur Jean-Yves Hayez, chef de service de l'unité de pédopsychiatrie des cliniques universitaires de Saint-Luc à Bruxelles, dans le document parlementaire de la Chambre des Représentants de Belgique : DOC 51 0664/008, du 23 novembre 2005, pages 175 et suivantes.

Il s'agit d'un optimum, certes – loin s'en faut – non toujours atteint. Son défaut risque cependant de compromettre l'épanouissement de l'enfant[10]. Ce risque est d'autant plus élevé si l'enfant, par opposition à ceux qui vivent, par suite du divorce des parents ou du décès de l'un d'eux, dans des familles monoparentales, est totalement privé de la présence même occasionnelle, ou à son défaut (en particulier en cas de décès d'un des parents) à tout le moins du souvenir personnel ou, en son absence, alors à tout le moins du souvenir vivant lui transmis par d'autres personnes, du père ou de la mère absents.

Or, un enfant qui est adopté dans les circonstances décrites ci-avant par une personne seule n'est, compte tenu en particulier de sa très probable ignorance de ses origines et de sa totale rupture, tant juridique que, dans l'extrême majorité, de fait, avec ses parents d'origine, pas en mesure de s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère et de bénéficier de l'exercice complémentaire d'une fonction paternelle et maternelle, lui permettant de bien structurer sa personnalité et son identité en tant qu'être sexué.

Les réserves ainsi exprimées contre l'adoption plénière effectuée dans ces circonstances par des personnes seules se justifient d'autant plus qu'il existe en fait une très grande disproportion entre, d'une part, un très faible nombre d'enfants susceptibles de faire l'objet d'une adoption plénière dans ce cas de figure et, d'autre part, un nombre considérable de personnes souhaitant adopter ces enfants. Il n'y a donc pas « pénurie » de parents adoptifs, mais, tout au contraire, « pénurie » d'enfants à adopter. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération, dans l'évaluation de l'opportunité d'une réforme du droit de l'adoption, la crainte de priver, par un défaut d'extension rapide et urgente des conditions de l'adoption, des enfants de la possibilité de trouver un foyer ou la prétendue nécessité d'accepter, en raison d'une telle crainte, une extension de ces conditions qui ne soit pas complètement dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

À cela s'ajoute que les réserves exprimées s'appuient en outre sur des considérations anthropologiques relatives aux principes qui régissent la filiation dans nos sociétés et touchent ainsi à l'identité de l'être humain. En effet, c'est la filiation à un père et à une mère qui, à travers ses deux dimensions essentielles, la généalogie – l'appartenance à deux lignées familiales – et la sexuation – avec ses deux composantes que sont l'identification et la différenciation sexuelles – qui assure à l'enfant sa place de sujet humain.

De cette adoption d'enfants défavorisés, qui constitue donc le cas type de l'adoption plénière au Luxembourg, il y a lieu de distinguer un cas de figure d'adoption qui s'est récemment développé à l'étranger dans le milieu homo-

[10] Idem, page 178, note n° 6.

sexuel et qui est relatif à l'adoption d'enfants qui ont été conçus volontairement en vue de celle-ci[11]. Est ainsi visée l'hypothèse du couple de lesbiennes dont une des partenaires met au monde un enfant, le cas échéant conçu par insémination artificielle, tandis que l'autre se propose de l'adopter. Est également visée l'hypothèse d'un couple d'homosexuels masculins, dont un des partenaires conçoit, le cas échéant par le biais de l'insémination artificielle, et souvent en concertation avec un couple de lesbiennes, un enfant porté et mis au monde par l'une d'elles, enfant que le partenaire du père biologique se propose d'adopter.

Le propre de ces cas de figure est que l'enfant a comme mère ou père biologique l'un des partenaires du couple homosexuel tandis que l'autre, forcément de même sexe, souhaite l'adopter de façon à remplacer la personne, forcément de sexe opposé, qui a conçu l'enfant ensemble avec son partenaire, le rôle de cette personne se limitant à celle d'un donneur de sperme ou d'une mère porteuse sans qu'il ne soit prévu qu'elle assume un rôle affectif ou social respectivement de père et de mère.

Ce projet a donc pour objet de confier à l'enfant, ou bien deux mères sans père, ou bien deux pères sans mère. Comme un des membres du couple homosexuel concerné est, par hypothèse, le père ou la mère biologique, donc également juridique, de l'enfant, l'adoption dont ce dernier doit faire l'objet est par la force des choses une adoption par une personne seule, à savoir par le partenaire du père ou de la mère.

L'institution de l'adoption plénière n'est cependant manifestement pas appropriée pour ce genre de projets. Elle implique, en effet, par hypothèse, et contrairement à l'adoption simple, la coupure radicale de tout lien juridique avec les parents biologiques. Son application dans le contexte discuté aurait ainsi l'effet totalement non désiré de priver le partenaire de l'adoptant, géniteur de l'enfant, de tout lien juridique avec ce dernier.

De plus, ces projets se heurtent à la difficulté que les enfants sont appelés à être éduqués par deux personnes de même sexe, mais que le géniteur de sexe opposé, qu'il s'agisse du donneur de sperme auquel a recours la mère lesbienne, partenaire de l'adoptant potentiel, ou la mère porteuse auquel a recours le père homosexuel, partenaire de l'adoptant potentiel, n'est pas appelé à assumer le rôle respectivement de père et de mère, respectivement de mère et de « représenter » ainsi dans une certaine manière à l'égard de l'enfant le rôle de père, en présence d'un couple de lesbiennes, ou de mère, en présence d'un couple homosexuel masculin.

Enfin, dans la mesure où ces projets se fondent sur le recours aux services d'une mère porteuse, la C.N.E. rappelle qu'elle avait, dans son Avis 2001.1 sur la pro-

[11] Hayez, mentionné ci-avant, page 175.

création médicalement assistée, considéré cette pratique comme étant juridiquement contraire à l'ordre public et non indiquée du point de vue éthique[12].

L'adoption plénière n'est donc certainement pas une réponse adéquate pour ce genre de projets qui, rappelons-le, sont évoqués parce qu'ils se sont développés dans d'autres pays.

3.2 Sur l'opportunité de l'adoption simple par une personne seule

La législation actuelle permet l'adoption simple par des personnes seules. La question pertinente n'est donc pas de savoir s'il faut l'introduire, mais s'il faut la maintenir dans ce cas de figure.

Un tel maintien ne saurait pas donner lieu à des objections lorsque l'adoption simple concerne une personne adulte.

En effet, l'adoption simple s'adresse non seulement de façon théorique, mais également bien souvent en fait, à des adoptés adultes, son but étant dans ce cas de figure le plus souvent, comme déjà à l'époque de l'antiquité romaine, patrimonial, et plus particulièrement successoral.

Comme les adoptés adultes ne sont pas concernés par d'éventuelles objections tirées de la psychologie infantile qui s'opposent le cas échéant à l'adoption simple d'un enfant par une personne seule et comme l'adoption même d'un adulte suppose en tout état de cause qu'il soit vérifié au préalable si elle est dans l'intérêt de l'adopté, il n'y a pas de raisons de mettre en cause le maintien de cette possibilité.

Ce maintien soulève davantage d'interrogations lorsqu'il est question de l'adoption simple d'un enfant par une personne seule.

Celle-ci constitue en principe un excellent instrument permettant de sanctionner du point de vue juridique des recompositions familiales qui se rencontrent souvent de nos jours : le cas type visé est celui de l'adoption de l'enfant par le nouvel époux, partenaire ou concubin, de la mère ou du père, qui assume la garde de l'enfant, après la séparation de l'autre parent de ce dernier. L'adoption simple officialise dans une certaine mesure le nouveau foyer dans lequel l'enfant a en fait été accueilli, tout en maintenant intact les liens de filiation par rapport au parent qui n'en fait plus partie. Elle constitue ainsi un outil souple qui permet une adaptation du droit à la réalité sans provoquer des ruptures trop brutales.

[12] Avis 1/2001, La procréation médicalement assistée (P.M.A.), page 84.

Cette possibilité devient toutefois plus problématique dans les cas, évoqués ci-avant, d'adoptions d'enfants conçus en vue d'une adoption par le partenaire homosexuel du père ou de la mère biologique.

La difficulté qui en résulte est que l'enfant est alors appelé à être éduqué exclusivement par deux personnes de même sexe. Il n'est dès lors pas en mesure de s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère et de bénéficier, à travers leur présence active, réelle et symbolique, de l'exercice complémentaire d'une fonction paternelle et maternelle, de sorte que, suivant la conviction évoquée ci-avant, partagée par une large majorité des membres de la C.N.E., il n'est pas mis à même de pouvoir structurer au mieux sa personnalité et son identité en tant qu'être sexué, de sorte que son développement psychologique ne peut pas s'accomplir de façon optimale.

Cette difficulté ne se rencontre pas d'une manière si prononcée si le géniteur de sexe opposé qui a « assisté » le couple homosexuel à concevoir l'enfant ne se limite pas à ce rôle purement biologique, mais s'il assume également, du point du vue affectif et éducatif, celui de père ou de mère. En revanche, elle se présente d'une manière particulièrement prononcée s'il se limite à ce premier rôle.

Cependant même dans ce cas il se peut que l'adoption simple par le partenaire homosexuel de la mère ou du père biologique soit dans l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où elle sanctionne juridiquement une situation de fait, de liens affectifs et éducatifs existant entre ce partenaire et l'enfant. En effet, à défaut d'adoption simple, l'enfant ne sera, contrairement au cas de figure de l'adoption d'enfants défavorisés, pas adopté par une autre personne, mais restera en fait intégré dans la famille composée de son père ou de sa mère biologique, et le partenaire homosexuel de ce dernier, sauf que cette situation de fait ne trouvera alors pas de reconnaissance juridique. L'adoption simple peut ainsi être une solution adéquate même dans ce cas de figure.

Ce pragmatisme est encouragé, voire imposé, par la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans sa jurisprudence très récente, décide que, dès lors qu'une personne seule peut de par la loi procéder à une adoption, dans notre contexte une adoption simple, cette faculté ne peut pas lui être refusée en raison de son orientation sexuelle et plus particulièrement au motif exprès ou implicite qu'elle cohabite ensemble avec une personne de même sexe[13].

[13] Arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, requête n° 43546/02.

4 Adoption (plénière) par des couples non mariés de sexe différent

En l'état actuel de la législation, pour qu'un couple de sexe différent puisse procéder à une adoption, qu'elle soit simple ou plénière, il faut qu'il soit marié.

Cette législation remonte à une époque où le modèle de la famille traditionnelle dominait et où l'amour dit libre, voire les modèles plus ou moins relâchés ou encadrés légalement d'union n'existaient pas en terme de réalité sociale courante. Depuis lors, et pour toutes sortes de raisons, dont l'enrichissement prodigieux de la société, l'émancipation de la femme, le développement du travail salarial féminin et la libéralisation sexuelle, due à l'invention de procédés anticonceptionnels chimiques, deux phénomènes complémentaires se sont manifestés : d'une part, un déclin de l'institution du mariage, se caractérisant par une diminution tant en nombre qu'en proportion des mariages et une augmentation considérable des divorces ; d'autre part, le développement de nouvelles formes de communautés de vie, s'étendant de l'union/de la désunion libre, au concubinage plus ou moins stable jusqu'au partenariat, forme de mariage allégé récemment introduit par le législateur.

C'est en considération de ce changement des mentalités et des pratiques de notre société qu'il y a lieu d'évaluer si et dans quelle mesure il y a lieu d'assouplir le principe que l'adoption tant simple que plénière par un couple ne se conçoit que si ce couple est marié.

La question appelle des réponses différentes suivant qu'elle concerne l'adoption plénière ou l'adoption simple.

La réponse à cette question n'est cependant guère influencée par des considérations tirées du droit de la filiation. De telles considérations expliquent pour l'essentiel pourquoi l'adoption par des couples est, dans l'état actuel de la législation, limitée à des couples mariés. Il s'agissait de conférer à l'adopté une filiation légitime, donc la filiation des enfants issus d'un mariage. Il est vrai qu'à l'époque à laquelle remonte cette législation, le fait pour un enfant d'être né d'une filiation naturelle était

source d'embarras voire de scandale. De plus, la législation de l'époque discriminait en partie les enfants issus d'une filiation naturelle.

Ces éléments ont actuellement beaucoup perdu de leur pertinence, étant donné, d'une part, que compte tenu de l'évolution de la société le fait d'être issu d'une filiation naturelle n'est plus un élément problématique et, d'autre part, que l'enfant naturel n'est plus discriminé en droit.

Il s'ensuit que le fait que l'adoption d'un enfant par un couple ne vivant pas dans le cadre d'un mariage ne permet pas à cet enfant d'acquérir une filiation légitime – une future loi devant réglementer la question de l'extension du droit de l'adoption sur le droit de la filiation – ne saurait constituer un obstacle sérieux à l'élargissement de l'adoption à des types de couples autres que le couple marié.

4.1 L'adoption plénière

La réponse à la question 2 ci-avant a permis à la C.N.E. d'exprimer ses réserves au sujet de la possibilité pour une personne seule de procéder à l'adoption plénière d'un enfant. Il s'ensuit qu'elle préconise forcément qu'une adoption plénière se fasse par un couple. La question actuellement soulevée est celle de savoir quel critère devrait remplir ce couple, dans le présent contexte hétérosexuel, pour prétendre à pouvoir adopter. Doit-il s'agir nécessairement d'un couple marié et, dans la négative, quels autres types de couples pourraient à cet égard entrer en ligne de compte et suivant quels critères ?

L'adoption plénière doit respecter l'intérêt supérieur de l'enfant.

Elle implique, dans le cas de figure type de l'adoption plénière qui se rencontre actuellement au Luxembourg, qui est celle d'enfants défavorisés, une rupture radicale avec la famille d'origine, en lieu et place duquel doit tenir le couple adoptant et concerne des enfants qui, en raison du fait même qu'ils font l'objet d'une adoption, se trouvent dans une situation accrue de vulnérabilité et de faiblesse. Dans ces circonstances, l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait que commander que l'enfant soit recueilli par un couple stable. C'est ce souci de stabilité du couple qui s'exprime dans la condition actuelle tirée de ce que l'adoption ne peut se faire que par un couple marié.

Au regard de l'évolution sociologique décrite ci-avant, le mariage n'est cependant, compte tenu de l'importante proportion des divorces, plus nécessairement un gage de stabilité du couple et ne constitue en tout état de cause plus qu'une forme parmi d'autres de communauté de vie, de sorte qu'il ne couvre plus en fait qu'une partie

des couples qui vivent de façon stable. Il est donc, s'il s'agit d'évaluer la stabilité du couple, à la fois un critère trop incertain et trop étroit.

Ayant perdu en pertinence, il ne saurait donc être maintenu comme critère unique. Toute la question est dès lors de savoir par quel critère le remplacer ou le compléter.

La C.N.E. considère qu'il y a lieu de maintenir le mariage en tant que critère de l'adoption plénière, qui serait cependant à étendre au partenariat.

Cette conclusion se fonde sur le souci de veiller à ce que l'enfant à adopter soit accueilli par des couples qui présentent autant que faire se peut des gages de stabilité. Cette recherche de stabilité du couple adoptant est souhaitable en vue d'assurer à l'enfant adopté, au regard de la vulnérabilité spécifique qui le caractérise dans le cas-type de l'adoption plénière d'enfants défavorisés par rapport aux enfants éduqués par leurs propres parents, un accueil et un suivi aussi parfaits que possible. La stabilité à prendre ainsi en considération en est une qui s'inscrit dans le temps, puisqu'il s'agit, pour le couple candidat à l'adoption, de prendre en charge un enfant pendant une période très longue, s'étendant, en fin de compte, sur deux décennies.

À cette fin, il est concevable de procéder à un classement, par présomption de stabilité décroissante, des différentes formes de communautés de vie en couple envisageables, se présentant comme suit :

1. le mariage,
2. le partenariat,
3. le concubinage stable, et
4. le concubinage instable.

Ce classement peut se réclamer de la récente Convention européenne révisée en matière d'adoption des enfants, adoptée par le Conseil de l'Europe le 27 novembre 2008, qui ouvre l'adoption d'un enfant à deux personnes de sexe différent qui sont mariées ou, lorsqu'une telle institution existe, ont contracté un partenariat enregistré et qui confère par ailleurs aux États parties la possibilité de l'étendre aux couples qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable[14].

Il se fonde en partie sur des critères juridiques, et la présomption qui en est déduite du point de vue de la stabilité du couple[15], et en partie, s'agissant des formes de

[14] Article 7 de cette Convention.
[15] Observation qui vaut pour le mariage et le partenariat.

communauté de vie non réglementées[16], sur des critères de fait, à savoir sur une appréciation concrète en fait de la stabilité de tel concubinage concret.

La prémisse implicite de ce classement est que la stabilité du couple est présumée d'autant plus importante que ce couple choisit une forme plus contraignante et solennelle d'union.

Sur le fondement de ce classement il y a alors lieu de retenir celles des formes de communautés de vie qui sont considérées *a priori* éligibles pour pouvoir prétendre à procéder à une adoption plénière et, par voie de conséquence, celles qui sont nécessairement exclues pour ce faire.

Les formes éligibles ne le sont qu'*a priori* en ce sens que le fait pour un couple de vivre dans une de ces formes, si elle est dans cette logique une condition nécessaire de l'adoption, n'en constitue, bien entendu, pas une condition suffisante. Il faut de plus déterminer de façon concrète dans chaque cas d'espèce si tel couple désireux d'adopter et qui se trouve être uni dans une des formes de communauté de vie retenues, présente réellement les garanties nécessaires pour pouvoir accueillir un enfant.

Le critère est donc finalement avant tout d'office éliminatoire pour tous les couples qui n'ont pas choisi une des formes de communautés de vie retenues.

Après réflexion, la C.N.E. a décidé de retenir dans cette logique comme éligibles *a priori* les couples unis par le mariage et le partenariat.

Si ces formes de communauté de vie ne sauraient d'évidence, au regard du nombre et de la proportion des divorces et séparations, constituer une garantie absolue de stabilité, elles présentent cependant, par rapport aux formes non légalisées, la différence que les partenaires se sont au moins efforcés de tenter de donner un gage de stabilité en choisissant de rendre leur union officielle en la coulant dans une des formes légales prévues. Un couple qui néglige déjà cette précaution, pourtant peu contraignante dans le cas du partenariat, ne saurait pas sérieusement prétendre présenter l'apparence de stabilité nécessaire indispensable à un projet de vie aussi contraignant que celui d'une adoption. Il paraît à cet égard difficile de remplacer un défaut de formalisation juridique du couple sous forme de mariage ou de partenariat par un critère tiré de la durée du temps depuis que le couple s'est en fait uni. Un tel critère, qui a cependant été retenu notamment en Belgique[17], semble, en ef-

[16] Concubinage non réglementé, stable ou non stable.

[17] Article 343, sous b), du Code civil belge, ouvrant le droit à l'adoption aux cohabitants, définis notamment comme « *deux personnes de sexe différent qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles*

fet, en soi trop équivoque, le défaut d'accord du couple de formaliser leur union à tout le moins par un partenariat ne manquant pas, nonobstant la durée de l'union, de soulever la question de la réalité de sa volonté de rester uni, donc de la stabilité du couple.

