



**HAL**  
open science

# L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits malien et sénégalais

Mahamane Coulibaly

► **To cite this version:**

Mahamane Coulibaly. L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits malien et sénégalais. Droit. Université Grenoble Alpes; Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015. Français. NNT : 2015GREAD008 . tel-01395304

**HAL Id: tel-01395304**

**<https://theses.hal.science/tel-01395304>**

Submitted on 10 Nov 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



## THÈSE

Pour obtenir le grade de

### **DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES**

préparée dans le cadre d'une cotutelle entre l'Université Grenoble Alpes et l'Université  
Cheikh Anta Diop de Dakar

Spécialité : **Droit Privé**

Arrêté ministériel : le 6 janvier 2005 - 7 août 2006

Présentée par

**Mahamane COULIBALY**

Thèse dirigée par :

**M. Michel FARGE,**

Maître de conférences HDR à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble

**et codirigée par M. Alassane KANTE,**

Maître de conférences HDR à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Thèse préparée au sein du CRJ (UGA) et CREDILA UCAD )

dans l'Ecole Doctorale Sciences Juridiques (UGA)

et dans l'Ecole Doctorale Sciences Juridiques, Politiques, Economiques et de Gestion  
(UCAD)

### **L'ADOPTION ET LES DROITS DE L'ENFANT EN AFRIQUE FRANCOPHONE : REFLEXIONS SUR LES DROITS MALIEN ET SENEGALAIS**

Thèse soutenue publiquement le 01 juin 2015 à 14 heures, devant le **jury** composé de :

**Monsieur Michel FARGE,**

Maître de Conférences HDR à l'Université Pierre Mendès France - Grenoble (Directeur ).

**Monsieur Yann FAVIER,**

Professeur des Universités - Université Rennes 2 (Rapporteur ).

**Monsieur Laurent GAMET,**

Maître de conférences HDR à l'Université Paris 13 (Rapporteur)

**Madame Adeline GOUTTENOIRE,**

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV (Présidente)

**Monsieur Alassane KANTE,**

Maître de Conférences HDR à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (Co-directeur)

**Monsieur Isaac Yankhoba NDIAYE,**

Professeur des Universités - Université Cheikh Anta Diop de Dakar (examineur)





" L'Université de Grenoble Alpes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs ".

**Résumé.** L'étude envisage de remédier aux lacunes des textes maliens et sénégalais de l'adoption dans une perspective de protection des droits de l'enfant. Dans ces pays, il existe deux formes d'adoption légale calquées sur les modèles français de l'adoption. Il s'agit, pour le Mali, de l'adoption filiation et de l'adoption protection, et pour le Sénégal, de l'adoption plénière et de l'adoption limitée. Cette typologie législative de l'adoption souffre d'un manque d'équilibre et de cohérence tant dans sa structuration que dans sa finalité. Par conséquent, elle ne présente pas une garantie suffisante de protection des droits des enfants maliens et sénégalais. A côté de l'adoption légale, coexiste, dans les deux pays, l'adoption de fait, laquelle résiste au droit. Or, les adoptions de fait constituent une sorte de parenté sociale et affective qui mérite d'être créatrice de droit. Par ailleurs, le droit de l'adoption internationale dans les deux pays est embryonnaire et mérite d'être mieux construit. Dans cette perspective, il conviendrait d'intégrer, dans les législations internes des deux pays, des règles de conflits de lois en matière d'adoption internationale plus respectueuses de l'intérêt supérieur de l'enfant en privation familiale.

**Mots clés :** Mali, Sénégal, adoption, droits de l'enfant, intérêt de l'enfant, adoption-protection, adoption interne, adoption internationale, etc.

**Abstract.** The Laws in Mali and Senegal concerning child adoption have considerable weakness to which this thesis tries to deal with. In these countries, there are two forms of legal adoption based on the French model. In Mali, there are direct descendant adoption and adoption for protection; whereas in Senegal there are plenary and short-term adoption. Such legislative typology concerning adoption suffers a lack of balance and coherence in its structure and purpose as well.

Consequently, it does not provide strong protection of the rights of both Malian and Senegalese Children. With legal adoption, coexist in both countries, circumstantial adoption to which resists the Law. These circumstantial adoptions correspond to a kind of social and affective parenthood which is supposed to make law. However, the laws concerning international adoption in both countries is in its embryonic stages and need to be better established. In this perspective, it is worth insert some controversial rules and laws into domestic legislations of the two countries concerning international adoption where the deep interest of a child in family-forfeiture is most respected.

**Keywords:** Mali, Senegal, adoption, child rights, child's interest, adoption-protection, domestic adoption, international adoption, etc.

## **DEDICACE**

Ce travail est dédié à la mémoire de l'homme immense qui avec amour et courage s'est infatigablement dévoué pour que nous puissions étudier. Cet homme est notre cher père Nama COULIBALY décédé pendant la réalisation de cette thèse. Très cher père, à travers ces quelques lignes, nous t'exprimons notre reconnaissance éternelle et notre infini amour. Ce travail est le fruit de tes efforts et de tes sacrifices. Nous espérons avoir répondu aux espoirs que tu avais fondés en nous. Puisse Dieu Tout-Puissant t'accorder sa clémence, sa miséricorde et t'accueillir dans son saint paradis.

## REMERCIEMENTS

Au terme du présent travail, nous présentons nos sincères remerciements et réaffirmons notre profonde gratitude:

A toutes les personnes sans qui ou sans l'apport desquelles, ce travail ne serait jamais achevé comme nous le souhaitions. Que les gênes éprouvées par tous ceux qui s'obligeaient trop souvent devant nos demandes incessantes, soient ici récompensées et honorées.

Nous sommes particulièrement reconnaissants à l'endroit de nos co-directeurs de thèse, M. FARGE Michel et M. KANTE Alassane. Ils ont bien voulu se charger de diriger notre travail, au milieu de mille publications, colloques et travaux divers. Ils ont toujours été disponibles pour examiner nos travaux, nous transmettant leurs observations avec minutie et précision. Bénéficiant de cette rigueur éclairée, nous avons toujours pu en revanche travailler dans la plus grande liberté, et ce respect mutuel a très largement contribué à établir un climat de confiance qui a beaucoup compté dans l'élaboration de ce travail. Veuillez trouver ici, chers co-directeurs, l'expression de notre respectueuse considération et notre profonde admiration pour toutes vos qualités scientifiques et humaines.

Nous remercions vivement et très sincèrement les Professeurs FAVIER Yann, GAMET Laurent, GOUTTENOIRE Adeline et NDIAYE Isaac Yankhoba. En dépit de vos multiples occupations, vous nous faites l'insigne honneur d'accepter avec une très grande amabilité de participer à notre jury de thèse. Nous saisissons donc cette occasion pour vous exprimer notre profonde gratitude et notre grand respect.

Nous associons à ces remerciements l'ensemble du corps professoral des Universités Grenoble Alpes et Cheikh Anta Diop de Dakar, les administrations des écoles doctorales sciences juridiques de l'UGA - Grenoble de l'UCAD - Dakar, les administrations du CRJ de Grenoble et du CREDHO de Dakar pour leur accompagnement matériel et intellectuel. Nous tenons aussi à adresser nos sincères remerciements à tous les responsables de services, tant au Mali qu'au Sénégal, pour l'assistance qu'ils nous ont apportée au cours de nos recherches.

Nous adressons nos vifs remerciements à notre très chère mère TOURE Niamoye. Tes prières et tes bénédictions m'ont été d'un grand secours pour mener à bien mes études. Tu as fait plus qu'une mère puisse faire pour que ses enfants suivent le bon chemin dans leur vie et leurs études. Que ce travail soit le témoignage de ma reconnaissance et de mon amour sincère et fidèle. Puisse Dieu, le Tout Puissant, te préserver et t'accorder santé, longue vie et bonheur pour jouir des fruits de ce travail qui est le tien.

A nos frères et sœurs, nous ne pouvons trouver les mots justes et sincères pour vous exprimer tous nos sentiments d'amour et de tendresse pour vous. Puisse l'amour et la fraternité nous unir à jamais. Nous vous souhaitons tous nos vœux de bonheur, de santé et de réussite.

A notre cher oncle TOURE Mahim, nous vous adressons notre profonde gratitude pour votre précieuse aide à la réalisation de ce travail. Votre gentillesse mérite toute admiration. J'associe à ces remerciements l'ensemble de nos tantes et de nos oncles.

Nos remerciements et notre reconnaissance vont à l'endroit de M. KEBE Youssouf. Plus qu'un ami, il a été un "pont" pour nous entre la France et le Sénégal. Qu'il trouve ici l'expression de notre infinie reconnaissance ; à M. DJENEPO Mama et M. COULIBALY Malik pour la relecture de notre travail. Ils vont également à l'endroit de maître DIARRA Amadou Tiéoulé pour ses précieuses contributions au début de nos travaux, à Mlle HEMA Maïghin Gwladys, M. KONATE Souleymane, M. CAMARA Ahmady pour leur assistance ainsi qu'à l'ensemble de nos amis et camarades qui, dans les moments difficiles, ont su être un ressort de substitut. Nous vous souhaitons, à tous une vie pleine de santé et de bonheur.

Nous adressons notre profonde gratitude et nos sincères remerciements à la Fondation KEBA Mbaye de Dakar (Sénégal) pour avoir mis à notre disposition une bourse de mobilité internationale de six mois. Cette bourse a été déterminante pour la réalisation de ce travail.

Nous remercions également l'administration et l'ensemble du corps professoral de l'Institut des droits de l'homme de Lyon pour nous avoir accueilli et octroyé une bourse pendant deux ans dans le cadre d'un master en droit de l'homme.

Enfin, nous remercions tous ceux ou celles qui nous sont chers, tous ceux ou celles qui, de près ou de loin, ont participé à la réalisation de ce travail.



## **LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS**

### **A. JURIDICTIONS**

Cass. Civ.	arrêt de la Cour de cassation ( chambre civile )
Cass. Soc.	arrêt de la Cour de cassation ( chambre sociale )
CEDH	arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
TGI	jugement d'un Tribunal de grande instance
Trib. Civ.	jugement d'un Tribunal civil

### **B. ORGANISMES D'EDITION, COLLECTIONS**

FUSL	Faculté Universitaire - Saint-Louis Bruxelles
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
PUAM	Presses Universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUL	Presses Universitaire de Lyon
ULB	Université libre de Bruxelles

### **C. PERIODIQUES**

AJ fam.	Actualité juridique famille
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Dr. Fam.	Droit de la famille
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J-CL.	Juris-Classeur
JCP.	Semaine juridique - Jurisclasseur périodique - édition générale

JDI	Journal de droit international
JO	Journal Officiel
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rev. crit. DIP	Revue Critique de Droit International Privé
Rép. def.	Répertoire du notariat Defrénois
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RRJ	Revue de la Recherche Juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTD sanit. soc.	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social
S.	Recueil Sirey

#### **D. TEXTES RELATIFS A L'ADOPTION ET A LA PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT**

CFS	Code de la Famille du Sénégal
CIDE	Convention Internationale des Droits de l'Enfant
Conv.	Convention
CPFM	Code des Personnes et de la Famille du Mali
CPE	Code de Protection de l'Enfant au Mali

#### **E. ABREVIATIONS DIVERSES, LOCUTION**

§ :	paragraphe	in :	dans
& :	et	infra :	voir plus loin

AEMO : Action Educative en Milieu Ouvert	jur. : jurisprudence
aff. : affaire	n° : numéro (s)
al. : alinéa	obs. : observations
art. : article	op. cit. : opere citato (ouvrage cité)
c/ : contre	p. : page (s)
CE : Communauté européenne	Préc. : précité (e) (s)
ch. : chambre	réf. : référé
chron. : chronique	s. : et suivant (e) (s)
coll. : collection	sect. : section
comm. : commentaire	somm. : sommaire
comp. : comparé	spréc. : spécialement
concl. : conclusions	supra : voir plus haut
contra : en sens contraire	t. : tome
dactyl. : dactylographié	th. : thèse
dir. : direction	V. : voir
doct. : doctrine	V° : verbo (mot)
éd. : édition (s)	Vol. : volume
etc. : et coetera	
Fasc. fascicule	
ibid. : ibidem. ( au même endroit )	
in fine : à la fin	

## **SOMMAIRE**

### **PREMIERE PARTIE : LA RECONSTRUCTION DU DROIT DE L'ADOPTION NATIONALE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT**

#### **Titre 1 : Le remodelage des institutions héritées du droit français**

Chapitre 1 : Réflexions sur la typologie législative de l'adoption

Chapitre 2 : Réflexions sur l'application de l'adoption

#### **Titre 2 : La valorisation des institutions locales**

Chapitre 1 : La nécessité de la valorisation des institutions locales

Chapitre 2 : L'habillage juridique de la valorisation des institutions locales

### **SECONDE PARTIE : LA CONSTRUCTION DU DROIT DE L'ADOPTION INTERNATIONALE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT**

#### **Titre 1 : L'institutionnalisation de l'adoption internationale**

Chapitre 1 : L'émergence de l'adoption internationale

Chapitre 2 : Les institutions de l'adoption internationale

#### **Titre 2 : La réalisation de l'adoption internationale**

Chapitre 1 : Les principes directeurs de l'adoption internationale

Chapitre 2 : La décision de l'adoption internationale

« *L'humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur d'elle-même...* »

Déclaration de 1924 sur les droits de l'enfant.

## INTRODUCTION

**1 - Filiation et adoption.** " Nous naissons, pour ainsi dire, provisoirement, quelque part et c'est peu à peu que nous composons en nous le lieu de notre origine pour y naître après coup chaque jour plus définitivement ". Cette phrase de Rainer Maria Rilke<sup>1</sup> donne une définition de l'adoption. Filiation élective<sup>2</sup>, l'adoption est le lieu du désir, elle est le lieu du choix, elle est le lieu de la reconstruction d'une origine avec laquelle l'enfant peut renaître sans pour autant nier sa filiation première. Ce type de filiation, à la différence de la filiation biologique, est fondé sur la volonté et l'affection. Cette dimension volontaire et affective de la filiation adoptive apparaît bien dans la définition de l'institution donnée par le doyen CARBONNIER : « la filiation adoptive est une filiation purement juridique et non biologique : à la demande d'une personne, le droit établit artificiellement entre elle et une autre personne un rapport de père (ou de mère) à enfant. C'est une filiation d'imitation, le droit cherche à imiter la filiation légitime naturelle»<sup>3</sup>. L'imitation peut être, d'ailleurs, plus ou moins poussée, les effets de l'adoption plus ou moins étendus. C'est ainsi que le droit positif de la quasi-totalité des pays

---

<sup>1</sup> RILKE (R.- M), Cité par BOUCHER-DUCASS (A.-S.), Le mensonge en droit de la filiation, thèse Université Jean-Moulin - Lyon III, 2001, p. 341, n° 544.

<sup>2</sup> V. GRANET-LAMBRECHTS (F.) et HILT (P.), Droit de la famille, 5ème éd., 2015, p. 119, n° 236 et p. 162, n° 336.

<sup>3</sup> CARBONNIER (J.), cité par SIDIME (L.) : L'établissement de la filiation en Droit Sénégalais depuis le Code de la Famille, thèse, 1980, p. 357 et 358.

ayant reconnu l'adoption connaît deux sortes d'adoption (au sens large du terme): l'adoption simple et l'adoption plénière.

**2 - Enjeux de l'adoption.** Pour décrire les enjeux de cette institution, Maître DAUBLON, Vice-président honoraire du Conseil Supérieur français du notariat, citant Napoléon 1er, écrivait que *«l'adoption constitue le plus grand acte que l'on puisse envisager et est une redoutable aventure. Elle vise à atténuer, voir anéantir les liens de filiation par le sang, pour leur ajouter, voire leur substituer de nouveaux liens, par la seule volonté des hommes et dont les répercussions peuvent être considérables, heureuses ou malheureuses»*<sup>4</sup>.

**3 - Finalités de l'adoption.** La filiation adoptive est donc un moyen légal pour établir un lien de filiation juridique sans aucun rapport avec la réalité biologique. La raison de la consécration de cette forme de filiation est double. D'une part, elle répond au souci de donner à l'enfant une famille de substitution, une structure parentale de remplacement et, d'autre part, elle vise à donner un enfant à une famille dépourvue d'enfant.

**4 - Origines de l'adoption .** En perpétuel devenir, l'adoption est comme « la toile de Pénélope » toujours inachevée<sup>5</sup>. Elle est pratiquée, mais sous des formes et avec des finalités différentes, dans de très nombreuses sociétés, sinon dans toutes : elle constitue à ce titre un révélateur significatif des valeurs et des pratiques sociales liées à la parenté, à son idéologie et à son image. De fait, toutes les sociétés ne reconnaissent pas à leurs membres les mêmes facilités pour « fabriquer » de la parenté. La tendance occidentale à considérer la famille nucléaire comme un modèle universel rend difficile en effet la compréhension de sociétés où les rôles parentaux peuvent être exercés conjointement par la parentèle. C'est précisément le cas en Afrique.

