

L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Sylvie SAROLÉA

*Chargée de cours à l'U.C.L.
Avocate au Barreau de Nivelles*

Table des matières

- A. *Le nouveau visage de l'adoption internationale en droit belge*
 - 1. La double subsidiarité de l'adoption internationale et le choix de l'adoption encadrée
 - 2. Les régimes applicables à l'adoption, à l'adoption internationale et à l'adoption «doublement internationale»
 - 3. La reconnaissance des adoptions internationales
- B. *L'accès à l'adoption selon Strasbourg*
 - 1. L'adoption abordée par le seul biais de la non-discrimination
 - 2. L'arrêt *Fretté* : la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux États en ce qui concerne l'orientation sexuelle
 - 3. L'arrêt *E. et B.* : un refus fondé sur l'orientation sexuelle est discriminatoire
 - 4. L'incidence de l'arrêt *E.B. c. France* sur le droit applicable aux adoptions internationales
- C. *La reconnaissance des adoptions internationales à la lumière de l'arrêt Wagner*
 - 1. La protection des liens adoptifs sous l'angle de l'article 8 : les principes
 - 2. L'affaire *Wagner* : la procédure luxembourgeoise
 - 3. L'arrêt *Wagner* et les implications procédurales de l'article 8
 - 4. L'arrêt *Wagner* et la protection des liens adoptifs
 - 5. L'arrêt *Wagner* et l'interdiction des discriminations injustifiées
 - 6. *DIP v. droit de l'homme* : réalisme *versus* dogmatisme?
 - 7. *DIP et droit de l'homme* : les instruments conjuguant les intérêts
 - 8. Les implications de l'arrêt *Wagner* sur le droit belge de l'adoption internationale

La législation belge relative à l'adoption a été modifiée de fond en comble par la loi du 24 avril 2003 entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005⁽¹⁾.

⁽¹⁾Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 16 mai 2005, vig. 1^{er} septembre 2005, telle que modifiée par la loi du 6 décembre 2005, *M.B.*, 16 décembre 2005; arrêté royal du 24 août 2005 fixant des mesures d'exécution de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, de la loi du 13 mars 2003 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption et de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 29 août 2005; circulaire du 24 août 2005 relative à la mise en œuvre de la réforme de l'adoption, *M.B.*, 29 août 2005.

La réforme concernait tant l'adoption interne que l'adoption internationale. C'est à cette dernière que la présente contribution est consacrée. Elle confronte le droit belge et certaines questions que pose son application à la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'adoption. Peu d'arrêts de la Cour de Strasbourg ont traité de l'adoption. Sa position de principe consiste d'ailleurs à estimer que l'article 8 de la Convention qui protège la vie familiale ne garantit pas un droit à l'adoption⁽²⁾. Les récents arrêts ne sont pas tout à fait revenus sur cette affirmation mais ont souligné, dans plusieurs contextes différents, que sans établir un droit à l'adoption, la Convention protégeait la vie familiale, qu'elle soit fondée sur des liens biologiques ou adoptifs. Cette approche conduit à examiner la conformité des mesures prises à l'égard d'un adoptant ou d'une famille adoptive, potentielle ou existante, à la Convention.

Deux arrêts retiennent l'attention. Le premier, l'arrêt *E.B. c. France*, juge fondé l'argument selon lequel un refus d'agrément en vue de pouvoir adopter fondé sur la seule orientation sexuelle viole l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8⁽³⁾. Cet arrêt ne portait pas nécessairement sur une situation internationale mais il intéresse le contenu de l'exception d'ordre public qui pourrait conduire à écarter l'application d'un droit étranger refusant l'adoption par une personne homosexuelle. Le second est l'arrêt *Wagner c. Luxembourg*⁽⁴⁾. La Cour y juge contraire à l'article 8 de la C.E.D.H. le refus de reconnaître une décision prononcée à l'étranger en vertu de règles de droit international privé alors qu'il y avait vie familiale entre l'adoptante et l'adoptée. Cet arrêt apporte un éclairage nouveau à la reconnaissance des adoptions internationales.

Ces deux arrêts ne sont pas révolutionnaires mais ils offrent l'occasion d'aborder le droit belge de l'adoption internationale sous un angle différent. Ils conduisent à rappeler quelques règles fondatrices de la réforme du droit belge de l'adoption, essentiellement internationale (A.). Il s'agira ensuite de présenter les principes posés par la jurisprudence de Strasbourg en matière d'accès à l'adoption, à la lumière du récent arrêt *E.B. c. France*. Son incidence sur le droit belge sera mesurée (B.). L'arrêt prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Wagner* est ensuite présenté et son influence sur le droit belge analysée (C.). L'incidence des droits de l'homme sur le droit international privé se mesure au travers de ces deux questions classiques en droit international

⁽²⁾ Cour. eur. D.H., arrêt *Fretté c. France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97, §29; voy. également *Di Lazzaro c. Italie*, n° 31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, Décisions et rapports (DR) 90-A, p. 134.

⁽³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n° 43.546/02.

⁽⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Wagner c. Luxembourg*, 28 juin 2007, req. n° 76240/01.

privé que sont la détermination du droit applicable et les effets juridiques pouvant être attribués à des décisions émanant de pays tiers⁽⁵⁾.

A. — Le nouveau visage de l'adoption internationale en droit belge

La réforme du droit belge de l'adoption interne et internationale a déjà été commentée et analysée à plusieurs reprises, notamment dans la présente revue⁽⁶⁾. Il est renvoyé pour l'essentiel à ces contributions. Les quelques paragraphes qui suivent rappellent certains principes majeurs de la nouvelle loi et mettent en exergue les règles pouvant être influencées par la jurisprudence internationale étudiée ci-après.

1. — *La double subsidiarité de l'adoption internationale et le choix de l'adoption encadrée*

La nouvelle loi a assuré la transposition en droit interne de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993. Cette Convention est centrée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. L'adoption internationale ne peut opérer comme un grand marché où les enfants s'arrachent comme le seraient des marchandises. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant exprime les mêmes préoccupations⁽⁷⁾. Elle souligne que l'adoption est une mesure de protection de l'enfant privé de manière temporaire ou définitive de son milieu familial d'origine. Elle ne peut être autorisée que dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Si l'enfant a droit à l'adoption quand elle est dictée par son intérêt, l'adoptant lui, n'a pas droit à un enfant.

Le rapport entre le nombre d'enfants adoptables internationalement et la masse de candidats à l'adoption est largement défavorable aux seconds. La double subsidiarité de l'adoption internationale signifie que l'on privilégie d'abord le maintien de l'enfant dans sa famille en palliant au sein de celle-ci aux difficultés socioéconomiques qui sont à l'origine de

⁽⁵⁾ À ce sujet, on lira avec intérêt les réflexions du Professeur Patrick KINSCH qui y a consacré un cours à l'Académie de droit international de La Haye, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *R.C.A.D.I.*, t. 318, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007.

⁽⁶⁾ *Rev. trim. dr. fam.*, n° spécial, 2006/1; DE BLAERE, S., «L'adoption internationale en Belgique», *Rev. dr. étr.*, 2006, liv. 136, 663-700; COLLIENNE, F., «L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste?», *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, liv. 4, 963-985.

⁽⁷⁾ Articles 20 et 21.

nombreux abandons. Ensuite, l'adoption ou l'accueil de l'enfant dans son pays d'origine sont préférés à une adoption internationale. La pression sur l'adoption internationale est très forte et favorise l'émergence de trafics préjudiciables à l'intérêt des enfants. Pour lutter contre ce risque, la Convention de La Haye rejette l'adoption par « filière » privée pour ne plus autoriser que la « filière encadrée ». L'encadrement est imposée dès la naissance du projet jusqu'au moment de l'accueil de l'enfant. Hormis dans certaines hypothèses d'adoptions interfamiliales, l'adoptant ne peut avoir eu aucun contact avec l'adopté avant l'« apparemment » opéré par les organismes encadrant l'adoption.

Il se déduit de ces principes que, d'une part, l'adoption internationale doit être encadrée, qu'elle concerne un enfant provenant d'un pays qui a signé la Convention de La Haye ou non. D'autre part, le ou les adoptants ne peuvent choisir un enfant en particulier, même s'ils ont eu l'occasion d'avoir des contacts avec lui par le passé, à moins qu'il s'agisse d'un membre de leur famille. Le droit belge de l'adoption internationale précise que *« Aucun contact entre l'adoptant ou les adoptants et les parents de l'enfant ou toute autre personne qui en a la garde ou dont le consentement à l'adoption est requis ne peut avoir lieu tant que les dispositions des articles 361-1 et 361-3, 1° à 5°, ou des articles 362-2 à 362-4 n'ont pas été respectées, sauf si l'adoption a lieu entre membres d'une même famille ou si les conditions fixées par l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant sont remplies »*⁽⁸⁾.

Les principales étapes de l'adoption internationale sont la préparation préalable à l'adoption par les Communautés et l'obtention d'un jugement d'aptitude par le tribunal de la jeunesse après enquête sociale⁽⁹⁾. Suit l'encadrement de l'adoption par un organisme agréé d'adoption ou, à défaut, par l'Autorité centrale communautaire lorsque les futurs parents développent un projet d'adoption dans un pays avec lequel aucun organisme agréé n'est en contact. L'Autorité centrale communautaire établit un rapport à destination de l'autorité compétente de l'État d'origine. Suit soit une décision du juge de la jeunesse pour certaines adoptions internationales, soit une décision dans le pays d'origine de l'enfant, selon que la législation du pays d'origine prévoit que l'adoption se termine par une décision rendue sur place ou dans le pays d'accueil. Si une décision a été prononcée à l'étranger, elle doit être reconnue par l'Autorité centrale fédérale.

⁽⁸⁾ Article 363-3.

⁽⁹⁾ Articles 346.1. et 346.2 du Code civil.

La nouvelle loi sur l'adoption distingue entre l'adoption soumise au droit interne (chap. I : nouveaux art. 343 à 356 du Code civil) et l'adoption internationale (chap. II : art. 357 à 367-3 du Code civil). Le deuxième chapitre définit les critères caractérisant l'adoption dite internationale (section 1). Il fixe les règles applicables à ces « adoptions impliquant le déplacement international d'un enfant » (section 2). Les normes présidant à l'efficacité en Belgique des décisions étrangères en matière d'adoption sont ensuite exposées (section 3). Elles se conjuguent avec le récent Code de droit international privé qui contient des règles de compétence internationale, de conflit de loi et de reconnaissance⁽¹⁰⁾.

*2. — Les régimes applicables à l'adoption,
à l'adoption internationale
et à l'adoption « doublement internationale »*

Deux textes concourent à la détermination du caractère international ou interne d'une adoption : la loi relative à l'adoption insérée dans le Code civil et le Code de droit international privé.

Aux yeux du Code civil, une adoption est considérée « internationale » si elle implique le déplacement international d'un enfant de l'une des manières suivantes⁽¹¹⁾. L'enfant :

« 1° a été, est ou doit être déplacé de l'État d'origine vers la Belgique, soit après son adoption dans cet État par une personne ou des personnes résidant habituellement en Belgique, soit en vue d'une telle adoption en Belgique ou dans cet État, ou

2° réside habituellement en Belgique et a été, est ou doit être déplacé vers un État étranger, soit après son adoption en Belgique par une personne ou des personnes résidant habituellement dans cet État étranger, soit en vue d'une telle adoption en Belgique ou dans l'État étranger, ou

3° réside en Belgique sans être autorisé à s'y établir ou à y séjourner plus de trois mois, pour y être adopté par une personne ou des personnes qui y résident habituellement ».

Cette dernière catégorie est en pratique difficile à cerner puisque certains enfants sont en Belgique en séjour irrégulier ou précaire, mais ne s'y trouvent pas pour y être adoptés. Cela n'exclut cependant pas qu'un projet d'adoption puisse un jour les concerner. Considérera-t-on alors qu'ils se trouvaient en Belgique sans être autorisé à s'y établir ou à y

⁽¹⁰⁾ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004, articles 66 à 71.

⁽¹¹⁾ Code civil, article.

séjourner «pour» y être adopté? Cela ne paraît pas pouvoir être le cas de manière générale. La qualification d'adoption internationale dépendra des circonstances de l'espèce.

Le Code de droit international privé prévoit que le juge belge est compétent pour prononcer une adoption si l'adoptant, l'un des adoptants ou l'adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande⁽¹²⁾.

La loi applicable à l'adoption internationale est la suivante. Sous réserve de l'application de l'article 357 du Code civil — justes motifs, préparation et aptitude —, l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'État dont l'adoptant ou les adoptants ont la nationalité⁽¹³⁾. Si les adoptants sont de nationalités différentes, c'est le droit du pays de leur résidence habituelle qui s'applique. À défaut de résidence habituelle, le droit belge régit l'établissement de l'adoption. L'application d'un droit étranger — celui de la nationalité des adoptants ou de leur résidence — doit être tempérée par les dispositions impératives du droit belge et la réserve figurant dans le texte de l'article 67 du Codip. Il dispose que «*si le juge considère que l'application du droit étranger nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté et que l'adoptant ou les adoptants ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, il applique le droit belge*». La référence aux dispositions impératives du droit belge concerne les conditions selon lesquelles, quel que soit le droit applicable, l'adoption doit reposer sur de justes motifs⁽¹⁴⁾ et ne peut être envisagée que par un ou des adoptants jugé(s) aptes. L'article 357 du Code civil indique que «*quel que soit le droit applicable à l'établissement de l'adoption, les conditions visées à l'article 344-1 — justes motifs — doivent être remplies et l'adoptant ou les adoptants doivent être qualifiés et aptes à adopter*». Il n'est pas exigé que la qualification et l'aptitude aient été constatées selon la procédure prévue par le droit belge, c'est-à-dire par le suivi d'une formation dispensée par la communauté et par le prononcé d'un jugement d'aptitude.

En ce qui concerne les consentements, l'article 68 du Codip renvoie à la loi de l'État de résidence habituelle de l'adopté avant son déplacement. Ici également, deux réserves sont prévues. La première renvoie à l'article 358 du Code civil qui lui-même se réfère à l'article 348-1 qui doit être impérativement respecté. Il impose le consentement de l'adopté âgé de douze ans au moins. La seconde précise que le droit belge est applicable si

⁽¹²⁾ Article 66 du Codip.

⁽¹³⁾ Article 67.

⁽¹⁴⁾ Article 344.1 du Code civil.

le droit du pays d'origine de l'adopté «*ne prévoit pas la nécessité d'un tel consentement ou ne connaît pas l'institution de l'adoption*».