Le partenariat a été retenu ci-avant comme critère de stabilité du couple au même titre que le mariage. Si cette dernière institution présente par rapport à la première, du point de vue de la stabilité conférée par le cadre juridique, des garanties beaucoup moindres, notamment au regard de sa dissolution et de ses effets patrimoniaux, elle oblige néanmoins les partenaires à rendre leur communauté officielle par une déclaration solennelle, donc à documenter l'existence et, dans une certaine mesure, le sérieux de leur projet de vie. Elle présente de ce point de vue, et par opposition au concubinage, une certaine similitude avec le mariage, qui justifie de ne pas l'exclure d'office comme communauté de vie éligible pour une adoption plénière.

Si donc des personnes vivant en partenariat ne devraient, selon la C.N.E., pas être exclues d'office de la possibilité de procéder à une adoption plénière, il ne faut cependant pas perdre de vue que cette institution juridique présente une présomption de pérennité beaucoup plus faible que ne le fait le mariage, chacun des partenaires pouvant à tout moment y mettre fin par une simple déclaration unilatérale à l'officier de l'état civil. Il appartiendra dès lors aux juridictions et aux services sociaux de vérifier de façon concrète, plus encore qu'en présence de couples mariés désireux d'adopter, si le couple vivant en partenariat qui souhaite adopter présente en fait la stabilité nécessaire pour ce faire.

En ne retenant que le mariage et le partenariat en tant que communautés de vie éligibles à l'adoption plénière, le concubinage non constitué sous forme de partenariat est, dans cette logique, d'office exclu, sans qu'il y ait lieu de s'interroger s'il est en fait stable.

Cette décision, de retenir le mariage et le partenariat comme formes *a priori* éligibles à l'adoption plénière et d'en exclure d'office le concubinage, a été préférée à une deuxième solution qui aurait été théoriquement concevable. Il aurait été, en effet, possible de préconiser à titre de seul critère que le couple, quelle que soit la forme, ou l'absence de forme, juridique qu'il a choisie pour s'unir, soit en fait stable. Dans cette logique, la circonstance que le couple soit uni par les liens d'un mariage ou d'un partenariat constituerait certainement à cet égard un indice pertinent. Inversement, le fait qu'un couple vit en simple concubinage et n'a même pas jugé nécessaire de s'unir dans le cadre de la forme, pourtant peu contraignante, du partenariat pourrait constituer un indice à première vue défavorable du point de vue de

---

ne soient pas unies par un lien de parenté ou d'alliance entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi ».

la stabilité du couple. Ces éléments ne seraient cependant en soi pas suffisants. Il importerait de vérifier si le couple marié est réellement stable et si, au contraire, le couple vivant en simple concubinage présente néanmoins des garanties suffisantes de stabilité.

Cette option n'a cependant pas été adoptée par la C.N.E. parce que celle-ci est d'avis qu'un couple qui se propose de s'engager dans un projet à long terme aussi contraignant qu'une adoption plénière d'un enfant ne peut pas sérieusement prétendre présenter les gages indispensables de stabilité qu'exige l'intérêt supérieur de l'enfant s'il néglige déjà d'officialiser sa communauté de vie en la coulant dans une des formes juridiques prévues par la loi. Le choix d'une de ces formes juridiques atteste de l'existence d'une certaine volonté du couple de faire durer leur union. Inversement, le refus d'adopter une des formes légales prévues, et à tout le moins celle, pourtant peu contraignante, du partenariat, ne peut que susciter les plus grandes réserves quant au sérieux de la volonté du couple de mener à bien un tel projet, autant plus exigeant que de se mettre d'accord sur une forme légale de communauté de vie.

La C.N.E. estime en outre essentiel qu'un couple s'engage vis-à-vis d'un tiers, représentant la société, à un projet de vie commun, qui précède l'adoption éventuelle d'un enfant, ne fût-ce que pour éviter que ce dernier ne vienne en position de devoir à lui seul cimenter le couple parental, ce qui serait pour le moins contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4.2 L'adoption simple

L'adoption simple est, et devrait rester, ouverte pour les personnes seules. Cette circonstance incite déjà en soi à être moins contraignant en ce qui concerne la faculté pour un couple de procéder à une telle adoption.

De plus, ce régime, dans la mesure où il ne concerne pas exclusivement des mineurs d'âge et qu'il ne coupe pas les liens de l'adopté avec sa famille d'origine, soulève à une bien moindre mesure la nécessité d'une stabilité du couple adoptant.

Le critère essentiel en la matière est, s'agissant de l'adoption simple d'un mineur d'âge, qu'elle soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et s'agissant de tout adopté même majeur, qu'elle soit dans son intérêt.

Le respect de cet intérêt ne paraît pas nécessiter d'exiger en plus, à titre de condition formelle explicite, que le couple adoptant vive dans telle communauté de vie particulière. Il appartiendra aux juridictions d'apprécier dans chaque cas d'espèce

si, compte tenu de tous les éléments en présence, l’adoption par tel couple vivant dans telles conditions est concrètement dans l’intérêt de l’adopté.

5 Adoption (plénière) par des couples de même sexe

En l'état actuel de la législation, l'adoption, tant plénière que simple, par un couple suppose que ce couple soit marié, donc de sexe différent.

La question de savoir s'il y a lieu de permettre l'adoption à des couples de même sexe appelle des réponses différentes suivant qu'elle concerne l'adoption plénière ou l'adoption simple.

5.1 L'adoption plénière

Il a été exposé ci-avant que le cas-type de l'adoption plénière qui se rencontre actuellement au Luxembourg est celui d'enfants défavorisés dont les parents biologiques ne peuvent ou ne veulent plus s'occuper. L'enfant adopté dans ces circonstances n'a le plus souvent jamais connu ses parents et ne dispose pas de témoignages ou de souvenirs fournis par des tiers en tenant lieu. L'institution de l'adoption plénière a de toute façon en soi pour effet de couper légalement tout lien de l'adopté avec sa famille d'origine.

Les seules personnes de référence de l'enfant adopté dans ces circonstances seront dès lors les parents adoptifs.

La C.N.E. ne doute pas de ce que des couples de même sexe puissent avoir des qualités éducatives aussi développées que des couples de sexe différent, entourer les enfants d'autant d'amour et leur donner un soutien affectif et moral aussi solide que ces derniers.

Elle partage cependant dans sa large majorité, ainsi qu'il a été rappelé ci-avant, la conviction exprimée par de nombreux spécialistes en matière de développement psychologique de l'enfant, et confirmée par les pédopsychiatres entendus par elle, que ce développement ne s'accomplit dans des conditions optimales que si l'enfant peut s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère et bénéficier, à travers leur présence active, réelle et symbolique, de l'exercice complémentaire d'une

fonction paternelle et maternelle, ce qui lui permet de structurer sa personnalité et son identité en tant qu'être sexué.

Or, un enfant qui est adopté dans les circonstances décrites ci-avant par un couple de même sexe, ayant même les meilleures qualités éducatives, n'est, compte tenu en particulier de sa très probable ignorance de ses origines et de sa totale rupture, tant juridique que, dans l'extrême majorité, de fait, avec ses parents d'origine, pas en mesure de s'imprégner de la vie commune d'un père et d'une mère et de bénéficier, à travers leur présence active, réelle et symbolique, de l'exercice complémentaire d'une fonction paternelle et d'une fonction maternelle.

Certes, du point de vue psychologique, le masculin et le féminin ne sont pas strictement liés à respectivement l'homme et la femme biologiques, et la fonction paternelle et maternelle ne se distribuent pas exactement entre le père et la mère biologiques. Il reste cependant que le raisonnement inverse, qui consisterait à nier le lien entre le masculin et le féminin considérés du point de vue psychologique et biologique, et le lien entre la fonction paternelle et le père et la fonction maternelle et la mère, n'est pas valide. En effet, s'il n'y a pas identité parfaite entre le biologique et le psychologique, il n'y a néanmoins en règle générale pas de dissociation significative entre eux. De plus, l'enfant, et de surcroît un enfant traumatisé par la vie tel qu'un enfant adopté par suite de l'inaptitude ou de l'absence de ses parents biologiques, a besoin non pas de fonctions maternelle et paternelle, mais de la présence active, réelle et symbolique d'un père et d'une mère « *en chair et os* »[18].

Il existe dès lors, suivant l'appréciation de la C.N.E., de sérieux doutes que l'extension de l'adoption plénière aux couples de même sexe soit compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

Une telle extension nonobstant ces doutes ne peut pas non plus être sérieusement justifiée par la crainte de priver des enfants de la possibilité de trouver un foyer, alors qu'il existe, s'agissant du cas-type de l'adoption plénière au Luxembourg, donc celle d'enfants défavorisés, une très grande disproportion entre le faible nombre d'enfants susceptibles d'en faire l'objet et le nombre comparativement considérable de personnes souhaitant adopter ces enfants.

Pareille extension ferait de plus naître la difficulté que dans l'état actuel de la législation, mais également dans la logique même de l'institution de l'adoption plénière, celle-ci établit légalement au profit des adoptants un lien de filiation qui se substitue à la filiation d'origine. Admettre l'adoption plénière par un couple de personnes de même sexe équivaut donc à établir un lien de filiation de l'adopté à l'égard de deux personnes de même sexe, donc à lui attribuer deux mères, mais

[18] Hayez, mentionné ci-avant, page 180. Sur cette question, voir en particulier les pages 179 et 180.

aucun père, ou, à l'inverse, deux pères, et aucune mère. Cette solution est en opposition radicale avec l'esprit du droit de la filiation, qui ne conçoit, par analogie à la réalité biologique de la reproduction de l'espèce humaine, l'établissement d'un lien juridique de filiation à l'égard de deux personnes à la fois que si ces deux personnes sont de sexe différent. Elle nécessiterait dès lors de repenser totalement le droit de la filiation.

Le cas de figure évoqué jusqu'à présent est celui de l'adoption plénière d'enfants défavorisés. Comme il a été exposé ci-avant, ce dernier est à distinguer d'un autre cas, qui s'est rencontré à l'étranger, d'enfants conçus en vue d'une adoption par un couple homosexuel. À bien comprendre, ce cas implique que l'un des partenaires du couple soit, selon les cas, le père ou la mère biologique, et partant également juridique, de l'enfant. Le projet d'adoption ainsi discuté ne concerne donc que le partenaire de ce dernier. La question est donc relative à l'adoption par une personne seule – le partenaire de même sexe du père ou de la mère biologique de l'enfant. Contrairement à ce cas de figure, le cas hypothétique de l'adoption par un couple homosexuel d'un enfant conçu en vue de l'adoption suppose qu'un tel enfant ait été conçu et mis au monde par des personnes tierces – un donneur de sperme et une mère porteuse – en vue de cette adoption et dont le rôle se limiterait à cet apport. Un tel projet rencontrerait les mêmes objections que celles qu'a soulevées l'adoption d'enfants défavorisés par un couple de même sexe. Il rencontrerait aussi l'objection, déjà évoquée ci-avant, que peut susciter le recours à des mères porteuses, pratique que la C.N.E. avait, dans son Avis 2001.1 sur la procréation médicalement assistée, considérée comme étant juridiquement contraire à l'ordre public et non indiquée du point de vue éthique[19].

5.2 L'adoption simple

L'adoption simple présente, contrairement à l'adoption plénière, la souplesse de maintenir les liens juridiques avec la famille d'origine et de rendre ainsi également possible le maintien de liens affectifs avec celle-ci. L'institution est ainsi en mesure de tempérer l'objection d'ordre psychologique qu'avait soulevée l'adoption plénière d'enfants par des couples de même sexe.

La condition en est cependant que l'enfant à adopter soit en mesure de maintenir de tels rapports, à savoir à l'égard de son père biologique en cas d'adoption par un couple de lesbiennes et à l'égard de sa mère biologique en cas d'adoption par deux homosexuels masculins.

[19] Avis 2001.1, La procréation médicalement assistée (P.M.A.), page 84.

Une telle constellation pourrait théoriquement se concevoir en cas d'adoption d'enfants défavorisés. Il faudrait cependant alors que les parents biologiques, qui n'étaient par hypothèse pas en mesure d'éduquer leurs enfants à un point tel qu'ils les ont confiés à l'adoption, voudraient et pourraient néanmoins maintenir à leur égard des rapports affectifs satisfaisants. Le cas de figure en question sera sans doute peu fréquent.

Une telle constellation pourrait également se concevoir dans certains cas de recomposition familiale. L'on pourrait songer à celui de l'oncle qui souhaite adopter ensemble avec son partenaire de même sexe son neveu dont le père est décédé, mais dont la mère demeure en vie et accepte de consentir à ce projet. Une variante également envisageable serait celle de l'adoption de l'enfant après le décès de ses parents par un couple de même sexe qui était proche des parents et de l'enfant. Dans un tel cas, il ne pourra certes pas y avoir présence cumulative active, réelle et symbolique d'un père et d'une mère. Mais les adoptants potentiels seraient alors néanmoins en mesure, en raison des rapports étroits qu'ils avaient avec les parents, de transmettre à l'enfant un souvenir vivant de ces derniers, y compris de celui des parents qui représente le sexe opposé au leur. De plus, dans un tel cas de figure, l'adoption par un couple de proches de sexe identique, même si celle-ci ne constitue au regard de l'exigence en cause pas un optimum, est certainement, du point de vue de l'intérêt de l'enfant, préférable à une adoption par des tiers ignorant tout de l'enfant et de sa famille et peut, pour des raisons tant affectives qu'économiques, être préférable à une adoption simple par un seul membre du couple.

Les cas de figure d'une adoption simple d'un enfant par un couple de même sexe qui soit de nature à ménager des liens avec le parent biologique de sexe opposé ne sont donc pas très nombreux. La nécessité de ménager de tels liens s'amenuise cependant avec l'âge de l'enfant à adopter et elle n'existe en tout état de cause plus en cas d'adoption simple d'un adulte.

Une telle adoption peut donc, dans certaines circonstances, être dans l'intérêt de l'adopté. Il n'y a donc pas de raisons décisives de l'écarter *a priori*.

La C.N.E. considère donc que cette possibilité devrait être prévue, étant sous-entendu que ce défaut d'exclusion d'office n'implique pas, à l'inverse, une admission automatique : il appartiendra, comme dans toute adoption, aux juridictions de décider dans chaque cas d'espèce si, au regard des circonstances, une telle adoption présente des avantages pour l'adopté et se trouve être, s'agissant d'un enfant à adopter, dans l'intérêt supérieur de ce dernier.

6 L'accouchement anonyme

La C.N.E. avait déjà, dans son Avis 1/2000 sur *les problèmes éthiques et juridiques soulevés par la reconnaissance d'un droit de l'enfant à connaître ses parents biologiques*, tracé de façon circonstanciée des pistes de réflexion en vue d'une réforme, qu'elle jugeait nécessaire, de l'institution actuelle de l'accouchement anonyme.

Cet avis n'a pas été suivi d'effet.

Entre-temps l'urgence d'une réforme s'est accrue en particulier par la déduction faite depuis lors par la Cour européenne des droits de l'homme du droit de chacun à la connaissance de ses origines de la notion de vie privée, dont la protection incombe à l'État conformément à l'article 8 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales[20]. Il y a lieu de se rallier à cet égard à la conclusion de l'*Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand*, exprimée dans son avis du 15 octobre 2008 au sujet d'une future réforme de la législation relative à l'adoption et à l'accouchement anonyme, suivant laquelle « *on peut penser que la législation luxembourgeoise actuelle viole l'article 8 de la Convention* »[21].

La C.N.E. renvoie donc aux conclusions de son Avis 1/2000 tout en soulignant plus particulièrement que le législateur devrait « *consacrer le principe que la révélation de la vérité biologique, que ce soit dans le cas de l'accouchement anonyme, de la procréation médicalement assistée ou de l'adoption, ne peut avoir des conséquences juridiques dans les rapports entre les parents biologiques et les enfants* »[22], principe entre-temps consacré par l'article L. 147-7 du Code français de l'action sociale et des familles, introduit par la loi française n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

[20] Arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003.
[21] Page 13 de l'avis.
[22] Avis 1/2000, page 67.

7 Conclusions

La C.N.E. considère qu'il y a lieu :

- de maintenir la coexistence des deux régimes actuels d'adoption, donc l'adoption simple et l'adoption plénière ;

- de permettre l'adoption plénière, outre à des couples mariés, également à des couples de sexe différent ayant conclu un partenariat ;

- de permettre l'adoption simple, outre à des personnes seules, également à des couples de sexe différent ou de même sexe, même non mariés ou n'ayant pas conclu un partenariat ;

- de ne pas permettre l'adoption plénière à des personnes seules, à des couples de sexe différent non mariés ou n'ayant pas conclu de partenariat, et ce quelle que soit la durée de leur union, et à des couples de même sexe ;

- de renvoyer, s'agissant de la question de l'accouchement anonyme, à son Avis 1/2000, tout en soulignant que dans le cas de l'accouchement anonyme (et de la procréation médicalement assistée) la révélation de la vérité biologique ne peut avoir des conséquences juridiques dans les rapports entre les parents biologiques et les enfants.

L'avis 22 *La législation relative aux adoptions et à la problématique de l'accouchement anonyme* a été adopté par l'unanimité des membres de la C.N.E. Deux membres n'ont pas pris part au vote.

8 Observations sur le régime juridique de l'adoption et de l'accouchement anonyme

8.1 L'adoption

8.1.1 Définition de l'adoption

L'adoption peut être définie comme un lien de filiation créé en vertu d'une fiction juridique à partir d'un jugement entre deux personnes, en principe[23], biologiquement étrangères l'une à l'autre[24].

8.1.2 Évolution historique

L'adoption était au cours de l'Antiquité, en Grèce et à Rome, une institution qui permettait à un homme seul sans descendant de s'en procurer afin de perpétuer le nom et le culte de ses ancêtres et d'assurer la transmission du patrimoine familial. Elle s'effectuait le plus souvent à l'égard d'un adulte souvent issu de la famille de l'adoptant. L'adopté portait un nom nouveau qui manifestait son appartenance à la fois à sa famille d'origine et à sa famille adoptive[25]. L'adoption était donc essentiellement une institution à caractère successoral.

Elle est tombée en désuétude au cours de l'ancien droit[26].

Le Code civil napoléonien, de 1804, lui donna un caractère légal restrictif : l'adoption n'était permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe ou à deux époux, âgés de plus de cinquante ans, sans enfants ni descendance légitime au

[23] Le droit luxembourgeois n'exige pas formellement l'absence de filiation biologique à l'égard de l'adopté (Georges Ravarani, La Filiation, Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves, n° 75, mars 1990, p. 25 ; voir l'article 1044 du Nouveau Code de procédure civile envisageant le cas de l'adopté qui est l'enfant naturel de l'adoptant).
[24] Jurisclasseur (JCL) Droit civil, Art. 343 à 370-2, fasc. 10, par Claire Neirinck (2,2003), n° 1.
[25] Idem, n° 3.
[26] Idem, n° 4. Le terme « ancien droit » désigne dans l'histoire française du droit, le droit applicable entre l'Antiquité et la Révolution française.

moment de l'adoption ; l'adopté devait être majeur ; il devait consentir à l'adoption ; il devait avoir reçu pendant sa minorité et pendant six ans au moins des soins et des secours non interrompus de la part de l'adoptant ou lui avoir sauvé la vie ; l'adopté restait dans sa famille d'origine et y conserva tous ses droits[27] et n'était lié à l'adoptant que par un lien de filiation additionnel[28]. Cette institution à caractère purement successoral[29], d'une utilité restreinte[30] et rarement pratiquée était considérée comme « un désert »[31].

Il fallut attendre les guerres mondiales du vingtième siècle, avec leur lot d'orphelins, pour que fut envisagé l'adoption de mineurs. Il en était ainsi en France à partir d'une loi du 19 juin 1923[32], en Belgique à partir d'une loi du 22 mars 1940[33] et au Luxembourg à partir d'une loi du 13 juillet 1959[34].