**5 - En Europe.** Si les Romains disposaient en ce domaine d'une liberté que peu de sociétés anciennes contemporaines connaissent, l'adoption à Rome était toutefois censée imiter la nature : une différence d'âge de dix-huit ans entre le père et le fils adoptifs était exigée à l'époque de Justinien. D'où l'emploi de la formule « singer la nature » sous la Révolution :

---

<sup>4</sup> Actes des conférences en promotion des droits de l'enfant de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays ayant en partage l'usage du français, 2009, Extrait du Rapport de la Cour suprême du Mali présenté par Monsieur Sambala TRAORE, Conseiller à la section judiciaire de la cour suprême du Mali, p.121, disponible en ligne <http://www.ahjucaf.org/Les-droits-de-l-enfant-au-Mali.html>. Voir également CRONE (R.) REVILLARD (M.), GELOT (B.), L'adoption : Aspects internes et internationaux, Préface de DAUBLON (G.), Defrénois, 2006, Préface.

<sup>5</sup> BOULANGER (F.), « La toile de Pénélope ou le dernier visage de l'adoption, après la loi du 22 décembre 1976 », JCP, 1977, I, 2845.

*cette tradition aboutit à l'introduction d'une loi sur l'adoption dans le Code civil de 1804, dans laquelle l'adoptant devait avoir au moins cinquante ans et l'adopté au moins quinze ans de moins que lui »<sup>6</sup>.*

**6 - Différentes conceptions de l'adoption.** Depuis l'époque romaine deux conceptions différentes s'affrontent : à l'adoption justinienne, contractuelle et successorale, succède, après des siècles de latence et d'oubli, une adoption révolutionnaire destinée à devenir un « instrument permettant de donner une famille aux enfants qui en sont dépourvus »<sup>7</sup>.

L'adoption conçue comme moyen de protection de l'enfant mineur et la primauté de « *l'intérêt de l'enfant* » n'ont émergé qu'au XX siècle et attiré à leur tour l'attention jusqu'à ce jour. L'évolution de l'institution au cours des âges montre qu'elle est aujourd'hui toute proche de son équilibre, alors que l'évolution des mœurs et la multiplicité des conflits un peu partout dans le monde n'ont fait que compliquer les situations.

L'adoption était déjà connue à Rome où elle permettait de perpétuer un nom ou de transmettre une fortune. « Fondée sur la potestas plus que sur la génération, elle permettait au *pater familias* d'assurer la survivance du culte domestique en se procurant, à défaut de postérité légitime, des descendants qui portaient son nom et assuraient la continuité du culte domestique : elle était une volonté et une transmission mythique »<sup>8</sup>.

Dans l'Ancien droit, l'institution déclinera, car elle va se heurter au principe de la conservation des biens dans les familles. Jusqu'alors, il faut bien en convenir, l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'adoption n'était guère un sujet de préoccupation.

Le droit révolutionnaire, puis, bien sûr, le Code Napoléon, vont marquer le début du changement et la prise en compte, certes assez timide, des intérêts de l'enfant.

**7 - Evolution en France des fonctions de l'adoption.** Ce bref aperçu historique sur l'adoption en France montre combien celle-ci a changé de sens au fil des siècles. Vue sous l'angle du droit de l'enfant à une protection, l'adoption est un moyen de donner une nouvelle famille durable à l'enfant définitivement séparé de ses parents, du fait de leur décès ou d'un

---

<sup>6</sup> CORBIER (M.), « Adoption et Fosterage », Paris, Éd. de Boccard, 1999, p. 32.

<sup>7</sup> MATTEI (J.-F.), *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs. L'adoption sans frontière*, La documentation française, 1995, p. 44 ; Avis présenté par NEUWIRTH (L.), au nom de la commission des Affaires Sociales. Doc. Sénat, 1995-1996, n°298, p.13 et s.

<sup>8</sup> MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), cités par CRONE (R.), REVILLARD (M.), GELOT (B.), *L'adoption : Aspects internes et internationaux*, éd., Defrénois, 2006, p. 2.

abandon. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les mythes anciens, comme celui d'Œdipe, le récit biblique de la vie de Moïse, etc. Il s'agit d'enfants perdus ou abandonnés par des Rois ou des Dieux puissants, souvent pour raison d'Etat, qui sont recueillis, puis adoptés par un couple, lequel se considère désormais comme ses parents et défendra plus tard leur cause<sup>9</sup>. L'empire Romain en a élargi le but, car ici le père adopte pour avoir un héritier. Mais, avec l'avènement du Christianisme, l'adoption tomba en désuétude. Il a fallu attendre l'arrivée de Bonaparte sous la pression directe duquel l'adoption a été admise et inscrite dans le Code Civil de 1804.

Cependant, c'est surtout aux Etats Unis, qu'elle devient très vite une pratique libre et très fréquente au cours du XX<sup>e</sup> siècle. En France, en Belgique et en Angleterre, il a fallu attendre les bouleversements des premières et deuxièmes guerres mondiales pour voir l'adoption se répandre sous son aspect actuel, c'est-à-dire comme une institution conçue en faveur de l'enfant et notamment de l'enfance abandonnée.

**8 - En Afrique : Une double conception de l'adoption.** L'adoption est une pratique connue des sociétés africaines, où elle existe sous deux aspects.

Le premier illustre un devoir de solidarité entre deux ou plusieurs groupes. L'enfant qui, par exemple, perd sa mère, sera recueilli par les autres membres de la famille dans le cadre d'une entraide spontanée où la volonté de l'adoptant semble être absente. Elle n'a même pas le temps de se manifester, car la société africaine n'admet pas de laisser un enfant sans soutien. Ainsi, au Sénégal, les Djolas<sup>10</sup> (un groupe ethnique du Sénégal) pratiquent l'adoption et l'enfant qui en bénéficie est systématiquement placé sur un pied d'égalité avec les autres ; il s'agit, en général, de la fille ou du fils d'un parent mort. En culture Ouolof<sup>11</sup> et Toucouleur<sup>12</sup> (groupes ethniques du Sénégal), on recueille l'enfant orphelin ou même abandonné. Dans la culture malienne en général, l'enfant orphelin est recueilli dans les mêmes conditions qu'au Sénégal.

---

<sup>9</sup> LAUNAY (C.), SOULE (M.), VEIL (S.): « *L'Adoption* ; données médicales, psychologiques et sociales » ; 5<sup>e</sup> éd ESF, 1975, p.16 et 17.

<sup>10</sup> Enquêtes réalisées auprès de quelques notables appartenant à groupe ethnique au Sénégal en janvier 2014 à Dakar.

<sup>11</sup> Les Ouolofs constituent le groupe ethnique majoritaire au Sénégal. Enquêtes réalisées auprès de quelques notables appartenant à groupe ethnique au Sénégal en janvier 2014.

<sup>12</sup> Les Toucouleurs du Sénégal constituent un autre groupe ethnique qui ont pour langue le Peulh (ou Alpoular). Enquêtes réalisées auprès de quelques notables appartenant à groupe ethnique au Sénégal en janvier 2014.



Le second aspect concerne la pratique très courante en Afrique noire francophone, de confier des enfants à des parents pour les élever dans un but de consolidation de la parenté ou pour tout autre motif. Par exemple, il est fréquent en milieu rural au Mali et au Sénégal de confier des enfants à des parents habitant en ville et susceptibles de garantir leur avenir en leur faisant suivre des études ou en leur apprenant un métier<sup>13</sup>. De même, dans les pays des Grands Lacs, notamment le Congo, le Burundi et le Rwanda, il est tout à fait normal qu'une tante offre comme cadeau de mariage son propre enfant à sa jeune nièce qui n'a pas encore d'enfant afin de l'aider dans son ménage<sup>14</sup>. Ce genre de pratique peut heurter la sensibilité occidentale, mais il faut savoir que les « transferts » d'enfants, fréquents en Afrique noire francophone, favorisent l'unité et la solidarité familiale. Ces « circulations d'enfants » témoignent de la diversité des conceptions de l'adoption selon les sociétés. Cette diversité apparaît également lorsque le parallèle est établi entre les sociétés occidentales et les sociétés traditionnelles africaines. De cette diversité, il résulte une controverse doctrinale sur la question de savoir si l'adoption existait en Afrique et dans les sociétés musulmanes.

**9 - Controverses doctrinales sur l'existence de l'adoption en Afrique.** Pour certains auteurs<sup>15</sup>, l'adoption était inconnue du droit traditionnel africain car les phénomènes de recueil et le fait de confier un enfant étaient difficilement assimilables à l'adoption. Ainsi, l'Africain appelle enfants adoptifs, les jeunes orphelins ou parents recueillis par charité et entretenus comme des enfants légitimes<sup>16</sup>. Sont également considérés comme enfants adoptifs, les enfants des femmes issus d'un autre lit<sup>17</sup>. Aucun formalisme n'était alors requis pour l'intégration de l'enfant dans sa famille d'accueil. A ce propos, le Juge KEBA MBAYE dira qu' « *elle (l'adoption) n'existait pas dans la société africaine tout au moins ne*

---

<sup>13</sup> Réflexion de l'auditeur de justice in "Le Droit de la famille au Mali", 27 février- 5 mars 1996, Bibliothèque du Centre Djoliba de Bamako, inédit, p. 9.

<sup>14</sup> KAMBAZA, cité par M. BEDORET, ouvrage collectif (ss. dir. de BEDORET Marie) : Les nouveaux aspects juridiques de l'Adoption : quelques thématiques spécifiques, éd. Larcier, 2009, P. 257.

<sup>15</sup> MBAYE (K.) « Le Droit de la Famille en Afrique noire et à Madagascar », ouvrage collectif, Imprimerie du Gouvernement (Saint-Louis, Sénégal), 1933, p. 32.

<sup>16</sup> Au Mali et au Sénégal, plusieurs vocabulaires sont utilisés, selon les différentes ethnies, pour désigner " l'adopté ". Par exemple au Mali, les Bambaras, une ethnie majoritaire au Mali, appellent " enfant adoptif " « le Lamonlidén », chez les Sénoufos du Mali, l'appellation de l'adopté diffère selon qu'il s'agisse d'un garçon "Pyibingin" ou d'une fille "Pyilagahaa" ; en Minianka, une autre ethnie malienne, l'adopté est appelé : Lamakan ou encore Pibime ; chez les Bobo, une ethnie partagée entre le Mali et le Burkina Faso, l'adopté est appelé "Zone o dagna" ; les Malinkés du Mali et du Sénégal disent "Lamondenmon" ; chez les Samogo du Mali et du Burkina Faso, l'adopté est désigné sous le nom de "Moundine" ; Au Sénégal, chez les Diolas on l'appelle « Buheken » ; chez les Ouolofs l'adopté est appelé « Domouyard » ; chez les Poulars « komi ndôkado yominèmô » ; chez les Sossés « kouloudi nguon »).

<sup>17</sup> THOMAS (V.), cité par DIALLO (M.), L'adoption au Sénégal, mémoire de maîtrise, 1998-1999, p. 5

lui donnait-on pas la signification qu'elle a dans le droit européen. Ce que l'Afrique ancienne a connu, c'est le système de l'enfant recueilli ou confié, sans qu'un lien de filiation, même fictif, soit établi entre lui et son adoptant »<sup>18</sup>. La non reconnaissance de l'adoption en tant que lien de filiation juridique dans la société traditionnelle africaine s'explique par le fait qu'aucune conséquence juridique n'était attachée à ces pratiques coutumières.

**10 - L'adoption existe-t-elle au Maghreb ?** Pour l'essentiel, ceux-ci interdisent l'adoption. Dans les Etats musulmans, à l'exception de la Tunisie, l'adoption, telle qu'elle est entendue en droit sénégalais, aussi bien simple que plénière, est interdite<sup>19</sup>. Concrètement, le problème se pose principalement pour la France à l'égard des enfants algériens et marocains.

En revanche, le droit musulman reconnaît le concept de kafala (ou kefala), qui est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils<sup>20</sup>. Ses effets s'apparentent à ceux de la tutelle légale. Elle ne crée aucun lien de filiation.

Dans les sociétés musulmanes, il existait une forme d'adoption appelée « Tabanni »<sup>21</sup> à l'époque préislamique qui créait une véritable parenté entre l'adoptant et l'adopté. C'est avec l'avènement de l'islam que l'adoption sera interdite. Cette interdiction fait suite aux dispositions du texte sacré (le CORAN) qui interdisent aux musulmans l'imitation de la nature. Ainsi, les versets 4 et 5 de la sourate 33 disposent que l'adopté ne prend plus le nom de l'adoptant. Et le verset 37 déclare que l'adoption ne crée plus une parenté civile entraînant empêchements au mariage<sup>22</sup>. Cette interdiction repose sur une histoire. Le Prophète Mahomet désirait se marier avec l'ex-épouse (répudiée) de son fils adoptif Zayd. Le mariage risquait de faire scandale dans l'entourage. Heureusement, Allah envoya au Prophète Mahomet l'inspiration à l'origine de la sourate 33, dans laquelle il est clairement énoncé :

---

<sup>18</sup> MBAYE (K.) « Le Droit de la Famille en Afrique noire et à Madagascar », op.cit., p. 32; V. également SIDIBE (A. Sow), préc., p. 131.

<sup>19</sup> V. par exemple, article 83 du code du statut personnel et des successions marocain. L'interdiction de l'adoption dans les Etats de droit coranique résulterait d'une interprétation d'un verset de la sourate XXXIII : « Dieu ne loge pas deux cœurs au-dedans de l'Homme [...] non plus qu'il ne fait vos fils de ceux que vous adoptez ».

<sup>20</sup> V. par exemple article 116 du code de la famille algérien qui dispose que la kafâla est « l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal ».

<sup>21</sup> SIDIBE (A. Sow.), ibid. p. 131.

<sup>22</sup> SIDIBE (A.Sow.), Ibid, p.131.

« 4. Allah n'a pas placé à l'homme deux cœurs dans sa poitrine. Il n'a point assimilé à vos mères vos épouses (à qui vous dites en les répudiant) : 'Tu es (aussi illicite) pour moi que le dos de ma mère'. Il n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants. Ce sont des propos (qui sortent) de votre bouche. Allah dit la vérité et c'est lui qui met (l'homme) dans la bonne direction.

5. Appelez-les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés. Nul blâme sur vous pour ce que vous faites par erreur, mais (vous serez blâmés pour) ce que vos cœurs font délibérément. Allah, cependant, est Pardonneur et Miséricordieux »<sup>23</sup>. Quelles que soient les véritables motivations de cette interdiction d'adopter, il est intéressant de remarquer que les dimensions sociologiques et psychologiques (choix entre fiction ou réalité) avaient déjà toute leur importance. Néanmoins, au cas où les fidèles n'auraient pas encore clairement compris que le Prophète pouvait légitimement se marier, le Coran s'empresse de le redire au verset 37 sus évoqué de la même sourate :

« 37. Quand tu disais à celui qu'Allah avait comblé de bienfaits, tout comme toi-même l'avais comblé : 'Garde pour toi ton épouse et crains Allah', et tu cachais en ton âme ce qu'Allah allait rendre public. Tu craignais les gens, et c'est Allah qui est plus digne de ta crainte. Puis quand Zayd eût cessé toute relation avec elle, nous te la fîmes épouser, afin qu'il n'y ait aucun empêchement pour les croyants d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs, quand ceux-ci cessent toute relation avec elles. Le commandement d'Allah doit être exécuté »<sup>24</sup>.

Malgré l'interdiction coranique, dans les faits, les musulmans ont continué à adopter des enfants, à traiter comme leur l'enfant recueilli. Toutefois, ils évitaient d'insister sur les effets ou ignoraient tout simplement les effets qui doivent normalement s'attacher au lien d'adoption ainsi créé. Il faut souligner donc que si l'interdit est formel, il n'est pas porteur d'une règle de morale universelle comme l'interdit du vol. La compréhension intellectuelle de la genèse de cet interdit n'est accessible qu'aux lettrés de l'Islam. En revanche, les préoccupations d'un homme sans descendance sont d'une autre nature. Il faut remarquer que le Coran appelle en

---

<sup>23</sup> Les Cahiers du CEFAP, ouvrage collectif : BEDORET (M.), CROKART (H.), DEMANET (A.), DEROUAUX (E.), DIVE (L.), HEUKEMES (C.), LAFFINEUR (S.), VAILLANT (CH.) « Les nouveaux aspects juridiques de l'Adoption : Quelques thématiques spécifiques », éd. Larcier, 2009, p.270

<sup>24</sup> Les Cahiers du CeFAP, ouvrage collectif : BEDORET (M.), CROKART (H.), DEMANET (A.), DEROUAUX (E.), DIVE (L.), HEUKEMES (C.), LAFFINEUR (S.), VAILLANT (CH.) « Les nouveaux aspects juridiques de l'Adoption : Quelques thématiques spécifiques » ; op.cit. ; p.271.

outre, à travers de nombreux extraits, à la protection et à la prise en charge des orphelins, action importante pour le musulman, qui bénéficiera de la bénédiction de Dieu.