Le régime belge de l'adoption internationale comporte deux types de règles : les règles communément applicables (ci-après les «dispositions communes») et une forme de «noyau dur» formé par les dispositions impératives. Elles sont au nombre de quatre : trois concernent l'établissement de l'adoption : les «justes motifs», la préparation et l'aptitude et une a trait au consentement et l'exige de la part de l'adopté de plus de douze ans. Il s'agit de règles d'ordre public dit positif (ci-après le «noyau dur»).

La conjugaison des catégories de la loi relative à l'adoption et du Code de droit international privé crée en réalité trois types d'adoption :

- les adoptions internes
- les adoptions internationales parce qu'elles impliquent un déplacement d'enfant
- et les adoptions doublement internationales parce qu'il y a déplacement d'enfant et parce que les adoptants sont de nationalités étrangères différentes.

— Une adoption reste interne s'il n'y a pas de déplacement transfrontière d'enfant et si les adoptants sont :

- soit Belges,
- soit de nationalités différentes mais résident en Belgique,
- soit de nationalités différentes et résident dans des pays différents.

Le juge belge applique le droit belge de l'adoption interne — articles 343 à 356-4 du Code civil.

— Une adoption est internationale s'il y a un déplacement international d'enfant et que les adoptants sont :

- soit Belges,
- soit de nationalités différentes mais résident en Belgique,
- soit de nationalités différentes et résident dans des pays différents.

Dans cette hypothèse, le juge belge applique le droit belge de l'adoption internationale à l'établissement de l'adoption — articles 357 à 363-3 du Code civil. Il contient les dispositions «communes» et le «noyau dur».

— Une adoption sera *doublement internationale* s'il y a un déplacement international d'enfant et que :

- l'adoptant ou les adoptants sont de nationalité étrangère commune et réside(nt) en Belgique, ou
- de nationalités étrangères différentes et résident habituellement à l'étranger.

Les couples d'adoptants de nationalité commune résidant en Belgique appartiennent à cette catégorie. La deuxième figure reprise ci-dessus — adoptants de nationalités étrangères différentes qui résident ensemble à l'étranger — sera rarement traitée par un juge belge. Elle est rencontrée dès lors que l'un des adoptants est Belge. Ainsi, un couple belgo-colombien vivant en Espagne sera soumis au droit espagnol quant à l'établissement de l'adoption.

Si le juge belge est saisi, une telle adoption sera pour l'essentiel soumise à la loi de la nationalité commune des adoptants ou de leur résidence à l'étranger. Les règles impératives du droit belge, le «noyau dur», seront néanmoins applicables. Elles imposent la preuve des justes motifs, la qualification et l'aptitude, et le contentement de l'adopté de moins de douze ans. La qualification et l'aptitude pourraient être évaluées selon les critères et méthodes prévus par cette loi étrangère, sous réserve de ce qu'ils permettent de s'en assurer. L'article 67 du Codip renvoie en effet à l'article 357 qui pose le principe du contrôle de l'aptitude au terme d'une préparation et non aux articles 346-1 et 346-2 qui déterminent la procédure de contrôle du suivi d'une préparation et les modes d'évaluation de l'aptitude. Il s'ensuit qu'un droit étranger qui prévoit une autre forme de préparation ou un tel contrôle sans intervention du juge pourrait être appliqué en droit belge. Il pourrait être soutenu que ces questions relèvent de la procédure et non des conditions de fond. La méthode d'appréciation de l'aptitude se situe aux confins de la procédure et des règles de fond, comme le sont les délais relatifs à l'action, les règles de preuve ou de prescription. Sans qu'une réponse transversale à toutes les matières du droit international privé puisse être dégagée, il faut souligner que la jurisprudence et la doctrine invitent à une interprétation limitant le domaine procédural de la loi du for⁽¹⁵⁾. Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, une question semblable s'est posée au sujet de la nécessité ou non d'une homologation de la reconnaissance d'enfant. La jurisprudence majoritaire a opté pour l'application de la loi applicable au fond plutôt que pour la loi belge du for. En matière d'adoption, la condition d'aptitude est à ce point liée aux conditions de fond de l'adoption qu'il paraît cohérent d'appliquer au mode de vérification de celle-ci la loi applicable à l'établissement de l'adoption. Cela étant, il est évident que si le droit étranger prévoit que la vérification de l'aptitude est effectuée selon des modalités similaires à celles prévues par le droit belge, celles-ci pourraient être appliquées par analogie. Si tel n'est pas le cas, il faudra

(15) RIGAUX, F., FALLON, M., *Précis de droit international privé*, 2005, Bruxelles, Larcier, pt 11.7, p. 471.

appliquer un régime conforme au prescrit du droit étranger, qui sera selon le cas plus ou moins exigeant que le droit belge.

Par ailleurs, l'article 363-3 n'appartient pas aux dispositions du «noyau dur» s'appliquant quel que soit le droit applicable. Cet article interdit les contacts préalables entre l(es) adoptant(s) et l'adopté ou son entourage, sauf en cas d'adoption intrafamiliale. Cette règle fait certes partie du régime belge de l'adoption internationale mais pas de son «noyau dur». Eu égard à l'importance de cette règle qui est devenue un obstacle de taille en matière d'adoption internationale, il importe de souligner qu'elle ne s'applique pas à toute adoption internationale. Il se peut évidemment qu'elle s'impose également dans le droit de la nationalité commune des adoptants ou de leur résidence habituelle.

3. — *La reconnaissance des adoptions internationales*

L'article 72 du Codip renvoie au Code civil et dispose que «*par dérogation aux dispositions de la présente loi, une décision judiciaire ou un acte authentique étranger portant établissement, conversion, révocation, révision ou annulation d'une adoption n'est pas reconnu en Belgique si les dispositions des articles 365-1 à 366-3 du Code civil n'ont pas été respectées et tant qu'une décision visée à l'article 367-1 du même Code n'a pas été enregistrée conformément à l'article 367-2 de ce Code*».

Le Code civil distingue entre les règles applicables à la reconnaissance des adoptions régies par la Convention de La Haye et les autres.

- Les premières concernent des procédures entre États signataires et sont à ce titre simplifiées puisque l'encadrement par les autorités centrales présume du respect des règles légales. L'article 364-1 dispose que «*Toute adoption établie dans un État étranger lié par la Convention est reconnue de plein droit en Belgique si elle est certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de cet État par le certificat prévu à l'article 364-2. La reconnaissance ne peut être refusée que si l'adoption est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant et des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en vertu du droit international*». Le certificat indique que toutes les étapes de la procédure ont été respectées. À l'inverse, «*toute adoption régie par la Convention, faite dans un État étranger lié par celle-ci et qui ne remplit pas les conditions visées ci-dessus, n'est pas reconnue en Belgique*».
- La demande de reconnaissance est déposée auprès du consulat belge à l'étranger ou directement auprès de l'autorité centrale fédérale selon

que l'enfant réside dans un pays appartenant à l'espace Schengen ou non.

- Les conditions et la procédure sont plus contraignantes si l'adoption n'est pas soumise au régime de coopération prévu par la Convention de La Haye. Il peut s'agir d'une adoption d'un enfant résidant dans un pays non signataire de la Convention et qui a été encadrée par l'autorité centrale communautaire à la demande de(s) adoptant(s). Cette hypothèse vise aussi une adoption réalisée à l'étranger par des adoptants qui ne vivaient pas en Belgique et qui, à l'occasion d'une installation ou d'un retour en Belgique, souhaitent voir reconnue la décision d'adoption d'un enfant. Les articles 365.1 à 365.5 sont applicables. Les conditions sont plus strictes si les adoptants résidaient en Belgique au moment de l'adoption.

Dans tous les cas, l'adoption doit avoir été établie par l'autorité compétente dans l'État d'origine et être définitive. Les formes et les procédures doivent avoir été respectées.

En outre, la reconnaissance est refusée en cas de fraude dans la procédure ou de fraude à la loi. La théorie de la fraude à la loi vise une situation où un lien serait créé de manière artificielle avec un système juridique étranger de manière à échapper à l'application d'une loi. Elle l'est également «si l'adoption est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant et des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en vertu du droit international» ou s'il s'agit d'une adoption «blanche» ou de complaisance. La loi prohibe la reconnaissance de l'adoption «*qui a eu pour but de détourner les dispositions légales relatives à la nationalité ou à l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*».

- Si les adoptants résidaient en Belgique, ils sont soumis à des conditions supplémentaires visées aux articles 361-1 à 361-4. Ils doivent avoir suivi la préparation, avoir été jugés aptes et l'encadrement doit avoir été réalisé par l'autorité centrale. Cette condition vise à éviter les adoptions «touristiques» réalisées par des résidents belges qui se déplaceraient à l'étranger pour procéder à une adoption en «filière libre». Cette exigence ne s'impose pas aux adoptants, mêmes belges, qui vivaient à l'étranger à la date de l'adoption.
- La demande de reconnaissance doit être adressée à l'autorité centrale fédérale soit directement, soit par le consulat belge. Elle doit être accompagnée de documents attestant du respect des conditions légales, documents dont la liste figure à l'article 365.4.

- Que l'adoption ait été réalisée en application de la Convention de La Haye ou non, la loi prévoit que la décision de l'autorité centrale fédérale doit être motivée et préciser si l'adoption est équivalente à une adoption simple ou plénière. La décision de l'autorité centrale est enregistrée par l'autorité centrale fédérale qui en avise les autorités centrales communautaires.

B. — L'accès à l'adoption selon Strasbourg

La Cour européenne des droits de l'homme a prononcé peu d'arrêts en matière d'adoption. La position qu'elle avait adoptée dans l'affaire *Fretté* explique certainement la faible ampleur de la jurisprudence.

1. — *L'adoption abordée par le seul biais de la non-discrimination*

L'arrêt *Fretté c. France*⁽¹⁶⁾ a posé pour principe que «*la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter*»⁽¹⁷⁾. L'article 8 était invoqué aux côtés de l'article 14 par un homme qui s'était vu notifier un refus d'agrément dans le cadre d'un processus visant à adopter un enfant. Il dénonçait la discrimination dont il était victime en raison de son homosexualité qu'il avait révélée aux services sociaux. L'article 14 dispose que «*la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation*». À la différence de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 14 n'exprime pas un principe général et indépendant d'interdiction de la discrimination. Il ne s'agit pas d'une disposition autonome. Son champ d'application est restreint aux droits protégés par la Convention⁽¹⁸⁾. Dans l'affaire *Fretté*, le requérant l'a lié au droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8. Pour qu'un dossier puisse être analysé sous l'angle de l'article 14, il faut que les faits du litige tombent sous l'application de l'une des dispositions de la Convention. Il n'est toutefois pas exigé qu'il y ait violation de cette autre disposi-

⁽¹⁶⁾ Cour. eur. D.H., arrêt *Fretté c. France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97.

⁽¹⁷⁾ §32.

⁽¹⁸⁾ Sur l'article 14, voy. notamment BOSSUYT, M., «L'article 14», in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 475 et s.

tion. Sans être une disposition autonome, l'article 14 est cependant plus qu'un accessoire à la violation d'un droit qui serait le principal.

Cette affirmation apparaît dans l'arrêt *Affaire linguistique belge*. La Cour juge que «*Si cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14, les droits et libertés reconnus dans la Convention, une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire. [...] Tout se passe comme si [l'article 14] faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés*»⁽¹⁹⁾. L'arrêt, rendu sous la présidence de René Cassin, synthétise la lecture par la Cour de l'article 14. La dépendance de l'article 14 par rapport à un autre article de la Convention est certaine. Toutefois, une mesure conforme à un article protégeant un droit ou une liberté est susceptible de violer l'article 14 si elle est discriminatoire⁽²⁰⁾. En cela, tout en étant nécessairement l'accessoire d'une autre disposition de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 a une portée autonome. Cette autonomie de l'article 14 a été rappelée à plusieurs reprises par la Cour. «*L'article 14 de la Convention n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance de droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Cependant, l'article 14 de la Convention peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome. Pour que l'article 14 trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins desdites clauses*»⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Cour eur. D.H., l'*Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique* (arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6, pp. 33-34, §9). *Affaire linguistique* (1968), §9.

Sur cette affaire, voy. notamment BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 113-122; VERHOEVEN, J., «Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique», *R.B.D.I.*, 1970, p. 753.

⁽²⁰⁾ La jurisprudence ultérieure de la Cour confirme cette lecture. L'on peut citer les arrêts *Marckx* (1979) ou *Abdulaziz, Cabales & Balkandali* (1985), §71.

⁽²¹⁾ Cour eur. D.H., *Larkos c. Chypre*, arrêt du 18 février 1999, req. n° 29515/95, §28; *Thlimmenos c. Grèce* (grande chambre), arrêt du 12 février 1998, req. n° 34369/97, §40; *Sulejmanovic* (2002).

2. — *L'arrêt Fretté : la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux États en ce qui concerne l'orientation sexuelle*

Dans l'affaire *Fretté*, la Cour souligne d'emblée que, d'une part, la Convention ne garantit pas le droit à adopter et que, d'autre part, le droit au respect d'une vie familiale «*présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille*»⁽²²⁾. La Cour ajoute que «*le rejet de la demande d'agrément du requérant ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle*». Toutefois, dès lors que le droit interne français autorise une personne célibataire — homme ou femme — à faire une demande d'adoption, sous réserve de l'obtention de l'agrément, il y a lieu de répondre à la question de savoir si le refus notifié au requérant a été motivé par sa seule homosexualité. La Cour en déduit que l'article 14 de la Convention, combiné à l'article 8, trouve à s'appliquer⁽²³⁾. La Cour ne reconnaît toutefois pas que le droit à adopter ou que l'adoption soient protégés par l'article 8. Elle admet uniquement que les faits du litige tombent dans leur champ d'application. Elle ne se place pas sous l'angle de l'article 8 seul et ne traite le dossier qu'au vu de sa combinaison avec l'article 14.

Elle jugera que la différence de traitement ne manquait pas de justification objective et raisonnable. La Cour souligne que 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'ampleur de celle-ci est fonction «*[d]es circonstances, [d]es domaines et [du] contexte; [de] la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard*»⁽²⁴⁾. Elle conclut qu'un tel dénominateur commun n'existe pas dans ce domaine. Sans que leur soit reconnu un pouvoir arbitraire, les États sont jugés être les mieux qualifiés pour prendre le pouls de l'évolution sociologique au sein de leur population⁽²⁵⁾. La Cour suit le Gouvernement français en soulignant que «*l'adoption est «donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille*». Il faut accorder «*une importance particulière [...] à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon*

(22) § 32.

(23) § 33.