La législation postérieure évolua toujours dans le même sens d'un aménagement, d'une amélioration et d'un accroissement des possibilités d'adoption d'enfants mineurs[35]. Ainsi, en particulier, par opposition à l'adoption de majeurs connue jusqu'alors, qui maintenait des liens entre l'adopté et sa famille d'origine, il était prévu que l'adoption de mineurs entraînât la rupture définitive des liens de l'adopté avec ses parents biologiques et le fît entrer dans la famille adoptive avec des droits identiques à ceux qu'il aurait eu s'il y était né[36]. Cette évolution était consacrée en France par un décret-loi du 29 juillet 1930[37], au Luxembourg dès la loi du 13 juillet 1959[38] ayant introduit l'adoption de mineurs et en Belgique seulement par une loi du 21 mars 1969[39].

Coexistent actuellement dans le droit de ces trois pays :

- une adoption simple, issue de l'adoption du Code napoléonien, qui peut viser des majeurs et des mineurs ; qui laisse subsister, à côté de la filiation adoptive, les liens avec la famille d'origine, donc confère à l'adopté deux familles ; qui est révocable et qui peut, sous certaines conditions, être chan-

[27] Idem, n° 4.
[28] Isabelle Lammerant, De l'adoption et de l'adoption plénière, Journal des Tribunaux (J.T.), 2004, p. 266.
[29] Travaux préparatoires de la loi luxembourgeoise du 13 juin 1989 portant réforme de l'adoption : Doc. parl. n° 2895, Exposé des motifs, p. 5.
[30] Idem.
[31] Lammerant, op.cit., loc. cit., citant le professeur Henri de Page, Traité de Droit civil belge, Tome 1er, édition 1933, n° 1246.
[32] JCL, op. cit., n° 6.
[33] Lammerant, op.cit., loc. cit.
[34] Doc. parl. n° 2895, p. 5.
[35] JCL, op. cit. n° 6.
[36] Idem, n° 7.
[37] Idem.
[38] Doc. parl. n° 2895, p. 5.
[39] Lammerant, op.cit., loc. cit.

gée en une adoption plénière ; qui ne représente qu'une minorité des cas d'adoption[40].

- une adoption plénière, qui vise exclusivement des mineurs et les rattache de façon exclusive et définitive à l'adoptant ; sa finalité est de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu[41]. Elle, et en particulier sa sous-variante de l'adoption internationale d'enfants, constitue la très grande majorité des adoptions actuelles[42].

8.1.3 Aperçu de la législation luxembourgeoise actuelle

Au Luxembourg, les conditions, effets et procédures de l'adoption, qui sont formulés dans les articles 343 à 370 du Code civil et 1035 à 1045-4 du Nouveau code de procédure civile, ont été définis par la loi du 13 juin 1989 portant réforme de l'adoption[43], modifiée en ce qui concerne l'effet de l'adoption sur le nom de l'adopté par la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants[44].

La matière est également régie, s'agissant de l'adoption internationale d'enfants, par la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, approuvée par une loi du 14 avril 2002[45].

Seront ci-après distingués les conditions de l'adoption et ses effets.

8.1.3.1 Conditions de l'adoption

Seront distinguées l'adoption plénière et l'adoption simple.

8.1.3.1.1 Conditions de l'adoption plénière

Seront distingués les critères de fond de l'adoption, les conditions existant dans le chef des adoptants, celles existant dans le chef de l'adopté et celles ayant trait aux consentements de tiers.

---

[40] Au Luxembourg : Ravarani, op.cit., n° 50, qui les évalue à 20 % du total des adoptions (étant cependant précisé que ces chiffres reflètent la situation en 1990). En France : JCL Civil, Art. 343 à 370-2, fasc. 30, par Claire Neirinck, (5,2003), n° 2.

[41] Définition de l'objet de l'adoption plénière par la Cour de cassation française (JCL, op. cit., n° 15).

[42] Au point que l'adoption simple est aujourd'hui qualifiée en France « d'institution secondaire, voire anachronique » (JCL Civil, Art. 343 à 370-2, fasc. 30, op.cit., n° 2.

[43] Mém. A 1989, p. 876.

[44] Mém. A 2005, p. 3758.

[45] Mém. A 2002, p. 868. Texte de la loi (bien que non de la Convention) également reproduit dans les Lois spéciales, V° Adoption, p. 6 et suivantes.

8.1.3.1.1.1 Critères de fond de l'adoption plénière

L'adoption suppose qu'il y ait de justes motifs et qu'elle présente des avantages pour l'adopté[46].

Les « justes motifs » recouvrent essentiellement la constitution d'un lien de type *parent-enfant* entre les adoptants et l'adopté[47]. Un auteur luxembourgeois note que la stérilité et le désir d'avoir un enfant constituent de justes motifs, donc qu'il ne faut pas de plus exiger dans le chef de tout couple qui projette de procéder à une adoption « le désir de donner un foyer à une enfance déshéritée »[48].

Le critère tiré de l'existence d'avantages pour l'adopté constitue le critère essentiel de toute adoption. Sont visés des avantages matériels et moraux. Entrent de ce point de vue en ligne de compte la situation matérielle et morale du couple désireux d'adopter et leurs aptitudes éducatives[49].

Il faut également, dans cet ordre d'idées, s'agissant de l'adoption plénière visant par hypothèse des mineurs, tenir compte de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, approuvée au Luxembourg par la loi du 20 décembre 1993[50], Convention qui dispose dans son article 21 que « *les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière* ».

Conditions dans le chef des adoptants

a) Nombre des adoptants

En principe, l'adoption plénière suppose deux adoptants, à savoir deux époux non séparés de corps[51].

Par exception, l'adoption plénière peut être demandée par une seule personne, à savoir par un époux au profit de l'enfant de son conjoint[52]. Si la demande peut donc, dans ce cas, émaner d'une seule personne, elle s'effectue néanmoins dans le

[46] Articles 343 et 367-3 du Code civil.
[47] Isabelle Lammerant, Anne Ottevaere et Michel Verwilghen, Le nouveau droit fédéral de l'adoption, Revue trimestrielle de droit familial, 2006, p. 77 et suivantes, voir p. 82.
[48] Ravarani, op.cit., n° 58.
[49] Idem, n° 60.
[50] Mém. A 1993, p. 2189.
[51] Article 367 du Code civil.
[52] Article 367-1 du Code civil.

cadre d'un mariage, donc constitue en fin de compte un cas particulier de l'adoption plénière par deux époux[53].

b) Exigence de l'état de personne mariée de l'adoptant

L'adoptant doit être marié, soit – ce qui constitue le cas de figure de principe – qu'il s'agisse d'une adoption par deux époux[54], soit – de façon exceptionnelle – qu'il s'agisse de l'adoption par un époux de l'enfant de son conjoint[55].

Il ne peut donc pas y avoir d'adoption plénière par deux personnes vivant en partenariat et, à plus forte raison, en concubinat, que se soit dans le cadre de relations hétéro- ou homosexuelles.

c) Indifférence de l'existence, dans le chef des adoptants d'enfants légitimes, naturels ou adoptifs

Il importe peu que les adoptants aient déjà, au moment de la demande d'adoption, des enfants légitimes, naturels ou adoptifs[56]

d) Conditions d'âge dans le chef des adoptants

Dans le cas, de principe, de l'adoption plénière par deux époux, l'un d'eux doit être âgé de vingt-cinq ans au moins et l'autre de vingt et un ans. De plus, l'un et l'autre doit avoir quinze ans de plus que l'enfant qu'ils se proposent d'adopter[57].

Dans le cas, exceptionnel, de l'adoption plénière par un époux de l'enfant de son conjoint, aucune condition d'âge minimal n'est requise dans le chef de l'adoptant[58]. L'adoptant doit cependant avoir dix ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter[59].

Le tribunal peut cependant, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption même lorsque la différence d'âge est inférieure à quinze, respectivement dix ans[60].

[53] Ravarani, op.cit., n° 107.
[54] Article 367 du Code civil.
[55] Article 367-1 du Code civil.
[56] Article 347 du Code civil.
[57] Article 367 du Code civil.
[58] Article 345, alinéa 2, du Code civil auquel renvoie l'article 367-3 du Code civil.
[59] Article 367-1 du Code civil.
[60] Article 367 et 367-1 du Code civil.

Conditions dans la chef de l'adopté

a) Conditions d'âge

L'enfant à adopter doit être âgé, au moment de la demande, d'au moins trois mois[61].

En principe, il doit être âgé au moment de la demande de moins de seize ans[62].

Par exception, il peut encore être âgé au moment de la demande entre seize et dix-huit ans. Il en est ainsi, d'une part, s'il a été accueilli avant d'avoir seize ans par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter et, d'autre part, s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir seize ans[63].

b) Absence d'une adoption antérieure

L'article 349 du Code civil dispose qu'une adoption antérieure exclut l'adoption.

Par exception, suivant ce texte, elle ne constitue cependant plus un obstacle à une nouvelle adoption soit après décès de l'adoptant ou des deux adoptants, soit après décès de l'un des deux adoptants.

Il est à relever, ce qui sera précisé ci-après au sujet des conditions de l'adoption simple, que cette disposition a été jugée non-conforme à l'article 10bis de la Constitution, prévoyant le principe d'égalité de traitement, dans la mesure où elle exclut la possibilité d'une adoption simple par le père biologique de son enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière par des tiers.

c) Consentement de l'adopté

Si l'enfant à adopter a plus de quinze ans – étant précisé qu'il doit, ainsi qu'il a été vu ci-avant, au plus avoir, en principe, seize ans, sinon, par exception, dix-huit ans, au moment de la demande – il doit consentir personnellement à l'adoption[64]. La loi ne prévoit aucun moyen de passer outre au refus de consentement du mineur à adopter. Son refus constitue donc une véritable fin de non-recevoir[65].

[61] Articles 350 et 367-3 du Code civil.
[62] Article 367 du Code civil.
[63] Article 367-2 du Code civil.
[64] Articles 356 et 367-3 du Code civil.
[65] Ravarani, op. cit., n° 69.

8.1.3.1.1.2 Conditions ayant trait au consentement de tiers

Différents tiers doivent se voir demander leur consentement à l'adoption, dont le refus peut cependant être, le cas échéant, vaincu.

Personnes ayant qualité pour consentir à l'adoption

En cas d'adoption plénière par l'un des époux de l'enfant de son conjoint, le consentement de ce conjoint à l'adoption est nécessaire, à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté[66].

Lorsque la filiation de l'enfant mineur à adopter est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption[67]. Si elle n'est établie qu'à l'égard de l'un de ses auteurs, c'est à celui-ci de donner son consentement[68]. Si elle n'est établie à l'égard d'aucun de ses auteurs, le consentement est à recueillir, après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant[69], auprès de l'administrateur public de l'enfant, qui est nommé par le juge des tutelles s'il n'a ni père ni mère qui l'aient volontairement reconnu[70].

Lorsque, en cas de filiation établie à l'égard du père et de la mère de l'enfant, l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit[71]. Lorsque, en cas de filiation établie à l'égard du père et de la mère, les deux sont décédés, ou sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou ont perdu leurs droits d'autorité parentale ou lorsque, en cas de filiation établie à l'égard de l'un d'eux seulement, celui-ci est décédé, se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou a perdu ses droits d'autorité parentale, alors le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant[72].

Lorsque les personnes ayant qualité pour consentir à l'adoption mentionnées ci-avant (donc les père et mère de l'enfant à l'égard desquels la filiation est établie, le conseil de famille ou l'administrateur public) renoncent à ce droit en faveur d'un service d'aide sociale ou d'une œuvre d'adoption créés par la loi ou reconnus par arrêté grand-ducal, ce service ou cette œuvre obtient le droit de garde de l'enfant, ainsi que celui de choisir l'adoptant et de donner le consentement à l'adoption[73].

[66] Article 348 du Code civil.
[67] Articles 351 et 367-3 du Code civil.
[68] Articles 351-1 et 367-3 du Code civil.
[69] Articles 351-2 et 367-3 du Code civil.
[70] Articles 390 alinéa 2 et 413 du Code civil.
[71] Articles 351-1 et 367-3 du Code civil.
[72] Articles 351-2 et 367-3 du Code civil.
[73] Articles 351-3 et 367-3 du Code civil.

Possibilité de passer outre au refus de consentement

a) Si les père et mère refusent le consentement

Lorsque, en cas de filiation établie à l'égard des père et mère de l'enfant à adopter, les deux refusent de consentir à l'adoption ou lorsque, en cas de filiation établie seulement à l'égard d'un d'eux, ce dernier refuse de consentir, alors le tribunal n'a, aucun pouvoir d'appréciation pour constater le caractère éventuellement abusif de ce refus et de prononcer néanmoins l'adoption, même si elle lui paraît être dans l'intérêt de l'enfant[74].

Les adoptants peuvent cependant dans ce cas faire éventuellement constater l'abandon de l'enfant par ses père et mère[75]. Cette procédure suppose que l'enfant ait été recueilli par un particulier, une œuvre privée ou un service d'aide sociale, et que les parents se soient manifestement désintéressés de l'enfant pendant l'année qui précède la demande. Le législateur précise que sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs et que la simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon. Il s'agit certainement d'une matière très délicate dans laquelle il faut également prendre en compte l'attitude plus ou moins coopérative de la famille d'accueil[76]. La loi précise cependant que l'abandon n'est pas déclaré si, au plus tard au cours de la procédure, un membre de la famille demande à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de l'enfant. La famille par le sang reçoit ainsi un droit prééminent de reprendre à tout moment l'enfant en faisant obstacle à la déclaration d'abandon[77] . L'abandon envisagé est donc un abandon objectif, supposant un état d'abandon à l'égard de l'ensemble de sa famille[78]

Par l'effet de l'abandon, il est passé outre au refus de consentement des père et mère et l'adoption est prononcée si, par ailleurs, les conditions posées par la loi sont remplies[79].

[74] Ravarani, op.cit., n° 70.
[75] Articles 352 et 267-3 du Code civil.
[76] Ravarani, op.cit., n° 73.
[77] Doc. parl. n° 2895, p. 7.
[78] Ravarani, op.cit., n° 74 et 110.
[79] Idem, op.cit., n° 75.

b) Si l'un des père et mère donne son consentement, et l'autre le refuse

Lorsque la filiation est établie à l'égard des père et mère et que l'un donne son consentement à l'adoption, alors que l'autre le refuse, celui qui consent peut demander au tribunal de passer outre à ce refus et de prononcer l'adoption[80].

Ce cas de figure se présente en particulier en cas de refus par un des époux de consentir à l'adoption plénière de son enfant par le nouveau mari de son ex-épouse[81]. Il s'agit d'une question délicate pour l'appréciation de laquelle le législateur ne fournit pas de critères formels[82]. Dans le cadre de cette question se pose également celle de savoir si le parent qui refuse le consentement désire réellement conserver des relations suivies avec l'enfant – ce qui est exclu en cas d'adoption plénière, par l'effet de laquelle tous les liens familiaux du parent avec l'enfant cessent du point de vue légal[83].

c) Si un autre tiers refuse de consentir

Lorsque l'adoption ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du conseil de famille ou d'une tierce personne investie du droit de consentir à l'adoption (administrateur public ; service d'aide sociale ou œuvre d'adoption ayant, suite à une procédure d'abandon, reçu le droit de consentir à l'adoption[84]), et que ce conseil ou cette personne refuse abusivement de le donner, la personne qui se propose d'adopter peut demander au tribunal de passer outre et de prononcer l'adoption[85].

S'agissant du consentement du conjoint à l'adoption par l'autre conjoint de l'enfant du premier, la loi ne paraît pas permettre au tribunal de passer outre un refus de consentement[86].

8.1.3.1.2 Conditions de l'adoption simple

8.1.3.1.2.1 Critères de fond de l'adoption simple

L'adoption simple suppose également l'existence de justes motifs et d'avantages pour l'adopté[87].

---

[80] Articles 354 et 367-3 du Code civil.
[81] Ravarani, op.cit., n° 78 et 110.
[82] La loi de 1989 ne reprend plus, sur cette question, l'ancien critère de l'abandon subjectif de l'enfant par le parent qui refuse le consentement (Idem, n° 110).
[83] Idem, n° 110.
[84] Articles 352 et 367-3 du Code civil.
[85] Articles 354, alinéa 2, et 367-3 du Code civil.
[86] L'article 354, deuxième alinéa, du Code civil, en visant « *une tierce personne investie du droit de consentir à l'adoption* » paraît, de par son libellé, viser exclusivement les personnes dont il est question aux articles 351-2 à 352 du Code civil.

Comme les effets de l'adoption simple sont moins radicaux que ceux de l'adoption plénière, l'appréciation des justes motifs et des avantages pour l'adopté s'effectue le cas échéant moins sévèrement que s'agissant de l'adoption plénière, qui porte forcément sur des enfants. Ceci étant, il est admis, du moins en jurisprudence française, que l'adoption simple entre adultes doit toujours avoir pour but principal de créer un rapport de filiation[88].

Conditions dans le chef des adoptants

a) Nombre des adoptants

Contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple peut être demandée par une personne seule[89].

Elle peut également être demandée par deux personnes, à condition que celles-ci soient mariées[90]. Elle ne peut donc ni être demandée par deux personnes vivant en partenariat, ni, à plus forte raison, par deux personnes vivant en concubinage, que ce soit dans des relations hétéro- ou homosexuelles.

b) Absence de principe d'exigence de l'état de personne mariée de l'adoptant

Il n'est pas exigé que l'adoptant soit marié, sauf si l'adoption est demandée par deux personnes, celles-ci devant alors être mariées[91].

c) Indifférence de l'existence dans le chef des adoptants d'enfants légitimes, naturels ou adoptifs

Comme en matière d'adoption plénière, il importe peu que l'adoptant ait déjà des enfants légitimes, naturels ou adoptifs[92].

d) Conditions d'âge dans le chef des adoptants

Si l'adoption simple est demandée par une personne seule, celle-ci doit être âgée de plus de vingt-cinq ans[93].

---

[87] Article 343 du Code civil, qui, comme l'ensemble des articles 343 à 356 du Code civil, traite formellement de l'adoption simple, son applicabilité à l'adoption plénière n'étant que la suite d'un renvoi effectué par l'article 367-3 du Code civil.
[88] JCL Art. 343 à 370-3, fasc. 30, op.cit., n° 7.
[89] Article 344 du Code civil.
[90] Article 345, premier alinéa, du Code civil.
[91] Articles 344 et 345, premier alinéa, du Code civil.
[92] Article 347 du Code civil.
[93] Article 344 du Code civil.

Si elle est demandée par deux époux, comme en matière d'adoption plénière, l'un doit être âgé de vingt-cinq ans au moins et l'autre de vingt et un ans au moins[94] et aucune condition d'âge n'est requise lorsqu'il s'agit de l'adoption par l'un des époux de l'enfant de son conjoint[95].

L'on notera que, contrairement à l'adoption plénière, aucune condition n'est prévue s'agissant d'une différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté.

Conditions dans le chef de l'adopté

a) Conditions d'âge

Comme en matière d'adoption plénière, l'adopté doit être âgé, au moment de la demande, d'au moins trois mois[96].

En revanche, contrairement à l'adoption simple, aucun âge maximal n'est prévu, l'adoption simple pouvant même porter sur des majeurs.

b) Absence d'une adoption antérieure

Suivant l'article 349 du Code civil, également applicable en matière d'adoption simple, une personne déjà adoptée ne peut plus être adoptée sauf en cas de décès du ou des premiers adoptants.