**11 - Une solution intermédiaire entre l'interdiction et l'admission de l'adoption au Maghreb.** Selon M. MILLIOT (L.), « cette contradiction entre la loi et les faits a incité la pratique judiciaire à se rallier à peu près *partout en pays musulman (...) à une solution qui place l'adopté dans une situation intermédiaire entre l'enfant et le non-parent, en lui reconnaissant les droits d'un légataire d'une part d'enfant (...) L'intérêt de la distinction demeure considérable, car si l'adopté était considéré comme héritier, il hériterait du tout* quand il est seul héritier ; *mais comme, en présence d'héritiers, un Musulman ne peut disposer de plus du tiers de ses biens, l'enfant adopté ne peut recueillir que le tiers en qualité de légataire* »<sup>25</sup>. Cette adoption, dite adoption « testamentaire » (tanzil) ou « de gratification » (jaza), existe toujours aujourd'hui. Elle n'établit pas de lien de filiation. Mais le droit musulman ne va pas s'arrêter à l'adoption testamentaire. Il va créer une institution permettant de remplacer l'adoption : la kafala. Quoique le concept soit différent, il est beaucoup considéré, à tort ou à raison, comme un synonyme de l'adoption. Le législateur marocain définit la kafala comme étant « *l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant. La kafala ne donne pas droit à la filiation ni à la succession* »<sup>26</sup>. Cette disposition de la loi marocaine illustre bien la diversité des conceptions de l'adoption en fonction des sociétés. En Afrique, le développement de l'adoption est largement justifié par des réalités socio-culturelles.

**12 - Le développement de l'adoption.** Ces quinze dernières années, les causes socio-économiques, et en particulier l'urbanisation rapide, s'ajoutant aux guerres et aux désastres naturels, sont devenues l'origine principale des enfants sans foyer. Cela est vrai en Amérique latine, en Asie comme en Afrique.

**13 - Les raisons du développement de l'adoption en Afrique.** En Afrique, le réseau traditionnel de la famille élargie, qui, dans le passé, prenait en charge les enfants sans parents ou les enfants dont les parents devaient travailler, a commencé à s'effondrer avec la migration vers les villes et la situation de vie quotidienne dans les quartiers périphériques des villes. Parallèlement, la disparition de la structure de la famille élargie n'a pas été compensée, en

---

<sup>25</sup> MILLIOT (L.), Introduction à l'étude du droit musulman Paris, Recueil Sirey, 1953, p.397

<sup>26</sup> Article 2 de la loi marocaine N° 15-02 du 5 septembre 2002 relative à la prise en charge des enfants abandonnés, <http://www.marocainsdumonde.gov.ma>

général, par la mise en place d'un système efficace de protection sociale privée ou gouvernementale. Au contraire, une régression des services de santé, des services de planification familiale ajoutée au manque d'éducation adaptée aux besoins de cette population n'ont fait qu'aggraver la problématique familiale.

**14 - L'abandon d'enfant, cause principale.** La cause profonde de l'abandon est la pauvreté qui condamne les familles et particulièrement les mères à cette option extrême. Cause de l'abandon, la pauvreté est généralement accompagnée d'un fort taux de natalité, de la corruption et de l'incapacité à contrôler les trafics.

La réponse à l'abandon des enfants a généralement été l'institutionnalisation, c'est-à-dire, le placement des enfants dans des institutions d'accueil pour enfants en difficulté familiale. Le problème fondamental de l'institution est qu'elle ne favorise pas le développement psychique, affectif et intellectuel de l'enfant. Les établissements ont souvent un personnel mal préparé ; ils sont souvent mal gérés et mal contrôlés.

Pour éviter les risques encourus par les enfants du fait de leur situation d'abandon et de leur condition d'accueil dans les familles ou institutions de placement, le Mali et le Sénégal, à l'instar d'autres pays d'Afrique francophone, se sont munis des règles encadrant l'adoption.

**15 - Adoption et histoire législative du Mali et du Sénégal.** Avant d'aborder la question de l'encadrement de l'adoption au Mali et au Sénégal, il convient d'abord de rappeler que ces deux pays sont des anciennes colonies de la France. Ils ont donc une histoire législative commune, notamment en matière de droit des personnes et de la famille qui remonte de la période d'avant 1960. Ainsi, avant 1960, année où ces deux pays ont accédé à leur indépendance, l'état des personnes et la famille dans ces pays étaient régis par les dispositions du Code civil français de 1804. Au départ, la colonisation avait défini une politique d'assimilation de comportement, de mœurs et de culture. A travers cette politique, le colonisateur avait envisagé d'éliminer toutes les survivances de cultures autres que la sienne. Au plan juridique, cette politique était portée par plusieurs textes dont une loi du 24 avril 1833<sup>27</sup>. L'article 1er de cette loi disposait notamment : " Toute personne née libre ou ayant acquis légalement sa liberté jouit dans les colonies françaises : 1 des droits civils; 2 des

---

<sup>27</sup> V. LAMPUE (P.), Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone, Penant n° 763, 1979, p.247. V. également KOUASSIGAN (G.-A) Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille, Paris, Pédone, 1974, p. 17. V. Enfin SIDIBE (A.-Sow), Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intesta, Bibliothèque africaine et malgache, L.G.D.J. 1991, p. 20 et s.

droits politiques sous les mêmes conditions prescrites par les lois "28. En somme, la législation française devrait directement s'appliquer aux sujets nés libres ou ayant acquis leur liberté dans les colonies françaises. Se formalisait déjà le principe de l'applicabilité directe des textes métropolitains dans les colonies françaises. Il y a lieu de préciser qu'au départ ces textes ont été édictés pour le Sénégal puis étendus aux autres colonies<sup>29</sup>.

Mais cette politique a échoué du fait de la résistance des coutumes locales. Le système de phagocytose établi par la loi de 1833 n'a pas survécu. Le législateur colonial a été alors contraint de reconnaître les coutumes par le décret du 20 mai 1857<sup>30</sup>. Ce décret reconnaît aux musulmans et aux indigènes le droit de réclamer l'application de leurs coutumes dans les questions relatives à l'état civil, au mariage, aux successions, aux donations et aux testaments. Paradoxalement, quelques années après l'indépendance des deux pays, les législateurs postcoloniaux ne semblent pas tirer toutes les leçons du passé. Ces derniers, animés par un souci de modernisation de leurs droits, ont opté pour l'adoption des modèles européens et français en particulier. Il en est ainsi de la dualité de l'institution adoptive en France. Or, une telle conception de la modernisation est contestable car les institutions concernées sont issues d'une société dont les structures sont profondément différentes de celles de l'Occident. Et comme le rappelait Montesquieu, " Les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre "31. La modernisation du droit devrait passer par la réactualisation du système juridique, son adaptation à l'évolution de la société et non pas nécessairement par son "occidentalisation". Le présent travail s'inscrit dans cette vision.

**16 - Le cadre juridique de l'adoption au Mali et au Sénégal.** Après avoir situé le contexte historique de l'élaboration des textes maliens et sénégalais, il convient à présent de souligner qu'après l'indépendance, le cadre juridique de l'adoption au Mali avait d'abord été fixé par l'Ordonnance n° 73 -036 du 31 juillet 1973 portant Code de la parenté. Ce texte a ensuite été abrogé et remplacé par la loi n° 11-080/AN-RM de 2011, portant code des personnes et de la famille. Au Sénégal, c'est la loi du 12 juin 1972 portant Code de la Famille au Sénégal qui fixe le cadre de l'adoption.

---

<sup>28</sup> LAMPUE (P.), *ibid.*

<sup>29</sup> Cf. SIDIBE (A.- Sow), *Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions...op.cit.* p. 21.

<sup>30</sup> Cf. SIDIBE (A.-Sow), *op. cit.* p. 22 et s.

<sup>31</sup> MONTESQUIEU (Ch de S.) , *Esprit des lois*, livre 1, chapitre 3. Paris, éd. Gallimard, 1995, p. 24. (Éd. électronique réalisée à partir du livre Montesquieu). Disponible en ligne: [institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/.../Montesquieu\\_esprit](http://institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/.../Montesquieu_esprit).

Dans ces deux pays, il existe deux types d'adoptions : d'une part, l'adoption légale qui comprend l'adoption limitée et l'adoption plénière pour le droit sénégalais, l'adoption-protection et l'adoption filiation pour le droit malien et, d'autre part, l'adoption de fait qui est étrangère au droit.

L'adoption plénière, est héritée de l'ancienne légitimation adoptive en France, qui fait disparaître quasi totalement la famille par le sang (si ce n'est le cas d'empêchement à mariage, ou celui du maintien de la filiation dans la famille du conjoint)<sup>32</sup>. A côté de cette adoption plénière, il existe une adoption limitée<sup>33</sup> en ce qui concerne le Sénégal et une adoption protection au Mali, laquelle n'a pas d'équivalent en droit français et en droit sénégalais. Ces dernières formes d'adoption ont en commun, la particularité de maintenir les liens de droit avec la famille d'origine et donc de permettre la coexistence de deux familles pour l'adopté, la famille d'origine et la famille adoptive.

Cependant, à la différence de la loi sénégalaise, la loi malienne se veut plus originale. Elle distingue « l'adoption filiation », c'est-à-dire l'adoption plénière, et « l'adoption-protection ». Le premier type d'adoption assimile l'enfant adoptif à l'enfant légitime. Le second s'inspire des traditions maliennes et tend seulement à assurer à l'enfant l'entretien, l'éducation et la protection matérielle et morale, sans établir entre l'adopté et l'adoptant des liens de filiation.

Le choix entre les différentes formes d'adoption va être largement conditionné par la recherche affective des adoptants dans la poursuite de leur projet, mais d'abord par des conditions objectives<sup>34</sup>, impératives et également par les finalités poursuivies.

**17 - Difficile admission de l'adoption dans les deux pays.** L'admission du phénomène de l'adoption légale n'a pas été simple tant au Mali qu'au Sénégal.

**18 - Au Mali,** la question de l'adoption filiation en particulier a fait l'objet de controverses nourries avant que son principe ne soit maintenu avec les restrictions nécessaires et de fortes recommandations en vue de mieux protéger l'enfant contre les trafics de tous genres qui ont cours aussi bien au plan international que national. En effet, lors de l'examen (en seconde lecture par l'Assemblée Nationale) du projet de Code des personnes et de la famille du Mali, la question a fortement divisé les parties. Si le Haut Conseil Islamique du Mali (HCIM) y est

---

<sup>32</sup> Cf. Code civil français art.345-1

<sup>33</sup> Au Sénégal, l'adoption limitée n'est autre que le modèle français de l'adoption simple.

<sup>34</sup> Il s'agit là des conditions objectives d'adoptabilité de l'enfant sous la forme « modeste » ou plénière et non sur les conditions liées au choix des adoptants.

resté absolument opposé<sup>35</sup>, les autres confessions religieuses et les associations de défense des droits de l'homme ont insisté sur la nécessité de garder l'adoption filiation dans la législation, pour assurer la prise en charge et la protection des enfants abandonnés et des enfants dont les parents sont inconnus.

**19 - Au Sénégal**, c'est la loi N°72 – 61 du 12 juin 1972 portant Code de la Famille et modifié plusieurs fois, qui règle la question de l'adoption en ses articles 223 à 253<sup>36</sup>. La question de l'adoption a beaucoup divisé les membres du Comité des options pour le Code de la Famille avant que le principe ne soit finalement retenu<sup>37</sup>. En effet, lors des travaux préparatoires du code sénégalais de la famille, certains membres du Comité des Options étaient farouchement opposés à la légalisation de l'adoption<sup>38</sup>.

En revanche, d'autres membres du Comité des Options étaient favorables à la consécration juridique de l'adoption. Ces derniers justifiaient leur position par la recrudescence du phénomène des abandons d'enfants et l'impérieuse nécessité de garantir à ces enfants le droit à une famille de substitution. Ils soutenaient que l'adoption ne doit pas être rejetée, quitte à l'aménager et à la simplifier. L'action des Sœurs Franciscaines de la Pouponnière de la Médina (Dakar) dont la mission est de recueillir les enfants abandonnés, a également été citée en exemple. Par ailleurs d'autres membres du Comité des Options, à l'image du rapporteur de la Commission « Paternité et filiation », avaient une position modérée<sup>39</sup>. Après donc des concessions réciproques, un consensus a été trouvé. Ainsi, la réglementation de l'adoption fut retenue mais avec des aménagements.

---

<sup>35</sup> La position du Haut conseil islamique du Mali était formelle et catégorique : « *C'est un droit fondamental, selon l'Islam et nos valeurs traditionnelles, de garder sa filiation d'origine. L'adoption protection, souligne le HCIM, suffit largement pour protéger, aider et secourir un enfant. Aussi, pour le HCIM, la parenté ne saurait-elle résulter de l'adoption* ». Cf. Dernière mouture du Rapport sur les amendements apportés au projet de loi portant Code des Personnes et de la Famille, jeudi 1<sup>er</sup> décembre 2011, document inédit.

<sup>36</sup> Loi N° 72- 61 du 12 juin 1972 portant Code de la Famille au Sénégal, J.O.S. 1972, p. 192

<sup>37</sup> V. Les travaux préparatoires du Code sénégalais de la famille, Travaux du Comité des Options pour le Code de la famille, séance du 25 avril 1966, Paternité et filiation, T. II. Archives de l'assemblée nationale du Sénégal, 1966, p. 68.

<sup>38</sup> L'un des orateurs déclarait : « *l'enfant adopté, lorsqu'il n'y a aucun lien de parenté entre l'adoptant et lui, n'est pas son enfant. Il ne peut pas hériter. Il peut, au plus, recevoir des dons et legs dans la limite de la quotité disponible* ».

<sup>39</sup> Ainsi par exemple, le rapporteur proposait de prévoir l'adoption en laissant à la conscience de chacun l'appréciation de son opportunité (Cf. les travaux préparatoires du Code sénégalais de la famille, précités).



C'est ainsi que le législateur sénégalais a prévu deux formes d'adoption : l'adoption plénière<sup>40</sup> et l'adoption limitée<sup>41</sup>. La première est, comme en droit français, une imitation de la nature. L'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang. En conséquence, il jouit, dans la famille de l'adoptant dont il fait désormais partie, des mêmes droits et est soumis aux mêmes obligations qu'un enfant légitime. Quant à l'adoption limitée, elle est l'équivalent de l'adoption simple du droit français. Elle ne rompt pas les liens de l'adopté avec sa famille d'origine.

**20 - Quid dans les autres Etats d'Afrique francophone ?** Les droits ivoirien<sup>42</sup>, tchadien<sup>43</sup>, gabonais et burkinabé posent des règles assez semblables à celles du droit sénégalais. Ils distinguent entre l'adoption plénière et l'adoption simple, la différence entre cette dernière et l'adoption limitée du droit sénégalais étant surtout d'ordre terminologique.

Les Républiques togolaise<sup>44</sup> et congolaise<sup>45</sup> ne prévoient qu'une seule forme d'adoption assimilable à l'adoption plénière puisqu'elle confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine. L'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang sous réserve des prohibitions au mariage. Le droit congolais prévoit cependant l'adoption de l'enfant de son conjoint qui laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille.

Généralement, les Etats d'Afrique noire francophone ont plus ou moins réglementée l'adoption. Cependant, le Cameroun s'est limité à une simple mention de l'adoption dans le texte législatif<sup>46</sup> sans la réglementer.

Par ailleurs, devant le développement de l'adoption internationale et les risques liés à cette situation, la communauté internationale va tenter de mettre en place une série de textes régissant l'adoption.

**21 - La régulation de l'adoption internationale.** Avant 1989, les normes relatives aux droits de l'homme étaient énoncées dans des pactes, des conventions et des déclarations. Elles étaient applicables à tous les membres de la famille. C'est en 1989 que des normes

---

<sup>40</sup> Article 224 à 243 du Code sénégalais de la famille

<sup>41</sup> Article 244 à 253 du Code sénégalais de la famille

<sup>42</sup> Les textes de référence sont : La loi n° 83-802 du 2 août 1983 modifiant et complétant la loi n° 64-378 du 7 octobre 1964 relative à l'adoption, ainsi que le Code de la nationalité ivoirienne.

<sup>43</sup> Code civil napoléonien de 1958 adopté par le Tchad lors de son accession à la souveraineté internationale.