(24) § 40.

(25) § 41.

sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent»⁽²⁶⁾. La Cour estime que les opinions publiques sont divisées au sein des pays du Conseil de l'Europe mais également la communauté scientifique sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels. Il s'ensuit que les autorités françaises «*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*»⁽²⁷⁾.

Les opinions des juges de la troisième section de la Cour étaient fort partagées⁽²⁸⁾. L'arrêt a conclu à l'absence de violation des articles 8 et 14 par quatre voix contre trois. Les trois juges qui se sont démarqués ont émis une opinion partiellement dissidente commune⁽²⁹⁾. Cette opinion s'écartait de celle de la majorité quant à l'existence d'une discrimination. Les trois juges estiment comme la Cour qu'il faut distinguer la protection d'une famille existante de celle d'un projet de fonder une famille. L'article 8 s'applique dans le second cas⁽³⁰⁾ mais pas dans le premier. L'opinion dissidente étend la réflexion à la protection de la vie privée pour soutenir que la requête tombe «doublement» sous l'empire de l'article 8. La vie privée souligne-t-elle «*est un concept large qui comprend, entre autres, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables et avec le monde extérieur*»⁽³¹⁾, le droit à la reconnaissance de son identité⁽³²⁾ ou encore le droit au «*développement personnel*»⁽³³⁾.

L'opinion dissidente s'écarte de l'arrêt prononcé par la majorité des juges en ce qu'elle conclut à la violation de l'article 14. Même si l'article 8 ne confère pas un droit à l'adoption, dès qu'un État «*accorde un droit, en l'espèce le droit à toute personne de demander l'agrément en vue de l'adoption, il ne peut, sans violer l'article 14 de la Convention, l'accorder de manière discriminatoire*». Le droit français autorise toute personne céliba-

⁽²⁶⁾ §42.

⁽²⁷⁾ §42.

⁽²⁸⁾ L'arrêt est également assorti d'une opinion partiellement concordante qui concluait à l'inapplicabilité des articles 14 et 8.

⁽²⁹⁾ Il s'agit de Sir Nicolas BRATZA, M. FUHRMANN et M^{me} TULKENS.

⁽³⁰⁾ L'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (n° 33290/96, C.E.D.H. 1999-IX).

⁽³¹⁾ *Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 33, §29.

⁽³²⁾ *Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 28, §24.

⁽³³⁾ *Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, §47, C.E.D.H. 2001-I.

taire à demander son agrément dans le cadre d'une adoption, le refus de la demande d'agrément, «*fondé sur l'unique motif tiré de son orientation sexuelle*», constitue une violation de l'article 14 de la Convention. Sans être expressément citée par l'article 14, l'«orientation sexuelle» est couverte au travers du «sexe» ou de l'expression «toute autre situation». Il faut vérifier si la différence constatée est fondée sur l'un des motifs visés à l'article 14 et, si tel est le cas, si elle peut s'autoriser d'une «justification objective et raisonnable».

L'opinion dissidente souligne que l'agrément vise à vérifier s'il existe une contre-indication dans le chef du candidat adoptant tout en laissant le juge civil statuer au vu des intérêts en présence, au premier rang desquels celui de l'enfant, au moment où il doit rendre sa décision. Au stade de l'agrément, seules les qualités personnelles du candidat adoptant comptent. Celles de Monsieur Fretté ont été reconnues et «*sauf à considérer l'homosexualité — ou la race, par exemple — comme constituant en soi une contre-indication, l'homosexualité [...] ne pouvait justifier le refus d'agrément que s'il s'accompagnait d'un comportement préjudiciable à l'éducation d'un enfant, ce qui n'était nullement établi*». Cela confirme que la différence de traitement est bien fondée sur l'orientation sexuelle.

L'objectif est-il légitime? L'opinion dissidente rappelle la jurisprudence de la Cour selon laquelle «*seules 'des considérations très fortes', des 'raisons particulièrement graves' ou 'particulièrement solides et convaincantes' peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur le sexe*». En l'espèce, le gouvernement français invoque la protection des droits et libertés de l'enfant. L'opinion dissidente rétorque que les qualités humaines et éducatives du requérant ont été soulignées. La position française consiste dès lors à considérer qu'être élevé par des parents homosexuels serait, en tout état de cause et dans toutes les situations, dommageable pour l'enfant. L'opinion dissidente conteste le défaut de motivation adéquate d'une telle position dans un dossier où les qualités individuelles sont indéniables.

L'opinion dissidente estime enfin que la Cour ne pouvait s'appuyer sur l'absence de «dénominateur commun» dans les États contractants et, par là, s'abstenir d'exercer le contrôle qui lui incombe. La Cour ne pouvait s'exonérer de l'analyse du «*rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés — l'exclusion absolue de tout parent adoptif homosexuel — et le but visé — la protection des enfants*». Le test de proportionnalité doit être concret et effectué au vu des circonstances propres à chaque dossier et ne peut se fonder sur des principes absolus, invoqués *in abstracto*.

3. — *L'arrêt E. et B. : un refus fondé sur l'orientation sexuelle est discriminatoire*

Le vote partagé de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Fretté* laissait augurer de nouveaux développements autour de cette question et un possible renversement de la jurisprudence. Ce fut le cas. Par un arrêt rendu en grande chambre le 22 janvier 2008, la Cour a conclu à la violation des articles 8 et 14 invoqués par une requérante, candidate à l'adoption, qui avait fait état de son homosexualité⁽³⁴⁾. Les considérants de l'arrêt conjuguent aux principes affirmés par la majorité de la Cour dans l'affaire *Fretté* les remarques formulées par l'opinion dissidente qui l'assortissait pour la rejoindre lorsqu'il s'agit de conclure. La Cour demeure divisée, l'arrêt étant rendu par dix voix contre sept.

La Cour se montre moins affirmative quant à la question de savoir si «*le droit d'adopter, compte tenu notamment de l'évolution de la législation en Europe et du fait que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles [...] doit ou non entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention pris isolément*». Elle indique ne pas avoir à y répondre, le problème à trancher en l'espèce étant l'existence ou non d'une discrimination au regard de l'article 14⁽³⁵⁾.

À ce sujet, la Cour rappelle sa position dans l'affaire *Fretté* sans s'en écarter explicitement. Au contraire, elle semble identifier «un certain nombre de différences» entre les deux affaires comme prémisse à sa décision. Pourtant, en dépit de quelques différences factuelles, les deux affaires sont identiques. Elles concernent toutes deux des refus d'agrément motivés implicitement par l'orientation sexuelle du candidat adoptant, même si dans l'affaire *E. B.*, un second motif s'ajoute lié à l'attitude de la compagne d'E.B.

Dans les deux cas, l'absence de référent de l'autre sexe est pointée par les autorités administratives et judiciaires françaises. La Cour s'interroge sur la pertinence d'un tel motif alors que la loi française prévoit expressément la possibilité d'adoption par un célibataire⁽³⁶⁾. Elle souligne qu'«*un tel motif aurait donc pu conduire à un refus arbitraire et servir de prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité*»⁽³⁷⁾. La Cour indique par là qu'elle ne se limite pas à rechercher les discriminations apparentes mais aussi celles qui sont ca-

⁽³⁴⁾ Cour eur. D.H., *E. et B. c. France*, et le commentaire de Paul MARTENS, «L'égalité devant l'adoption», *J.L.M.B.*, 2008/13, pp. 548 et s.

⁽³⁵⁾ §46.

⁽³⁶⁾ §73.

⁽³⁷⁾ §73.

chées ou camouflées sous d'autres motifs à l'apparence neutre. Elle relève que «*les juridictions administratives ont eu soin de juger que les orientations sexuelles de la requérante, bien que prises en compte, ne fondaient pas la décision litigieuse et ne faisaient pas l'objet d'une position de principe hostile*»⁽³⁸⁾. La Cour adopte une attitude volontariste en matière de lutte contre les discriminations, la conduisant à les débusquer là où elles se cachent sous d'autres motifs, confirmant que les discriminations interdites sont tant les discriminations directes que celles que l'on qualifie d'indirectes.

La Cour s'interroge toutefois sur la récurrence dans les décisions internes de la mention de l'homosexualité de la requérante, même lorsqu'il s'agit d'affirmer qu'elle n'est pas pertinente⁽³⁹⁾. «*Le fait que l'homosexualité de la requérante ait été aussi présente dans les motivations des autorités internes est significatif. Outre leurs considérations sur les «conditions de vie» de la requérante, elles ont surtout confirmé la décision du président du Conseil général*»⁽⁴⁰⁾. Ce dernier s'est fondé sur un dossier qui contenait plusieurs avis révélateurs de la position des autorités à l'égard de l'orientation sexuelle de la requérante. Le fait que les autorités soulignent à plusieurs reprises qu'un enfant a besoin de ses deux parents⁽⁴¹⁾ ou d'un référent paternel⁽⁴²⁾ alors que la loi permet à une personne seule d'adoption renforce les soupçons de la Cour à l'adresse des autorités. Elle conclut de ces différents indices plaçant l'homosexualité de la requérante au centre des débats qu'elle a eu un caractère décisif.

L'existence d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle étant établie, sa légitimité est analysée. Poursuit-elle un «but légitime»? Manque-t-elle de justification objective et raisonnable? La Cour emploie la formule désormais classique des arrêts relatifs aux différences de traitements fondées sur le sexe, sur la nationalité ou l'orientation sexuelle⁽⁴³⁾ et rappelée par l'opinion dissidente émise dans l'affaire *Fretté* selon laquelle «*il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'article 8*»⁽⁴⁴⁾. La Cour se rallie ensuite à l'opinion dissidente

⁽³⁸⁾ §84.

⁽³⁹⁾ §§85 à 89.

⁽⁴⁰⁾ §85.

⁽⁴¹⁾ §86.

⁽⁴²⁾ §87.

⁽⁴³⁾ Cour eur. D.H., *Salgueiro da Silva Mouta*, arrêt du 21 décembre 1999, req. n° 33290/96, §36, en matière d'autorité parentale.

⁽⁴⁴⁾ Voy., *mutatis mutandis*, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, §89, C.E.D.H. 1999-VI; *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, nos 31417/96 et 32377/96, §82, 27 septembre 1999; *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, §37, C.E.D.H. 2003-I.

adjointe à l'arrêt *Fretté* pour conclure que dès lors que «*le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire [...] ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle, ce qui n'est pas contesté [...] 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*»⁽⁴⁵⁾.

L'arrêt *E.B.* est, comme l'avait été l'arrêt *Fretté*, accompagné de plusieurs opinions dissidentes, indiquant que le débat a été riche. La plupart de ces opinions portent davantage sur l'appréciation des faits que sur les principes. Elles estiment surtout qu'il n'est pas établi que ce soit l'homosexualité de la requérante qui a motivé la décision négative des autorités françaises⁽⁴⁶⁾. L'opinion du juge Zupanic est par contre centrée sur l'applicabilité des articles 8 et 14, considérant l'adoption comme un privilège et non comme un droit, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu à reprocher une quelconque discrimination. Le juge Mularoni consacre également une part importante de son opinion à cette question. Elle adopte toutefois une position inverse à celle du juge Zupanic. Elle estime que la Cour n'a pas été assez claire quant à la question de savoir si l'adoption est couverte par l'article 8 ou non. Au paragraphe 46, la Cour indique succinctement qu'elle n'a pas à répondre à la question de savoir si «*le droit d'adopter, compte tenu notamment de l'évolution de la législation en Europe et du fait que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles [...], doit ou non entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention pris isolément*». L'opinion dissidente souligne que si la Cour a pu juger, s'agissant de l'insémination artificielle, que l'article 8 protège le droit au respect de la «*décision*» d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir⁽⁴⁷⁾, il paraîtrait logique de considérer «*que la possibilité de demander à adopter un enfant en vertu de la législation nationale rentre dans le champ d'application de l'article 8*». À défaut, la Cour devrait juger irrecevable *rationae materiae* des requêtes

⁽⁴⁵⁾ §94.

⁽⁴⁶⁾ Voy. l'opinion dissidente du juge Costa, à laquelle se rallient les juges Türmen, Ugrekheldize et Jociene et celle du juge Mularoni.

⁽⁴⁷⁾ Dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*, la Cour juge que «*la notion de «vie privée», notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...], recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent*» (*Evans c. Royaume Uni* [GC], n° 6339/05, §71). Dans l'affaire *Dickson c. Royaume Uni* [GC] (n° 44362/04, §66), la Cour estime que «*l'article 8 est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques*».

fondées sur le seul article 8 en matière d'adoption alors qu'elle examinerait celles qui y adjoignent l'article 14.

Il n'est pas certain que la Cour aurait statué dans le même sens si la contestation avait porté sur le fait qu'un droit interne ne permette pas l'adoption par des couples homosexuels ou par des personnes célibataires. L'arrêt *E.B.* pose pour principe que si un État autorise l'adoption par une personne seule, il ne peut traiter différemment un adoptant homosexuel et un adoptant hétérosexuel. L'arrêt *E.B.* sanctionne une décision appliquant un droit interne qui n'est pas lui-même contesté. Cet arrêt ne signifie ni que l'adoption doit être prévue par la loi, ni qu'elle doit être ouverte aux couples homosexuels, ni qu'elle doit être accessible aux personnes seules. Les enseignements de l'arrêt *E.B.* sont limités par les faits particuliers de cette cause. Le fait que l'arrêt *E.B.* parte du principe que «*le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire [...] ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle, ce qui n'est pas contesté*» ne permet pas de larges extrapolations.

Si un requérant dénonçait la contrariété aux articles 8 et 14 d'un droit interne qui ne permettrait expressément pas l'adoption par un couple homosexuel, comme c'est le cas dans la plupart des pays, ou n'autorisait pas une personne seule à adopter, la réponse serait peut-être différente. La Cour estimerait peut-être qu'il n'y a pas, selon la formule consacrée par la jurisprudence, de «*dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants*».

4. — *L'incidence de l'arrêt E.B. c. France sur le droit applicable aux adoptions internationales*

Depuis la loi du 18 mai 2006⁽⁴⁸⁾, le droit belge permet l'adoption par des couples homosexuels. L'adoption par des personnes célibataires est autorisée de longue date. Au niveau des adoptions internes, l'arrêt *E.B.* n'a d'autre effet que de souligner que l'orientation sexuelle ne peut être à elle seule un motif de refus s'agissant d'un célibataire, ce qui semble peu probable vu le choix opéré par le législateur. S'agissant des couples, le droit belge se singularise par rapport à la plupart des pays du Conseil de l'Europe et va plus loin que les enseignements de l'arrêt *E.B.* tels que présentés ci-dessus.