Ce texte a cependant été jugé non-conforme à la Constitution, et plus précisément à l'article 10bis de la Constitution, instituant le principe d'égalité de traitement, par la Cour constitutionnelle[97]. Cette non-conformité existe dans la mesure où le texte exclut, sauf le cas de prédécès du ou des adoptants, la possibilité pour une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière de faire également l'objet d'une adoption simple. L'espèce concernait un père biologique dont l'enfant avait fait l'objet d'une adoption plénière par des époux tiers. Ce père biologique voulait adopter son enfant au moyen d'une adoption simple. L'article 349 du Code civil lui en faisait défense. Or, un enfant « légitime », donc un enfant issu d'une filiation légitime ou légitimé – ce qui veut dire en somme un enfant de personnes mariées – peut faire l'objet d'une adoption simple par un tiers : une filiation adoptive simple peut donc s'ajouter à la filiation légitime. En revanche, en raison de l'article 349 du Code civil une filiation adoptive simple ne peut pas s'ajouter à une filiation adoptive plénière. Ceci pose problème dans la mesure où la loi, à savoir l'article 368 du Code civil, assimile la filiation adoptive plénière à la filiation légitime. Il y

[94] Article 345 premier alinéa du Code civil.
[95] Article 345 deuxième alinéa du Code civil.
[96] Article 350 du Code civil.
[97] Arrêt n° 25/05 du 7 janvier 2005, Mém. A 2005, p. 74.

a donc différence de traitement (entre un enfant légitime dont l'adoption simple par un tiers est envisagée et un enfant adopté de façon plénière dont l'adoption simple par un tiers est envisagée). La Cour constitutionnelle considère que si cette différence de traitement repose sur un critère objectif – à savoir d'avoir ou de ne pas avoir fait l'objet d'une adoption plénière – et qu'elle est rationnellement justifiée – à savoir par le souci de sauvegarder, par la prohibition des adoptions successives, la stabilité des liens de la parenté adoptive et ainsi l'intérêt de la personne adoptée, qui constitue la finalité de l'adoption – elle est cependant disproportionnée – le législateur ayant dû, suivant la Cour, prévoir, à côté du décès du ou des premiers adoptants, d'autres causes graves qui anéantissent l'objectif de la prohibition des adoptions successives (la sauvegarde de la stabilité des liens de la parenté adoptive) et qui peuvent justifier une seconde adoption dans l'intérêt de l'enfant.

c) Consentement de l'adopté

Comme en matière d'adoption plénière, si l'adopté a plus de quinze ans il doit consentir personnellement à son adoption[98].

8.1.3.1.2.2 Conditions ayant trait au consentement de tiers

Personnes ayant qualité pour consentir à l'adoption

En cas d'adoption simple par une personne mariée et non séparé de corps d'un tiers ou de l'enfant de son conjoint, le consentement du conjoint est nécessaire, à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté[99].

En cas d'adoption simple d'un mineur, les consentements des père et mère, respectivement de l'administrateur public, du conseil de famille ou du service d'aide sociale ou de l'œuvre d'adoption s'étant vu accorder, par renonciation ou par constat d'abandon, le droit de consentir à l'adoption, sont requis dans des conditions équivalentes à ce qui a été vu ci-avant au sujet de l'adoption plénière. Dans ce cas, le caractère abusif du refus de consentir est apprécié en fait de façon plus sévère en raison des effets moins importants de l'adoption simple par rapport à ceux de l'adoption plénière[100].

En cas d'adoption simple d'un majeur, les consentements de ces personnes ne sont plus nécessaires[101].

[98] Article 356 du Code civil.
[99] Article 348 du Code civil.
[100] Ravarani, op.cit., n° 116.
[101] Idem et articles 351 à 354 du Code civil, qui se réfèrent à l'enfant mineur.

En revanche, si l'adopté est marié, son adoption simple suppose le consentement de son conjoint, à moins que celui-ci ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou qu'il n'y ait séparation de corps[102].

Possibilité de passer outre au refus de consentement

S'agissant du cas de l'adoption simple d'un mineur et du consentement requis dans ce cas de la part de ses père et mère, respectivement de l'administrateur, du conseil de famille ou du service d'aide sociale ou de l'œuvre d'adoption s'étant vu accorder, par renonciation ou par constat d'abandon, le droit de consentir à l'adoption, les règles sont identiques à celles vues ci-avant en matière d'adoption plénière.

S'agissant de l'adoption simple par une personne mariée et non séparée de corps d'un tiers ou de l'enfant de son conjoint et du consentement requis dans ce cas de la part de son conjoint, il ne semble, pour les motifs exposés ci-avant au sujet de l'adoption plénière, pas y avoir possibilité de passer outre un refus de consentement.

Cette même conclusion paraît s'appliquer en ce qui concerne l'adoption simple d'une personne mariée et du consentement requis dans ce cas de la part de son conjoint[103].

8.1.3.2 Effets de l'adoption[104]

Il convient de distinguer les effets de l'adoption plénière de ceux de l'adoption simple.

8.1.3.2.1 Effets de l'adoption plénière

Les effets de l'adoption plénière sont bien résumés par l'article 368 du Code civil, qui dispose que « *l'adoption* [plénière] *confère à l'adopté et à ses descendants les mêmes droits et obligations que s'il était né du mariage des adoptants. Cette filiation se substitue à sa filiation d'origine, et l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang* […] ».

[102] Article 355 du Code civil.
[103] Ravarani, op. cit., n° 116.
[104] La présentation des effets de l'adoption s'inspire de Ravarani, op.cit., n° 80 à 90 et 117 à 129.

8.1.3.2.1.1 Intégration dans la nouvelle famille

Autorité parentale

Les adoptants sont seuls investis, à l'égard de l'adopté mineur, de tous les droits d'autorité parentale[105].

Noms et prénoms de l'adopté

En cas d'adoption par deux époux, le nom conféré à l'adopté est déterminé selon les règles nouvelles de droit commun en la matière applicables au choix du nom de l'enfant par les père et mère de ce dernier[106], prévues par l'article 57 du Code civil, tel que modifié par la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants[107] : l'enfant peut, au choix des époux adoptants, recevoir le nom de l'époux adoptant ou celui de l'épouse adoptante ou leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux ; au cas où les deux époux adoptants ou l'un d'entre eux ont un nom composé de deux noms, ils peuvent choisir de ne conférer à leur enfant qu'un seul des noms composant leurs noms respectifs ; en cas de désaccord entre les époux adoptants sur le nom à attribuer à l'enfant celui-ci porte le nom ou le premier nom de l'épouse adoptante ou le nom ou le premier nom de l'époux adoptant, accolés dans l'ordre défini par tirage au sort par l'officier de l'état civil.

Le législateur ajoute cependant que le choix du nom de l'adopté doit s'effectuer dans le respect de l'unicité du nom des enfants communs des adoptants[108].

En cas d'adoption par une personne mariée de l'enfant de son conjoint, l'adopté garde son nom[109]. Le tribunal peut cependant, sur demande, conférer le nom de l'adoptant et/ou de son conjoint à l'adopté conformément au droit commun en la matière, prévu par l'article 57 du Code civil[110]. Si l'enfant à adopter est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis[111]. L'enfant âgé de plus de treize ans doit donc donner son consentement à un changement de son nom, mais il n'a, tant qu'il n'est pas âgé de plus de quinze ans, pas qualité pour donner son consentement à l'adoption elle-même[112].

---

[105] Ravarani, op.cit., n° 82.
[106] Article 368-1 du Code civil, tel que modifié par la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants.
[107] Mém. A 2005, p. 3758.
[108] Article 368-1 du Code civil.
[109] Idem.
[110] Idem.
[111] Idem.
[112] Article 356 du Code civil.

Sur demande du ou des adoptants, le tribunal peut modifier les prénoms de l'adopté[113], sans qu'il ne soit à cet égard formellement prévu la possibilité pour l'enfant à adopter d'exprimer son consentement et ce quelque soit son âge[114].

Droits successoraux

L'adopté plénière a dans la succession de ses parents adoptifs les mêmes droits que des enfants légitimes et cet également du point de vue fiscal[115].

Obligations alimentaires

Les obligations alimentaires entre les adoptants et l'adopté sont identiques à celles existant entre parents et enfants par le sang[116].

Nationalité de l'adopté

Le mineur, donc toute personne âgée de moins de dix-huit ans, ayant fait l'objet d'une adoption, qu'elle soit plénière ou simple, par un Luxembourgeois obtient la nationalité luxembourgeoise, de même que le mineur dont l'adoptant à l'égard duquel la filiation est établie acquiert ou recouvre la nationalité luxembourgeoise[117].

Confection d'un acte de naissance « propre »

En cas d'adoption, le dispositif du jugement ou de l'arrêt prononçant l'adoption est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, respectivement, si ce dernier est né à l'étranger ou si le lieu de naissance est inconnu, sur les registres de l'état civil de la Ville de Luxembourg[118]. La transcription ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'adopté[119]. Elle tient lieu d'acte de naissance de l'adopté[120]. Si elle ne révèle donc pas la filiation biologique, elle dévoile cependant qu'il y a eu adoption, puisqu'elle ne constitue par hypothèse pas un acte de naissance ordinaire, mais la transcription d'un jugement[121].

---

[113] Article 368-1 du Code civil.
[114] En fait, le tribunal ne manquera toutefois sans doute pas de s'assurer de ce consentement.
[115] Ravarani, op.cit., n° 84.
[116] Idem, n° 83.
[117] Article 2 de la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise. L'article 2, 2°, deuxième tiret, de cette loi prévoit qu'obtient également la nationalité luxembourgeoise le mineur dont l'adoptant à l'égard du quel la filiation est établie a lui-même obtenu la nationalité luxembourgeoise par suite de l'adoption par un Luxembourgeois.
[118] Article 1042 du Nouveau code de procédure civile.
[119] Idem.
[120] Idem.
[121] Ravarani, op.cit., n° 87.

Mention du jugement ou de l'arrêt d'adoption est transcrite en marge du véritable acte de naissance de l'adopté, révélant sa filiation biologique[122]. Ce dernier est revêtu de la mention « adoption »[123]. Il ne peut en être délivré copie que sur l'autorisation du président du tribunal d'arrondissement[124].

Irrévocabilité de l'adoption plénière

L'adoption plénière est, contrairement à l'adoption simple, irrévocable[125].

Établissement d'une filiation différente

Lorsqu'une filiation est établie par un acte ou par un jugement postérieurement au dépôt de la requête en adoption, elle reste sans effet, à moins que la demande en adoption ne soit retirée ou rejetée[126].

8.1.3.2.1.2 Perte des liens avec la famille d'origine

L'adopté « *cesse d'appartenir à sa famille par le sang* »[127].

Il n'y a que deux exceptions.

La première concerne les prohibitions au mariage entre ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne, entre frère et sœur et les alliés au même degré et entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu[128].

La deuxième concerne les dispositions pénales applicables aux ascendants et descendants : le parricide, donc le meurtre des père et mère[129] ; les coups et blessures sur ascendant ou descendant[130] ; les circonstances aggravantes à charge des ascendants en cas d'attentat à la pudeur ou viol[131], respectivement prostitution et traite des êtres humains[132] ; l'immunité pénale en cas de vol entre ascendants et descendants[133], étendue par la jurisprudence à l'abus de confiance et à l'escroquerie.

[122] Article 1042 du Nouveau code de procédure civile.
[123] Idem.
[124] Idem.
[125] Article 368-3 du Code civil.
[126] Article 368-2 du Code civil.
[127] Article 368 du Code civil.
[128] Idem, renvoyant aux articles 161 à 164 du Code civil, l'article 164 disposant qu'il est loisible au Grand-Duc de lever, pour des causes graves, les prohibitions en question.
[129] Article 395 du Code pénal.
[130] Article 409 du Code pénal.
[131] Article 377 du Code pénal.
[132] Article 380 du Code pénal.
[133] Article 462 du Code pénal.

8.1.3.2.2 Effets de l'adoption simple

8.1.3.2.2.1 Intégration dans la famille nouvelle

Autorité parentale

L'adoptant est seul investi, à l'égard de l'adopté mineur, de tous les droits d'autorité parentale, y compris celui d'administrer les biens[134].

Noms et prénoms de l'adopté

Les effets sont similaires à ceux de l'adoption plénière[135].

L'adoption confère à l'adopté le nom de l'adoptant.

En cas d'adoption par deux époux, le nom conféré à l'adopté est déterminé par les règles applicables en cas ce choix des noms de l'enfant par les parents.

En cas d'adoption simple par un époux, le tribunal peut, dans le jugement d'adoption, décider, du consentement du conjoint de l'adoptant, que le nom de ce dernier est conféré à l'adopté.

En cas d'adoption par une personne mariée de l'enfant de son conjoint, l'adopté garde son nom, mais le tribunal peut, sur demande, conférer le nom de l'adoptant et/ou de son conjoint à l'adopté, l'adopté devant, s'il est âgé de plus de treize ans, donner son consentement personnel.

Sur demande du ou des adoptants, le tribunal peut modifier les prénoms de l'adopté.

Droits successoraux

L'adopté et ses descendants ont dans la famille de l'adopté les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime[136].

Par exception, l'adopté et ses descendants n'ont cependant pas la qualité de réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant[137] ; il existe un droit de retour légal en cas de décès de l'adopté sans descendants, ni conjoint survivant, des biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession qui existent encore en nature

[134] Article 360 du Code civil.
[135] Voir sur cette question l'article 359 du Code civil.
[136] Article 363 du Code civil.
[137] Idem.

lors du décès : ces biens retournent à l'adoptant ou à ses descendants[138] ; si du vivant de l'adoptant, l'adopté décède et que ses descendants décèdent à leur tour sans laisser de postérité, l'adoptant peut reprendre les biens qu'il avait donné à l'adoptant et qui existent encore en nature[139].

Du point de vue fiscal[140], une distinction est opérée entre différentes catégories d'adoptés simples : certains sont assimilés à des descendants légitimes, donc ne sont pas redevables de droits de succession (adoptés issus d'un premier mariage du conjoint de l'adoptant et leurs descendants ; adoptés pupilles de la nation ou orphelins de guerre et leurs descendants ; adoptés qui au cours de leur minorité et pendant six années ou moins auront reçu de l'adoptant des secours et des soins non interrompus et leurs descendants ; adoptés dont l'adoption aura été demandée avant qu'ils n'aient atteint l'âge de seize ans et leurs descendants) ; tous ceux qui ne sont pas spécialement énumérés par la loi, dont les adultes, souvent adoptés pour des raisons successorales[141], sont redevables de droits de succession d'un taux de 9 %, soit le taux applicable aux neveux et nièces.

Obligations alimentaires

Les obligations alimentaires sont amoindries par rapport à l'adoption plénière : l'adopté et ses descendants doivent des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin[142] ; l'adoptant doit des aliments à l'adopté et à ses descendants ; si l'adopté meurt sans laisser de descendants, sa succession est tenue envers l'adoptant qui, lors du décès, se trouve dans le besoin[143].

Limitation du lien de parenté entre l'adopté simple et la famille de l'adoptant

Contrairement à l'adoption plénière, qui intègre complètement l'adopté dans la famille de l'adoptant, cette intégration n'est pas complète en matière d'adoption simple : le lien de parenté résultant de l'adoption simple se crée entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, mais non entre l'adopté et ses descendants et les ascendants et collatéraux de l'adoptant[144].

[138] Article 364 du Code civil.
[139] Idem.
[140] Article III de la loi du 13 juillet 1959 modifiant le régime de l'adoption, modifiée par la loi du 9 décembre 1963, non abrogée quant à ses dispositions fiscales (Mém. 1959, p. 805 ; Mém. 1963, p. 999).
[141] Ravarani, op.cit., n° 126.
[142] Donc, contrairement à ce qui vaut pour l'adopté plénière, non à l'égard des ascendants de l'adoptant (cf. article 205 du Code civil).
[143] Article 362 du Code civil.
[144] Article 361 du Code civil et Ravarani, op.cit., n° 119.

Cette limitation s'illustre également s'agissant de l'applicabilité de la législation relative à la protection de la jeunesse[145], des dispositions pénales applicables aux ascendants et descendants[146] et les prohibitions au mariage[147].

Nationalité de l'adopté

Le mineur ayant fait l'objet d'une adoption par un Luxembourgeois obtient de ce fait la nationalité luxembourgeoise, peu importe qu'il s'agisse d'une adoption plénière ou simple[148]. La Commission juridique de la Chambre des Députés précise que « *cette modification terminologique tient compte, voire anticipe la réforme du droit d'adoption luxembourgeois projetée et qui consiste notamment en l'abolition de la distinction entre l'adoption simple et l'adoption plénière* »[149]. En revanche, le majeur qui fait l'objet d'une adoption simple n'obtient pas la nationalité luxembourgeoise par l'effet de l'adoption, mais ne peut l'acquérir que suivant le droit commun[150].

Acte de naissance

Contrairement à l'adoption plénière, il n'y a pas confection d'un nouvel acte qui ne renseigne pas sur la filiation réelle de l'adopté[151].

Révocabilité de l'adoption simple

Contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple peut faire l'objet d'une révocation pour des motifs très graves[152].

Établissement d'une filiation différente

Contrairement à l'adoption plénière, l'établissement d'un lien de filiation postérieur à l'adoption simple est possible. Toutefois dans ce cas, l'adoption conserve tous ses effets et l'établissement de ce lien de filiation n'entraîne ni créance ali-

[145] Article 361 du Code civil.
[146] Idem.
[147] Article 362 du Code civil, qui ne crée de telles prohibitions qu'entre, d'une part, l'adopté et ses descendants et d'autre part, l'adopté, son conjoint, les autres enfants adoptifs de l'adoptant et les enfants de l'adoptant. Il exclut donc de ces prohibitions, contrairement au droit commun, prévu par les articles 161 à 164 du Code civil, applicables en matière d'adoption plénière, les ascendants et collatéraux de l'adoptant.
[148] Doc. parl. n° 5620, p. 2 et 10 ; Doc. parl. n° 5620-2, p. 2 ; Doc. parl. n° 5620-6, p. 5 ; Doc. parl. n° 5620-9, page 14.
[149] Doc. parl. n° 5620-9, Rapport de la Commission juridique du 17 septembre 2008), page 14, sous Article 2.
[150] Doc. parl. n° 5620-2, p. 2 et Doc. parl. n° 5620-9, page 14.
[151] Ravarani, op.cit., n° 121.
[152] Articles 366 du Code civil et 1045 du Nouveau code de procédure civile.

mentaire, ni droit de succession en faveur des parents d'origine[153]. Le but de cette disposition est d'écarter tout calcul égoïste de parents d'origine qui tenteraient, postérieurement à l'adoption, de se procurer des avantages pécuniaires par le biais d'une reconnaissance ou d'une légitimation de l'enfant adopté[154].

8.1.3.2.2.2 Maintien des relations avec la famille d'origine

Contrairement à l'adoption plénière, en matière d'adoption simple « *l'adopté reste dans sa famille d'origine* »[155]. Il y conserve tous ses droits et obligations, notamment ses droits héréditaires[156]. Les prohibitions au mariage s'appliquent, comme en matière d'adoption plénière, entre l'adopté et sa famille d'origine[157]. L'obligation de fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère[158]. Cependant, les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant[159].

8.1.4 Sur les questions soumises à la C.N.E.

8.1.4.1 Coexistence de deux régimes d'adoption (adoption simple/plénière)

Le droit civil luxembourgeois, issu du Code civil napoléonien, se rapproche traditionnellement des droits civils belges et français, qui en sont également issus.

Les droits tant français[160] que belge[161] actuel continuent de faire coexister adoption simple et adoption plénière.