<sup>44</sup> Ordonnance n° 80-16 du 31 janv. 1980 portant Code des personnes et de la famille, titre VI, chap. IV.

<sup>45</sup> Loi n°073/84 du 17 oct. 1984 portant Code de la famille, titre VIII, chap. V

<sup>46</sup> Art. 31 loi du 11 juin 1968 sur l'état civil.

spécifiques, approuvées par la communauté internationale, s'appliquent aux enfants. En tant qu'individu, l'enfant jouit dorénavant d'un statut égal à celui des adultes. Les réflexions et les préoccupations de la communauté internationale se sont traduites plus concrètement dans deux conventions internationales sur les droits de l'enfant : la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant et la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Cette dernière convention, comme son nom l'indique, n'est pas une convention destinée à uniformiser les règles de conflit de lois, mais à instaurer une coopération entre les autorités des pays d'origine des enfants et les autorités des pays d'accueil, en vue de moraliser l'adoption et de lui donner un véritable « label » international.

Actuellement, les États essaient de se doter de moyens pour éviter le développement de l'adoption commerciale. Ils veulent éviter que l'adoption internationale devienne un commerce lucratif sans considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est ainsi qu'il arrive que des pays ouverts à l'adoption ferment leurs portes ou limitent les adoptions sur leur territoire en raison d'abus ou de soupçons d'abus.

**22 - L'adhésion du Mali et du Sénégal à certains textes supranationaux régissant l'adoption.** Tout comme la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, le Sénégal et le Mali ont adhéré à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et à la Convention sur les droits de l'enfant de 1989 ainsi qu'à la Convention de la Haye sur la coopération et la protection des enfants en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993. A ce stade, il est utile de préciser que si le Sénégal a ratifié cette Convention, elle n'est pas encore effective. Dans le souci d'une bonne coopération entre Etat d'origine et Etat d'accueil en matière d'adoption et pour mieux protéger l'enfant, cette convention a été adoptée pour encadrer l'adoption internationale et éviter ainsi les risques de trafic d'enfants, de vente d'enfant, et l'enlèvement d'enfants, etc.

La Convention impose à chaque Etat contractant de désigner une autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui en découlent. Au Mali par exemple, c'est la Direction Nationale de la Promotion de l'Enfant et de la Famille qui a été désignée comme Autorité Centrale. Elle est citée obligatoirement par le Tribunal pour les jugements d'adoption filiation, mais sa présence est facultative pour les jugements d'adoption-protection. Elle est chargée de recevoir les dossiers et demandes d'adoption filiation et de donner son avis sur ces dossiers. Au Sénégal, c'est le service de l'Action Educative en Milieu Ouvert (AEMO) qui joue ce rôle en

plus des fonctions d'enquêtes sociales sur les candidats à l'adoption. Toutefois, le Sénégal, après avoir ratifié la Convention de La Haye de 1993, a désigné la Direction de l'Education Surveillée et de la Protection Sociale (DESPS) comme Autorité centrale en matière d'adoption internationale. Mais ce service n'est pas opérationnel à ce jour.

Malgré l'existence de l'adoption légale dans l'ordonnancement juridique malien et sénégalais, il existe dans la pratique, en milieu urbain et rural, ce qu'on appelle « *l'adoption de fait* » qui s'apparente, à la tutelle.

**23 - Clarification des notions.** Pour mieux cerner ce sujet, il faut définir certaines notions. Or, une difficulté surgit lorsqu'on veut donner une définition à l'adoption. Cette dernière ne fait l'objet d'aucune définition légale et il est difficile d'en proposer une<sup>47</sup>. Toutefois et conformément au sens étymologique du mot "adopter", il est possible de considérer que l'adoption repose sur la réalisation d'un choix.

**24 - Définition de la notion d'adoption.** Le mot adoption, tiré du latin juridique *adoptare*, de *ad-*: "à" et *optare* : "choisir", "opter"<sup>48</sup> signifiant « prendre par choix »<sup>49</sup>, fait l'objet d'une variété de définitions en fonction des disciplines, des auteurs et des sociétés. Ainsi, "là où l'ethnologue parle de dons et d'échanges d'enfants, de circulation d'enfants, de "parentalité additionnelle", le sociologue, de greffe, de fiction, d'acte qui s'inscrit dans le social et d'une institution devenue un fait de société"<sup>50</sup>, le juriste conçoit cet acte comme une construction juridique. Pour lui, il semble que ce choix porte sur l'établissement d'une filiation.

**25 - Définitions données par la doctrine.** L'adoption est ainsi définie par la doctrine comme une " filiation purement juridique reposant sur une présomption d'une réalité non pas biologique, mais affective : à la demande d'une personne, le droit établit artificiellement entre

---

<sup>47</sup> En France, le premier Consul qui cherchait à définir l'adoption dut se résoudre à admettre que " l'adoption n'est ni un contrat civil, ni un acte judiciaire. Qu'est-ce donc? Une imitation par laquelle la société veut singer la nature, (...) je ne peux pas trouver dans la langue de mot qui puisse définir cet acte " (in Travaux préparatoires du Code civil, V. FENET (P. - A.), Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. 2 p. 28).

<sup>48</sup> Le Robert - Dictionnaire historique de la langue française, ss. dir. REY (A.), 1998, V° Adopter. ADOPTER: (v. tr. Est un emprunt (XIIIème siècle) au latin juridique *adoptare*, de *ad-* (=à) et *optare* " choisir " (=opter). Le mot est d'abord (XIème siècle) spécialisé en droit au sens de "choisir légalement pour enfant". Il prend une valeur extensive au XVIIème siècle: " traiter (qqn) comme son enfant " (depuis 1631, Corneille). (...) Il a pour dérivés ADOPTE, EE, participe passé adjectivé (un enfant adopté) puis (1804) substantivé; ADOPTANT, ANTE participe présent substantivé (1728), terme juridique et ADOPTABLE adj. (1801)".

<sup>49</sup> SIDIBE (A.-Sow.): « *L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone* », 1993, V 45 – N° 1 , p. 130. Disponible en ligne: [www.persee.fr/web/revues/.../ridc\\_0035-3337\\_1993\\_num\\_45\\_1\\_4623](http://www.persee.fr/web/revues/.../ridc_0035-3337_1993_num_45_1_4623).

<sup>50</sup> TRILLAT (B.), *L'adoption - Essai sur les institutions*, PUL, 1995, p. 18.

elle et une autre personne un rapport de père (ou de mère) à enfant <sup>51</sup> ou comme une " filiation définie par opposition à la filiation charnelle comme une filiation artificielle, volontairement créée entre des personnes que n'unit (en principe)<sup>52</sup> aucun lien biologique <sup>53</sup> ou encore comme " la création, par jugement, d'un lien de filiation d'origine exclusivement volontaire, entre deux personnes qui, normalement sont physiologiquement étrangères <sup>54</sup>. Ces définitions paraissent insuffisantes car, elles ne retiennent que des aspects valables pour une société donnée et pour une époque déterminée.

## **26 - Proposition d'une nouvelle définition de l'adoption et de ses différentes formes.**

Compte tenu de la diversité des situations et des sociétés, il est possible de définir l'adoption comme une institution juridique permettant soit de substituer à la défaillance parentale, soit de consolider les liens existants entre des proches, au travers de l'accueil d'un enfant dans un foyer digne de lui offrir un minimum de protection conformément à son statut. Une telle définition présente le mérite de concilier la conception occidentale de l'adoption axée sur l'adoption comme remède à la défaillance parentale et la conception africaine de l'institution, qui au-delà de la perception de l'institution comme solution à la défaillance parentale, conçoit aussi souvent l'adoption comme un moyen de consolider des liens de famille ou d'amitié. Dans le cadre de l'étude, certaines terminologies seront souvent utilisées pour désigner telle ou telle forme d'adoption. Il en est ainsi du concept "adoption filiative" qui désigne une adoption créatrice de lien de filiation et " adoption non filiative " qui désigne une adoption sans lien de filiation. Il en est également du concept " forme modeste de l'adoption " qui désigne l'adoption simple ou limitée et les concepts " forme jalouse, intégrationniste, ou radicale de l'adoption " qui désignent l'adoption plénière. L'expression " adoption plénière " sera souvent employée pour désigner l'adoption-filiation malienne. Car cette dernière n'est autre que l'équivalent de l'adoption plénière. Quant à "l'adoption-protection", elle ne correspond à aucune des formes d'adoption en France et au Sénégal. Elle est une forme d'adoption qui ne crée aucun lien de filiation entre adoptant et adopté. Elle s'apparente beaucoup plus à la kafala du droit marocain ou algérien, à la différence que l'adoption-protection ne prend pas fin à la majorité de l'adopté contrairement à la kafala. Nous utiliserons

---

<sup>51</sup> CARBONNIER (J.), Droit civil - La famille, l'enfant, le couple, PUF, Thémis, droit privé, t. 2, 21ème éd., 2002, p. 361.

<sup>52</sup> L'adoption n'est pas toujours exclusive de liens par le sang, notamment en cas d'adoption entre les membres d'une même famille.

<sup>53</sup> HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), La famille - Fondation et vie de famille, L.G.D.J., 2ème éd., 1993, p. 659, n° 910.

<sup>54</sup> CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 22ème éd., 2014-2015, V° Adoption.

indistinctement les concepts d'"adoption limitée et adoption simple" car l'adoption limitée du droit sénégalais n'est rien d'autre que l'équivalent de l'adoption simple du droit français. Les expressions "adoption de fait, adoption coutumière, adoption traditionnelle" seront souvent évoquées pour parler des formes d'adoptions locales non réglementées.

Par ailleurs, à défaut d'une définition légale, l'adoption nationale peut être considérée comme l'adoption d'un enfant originaire d'un pays par un couple ou un individu vivant dans le même pays dont ils ont la nationalité. Par opposition, l'adoption internationale peut être définie comme une filiation juridique, mais entre des parents adoptifs d'un pays ou disposant d'une certaine nationalité avec un enfant d'un autre pays ou disposant d'une autre nationalité. Il convient de distinguer l'adoption à l'étranger (intercountry adoption), qui implique une modification de la résidence habituelle de l'enfant quelle que soit la nationalité des parents adoptifs et l'adoption internationale (international adoption) proprement dite qui met en jeu des parents d'une nationalité différente de l'enfant, que ces derniers résident ou non dans le pays habituel de résidence de l'enfant<sup>55</sup>.

**27 - Définition de la notion "d'enfant".** Il faut souligner qu' étymologiquement ce concept vient du latin *infans* signifiant « qui ne parle pas ». *L'infans* latin était un enfant en bas âge. En Afrique, l'enfant, ce n'est pas seulement le mineur, mais c'est aussi le fils ou la fille de tel ou telle. Aujourd'hui, le terme enfant est beaucoup plus strictement entendu. Selon la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989, " *l'enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable*<sup>56</sup> ". A l'analyse de cet article, il ressort qu'un enfant émancipé n'est plus considéré comme enfant, mais comme majeur et par conséquent n'est plus adoptable, du moins sous la forme plénière, car l'adoption simple du droit sénégalais et l'adoption-protection du droit malien restent possibles quel que soit l'âge de l'adopté potentiel. L'interprétation de l'expression " quel que soit l'âge de l'adopté ou sans conditions d'âge "<sup>57</sup> peut porter à confusion. Ainsi, certains pourront, à juste titre, considérer que l'enfant en

---

<sup>55</sup> Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, 1999, p. 2).

<sup>56</sup> Article 1 de la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant de 1989.

<sup>57</sup> L'article 527 du Code malien des personnes et de la famille dispose que : " L'adoption- protection est permise quel que soit l'âge de l'adopté ". Quant au Code sénégalais de la famille, il dispose en son article 244 que " L'adoption limitée est permise sans conditions d'âge en la personne de l'adopté...".

question est l'enfant qui est donné en adoption et conclure ainsi à la possibilité d'adopter sous la forme simple, une personne majeure. Dans la législation de ces deux pays, il est possible d'adopter une personne majeure par le biais de l'adoption simple. L'adoption simple est ouverte sans condition d'âge. Par conséquent, pour les droits malien et sénégalais, la notion d'enfant est plus large car elle est synonyme d' " adopté ". Le concept d'enfant se confond avec celui d'adopté puisque aucune limite d'âge n'est exigée en matière d'adoption simple et que le fait d'être marié n'est pas exclusif de l'adoption simple. Toutefois, est-il opportun que l'adoption d'un majeur soit possible ? Et surtout est-il souhaitable qu'il y ait une divergence d'interprétation sur un texte concernant l'adoption de l'enfant ? Il y a là une des questions qui incitent à envisager de revisiter les droits malien et sénégalais<sup>58</sup>.

Dans le cadre de la présente étude l'enfant est perçu, non pas exclusivement comme synonyme d'adopté, mais plutôt comme une personne de moins de 18 ans. D'ailleurs, la notion d'enfant en droit malien et sénégalais (dans le cas de l'adoption plénière) est conforme à celle retenue par la Convention internationale sur les droits de l'enfant de 1989 qui dispose, rappelons-le, dans son article premier qu' " un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ". Ce texte a pour intérêt de donner une définition juridique à la notion d'enfant qui satisfait tous les pays membres de cette convention y compris le Mali et Sénégal. Il est donc une sorte de compromis. Cette définition est la même que celle des droits internes malien et sénégalais, et n'est pas en contraction avec la notion d'enfant adoptable. De même, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 fixe dans son article 3 à dix huit ans l'âge limite de l'enfant. Il faut noter que le but n'est pas d'établir une condition d'adoptabilité de l'enfant par rapport à son âge, mais uniquement de fixer le champ d'application de cette Convention qui ne s'applique donc que lorsque l'adopté a moins de 18 ans.

**28 - Définition du concept " *droits de l'enfant* ".** Les droits de l'enfant peuvent être considérés comme l'ensemble des prérogatives reconnues et garanties par les textes nationaux et internationaux, auxquelles tout enfant peut aspirer du fait de son statut de mineur. En matière d'adoption, ces droits sont entre autres : le droit de voir son intérêt supérieur primé, le

---

<sup>58</sup> Pour prévenir tout amalgame, toute interprétation visant à confondre l'enfant et l'adopté, nous suggérons que les législateurs malien et sénégalais substituent aux expressions " l'adoption est possible quel que soit l'âge de l'adopté ou sans conditions d'âge " à celle de " l'adoption (simple) est possible tant que l'enfant n'a pas atteint la majorité ".

droit de grandir dans un milieu familial favorable à son épanouissement, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension, le droit de consentir à sa propre adoption, etc.

Sous le bénéfice de ces précisions terminologiques, il est tentant de relier adoption et droits de l'enfant et on pressent l'intérêt d'y consacrer une étude juridique.

**29 - Des justifications et des intérêts du sujet.** Au Mali et au Sénégal, il existe d'un côté un déséquilibre au sein de l'adoption légale et de l'autre un décalage entre l'adoption pratiquée et l'adoption légale.

**30 - Un droit de l'adoption déséquilibré.** S'agissant du déséquilibre au sein de l'adoption légale, il faut observer que l'adoption plénière et l'adoption simple tendent toutes deux à l'établissement d'un lien de filiation<sup>59</sup> même si l'intensité de ce lien n'est pas la même en fonction de chaque type d'adoption. Toutefois, le déséquilibre se manifeste par la faveur législative accordée à la forme plénière de l'adoption au détriment de la forme simple. A titre illustratif, l'adoption simple est révocable alors que l'adoption plénière ne l'est pas. Or, nous pensons que seule la recherche de l'intérêt de l'enfant devrait être le critère pour imposer l'existence d'un choix entre l'adoption plénière et l'adoption simple. Ce critère devrait être guidé par les circonstances dans lesquelles chaque enfant est conduit à être adopté. Or, ce choix est actuellement guidé par la valeur que l'on attribue à chaque adoption. Par ailleurs, la possibilité de prononcer une adoption plénière intrafamiliale, hypothèse possible au Sénégal, paraît largement inadaptée car elle crée, non seulement un désordre dans la filiation de l'enfant avec les membres de sa famille par le sang, mais aussi, elle semble contredire la finalité première de l'adoption : donner une famille à un enfant qui en est dépourvue. Il en est de même de l'adoption simple de l'enfant du conjoint sauf dans les hypothèses où l'adoption simple s'avère opportune pour l'enfant.