L'incidence de l'arrêt *E.B.* sur le droit belge concerne l'adoption internationale ou plutôt les adoptions internationales. Qu'elle soit «*simplement*»

⁽⁴⁸⁾Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006. L'article 2 de cette loi a supprimé les mots «de sexes différents» figurant à l'article 343 du Code civil.

internationale ou «doublement internationale», l'adoption internationale est régie par plusieurs droits qui opèrent à la manière d'un cumul limitatif. Ce cumul est la conséquence du fait que l'adoption régie par la Convention de La Haye ne peut s'effectuer qu'au travers d'un mécanisme de coopération entre les États de l'adoptant et de l'adopté. Il s'en suit que tant le droit du pays d'origine que celui du pays d'accueil doivent être respectés. Le droit applicable du point de vue des autorités belges est conjugué à celui en vigueur dans le pays d'origine de l'enfant. Ainsi par exemple, un couple ayant déjà des enfants peut adopter aux yeux du droit belge.

L'on a distingué ci-avant l'adoption «internationale», caractérisée par un déplacement d'enfant, de l'adoption «doublement internationale» qui ajoute à cette première caractéristique l'application d'un droit étranger aux conditions d'établissement de l'adoption. Dans le premier cas, le droit belge est combiné au droit du pays d'origine de l'enfant. Dans le second cas, le droit national de l'adoptant ou le droit national commun des adoptants sera appliqué sous réserve des règles d'ordre public belge (les «justes motifs», la préparation, l'aptitude et le consentement de l'adopté de plus de douze ans) et sera conjugué aux règles applicables dans le pays d'origine. Le régime légal est complexe puisqu'il conduit à l'application de deux ou trois droits différents.

Quelle peut être l'incidence de l'arrêt *E.B.*? Elle est fort limitée à deux égards. D'une part, la portée de l'arrêt est elle-même restreinte et sujette à discussion. Le principe d'ordre public interdisant les discriminations sur la base de l'orientation sexuelle y est confirmé par rapport aux options déjà prises par le législateur belge. Il n'est cependant ni neuf ni plus contraignant que ce que la loi belge prévoit. D'autre part, le système de coopération internationale qui préside à l'établissement du lien adoptif ne permet pas d'écarter le droit étranger au titre d'une éventuelle contrariété avec l'ordre public international comme on pourrait le faire dans le cadre d'une application classique du droit étranger sur la base d'une règle de conflit de lois. Le juge belge ne pourrait écarter le droit étranger discriminatoire et permettre ainsi une adoption interdite à l'étranger puisque le processus exige que l'autorité étrangère intervienne et «remette» l'enfant. Si le droit du pays d'origine ne permet pas l'adoption par un adoptant ou un couple homosexuel, les autorités belges ne pourront la contourner. Par contre, si des adoptants étrangers provenant d'un pays dont le droit national ne permet pas l'adoption par un couple homosexuel ou par une personne seule qui indiquerait cette orientation, l'arrêt *E.B.* pourrait avoir une incidence.

En effet, si l'arrêt *E.B.* n'est pas révolutionnaire du point de vue du droit belge, il renforce le fondement légal de l'interdiction de la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle en matière d'adoption en la

déduisant des articles 8 et 14 de la C.E.D.H. Même si tel n'est pas l'objet de l'arrêt *E.B.*, la conjugaison de son enseignement aux options prises par le législateur belge pourrait faire de celles-ci des principes d'ordre public positif. Il pourrait être jugé que le droit étranger de la nationalité de l'adoptant ou des adoptants doit être écarté s'il s'oppose à l'adoption par un ou des homosexuels.

Un tel raisonnement est déjà appliqué en matière de mariage homosexuel. Le Code de droit international privé lui a donné une assise légale. L'article 46 soumet les conditions de fond du mariage à la loi nationale de chacun des époux. L'alinéa 2 précise que «*l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage*». Avant son insertion dans le texte même du code, cette exception d'ordre public figurait dans les instructions ministérielles qui avaient été données aux officiers de l'état civil par voie de circulaire peu de temps après l'adoption de la loi autorisant le mariage entre deux personnes du même sexe⁽⁴⁹⁾.

Est-il transposable à l'adoption? Il n'y pas en cette matière de règle d'ordre public positif tel l'article 46, alinéa 2. Toutefois, une assise légale n'est pas nécessaire pour faire jouer l'exception d'ordre public international. Il faut identifier une valeur essentielle à l'ordre juridique belge, fondée ou appuyée le cas échéant par des règles émanant d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme. L'analyse effectuée ci-avant permet de dégager l'existence d'une telle norme. Il faudrait en outre qu'*in concreto*, compte tenu «*de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger*», il y ait incompatibilité manifeste⁽⁵⁰⁾. Il faudrait évidemment qu'une décision appliquant un tel raisonnement soit attentive à éviter le «tourisme» de l'adoption en exigeant un rattachement réel avec la Belgique (comme le fait d'ailleurs l'article 46 s'agissant du mariage homosexuel). Un couple homosexuel composé de deux Italiennes résidant en Belgique pourrait être autorisé à adopter. Un homme suisse pourrait adopter l'enfant de son conjoint ou compagnon de la même nationalité...

⁽⁴⁹⁾ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003, vig. 1^{er} juin 2003; circulaire du 23 janvier 2004 remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (*M.B.*, 27 janvier 2004), alinéas 3 et 4, ainsi que les points A, 2.1, alinéas 3 et 4, et C, alinéas 4 et 5.

⁽⁵⁰⁾ Code de droit international privé, article 21.

La configuration de la règle de conflit de lois applicable à l'établissement de l'adoption milite en faveur d'une telle solution. En effet, si le couple homosexuel était composé de deux personnes de nationalités différentes provenant de pays ne les autorisant pas à adopter, ils pourraient le faire sans difficulté puisque c'est la loi belge qui est applicable. Par contre, s'ils ont tous deux la même nationalité, c'est cette dernière qui régit l'adoption, même s'ils résident depuis des années en Belgique.

C. — La reconnaissance des adoptions internationales à la lumière de l'arrêt *Wagner*

1. — *La protection des liens adoptifs sous l'angle de l'article 8 : les principes*

L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Wagner* n'est pas le premier à se prononcer sur la contrariété à l'article 8 d'un refus de reconnaissance d'un lien adoptif. Il se singularise par le fait que le refus de reconnaissance était dicté par l'application de règles de droit international privé.

Dans l'affaire *Pini et Bertani c. Roumanie*⁽⁵¹⁾, la Cour a mis en exergue plusieurs lignes directrices.

Premièrement, la Cour rappelle sa jurisprudence relative aux obligations positives qu'implique l'article 8. L'État doit s'abstenir de porter atteinte à la vie familiale, à moins que cette ingérence puisse être justifiée au regard de l'article 8, paragraphe 2. L'État est également tenu de prendre «des mesures propres à [...] réunir [le parent] avec son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre».⁽⁵²⁾ Cette obligation n'est pas absolue, que la filiation soit naturelle ou adoptive. «La nature et l'étendue de celles-ci dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées en constituent toujours un facteur important». Cette dimension du respect de l'article 8 peut le cas échéant requérir de l'État qu'il prenne des mesures de coercition. Il doit préalablement avoir épuisé les moyens fondés sur la collaboration avec les parties en cause. Pour doser la proportionnalité de son action, l'État doit maintenir un juste équilibre entre les droits des personnes concernées, au premier rang desquels ceux de l'enfant⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt du 22 juin 2004, req. n^{os} 78028/01 et 78030/01.

⁽⁵²⁾ §150. Voy. également *Olsson c. Suède* (n^o 2) du 27 novembre 1992, série A n^o 250, pp. 35-36, §90; *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, série A n^o 299-A, p. 20, §55.

⁽⁵³⁾ §151.

Deuxièmement, les dispositions de la Convention, et notamment l'article 8 invoqué par des parents adoptifs, doit s'appliquer «*en accord avec les principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme*»⁽⁵⁴⁾. L'article 8 doit s'interpréter «*à la lumière de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, signée à Strasbourg le 24 avril 1967*»⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾. La Cour souligne qu'elle entend concilier les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme avec d'autres traités pour autant que l'objectif de ceux-ci et les moyens mis en œuvre pour les atteindre soient compatibles avec les droits protégés par la Convention.

Troisièmement, la Cour devait répondre à la question de savoir si un lien familial à protéger sous l'angle de l'article 8 existe entre des adoptants et un ou des adoptés. Deux situations distinctes peuvent se présenter : l'adopté entretient déjà un lien factuel avec l'adoptant (cohabitation, permanente ou occasionnelle, liens familiaux éloignés, liens affectifs, ...) ou n'a encore qu'un lien juridique avec l'adoptant. L'affaire *Pini et Bertani* se rattache plutôt à la seconde catégorie. Bien que des décisions d'adoption définitives aient été rendues par des juridictions roumaines, les deux enfants n'avaient jamais été remises à leurs parents adoptifs par l'institution les hébergeant. L'existence d'une vie familiale à protéger était contestée par l'État roumain et par des tiers intervenant à la procédure. Les parents adoptifs invoquaient les décisions juridictionnelles et les quelques contacts qu'ils avaient eu avec les enfants et avaient par la suite tenté d'avoir. La Cour souligne, d'une part, que des décisions définitives existent, que celles-ci sont régulières et conduisent en droit international et en droit interne au transfert de l'autorité parentale⁽⁵⁷⁾. Elle note, d'autre part, que si le droit à l'adoption n'existe pas⁽⁵⁸⁾ et si la vie familiale

⁽⁵⁴⁾ § 138.

⁽⁵⁵⁾ § 139.

⁽⁵⁶⁾ Voy. dans le même sens Cour eur. D.H., *Emonet et autres c. Suisse*, arrêt du 13 décembre 2007, req. n° 39051/03, § 65.

La Cour affiche le même souci de lecture de la convention conforme au droit international en matière d'enlèvement international d'enfant. Les articles 8 et le cas échéant 6 doivent être lus en tenant compte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (voy. notamment Cour eur. D.H., *Eskinazi et Chelouche c. Turquie*, décision du 6 décembre 2005, n° 14600/05; *Gettiffe et Grant c. France*, décision du 24 octobre 2006, n° 23547/06; *Mamousseau et Washington c. France*, arrêt du 6 décembre 2007, req. n° 39388/05, § 60).

⁽⁵⁷⁾ §§ 141 et 142.

⁽⁵⁸⁾ § 140.

projetée n'est en principe pas protégée par l'article 8⁽⁵⁹⁾, les liens adoptifs sont des liens familiaux au sens de l'article 8 et leur caractère potentiel n'empêche pas leur prise en considération dès lors qu'ils ne sont pas fictifs. Il s'ensuit qu'il y a vie familiale au sens de l'article 8 même si elle n'est pas effective sur le plan factuel. La protection due à celle-ci n'est pas absolue et peut être limitée dans le cadre prescrit par l'article 8, §2, notamment au nom de l'intérêt de l'enfant. La reconnaissance d'un lien familial engage la Cour à l'analyse de la situation sous l'angle du paragraphe 2 de l'article 8 et du contrôle de légitimité et de proportionnalité qu'il prescrit.

Quatrièmement, au sujet de cet exercice de mise en balance, rappelant l'arrêt *Fretté* et suivant une formule conforme au prescrit de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, «*l'importance à privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue dans le cas d'une relation fondée sur l'adoption, car, ainsi qu'elle l'a déjà affirmé dans sa jurisprudence, l'adoption consiste à «donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille»*⁽⁶⁰⁾. Il s'ensuit que la protection de la vie familiale des adoptants est limitée par la prise en compte de l'intérêt supérieure des enfants. Une fois l'âge auquel elles étaient à même de donner leur avis atteint, les adoptées se sont opposées à leur adoption internationale et ont exprimé qu'elles ne souhaitaient pas quitter le pays et leur lieu de vie. La Cour a jugé que la Roumanie n'avait pas violé l'article 8 puisque «*les autorités nationales ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit des requérants à nouer des relations avec les mineures adoptées trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants, nonobstant les aspirations légitimes des requérants de vouloir fonder une famille»*⁽⁶¹⁾.

Enfin, la Cour estime devoir prendre en considération les faits de la cause à la date à laquelle elle statue. Dans l'affaire *Pini*, la position des mineures face à leur adoption avait évolué durant les années qui s'étaient écoulées entre la décision interne d'adoption et la date à laquelle l'affaire a été examinée par la Cour. La Cour précise que «*certes, l'intérêt des mineures a sans nul doute fait l'objet d'une analyse des autorités compétentes durant le processus d'adoption. Cela ne saurait exclure, de l'avis de la Cour, un nouvel examen de tous les éléments pertinents à un moment ultérieur, lorsque des circonstances spécifiques l'exigent et lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu»*⁽⁶²⁾. La Cour affirme par là que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être pris en compte de manière figée mais est évolutif. Le fait que la Cour tienne compte de l'évolution factuelle et

⁽⁵⁹⁾ §143.

⁽⁶⁰⁾ Cour eur. D.H., *Fretté c. France*, n° 36515/97, §42, C.E.D.H. 2002-I.

⁽⁶¹⁾ §165.

⁽⁶²⁾ §153.

veuille statuer au plus près de la réalité familiale permet de prendre en considération l'évolution des liens affectifs indépendamment de leur traduction juridique. Cela peut conduire la Cour, comme elle le fait dans l'affaire *Pini*, à tenir compte du relâchement des relations ou, comme l'y conduit l'affaire *Wagner*, à fonder sa réflexion sur la réalité de liens sur une période de plusieurs années.

2. — *L'affaire Wagner : la procédure luxembourgeoise*

Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit. Madame Wagner est luxembourgeoise et réside habituellement au Luxembourg. Le 6 novembre 1996, elle adopte une petite fille de nationalité péruvienne devant le tribunal de la famille de la province de Huamanga au Pérou. L'enfant avait été précédemment déclarée abandonnée. Elle revient s'installer au Luxembourg avec sa fille et sollicite des tribunaux luxembourgeois qu'ils déclarent la décision péruvienne exécutoire au Grand-Duché comme s'il s'agissait d'un jugement d'adoption *plénière* rendu par la juridiction luxembourgeoise compétente.

L'objectif de cette procédure était de permettre à l'enfant d'être inscrite dans les registres de l'état civil au Grand-Duché, d'acquérir la nationalité de sa mère adoptive et de bénéficier d'une autorisation de séjour définitive au Luxembourg. Ces droits ne sont réservés qu'aux enfants ayant fait l'objet d'une adoption *plénière*.