Ce constat est surtout significatif pour ce qui est du droit belge, qui a récemment procédé à une refonte complète de la matière par une loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, complété par l'adoption d'un Code de droit international privé par une loi du 16 juillet 2004, comportant également des dispositions en matière d'adoption[162], et par une loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du

[153] Article 366 du Code civil.
[154] Ravarani, op.cit., n° 127, citant les travaux préparatoires.
[155] Article 358 du Code civil.
[156] Idem.
[157] Idem.
[158] Article 362, dernier alinéa, du Code civil : donc néanmoins à l'exclusion des autres ascendants.
[159] Idem.
[160] Articles 360 à 370-1 du Code civil français.
[161] Article 343, § 2, du Code civil belge : « *Il existe deux sortes d'adoption : l'adoption simple et l'adoption plénière* ». Dispositions communes aux deux sortes d'adoption : Articles 344.1 à 352 du Code civil belge ; dispositions propres à l'adoption simple : Articles 353.1 à 354.3 du Code civil belge.
[162] Béatrice Bertrand, Isabelle Lammerant et Michel Verwilghen, Les lignes de faîte de la réforme du droit belge de l'adoption, Revue trimestrielle de droit familial, 2006, p. 15 et suivantes.

Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe[163]. Or, le droit belge issu de cette réforme a maintenu la distinction, similaire au droit luxembourgeois, entre une adoption simple de majeurs et de mineurs et d'une adoption plénière de mineurs, l'adoption plénière rompant les liens juridiques entre l'enfant et la famille d'origine pour l'intégrer pleinement dans la famille adoptive, tandis que l'adoption simple maintient juridiquement l'adopté et ses descendants dans la famille d'origine tout en créant des liens de filiation et de parenté à l'égard des seuls adoptants[164]. Non seulement l'adoption simple est maintenue, mais elle est même dans une certaine mesure revalorisée, en ce que les parties et le tribunal sont dorénavant obligés de motiver le choix qu'ils font entre l'adoption simple et l'adoption plénière d'un enfant[165].

Le droit allemand connaît depuis une réforme du 2 juillet 1976 deux formes d'adoption : une adoption de mineurs qui, à l'instar de l'adoption plénière du droit luxembourgeois, intègre l'adopté entièrement dans la famille de l'adoptant et le détache complètement de ses parents d'origine et une adoption réservé aux majeurs qui correspond à l'adoption simple de notre droit[166].

Le droit néerlandais ne connaît qu'une adoption de mineurs et ignore l'adoption de majeurs. Cette dernière est de type « adoption plénière » en ce qu'elle met fin aux relations avec la famille d'origine, sauf le cas d'adoption par le conjoint, le partenaire enregistré ou le concubin du père ou de la mère biologique de l'enfant de ce dernier et sous réserve d'un droit de visite des parents par le sang[167]. Il n'y a donc pas d'adoption simple.

Le droit suisse ne connaît à son tour qu'une adoption plénière de mineurs, réservée seulement dans des conditions restrictives à des majeurs. Elle emporte pratiquement tous les effets de la filiation ordinaire et, abstraction faite d'une adoption par le conjoint d'un parent de l'adopté, elle efface la filiation antérieure, sauf les empêchements à mariage qui en découlaient. Les parents par le sang perdent donc, en principe, tout droit à entretenir des relations personnelles avec l'adopté[168]. Il n'y a donc pas non plus d'adoption simple.

Le droit du Royaume-Uni ne prévoit qu'une adoption de mineurs qui a l'effet d'une adoption plénière, puisqu'elle intègre l'enfant complètement dans la famille

---

[163] Fleur Collienne, L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste ?, Revue trimestrielle de droit familial, 2006, p. 963 et suivantes.
[164] Lammerant, Ottevaere, Verwilghen, Le nouveau droit fédéral de l'adoption, op.cit., p. 88.
[165] Idem, p. 89 et 97.
[166] JCL Droit comparé, Allemagne, fasc. 2, par Eva Werner, (8,2001), n° 152 , 165 et 173 à 176 ; Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, V° Deutschland, p. 42-43 (novembre 2007).
[167] Bergmann/Ferid, op.cit., V° Niederlande, p. 48 (novembre 2007).
[168] JCL Droit comparé, Suisse, fasc. 2, par Olivier Guillod (2,1998), n° 114 et 119 ; Bergmann/Ferid, op.cit., V° Schweiz, p. 48.

de l'adoptant et met fin aux rapports avec la famille d'origine. Le récent « Adoption and Children Act 2002 » a cependant élargi et assoupli les conditions préalables à l'adoption afin de respecter les droits des parents biologiques désireux de partager leur statut avec leurs nouveaux conjoints[169]. Il n'y a donc pas d'adoption simple.

Le droit des États-Unis d'Amérique, qui n'est pas uniforme, chaque État définissant ses propres règles en la matière, permet l'adoption de mineurs et souvent également de majeurs. Ses effets sont essentiellement semblables à l'adoption plénière en droit français, belge ou luxembourgeois : elle intègre l'enfant dans sa famille adoptive à tous points de vue et coupe les liens avec sa famille biologique. Il y a quelques exceptions, par exemple, dans le cas, relativement fréquent où le mari d'une femme qui a déjà un enfant d'un mariage précédent ou naturel désire adopter l'enfant[170]. Il n'y a donc pas, en principe, d'adoption simple.

Sans vouloir à ce stade déduire une conclusion trop formelle de ce rapide survol, il en découle que l'adoption simple continue à avoir sa place dans un certain nombre de législations, et ce tout particulièrement dans celles qui prévoient l'adoption de majeurs[171].

8.1.4.2 Adoption (plénière) par des personnes seules – Droit comparé, droit constitutionnel, Droits de l'Homme

En droit luxembourgeois actuel, la personne qui se propose de procéder à une adoption plénière doit effectuer cette démarche ensemble avec son époux[172]. Une adoption par une personne seule n'est prévue que dans le cas particulier de l'adoption par un époux au profit de l'enfant de son conjoint[173]. En revanche, une personne seule peut demander l'adoption simple[174].

Il se pose la question du maintien de cette restriction. Elle se pose d'autant plus au regard de l'arrêt *Wagner c. Luxembourg* de la Cour européenne des droits de l'homme, du 28 juin 2007, dans lequel le Luxembourg a été condamné pour ne pas avoir reconnu une adoption plénière prononcée à l'étranger au profit d'une célibataire[175].

---

[169] JCL Droit comparé, Grande-Bretagne, fasc. 1, mise à jour 2008, n° 159 à 164 ; Bergmann/Ferid, op. cit., V° Grossbritannien, p. 66.
[170] JCL Droit comparé, États-Unis d'Amérique, fasc. 1, par Peter Herzog, (8,1998), n° 122.
[171] Luxembourg, France, Belgique et Allemagne.
[172] Article 367 du Code civil.
[173] Article 367-1 du Code civil.
[174] Article 344 du Code civil.
[175] Cour européenne des droits de l'homme, Première Section, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, Requête n° 76240/01.

8.1.4.2.1 Droit comparé

L'arrêt *Wagner c. Luxembourg* contient certaines indications de droit comparé. Il peut y être lu :

> « ***Quant à la capacité des célibataires de réaliser une adoption dans le droit des États membres***
>
> *66. Parmi les quarante-six États membres du Conseil de l'Europe, aucun n'interdit de manière absolue l'adoption par les célibataires.*
>
> *67. L'Irlande et l'Italie acceptent l'adoption par les célibataires dans des situations très exceptionnelles. L'Islande et la Lituanie autorisent les célibataires à adopter un enfant dans des « circonstances exceptionnelles ».*
>
> *68. Un deuxième groupe de pays admet l'adoption par des célibataires, mais seulement si certaines conditions sont remplies. Ainsi, en Arménie, seules les femmes célibataires peuvent adopter ; à Malte, un célibataire ne peut pas adopter un enfant de sexe féminin.*
>
> *69. Dans un troisième groupe de pays, comprenant le Luxembourg, l'adoption par les célibataires est admise de façon générale, mais leur capacité d'adopter est limitée à une adoption sans rupture des liens familiaux avec la famille d'origine. Ainsi, en Géorgie, en Lituanie et en Russie, l'adoption par un célibataire ne rompt pas les liens de filiation avec l'auteur d'origine de sexe opposé à celui de l'adoptant.*
>
> *70. Dans les autres pays européens, l'adoption par les célibataires est permise sans aucune limitation.* »

En droit français[176], belge[177], allemand[178], néerlandais[179], suisse[180] et dans le droit du Royaume-Uni[181] l'adoption plénière de mineurs peut être demandée par des personnes seules. Aux États-Unis d'Amérique, l'adoption plénière de mineurs peut également être demandée dans beaucoup d'États par des individus non mariés. Il est cependant requis, dans le cadre d'un couple marié que l'adoption soit alors demandée par le couple, et non par un membre seulement du couple[182].

[176] Article 343-1 du Code civil français.
[177] Article 343 du Code civil belge.
[178] JCL Droit comparé, Allemagne, op.cit., n° 161.
[179] Bergmann/Ferid, V° Niederlande, p. 48.
[180] JCL Droit comparé, Suisse, op.cit., n° 116 : la personne seule doit alors être âgée de plus de trente-cinq ans.
[181] Bergmann/Ferid, V° Grossbritannien, op.cit., p. 79: Sec 51 du "Adoption and Children Act 2002" .
[182] JCL Droit comparé, États-Unis d'Amérique, op.cit., n° 126 ; Bergmann/Ferid, V° USA, p. 47.

Il s'ensuit que le droit luxembourgeois se trouve dans cette question – à tort ou à raison – dans une situation minoritaire.

8.1.4.2.2 L'adoption plénière par des célibataires est-elle imposée par la Constitution ?

Dans le cadre de l'affaire *Wagner* la Cour constitutionnelle était invitée à répondre aux questions de savoir si l'article 367 du Code civil, qui permet à un couple marié d'adopter de façon plénière un enfant et interdit implicitement l'adoption plénière par une personne célibataire, est contraite à l'article 11 (3) de la Constitution qui dispose que « *l'État garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille* » et à l'ancien article 11 (2) de la Constitution, devenu depuis une révision du 29 avril 1999 l'article 10bis de la Constitution, qui dispose que « *Les Luxembourgeoise sont égaux devant la loi* ».

La Cour constitutionnelle a donné à ces deux questions une réponse négative[183].

S'agissant de la conformité de la prohibition de l'adoption plénière par des célibataires à l'article 11 (3) de la Constitution, elle constate que le droit naturel, qui est celui découlant de la nature humaine et existe même sans texte de loi, comporte, appliqué à la famille, le droit à procréation et à la communauté de vie et que l'adoption est une filiation de substitution qui prend son fondement dans le droit positif et non dans le droit naturel. Elle en déduit que la détermination des conditions de l'adoption, dont la l'exclusion des célibataires de l'adoption plénière, relève de la loi et non du droit naturel.

S'agissant de la conformité de la prohibition à l'ancien article 11 (2), devenu l'article 10bis, de la Constitution, elle constate que la différence de traitement entre gens mariés et célibataires au regard de la possibilité d'adopter de façon plénière est légitime « *comme s'appuyant sur une distinction réelle découlant de l'état civil des personnes, sur une garantie accrue au profit de l'adopté par la pluralité de détenteurs de l'autorité parentale dans le chef des gens mariés et sur une proportionnalité raisonnable du fait que l'adoption simple reste ouverte au célibataire dans le respect des exigences de forme et de fond prévues par la loi* ».

8.1.4.2.3 L'adoption plénière par des célibataires est-elle imposée par la Convention européenne des droits de l'homme ?

Si la Cour européenne des droits de l'homme condamne le Luxembourg dans l'affaire *Wagner c. Luxembourg* et si elle y précise même :

[183] Cour constitutionnelle, 13 novembre 1998, arrêt n° 2/98, Mém. A 1998, p. 2500.

> « *en la matière la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, une étude de la législation des États membres révèle que l'adoption par les célibataires est permise sans limitation dans la majorité des quarante-six pays* »[184],

il ne faut sans doute pas en déduire de façon trop rapide que la Cour considère que le fait de ne pas consacrer cette possibilité dans sa législation mettrait un État en contravention à la Convention européenne des droits de l'homme. Le Luxembourg a été condamné non pas pour ne pas permettre l'adoption plénière par des célibataires dans sa législation interne, mais pour avoir, dans des circonstances particulières de fait caractérisées par la Cour, omis de reconnaître un jugement étranger ayant prononcé une adoption plénière par un célibataire.

Un indice complémentaire que la Convention n'impose, de l'avis de la Cour, pas aux États membres de prévoir l'adoption plénière par des célibataires est fourni par un arrêt important et plus récent de la Cour, rendu en Grande Chambre, l'arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008. La Cour y note, au sujet de la question de l'adoption par une personne célibataire :

> « *Or, si l'article 8 de la Convention ignore cette question, la Cour constate que la législation française accorde quant à elle expressément aux personnes célibataires le droit de demander l'agrément en vue d'adopter et établit une procédure à cette fin. Dès lors, la Cour estime que les circonstances de l'espèce tombent, à n'en pas douter, sous l'empire de l'article 8 de la Convention. En conséquence, l'État, qui est allé au-delà de ses obligations découlant de l'article 8 en créant pareil droit, ce qui lui est loisible de faire en application de l'article 53 de la Convention, ne peut, dans la mise en application de ce dernier, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14* »[185].

La Cour précise ainsi que la Convention, et plus particulièrement la base légale susceptible de fonder une telle obligation, à savoir l'article 8 de celle-ci[186], n'oblige pas de consacrer le droit pour des célibataires d'adopter et que l'État qui consacre néanmoins un tel droit va au-delà de ses obligations nées de la Convention.

---

[184] Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, Requête n° 43546/02, § 129, p. 37.
[185] § 49 de l'arrêt, p. 17-18 (c'est nous qui soulignons).
[186] Consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale.

8.1.4.2.4 Les enseignements de l'arrêt *Wagner c. Luxembourg*

S'il ne peut donc pas être déduit de l'arrêt *Wagner c. Luxembourg* qu'il implique une obligation de prévoir l'adoption plénière par des célibataires, il se pose la question de savoir quelles conséquences il devrait néanmoins avoir.

Pour répondre à cette question il faut se rappeler que l'arrêt sanctionne le Luxembourg pour avoir omis de reconnaître un jugement étranger prononçant une adoption plénière au profit de la demanderesse, qui est célibataire, mais ce dans des circonstances de fait particulières, dont notamment : existence d'une pratique antérieure de reconnaissance de tels jugements au Luxembourg sur laquelle la requérante a pu fonder une confiance légitime; fait que dans les circonstances de l'espèce le jugement d'adoption étranger avait crée des liens familiaux, de surcroît par rapport à un enfant qui avait été recueilli dans un orphelinat, donc qui était dépourvu de famille par le sang ; application trop stricte par les juridictions luxembourgeoise de ses règles de droit international privé.

La Cour reste ainsi fidèle à sa méthode, qui consiste non pas à procéder à un contrôle abstrait des normes de droit interne, mais à apprécier leurs effets concrets sur la situation des requérants[187].

L'arrêt se fonde en particulier sur le fait qu'il n'y avait pas projet d'adoption par un célibataire au Luxembourg, mais que l'affaire concernait la reconnaissance au Luxembourg d'une adoption déjà prononcée à l'étranger. Elle évoque ainsi le « *statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* »[188]. L'arrêt s'insère de la sorte dans la jurisprudence de la Cour suivant laquelle chaque fois que celle-ci constate l'existence de liens familiaux réels et effectifs, et ce même en dehors de tout lien biologique, elle reconnaît l'existence d'une « vie familiale » digne de protection[189].

Il ne saurait, dans ce contexte de la reconnaissance au Luxembourg d'un jugement d'adoption étranger, pas non plus être conclu qu'il y aurait à la suite de l'arrêt automatiquement lieu de reconnaître un tel jugement dès qu'il y a existence d'une vie familiale au sens de la Convention[190].

Ce que l'arrêt paraît particulièrement critiquer c'est la réponse assez formaliste donnée par les juridictions luxembourgeoises à la question de la reconnaissance : celles-ci se sont finalement limitées, sans même envisager la question du respect de

[187] Patrick Kinsch, note sous l'arrêt en question, publié à la Revue critique de droit international privé, 2007, p. 814 et suivantes, voir p. 817.
[188] § 133 de l'arrêt.
[189] Collienne, op.cit., p. 983.
[190] Kinsch, op.cit., p. 819.

l'ordre public ou d'autres considérations, à vérifier si le jugement étranger d'adoption avait appliqué la loi désignée par la règle de conflit de lois luxembourgeoise en matière d'adoption, définie par l'article 370 du Code civil, à savoir la loi nationale de l'adoptant. Cette loi ayant été en l'occurrence la loi luxembourgeoise, qui ne prévoit pas l'adoption plénière par un célibataire, la reconnaissance du jugement était, en substance, refusée sans autre motif.

Ce qui paraît donc être essentiellement en cause, c'est le mécanisme de contrôle des jugements d'adoption étrangers. La question est depuis 2002 réglée dans les rapports entre le Luxembourg et les nombreux États contractants par la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale[191].

En dehors de ce contexte, la reconnaissance du jugement étranger était, en l'espèce, effectuée suivant des critères qui avaient été fixés au cours des années 1960 par la jurisprudence de la Cour de cassation française[192]. Or, cette jurisprudence a entre-temps été sérieusement assouplie en France, le critère qui avait en l'espèce justifié le rejet de la reconnaissance (à savoir le respect par la juridiction étrangère de la loi désignée par la règle de conflit de lois luxembourgeoise) ayant été abandonné[193].

Bref, et sans vouloir dans ce cadre approfondir davantage cette question, l'arrêt *Wagner c. Luxembourg* paraît imposer une modification non des règles de fond de droit interne de l'adoption, mais des critères de reconnaissance des jugements étrangers d'adoption, en particulier l'abandon du contrôle de la loi appliquée par le juge étranger[194]. Si une modification législative était de ce chef envisagée, elle pourrait s'inspirer de la réforme du droit de l'adoption en Belgique, dans le cadre de laquelle ont également été précisées les conditions de la reconnaissance de jugements étrangers d'adoption[195].

8.1.4.2.5 Prévision de l'adoption d'enfants par une personne seule par la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) du 27 novembre 2008

Le Conseil de l'Europe a, le 27 novembre 2008, ouvert à la signature des États qui souhaitent l'adopter la Convention européenne en matière d'adoption des enfants

[191] Convention approuvée par une loi du 14 avril 2002 (Lois spéciales, V° Adoption).
[192] L'arrêt Munzer : Cour de cassation française, première chambre civile, 7 janvier 1964 : voir Kinsch, op.cit., p. 815 et note de bas de page 1.
[193] L'arrêt Cornelissen : Cour de cassation française, 20 février 2007 : Kinsch, op.cit., p. 815 et note de bas de page 2.
[194] Voir, en ce sens, Kinsch, op.cit., p. 822.
[195] Lammerant, Ottervaere, Verwilghen, Le nouveau droit fédéral de l'adoption, op.cit., p. 128 et suivantes.

(révisée). Celle-ci fait suite à la Convention européenne du même nom, datée du 24 avril 1967, que le Luxembourg a signée, mais non ratifiée. Elle prévoit, dans son article 7, l'adoption plénière[196] d'un enfant par une personne seule en disposant à cet effet :

Article 7 – Conditions de l'adoption

« 1. La législation permet l'adoption d'un enfant :

[…]

b. par une seule personne. […] ».