**31 - Une pratique de l'adoption déconnectée du droit.** S'agissant du décalage entre adoption pratiquée et adoption légale, il faut souligner que les législateurs malien et sénégalais, dans leur œuvre de codification du droit de l'adoption, ont, d'une façon malencontreuse, adopté la législation française sur l'adoption en faisant abstraction de la réalité socio-juridique. En effet, la pratique traditionnelle et récurrente des enfants confiés à des familles nourricières dans ces pays demeure un espace "bizarrement" inabrité par le droit. Or, ces adoptions de fait constituent une sorte de parenté sociale et affective qui mérite d'être

---

<sup>59</sup> Exception faite de l'adoption-protection malienne qui ne crée pas un lien de filiation.

créatrice de droit. Comment alors comprendre que ces deux Etats choisissent de consolider des créations juridiques, telles que le modèle français de l'adoption plénière, qui correspondent très peu à leurs réalités sociologiques, et que dans le même temps, ils négligent certaines institutions coutumières comme la pratique des enfants confiés qui méritent d'être améliorée et réglementée ? Cette contradiction est en réalité la manifestation d'une prise de position sur la méthode d'élaboration des nouveaux droits dans l'ensemble des pays d'Afrique francophone. Elle implique une réflexion sur la manière de faire des lois. La question consiste à déterminer si, au nom du développement ou de la modernité, le droit doit renier les coutumes ou s'il doit réaliser une symbiose entre ces dernières et le droit d'inspiration européenne ? En l'occurrence, quelle doit être l'attitude du législateur par rapport aux adoptions de fait ?

**32 - Une pratique qui résiste au droit.** Le vif intérêt que les populations maliennes et sénégalaises portent à leurs institutions et à leurs coutumes est une réalité incontestable. Cette réalité s'est traduite dans ces pays par l'émergence de deux tendances dans la population : la première, minoritairement représentée, suis l'influence occidentale, et la seconde, majoritaire, demeurée attachée aux institutions traditionnelles<sup>60</sup>. Une communauté de destin, entre l'Afrique Noire et l'Occident, " a fatalement conduit la première à ne concevoir le progrès que par la voie que le second a suivie "<sup>61</sup>. C'est la raison pour laquelle, les pouvoirs publics, ainsi que les législateurs contemporains pensent que le développement économique et social ne peut être atteint que par l'adoption du modèle des institutions occidentales. A cet égard, faut-il penser que c'est parce que l'adoption de fait est inconnue des droits occidentaux que les législateurs malien et sénégalais n'ont pas jugé opportun de la réglementer ?

Une réponse positive pourrait a priori s'imposer. Mais le problème est en réalité plus complexe. L'intérêt de la question réside dans le fait qu'elle contribue à en résoudre une autre, plus fondamentale : cette conception du développement par le biais exclusif du modèle occidental correspond-t-elle à la réalité ? La controverse sur la question est vive. Cependant, il nous semble que la réponse est négative dans la mesure où il apparaît nettement, d'une part, que le mythe du droit du développement qui inspire, tout naturellement mais dangereusement, la plupart des gouvernants, enlève au pouvoir politique sa capacité à traduire ce développement dans la réalité, et d'autre part, que l'avènement d'un droit moderne passe par le dialogue entre deux cultures.

---

<sup>60</sup> V. en ce sens, KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi ?*, op.cit. p. 178.

<sup>61</sup> KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi ?*, ibid. p. 178



**33 - Droit du développement et capacité du politique à traduire la réalité.** Le développement économique et social constitue, pour l'ensemble des pays africains francophones, un objectif de premier plan. Il s'agit, en somme, d'atteindre assez rapidement un niveau de bien-être concourant à l'épanouissement des populations. A cet égard, le droit est préconisé par les pouvoirs publics comme le principal moyen d'atteindre cet objectif au travers de ce que l'on appelle le droit du développement. Celui-ci est défini par la doctrine comme " un ensemble de mesures législatives et réglementaires mises en œuvre pour provoquer les changements socioculturels favorables au développement "<sup>62</sup>. Réduit pendant longtemps à sa seule finalité économique, le développement apparaît comme multivoque puisqu'il peut être politique, administratif, économique, social et culturel. Les législateurs malien et sénégalais ont beaucoup cru au droit du développement puisque dans la période post-coloniale ils ont adopté les règles françaises. Dès lors, se pose la question de l'opportunité de maintenir les règles héritées du droit français comme moyen de développement. Faut-il garder ces règles d'origine occidentale ou ne faudrait-il pas les "africaniser " ? La réflexion conduira à envisager la " désoccidentalisation " des droits malien et sénégalais de la famille fortement " occidentalisés " .

**34 - Nature et utilité du droit du développement.** En se fixant des objectifs essentiellement utilitaires, le droit du développement fait prévaloir la technique sur la mission normative de toute règle de droit. Comment ne pas dès lors s'interroger sur la nature et l'utilité de ce droit, supposé créateur d'avenir ?

Cette question soulève le problème de l'efficacité de la méthode d'élaboration du droit, choisie par les pouvoirs publics malien et sénégalais pour atteindre cet objectif de développement. Selon une partie de la doctrine, le droit n'est pas apte à promouvoir le développement. Ayant pour objet de régir les rapports entre les individus, il doit être en harmonie avec le degré de développement économique, social et culturel de la population concernée<sup>63</sup>. En revanche, d'autres auteurs soutiennent la capacité du droit à œuvrer au développement. Selon cette dernière tendance, le développement suppose une mutation globale et profonde de la société en question et seul un système juridique en avance est en mesure de procéder à la transformation des structures nécessaires pour le développement. En réalité, ces deux thèses se complètent. Le pouvoir politique nous apparaît comme le seul élément extérieur qui puisse, et qui doive, nécessairement agir dans ce sens. L'orientation de sa législation doit avoir une

---

<sup>62</sup> KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi ?* op. cit., p. 187.

<sup>63</sup> KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi ?*, ibid, p. 180.

cohérence structurelle qui favorise le développement. En conséquence, l'adoption des modèles occidentaux ne doit être qu'une simple faculté.

En juxtaposant les institutions traditionnelles et les institutions occidentales sans une réglementation adaptée, on crée une incohérence structurelle dans le droit positif qui n'œuvre justement pas au progrès souhaité.

**35 - Cohérence structurelle du droit : un impératif du développement.** Dans l'optique du développement, les droits malien et sénégalais doivent être, à la fois, sélectifs et progressifs. Il n'y a jamais, comme disait le doyen Vedel, "de révolution absolue" Toute révolution est à la fois une rupture avec la tradition et une utilisation de cette même tradition"<sup>64</sup>. Il s'agit là d'une exigence démocratique, encore plus essentiel dans le domaine du droit de la famille. La substitution d'un droit nouveau à l'ensemble du droit existant paraît illusoire et, si cela est envisageable dans les secteurs du droit directement liés à l'économie monétaire ou à des institutions totalement ignorées de la civilisation traditionnelle, il en est différemment du domaine familial<sup>65</sup>. Il s'agit donc de faire la part entre les institutions juridiques de type occidental, utiles au développement et celles qui n'auraient qu'une influence incidente<sup>66</sup>.

Il importe de préciser que les mérites d'un droit ne dépendent pas uniquement de sa perfection technique mais surtout de son aptitude à régir des rapports humains préexistants. En somme, sa valeur dépend de sa concordance avec les situations concrètes qu'il est appelé à régir. Une telle logique conduit à s'interroger sur la prévisibilité de la solution juridique. La prévisibilité d'une solution est, selon l'expression de M. HAUSER, " un gage de son meilleur accueil par le sujet de droit "<sup>67</sup>.

Sans nier les efforts et progrès réalisés dans le domaine familial, notamment dans certaines pratiques relatives à l'adoption<sup>68</sup>, on constate toutefois, de la part des législateurs malien et

---

<sup>64</sup> VEDEL (G.), Manuel élémentaire de droit constitutionnel, cité par POUGOUE (P-G.), La famille et la terre: Essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun, Thèse, Université de Bordeaux I ; 1977 p. 51.

<sup>65</sup> V. en ce sens, KOUASSIGAN (G.A.), Quelle est ma loi ? op. cit., p. 195 ; MELONE (S.), La parenté et la terre..., op.cit., POUGOUE (P-G.), La famille et la terre..., op.cit.

<sup>66</sup> Les impératifs de l'économie monétaire avec ses institutions juridiques propres ainsi que sa substitution progressive à l'économie traditionnelle de subsistance entraînent sous réserve de correction et d'adaptation, l'adoption des mêmes institutions. Il s'agit, comme le précise KOUASSIGAN (G.A.), d'institutions nécessaires à la mise en place de structures de développement étrangères à l'économie traditionnelle et qui, de ce fait, ne risquent pas de provoquer des interférences avec des structures traditionnelles quasi absentes de ce champs.

<sup>67</sup> HAUSER (J.), art. préc., in Mélanges Danièle Huet-Weiller, op.cit., p. 141.

<sup>68</sup> Parmi ces bonnes pratiques, on peut citer notamment : le respect du principe de la double subsidiarité de l'adoption, le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, le principe de coopération interétatique en cas

sénégalais, une prudence doublée d'une sorte de répugnance à dégager toutes les conséquences du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Au Mali par exemple, le nouveau Code des personnes et de la famille de 2011 contient des dispositions provenant de sources différentes de telle sorte que la méthode manque de fil conducteur et de cohérence<sup>69</sup>. Comme ces textes ne sont pas toujours inspirés par une philosophie homogène, ils donnent naissance à une construction ambiguë, ce qui n'aide pas vraiment au développement.

**36 - La cohérence du droit français.** En France, l'élaboration des avant-projets de lois a été confiée au seul doyen CARBONNIER. Selon l'ensemble de la doctrine, cette unité de pensée et de style a permis la construction d'un corps de droit cohérent. A l'évidence, comme le rappelle un auteur, en droit comme en toute chose d'ailleurs, la cohérence oblige à ne pas faire une chose et son contraire pour répondre à la même question<sup>70</sup>. Ainsi, il n'est pas opportun de restreindre par exemple, la notion de parenté en la ramenant à la seule consanguinité dans les contextes malien et sénégalais. Le maintien de la famille élargie peut aller de pair avec des changements dans les rôles qu'y occupent les différents membres. On peut en effet, " assurer le consentement des futurs époux au mariage, limiter les effets de la polygamie ou même remettre en cause l'existence de cette institution sans pour autant détruire les structures familiales traditionnelles "<sup>71</sup>. Cela est possible car, même dans les pays occidentaux, notamment en France, après avoir limité pendant longtemps la famille aux seuls père et mère, le législateur français reconnaît aujourd'hui, " à côté des parents ou à leur place, avec ou même sans leur accord "<sup>72</sup>, à certains membres de la famille de l'enfant et même à certains tiers, un rôle important auprès de ce dernier. Cette nouvelle orientation, qui modifie la vision étroite de la famille, correspond au droit de l'enfant à une famille élargie<sup>73</sup>. Comment comprendre alors qu'il soit demandé aux africains, de culture quasi-collectiviste, de se convertir à " l'individualisme juridique "<sup>74</sup> surtout à une époque où, partout dans le monde, et particulièrement en Europe, " la parenthèse individualiste se referme et que l'individu se

---

d'adoption internationale, la désignation d'autorités chargées de veiller au contrôle de la légalité et de la moralité de l'adoption, etc.

<sup>69</sup> Il en est ainsi du régime juridique de l'adoption-protection malienne. Cette institution est inspirée à la fois par des normes d'origine occidentale et des normes d'origine africaine. Ses conditions sont presque identiques à celles d'une adoption simple française, mais ses effets diffèrent largement de ceux de l'adoption simple. V. art. 532 du Code malien des personnes et de la famille qui dispose que " l'adoption-protection est sans effet sur les attributs de la personne de l'adopté, excepté le domicile légal ".

<sup>70</sup> LABRUSSE-RIOU (C.), art.préc., in *Mélanges Danièle Huet-Weiller*, op.cit., p. 297.

<sup>71</sup> KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi?*, op.cit., pp. 285-286.

<sup>72</sup> NEIRINCK (C.), " Le droit de l'enfance après la Convention des Nations unies ", *Encyclopédie Demas*, 1993, p. 115

<sup>73</sup> NEIRINCK (C.), " Le droit de l'enfance après la Convention des Nations unies ", op.cit. p. 115.

<sup>74</sup> KOUASSIGAN (G.A.), art. préc., p. 214.

trouve inséré dans l'élan d'une liberté de plus en plus surveillée pour l'avènement d'un ordre social plus collectif et plus solidaire <sup>75</sup>. La clef du vrai développement, semble résider dans la voie du dialogue entre les civilisations.

**37 - Le dialogue des cultures et la modernisation du droit.** Dans le domaine familial, la construction d'un droit moderne reste un défi pour le Mali et le Sénégal. L'avènement du développement dans les pays anciennement colonisés et en proie à de fortes résistances traditionnelles, comme le Mali et le Sénégal, se fera nécessairement par le dialogue. Surtout quand on sait que la modernisation de son droit est perçue comme un facteur de développement.

**38 - Le nécessaire équilibre entre valeurs locales et valeurs importées.** La survie des africains dépend aussi de la conservation de leur environnement culturel. A cet effet, il est nécessaire de lutter contre la tendance au mimétisme aveugle et de sauvegarder les traditions africaines. La tendance est profonde et générale d'affirmer que les pays qui aspirent au développement ne peuvent y parvenir que par l'adoption des modes de pensée et de vie des pays de type occidental. Pour les tenants de cette doctrine, il ne s'agit pas, comme nous l'avons précédemment préconisé, d'une faculté, mais d'un impératif<sup>76</sup>. Or, "pour se faire reconnaître, le négro-africain doit se prouver à lui-même et prouver aux autres, l'existence d'une culture africaine authentique, originale, susceptible de rivaliser avec n'importe quelle autre"<sup>77</sup>. Du reste, les communautés ne sont jamais ni fermées ni figées : elles se transforment continuellement.

Il ne s'agit pas pour les Africains de vivre en vase clos. Un dialogue est nécessaire entre les civilisations. Il ne faut donc pas procéder à une destruction de l'acquis importé mais concilier la personnalité de ces peuples avec la mondialité. Il n'est pas question, comme le disait

---

<sup>75</sup> SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ème éd., 1964, cité par KOUASSIGAN (G.A.), *ibid.*

<sup>76</sup> Cette tendance à l'universalisme de la civilisation occidentale se retrouve dans les écrits de certains auteurs, notamment Claude Lévi-Strauss qui affirmait déjà en 1961 que "loin de rester enfermées en elles-mêmes, toutes les civilisations reconnaissent, l'une après l'autre, la supériorité de l'une d'entre elles, qui est la civilisation occidentale. Ne voyons nous pas le monde entier lui emprunter progressivement ses techniques, son genre de vie, ses distinctions et jusqu'à ses vêtements ? Comme Diogène prouvait le mouvement en marchant, c'est la marche même des cultures humaines qui, depuis les vastes masses de l'Asie jusqu'aux tribus dans la jungle brésilienne ou africaine, prouve par une adhésion unanime sans précédent dans l'histoire, qu'une des formes de la civilisation humaine est supérieure à toutes les autres : ce que les pays insuffisamment développés reprochent aux autres dans les assemblées internationales, n'est pas de les occidentaliser mais de ne pas leur donner assez vite les moyens de s'occidentaliser.", in *Race et histoire*, Paris Gonthier, 1961, pp. 51-52.

<sup>77</sup> SIDIBE (A. Sow), *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ, 1991, p. 128.

SENGHOR (L. S.), " de s'isoler des autres civilisations, de les ignorer, de les haïr ou de les mépriser, mais plutôt, en symbiose avec elles, d'aider à la construction d'un humanisme qui fût authentique parce que totalement humain, parce que formé de tous les apports de tous les peuples de toute la planète terre "<sup>78</sup>. Cette réalité n'incite-t-elle pas à réglementer les adoptions de fait en Afrique ?

**39 - Vers une réglementation de l'adoption de fait ?** La reconnaissance et l'institutionnalisation de l'adoption de fait comme forme possible d'adoption au Mali et au Sénégal va dans le sens de la modernisation de leur droit de la famille. Car, bien que le développement implique un changement des structures politique, économique et sociale et des mentalités, il peut aussi être l'occasion et la capacité à retrouver et à maintenir les institutions traditionnelles positives. Dès lors, la question de l'opportunité du maintien de l'adoption de fait se pose. Dans l'affirmative, ne serait-il pas souhaitable d'attribuer plus d'effets à cette institution traditionnelle coutumière ? La réflexion conduira à envisager de lui attribuer les effets de l'adoption-protection du droit malien. Toutefois, afin que l'institution puisse réellement répondre aux attentes des populations maliennes et sénégalaises, sera-t-il opportun de la faire prononcer devant un juge ? Il y a là une des questions qui invitent à réadapter les droits malien et sénégalais aux réalités locales.

Par ailleurs, le développement de l'adoption internationale expose les enfants maliens et sénégalais à des risques de nature diverse. Pour prévenir ces risques, la solution résiderait-elle dans l'interdiction de l'adoption aux étrangers ou plutôt dans la création de normes de conflit de lois relatives à l'adoption internationale ?