Le droit luxembourgeois limite le contrôle du juge requis à l'examen de la régularité de la décision. Sans effectuer de révision au fond, le tribunal vérifie si la décision a été rendue par un juge compétent et si ce dernier a appliqué la loi désignée par les règles luxembourgeoises de conflit de lois. En vertu de ces dernières, les conditions de fond sont régies par la loi nationale de l'adoptante, en l'occurrence la loi luxembourgeoise⁽⁶³⁾. L'application de cette loi posait une difficulté puisque l'article 367 du Code civil luxembourgeois ne permettrait pas l'adoption *plénière* par une personne célibataire⁽⁶⁴⁾. Le parquet a conclu au rejet de la demande d'*exequatur*. Madame Wagner contesta cette interprétation du

⁽⁶³⁾ L'article 370 du Code civil luxembourgeois dispose que «*Les conditions requises pour adopter sont régies par la loi nationale du ou des adoptants*».

⁽⁶⁴⁾ L'article 367 du Code civil prévoit ce qui suit en ce qui concerne l'adoption *plénière* : «*L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, dont l'un est âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt et un ans au moins, à condition que les adoptants aient quinze ans de plus que l'enfant qu'ils se proposent d'adopter et que l'enfant à adopter soit âgé de moins de seize ans.*»

La loi n'autorise l'adoption *plénière* par une personne seule que dans l'hypothèse de l'adoption demandée par un époux au profit de l'enfant de son conjoint.

droit luxembourgeois. Le juge posa plusieurs questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle après qu'il ait également été débattu sur l'orientation et la rédaction de ces dernières. La Cour constitutionnelle décida que l'article 367 du Code civil n'était pas contraire à la Constitution. L'adoption doit avant tout bénéficier à l'adopté. Cet intérêt supérieur autorise le législateur à soumettre l'adoption à des conditions et limites nécessaires répondant à l'intérêt de la société et de la famille adoptive. En outre, la Cour jugea que la différence de traitement entre les couples mariés et les célibataires reposait sur des motifs objectifs et n'était pas disproportionnée puisque l'adoption simple restait ouverte aux célibataires.

La demande d'*exequatur* fut rejetée. Le tribunal ajouta qu'en obtenant au Pérou ce qu'elle ne pouvait obtenir au Luxembourg, Madame Wagner avait commis une fraude à la loi. La décision rejeta les arguments fondés sur la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, estimant que les intérêts de l'enfant pouvaient être appréciés par le législateur.

Madame Wagner interjeta appel. Elle souligna la différence de champ d'application de l'ordre public lorsqu'il s'agit de faire reconnaître une décision au Luxembourg et lorsque la demande tend à y prononcer une adoption. Elle indiqua qu'au contraire, l'ordre public militait en faveur de l'*exequatur*, afin que l'enfant adoptive se voie accorder les mêmes droits que sa sœur biologique. Elle invoqua enfin la contrariété de la décision de premier ressort avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'appel fut jugé non fondé. La Cour estima que le non-respect des règles du droit luxembourgeois suffisait à rejeter la demande d'*exequatur*, sans qu'il soit nécessaire de se pencher sur l'ordre public ou la fraude à la loi. La Cour de cassation rejeta le pourvoi pour les mêmes motifs, validant l'analyse du dossier par les juridictions inférieures sous l'angle du droit international privé. Quant à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation estima que « *les développements relatifs à l'article 8, alinéa 2 de la Convention des droits de l'homme contenus dans l'acte d'appel, de par leur caractère dubitatif, vague et imprécis, ne constituaient pas un moyen exigeant réponse* ».

Ayant épuisé les voies de recours interne, Madame Wagner se tourna vers la Cour européenne des droits de l'homme. La requérante y a développé trois moyens.

— D'une part, le silence des autorités luxembourgeoises quant à l'argument fondé sur le droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 viole le droit à bénéficier d'un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- D'autre part, le refus de reconnaître l'adoption péruvienne comme une adoption plénière au sens du droit luxembourgeois est une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale qui ne peut être justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 8.
- Enfin, la requérante soutient qu'elle subit une discrimination incompatible avec l'article 14 de la Convention dès lors que des situations semblables sont traitées de manières différentes. Elle compare son dossier d'adoption à celui qui mettrait en présence un mineur et un couple qui ensuite se séparerait.

La Cour a accueilli les trois moyens.

3. — *L'arrêt Wagner et les implications procédurales de l'article 8*

Alors que l'article 8 a effet direct dans l'ordre juridique luxembourgeois, les juridictions internes ont omis et ensuite refusé de répondre à l'argument invoquant sa violation. La requérante en déduit une violation de l'article 6. Ce moyen met en évidence le lien entre le droit formel à bénéficier d'une procédure équitable et les droits matériels protégés par la Convention.

L'article 6 concourt au respect des seconds en exigeant de la procédure interne qu'elle assure l'indépendance et l'impartialité des magistrats, qu'elle permette l'exercice des droits de la défense, etc., mais également qu'elle oblige les autorités internes à prendre en compte l'allégation d'une méconnaissance d'un droit substantiel.

La requérante aurait pu développer le même argument sous l'angle de l'article 8 qui, outre sa dimension substantielle, possède un volet procédural. Dans l'affaire *Mc Michael c. Royaume-Uni*, la Cour a souligné la complémentarité de ces deux dispositions lorsqu'il s'agit de démontrer qu'une déficience d'ordre procédural viole en soi l'article 6 tout en étant un élément permettant de conclure à l'atteinte à un droit substantiel tel le droit au respect de la vie familiale. «*L'article 6 par. 1 accorde une garantie procédurale, à savoir le 'droit à un tribunal' qui connaît des 'droits et obligations de caractère civil' d'un individu [...]; tandis que l'exigence procédurale inhérente à l'article 8 non seulement couvre les procédures administratives aussi bien que judiciaires, mais va de pair avec l'objectif plus large consistant à assurer le juste respect, entre autres, de la vie familiale [...]. La différence entre l'objectif visé par les garanties respectives des articles 6 par. 1 et 8 peut, selon les circonstances,*

justifier l'examen d'une même série de faits sous l'angle de l'un et l'autre articles»⁽⁶⁵⁾.

Le Luxembourg soulevait que l'argument fondé sur la méconnaissance de l'article 8 n'avait pas été présenté de manière suffisamment claire et précise. La Cour européenne des droits de l'homme a écarté cette objection soulignant que la conformité à l'ordre public international, dans lequel la requérante inscrivait le respect de l'article 8, figurait parmi les moyens principaux soulevés, de sorte qu'elle exigeait une réponse spécifique et explicite. La Cour précise que *«même si les tribunaux ne sauraient être tenus d'exposer les motifs de rejet de chaque argument d'une partie [...], ils ne sont pour autant pas dispensés d'examiner dûment et de répondre aux principaux moyens que soulève celle-ci [...]*⁽⁶⁶⁾. Elle ajoute que *«si, de surcroît, ces moyens ont trait aux «droits et libertés» garantis par la Convention ou ses Protocoles, les juridictions nationales sont astreintes à les examiner avec une rigueur et un soin particuliers»*⁽⁶⁷⁾.

Cet arrêt s'inscrit dans la jurisprudence récurrente de la Cour selon laquelle la protection des droits procéduraux est une partie intégrante de la garantie du respect des droits substantiels⁽⁶⁸⁾.

4. — *L'arrêt Wagner et la protection des liens adoptifs*

La Cour suit le schéma d'analyse habituel utilisé lorsque l'article 8 est en cause. Le raisonnement est découpé en trois temps, correspondant à trois questions, dont la troisième comporte trois sous-questions.

Premièrement, y a-t-il vie privée ou familiale?

Deuxièmement, la mesure négative ou positive prise est-elle constitutive d'une ingérence dans le droit au respect de celle-ci?

Troisièmement, si tel est le cas, cette ingérence est-elle conforme aux causes légitimes prévues par le paragraphe 2 de l'article 8?

— La réponse à cette question implique, d'abord, qu'il soit établi que l'ingérence est prévue par la loi, laquelle doit être revêtue de certaines qualités. La base légale de l'ingérence doit être «suffisamment

⁽⁶⁵⁾ Voy. notamment les arrêts *Mc Michael c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 février 1995, req. n° 16424/90, §§91-92; *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, §§46-54.

⁽⁶⁶⁾ §96.

⁽⁶⁷⁾ §96.

⁽⁶⁸⁾ Voy. notamment s'agissant de l'article 3 (Cour eur. D.H., *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, arrêt du 13 décembre 2005, req. n° 15250/02, §53; *Secic c. Croatie*, arrêt du 31 mai 2007, req. n° 40116/02, §§53 et 54) ou de l'article 14 (Cour eur. D.H., *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, §69 à 75).

accessible» et «énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite»⁽⁶⁹⁾. La prévisibilité se mesure à la précision et à la clarté de la «loi», surtout lorsque le risque d'arbitraire est inhérent aux techniques mises en œuvre, notamment en cas d'attribution d'un pouvoir d'appréciation à une autorité administrative.

- Il faut ensuite identifier le motif invoqué à l'appui de l'ingérence et le confronter aux causes légitimes limitativement énumérées par l'article 8, §2.
- En cas de réponses positives aux deux tests précédents, les termes «nécessaires dans une société démocratique» servent de base à un contrôle de la proportionnalité de l'ingérence par rapport à l'objectif visé. Cette analyse implique la démonstration de l'existence d'un besoin social impérieux⁽⁷⁰⁾ et la proportionnalité au but légitime poursuivi. L'État doit établir *in casu* que l'ingérence subie repose sur de justes motifs. Leur justesse est fonction de leur caractère pertinent⁽⁷¹⁾ et suffisant⁽⁷²⁾. La mesure doit avoir été propre à atteindre le but. Une ingérence inefficace par rapport au besoin social impérieux qu'elle était censée servir constitue une violation de la Convention. C'est au travers de cette analyse qu'est évaluée la proportionnalité de la mesure prise par rapport à l'objectif poursuivi. Les facteurs pris en considération pour apprécier cette proportionnalité sont l'existence de garanties contre l'arbitraire dont l'État a entouré l'ingérence, l'indisponibilité d'autres moyens⁽⁷³⁾ et le caractère temporaire et limité de l'ingérence.

Y avait-il vie familiale entre madame Wagner et sa fille adoptive? La question ne porte pas à controverse. Il n'est pas contesté que ces liens ressortent *de facto* de la vie familiale protégée par l'article 8⁽⁷⁴⁾. À l'inverse de l'affaire *Pini* où la Cour avait conclu à une vie familiale sur la base d'une seule réalité juridique qu'aucune vie familiale effective ne venait concrétiser, la Cour estime ici qu'il y a vie familiale sur la base des liens *de*

⁽⁶⁹⁾ Cour eur. D. H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1976, *Série A*, n° 30, §49; *Al-Nashif c. Bulgarie*, arrêt du 20 juin 2002, req. n° 50963/99, §117-129.

⁽⁷⁰⁾ La défense de l'ordre dans Cour eur. D.H., *Moustaquim c. Belgique*, arrêt du 18 février 1991, *Série A*, n° 193, §43; la protection de la morale dans l'arrêt *Open Door* (1992), §70; la protection de la réputation d'autrui dans Cour eur. D.H., *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, *Série A*, n° 103, §39; la santé et les droits et libertés des enfants dans *Olsson c. Suède*, arrêt du 24 mars 1988, *Série A*, n° 130, §87.

⁽⁷¹⁾ Ainsi en va-t-il par exemple de la répression, au nom de la défense de la morale publique, d'actes homosexuels commis en privé entre adultes consentants (Cour eur. D.H., *Dudgeon* (1981), §§60-62 et *Norris* (1988), §46).

⁽⁷²⁾ Voy., parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D.H., *Dudgeon* (1981), §§51-54.

⁽⁷³⁾ Cour eur. D.H., *Olsson c. Suède* (n° 2), arrêt du 27 novembre 1992, *Série A*, n° 250, §§87-88 et 90-91.

⁽⁷⁴⁾ §117.

facto même si ceux-ci ne sont pas couverts par une décision juridictionnelle.

La Cour s'interroge ensuite sur l'existence d'une ingérence à la lumière des obligations négatives et positives que l'article 8 fait peser sur les États parties. Dès qu'un lien familial existe avec un enfant, les deuxièmes imposent aux États d'«agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille»⁽⁷⁵⁾. La Cour s'aligne sur les standards qu'elle a dégagés s'agissant de la filiation biologique et s'y réfère expressément. «Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale même lorsque la relation entre les parents s'est rompue»⁽⁷⁶⁾. Même si le droit d'adopter n'est pas garanti par la Convention, «les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention»⁽⁷⁷⁾.

Deux critères cumulatifs opèrent : l'existence factuelle de liens et la légitimité de leur création. Ils permettent à la Cour de se dégager de la jurisprudence *Fretté*⁽⁷⁸⁾ qui concernait une décision d'agrément en vue d'une adoption. Dans l'affaire *Wagner*, une adoption plénière a été prononcée à l'issue d'une procédure rigoureuse menée au Pérou et Madame Wagner vit avec sa fille adoptive. Le refus de reconnaître cette réalité juridique et factuelle est une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale.

La Cour aurait sans doute abordé différemment cette affaire si les liens entre Madame Wagner et la jeune fille s'étaient constitués à la faveur d'une fraude ou d'une opération illégale. La Cour prend en considération la licéité apparente de la démarche même si les autorités luxembourgeoises ont, à certains stades des procédures internes, pu reprocher à la requérante une «fraude à la loi». La Cour ne revient pas sur les doutes semés par les décisions internes et adopte une lecture autonome de la situation. Elle ajoute que, d'une part, les jugements péruviens ayant prononcé une adoption plénière étaient reconnus de plein droit au Luxembourg et que, d'autre part, plusieurs femmes célibataires avaient pu transcrire un tel jugement sur les registres de l'état civil luxembourgeois sans en demander l'*exequatur*. Le refus intervenu dans le dossier *Wagner* était lié à une

⁽⁷⁵⁾ §119.

⁽⁷⁶⁾ Voy. notamment *Kroon et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, série A n° 297-C, §32; *Keegan c. Irlande*, §§49 et 50; *Elsholz c. Allemagne*, arrêt du 13 juillet 2000, req. n° 25735/94, §43.

⁽⁷⁷⁾ §121.

⁽⁷⁸⁾ *Op. cit.*

modification de la pratique au Luxembourg que ne pouvait prévoir la requérante.

