

Intérêt supérieur de l'enfant et droit de l'enfant et/ou droit à l'enfant ?

Le cas particulier de l'adoption

Novembre 2005

1. Introduction

La question du droit de l'enfant et/ou du droit à l'enfant se trouve en filigrane de toutes les parentalités. Toutefois, on peut penser qu'elle émerge de manière plus évidente encore dans certains modes alternatifs de filiation, parmi lesquels l'adoption.

1.1 L'adoption de mineurs

Aujourd'hui, l'adoption concerne de nombreuses personnes en Communauté française. Chaque année en effet, plus de 500 enfants se voient confiés en adoption à des familles belges francophones, la Belgique étant d'ailleurs traditionnellement connue comme pays d'accueil.

Bien entendu, chaque adoption doit être appréciée au cas par cas. Chacune d'entre elles, en effet, est une association d'histoires toujours singulières. C'est ce qui fait la richesse du processus, autant que sa complexité, y compris pour l'ensemble des intervenants du secteur (juristes, psychologues, sociologues, assistants sociaux, etc.).

De manière intéressante, les adoptions revêtent des dimensions qui se trouvent au cœur de plusieurs disciplines, dont la complémentarité est évidente. On sait aujourd'hui que les enjeux de telles filiations alternatives dépassent largement la sphère psycho-affective : ils sont également juridiques et éthiques. Nous y reviendrons plus loin.

On sait par ailleurs que ces enjeux concernent tous les acteurs du triangle adoptif, qu'il s'agisse de l'enfant, des parents candidats et des parents d'origine. Notre analyse le soulignera.

1.2 Plan de l'analyse

La présente analyse de la CODE¹ débute par un examen de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, qui constitue d'ailleurs le fil rouge des législations en matière d'adoption de mineurs.

Rappelons d'ores et déjà que l'adoption d'enfants telle que nous la connaissons aujourd'hui est régie par des dispositions légales (droit interne et droit international) qui se fondent sur des grands principes essentiellement consacrés aux droits de l'enfant, en ce y compris à son intérêt supérieur.

Notre analyse se poursuivra par l'étude de ce que recouvre le droit de l'enfant versus le droit à l'enfant dans l'adoption, ainsi que les implications de chacune de ces positions (en

¹ La CODE est un réseau d'associations qui ont pour objectif de veiller à la bonne application de la Convention relative aux droits de l'enfant en Belgique et notamment pour objet de réaliser un rapport alternatif sur l'application de la Convention qui est destiné au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. En font partie : Amnesty international , ATD Quart Monde, BADJE (Bruxelles Accueil et Développement pour la Jeunesse et l'Enfance), Commission Justice et Paix, DEI Belgique, ECPAT (End Child Prostitution and Trafficking of Children for sexual purposes), la Ligue des droits de l'homme, la Ligue des familles et UNICEF Belgique. Voir www.lacode.be.

apparence) opposées. Afin de faciliter la compréhension du débat, chacune de ces perspectives fera l'objet d'une section distincte.

L'analyse se terminera par une mise en perspective.

2. L'intérêt supérieur de l'enfant

L'adoption d'enfants est notamment régie par des dispositions légales de droit international privé. Il s'agit de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, ainsi que de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

Ces deux législations internationales fondent expressément l'adoption des mineurs sur la notion d'intérêt de l'adopté (voir Lammerant, 2001)².

2.1 Variations sur le thème de l'intérêt de l'enfant

Toutefois, dans les textes susmentionnés, le concept d'intérêt supérieur de l'enfant reste vague et imprécis (voir Doulliez & Nzeyimana, 2002³ ; Druant, 2000) : ni la Convention des droits de l'enfant ni la Convention de La Haye n'en suggèrent une définition. Notons que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas rendue plus explicite par d'autres documents ou instruments, qu'il s'agisse de dispositions légales de droit interne⁴ ou d'autres conventions internationales que celles citées ci-dessus.

Isabelle Lammerant (2001⁵, p. 22) rappelle que les expressions qui renvoient à la notion d'intérêt de l'enfant varient d'une législation européenne à l'autre⁶. En outre, elles sont souvent différentes en fonction des cultures et des époques.