**40 - L'adoption internationale, une institution nécessaire ?** L'adoption prend de plus en plus de l'ampleur, ses implications éthiques sont nombreuses et face à une internationalisation croissante de cette institution, il est possible de constater des abus occasionnant une violation des droits de l'enfant. Et l'Afrique, considérée par les occidentaux comme un « réservoir » d'enfants adoptables, est devenue une destination privilégiée pour ceux-ci. Or, ce phénomène n'est pas sans conséquences sur les droits de l'enfant. En témoignent les nombreux cas de trafics d'enfants enregistrés ces dernières années<sup>79</sup> au Tchad et en Haïti. En effet, au Tchad,

---

<sup>78</sup> SENGHOR (L.S.), *Négritude, arabisme francité*, Beyrouth, 1967.

<sup>79</sup> Pour le Tchad, V. HOUSSET (D.) *Audition Enfance et Famille d'Adoption, Procès de l'affaire dite Arche de Zoé*, article inédit, p. 1 à 6, 2012. V. également ROCHEMAN (J.-M), "L'adoption intrafamiliale réalisée en Haïti par des haïtiens québécois vivant à Montréal ", mémoire de Maîtrise es Sciences en service social, Université de Montréal, 2014, p. 21.

une Organisation Non Gouvernementale (ONG) française qui se proposait de faire « adopter » des enfants du Darfour par des familles françaises avait enlevé illégalement 103 enfants originaires de la Province soudanaise du Darfour, en proie à une guerre civile. Après avoir été arrêtés par la police pour trafic d'enfants, les membres de cette Organisation évoquaient une « évacuation sanitaire ». Semblablement en Haïti, le 29 janvier 2010, dix américains membres d'une organisation caritative ont été arrêtés à la frontière dominicaine. Ils étaient soupçonnés d'avoir « volé » une trentaine d'enfants âgés de 2 mois à 12 ans. A côté de ces risques, l'adoption internationale présente des avantages pour l'enfant, surtout lorsqu'il s'agit d'un enfant sans famille auquel il n'existe aucun projet d'adoption nationale. Face à cette ambivalence de l'adoption internationale, ne serait-il pas opportun de la maintenir et de renforcer sa réglementation par l'adoption de nouvelles normes ?

**41 - Intérêts du sujet.** L'analyse de l'adoption comme mesure de protection des droits de l'enfant constitue certes un défi, le défi d'une critique constructive qui, en toute conscience des risques de l'aventure, ambitionne de dégager des solutions concrètes pour le législateur et le praticien. Elle présente alors l'intérêt considérable de concilier des valeurs diversifiées qui font la richesse des sociétés africaines. Aussi, l'intérêt du sujet réside-t-il dans la confrontation des législations et pratiques nationales des Etats d'Afrique francophone en général, et plus particulièrement celles maliennes et sénégalaises, avec les principes des droits de l'enfant internationalement reconnus et en perpétuelle évolution.

La présente étude permettra, d'une part, de minimiser les risques liés à la pratique de l'institution sur les droits de l'enfant. Il faudra ainsi ouvrir une discussion sur les demandes d'adoption faites par des célibataires susceptibles de créer un soupçon de pédophilie ou d'homosexualité au Mali et au Sénégal. A cela s'ajoute les nombreux cas de trafic d'enfants que le monde a connus ces dernières années<sup>80</sup>. L'étude permettra, d'autre part, de lutter contre la déshérence des enfants laissés pour compte tel l'exemple des « Talibés »<sup>81</sup> du Sénégal ou

---

<sup>80</sup> En Haïti : voir le Trafic d'enfants haïtiens par une organisation caritative Américaine, en ligne : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2010/01/31/01011-20100131filwww00241-haiti-denonce-untrafic-d'enfant-php> (consulté le 25 décembre 2014) ;

Au Tchad : voir l'affaire Arche De Zoé, une ONG française qui avait enlevé 103 enfants originaires du Tchad et de la Province Soudanaise du Darfour, en ligne : [http://www.lexpress.fr/actualite/monde/adoption-neuf-francais-arretes-au-tchad\\_467455.html](http://www.lexpress.fr/actualite/monde/adoption-neuf-francais-arretes-au-tchad_467455.html) (consulté le 25 décembre 2014).

<sup>81</sup> Il s'agit des enfants confiés à des marabouts pour une éducation coranique et qui sont souvent envoyés par le marabout pour mendier dans la rue pour se nourrir et éventuellement apporter quelque chose au marabout.

les « Garibes »<sup>82</sup> du Mali et contre les abandons illégaux et inhumains d'enfants résultant de la pauvreté ou de certaines réalités sociales (par exemple les enfants " non désirés ").

Sur un autre plan, elle s'inscrit dans une réflexion générale sur la question du respect des droits de l'enfant dans l'adoption. En effet, cette question fait l'objet de plusieurs regards croisés notamment, des juristes, des sociologues, des psychologues, etc. Toutefois, l'approche juridique demeure privilégiée dans la présente étude. Il s'agit donc de voir si les droits de l'enfant sont protégés dans l'adoption au Mali et au Sénégal en particulier et en Afrique francophone, en général. Plus précisément d'apprécier la position des législateurs maliens et sénégalais et ceux d'Afrique francophone sur la question.

La présente étude comparative des législations et pratiques en matière de protection et de promotion des droits de l'enfant en matière d'adoption au Mali et au Sénégal, d'une part, et dans d'autres Etats d'Afrique francophone, d'autre part, vise à mieux comprendre les différences légales, leurs applications pratiques et implications éthiques. Elle cherche ainsi à mettre en évidence les risques évidents et inquiétants que représentent certaines pratiques sénégalaises et maliennes, les pressions exercées sur ces pays par les pays d'accueil et à souligner la responsabilité de ces pays d'accueil dans l'existence des trafics d'enfants.

**42 - Champ d'étude.** Dans le cadre de cette réflexion, notre base de travail sera les droits malien et sénégalais. La limitation de notre champ d'étude se justifie par le volume du sujet embrassé et son caractère tentaculaire. La volonté d'appréhender les liens entre adoption et droits de l'enfant nous place devant le danger permanent de se perdre dans toutes les directions. Aussi, tout en ne voulant pas dénaturer le sujet et le priver de son intérêt principal, qui réside dans l'appréhension d'un phénomène global, le champ géographique a-t-il été limité au Mali et au Sénégal. En revanche, nous n'hésiterons pas à faire appel au droit comparé et notamment au droit français et au droit musulman pour tenter de comprendre certaines dispositions du code de la famille de ces deux pays, car ces derniers étaient des éléments de l'ordre positif sénégalais et malien avant les codes de la famille.

**43 - Approche de l'étude.** L'approche comparative de certains pays d'Afrique francophone permettra d'évaluer des solutions nationales diversifiées à l'aune du patrimoine commun constitué par les droits de l'enfant ; l'objectif poursuivi ne réside pas dans l'uniformisation des législations internes, mais dans la conciliation de diverses traditions juridiques, familiales

---

<sup>82</sup> L'expression "Garibe" n'est que l'équivalent au Mali des "Talibés" du Sénégal.

et sociales avec les droits de l'enfant. Concrètement, l'approche comparative procédera par l'analyse dite « horizontale », sélectionnant à propos de chaque question, les législations les plus significatives, et non par la description « verticale » des différents systèmes juridiques considérés séparément. L'étude critique des questions essentielles posées par l'adoption sera ainsi délibérément favorisée, plutôt que la connaissance des rouages internes de chaque législation africaine francophone qui ne seront donc pas décrits de façon exhaustive. L'approche portera essentiellement sur les aspects juridiques et sociologiques de l'adoption. Les aspects psychologiques, ethnosociologiques et médico-psychologiques ne seront abordés qu'incidemment. Cette approche contribuera à restreindre la part de subjectivité à l'œuvre dans le choix et l'évaluation des solutions juridiques. Elle complètera également la connaissance concrète du processus de l'adoption.

Nous donnerons une statistique des deux formes d'adoption pour savoir quelle est la forme la plus pratiquée et apprécier la cohérence des droits malien et sénégalais en matière d'adoption. L'étude repose également sur l'utilisation des enquêtes réalisées auprès des différents acteurs de l'adoption dans ces deux pays, de la jurisprudence et de la doctrine pour étayer nos raisonnements.

Enfin, sans prétendre dégager un procédé souverain pour éliminer tous les risques inévitables à l'adoption, nous nous efforcerons de définir la meilleure attitude à prendre à propos des divers problèmes que nous relèverons dans le droit et la pratique de l'adoption au Sénégal et au Mali. Cette méthode a pour but de réformer les textes malien et sénégalais relatifs à l'adoption. La démarche adoptée est donc de nature prospective. Cette étude vise concrètement à proposer une nouvelle rédaction des dispositions maliennes et sénégalaises relatives à l'adoption, accompagnée de l'introduction de nouveaux textes. Le choix de cette méthode repose sur la nécessité d'adapter le droit de l'adoption aux réalités maliennes et sénégalaises.

**44 - La problématique.** Les législations malienne et sénégalaise, recèlent une certaine volonté des législateurs de garantir les droits de l'enfant, mais aussi des problèmes, liés à l'insuffisance des textes, qui compromettent dangereusement les droits de l'enfant. Certains de ces problèmes sont liés à l'adoption interne et d'autres à l'adoption internationale.

**45 - Questions relevant d'une problématique de réforme du droit interne de l'adoption.** Les réformes internes de l'adoption peuvent répondre à plusieurs considérations. Ces



considérations sont à la fois d'ordre sociologique, d'ordre identitaire et d'ordre politique. La question qui se pose est de savoir quel doit être le poids de chacune de ces considérations ?

**46 - Difficultés d'ordre sociologique.** Ces difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit de l'adoption de fait ou de la possibilité de l'adoption par une personne seule.

S'agissant de l'adoption de fait, il faut souligner que sa non prise en compte par le droit pose une difficulté. Cette situation crée un décalage entre le droit voulu et le droit vécu par les populations maliennes et sénégalaises. Ainsi, n'est-il pas regrettable de constater que cette forme " d'adoption coutumière " qui, en réalité symbolise la solidarité africaine en général et des pays d'Afrique noire francophone en particulier, et qui est la plus pratiquée au Mali et au Sénégal, demeure étrangère au droit ? Ne serait-il pas nécessaire de la conserver et de lui attribuer des effets juridiques plus protecteurs pour l'enfant ?

S'agissant de la possibilité de l'adoption par une personne seule, la question de son opportunité se pose. Faut-il la maintenir ? Ne comporte-t-elle pas des risques préjudiciables à l'intérêt supérieur de l'enfant ? Cette forme d'adoption ne heurte-t-elle pas les mœurs maliennes et sénégalaises ? Lorsque l'adoptant individuel est homosexuel, ce statut ne l'expose-t-il pas à une discrimination de facto ? L'adoption individuelle n'est-il pas perçue en Afrique comme susceptible de satisfaire des désirs pédophiles ? Dans quelle mesure l'état des mœurs maliennes et sénégalaises doit être pris en considération ? Toutes ces questions nous incitent à conduire une réflexion sur l'adoption par une personne seule.

**47 - Difficultés d'ordre identitaire.** Ces difficultés identitaires apparaissent lorsqu'il s'agit de réaliser une adoption intrafamiliale en la forme simple ou plénière. Ce type d'adoption n'est pas prohibé par les droits malien et sénégalais. L'adoption intrafamiliale " a pour effet de modifier la nature et le degré des liens familiaux de l'enfant avec l'adoptant mais également avec les autres membres de sa famille "<sup>83</sup>. Cette possibilité légale de modifier l'ordre familial ne relève-t-elle pas d'une incongruité ? Ne serait-il pas opportun de n'admettre l'adoption intrafamiliale que lorsqu'elle ne crée pas de liens de filiation ?

**48 - Difficultés d'ordre politique.** L'existence d'un déséquilibre entre l'adoption plénière et l'adoption simple pose question. Elle traduit une faveur législative et une sacralisation de la première au détriment de la seconde. Pourtant, ne serait-il pas nécessaire, au regard de l'intérêt de l'enfant, d'instaurer un équilibre entre ces deux modes d'adoption légale ?

---

<sup>83</sup> BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.) - Droit des mineurs, 2e éd. Dalloz, 2014, p. 276, n° 426.

En outre, conviendrait-il de souligner qu'au Mali et au Sénégal, les structures institutionnelles de protection des droits de l'enfant manquent, ou n'ont pas le mandat ou les capacités nécessaires pour accomplir leurs tâches. Ces structures institutionnelles demeurent inadéquates pour la coordination et le contrôle de l'application des lois concernant les enfants. En effet, au Mali et au Sénégal, il est regrettable de constater qu'aucun travail de sensibilisation n'est entrepris à ce jour afin de réduire le nombre d'enfants privés de leur environnement familial et de promouvoir les solutions familiales permanentes au niveau national.

A cet égard, la question se pose de savoir dans quelle mesure est-il possible d'envisager de remédier à ces insuffisances afin de rendre plus efficaces les institutions chargées des questions d'adoption ?

Par ailleurs, la pratique de l'adoption révèle une discrimination à l'égard des enfants dits « à particularités ». Leur adoption n'a pas été favorisée par les législateurs maliens et sénégalais. Pourtant, ne serait-il pas souhaitable d'instaurer une discrimination positive en faveur de ces enfants afin de faciliter leur adoption ?

**49 - Questions relevant d'une problématique de réforme du droit international privé de l'adoption.** On note à cet égard, une absence de corps de règles spécifiques à l'adoption internationale dans les droits maliens et sénégalais, ainsi que l'ineffectivité de la Convention de la Haye de 1993, texte institué pour empêcher certaines dérives liées à l'adoption internationale. En outre, il n'y a quasiment aucune disposition dans les lois maliennes et sénégalaises de protection de l'enfance qui indiquent que les enfants non accompagnés ou séparés ne doivent pas être adoptés hâtivement dans les situations d'urgence. Contrairement à son homologue malien qui a prévu le suivi post adoption internationale jusqu'à la majorité de l'enfant, le législateur sénégalais se limite simplement à un an pour ce suivi.

Devant l'ampleur de ces problèmes, la question qui se pose est celle de savoir comment remédier à ces lacunes et assurer une protection effective et efficace des droits des enfants maliens et sénégalais susceptibles d'être adoptés tant localement qu'à l'étranger ?

**50 - Démarche et difficultés.** Nous tenterons d'apporter des réponses à cette problématique majeure à travers deux réflexions. La première portera sur le droit de l'adoption interne et la seconde sur le droit de l'adoption internationale. En effet, cette démarche vise à respecter une certaine cohérence dans le traitement des questions soulevées dans notre problématique. Comme on peut le constater, certaines de ces questions relèvent de réformes du droit interne

de l'adoption et d'autres relèvent de réformes du droit international privé de l'adoption. Une telle démarche constitue en soi une entreprise singulièrement malaisée. Ce caractère malaisé s'accroît dans un contexte particulier comme celui du Mali et du Sénégal. En effet, dans ces deux pays, très peu d'études de fond ont été consacrées à la question de l'adoption de façon générale et on note une quasi absence d'étude consacrée à l'articulation entre adoption et droits de l'enfant. Cette carence de documentation spécifique à la relation entre l'adoption et droits de l'enfant dans ces pays explique une bibliographie non exclusivement juridique et majoritairement occidentale. Par ailleurs, la très grande sensibilité de la question de l'adoption dans ces pays ne nous a pas permis d'identifier facilement les adoptants et les adoptés et de recueillir leur avis. Car pour des raisons culturelles et même sociales au Mali et au Sénégal, une certaine confidentialité est maintenue autour de l'adoption, de sorte qu'il n'est pas facile de savoir que tel enfant a été adopté par telle personne. Enfin, les autorités chargées de mener des enquêtes, de sélectionner les dossiers de candidature et de prononcer le jugement, ont dressé des obstacles à l'accès à certains documents et décisions de justice jugés confidentiels.

**51 - Plan.** Ces obstacles rendent la question de la protection des droits de l'enfant dans l'adoption au Mali et au Sénégal difficile. Néanmoins, nous nous proposons d'analyser les droits maliens et sénégalais dans la perspective de leur amélioration. Cette amélioration implique, au regard des nombreux problèmes soulevés, une double exigence nécessaire à une meilleure protection des droits de l'enfant : la reconstruction du droit de l'adoption nationale (**première partie**) et la construction du droit de l'adoption internationale (**deuxième partie**).