Une ingérence étant identifiée, la Cour procède à l'examen de sa licéité au regard du second paragraphe de l'article 8. Elle estime que l'ingérence est prévue par la loi luxembourgeoise et poursuit un objectif légitime, «la santé et la morale» et les «droits et libertés» de l'enfant. Le contrôle de la conformité de l'adoption avec les règles de droit international privé luxembourgeois «n'apparaît pas déraisonnable» eu égard à la prudence que les États doivent manifester en matière d'adoption.

La légitimité de l'objectif poursuivi ne suffit pas à rendre la mesure conforme à l'article 8, §2. Les motifs invoqués, fussent-ils légitimes, doivent encore être pertinents et suffisants. Le principe de subsidiarité du contrôle international conduit la Cour à analyser la proportionnalité en respectant la marge d'appréciation reconnue aux États en matière familiale⁽⁷⁹⁾. L'ampleur de la marge d'appréciation est fonction de plusieurs facteurs, parmi lesquels l'existence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants. Dans l'affaire *Wagner*, après l'avoir d'emblée présentée comme *large*⁽⁸⁰⁾, la Cour semble restreindre l'ampleur de la marge d'appréciation, observant que l'harmonisation est avancée en Europe en matière d'adoption par des célibataires. En outre, le refus d'*exequatur* opposé à la requérante est dû à une modification des pratiques au Luxembourg puisque dans le passé récent plusieurs décisions péruviennes similaires à celles rendues dans le dossier *Wagner* ont pu être retranscrites dans les registres de l'état civil sans que le célibat des adoptantes ait pu constituer un obstacle.

La Cour met en balance les intérêts en présence et souligne qu'elle accorde un poids particulier à ceux de l'enfant qui sont présentés comme *supérieurs*. La primauté des intérêts de l'enfant impose de tenir compte de la réalité sociale de la situation, de sa validité juridique à l'étranger et des inconvénients du refus de reconnaissance de la décision péruvienne dans la vie quotidienne de l'enfant. Celui-ci «*ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive*»⁽⁸¹⁾. La Cour estime qu'une décision faisant «*prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise*

⁽⁷⁹⁾ Cour eur. D.H., *Gnahore c. France*, arrêt du 19 septembre 2000, *Recueil* 2000-IX, §50-52; dans le même sens voy. Cour eur. D.H., *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, arrêt du 25 janvier 2000, *Recueil* 2000-I, §94; Cour eur. D.H., *Elsholz c. Allemagne*, arrêt du 13 juillet 2000, req. n° 25735/94, §49.

⁽⁸⁰⁾ §128.

⁽⁸¹⁾ §132.

pose à l'adoption plénière» est disproportionnée⁽⁸²⁾. L'«application stricte» de règles de conflits de lois n'est pas suffisante au regard de l'article 8, §2, face à un examen concret de la situation⁽⁸³⁾.

5. — *L'arrêt Wagner et l'interdiction des discriminations injustifiées*

Les requérantes soutenaient subir une double discrimination. La première est fondée sur le célibat de l'adoptante tandis que la seconde se déduit du traitement différencié par rapport à d'autres adoptions (notamment par des parents luxembourgeois mariés). La requérante utilise les deux volets de l'égalité et de la non-discrimination. Elle évoque à la fois l'égalité devant la loi, soulignant être traitée différemment d'autres adoptantes ayant soumis une question identique aux juridictions luxembourgeoises, et l'égalité dans la loi qui implique que la loi traite de manière égale des situations identiques et de manière différente des situations distinctes.

La Cour aborde principalement le second grief. Elle rappelle que «l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables»⁽⁸⁴⁾. Elle compare ensuite la situation de l'adoptée «à celle de n'importe quel enfant qui a bénéficié au Pérou d'un jugement d'adoption plénière entraînant la rupture des liens avec sa famille d'origine et dont l'adoptant a demandé l'exequatur sous l'angle du droit luxembourgeois». Il en va de même de l'adoptante qui «est dans une situation comparable à celle de toute autre personne sollicitant la reconnaissance au Luxembourg d'un jugement d'adoption plénière rendu en sa faveur au Pérou».

Elle pose la question de savoir si «l'instauration d'une différence de traitement entre les enfants, selon qu'ils se voient reconnaître ou non au Luxembourg le jugement étranger d'adoption plénière, apparaît proportionnée et adéquate au but poursuivi»⁽⁸⁵⁾. Les premiers sont privés de la nationalité luxembourgeoise, ce qui implique la nécessité de solliciter régulièrement des autorisations de séjour au Luxembourg, la privation du bénéfice de la préférence communautaire, outre l'accomplissement de diverses démarches administratives. La Cour souligne que l'enfant se

⁽⁸²⁾ §133.

⁽⁸³⁾ §135.

⁽⁸⁴⁾ §150.

⁽⁸⁵⁾ §154.

trouve pénalisée dans sa vie quotidienne alors qu'elle ne peut être jugée responsable de son adoption par une mère célibataire⁽⁸⁶⁾.

La Cour estime qu'aucun motif ne justifie cette discrimination, d'autant qu'une chambre de la Cour d'appel a décidé, dans un contexte juridique et factuel légèrement différent, qu'une décision d'adoption péruvienne prononcée au bénéfice d'une femme luxembourgeoise devait être reconnue de plein droit. Elle conclut à la violation de l'article 14, combiné à l'article 8 de la Convention.

6. — *DIP v. droit de l'homme : réalisme versus dogmatisme?*

À première vue, l'arrêt *Wagner* oppose une conception réaliste des relations familiales à une application stricte des règles du droit international privé pouvant paraître dogmatique. L'analyse qui suit permettra de nuancer cette vision manichéenne.

L'angle d'approche de la Cour de Strasbourg se caractérise par une lecture concrète qui peut entrer en contradiction avec une application positiviste de la norme. La Cour rappelle de manière récurrente un principe qu'elle qualifie de « bien établi » selon lequel « *le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »⁽⁸⁷⁾.

La confrontation des règles de droit international privé au droit international des droits de l'homme n'est pas fréquente dans la jurisprudence de la Cour. Plusieurs arrêts concernent, comme ici, la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.

Sans procéder à une analyse exhaustive⁽⁸⁸⁾, on peut distinguer deux effets possibles des droits de l'homme sur la circulation des jugements. Ils l'encouragent (*effet positif*) ou l'entravent (*effet négatif*).

— L'effet positif intervient, comme en l'espèce, lorsqu'à la faveur d'une lecture réaliste de la situation factuelle, le respect dû à un droit fondamental conduit à écarter les règles abstraites du droit international privé. C'est ainsi que la Cour juge dans l'affaire *Wagner* que l'application formelle des principes de droit international privé, fût-elle légitime, porte atteinte de manière disproportionnée à la vie familiale. Ces normes pres-

⁽⁸⁶⁾ Cette réflexion se situe dans la lignée de la position adoptée par la Cour en ce qui concerne les différences de traitement entre les enfants « légitimes » et « adultérins » (voy. notamment Cour eur. D.H., *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, §43).

⁽⁸⁷⁾ Voy. notamment *Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, série A n° 37, p. 16, §33; *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique*, arrêt du 17 juillet 2008, req. n°s 58081/00 et 58411/00, §19.

⁽⁸⁸⁾ Voy. notamment KINSCH, P., *R.C.A.D.I.*, t. 318, *op. cit.*, 2007.

crivaient un contrôle de la décision étrangère à l'aune des règles de droit international privé luxembourgeois. Ces dernières menaient à l'application du droit matériel du droit luxembourgeois qui n'aurait pas permis l'adoption de la décision péruvienne.

Il peut aussi sanctionner une procédure interne de reconnaissance trop lente et mettant en péril un droit fondamental. Ce n'est pas la norme qui est ici en cause mais sa mise en œuvre. Dans l'affaire *Bianchi c. Suisse*, la Cour conclut à la violation de l'article 6 en raison du délai déraisonnable nécessaire à la mise en œuvre d'une décision ordonnant le retour d'un enfant ayant fait l'objet d'un déplacement illicite au sens de la Convention de La Haye relative aux enlèvements internationaux d'enfants. «*L'article 6 protège également la mise en œuvre des décisions judiciaires définitives et obligatoires qui, dans un État respectueux de la prééminence du droit, ne peuvent rester inopérantes au détriment d'une partie. En conséquence, l'exécution d'une décision judiciaire ne peut être empêchée, invalidée ou retardée de manière excessive*»⁽⁸⁹⁾. La Cour applique à une situation transfrontière sa jurisprudence relative aux implications de l'article 6 s'agissant du respect des décisions judiciaires⁽⁹⁰⁾. Les mêmes principes guident son analyse que la situation se déploie dans un seul ordre juridique interne ou au-delà des frontières. L'adéquation d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre. Ainsi, en matière d'autorité parentale, elle souligne que «*les procédures [...] y compris l'exécution des décisions rendues à leur issue, exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux*»⁽⁹¹⁾.

Le droit à bénéficier d'un procès équitable «*serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 §1 décrive en détail les garanties de procédure — équité, publicité et célérité — accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires; si cet article devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le*

⁽⁸⁹⁾ Cour eur. D.H., *Bianchi c. Suisse*, arrêt du 22 juin 2006, §110; voy. également *Pini*, *op. cit.*, §176; *Hussin c. Belgique*, décision du 6 mai 2004, req. n° 70807/01, déclarant la requête irrecevable après avoir estimé que la longueur des procédures était justifiée par leur complexité.

⁽⁹⁰⁾ Cour eur. D.H., *Hornsby c. Grèce*, arrêt du 19 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-II, p. 495.

⁽⁹¹⁾ La formulation est identique dans une affaire purement interne (voy. Cour eur. D.H., *Ignaccolo-Zenide*, §102) et dans une affaire internationale *Pini et autres c. Roumanie*, nos 78028/01 et 78030/01, §175.

principe de la prééminence du droit que les États contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention⁽⁹²⁾. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du 'procès' au sens de l'article 6»⁽⁹³⁾.

L'article 6 a pour effet de gommer les éléments d'extranéité en écartant qu'ils puissent être un obstacle à l'effectivité d'une décision de justice. La Cour adopte la même position au sujet de l'article 8. On a vu que la jurisprudence se fonde tantôt sur le droit à une procédure équitable, tantôt sur le droit au respect de la vie familiale, pour sanctionner une procédure qui mettrait en péril les liens familiaux. Par un arrêt tout récent du 17 juillet 2008, dans une affaire *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique*, la Cour a réaffirmé cette nécessité d'une application rapide et efficace des décisions de justice⁽⁹⁴⁾, cette fois sous l'angle de l'article 8. «*La Cour estime que les autorités concernées ont négligé de mettre en œuvre toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour assurer le retour des enfants auprès de leur père respectif. En confortant les enfants dans leur refus de retourner vivre avec leur père respectif, la passivité des autorités, cumulée avec l'inexorable écoulement du temps, aurait pu être à l'origine de la rupture totale des relations enfant-père, rupture qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant*»⁽⁹⁵⁾.

— Si la jurisprudence de la Cour déduit des articles 6 ou 8 une exigence de célérité au niveau de l'exécution des décisions, elle requiert qu'elles aient été rendues au terme d'une procédure pouvant être jugée équitable. Si le droit international des droits de l'homme postule la circulation efficace d'un jugement rendu au terme d'une procédure correcte, il s'y oppose si elle ne remplit pas cette condition. L'on peut parler ici de l'«effet négatif» évoqué ci-avant.

Dans l'affaire *Pellegrini c. Italie*, la Cour juge contraire à l'article 6 le jugement italien reconnaissant une décision prononcée par la rote romaine. Un traité entre le Vatican et l'Italie fondait cette décision. La Cour souligne que le droit à une procédure contradictoire, qui est l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6, §1^{er}, implique que chaque partie à un procès, pénal ou civil, doit en principe

⁽⁹²⁾ La Cour fait référence à l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18, pp. 16-18, §§34-36.

⁽⁹³⁾ Cour eur. D.H., *Logothetis c. Grèce*, arrêt du 12 avril 2001, §14; *Antonetto c. Italie*, arrêt du 20 juillet 2000, §28 et *Pialopoulos c. Grèce*, arrêt du 15 février 2001, §68.

⁽⁹⁴⁾ Cour eur. D.H., *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique*, arrêt du 17 juillet 2008, req. n°s 58081/00 et 58411/00.

⁽⁹⁵⁾ §34.

avoir la faculté de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision⁽⁹⁶⁾. Le fait que la procédure en cause ait été menée à l'étranger ne modère pas le contrôle effectué par la Cour à la manière du «*contrôle atténué*» usuel en droit international privé. La violation de l'article 6 découle de la violation des droits de la défense de la requérante au cours de la procédure devant la rote romaine. Le fait que la procédure était de nature ecclésiastique n'a pas participé des motifs de refus de reconnaissance⁽⁹⁷⁾.

7. — *DIP et droit de l'homme :*
les instruments conjuguant les intérêts

Ces deux effets «positifs» ou «négatifs» reposent sur le même raisonnement. Ils s'articulent sur un axe opposant des principes théoriques abstraits à une analyse concrète et factuelle. Cette apparente contradiction doit être nuancée.

D'une part, il est simpliste de réduire le droit international privé à un catalogue de règles abstraites et désincarnées. La plupart des règles de droit international privé traduisent un objectif de politique législative opérant un choix entre des intérêts concurrents⁽⁹⁸⁾. Le caractère aléatoire des éléments factuels qui viendront déterminer la solution finale confère cependant une certaine abstraction aux méthodes classiques du droit international privé. Cette part d'abstraction est une «faille» par laquelle l'analyse sous l'angle des droits de l'homme peut pénétrer le droit international privé. Lorsque la disposition en cause conduit à un examen de proportionnalité, tel l'article 8 qui protège de manière relative la vie familiale, le contrôle de conformité du résultat dicté par la règle de droit international privé s'effectue tant lors de l'identification de la violation du droit garanti qu'au stade de la mise en balance des intérêts en présence. C'est alors l'objectif législatif poursuivi par la règle de droit international privé qui est

⁽⁹⁶⁾ Cour eur. D.H., *Pellegrini c. Italie*, arrêt du 20 juillet 2001, req. n° 30882/96, §44. Estimant que la procédure satisfaisait aux exigences de respect des droits de la défense, voy. Cour eur. D.H., *Gettliffe et Grant c. France*, décision du 24 octobre 2006; *A.B. c. Pologne*, arrêt du 20 novembre 2007, §86.

⁽⁹⁷⁾ Voy. dans le même sens Cour eur. D.H., *Eskinazi et Chelouche c. Turquie*, décision du 13 décembre 2005, req. n° 14600/05 : «*La Cour n'a pas en particulier à apprécier si un tribunal ayant un caractère religieux serait par essence et in abstracto incompatible avec la Convention, et notamment avec son article 6; elle doit seulement examiner concrètement si la procédure suivie devant une telle juridiction — comme d'ailleurs devant tout tribunal — a observé les exigences de l'article 6*».