Malgré le caractère imprécis de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, plusieurs articles et droits énoncés dans la Convention sur les droits de l'enfant permettent de déduire ce que recouvre cette notion. On retiendra notamment le Préambule de la Convention, qui rappelle que l'enfant a droit à l'enfance, période de découvertes, de formation et d'initiation à la vie individuelle et sociale. L'enfant a également droit au respect et à la protection que motivent sa vulnérabilité, l'espoir et les potentiels qu'il incarne. D'autres articles de la Convention sont plus précis, en particulier l'article 3 relatif aux diverses décisions qui peuvent être prises pour un enfant, l'article 9 relatif à l'enfant qui vit séparé de ses parents contre son gré, et l'article 21 en matière d'adoption.

A minima, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant implique que les organes législatifs soient attentifs au fait que les lois en cours d'adoption ou de modification servent le mieux possible les intérêts des mineurs. La première démarche à suivre consiste notamment à fournir aux enfants les outils qui leur permettront d'analyser eux-mêmes leur situation, et de discuter de ce qui relève, selon eux, de leur

² Lammerant, I., *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

³ Doulliez-V., & Nzeyimana, M., *La Convention internationale relative aux droits de l'enfant en questions*, Liège, DEI Belgique & Editions Jeunesse et Droit, 2002.

⁴ On pense notamment aux dispositions du Code civil, à la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption et au décret de la Communauté française du 31 mars 2004 relatif à l'adoption.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Isabelle Lammerant (2001) relève : *justes motifs, avantages, bien-être, bien de l'enfant, réel avantage, intérêt ou intérêt supérieur (ou manifeste) de l'enfant*. La législation belge propose la notion d'*intérêt de l'enfant* et non d'*intérêt supérieur de l'enfant*, mais cette différence terminologique n'a pas vraiment de conséquence juridique (Doulliez & Nzeyimana, 2002).

intérêt supérieur (voir le principe de participation de l'enfant, posé par l'article 12 ; Druant, 2000⁷).

Concernant spécifiquement l'adoption, le fait que le consentement de l'enfant à l'adoption soit désormais exigé dès les 12 ans de l'intéressé tend vers un plus grand respect de son intérêt supérieur par rapport à ce qui existait auparavant. Avant l'entrée en vigueur de la réforme de l'adoption en Belgique (1^{er} septembre 2005⁸), seuls les enfants de 15 ans et plus avaient droit à la parole concernant leur adoption.

2.2 L'intérêt de l'enfant, notion multidisciplinaire

En réalité, le concept d'intérêt supérieur de l'enfant se trouve à l'intersection de plusieurs disciplines (essentiellement en sciences juridiques et humaines), parmi lesquelles on retrouve notamment le droit, la sociologie et la psychologie :

- Le droit : avant toute chose, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant revêt une dimension juridique. Comment cela se traduit-il concernant l'adoption de mineurs ? On sait que le processus est une mesure de protection de l'enfant, qui passe par un respect de ses droits fondamentaux. On rappellera que l'adoption plénière confère à l'adopté un statut, des droits et des obligations similaires à celles qui auraient été les siennes s'il avait été l'enfant biologique de ses parents adoptants.
- La sociologie : le concept d'intérêt supérieur de l'enfant est autant susceptible d'intéresser les sociologues que les juristes ; il renvoie en effet à des faits sociaux. Le cas particulier de l'adoption ne fait pas exception en la matière. On peut notamment se demander s'il convient d'adapter les lois aux mouvements de société (la société est-elle prête, par exemple, à ce que des couples de même sexe adoptent des enfants ?) ; et si oui, doit-on se fixer des balises, et lesquelles ? Enfin, quelle option (de société) est celle qui rencontre le mieux l'intérêt supérieur de l'enfant ? D'une manière générale, on notera qu'il est important pour l'enfant qu'il sente que ses parents sont soutenus par la société dans leur parentalité, qu'ils ne subissent pas la violence symbolique de leur discrimination éventuelle. Dans le domaine, on retrouve souvent du sociologique et de l'éthique (philosophique) mêlés.
- La psychologie : enfin, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant renvoie clairement à des dimensions bien plus individuelles que celles énoncées ci-dessous. On pense notamment au bien-être, au développement de soi, au développement intellectuel, à la scolarité, à la facilité de contact avec autrui, à la construction identitaire, etc. Certaines de ces dimensions peuvent être qualifiées de psychosociales (elles renvoient à l'individu et ses interactions) tandis que d'autres relèvent davantage de la sphère psychoaffective (l'individu « avec lui-même »). Soucieux de l'intérêt supérieur de l'enfant, on pourra par exemple se demander s'il existe des différences entre un enfant adopté et un enfant non adopté sur plusieurs des critères énoncés ci-dessous.