## PREMIERE PARTIE

### LA RECONSTRUCTION DU DROIT DE L'ADOPTION NATIONALE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT

**52 - Le bien-fondé de la réforme.** Si la plupart des Etats d'Afrique noire<sup>84</sup>, à l'image du Mali et du Sénégal<sup>85</sup>, connaissent aujourd'hui une codification « officielle » de l'adoption sur le modèle occidental, elle n'y apparaît que comme un mauvais décalque du modèle français de l'adoption<sup>86</sup>. En effet, l'adoption, telle que réglementée et mise en œuvre au Mali et au Sénégal, présente un décalage entre le droit « voulu » par ces pays et celui réellement vécu par les populations. Ce déséquilibre résulte d'une transposition malencontreuse du modèle français de l'adoption. Une situation regrettable car méconnaissant les réalités locales et posant de nombreux défis quant à la protection des droits des enfants maliens et sénégalais. La prise en compte de tout changement suppose une appréciation référentielle<sup>87</sup>. Le drame des droits africains en général, quel que soit le processus de développement choisi, est de considérer " comme valables, les seuls changements intervenus selon les critères de l'Occident "<sup>88</sup>. La réussite paraît se situer dans l'adoption des perspectives de l'ancien colonisateur. Cet ethnocentrisme de l'Occident, relayé par de nombreux intellectuels africains, consistant à imputer aux institutions traditionnelles la responsabilité du sous-

---

<sup>84</sup> Cf. par exemple le Code de la Famille congolais du 17 octobre 1984, celui du Burkina Faso du 10 novembre 1989, le code civil gabonais du 29 juillet 1972, la loi n°64-378 du 7 octobre 1964 relative à l'adoption pour la Côte d'Ivoire, Code des personnes et de la famille togolais du 31 janvier 1980, etc.

<sup>85</sup> Cf. pour le Mali, le Code des personnes et de la Famille de 2011 et pour le Sénégal, le Code de la Famille du 29 juillet 1972.

<sup>86</sup> Voir à ce sujet, BOULANGER (F.), *"Enjeux et défis de l'adoption : Etude comparative et internationale"* Éd. Economica, 2001, p. 22.

<sup>87</sup> KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi ?*, op.cit., p. 185.

<sup>88</sup> KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi ?*, ibid, p. 187

développement<sup>89</sup>, est d'autant plus contestable qu'il empêche la recherche constante " des facteurs endogènes, inhérents à celles-ci et qui sont favorables au progrès "<sup>90</sup>.

L'adoption des modèles occidentaux doit rester une simple faculté " parce que toute culture exprime son expérience de la réalité et de l'humain par des concepts et des symboles qui appartiennent à cette tradition et, comme tels, ne sont pas universels, et très vraisemblablement ne peuvent pas être universalisés "<sup>91</sup>. A titre d'illustration, on peut citer ce qui se passe en Europe. En effet, la construction de l'union économique européenne et l'harmonisation des législations ne remettent pas en cause la spécificité du patrimoine culturel de chaque pays. Une étude comparée des différents systèmes juridiques montre précisément que " le droit de la famille résiste encore à l'uniformisation "<sup>92</sup>.

**53 - Le mimétisme des droits malien et sénégalais de l'adoption.** Du reste, il nous semble que c'est plus par paresse intellectuelle, devant l'urgence des problèmes affrontés, que par une véritable adhésion aux valeurs occidentales, que les nouveaux droits africains, en général, et malien et sénégalais, en particulier, ont, dans le domaine du droit de la famille, opté pour " un mimétisme stérilisant "<sup>93</sup>. Il est en effet plus simple de transposer des institutions qui ont déjà été pensées, élaborées et codifiées par d'autres que de rechercher des solutions par soi-même. C'est pourquoi, en matière familiale, les institutions traditionnelles différentes ou, tout simplement, inconnues des droits occidentaux à l'exemple de la polygamie, ont plus facilement été précipitamment considérées comme freins au développement. Paradoxalement, elles n'ont pas pour autant été abolies au Mali et au Sénégal.

**54 - Perspectives de solutions.** Pour faire face à ces défis contemporains, les droits malien et sénégalais doivent évoluer. Cette évolution passe par une reconstruction du droit interne

---

<sup>89</sup> Pour preuve, ce témoignage de DAVID (R.), qui a eu la charge de rédiger le code civil éthiopien: "n'était-il pas plus indiqué, si l'on voulait établir de l'ordre, de construire un système nouveau, (...): le Code était conçu comme un instrument destiné à désigner dans certaines voies le développement du pays, plutôt que comme un recueil folklorique de coutumes qui souvent entraveraient ce développement. Je me suis rapidement rallié au point de vue de mes conseillers éthiopiens qui étaient unanimement hostiles à la coutume: car il m'est apparu, comme à eux, que cette coutume ne méritait pas le respect; elle est la cause du niveau extrêmement bas où se trouve la société africaine; elle est la cause du sous-développement sous toutes ses formes... le droit devait aider, bien au contraire, à reléguer ces coutumes dans le passé".

<sup>90</sup> KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi ?*, ibid p. 194.

<sup>91</sup> PANIKKAR (R.), "La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental?", in *Inter Culture*, vol.82, 1984, p. 10.

<sup>92</sup> MEULDERS-KLEIN (M.T.), "Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant", in *Mélanges Danièle HUET-WEILLER*, op. cit., p. 319.

<sup>93</sup> AUSTRUY (J.), "Existe-t-il un mode obligé de la croissance économique?", in *Revue d'économie politique*, n° 1, 1961, p. 104.

adaptée au contexte local. Une telle entreprise nécessite, d'une part, le remodelage des institutions héritées du droit français (titre 1) et, d'autre part, la promotion des institutions locales (maliennes et sénégalaises) (titre 2).

## **TITRE 1. LE REMODELAGE DES INSTITUTIONS HERITEES DU DROIT FRANÇAIS**

**55 - Une réforme guidée par l'intérêt de l'enfant.** Repenser l'encadrement juridique des modèles d'adoption hérités du droit français (adoption plénière/adoption limitée) par le Sénégal et dans une moindre mesure par le Mali (pour ce qui concerne l'adoption filiation car l'adoption-protection n'est pas un modèle hérité du droit français) exige de prendre en compte des réalités nouvelles. Les textes maliens et sénégalais en matière d'adoption ne prennent pas suffisamment en compte les diverses situations des enfants en besoin familial et n'y sont pas toujours bien adaptés. En effet, la forme plénière de l'adoption au Mali a d'abord été pensée en fonction d'un nourrisson abandonné à la naissance par sa mère biologique et recueilli par une personne ou un couple désireux de le faire passer pour son enfant biologique. Dans l'intérêt des enfants concernés, il est impérieux pour les législateurs maliens et sénégalais de tenir compte des nouvelles réalités de l'adoption. C'est en privilégiant l'angle particulier de l'intérêt de l'enfant, auquel l'adoption attribue une nouvelle filiation et une nouvelle identité, que nous abordons la question du remodelage des formes d'adoption héritées du droit français. Cette approche permettra de clarifier notre compréhension des enjeux qui paraissent aujourd'hui justifier la nécessité d'une réforme.

**56 - Les contrariétés dans l'usage de l'adoption.** Les usages actuels - et souvent mal appropriés - de l'adoption plénière justifient l'introduction de nouvelles mesures. En effet, de nos jours, l'enjeu de l'adoption n'est plus nécessairement de donner des parents et une famille à un enfant qui n'en a pas. L'absence d'équilibre dans la dualité de l'adoption entraîne des interprétations parfois contestables de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint de l'un de ses parents sert parfois l'intérêt du couple qui cherche à s'appropriier l'enfant (lequel a pourtant un autre parent et une famille qui s'y rattache) de

manière exclusive. Il s'agit d'évincer définitivement le parent non gardien (qui devra toutefois y consentir) et toute sa parenté (qui n'a pas voix au chapitre) et de faire ainsi obstacle à la situation de pluriparentalité dans laquelle se trouve l'enfant. Ce dernier gagne la reconnaissance légale du lien qui l'attache à son beau-parent, mais se trouve coupé de tous les liens familiaux dont le parent non gardien était le relais (grands-parents, éventuels frères et sœurs, etc.)

**57 - Démarche.** Pour rendre compte de l'opportunité d'une telle entreprise, il nous paraît nécessaire de réfléchir sur la typologie législative de l'adoption (Chapitre I), avant de se pencher sur son application (Chapitre II).

## Chapitre 1. Réflexions sur la typologie législative de l'adoption

**58 - L'adoption de fait ignorée dans la typologie législative de l'adoption.** L'adoption telle que pratiquée au Mali et au Sénégal, se présente sous deux formes. L'une assortie d'une réglementation et l'autre, en principe, étrangère au droit. Ainsi, il y a une coexistence de l'adoption légale profondément inspirée du droit français et de l'adoption de fait dont la pratique massive remet en cause l'option des législateurs maliens et sénégalais qui n'ont reconnu et organisé que l'adoption à la française. Il en résulte un problème d'adaptation du droit interne aux réalités maliennes et sénégalaises en matière d'adoption. Une telle situation apparaît regrettable, car le contexte, les motivations ou les finalités de l'adoption diffèrent d'une société à une autre, d'un continent à un autre. Vouloir s'inspirer d'une législation étrangère afin de transposer, dans sa législation interne, certains de ses aspects n'est pas une mauvaise chose à condition qu'ils soient adaptés aux réalités locales. Cette transposition doit donc être rationnelle, l'objectif étant de permettre une amélioration de sa législation, tout en préservant les particularités locales.

**59 - Héritage du modèle dual de l'adoption en France.** Le modèle français de l'adoption auquel la plupart des pays d'Afrique noire francophone ont souscrit, y compris le Sénégal et dans une moindre mesure le Mali, repose sur la dualité adoption simple / adoption plénière<sup>94</sup>. Le cas du Mali est différent. Il fera l'objet d'un développement spécifique dans la section 1 du chapitre 2 du présent titre. Au Mali, il n'existe qu'une seule forme d'adoption calquée sur le modèle français de l'adoption plénière : l'adoption filiation; l'autre forme d'adoption admise

---

<sup>94</sup> Telles qu'elles sont conçues par les législations d'Europe occidentale, l'adoption plénière et l'adoption simple se présentent donc à priori comme assez typées. La première fait en principe sortir totalement un enfant de sa famille d'origine pour l'intégrer tout aussi complètement dans une famille adoptive élargie. La seconde donne à l'enfant un ou des auteurs adoptifs tout en le maintenant dans sa famille d'origine.



au Mali n'emportant pas création d'un lien de filiation est l'adoption-protection. Par conséquent, le passage sur l'adoption simple ne concerne que le Sénégal.

**60 - Un semblant d'égalité entre adoption simple et adoption plénière.** Lorsqu'on s'en tient à une analyse superficielle de la législation française relative à l'adoption, on s'aperçoit qu'elle insinue, en théorie, une égalité entre les deux formes d'adoptions<sup>95</sup>. Or, cette égalité n'est qu'une apparence : dans les faits et même au sein de l'opinion publique la forme plénière l'emporte. De la sorte, l'adoption simple est reléguée au rang d'institution secondaire. Bien qu'elles instituent, toutes deux, un lien de filiation véritable, il est indéniable qu'il existe une prépondérance, voire une « hégémonie »<sup>96</sup> de l'adoption plénière. Le nombre élevé des demandes, et des prononcées d'adoption plénière chaque année en France atteste cette réalité qui est d'ailleurs partagée de manière illogique par le Mali et le Sénégal.

**61 – Démarche.** Il faut tout d'abord analyser la prépondérance discutable de la forme plénière des adoptions malienne et sénégalaise (Section 1), avant de nous attarder ensuite sur la nécessité d'un rééquilibrage en faveur de la forme simple de l'adoption dans ces pays (Section 2).

### **Section 1. La prépondérance discutable de la forme plénière des adoptions malienne et sénégalaise**

**62 - La suprématie de l'adoption plénière.** Les législations malienne<sup>97</sup> et sénégalaise<sup>98</sup>, singeant la législation française de l'adoption ainsi que la pratique de celle-ci, ont introduit une suprématie de l'adoption aux effets étendus (adoption plénière pour le Sénégal/ adoption filiation pour le Mali) sur l'adoption aux effets limités. C'est ainsi que l'adoption plénière et l'adoption filiation malienne emportent la préférence des adoptants qui, les considérant

---

<sup>95</sup> En France et au Sénégal, les deux formes d'adoptions sont régies par des règles identiques à quelques exceptions près. Ainsi, deux tiers des articles relatifs à l'adoption plénière sont applicables à l'adoption simple, et par des règles de procédure commune.

<sup>96</sup> NEIRINCK (C), J-CL. Civil, Droit de l'enfant, V. Filiation adoptive- Généralités, Fasc.430, août 2000, n°58 et s.

<sup>97</sup> Le Code des personnes et de la famille du Mali dispose en son article 541 que " La filiation adoptive crée entre l'adoptant et l'adopté les mêmes droits et obligations que ceux résultant de la filiation légitime. L'adopté prend le nom de l'adoptant. "

<sup>98</sup> Au Sénégal, les articles 241 et 242 disposent successivement que " *L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine; l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang sous réserve des prohibitions au mariage* " et que " *L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime.* "

comme les seules vraies adoptions à travers leur objectif d'effacement de la filiation d'origine et celui de création d'un lien de filiation définitif, complet, et stable, se tournent systématiquement vers elle. Pourtant cette conception de l'adoption s'articule mal avec les motivations de l'adoption au Mali et au Sénégal. Pour s'en convaincre, il convient de constater d'abord la primauté de l'adoption plénière (Paragraphe 1) avant de démontrer en quoi cette prééminence est en contradiction avec les réalités locales (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Le constat de la primauté de l'adoption plénière**

**63 - Adoption simple, une adoption au rabais.** La primauté de la forme plénière de l'adoption est traduite en droit et dans les faits d'une part, par une large faveur qui l'entoure (A) et, d'autre part, par une certaine relégation, au second rang, de la forme limitée ou simple de l'adoption (B).

#### **A. La faveur incontestable pour la forme plénière de l'adoption**

**64 – La faveur législative.** La préférence manifestée en faveur de l'adoption plénière est avant tout d'ordre législatif. Evoquant la suprématie de l'adoption plénière (en France), CARBONNIER ne disait-il pas que « *la loi du 11 juillet 1966 l'a placée en tête, comme le modèle dont l'adoption simple n'est plus que le diminutif et, pour ainsi dire, le reflet* »<sup>99</sup> ? En effet, c'est justement cette loi du 11 juillet 1966<sup>100</sup> qui a supprimé en France, la légitimation adoptive et a créé l'adoption plénière. Cette dernière a été privilégiée au motif que cette forme d'adoption était la meilleure solution pour les mineurs. Conçue pour singer la filiation biologique, cette forme d'adoption revendique son exclusivité par l'effacement de la famille par le sang. Du coup, tout lien juridique entre l'adopté plénier et sa famille biologique est irrévocablement rompu de telle sorte que les parents adoptifs deviennent les seuls et uniques parents de l'enfant adopté. Autrement dit, la famille adoptive se substitue à la famille d'origine de l'adopté. Ce qui n'est pas le cas avec l'adoption simple où le lien de filiation fictif s'ajoute au lien du sang.

---

<sup>99</sup> CARBONNIER (J.), Droit civil-La famille, l'enfant, le couple, PUF, Thémis, droit privé, t. 2, 21<sup>ème</sup> éd., 2002, p.362.

<sup>100</sup> Le législateur français a entrepris, dans la loi du 11 juillet 1966, de réécrire le titre VIII du livre 1<sup>er</sup> du Code civil sous une rubrique nouvelle : « de la filiation adoptive ». Le nombre de types d'adoption est ramené à deux. L'adoption emportant rupture d'avec la famille d'origine, ainsi que la légitimation adoption ont été fusionnées pour constituer l'adoption plénière. Quant à l'adoption permettant le maintien des liens entre l'enfant et sa famille par le sang, elle subsiste sous le nom d'adoption simple. En clair, la légitimation adoptive devient l'adoption plénière tandis que l'adoption classique, issue du Code de 1804, devient l'adoption simple.

**65 - Critiques.** La suprématie du modèle n'est pas satisfaisante. Ainsi, un auteur a souligné, à juste titre, que le « *résultat de la politique législative française privilégiant l'adoption plénière a été justement de causer un déséquilibre non seulement entre le nombre de candidats à l'adoption et celui des enfants adoptables* »<sup>101</sup>, mais aussi et surtout entre l'adoption simple et l'adoption plénière.

Comme précédemment affirmée, la primauté accordée à l'adoption plénière découle du choix substantiel du législateur français de 1966 qui a voulu non seulement « éviter les conflits entre la famille par le sang et les adoptants », mais aussi « garantir les droits de la famille par le sang », tout en assurant « *par des dispositions relatives à l'état civil la rupture de fait entre l'adopté et sa famille d'origine* »<sup>102</sup>. Ainsi, cette forme d'adoption fut promue par le législateur car elle constituait une réponse aux attentes des candidats à l'adoption et un remède aux souffrances de l'enfance déshéritée. C'est ainsi qu'un auteur n'a pas manqué de qualifier l'adoption plénière d'« instrument de remodelage de la famille »<sup>103</sup>. Ce choix législatif en faveur de la « forme intégrationniste »<sup>104</sup> de l'adoption a retenu l'attention de nombreux auteurs<sup>105</sup>. En témoignent le nombre d'articles<sup>106</sup> élogieux consacrés à cette forme d'adoption. C'est ainsi que M. TERRASSON DE FOUGERES<sup>107</sup>, affirme, à juste titre, que « *l'ensemble de ces options législatives érige l'adoption plénière en modèle, lui attribuant ainsi une fonction rayonnante au sein de l'institution de l'adoption. L'adoption plénière agit*

---

<sup>101</sup> LAMBERT-GARREL (L.), « *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre* », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 (thèse), p.31

<sup>102</sup> Cf Exposé des motifs du projet de loi portant réforme de l'adoption (n° 1630) enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 1965.