⁽⁹⁸⁾ La résidence habituelle de l'enfant assurant un objectif de proximité; celle du consommateur ou du travailleur les protégeant en tant que parties jugées plus faibles dans la relation contractuelle, ...

mesuré à l'aune de la violation du droit protégé. Dans l'affaire *Wagner*, la Cour confronte les liens entre une maman et sa fille adoptive et la *ratio legis* de la règle de conflit de lois luxembourgeoises. La Cour admet que «le refus d'exequatur du jugement d'adoption péruvien tendait à protéger «la santé et la morale» et les «droits et libertés» de l'enfant», deux impératifs reconnus légitimes par l'article 8, §2⁽⁹⁹⁾. Il n'est «pas déraisonnable» à ses yeux que «les autorités luxembourgeoises fassent preuve de prudence lorsqu'elles vérifient si l'adoption a été rendue en conformité avec les règles luxembourgeoises de conflits de lois»⁽¹⁰⁰⁾. Après avoir admis que le principe d'un tel contrôle est autorisé par les motifs limitativement énumérés par l'article 8, §2, la Cour entend toutefois vérifier si son exercice dans le cas d'espèce convainc quant au respect d'un juste équilibre.

D'autre part, plusieurs conventions internationales contenant des règles que l'on rattache au droit international privé sont également des instruments de protection des droits de l'homme au sens large ou, à tout le moins, manifestent le souci d'être conformes aux droits fondamentaux. Tel est notamment le cas d'une convention comme la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Ce texte est cité dans la mesure où plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme se sont penchés sur la compatibilité des mécanismes que la Convention de La Haye instaure et leur résultat concret avec l'article 8. Il permettra ensuite de faire le lien avec une autre Convention de La Haye, celle relative aux adoptions internationales et de s'interroger sur l'incidence que pourrait avoir la jurisprudence *Wagner* sur les préceptes sur lesquels elle repose.

La Convention relative à l'enlèvement international d'enfants organise un mécanisme de coopération entre autorités centrales et postule le retour rapide de l'enfant vers le pays de sa résidence habituelle avant son déplacement illicite. La Convention impose que la situation soit remise dans son pristin état pour que le juge naturel de l'enfant puisse statuer au fond. L'objectif est d'éviter les «coups de force» qui mettent les autorités devant le fait accompli d'un déplacement et de garantir que le juge compétent reste celui du lieu où l'enfant résidait habituellement. La Convention érige l'intérêt de l'enfant en intérêt supérieur, au titre d'objectif général, qui se décline ensuite au travers de l'énoncé tant des principes que des exceptions.

Ainsi, l'article 13 prévoit une exception à l'obligation de retour immédiat de l'enfant s'il «*existe un risque grave [qu'il] l'expose à un danger*

⁽⁹⁹⁾ §126.

⁽¹⁰⁰⁾ §126.

physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable». L'article 20 assure la conformité du mécanisme prescrit par la Convention de La Haye à la Convention européenne des droits de l'homme en indiquant que «*le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*».

Cette référence expresse par la Convention de La Haye à la Convention européenne des droits de l'homme a une incidence sur l'attitude que la Cour manifeste dans les affaires d'enlèvement international d'enfants.

La Cour s'écarte d'une démarche qui lui a permis de passer outre les règles de droit international privé dans les affaires *Pellegrini* ou *Wagner* pour faire prévaloir une analyse *in concreto*. Dans ces deux arrêts, la Cour procède à un examen complet, tel celui qu'effectuerait un juge de réformation, sans brider son contrôle. La Cour ne paraît pas estimer que les règles de droit international privé, de par le mécanisme particulier qu'elles instaurent, soient de nature à atténuer son contrôle. Par contre, dans les affaires *enlèvement d'enfants*, la Cour fait preuve de retenue et semble se limiter à un contrôle marginal. Elle s'autorise d'une confiance *a priori* en les principes découlant de la Convention de La Haye. La Cour se tient en retrait et paraît ne vouloir sanctionner qu'une violation manifeste. La référence à la Convention de La Haye crée une forme de présomption, certes réfragable, de conformité à l'article 8.

La Cour souligne que la Convention européenne des droits de l'homme «*doit s'appliquer en accord avec les principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme*»⁽¹⁰¹⁾. La Cour interprète la Convention à la lumière du droit international général, tout en rappelant, à l'inverse, aux États que le fait d'avoir signé un autre traité international ne les dispense pas du respect dû à la Convention⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Cour eur. D.H., *Gettiffe et Grant c. France*, décision du 24 octobre 2006; *A.B. c. Pologne*, 20 novembre 2007, §115; *Emonet c. Suisse*, §65.

⁽¹⁰²⁾ Comm. eur. D.H., décision du 10 juin 1958, req. n° 235/56, *X c. République fédérale d'Allemagne*, *Ann. Convention*, 2, 1958-1959, p. 257, ici p. 301 :

«*Si un État assume des obligations contractuelles et conclut par la suite un autre accord international qui ne lui permet plus de s'acquitter des obligations qu'il a assumées par le premier traité, il encourt une responsabilité pour toute atteinte portée de ce fait aux obligations qu'il assumait en vertu du traité antérieur*». Il s'ensuit que «*le transfert de pouvoirs à une organisation internationale n'est compatible avec la Convention, qu'à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente*».

Dans le même sens, Comm. eur. D.H., *M. & Co. c. République fédérale d'Allemagne*, décision du 9 février 1990, req. n° 13258/87; Cour eur. D.H., *Soering* (1989), §87; *Matthews* (1989), §32.

Lorsque le mécanisme de la Convention de La Haye est en cause, la Cour part du principe que «*les obligations positives que l'article 8 fait peser sur les États contractants en matière de réunion d'un parent et de ses enfants [...] doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*»⁽¹⁰³⁾. Dans l'affaire *Mamousseau c. France*, la Cour est amenée à préciser son raisonnement pour répondre à la requérante qui soutenait que les exceptions au retour de l'enfant, telles que prévues par l'article 13, B), de la Convention de La Haye avaient été interprétées d'une manière trop restrictive et incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour juge que «*la notion d'«intérêt supérieur de l'enfant» est [...] primordiale dans le cadre des procédures relevant de la Convention de La Haye*»⁽¹⁰⁴⁾. Elle rappelle la recommandation n° 874 (1979) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, selon laquelle «*les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres*». Procédant à une analyse de la Convention de La Haye, la Cour note que tant son préambule que les mécanismes mis en place poursuivent un objectif conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour ajoute qu'elle «*souscrit entièrement à la philosophie sous-jacente de cette Convention. Inspirée par le désir de protéger l'enfant considéré comme la première victime du traumatisme causé par son déplacement ou son non-retour, cet instrument entend lutter contre la multiplication des enlèvements internationaux d'enfants. Il s'agit donc, une fois les conditions d'application de la Convention de La Haye réunies, de revenir au plus vite au statu quo ante en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites, et de laisser les questions relatives au droit de garde et d'autorité parentale à la compétence des juridictions du lieu de résidence habituelle de l'enfant, conformément à l'article 19 de cette Convention*»⁽¹⁰⁵⁾. Ce texte est décrit comme étant conforme à l'article 8 tant au niveau de sa *ratio legis* que des moyens assurant la mise en œuvre du mécanisme de retour immédiat. Répondant à l'argumentation développée par la requérante, la Cour refuse d'opposer les interprétations divergentes qui pourraient être faites de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de La Haye, de celle de New York ou encore de la Convention de Rome. Elle

⁽¹⁰³⁾ Cour eur. D.H., *Gettiffe et Grant c. France*, décision du 24 octobre 2006; *A.B. c. Pologne*, 20 novembre 2007, §115; *Eskinazi et Chelouche c. Turquie*, décision du 13 décembre 2005.

⁽¹⁰⁴⁾ §68.

⁽¹⁰⁵⁾ §69.

encourage une lecture «cohérente, quelle que soit la convention internationale invoquée»⁽¹⁰⁶⁾.

Ce faisant, la Cour semble donner un blanc-seing aux États et effectuer une analyse abstraite se bornant à faire confiance aux États dès lors qu'ils agissent dans le cadre de la Convention de La Haye. Cette apparence ne doit toutefois pas masquer le caractère réfragable de la présomption de conformité. La Cour procède à une analyse des faits de la cause et vérifie si l'appréciation des autorités nationales était «équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun»⁽¹⁰⁷⁾. L'analyse *in concreto* s'effectue mais elle prend la forme d'un contrôle marginal. Le souci de faire l'économie d'une vérification complète s'explique certainement par l'objet limité du mécanisme de retour. Il ne préjuge pas de la décision que le juge de la résidence habituelle de l'enfant décidera quant à son lieu de vie futur⁽¹⁰⁸⁾.

Cette jurisprudence semble (ré)concilier le droit international privé et les droits de l'homme lorsque le mécanisme mis en place par le premier démontre sa compatibilité avec les principes posés par les seconds qu'ils concourent à protéger.

Ces longs développements sur la Convention de La Haye relative aux enlèvements internationaux d'enfants fait le lien avec l'analyse à laquelle l'arrêt *Wagner* invite. Cet arrêt aurait-il statué dans le même sens si la décision luxembourgeoise de refus de reconnaissance de l'adoption s'était fondée sur la violation des règles prescrites par la Convention de La Haye sur l'adoption internationale?

8. — *Les implications de l'arrêt Wagner sur le droit belge de l'adoption internationale*

Une situation telle celle rencontrée dans l'affaire *Wagner* n'a plus beaucoup de chance de se produire en Belgique. L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye et la réforme du droit belge de l'adoption ont supprimé la possibilité des adoptions dites «libres». Les adoptions doivent obligatoirement être encadrées par les autorités centrales des pays de l'adoptant et de l'adopté. Le schéma habituel ne peut plus être, comme dans l'affaire *Wagner*, celui d'un adoptant revenant en Belgique avec une décision d'adoption étrangère obtenue au terme d'une procédure qu'il a

⁽¹⁰⁶⁾ §71.

⁽¹⁰⁷⁾ §74.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.* et voy. également *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* : «la mesure de restitution litigieuse examinée ici revêt un caractère purement conservatoire et ne préjuge pas le fond de la question de garde, ce que la Convention de La Haye, encore moins la Cour, ne cherchent à établir».

lui-même initiée, décision dont il postulerait ensuite la reconnaissance. L'incidence de la jurisprudence de Strasbourg sur ce type de procédure est limité (a).

Des exceptions à l'encadrement demeurent. Elles concernent d'une part l'adoption des majeurs. D'autre part, il est dérogé à l'obligation d'encadrement lorsque l'adoptant vivait à l'étranger lorsqu'une procédure y a été diligentée et se prévaut ensuite en Belgique de la décision qui y aurait été rendue. Si le pays où l'adoptant vivait n'est pas partie à la Convention de La Haye ou si l'adoption y était considérée comme n'impliquant pas un déplacement international d'enfant, l'adoption a pu se faire sans encadrement. L'adoptant qui souhaite ensuite que la décision ait des effets juridiques en Belgique doit en solliciter la reconnaissance auprès de l'autorité centrale fédérale (b).

a) *Le schéma habituel*

Dans le schéma classique, les adoptions sont encadrées et aucun contact ne peut avoir lieu entre l'adoptant et l'adopté avant l'«apparemment». Les parties ne pourraient donc se prévaloir de l'existence de liens familiaux *de facto* qui seraient menacés par un refus de reconnaissance d'une adoption.

En outre, l'intervention des autorités à tous les stades de l'adoption réduit le contrôle effectué lors de la réception de la décision étrangère. La possibilité d'un refus de reconnaissance au dernier stade de la procédure est peu probable. Les autorités des deux pays ont coopéré à tous les stades de la procédure : l'enfant a été déclaré adoptable, l'adoption internationale a été jugée conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant après qu'il ait été constaté qu'aucune solution interne n'était disponible, les consentements éclairés des parents biologiques ont été recueillis, les adoptants ont été jugés aptes, l'apparemment a été réalisé par les autorités ou organismes agréés.

Au sein du schéma classique, ces deux motifs — l'inexistence de liens réels et l'encadrement — limitent l'intérêt de l'arrêt *Wagner*. Ils ne le réduisent toutefois pas à néant et l'on s'efforcera de dégager la ou les petite(s) porte(s) par la(les)quelle(s) l'article 8 pourrait pénétrer les rouages bien serrés des nouvelles procédures. Elles se situent à deux moments : au début du processus, en cas de refus d'encadrement ou en fin de procédure, au moment de la reconnaissance.

Un refus d'encadrement d'un processus d'adoption peut intervenir de deux manières. Un ou des candidats adoptants se voient refuser l'accès à la procédure parce qu'ils sont qualifiés inaptes ou parce que les autorités

centrales refusent d'encadrer leur projet. Cette seconde hypothèse se rencontre lorsque des adoptants demandent aux autorités d'encadrer une adoption dans un pays qui n'est pas signataire de la Convention de La Haye. Ces dernières peuvent accepter ou refuser en fonction des garanties que ce projet présente à leurs yeux.

La jurisprudence *Wagner* n'est pas d'un grand secours à ce stade car elle se fonde sur l'existence de liens *de facto* entre l'enfant et l'adoptant qui ne sont en principe pas présents dans ces deux cas de figure. La Convention européenne des droits de l'homme n'intervient alors que sous l'angle de l'interdiction de la discrimination comme elle l'a fait dans l'affaire *E. B.* L'on renvoie à ce sujet à la première partie de la présente contribution ⁽¹⁰⁹⁾.

Si l'adoptant entend se prévaloir d'un lien réel qui existerait déjà entre lui et l'enfant, il sera confronté à l'interdiction de principe énoncée à l'article 29 de la Convention de La Haye, transposée en droit belge à l'article 363.1 ⁽¹¹⁰⁾. L'article 29 dispose qu'«*aucun contact entre les futurs parents adoptifs et les parents de l'enfant ou toute autre personne qui a la garde de celui-ci ne peut avoir lieu tant que les dispositions de l'article 4, lettres a à c, et de l'article 5, lettre a, n'ont pas été respectées [l'apparement], sauf si l'adoption a lieu entre membres d'une même famille ou si les conditions fixées par l'autorité compétente de l'État d'origine sont remplies*». L'interdiction n'est pas absolue. D'une part, les contacts préalables à l'apparement sont prohibés sauf s'il s'agit d'une adoption entre membres d'une même famille ou si le droit du pays d'origine le permet. D'autre part, les contacts ne sont pas interdits à tous les stades de la procédure. Ils ne le sont que jusqu'à ce qu'il a été établi que l'enfant est adoptable, que l'adoption internationale répond à son intérêt supérieur, que les consentements exigés ont été obtenus et que les autorités compétentes de l'État d'accueil ont constaté que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter ⁽¹¹¹⁾.