8.1.4.3 Adoption (plénière) par des couples non mariés de sexe différent

Le droit luxembourgeois actuel ne permet l'adoption, qu'elle soit d'ailleurs plénière[197] ou simple[198], que par un couple marié : « *Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes, si ce n'est par deux époux* »[199]. Il le refuse donc à un couple uni par un partenariat au sens de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats[200] et à plus forte raison à de simples concubins.

Le droit français, qui prévoit, ainsi qu'il a été vu ci-avant, l'adoption par une personne seule, exige cependant, comme le droit luxembourgeois actuel en cas d'adoption par un couple, que ce couple soit marié[201]. Lors de la réforme du droit de l'adoption, en 1996, il avait été proposé d'instaurer la possibilité d'adoption conjointe pour les concubins ayant deux ans de vie commune. Cette proposition a cependant été rejetée[202]. Cette solution n'a pas non plus été modifiée par la loi ayant institué le pacte civil de solidarité (PACS)[203].

Le droit belge suite à ses réformes de 2003 et 2006 ouvre l'adoption tant simple que plénière par un couple, outre aux époux, également à ce qu'il définit comme étant des « cohabitants ». Ce terme est défini comme étant : « *deux personnes ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes qui vivent en-*

[196] Voir l'article 11 de la Convention et le Rapport explicatif, point 63 : « *La Convention révisée s'applique surtout à l'adoption « plénière » (qui est une forme d'adoption qui rompt tous les liens avec la famille d'origine), sans pour autant empêcher les États qui pratiquent l'adoption «simple » (qui ne rompt pas les liens avec la famille d'origine de sorte que l'enfant adopté n'est pas entièrement intégré à sa famille adoptive) de continuer de le faire* ».
[197] Article 367 du Code civil.
[198] Article 349 du Code civil.
[199] Idem, texte également applicable en matière d'adoption plénière par l'effet de l'article 367-3 du Code civil.
[200] Mém. A 2004, p. 2020 ; texte également reproduit en partie dans : Lois spéciales, V° État civil, p. 38 et suivantes.
[201] Article 346 du Code civil français ; JCL Art. 343 à 370-2, fasc. 10, op.cit., n° 16.
[202] JCL Art. 343 à 370-2, fasc. 10, op.cit., n° 16 : loi n° 96-604 du 5 juillet 1996.
[203] Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

semble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté ou d'alliance entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi »[204]. Le terme recouvre donc, d'une part, la cohabitation légale, donc le « PACS » ou partenariat belge[205], et, d'autre part, une cohabitation de fait.

Le droit allemand ne prévoit que l'adoption par un couple marié[206].

Le droit néerlandais admet, depuis 2001, l'adoption par deux personnes non mariées[207].

Le droit suisse exige, en revanche, que le couple adoptant soit marié[208].

Le droit du Royaume-Uni permet, depuis 2002[209], l'adoption par un « couple », donc non nécessairement par un couple marié[210].

Aux États-Unis d'Amérique, suivant les données disponibles, deux membres d'un couple non marié ne paraissent pas pouvoir conjointement adopter un enfant. Mais dans les États dans lesquels l'adoption par une personne est autorisée on se serait demandé si une personne qui vit avec une autre personne de sexe opposé peut effectuer une adoption. La question paraît controversée et aurait dans quelques décisions reçu une réponse affirmative si l'adoption était conforme aux meilleurs intérêts de l'enfant[211].

8.1.4.4 Adoption (plénière) par des couples non mariés de même sexe

Le droit luxembourgeois actuel, qui ne conçoit l'adoption plénière que par des époux, respectivement dans le cadre du mariage, s'oppose à une adoption par un couple de même sexe.

---

[204] Article 343, § 1, b), tels que modifiés par les loi du 24 avril 2003, 27 décembre 2004 et 18 mai 2006.
[205] Institué par une loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale.
[206] JCL Droit comparé, Allemagne, fasc. 2, n° 161 ; Bergmann/Ferid, op.cit., V° Deutschland, p. 42-43.
[207] Bergmann/Ferid, op.cit., V° Niederlande, p. 48.
[208] JCL Droit comparé, Suisse, fasc. 2, op. cit., n° 116.
[209] Adoption and Children Act 2002.
[210] Bergmann/Ferid, op.cit., V° Grossbritannien, p. 79; JCL Droit compare, Grande-Bretagne, fasc. 1, mise à jour 2008, n° 159 à 164.
[211] JCL Droit comparé, États-Unis d'Amérique, fasc. 1, op.cit., n° 127. (Cet ouvrage remonte à 1998, donc ne relate pas nécessairement les données actuelles)

8.1.4.4.1 Droit comparé

Le droit français ne permet, ainsi qu'il a été vu ci-avant, l'adoption par un couple que si ce couple est marié. En revanche, il connaît, ainsi qu'il a également été évoqué ci-avant, l'adoption par une personne seule. Aucun texte ne dispose que la personne qui adopte seul doit être hétérosexuelle ou qu'elle doit vivre seul. Rien n'empêche donc, au regard de ces seuls textes, un membre d'un couple de même sexe de faire une demande d'adoption. Toutefois, pour pouvoir adopter en France un mineur qui est pupille de l'État ou qui doit être adopté dans le cadre d'une adoption internationale il faut se faire agréer au préalable par l'administration[212]. C'est dans ce cadre qu'il est arrivé que l'administration et, sur recours, les juridictions administratives ont, motif tiré de l'intérêt supérieur de l'enfant, refusé des agréments de personnes homosexuelles[213]. Deux de ces affaires au moins ont eu l'honneur de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans une première, l'affaire *Fretté c. France*[214] du 26 février 2002, la France n'a pas encore été condamnée de ce chef. Mais elle vient de l'être dans le cadre d'une affaire plus récente, dont l'arrêt a été de surcroît rendu par une Grande Chambre, à savoir l'affaire *E.B. c. France*, mentionné ci-avant, du 22 janvier 2008. L'on y reviendra ci-après.

Le droit belge prévoit par l'effet d'une loi du 18 mai 2006 l'adoption, simple ou plénière, par des couples de même sexe[215], qu'ils soient mariés ou cohabitent simplement (étant précisé que le droit belge a ouvert en 2003 le mariage à des personnes de même sexe[216]). Cette loi dispose qu'il y a lieu de biffer à l'article 343, paragraphe 1er, du Code civil dans l'énumération des adoptants les mots « *de sexe différent* », donc de ne plus lire que les adoptants doivent être « *une personne, des époux de sexe différent ou des cohabitants de sexe différent* », mais qu'elles peuvent être « *une personne, des époux ou des cohabitants* ».

Le droit néerlandais permet depuis avril 2001 aux couples de personnes de même sexe d'adopter, possibilité qui y était cependant jusqu'en 2006 exclue pour des enfants étrangers, l'adoption internationale ayant été, jusqu'à ce moment en tout cas, réservée aux couples hétérosexuels[217].

---

[212] JCL Civil, Art. 343 à 370-2, fasc. 20, par Claire Neirinck, (2,2003), n° 23 et suivants.
[213] JCL Art. 343 à 370-2, fasc. 10, op.cit., n° 21 et suivants.
[214] Cour européenne des droits de l'homme, Ancienne Troisième Section, 26 février 2002, *Fretté c. France*, Requête n° 3651/97.
[215] Collienne, op.cit., p. 963 : Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe (Moniteur belge du 20 juin 2006 ; loi également reproduite dans la Revue trimestrielle de droit familial, 2006, p. 816).
[216] Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (Moniteur belge du 28 février 2003).
[217] Collienne, op.cit., p. 964. Il s'agit d'une loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1er avril 2001 (Bergmann/Ferid, op.cit., V° Niederlande, p. 48). Collienne, dont l'article remonte à 2006, fait cependant

Le Royaume-Uni prévoit cette même possibilité depuis l'entrée en vigueur l'« Adoption and Children Act 2002 »[218].

Il en est de même, depuis 2002, de la Suède[219], du Québec[220] et, depuis l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe dans ce pays en juin 2005, de l'Espagne[221].

Le Danemark, la Norvège et l'Islande admettent, à certaines conditions, l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de son parent[222].

Aux États-Unis d'Amérique seuls deux membres d'un couple marié peuvent conjointement adopter un enfant. Mais là où l'adoption par une personne est autorisée on s'est demandé si une personne qui vit avec une autre personne même du même sexe peut effectuer une adoption. Quelques décisions individuelles paraissent avoir admis une adoption dans ce cas, bien que la question resterait controversée[223].

Le droit suisse ne permet pas l'adoption par des couples de même sexe[224].

Dans le cadre de cette évolution il y a lieu de citer une résolution adoptée par le Parlement européen en 1994, invitant les États-membres « *à mettre un terme à (…) toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parent ou bien d'adopter ou d'élever des enfants* »[225].

8.1.4.4.2 Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme avait à se prononcer récemment à deux reprises sur la légalité, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement au regard de la combinaison des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 (interdiction de discrimination), de décisions françaises refusant l'agrément à l'adoption de mineurs.

état d'un projet de loi dont l'objet est l'extension de cette possibilité à l'adoption internationale. Il n'est donc pas exclue que le droit néerlandais ait été entre-temps adapté sur ce point.

[218] Collienne, op.cit., p. 964.

[219] Idem, p. 965 : il s'agit d'une loi du 5 juin 2002, entrée en vigueur le 1er février 2003.

[220] Idem : il s'agit d'une loi du 24 juin 2002.

[221] Idem, p. 964-965.

[222] Idem, p. 965.

[223] JCL Droit comparé, États-Unis d'Amérique, fasc. 1, op.cit., n° 127 (ouvrage remontant cependant à 1998).

[224] JCL Droit comparé, Suisse, fasc. 2, op.cit., n° 116.

[225] Collienne, op.cit., p. 965.

Dans la première de ces affaires, l'arrêt *Fretté c. France*, du 26 février 2002, elle a décidé, à une courte majorité de quatre voix contre trois qu'il n'y avait pas violation par les motifs suivants :

« *37. La Cour rappelle qu'elle a considéré que la décision mise en cause par le requérant reposait de manière déterminante sur l'homosexualité déclarée de celui-ci. Si les autorités compétentes ont également eu égard à d'autres circonstances, elles apparaissent comme secondaires.*

38. Selon la Cour, il est indéniable que les décisions de rejet de la demande d'agrément poursuivaient un but légitime : protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption, pour laquelle l'octroi d'agrément constitue en principe une condition préalable. Il reste à savoir si la deuxième condition, l'existence de la justification d'un traitement différencié, se trouve elle aussi remplie.

39. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (Thlimmenos précité, § 44).

40. Cependant, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir notamment les arrêts Petrovic précité, pp. 587-588, § 38, et Rasmussen c. Danemark, 28 novembre 1984, série A n° 87, p. 15, § 40).

41. Force est de constater qu'il n'existe pas un tel dénominateur commun dans ce domaine. Même si la majorité des États contractants ne prévoient pas explicitement l'exclusion des homosexuels de l'adoption lorsque celle-ci est ouverte aux célibataires, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des États contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un État démocratique. La Cour estime normal que les autorités nationales, qui se doivent aussi de prendre en considération dans les limites de leurs compétences les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans ces domaines. Étant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction

internationale pour évaluer les sensibilités et le contexte locaux. Dès lors que les questions délicates soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque État (voir, mutatis mutandis, arrêts Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1364, § 44, et Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France [GC], n° 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII). Pareille marge d'appréciation ne saurait cependant se transformer en reconnaissance d'un pouvoir arbitraire à l'État et la décision des autorités reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de l'article 14 de la Convention.

42. Comme le soutient le Gouvernement, sont ici en cause les intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés. Le seul fait qu'il n'y ait pas, dans le cadre de la demande d'agrément, d'enfant précisément identifié, ne saurait impliquer l'absence de tout intérêt concurrent. L'adoption est « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » et l'État doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables. La Cour rappelle à cet égard qu'elle a déjà considéré que, lorsqu'un lien familial est établi entre un parent et un enfant, « une importance particulière doit être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent » (arrêts E.P. c. Italie, n° 31127/96, § 62, 16 novembre 1999, ainsi que Johansen c. Norvège, 7 août 1996, Recueil 1996-III, p. 1008, § 78). Force est de constater que la communauté scientifique – et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues – est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, compte tenu notamment du nombre restreint d'études scientifiques réalisées sur la question à ce jour. S'ajoute à cela les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales, sans compter le constat de l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes. Dans ces conditions, les autorités nationales, notamment le Conseil d'État en se fondant entre autres sur les conclusions pondérées et circonstanciées de la commissaire du Gouvernement, ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels. Si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux États et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l'équilibre voulu, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité.

43. En bref, la justification avancée par le Gouvernement paraît objective et raisonnable et la différence de traitement litigieuse n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention. »

Dans l'affaire ultérieure, *E.B. c. France*, du 22 janvier 2008, la Cour, siégeant en Grande Chambre, condamne dans une espèce similaire, également par une courte majorité de dix voix contre sept, la France pour violation des mêmes dispositions. Si la Cour s'efforce de souligner les différences qui existeraient entre les deux espèces[226], cette argumentation ne saurait totalement convaincre, ainsi que l'exprime le juge LOUCAIDES dans son opinion dissidente : « *je me dois de souligner que l'arrêt dans la présente affaire constitue un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt Fretté c. France (n° 36515/97). Les efforts déployés pour distinguer la présente affaire de Fretté sont, d'après moi, voués à l'échec et superflus dès lors que la question clé dans l'une et l'autre affaires, selon l'approche retenue par la majorité, est en substance identique* »[227].

Dans l'affaire *E.B. c. France,* une demande d'agrément à l'adoption présentée par une femme faisant état de son orientation sexuelle lesbienne et vivant en couple avec sa compagne avait été rejetée par l'administration et les juridictions françaises pour deux motifs, le premier ayant été tiré en substance de son orientation sexuelle, qui préjudicierait à l'intérêt de l'enfant à adopter en raison de l'absence d'un référent paternel, et le second ayant été tiré de l'absence de soutien de sa compagne pour son projet d'adoption.

La Cour considère que la France a ainsi violé l'article 8, combiné à l'article 14 de la Convention par les motifs suivants :

« *94. La Cour rappelle que le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire (paragraphe 49 ci-dessus), ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle, ce qui n'est pas contesté. Compte tenu de cette réalité du régime légal interne, elle considère que les raisons avancées par le Gouvernement ne sauraient être qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément opposé à la requérante.*

95. Elle note enfin que les dispositions pertinentes du code civil restent muettes quant à la nécessité d'un référent de l'autre sexe, cette dernière ne dépendant de toute façon pas des orientations sexuelles du parent célibataire adoptif. En l'espèce, qui plus est, la requérante présentait, pour reprendre les termes de l'arrêt du Conseil d'État, « des qualités humaines et éducatives certaines », ce qui servait assurément l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents (paragraphes 29-31 ci-dessus).

[226] Voir le § 71, p. 22.
[227] Voir page 40 de l'arrêt.

96. Compte tenu de ce qui précède, force est donc de constater que les autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention (voir l'arrêt Salgueiro da Silva Mouta, précité, § 36).

97. En conséquence, compte tenu de ce qu'elle a indiqué au paragraphe 80 ci-dessus, la Cour estime que la décision litigieuse est incompatible avec les dispositions de l'article 14 combiné avec l'article 8.

98. Partant, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. »

La Cour considère donc, en substance, que si le droit interne prévoit l'adoption par une personne seule, il ne peut sans discrimination refuser celle de demandeurs individuels d'adoption qui sont homosexuels, même s'ils cohabitent en couple.

8.1.4.4.3 Implications possibles de l'arrêt *E.B. c. France* en ce qui concerne l'adoption par des homosexuels

À bien comprendre l'arrêt, il n'implique pas que les États devraient prévoir l'adoption par des homosexuels, ni d'ailleurs, ainsi qu'il a été vu ci-avant, par des célibataires.

Cependant si un État prévoit l'adoption par des célibataires, il ne saurait la refuser à des célibataires homosexuels, puisqu'il opérerait alors « *une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention* »[228].

L'arrêt évoque la « *réalité du régime légal interne* » qui, en autorisant l'adoption d'un enfant par un célibataire ouvre ainsi la voie à l'adoption par une personne homosexuelle, et relève que les dispositions pertinentes du code civil restent muettes « *quant à la nécessité d'un référent de l'autre sexe* », ce qui constituait en l'espèce un des motifs de refus de l'agrément.

Faut-il y voir la suggestion d'une voie médiane conciliant l'admission de principe de l'adoption par des célibataires et le refus de l'adoption par des célibataires lorsque ceux-ci, outre d'être homosexuels, vivent dans un couple du même sexe ? Il serait sans doute aléatoire de le soutenir. En réalité, aux yeux de la Cour il paraît être contradictoire d'admettre par principe et en droit l'adoption par des célibatai-

[228] § 96 de l'arrêt.

res tout en la refusant par exception et en fait pour cause d'absence de référent de l'autre sexe lorsque le célibataire cohabite avec une personne du même sexe.

Ce point a été bien exposé par le juge COSTA dans son opinion dissidente, lorsque, après avoir rappelé que l'agrément à l'adoption de la requérante avait en l'espèce été refusé notamment au motif qu'il n'y aurait pas de référent masculin ou « paternel » dans son entourage, il précise que ce motif lui paraît illégal en droit français « *car si la loi considère le célibat comme compatible avec l'adoption, c'est méconnaître la loi que d'exiger qu'un célibataire, homme ou femme, ait dans son entourage une personne de l'autre sexe qui serve de « référent » (pour reprendre le jargon bureaucratico-psychologique)* »[229].

8.1.4.4.4 Incidences d'une ouverture éventuelle du mariage à des couples du même sexe

Le droit luxembourgeois réserve l'adoption plénière à des couples mariés. La législation sur l'adoption ne précise pas que le mariage ne se conçoit qu'entre des personnes de sexe différent. Cette conclusion découle de l'article 144 du Code civil, précisant l'âge que doit avoir l'homme et la femme pour se marier, et confirmant ainsi implicitement que le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme et une femme.

Cette conclusion ne va cependant pas nécessairement de soi. En effet, le droit belge prévoit, depuis une loi du 13 février 2003, que le mariage peut être contracté entre deux personnes de même sexe[230]. Et le Conseil d'État luxembourgeois avait, dans son avis sur le projet de loi relatif aux effets légaux de certains partenariats, suggéré à son tour de reprendre cette solution en droit luxembourgeois[231].

Or, si le mariage était ainsi redéfini, l'adoption serait, sauf modification de texte, automatiquement autorisée pour des couples mariés de même sexe.

Le législateur belge avait au départ précisé, au regard de la possibilité nouvelle d'un mariage entre un couple de même sexe, que l'adoption supposait cependant un couple marié de sexe différent. Cette restriction a cependant été levée, ainsi qu'il a été vu ci-avant, par la loi du 18 mai 2006[232].

[229] Voir la page 31 de l'arrêt.
[230] L'article 143, premier alinéa, du Code civil belge dispose dorénavant : « *Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage* ».
[231] Doc. parl. n° 4946-3 (Avis du Conseil d'État du 13 janvier 2004), p. 2 à 3.
[232] Collienne, op.cit., p. 964-965.