Si l'on s'intéresse à l'adoption –a fortiori dans une perspective des droits de l'homme/de l'enfant-, il est important de se demander si cette mesure de protection correspond réellement aux droits et aux besoins spécifiques de l'enfant concerné. Cette question est loin d'être anodine. Elle renvoie donc, nous venons de le souligner, à une série de sous-questions ancrées dans la psychologie, la sociologie, la philosophie et/ou le juridique.

2.3 Adoption et intérêt de l'enfant

D'une manière générale, il est clair que ce n'est pas parce qu'il y a prise en charge extrafamiliale d'un mineur privé de famille, et adoption en particulier, que l'intérêt de

⁷ *Ibidem*.

⁸ Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, M.B., 16 mai 2003.

l'enfant est forcément rencontré, ni même garanti (voir également les travaux de l'UNICEF⁹). On sait aussi que ce ne sont jamais que des adultes qui décident, en fonction de leurs normes, idéologies ou expériences propres, de ce que doit être l'intérêt supérieur de l'enfant (Druant, 2000¹⁰), au travers de l'adoption pour reprendre cet exemple.

La Convention de La Haye de 1993 régit spécifiquement l'adoption internationale. Elle unifie les principes et les pratiques en matière d'adoption et précise, dès son Préambule, que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue son fil rouge : c'est sa considération primordiale. Cette Convention a d'ailleurs vu le jour afin d'offrir le plus de garanties possibles permettant le respect des droits fondamentaux des enfants.

En son article 4, la Convention de La Haye précise que, avant tout, il faut veiller à ce que l'enfant puisse être élevé par ses propres parents ou, à défaut, par sa famille élargie, c'est-à-dire qu'il ne se trouve pas placé sans nécessité hors de son foyer. Tout doit être mis en place, parfois à long terme, pour y parvenir, via un soutien social, psychologique et/ou matériel. Si à la fois les parents et la famille élargie ne peuvent accueillir l'enfant (pour des raisons qui peuvent être très variées), il convient que ce dernier soit confié à une institution ou à une autre famille chargée de l'éduquer. Dans ce cas, sauf circonstances exceptionnelles, l'enfant et ses parents ont le droit de se voir et de communiquer ; ils doivent pouvoir recevoir le soutien nécessaire au maintien des liens, rendant possible un éventuel retour en famille (voir le principe de subsidiarité¹¹ étudié par la CODE dans le cadre d'autres analyses et d'une étude sur la réforme de l'adoption en Communauté française).

Sans aucun doute, le premier objectif de l'adoption concerne l'enfant : il s'agit de lui permettre (lui donner le droit ?) de grandir dans une famille, dans le cadre d'une filiation stable. L'opération étant plus délicate qu'il n'y paraît, il est nécessaire qu'elle soit encadrée par des organismes fiables et rigoureux. Dans l'ensemble, les législations (nationale et internationale) vont de plus en plus dans ce sens, de même qu'elles renforcent les droits de l'enfant de manière significative¹².

Aujourd'hui, une attention particulière est accordée également aux droits de l'enfant après l'adoption : accompagnement post-adoptif (également inscrit dans le nouveau cadre légal belge¹³), droit d'accès à ses origines personnelles (voir le débat sur l'accouchement sous x, actuellement en cours en Belgique), etc.

3. Le droit d'avoir une famille ?

D'une manière générale, il faut savoir qu'aucun texte de base ne garantit ce qui correspondrait à un quelconque « droit à une famille », par exemple via l'adoption (« droit d'être adopté »). *Certes, il est jugé que l'enfant a droit à une « vie familiale normale ». (...) Le maximum que le droit puisse garantir est la vie familiale la plus effective parmi celles qui sont en réalité possibles* (Lammerant, 2001¹⁴, p. 60-61).

De la même manière, aucun « droit à être parent » (notamment via un éventuel « droit à adopter ») n'existe en tant que tel, ni éthiquement ni juridiquement (Lammerant,

⁹ Voir www.unicef.be.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Le principe de subsidiarité de l'adoption, et en particulier de l'adoption internationale, suppose qu'elle soit la dernière solution envisageable pour l'enfant, par rapport à toutes les autres possibilités.

¹² En matière d'adoption, les filières indépendantes (également appelée « libres ») sont désormais interdite par la loi.

¹³ Voir le Décret de la Communauté française du 31 mars 2004 relatif à l'adoption, M.B., 13 mai 2004.