Si un lien familial existe, l'arrêt *Wagner* pourrait venir au secours d'un adoptant confronté à une décision négative motivée par le fait que le degré de parenté serait trop faible ou ne serait pas reconnu comme tel. La

⁽¹⁰⁹⁾ Voy. *supra* B), 4.

⁽¹¹⁰⁾ «*Aucun contact entre l'adoptant ou les adoptants et les parents de l'enfant ou toute autre personne qui en a la garde ou dont le consentement à l'adoption est requis ne peut avoir lieu tant que les dispositions des articles 361-1 et 361-3, 1° à 5°, ou des articles 362-2 à 362-4 n'ont pas été respectées, sauf si l'adoption a lieu entre membres d'une même famille ou si les conditions fixées par l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant sont remplies*».

⁽¹¹¹⁾ Rapport explicatif sur la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, G. PARRA ARANGUREN, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome II, *Adoption — coopération*, Publications de la HCCH, 1994, §496.

notion de famille peut être large dans certains pays d'origine et une personne éloignée ou proche au sens social uniquement et non sanguin pourrait éprouver des difficultés à faire admettre l'existence du «lien familial». L'arrêt *Wagner* invite à la prise en compte des liens réels et pourrait militer en faveur de la reconnaissance de liens *de facto*.

Si un lien existe avec l'enfant et ne peut être qualifié de «lien familial», l'adoption n'est en principe pas possible. L'arrêt *Wagner* pourrait-il être opposé à la Convention de La Haye et à sa transposition en droit belge? Pourrait-on considérer que l'interdiction de l'adoption d'un enfant connu doit être possible même si l'option choisie par la Convention de La Haye est d'interdire l'adoption libre de manière absolue. Si l'interdiction des contacts préalables est compréhensible en tant que corolaire de l'option en faveur de l'adoption encadrée, sa rigidité pose question. L'objectif est d'éviter que ces contacts préalables soient utilisés aux fins de faire pression sur la famille d'origine ou sur une structure d'accueil d'un enfant abandonné dans un pays d'origine, notamment à la faveur de versement d'argent. Si l'objectif est légitime, le moyen utilisé pour assurer qu'il soit atteint peut paraître excessif à deux égards. D'une part, il n'y a parfois plus de famille d'origine et tous les milieux d'accueil ne sont pas nécessairement corruptibles. D'autre part, il y a d'autres moyens de s'assurer que l'adoption se fait de manière respectueuse de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les autorités belges peuvent entretenir des liens de confiance avec les autorités du pays d'origine et leur confier la tâche de s'assurer de la transparence de la démarche.

L'exemple suivant illustre la manière dont le problème peut se poser. Un couple belge parraine depuis des années, sans arrière pensée, un orphelinat ou une œuvre d'aide à l'enfance dans un pays tiers. À la faveur d'un parrainage ou de déplacement dans ce pays, ils ont l'occasion de rencontrer un enfant abandonné avec lequel un contact privilégié se noue. Le pays en question ne serait pas signataire de la Convention de La Haye. Le couple demande aux autorités belges d'encadrer cette adoption et un refus leur est opposé au seul motif qu'ils connaissent l'enfant. Cet exemple indique que si la règle de l'interdiction des contacts préalables poursuit un objectif légitime, elle peut dans certains cas paraître disproportionnée eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'analyse sous l'angle de la proportionnalité évoque naturellement à l'angle d'approche utilisé par la Convention européenne des droits de l'homme. *Le moyen utilisé, si légitime qu'il soit, est-il proportionnel à l'objectif poursuivi?*

Sans préjuger de ce que la Cour déciderait face à une telle question, l'on peut présumer que les éléments suivants influeraient sur son raisonnement. D'une part, la signature de la Convention de La Haye par des

pays membres du Conseil de l'Europe n'exclut pas que l'application dans un cas particulier du prescrit de la première puisse engager la responsabilité d'un État au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe d'une confrontation des deux instruments doit être admis. D'autre part, la Cour témoignerait probablement une confiance *a priori* à l'égard du mécanisme mis en place par la Convention de La Haye de 1993 comme elle l'a fait s'agissant de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants. La Cour jugerait certainement que tant l'objectif poursuivi par la Convention de La Haye que les moyens mis en œuvre pour l'atteindre manifestent un souci légitime pour l'intérêt supérieur de l'enfant. S'en suivrait un contrôle marginal, consistant à sanctionner un État si la Cour conclut à l'existence de liens très forts entre le candidat adoptant et l'adopté pressenti et à la disproportion manifeste du refus opposé à des candidats adoptants qui auraient offert toutes garanties. Pour ce faire, la Cour procéderait comme à l'accoutumée, par un examen *in concreto* de la nature et de la force des liens affectifs entre les parties en présence en prenant en compte des critères habituels que sont l'intérêt supérieur de l'enfant, la dépendance effective et matérielle, ... Il faudrait certainement que les liens que l'enfant entretient avec les candidats adoptants soient à ce point étroits pour que l'on puisse parler de «vie familiale» au sens de l'article 8 pour que la protection de cette disposition puisse jouer. L'identification précise de l'avantage que l'adoption constituerait pour l'adopté participerait également des intérêts à prendre en compte. Le fait qu'en droit belge, comme dans la plupart des pays européens, il soit impossible de bénéficier d'un titre de séjour en dehors de l'hypothèse du regroupement familial est capital⁽¹¹²⁾. Cet élément interviendrait dans l'analyse de la proportionnalité pour démontrer qu'à défaut d'adoption l'enfant serait privé du droit de vivre auprès de sa «famille d'adoption».

L'arrêt Wagner pourrait-il avoir une incidence sur la reconnaissance d'une décision d'adoption prise dans le cadre d'une procédure encadrée? La plupart des procédures encadrées concernent deux pays parties à la Convention de La Haye du 29 mai 1993. Plus rarement, les autorités belges peuvent accepter d'encadrer une procédure avec un pays qui n'est pas partie à ce texte. Dans le premier cas, la Convention prévoit qu'«une adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres États contractants»⁽¹¹³⁾. Un refus de reconnaissance ne peut intervenir

⁽¹¹²⁾ Voy. les articles 10 et s. et 40 et s. de la loi du 15 décembre 1980 relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers.

⁽¹¹³⁾ Article 23.

«*que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant*»⁽¹¹⁴⁾. La loi belge ajoute «*et des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en vertu du droit international*»⁽¹¹⁵⁾. La reconnaissance est presque automatique. Seules des circonstances particulièrement graves pourraient conduire l'autorité centrale à refuser la reconnaissance de la décision prise dans le pays avec lequel les organismes agréés auront collaboré pendant de longs mois. Dans le second cas, le contrôle est plus large et les motifs de refus plus nombreux⁽¹¹⁶⁾. Ils tiennent au respect des principes posés par le droit belge — l'aptitude, l'absence de contacts préalables sauf exceptions — et aux règles générales que sont la contrariété à l'ordre public ou la fraude à la loi.

La jurisprudence *Wagner* pourrait intervenir dans les rares dossiers où un lien étroit existe entre l'adoptant et l'enfant et où il pourrait être démontré que les motifs invoqués ne suffisent pas à convaincre du caractère proportionné de la décision. Comme indiqué ci-avant, le contrôle de la Cour serait sans doute plus sévère lorsque l'adoption s'est faite en dehors du mécanisme prescrit par la Convention de La Haye.

b) *Les adoptions non encadrées*

Certaines adoptions échappent à l'obligation d'encadrement. Il s'agit de l'adoption des majeurs⁽¹¹⁷⁾, de l'adoption par des adoptants résidant en Belgique mais décidée à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi⁽¹¹⁸⁾ ou encore des adoptions prononcées à l'étranger à la requête d'adoptants qui ne résident pas en Belgique⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Article 24.

⁽¹¹⁵⁾ Article 364.1.

⁽¹¹⁶⁾ Articles 365.1. et 365.2.

⁽¹¹⁷⁾ Les obligations de qualification et d'aptitude ne visent que les adoptions d'enfants (article 346.1). Ces derniers sont définis comme étant les personnes «*âgée[s] de moins de dix-huit ans*» (article 343).

⁽¹¹⁸⁾ La nouvelle loi relative à l'adoption est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005. Les adoptions prononcées à l'étranger avant cette date sont régies par l'article 24 de la nouvelle loi qui fixe le régime transitoire :

«*§ 1^{er}. Les anciens articles 344 et 344ter du Code civil demeurent en vigueur jusqu'à une date à fixer par le Roi.*

§ 2. En cas de reconnaissance d'une décision étrangère en matière d'adoption, devenue définitive avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi, les dispositions du droit antérieur qui régissent les conditions de fond de la reconnaissance peuvent s'appliquer si elles sont plus favorables à la reconnaissance. Cette décision est enregistrée par l'autorité centrale fédérale, conformément à l'article 367-2 du Code civil.

Toute décision étrangère en matière d'adoption, reconnue en Belgique avant l'entrée en vigueur de la présente loi est enregistrée, à la demande des intéressés, par l'autorité centrale fédérale, conformément à l'article 367-2 du Code civil.

⁽¹¹⁹⁾ La loi belge ne s'applique pas à l'adoption prononcée à l'étranger lorsque l'adoptant réside également à l'étranger, même s'il est belge. L'article 360.2 dispose que «*les*

Il s'agit dans les trois cas d'adoptions libres, devant être reconnues par l'autorité centrale fédérale. L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ces trois cas de figure est plus facile à identifier. L'hypothèse de départ peut être plus proche du contexte présent dans l'affaire *Wagner* que dans le cas d'une adoption encadrée au sens de la Convention de La Haye.

En ce qui concerne les majeurs, l'analyse sous l'angle de l'article 8 est différente. Au premier stade du raisonnement prescrit, l'analyse de l'existence d'une vie familiale, et au second stade, l'identification d'une ingérence, la protection de l'article 8 est certainement moindre lorsqu'il s'agit d'adultes. La Cour juge en effet que les rapports entre adultes «*ne bénéficieront pas nécessairement de la protection de l'article 8 sans que soit démontrée l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux*»⁽¹²⁰⁾. En outre, il est plus difficile de démontrer que le refus de prononcer ou de reconnaître une adoption empêche le maintien de la relation affective. Par contre, lorsqu'il s'agit pour l'État de justifier une atteinte à la vie familiale, la tâche est plus ardue puisque les relations entre majeurs relèvent davantage de la vie privée et nécessitent une moins grande vigilance de la part de l'État. L'intérêt de l'enfant n'est pas en jeu et seuls peuvent être invoqués des motifs tels la sauvegarde de l'ordre public si l'adoption paraît frauduleuse. Tel pourrait être le cas d'une adoption qui a pour seul objectif l'obtention d'un avantage en termes de droit de séjour.

S'agissant des mineurs, l'on renvoie à l'analyse de l'arrêt *Wagner*. Le traitement de ces dossiers doit être attentif aux enseignements qui s'en dégagent. S'il est légitime de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, cette protection ne peut être abstraite et aveugle aux liens réels existants entre l'adoptant et l'adopté.

D. — Considérations finales

Le nouveau droit belge enferme l'adoption internationale dans un carcan légal strict. L'objectif poursuivi est légitime puisqu'il s'agit, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'éviter que les procédures d'adoptions internationales ressemblent à un grand marché d'enfants. L'adoption ne

dispositions de la [section adoption internationale] s'appliquent lorsque l'enfant : 1° a été, est ou doit être déplacé de l'État d'origine vers la Belgique, soit après son adoption dans cet État par une personne ou des personnes résidant habituellement en Belgique, soit en vue d'une telle adoption en Belgique ou dans cet État, ou [...]».

⁽¹²⁰⁾ Cour eur. D.H., *Ezzouhdi c. France*, arrêt du 13 février 2001, req. n° 47160/99, §34; *Aoulmi c. France*, arrêt du 17 janvier 2006, req. n° 50278/99, §87.

peut plus relever du domaine privé. Elle est encadrée par les autorités entre lesquelles se tisse une collaboration internationale. Les conditions de fond sont difficiles à satisfaire, cumulant les règles de l'État de l'adoptant et celles de la loi nationale de l'adopté. Les décisions ne sont reconnues que s'il est satisfait à des exigences procédurales et substantielles. La rigueur de ces règles peut dans certains cas écarter de l'adoption des situations factuelles qui paraissent pourtant mériter une protection légale.

Face à cette difficulté, la Convention européenne des droits de l'homme pose une question qui n'a que fort peu de place dans le nouveau droit belge de l'adoption internationale, la question de la proportionnalité. Si légitime que soit l'objectif poursuivi, n'y a-t-il pas un décalage entre les interdictions souvent absolues qu'il induit et la réalité sociale et affective des personnes concernées? Ce décalage résiste-t-il à l'analyse de la proportionnalité prescrite par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme?

Dans une affaire *Emonet c. Suisse*, la Cour utilise la formule suivante. «*Compte tenu de ce qui précède, le «respect» de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues. L'absence de cette prise en compte a heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne*»⁽¹²¹⁾. Ce paragraphe synthétise bien l'approche de la jurisprudence dans ce type d'affaires même si la question posée dans ce dossier n'était pas la reconnaissance d'une adoption⁽¹²²⁾.

La signature de la Convention de La Haye du 19 mai 1993 ne dispense pas la Belgique du respect dû à la Convention européenne des droits de l'homme. Les autorités ne peuvent échapper à l'analyse qu'elle prescrit même si elle est parfois susceptible de conduire à écarter la première au nom de la seconde. Plutôt qu'une réelle opposition, il s'agit davantage d'une lecture assouplie du premier instrument, qui se concilie alors avec le deuxième. La Cour exprime d'ailleurs ce souci de conjugaison. En d'autres termes, l'on pourrait dire que la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme met de l'huile dans les rouages parfois trop serrés du nouveau droit de l'adoption internationale.

⁽¹²¹⁾ Cour eur. D.H., *Emonet et autres c. Suisse*, arrêt du 13 décembre 2007, req. n° 39051/03, §86.

⁽¹²²⁾ Dans cette affaire, la requérante dont le père biologique était décédé, avait été adoptée par le compagnon de sa mère. Cette adoption avait entraîné un effet que la famille ne souhaitait pas, étant la rupture du lien de filiation entre l'adopté et sa mère, au motif que celle-ci n'était pas mariée avec son père.