8.2 L'accouchement anonyme

8.2.1 Sur l'accouchement anonyme en droit luxembourgeois

L'historique de l'institution de l'accouchement anonyme en droit luxembourgeois a été fait dans l'avis 1/2000 de notre Commission sur *les problèmes éthiques et juridiques soulevés par la reconnaissance d'un droit de l'enfant à connaître ses parents biologiques* :

> « *L'article 57 du Code Napoléon, tel qu'il est resté en vigueur jusqu'à la loi du 16 mai 1975, prévoyait que l'officier de l'état civil devait mentionner dans l'acte de l'état civil «les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère ». Cette exigence du législateur de l'époque s'explique par son souci d'établir la filiation des nouveau-nés.*
>
> *En cas de filiation naturelle, une grave difficulté surgissait.*
>
> *En effet, si le père naturel, en personne ou par porteur de procuration spéciale, déclarait à l'officier de l'état civil la naissance de son enfant né hors mariage, 13 son nom était énoncé dans l'acte de naissance et sa déclaration, qualifiée de « spontanée », valait reconnaissance de paternité.*
>
> *En cas de déclaration de naissance par les médecins, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes ayant assisté à l'accouchement, l'officier de l'état civil n'avait pas l'obligation de mentionner le nom du père qui ne lui avait pas été déclaré, mais il devait obligatoirement mentionner les noms et prénoms de la mère naturelle, même contre son gré. Il devait refuser de dresser l'acte de naissance dans les cas où le déclarant ne révélait pas le nom de la mère et il devait porter le fait à la connaissance du Procureur. D'après notre Code pénal, l'accoucheur ou la sage-femme ne pouvait invoquer le secret professionnel de l'article 458 du Code pénal pour taire le nom de l'accouchée.*
>
> *Il y avait donc discrimination entre père et mère naturels.*
>
> *En France, dès 1843, par un arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 1843, la Chambre criminelle avait décidé que le médecin, la sage-femme et les autres personnes, énumérées à l'article 56 du Code civil, tenues de faire la déclaration de naissance, étaient soumises au secret professionnel et ne pouvaient révéler le nom de la mère.*

Le législateur français avait finalement entériné cet état de fait par une loi datant du 22 juillet 1922, complétée par celle du 7 février 1924. Il avait empêché ainsi que l'irrégularité de la naissance ne soit révélée inutilement au public. Le Luxembourg et la Belgique n'avaient pas suivi la jurisprudence et la législation françaises. Le déclarant devait indiquer le nom de la mère naturelle sous peine de poursuites pénales.

Au début des années 1970 certains « accouchements secrets » avaient été tolérés par le Parquet. En effet, devant « l'entêtement » (voir rapport de la Commission juridique du 19 septembre 1974) de l'un ou l'autre médecin arguant du secret professionnel, le Procureur céda et établit un acte, en prenant recours à l'article 58, applicable en fait au cas de l'enfant trouvé. Sur cet arrière-fond, une proposition de loi fut déposée en 1973 pour aligner les textes luxembourgeois sur la législation française, dans le but de « protéger l'enfant adopté d'une curiosité malsaine et faciliter l'adoption des enfants dont les parents sont inconnus ».

Dans l'exposé des motifs, il était indiqué que le but de cette proposition consistait en premier lieu à empêcher les avortements clandestins pratiqués soit au Grand-Duché soit à l'étranger. Le deuxième objectif à atteindre était de faciliter l'adoption des enfants dont les parents sont inconnus.

Certaines réticences à cette proposition de loi s'étaient fait jour, notamment celle consistant à dire que l'adoption de la proposition de loi en dehors du cadre d'une réforme d'ensemble de la législation sur la filiation pourrait aboutir dans certains cas à la constatation officielle d'une filiation adultérine, laquelle était à ce moment-là encore prohibée. Certains voulurent voir dans la modification proposée une possibilité de tourner la procédure d'adoption et la législation sur la nationalité, dans la mesure où tous les enfants naturels déclarés à l'état civil selon la disposition proposée acquerraient d'office la nationalité luxembourgeoise.

Un amendement à la loi avait pour objet de ne permettre l'accouchement secret que dans les hypothèses où il était suivi d'une adoption. Les auteurs de ce projet d'amendement avaient relevé qu'il existait une tendance générale visant à faciliter l'établissement de la filiation naturelle, toute filiation, quelle qu'elle soit, assurant à l'enfant une certaine protection. Il fut relevé qu'une proposition du comité de coopération juridique du Conseil de l'Europe prévoyait la suppression des conditions restrictives de la recherche de la paternité naturelle et la possibilité d'établir la maternité naturelle d'après les indications de l'état civil. Dans le cadre des travaux de ce comité, toutes les délégations – à l'exception des délégations française et luxem-

bourgeoise – s'étaient prononcées contre la procédure de « l'accouchement secret ».

L'amendement, toutefois, n'était pas approuvé. Il est intéressant de noter qu'au moment des débats sur la proposition de loi il ne fut pas fait référence au droit de l'enfant à connaître ses parents biologiques et aux difficultés notamment psychiques que pourrait avoir l'enfant laissé dans l'ignorance de ses origines. Il fut surtout question du souci de protéger la femme dans sa personne et dans sa vie sociale, du souci d'éviter des avortements et du souci de favoriser les adoptions plénières.

La proposition de loi fut votée en 1975 et l'article 57 qui prévoit la possibilité de l'accouchement secret fut incorporé dans notre droit. »[211]

L'Avis précise que l'accouchement anonyme, défini comme l'admission de la possibilité que l'acte de naissance reste muet au sujet de l'identité des parents, n'est connu en Europe, outre au Luxembourg, qu'en France, en Italie et en Espagne, pays dans lequel il serait cependant réservé aux femmes non mariées[212].

La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, approuvée par une loi du 20 décembre 1993[213], dispose dans son article 7 :

« *(1) L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.* […] »

L'avis 1/2000 contient un commentaire interprétant la portée de ce texte :

« *Ce texte appelle différents commentaires :*

- *L'article 7 de la Convention ne définit pas la notion de parents et ne se prononce pas sur une divergence éventuelle entre parents biologiques et légaux.*

[211] Avis 1/2000, point 2.2.1., pages 12 à 14.
[212] Idem, point 1.3.2., page 5. Voir toutefois : Francis Kernalguen, Le droit à l'établissement du lien de filiation, dans : Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, Bruxelles, Bruylant, 2004, page 105, qui ne cite à ce sujet que le Luxembourg, l'Italie et la France. Ce même constat est repris par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Odièvre c. France*, du 13 février 2003, point 19, qui relève qu'en Espagne une décision de la Cour suprême a constaté l'inconstitutionnalité de l'article 47 de la loi sur l'état civil qui offrait la possibilité de faire figurer la mention « de mère inconnue » sur les registres de l'état civil.
[213] Mém. A, 1993, n° 104, page 2189.

• *La Convention consacre le droit des enfants à connaître leurs parents en tant que droit de la personnalité, en relation avec le droit au nom et le droit à la nationalité. L'article 7 établit, par ailleurs, un lien étroit entre le droit de l'enfant à connaître ses parents et le droit d'être élevé par eux.*

• *La question se pose, toutefois, de savoir si le droit de connaître la vérité biologique s'impose avec une force égale dans les cas où les enfants sont privés d'un lien affectif, social et juridique de filiation et ceux dans lesquels ils bénéficient d'un tel lien (cas de l'adoption et cas de la procréation médicalement assistée).*

• *La Convention consacre le droit des enfants à la vérité biologique sans déterminer le contenu précis de cette connaissance et les conséquences à en tirer.*

À l'égard des conséquences, la Convention garde le silence sur le lien éventuel entre la connaissance de la vérité biologique et l'établissement d'un lien juridique de filiation se traduisant pour l'enfant par des droits qu'il peut faire valoir vis-à-vis de ses parents.

• *La Convention consacre, d'autre part, le droit des enfants à la vérité biologique en tant que droit « indivisible » de la personnalité. Elle n'envisage pas que ce droit puisse s'articuler en une pluralité de droits complémentaires tel que celui d'avoir un accès limité à ces données, justifié, par exemple, par des impératifs médicaux.*

• *Quoi qu'il en soit, l'article 7 de la Convention ne considère pas le droit des enfants à la vérité biologique comme un droit absolu, mais le protège seulement « dans la mesure du possible ».*

Le texte ne précise pas si « l'impossibilité » à laquelle il est fait référence trouve son origine dans les circonstances factuelles de la naissance (cas de l'enfant trouvé) ou dans une disposition légale occultant la vérité biologique.

• *L'article 7 établit un lien entre le droit à la vérité biologique et le droit d'être élevé par les parents biologiques.*

On peut se demander si, dans le cas où l'éducation par les parents biologiques est impossible – celui de l'adoption – l'exigence de la

> *connaissance de la vérité biologique ne peut pas se trouver atténuée.* »[214]

Comme ce droit n'est pas compatible avec l'institution de l'accouchement anonyme, le Luxembourg présenta une réserve au moment de ratifier la Convention, commentée comme suit dans l'avis 1/2000 :

> « *Au moment de ratifier cette Convention le Grand-Duché formula notamment la réserve suivante :*
>
> > *« Le Gouvernement luxembourgeois considère que l'article 7 de la Convention ne fait pas obstacle à la procédure légale en matière d'accouchement anonyme qui est considérée comme étant dans l'intérêt de l'enfant, tel que prévu à l'article 3 de la Convention ».*
>
> *La possibilité de formuler une réserve est expressément prévue à l'article 51 de la Convention et conforme à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.*
>
> • *Le Grand-Duché n'est engagé internationalement que sous cette réserve et aucune instance internationale ne saurait lui imposer le retrait de cette dernière.*
>
> • *Pour souligner que la réserve n'est pas incompatible avec l'objet et le but de la Convention, le gouvernement luxembourgeois a indiqué – nous l'avons relevé – que l'accouchement anonyme est considéré comme étant dans l'intérêt de l'enfant au sens de l'article 3 de la Convention.*
>
> • *La réserve luxembourgeoise vise, toutefois, le seul cas de l'accouchement anonyme sans prendre en considération d'autres cas de figure dans lesquels l'ordre juridique national ne garantit pas l'accès des enfants à la vérité biologique.* »[215]

L'Avis 1/2000 relève encore que, du point de vue du droit international, il n'existe pas d'autorité ou de juridiction compétente pour imposer une interprétation contraignante de l'article 7 et que, du point de vue du droit interne, cette disposition ne saurait en soi, faute de procédures et de règles spécifiques qui préciseraient en droit interne les conditions de sa mise en œuvre, permettre à des particuliers de s'en prévaloir[216].

[214] Avis 1/2000, point 2.1.1., pages 7 et 8.
[215] Idem, point 2.1.2., pages 8 et 9.
[216] Idem, point 2.1.3., pages 9 à 12.

Il reste que, nonobstant ces limites du texte et l'existence de la réserve luxembourgeoise, l'incertitude créée par l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant était telle que la Chambre des Députés invita le Gouvernement, suite en particulier à un Rapport critique du Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies, de charger notre Commission d'établir un avis sur la question notamment de la compatibilité de l'accouchement anonyme avec le droit de l'enfant de connaître ses parents biologiques[217].

L'Avis 1/2000, qui fut complété par l'Avis 1/2001 sur *la procréation médicalement assistée* fut le résultat de cette démarche.

Il n'a pas connu de suites législatives.

8.2.2 Sur l'incidence de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

Le Luxembourg approuva par la suite, et cette fois-ci sans réserve, une autre Convention internationale qui consacre à son tour dans le domaine qui le concerne le droit des enfants de connaître leurs parents biologiques. Il s'agit de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants en matière d'adoption internationale, approuvée par une loi du 14 avril 2002[218].

Cette Convention, qui a pour objet d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant dans le respect de ses droits fondamentaux, d'instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et d'assurer la reconnaissance dans les États contractants des adoptions réalisées selon la Convention, s'applique lorsqu'un enfant résidant habituellement dans un État contractant est déplacé dans un autre État contractant pour être, ou avoir été, adopté par une personne y résidant habituellement[219].

Elle comporte certes un article 16, paragraphe 2, disposant que l'Autorité centrale de l'État d'origine de l'enfant, qui est un organe désigné par cet État et chargé notamment de coopérer avec les Autorités centrales des autres États contractants en vue d'assurer la protection des enfants et de réaliser les autres objectifs de la Convention[220], et plus particulièrement de décider si l'enfant est adoptable[221],

[217] Idem, point 1.1., pages 1 à 3.
[218] Mém. A, 2002, n° 50, page 868.
[219] Articles 1 et 2 de la Convention de La Haye.
[220] Article 7 de la Convention en question.
[221] Article 16, paragraphe 1, de la Convention en question.

> « *transmet à l'Autorité centrale de l'État d'accueil son rapport sur l'enfant, la preuve des consentements requis et les motifs de son constat sur le placement, en veillant à ne pas révéler l'identité de la mère et du père, si dans l'État d'origine, cette identité ne peut pas être divulguée* ».

Elle comporte cependant également un article 30, qui dispose :

> « *(1) Les autorités compétentes d'un État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille.*
>
> *(2) Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État.* »

La Convention a fait l'objet d'un rapport explicatif[222].

Il en résulte que « *l'article 30 porte sur deux questions différentes : 1) la collecte et la conservation des informations relatives aux origines de l'enfant et 2) la disponibilité de ces informations ou la possibilité d'y accéder pour l'enfant* »[223]. « *L'article 30 est à considérer avec l'article 16, attendu que les informations qu'il vise sont surtout celles dont on a besoin pour rédiger le rapport sur l'enfant que l'Autorité centrale de l'État d'origine doit transmettre à l'Autorité centrale de l'État d'accueil* »[224].

Au sujet du paragraphe 1, il est notamment relevé que :

> « *L'article 30 concerne les États contractants en général, y compris l'État d'origine, l'État d'accueil ou tout autre État contractant* »[225].
>
> « *Bien que l'on s'accorde à reconnaître l'importance qui s'attache à la conservation des informations sur les origines de l'enfant, on conçoit fort bien que des problèmes pratiques se poseraient pour les États d'origine s'ils devaient garder indéfiniment tous ces éléments.* […] *Il appartient* […] *à l'État qui conserve les informations de déterminer non seulement les informations à conserver, mais aussi la durée de cette conservation.* »[226]

[222] Rapport explicatif de M. G. Parra-Aranguren, publié dans Doc. parl. n° 4820, pages 16 et suivantes.
[223] Point 506 du Rapport.
[224] Point 507 du Rapport.
[225] Point 509 du Rapport.
[226] Point 511 du Rapport.

Au sujet du paragraphe 2, il est notamment constaté :

> « *Le droit de l'enfant à obtenir des renseignements au sujet de ses origines est indiscutable, comme le reconnaît la Convention des Nations Unies (article 7). Toutefois un accès illimité peut être, dans certains cas, contraire au deuxième paragraphe de l'article 3 de la Convention des Nations Unies, qui impose le respect des droits et obligations des parents de l'enfant, entre autres personnes. La question a été soulevée d'emblée au sein de la Commission spéciale, où plusieurs participants ont souligné les inconvénients qu'il y aurait à reconnaître un droit illimité d'information dans certaines circonstances, par exemple, quand une femme célibataire a consenti à l'adoption de son enfant et pourrait souffrir bien des années plus tard de la révélation de son passé à une époque où elle aurait peut être fait un mariage heureux.* »[227]
>
> […]
>
> « *L'article 30 apporte donc certaines restrictions au droit de l'enfant à accéder aux informations concernant son origine* […] »[228].
>
> Il y est fait allusion à la possibilité consistant « *à assurer l'accès non seulement de l'enfant, mais aussi de « son représentant », pour le faciliter, en particulier lorsque l'enfant est mineur* »[229], mais aussi au fait « *que l'accès à l'information sera assuré « avec les conseils appropriés », afin d'éviter le plus possible qu'il ne soit porté tort à l'enfant sur le plan affectif ou de toute autre façon* »[230].
>
> Il est cependant également relevé que « *les États-Unis d'Amérique ont suggéré d'insérer les mots : « si ces informations ne divulguent pas de noms ni d'autres éléments permettant d'identifier les personnes », afin de régler convenablement la question extrêmement sensible de l'identité. La règle doit donc être sans ambiguïté car, comme l'expérience le démontre, dès que l'on connaît le lieu de naissance, la maternité où la naissance a eu lieu, le sexe de l'enfant, etc. il devient extrêmement facile de découvrir l'identité des parents de l'enfant. Certains participants ont néanmoins estimé que cet aspect devrait être réglé par la loi de l'État où les informations sont détenues, sans oublier que l'État d'origine peut éviter toutes difficultés futures éventuelles en ne fournissant pas les informations, comme l'y autorise le paragraphe 2 de l'article 16* »[231].

[227] Point 512 du Rapport.
[228] Point 513 du Rapport.
[229] Point 514 du Rapport.
[230] Point 518 du Rapport.
[231] Point 517 du Rapport (c'est nous qui soulignons).

Au sujet de cet article 16, paragraphe 2, il est précisé que, sur proposition de la Belgique, « *il était suggéré de compléter l'article 16 par le membre de phrase suivant : « si, dans l'État d'origine, l'identité de la mère et/ou du père de l'enfant, ne peut être divulguée, ce rapport n'en fera pas mention. » La proposition a été approuvée. Si l'identité des parents doit être protégée, il ne sera pas possible de donner copie du consentement parental ; dans ce cas, la loi de l'État d'accueil où l'adoption doit s'effectuer devra décider si une simple certification des consentements délivrés par l'Autorité centrale de l'État d'origine suffira ou non sans que les parents soient identifiés.* »[232]

Il résulte de ces dispositions que la Convention de La Haye aménage dans le domaine qui est le sien, à savoir les adoptions internationales, le droit de l'enfant de connaître ses parents d'origine consacré par l'article 7, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant. Elle impose à cet effet une obligation de conservation des informations sur les origines de l'enfant et un droit d'accès de l'enfant à ces informations.

Cette double obligation, de conservation et de mise en œuvre de l'accès aux informations, est en contradiction apparente avec l'institution de l'accouchement anonyme.

La Convention atténue cependant très fortement la portée de ces obligations :

- l'obligation de conservation d'informations ne porte que sur « *les informations* [que les autorités compétentes des États contractants] *détiennent* » ; il s'ensuit que s'il n'est pas prévu, suivant la loi de l'État d'origine de l'enfant, donc de l'État où l'accouchement anonyme a eu lieu, de relever ces informations, les autorités de cet État ne les détiennent forcément pas, donc ne sauraient les conserver ; de plus, l'article 16, paragraphe 2, oblige l'Autorité centrale de l'État d'origine, lorsqu'elle transmet son rapport sur l'enfant à l'Autorité centrale de l'État d'accueil, à veiller « *à ne pas révéler l'identité de la mère et du père, si dans l'État d'origine, cette identité ne peut pas être divulguée* », donc l'empêche de mettre l'État d'accueil en mesure de conserver de telles informations ;

- l'obligation d'assurer l'accès aux informations ne porte forcément que sur celles que les autorités compétentes de l'État contractant « *détiennent* » et ne s'exerce de surcroît que « *dans la mesure permise par la loi de leur État* ».

La Convention paraît dès lors, nonobstant le principe contraire qu'elle consacre, compatible avec un accouchement anonyme qui, par hypothèse, empêche la

[232] Point 323 du Rapport.

conservation de toute information sur les origines de l'enfant et, par voie de conséquence, un droit d'accès à ces informations.

De plus, et en fait, au regard de la réalité des adoptions internationales, le Luxembourg ne sera guère État d'origine d'enfants, accouchés le cas échéant de façon anonyme, qui seraient adoptés par des ressortissants d'autres États contractants. La législation luxembourgeoise de l'accouchement anonyme ne sera donc de toute façon guère mise en cause par cette Convention.

Ceci explique sans doute pourquoi il n'est, dans les travaux préparatoires de la loi d'approbation, fait aucune référence à la problématique de la compatibilité de cette législation avec l'article 30 de la Convention[233].