¹⁴ Lammerant, I., L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2001.

2001¹⁵) : *un droit à l'enfant ferait de celui-ci un objet et non une personne, au mépris de l'évolution la plus récente des droits de l'enfant et du fondement des droits de l'homme* (p. 63).

Le point de vue des professionnels de l'adoption est clair : *En réalité, le désir des parents, aussi légitime soit-il, de se voir confier un enfant, n'est pas un droit. Par contre, l'adoption est un droit pour l'enfant en besoin d'une famille de substitution. Elle doit d'abord être envisagée comme une mesure de protection de l'enfant* (Service de l'adoption, 2005¹⁶).

Sur un plan éthique pourtant, on voit que deux tendances en apparence assez différentes émergent : les tenants du droit de l'enfant s'opposent à ceux du droit à l'enfant. Ces deux tendances s'appuient respectivement sur le point de vue de l'enfant et sur celui de l'adulte. Nous les détaillons ci-après.

3.1 Un droit de l'enfant ?

Les partisans du droit de l'enfant insistent sur la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Ils font référence à la Convention sur les droits de l'enfant voire éventuellement à la Convention de La Haye. L'adoption y est définie comme une institution de protection de l'enfant, fondée sur l'intérêt de celui-ci.

Sur un plan juridique, la Convention relative aux droits de l'enfant fait clairement référence à l'adoption, en ses articles 20 et 21. Des droits essentiels énoncés liés à la question de la prise en charge socio-éducative et socio-affective, il ressort que :

- Tout enfant a droit d'avoir une vraie famille qui le reconnaisse comme étant son enfant et que lui-même reconnaît comme étant sa famille (Préambule de la Convention) ;
- L'enfant a le droit de vivre avec ses parents à moins que cela ne soit contraire à son intérêt supérieur (art. 9) ;
- La priorité reste de permettre à l'enfant d'être élevé dans sa propre famille, l'adoption internationale ne devant être envisagée qu'en dernier recours (art. 21, §2) ;
- Les Etats doivent protéger et aider les enfants, qui sont temporairement ou définitivement privés de parents (art. 20, §1) ;
- L'adoption est une solution parmi d'autres pour aider ces enfants privés de leur milieu familial d'origine ; c'est une protection de remplacement (art. 20 ; §3).

Pour les partisans de cette perspective, l'adoption prend donc la forme d'un droit pour l'enfant. Pour l'adulte par contre, ce n'est rien d'autre qu'une possibilité, une liberté à la limite. Les arguments sont en partie juridiques, on l'a vu : ils s'appuient sur plusieurs conventions et recommandations. Ils sont surtout psychologiques et sociaux. L'intérêt grandissant pour les théories et recherches concernant le développement de l'enfant ainsi que la prise de conscience des difficultés de l'adoption (la génération adoptée dans les années soixante est à présent adulte) nourrissent tout autant ce point de vue.

Certains avancent par ailleurs que la parentalité (qu'il s'agisse ou non d'une adoption) est de toute manière une réalité de fait à propos de laquelle il est impensable de parler en termes de droit (dont Hamad, 2001¹⁷).

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Service de l'adoption, Brochure d'information relative aux adoptions, 2005.

¹⁷ Hamad, N., *L'enfant adoptif et ses familles*, Paris, Denoël, 2001.

3.2 Un droit à l'enfant ?

La position qui voudrait que la parentalité d'une manière générale soit prioritairement un droit pour l'adulte (et non pour l'enfant, y compris dans l'adoption) est plus ancienne. Elle trouve quelques ancrages notamment dans le Code Napoléon. N'oublions pas que le mot « adoption » lui-même est emprunté au latin juridique *adoptio*, qui est lui-même dérivé d'*optare* (choisir).

Pour les partisans de l'optique adulto-centriste, quant à elle *plus libérale* (Crine, 2003¹⁸, p. 9), l'adoption peut se ranger parmi les droits à la filiation. Elle ne serait qu'un mode un peu particulier de « procréation assistée ». L'impossible parentalité biologique (stérilité, homosexualité) étant difficile à vivre pour des raisons humaines et sociologiques manifestes, on peut penser que la revendication de ce droit à l'enfant reste bien présente.

Par ailleurs, pour certains, le droit de l'enfant est impossible, le mineur ne pouvant *logiquement* pas revendiquer d'être mis au monde ni d'être adopté, et encore moins de l'être par telle ou telle famille. Rappelons toutefois que tout être humain est sujet de droit dès sa naissance. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 le mentionne clairement. D'ailleurs, comme le rappelle Fanny Cohen Herlem (2002¹⁹, p. 115), *chaque individu doit être reconnu comme tel même (et surtout) s'il n'a encore les possibilités de l'exprimer par des mots.*

Pour ce courant, le respect des droits de l'enfant n'est pas négligé pour autant, même si son « respect » peut parfois prendre des formes particulières. Ainsi, plus que les partisans du droit de l'enfant, ceux du droit à l'enfant souligneront par exemple les bienfaits de l'intégration familiale de l'adopté dans sa nouvelle famille (voir Lammerant, 2001). Dans certains cas, une rupture avec la famille d'origine (voire l'invitation au secret) sera prescrite.

4. Conclusion

La question du droit de et/ou à l'enfant est beaucoup plus sensible et complexe qu'elle n'y paraît. Ses implications notamment éthiques sont très nombreuses. Un consensus est difficile à trouver. Nous sommes d'ailleurs persuadés que les deux perspectives, loin d'être opposées, sont complémentaires.

Le militantisme des uns et des autres se rejoint parfois. Il semble que ce soit notamment le cas dans le dossier de l'adoption par des couples de même sexe (souvent repris sous le terme générique « homoparentalité »). A la fois le droit à l'adoption pour les familles holebis (homosexuelles, lesbiennes, bisexuelles) est revendiqué haut et fort (désir d'enfant, lutte contre toute forme de discrimination, etc.), et en même temps, cette demande semble également justifiée par l'intérêt de l'enfant (sécurité, protection).

En particulier, les enjeux de l'adoption pour l'enfant et/ou pour l'adulte recèle des dimensions extrêmement concrètes.

Si l'on estime que l'adoption est un droit pour l'enfant, à la limite, on pourrait se dire qu'il est important que l'enfant en situation de privation familiale soit protégé, qu'une famille lui soit offerte, et peu importe finalement les souhaits, les attentes particulières de cette dernière.

¹⁸ Crine, A.-M., Désir d'enfant, adoption et pouvoirs publics, In ONE-Adoption (Ed.), Parlons d'adoption. Propos et points de vue, Bruxelles, 2003, pp. 9-12.

¹⁹ Cohen Herlem, F., *L'adoption*, Paris, Le Cavalier Bleu/Idées reçues, 2002.

A l'inverse, si l'on pense davantage que l'adoption est un droit pour l'adulte (et donc, un droit à l'enfant), on sera peut-être tenté de ne pas forcément proposer, à un enfant donné, une famille adoptive qui présente des aptitudes répondant aux besoins, caractéristiques et vécu de cet enfant. Ainsi, qui n'a jamais relevé les propos tenus par certains couples désirant adopter mais adopter un enfant bien précis (sans handicap, pas de petit garçon, mais une petite fille, qui n'a pas plus de tel âge, etc.). Peut-être, d'ailleurs, en avons-nous été étonnés, dans une plus ou moins grande mesure : « comment, ils choisissent leur enfant sur mesure ?! »

En réalité, les professionnels de l'adoption vous diront qu'il est important que l'enfant corresponde au moins en partie au désir des parents, qu'il soit relativement superposable à leur enfant imaginaire (dont Crine, 2003, p. 10). C'est notamment la raison pour laquelle on insiste de plus en plus –y compris dans les textes juridiques- sur le nécessaire apparemment dans l'adoption, c'est-à-dire sur ce projet de donner des garanties d'adéquation entre la famille et l'enfant. Les anglophones utilisent le terme plus parlant encore de *matching* (to match = fixer).

Bien sûr aussi, il faut donner des outils aux parents pour leur permettre d'accepter le décalage entre l'enfant imaginaire et l'enfant réel (voir la notion de désir abordée plus haut). Parce que le phénomène est bilatéral : comme dans toutes les filiations, les parents et enfants s'adoptent mutuellement (Hayez & coll., 1988²⁰). Cela vaut aussi pour les situations de parentalité sans adoption.

Analyse réalisée par la Coordination des ONG pour les droits de l'enfant

Avec le soutien du Ministère de la Communauté française

Direction générale de la Culture – Service général de la jeunesse et de l'éducation permanente

²⁰ Hayez, J.Y., Cassiers, L., Boiteux, M., Henckes-Ronsse, T., Lisen-Lorent, M.F., & Parisel, L., *Un jour, l'adoption*, Paris, Fleurus/Pédagogie psychosociale, 1988.