Ceci étant, nonobstant le domaine restreint de la Convention – celui de l'adoption internationale – et les nombreuses restrictions qu'elle comporte, elle réaffirme néanmoins avec force le souci de la conservation des informations sur l'origine de l'enfant et de l'accès de ce dernier à ces informations.

La Convention, adoptée sans réserve par le Luxembourg, incite ainsi à nouveau à s'interroger sur un aménagement de la législation de l'accouchement anonyme.

8.2.3 Sur l'incidence de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

La Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à devoir se prononcer sur la compatibilité de la législation française en matière d'accouchement anonyme avec la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Pour mieux saisir la portée de l'arrêt, il convient de retracer brièvement le droit français en la matière.

8.2.3.1 Droit français en matière d'accouchement anonyme

La France est, avec le Luxembourg, un des rares pays connaissant l'institution de l'accouchement anonyme.

Celle-ci y remonte à un Edit de Henri II de 1556 et a été successivement reconduit[234].

[233] Voir Doc. parl. n° 4820, 4820-1 et 4820-2.
[234] JCL Civil, Art. 325, 326 et 328, par Frédérique Granet-Lambrechts (8,2006), n° 45.

Elle est aménagée de deux façons différentes qui se cumulent, par des dispositions en matière d'action sociale et par des dispositions en matière de filiation.

8.2.3.1.1 Dispositions en matière d'action sociale

En matière d'action sociale, l'accouchement anonyme était réglementé par l'article 47 du Code de la famille et de l'aide sociale, adoptée par la loi n° 86-17 du 6 janvier 1986[235], devenu par la suite, l'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles.

Ce texte dispose actuellement :

> « *Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. À défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur.*
>
> *Les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé, sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département siège de l'établissement.*
>
> *Sur leur demande ou avec leur accord, les femmes mentionnées au premier alinéa bénéficient d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance.*
>
> *Pour l'application des deux premiers alinéas, aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.*

[235] Idem et n° 46.

Les frais d'hébergement et d'accouchement dans un établissement public ou privé conventionné des femmes qui, sans demander le secret de leur identité, confient leur enfant en vue d'adoption sont également pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département, siège de l'établissement. »

Il fait référence à un article L. 147-6 du même Code. Ce dernier fait partie d'un ensemble d'articles introduits par la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

Cette loi a :

- créé un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, organe placé auprès du ministre chargé des affaires sociales, qui reçoit les demandes d'accès à la connaissance des origines[236] ;

- prévu qu'un enfant adopté ou né sous X peut adresser à cet organe une demande d'accès à la connaissance de ses origines[237] ;

- prévu que le Conseil communique à l'enfant l'identité de la mère et/ou du père seulement s'ils ont accepté de lever le secret[238] ;

- prévu que le Conseil communique des renseignements ne portant pas atteinte à l'identité des père et mère, notamment concernant la santé de ces derniers, des origines de l'enfant et des raisons et circonstances de sa remise au service à l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé et habilité pour l'adoption[239] ;

- refusé d'imposer à la mère l'obligation de fournir des renseignements sur son identité, voire seulement sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance, se limitant à prévoir qu'elle doit être invitée à laisser ces renseignements « *si elle l'accepte* »[240] ;

- disposé que « *l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation ; il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit* »[241].

L'article 147-6, cité par le texte mentionné ci-avant, dispose :

[236] Articles L. 147-1 et L. 147-2 du Code de l'action sociale et des familles.
[237] Article L. 147-2 de ce Code.
[238] Article L. 147-6 de ce Code.
[239] Article L. 147-6 en combinaison avec l'article L. 147-5 de ce Code.
[240] Article L. 226-6, texte reproduit intégralement dans le texte.
[241] Article L. 147-7 de ce Code.

« *Le conseil* [donc le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles] *communique aux personnes mentionnées au 1° de l'article L. 147-2* [à savoir l'enfant lui-même s'il est majeur, son ou ses représentants légaux s'il est mineur et d'accord, son tuteur s'il est majeur placé sous tutelle ou ses descendants en ligne directe majeurs s'il est décédé], *après s'être assuré qu'elles maintiennent leur demande, l'identité de la mère de naissance :*

- s'il dispose déjà d'une déclaration expresse de levée du secret de son identité ;

- s'il n'y a pas eu de manifestation expresse de sa volonté de préserver le secret de son identité, après avoir vérifié sa volonté ;

- si l'un de ses membres ou une personne mandatée par lui a pu recueillir son consentement exprès dans le respect de sa vie privée ;

- si la mère est décédée, sous réserve qu'elle n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant. Dans ce cas, l'un des membres du conseil ou une personne mandatée par lui prévient la famille de la mère de naissance et lui propose un accompagnement.

Si la mère de naissance a expressément consenti à la levée du secret de son identité ou, en cas de décès de celle-ci, si elle ne s'est pas opposée à ce que son identité soit communiquée après sa mort, le conseil communique à l'enfant qui a fait une demande d'accès à ses origines personnelles l'identité des personnes visées au 3° de l'article L. 147-2.

Le conseil communique aux personnes mentionnées au 1° de l'article L. 147-2, après s'être assuré qu'elles maintiennent leur demande, l'identité du père de naissance :

- s'il dispose déjà d'une déclaration expresse de levée du secret de son identité ;

- s'il n'y a pas eu de manifestation expresse de sa volonté de préserver le secret de son identité, après avoir vérifié sa volonté ;

- si l'un de ses membres ou une personne mandatée par lui a pu recueillir son consentement exprès dans le respect de sa vie privée ;

- si le père est décédé, sous réserve qu'il n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant. Dans ce cas, l'un des membres du conseil ou une personne man-

datée par lui prévient la famille du père de naissance et lui propose un accompagnement.

Si le père de naissance a expressément consenti à la levée du secret de son identité ou, en cas de décès de celui-ci, s'il ne s'est pas opposé à ce que son identité soit communiquée après sa mort, le conseil communique à l'enfant qui a fait une demande d'accès à ses origines personnelles l'identité des personnes visées au 3° de l'article L. 147-2.

Le conseil communique aux personnes mentionnées au 1° de l'article L. 147-2 les renseignements ne portant pas atteinte à l'identité des père et mère de naissance, transmis par les établissements de santé, les services départementaux et les organismes visés au cinquième alinéa de l'article L. 147-5 ou recueillis auprès des père et mère de naissance, dans le respect de leur vie privée, par un membre du conseil ou une personne mandatée par lui. »

D'autres textes, en partie redondants par rapport à l'article L. 222-6 cité ci-avant[242], organisent la remise d'un enfant de moins d'un an, par son père, sa mère ou toute autre personne, au service d'aide sociale à l'enfance en vue d'une admission en qualité de pupille de l'État, en conservant le secret de leur identité[243]. Un acte « *tenant lieu d'acte de naissance* » est alors rédigé par un officier d'état civil, en vertu des dispositions de l'article 58 du Code civil[244].

8.2.3.1.2 Dispositions en matière de droit de la filiation

À titre complémentaire, le droit civil français comportait, depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, en matière de filiation une fin de non-recevoir[245] de l'action en recherche de maternité fondée sur le fait que la mère a, lors de l'accouchement, demandé que le secret de son admission et de son identité soit préservé.

Cette solution, formulée dans les articles 341 et 341-1 du Code civil français, avait été adoptée après de vifs débats, tournant notamment sur la compatibilité d'un tel texte avec l'article 7, paragraphe 1, de la Convention relatives aux droits de l'enfant, et la sauvegarde du droit de l'enfant de connaître ses origines[246].

[242] Rapport de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur l'état des droits de l'enfant en France, notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité, dit Rapport Laurent Fabius, du 5 mai 1998, point A, 1., *Le droit contre la connaissance des origines*.
[243] Section 2 du Chapitre IV, du Titre II, du Livre II de la Partie législative du Code de l'action sociale et des familles, intitulée « Admission en qualité de pupille de l'État, composée des articles L. 224-4 à L. 224-8.
[244] Rapport mentionné ci-avant.
[245] Donc un motif qui empêche l'action d'être reçue, donc de la voir examiner par une juridiction.
[246] JCL Civil, mentionné ci-avant, n° 46.

Elle avait été reprise inchangée dans les articles 325 et 326 du Code civil français, lors de la réforme que connut le droit français de la filiation par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

À la suite de cette réforme, le Code civil disposait :

> « ***Article 325***
>
> *À défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326.*
>
> *L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché.*
>
> ***Article 326***
>
> *Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.* »

Une loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation a cependant supprimé, dans l'article 325, premier alinéa, les mots « *sous réserve de l'application de l'article 326* ».

Par cette suppression elle a, tout en réaffirmant la possibilité pour la mère de garder son identité secrète, abandonné la fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité qui en était déduite.

Cette suppression, proposée par le Sénat, était justifiée par le souci de prévenir une éventuelle condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, alors que la décision de la mère d'accoucher sous X élevait une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, il n'existait aucune fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité. Cette discrimination entre hommes et femmes risquait d'être considérée comme contraire à l'article 14 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales[247].

Les auteurs de cette suppression expliquent que celle-ci ne remet pas en cause la possibilité, pour la mère, de demander la préservation du secret de son admission à la maternité et de son identité. Ils ont, à cette fin, maintenu l'article 326.

[247] Rapport n° 145 fait au nom de la commission des Lois du Sénat par le sénateur Henri de Richemont, du 19 décembre 2007, page 46.

Si le fait pour la mère de demander la préservation du secret ne constitue donc plus une fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité, il constitue cependant en fait un obstacle difficilement surmontable pour le bien-fondé d'une telle action :

> « *Dans cette hypothèse, l'enfant ou son représentant légal éprouvera des difficultés pour exercer l'action en recherche de maternité puisqu'il ne saura généralement pas contre qui la diriger, de la même manière que l'action en recherche de paternité est difficile à exercer lorsque la mère ignore l'identité du père.* »[248]

De plus, une telle action, si elle n'est donc plus irrecevable, ne peut cependant pas se fonder, à bien comprendre les textes, sur le résultat d'un éventuel accès aux origines obtenu conformément à la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, puisque l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles dispose toujours :

> « *L'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation ; il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit* ».

La réforme récente paraît donc avoir comme résultat, à employer les termes d'un député qui y était hostile, de « *ne plus interdire les recherches de maternité tout en garantissant que ces recherches ne pourront, en aucun cas, aboutir* »[249].
La France était, parmi les rares pays qui connaissent l'accouchement anonyme, le seul à élever l'accouchement anonyme en fin de non recevoir de l'action en recherche de maternité[250].

Si cette particularité a donc été abandonnée, le dispositif français en matière d'accouchement anonyme est, à tort ou à raison, sujet à critique :

> « *La France se situe nettement en retrait : la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées met bien en place un mécanisme et une procédure destinés en principe à satisfaire la légitime interrogation de l'enfant. Mais entre les droits contradictoires de la mère et de l'enfant le dernier mot est nettement laissé à la mère : la révélation de son identité dépend finalement de sa seule volonté, alors que de surcroît la loi ne lui impose même pas de laisser des informations non-identifiantes. Au résul-*

[248] Idem.
[249] Motivation d'un amendement du député Serge Blisko ainsi résumée dans le Rapport n° 770 fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale par le député Gilles Bourdouleix, du 2 avril 2008, page 34.
[250] Kernalguen, mentionné ci-avant, page 109.

tat le droit à la connaissance des origines apparaît très illusoire (c'est un déni d'origine qui de fait se trouve favorisé). »[251]

En contrepoint de ces critiques, il est fait état en défaveur d'une plus grande extension du domaine de l'exercice du droit de connaître ses origines, du « *risque de déstabiliser de manière préjudiciable la situation des 700 femmes contraintes d'accoucher sous X chaque année, parce qu'elles sont très jeunes ou appartiennent à des milieux qui n'admettent pas les naissances hors mariage* [, qui sont] *presque toujours placées en situation de faiblesse, parfois à la suite d'un refus ou d'une impossibilité de pratiquer une interruption volontaire de grossesse* »[252].

Cette législation n'a pas été jugée contraire par la Cour européenne des droits de l'homme à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

8.2.3.2 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne a dû se prononcer sur la législation française en matière d'accouchement anonyme dans l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003[253].

Dans cette affaire, une personne accouchée sous X en France se plaignait de ne pas avoir pu obtenir la communication d'éléments identifiants sur sa famille naturelle et de l'impossibilité qui en résulta pour elle de connaître son histoire personnelle. Elle invoqua de ce chef une violation de l'article 8 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, consacrant le droit au respect de la vie privée.

La Cour, réunie en Grande Chambre, composition qui souligne l'importance de l'arrêt, considéra qu'il n'y avait pas violation de cette disposition en l'espèce.

L'article 8 de la Convention dispose :

« ***Art. 8. Droit au respect de la vie privée et familiale***

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

[251] Idem, page 110.
[252] Motivation de l'amendement Blisko ainsi motivée dans le Rapport n° 770 de la commission des lois de l'Assemblée nationale, mentionné ci-avant.
[253] Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, Requête n° 42326/98.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

La Cour constata :

- que l'article 8 ne se limite pas à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, donc à commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences, mais qu'il peut lui imposer des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ; que dans les deux cas de figure il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents que l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation[254] ;

- qu'il faut prendre égard au 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[255] (intérêt de l'enfant) ;

- qu'il faut également tenir compte de l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées[256] (intérêt de la mère) ;

- qu'il faut tout aussi tenir compte de la protection des tiers, essentiellement les parents adoptifs et le père ou le restant de la famille biologique[257] (intérêt des tiers) ;

- qu'il ne faut finalement pas omettre de tenir compte de l'intérêt général, à savoir le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages »[258] (intérêt général) ;

- que c'est en rapport avec ces intérêts divergents qu'il convient de résoudre la question posée : le droit de savoir signifie-t-il l'obligation de divulguer ?[259]

[254] Point 41.
[255] Point 43.
[256] Point 44.
[257] Idem.
[258] Point 45.
[259] Idem.

- que cette question « *prend toute sa dimension* » dans l'examen de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État [260] ;

- que cette loi renforce la possibilité de lever le secret de l'identité, qu'elle facilite la recherche des origines biologiques, qu'elle permet aux enfants nés sous X de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de leurs mères sous réserve de l'accord de celle-ci[261] ;

- que cette loi « *tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause* »[262] ;

- que les États doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée[263] ;

- que « *au total,* […] *la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs* »[264] ;

- que, partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Dans le cadre de son raisonnement la Cour releva que « *la maternité secrète est peu connue des législations internes européennes puisque seuls l'Italie et le Luxembourg n'imposent pas légalement aux parents biologiques de faire enregistrer un nouveau-né ou de déclarer leur identité lors de son enregistrement.* »[265].

Elle constate aussi :

> « *La Cour observe que les États contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, au moins sur l'impossibilité à jamais d'établir un lien de filiation à l'égard de sa mère biologique, dans le cas où celle-ci persiste à maintenir le secret de son identité vis-à-vis de l'enfant qu'elle a mis au monde. Elle note cependant que certains pays ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance et que des pratiques d'abandon sont avérées*

[260] Idem.
[261] Point 49.
[262] Idem.
[263] Idem.
[264] Idem.
[265] Point 19.

> *dans plusieurs autres engendrant de nouveaux débats sur l'accouchement anonyme. Elle en déduit que face à la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les États doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction.* »[266]

La Cour reconnaît donc dans l'arrêt en question le droit à la connaissance des origines, fondé sur une interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée. Elle le met cependant en concurrence avec d'autres intérêts, de la mère, de tiers et avec l'intérêt général, tout aussi dignes de protection et abandonne aux États une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la conciliation de ces intérêts divergents, question qu'elle qualifie de complexe et délicate.

Une législation, comme celle actuellement en vigueur dans notre pays, qui sacrifie totalement le droit à la connaissance des origines en cas d'accouchement anonyme ne paraît, nonobstant la marge d'appréciation abandonnée aux États en la matière, pas conforme avec ces exigences, d'une prise en considération à tout le moins partielle de chacun des intérêts en cause.

Il est à renvoyer dans cet ordre d'idées à la conclusion de l'*Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand*, exprimé dans son avis du 15 octobre 2008 au sujet d'une future réforme de la législation relative à l'adoption et à l'accouchement anonyme, suivant laquelle « *on peut penser que la législation luxembourgeoise actuelle viole l'article 8 de la Convention* »[267].

[266] Point 47.
[267] Avis cité, page 13.

9 Bibliographie

Adoption and Children Act, Royaume-Uni, 2002.

B. Bertrand, I. Lammerant et M. Verwilghen, *Les lignes de faîte de la réforme du droit belge de l'adoption*, Revue trimestrielle de droit familial, 2006.

A. Bergmann, M. Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main.

Chambre de Députés, *Travaux préparatoires de la loi luxembourgeoise du 13 juin 1989 portant réforme de l'adoption, Document parlementaire n° 2895*, Luxembourg.

Chambre des Représentants de Belgique, *Document parlementaire DOC 51 0664/008*, 23 novembre 2005.

C.N.E., *Avis 1/2000 sur les problèmes éthiques et juridiques soulevés par la reconnaissance d'un droit de l'enfant à connaître ses parents biologiques*, Luxembourg, 2000.

C.N.E., *Avis 1/2001, La procréation médicalement assistée (P.M.A.)*, Luxembourg, 2001.

Code civil belge.

Code civil français.

Code civil luxembourgeois.

F. Collienne, *L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste ?*, Revue trimestrielle de droit familial, 2006.

Conseil de l'Europe, *Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée)*, adoptée le 27 novembre 2008.

Cour de cassation française, *Arrêt Munzer*, 7 janvier 1964.

Cour de cassation française, *Arrêt Cornelissen*, 20 février 2007.

Cour européenne des droits de l'homme, *Arrêt E.B. c. France* (Requête n° 43546/02), Strasbourg, 22 janvier 2008.

Cour européenne des droits de l'homme, *Arrêt Fretté c. France* (Requête n° 3651/97), Strasbourg, 26 février 2002.

Cour européenne des droits de l'homme, *Arrêt Odièvre c. France* (Requête n° 42326/98), Strasbourg, 13 février 2003.

Cour européenne des droits de l'homme, *Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (Requête n° 76240/01), Strasbourg, 28 Juin 2007.

Jurisclasseur Droit civil, LexisNexis.

Jurisclasseur Droit comparé, LexisNexis.

P. Kinsch, note publiée à la Revue critique de droit international privé, 2007.

I. Lammerant, *De l'adoption et de l'adoption plénière*, Journal des Tribunaux (J.T.), 2004, p. 266.

I. Lammerant, A. Ottevaere et M. Verwilghen, Le nouveau droit fédéral de l'adoption, Revue trimestrielle de droit familial, 2006, p. 77 et suivantes, voir p. 82.

Ombuds-Comite fir d'Rechter vum Kand, *Avis du 15 octobre 2008 au sujet d'une future réforme de la législation relative à l'adoption et à l'accouchement anonyme*, Luxembourg, 2008.

ONU, *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989.

G. Ravarani, *La Filiation*, Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves, n° 75, mars 1990, p. 25.

Jean Zermatten, *L'intérêt Supérieur de l'Enfant – De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique*, Institut International des Droits de l'enfant, Working report 3-2003.

Membres de la Commission Nationale d’Éthique

M. Paul Kremer, président

Dr Catherine Boisanté, vice-présidente

Dr Jacques Arendt

Dr Marcel Bauler

Dr Francis Cerf

Mme Éliane Eicher

Dr Evelyne Friederich

M. Hubert Hausemer

Dr Paul Heuschling

Dr Marianne Hubert

Mme Yvonne Kremmer

Dr Henri Metz

M. John Petry

M. René Schmit

Mme Annick Wurth

Chargé d’études

M. Jean-Claude Milmeister