<sup>103</sup> CARBONNIER (J), op.cit., p384, « De la loi du 11 juillet 1966, l'adoption a reçu une nouvelle nature. Les conséquences de la transformation dépassent l'institution même de l'adoption et concernent toute la théorie de l'état des personnes. Par la liberté qu'elle ouvre aux individus, fût-ce sous le contrôle du juge, de créer un rapport de parenté, et de parenté légitime, sans mariage ni procréation, l'adoption plénière apparaît comme un instrument de remodelage de la famille ».

<sup>104</sup> Souligné par nous. Il s'agit là de la forme plénière de l'adoption.

<sup>105</sup> V.CARBONNIER (J.) Droit civil - La famille, l'enfant, le couple, op. cit. p. 384. V. également GALLIARD (C.), Adoption simple, adoption plénière: essai sur la dualité de l'institution, thèse, UMPF - Grenoble II, 2003, p. 230.

<sup>106</sup> HAUSER (J.), RTD. civ. 1994. 578. V. également CORNU (G.), Droit civil - La famille, Montchrestien, 7ème éd., 2001, p. 423, n° 277.

<sup>107</sup> TERRASSON DE FOUGERES (A.), Le modèle dans le droit de la famille notions et fonctions (Essai de droit comparé interne), thèse, Paris II, 1994, p. 54.

dès lors en tant qu'institution donneuse, faisant rétrograder l'adoption simple au rang d'institution receveuse »<sup>108</sup>.

Cette sympathie pour l'adoption plénière mérite quelques corrections pour les problèmes qu'elle suscite au niveau local du fait de la « coupure irrémédiable avec la parenté et les liens d'origine de l'enfant »<sup>109</sup>.

**66 – La faveur des adoptants.** La préférence législative en faveur de l'adoption plénière a été relayée par les candidats à l'adoption qui ont jeté leur dévolu sur la forme plénière de l'adoption, en témoigne ces propos d'un auteur qui, évoquant la question des conflits de lois dans la filiation adoptive en France, affirme que : « *Les candidats (français) à l'adoption viennent d'une culture juridique où l'adoption est une véritable forme alternative à la filiation par le sang ; ils sont enfermés dans le modèle interne de l'adoption plénière et espèrent une intégration complète de l'enfant dans leur propre famille ainsi que la rupture corrélative des liens entre ce dernier et ses parents par le sang* »<sup>110</sup>. Du coup, la forme simple de l'adoption se trouve relayée au rang de « parent pauvre » de l'adoption.

## **B. La défaveur pour la forme simple de l'adoption**

**67 – Une adoption simple relayée au second plan.** L'adoption simple, dotée d'effets plus modérés que l'adoption plénière, est souvent considérée comme une adoption au rabais. Pour paraphraser un auteur, on peut dire que l'adoption simple est perçue comme 'parente pauvre' de l'adoption<sup>111</sup>. En effet, elle ne connaît pas un succès véritable en France. Dans la pratique « *l'exemple français montre que l'existence, même « en filigrane » de liens avec la famille d'origine, est plutôt ressentie comme une gêne pour l'adoptant* »<sup>112</sup>. Aussi, la promotion de

---

<sup>108</sup>GALLIARD (C.), Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution, thèse de doctorat, Grenoble II, 2003, p.231.

<sup>109</sup>BOULANGER (F.), « Enjeux et Défis de l'Adoption » Etude comparative et internationale, Éd. Economica, 2001, p.137.

<sup>110</sup>FARGE (M.) "Le statut familial des étrangers en France: de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle", L'Harmattan, 2003, P. 185, n°189.

<sup>111</sup> Au-delà des restrictions légales au libre choix entre les deux types d'adoption, la pratique révèle l'existence, dans l'esprit des juristes et des justiciables, d'un principe de faveur de l'adoption plénière, reléguant l'adoption simple à la place du « parent pauvre ». Cf. MAHILLON (P.) in « L'adoption simple, parente pauvre de l'adoption plénière ? », Mélanges offerts à Robert PIRSON, Bruyant, Bruxelles, 1989, pp. 203-218. Voir également LAMMERANT (I.), L'Adoption et les Droits de l'Homme en droit comparé thèse L.G.D.J 2001, p. 279.

<sup>112</sup> BOULANGER (F.), ibidem, p.136.

l'adoption aux effets limités qui aurait pu être un des objectifs de la loi française de 1996, n'est-elle pas réalisée. Elle est plutôt apparue comme une « formule de repli » en cas d'échec de l'adoption plénière<sup>113</sup>. Pourtant, l'adoption plénière n'est pas nécessairement la panacée. Elle ne représente pas forcément un avantage pour l'enfant. L'effacement de la famille d'origine que postule l'adoption plénière est un effet radical et parfois inapproprié. La critique fondée sur la discrimination repose sur un jugement de valeur qui relègue l'adoption aux effets limités (adoption simple) à une sous-catégorie inachevée de l'adoption. Or, les deux formes d'adoption devraient bénéficier d'une égale légitimité. Pour l'avenir, il faudrait renforcer et améliorer le régime de la forme simple de l'adoption. Les enfants adoptés sous la forme simple ou plénière seront soumis dès lors à un traitement équivalent<sup>114</sup>.

**68 - Solutions prospectives.** La répartition entre les deux formes d'adoption doit s'opérer, à notre point de vue, en fonction des spécificités des enfants potentiellement adoptables et non en fonction d'un quelconque désir des candidats en faveur de telle ou telle forme d'adoption. Ceci permettant, du moins, dans le contexte malien et sénégalais, d'éviter des conflits potentiels entre parents d'origine et parents adoptifs de l'adopté et, dans le même temps, de préserver l'enfant contre les conséquences éventuelles de tels conflits.

L'analyse des pratiques<sup>115</sup> de l'adoption de fait au Mali et au Sénégal montre à suffisance la préférence des populations de ces pays pour l'adoption avec maintien du lien de filiation d'origine de l'adopté<sup>116</sup>. Dès lors, une remise en cause de l'option des législateurs malien et

---

<sup>113</sup> Sur l'échec de la « revalorisation » de l'adoption simple en droit français, cf. BOULANGER (F.), Le bilan mitigé d'une réforme, D. 1996-307 et MONEGER (F.), Loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, Revue de droit sanitaire et social, 1997, p. 24.

<sup>114</sup> V. nos propositions sur une éventuelle révocabilité de l'adoption plénière au même titre que la forme « modeste » de l'adoption (V. infra, p. 56, note 100 et s.). Il en est de même pour la possibilité éventuelle pour un adopté-protection ou un adopté sous la forme limitée, de succéder de ses parents adoptifs au même titre que les enfants adoptés sous la forme plénière.

<sup>115</sup> A titre d'exemple, BOULANGER (F.), parlant de l'adoption en Afrique noire, dit dans son ouvrage que « si la plupart des Etats d'Afrique Noire connaissent aujourd'hui une codification officielle de l'adoption sur le modèle occidental..., elle n'apparaît trop souvent que comme un placage symbolique : le lignage joue un rôle essentiel pour l'accueil des enfants démunis ; mais leur situation juridique reste mouvante entre famille d'origine et famille d'accueil. Face à la force de la coutume, l'adoption à l'europpéenne reste statiquement marginale et ne permet pas de penser que l'Afrique noire serait un réservoir pour les candidats étrangers à l'adoption » Cf., BOULANGER (F), opt-cit, p. 22. Dans le même sens, cf., article de CHARLES (M.-N.) in L'enfant et les familles nourricières en droit comparé, étude sous la direction du Pr. POUSSON (J.), Presses Universitaires des Sciences sociales de Toulouse, 1997, p. 73; CHARLES (M.N.) et RIBOT-ASTIER (S.F.), Le placement en vue de l'adoption des enfants de Polynésie française est-il conforme au droit français ? Etude JCPN/1998/n°20- JCP 1997/I/4073.

<sup>116</sup> La pratique massive de l'adoption de fait au Mali et au Sénégal atteste de la volonté des adoptants de maintenir les liens d'origine de l'enfant.

sénégalais en faveur de l'adoption exclusive s'impose. Cette forme radicale de l'adoption, dont le choix est, en principe, laissé à la libre volonté des adoptants potentiels, contredit les réalités locales.

## **Paragraphe 2. Une adoption en contradiction avec les réalités maliennes et sénégalaises**

**69 - Justifications.** Le contraste entre la forme plénière de l'adoption et les réalités locales se révèle essentiellement à deux égards: l'inadaptation des effets de cette forme d'adoption au contexte local (A) et une faveur mal assumée des adoptants pour la forme plénière de l'adoption (B).

### **A. L'inadaptation des effets de l'adoption plénière au contexte local**

**70 - L'effacement du lien de sang et la création d'une filiation nouvelle.** L'engouement suscité par l'adoption plénière laisse penser deux choses. La première est de dire que cette forme d'adoption est conçue « pour combler un manque affectif et identitaire de parents en *mal d'enfants* »<sup>117</sup>. La seconde est de conclure que l'adoption plénière a été instaurée dans un souci d'adhésion au modèle de la filiation biologique, dont elle copie surtout la dimension exclusive.

Cette visée de l'adoption plénière lui a d'ailleurs valu, à juste titre, le qualificatif « *d'adoption jalouse* » par le doyen CORNU pour qui, l'adoption plénière « *...entend se construire sans partage. Elle ne s'ajoute pas. Elle supplante. Pour être vraiment une famille comme les autres, il faut qu'elle soit seule et que s'efface la famille d'origine* »<sup>118</sup>.

**71 - Les ambivalences de la législation malienne.** De façon surprenante, le législateur malien, en disposant à l'article 522 alinéa 1 in fine que l'adoption filiation peut avoir pour but

---

<sup>117</sup>LAMBERT-GARREL (L.), « L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 (thèse), p. 37.

<sup>118</sup>CORNU (G.), « Droit civil : "La famille" Domat, 9<sup>e</sup> édition Montchrétien, EJA, 2006, p. 428.

de donner à une personne une postérité<sup>119</sup>, fait de cette forme d'adoption une institution à la solde des parents en manque d'enfant et non une mesure de protection de l'enfance déshéritée. Cette conception passéiste de l'adoption s'éloigne de la conception moderne de l'institution dont la finalité serait de donner une famille à un enfant et non le contraire.

Le législateur malien, prévoit à l'alinéa premier de l'article 522 du Code des personnes et de la famille que "*Toute personne de bonne vie et de bonne mœurs établies peut adopter un ou plusieurs enfants, soit pour assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin, soit pour se procurer une postérité*". Cette disposition envisage donc deux finalités juridiques à l'adoption. La première nous paraît louable. Elle fait de l'adoption, une institution conçue pour assurer l'entretien, la protection matérielle ou morale des enfants. En revanche, la seconde nous paraît critiquable. Elle envisage l'adoption plénière essentiellement dans l'intérêt de l'adoptant et par conséquent fait de cette forme d'adoption, un moyen tendant à assurer la survie d'une famille et d'un nom menacés d'extinction. Pourtant, une telle perception de l'adoption se conçoit mal au Mali et au Sénégal pour deux raisons fondamentales : la religion et la culture.

**72 - Les raisons fondées sur la religion.** Le Mali et le Sénégal sont des Etats à forte tendance musulmane (plus de 90 % de la population est musulmane). Dès lors, il paraît logique que l'adoption plénière ne suscite pas le même engouement qu'en Occident au sein des populations locales. L'argument religieux, fondé sur l'interdiction coranique, est mobilisé pour faire obstruction à toute idée de rattachement d'un lien exclusif de parenté.

**73 - Les raisons fondées sur la culture.** Ces raisons ont trait aux particularités culturelles des deux pays. En effet, dans ces pays, les structures de parenté, telles qu'elles existent, laissent peu de chance au recours à des filiations de substitution aux effets radicaux. La famille élargie joue un rôle très important dans le recueil des enfants orphelins, démunis et abandonnés. Mais

---

<sup>119</sup> Cf. Article 522 code malien des personnes et de la famille « Toute personne de bonne vie et de bonne mœurs établies peut adopter un ou plusieurs enfants, soit pour assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin, soit pour se procurer une postérité.

Dans le premier cas, a lieu "l'adoption- protection" qui renforce ou crée entre l'adoptant et l'adopté des droits et obligations tels que prévus par le présent code.

Dans le second cas, a lieu "l'adoption- filiation" qui institue des liens analogues à ceux résultant de la filiation légitime ».

face à l'effritement de la solidarité qui, jadis, régnait dans ces pays, la nécessité de l'adoption plénière s'y impose. En revanche, celle-ci doit être suivie de réaménagements nécessaires afin de légitimer l'institution à travers la prise en compte des spécificités locales.

**74 – Une diversité des motivations et des fonctions de l'adoption.** L'effet de l'adoption est fonction surtout des motivations des candidats à l'adoption. Ainsi, un examen minutieux des motivations de l'adoption plénière française et de celles de l'adoption en Afrique francophone, notamment au Mali et au Sénégal, dénote le caractère inadapté de l'effet exclusif de l'adoption plénière française au contexte local, du moins, telle que l'adoption plénière se présente dans les droits positifs malien et sénégalais.

**75 - L'adoption comme institution caritative.** En effet, un certain nombre d'arguments<sup>120</sup> sont régulièrement mobilisés en Occident, singulièrement en France, visant à imprimer à l'institution une finalité uniquement caritative tout en occultant subtilement d'autres motivations. Dénonçant cette hypocrisie législative, Mme LAMBERT-GARREL a noté, à juste titre, que l'adoption est une technique juridique qui devrait permettre de satisfaire le besoin de famille d'un enfant sans filiation ou abandonné. Cette phrase est bien souvent un « leitmotiv » législatif qui permet de mettre en avant l'intérêt de l'enfant<sup>121</sup>. De nos jours, il est mis en exergue dans l'article 3-1 de la Convention internationale de 1989 relative aux droits de l'enfant, l'adoption lui permettant de trouver de meilleures chances de bonheur affectif et de sécurité matérielle.<sup>122</sup>

**76 - L'adoption comme mesure de consolation d'une famille sans enfant.** A côté de l'aspect caritatif sus évoqué, existe une réalité rarement abordée : "*l'égocentrisme*" des parents. En effet, la raison qui motive une démarche adoptive n'est peut-être pas l'enfant en soi, mais l'enfant pour soi. En témoigne, d'une part, l'attitude des couples confrontés à la stérilité qui s'orientent, tout d'abord, vers le médecin et les nouvelles techniques biologiques et médicales de procréation. Puis, face à l'échec médical, ils se tournent vers la technique juridique : celle de l'adoption. En témoigne, d'autre part, la lettre d'un Premier ministre français, M. Balladur,

---

<sup>120</sup>LAMBERT-GARREL (L.), « *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre* », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 (thèse), p. 32. Pour l'auteur, « *L'idée qui a longtemps prévalu était que l'adoption permettait de donner un enfant à une famille qui n'en avait pas. Mais, autorisant l'adoption d'enfants en présence de descendants, le législateur a détaché l'institution de sa fonction première : donner un descendant à une famille sans postérité...* ».

<sup>121</sup> C.civ. , art. 353.

<sup>122</sup> LAMBERT-GARREL (L.), op. cit. , p. 39



qui, à l'initiative de travaux de réflexion sur l'adoption, reproche aux procédures adoptives de n'être « ni très adaptées aux désirs des parents, ni forcément respectueuses des droits de l'enfant »<sup>123</sup>. En témoigne, enfin, le nombre de candidats à l'adoption qui dépasse de loin celui des enfants adoptables en France.

Or, l'adoption ne peut se réduire à une simple technique juridique, mais doit aussi être appréhendée comme un problème de société<sup>124</sup>. En effet, l'enfant a pris une telle place dans la société française, qu'il serait hypocrite de prétendre que l'institution n'a pour finalité que celle de répondre aux difficultés d'enfants mineurs privés de famille.

Elle a également pour objectif de répondre aux besoins affectifs des parents adoptifs. Cette ambivalence de la finalité de l'adoption est affirmée par M. Farge lorsque celui-ci note, parlant de la France, que : « ...l'adoption est une institution solidement ancrée dans le droit positif et qui répond à une finalité sociale évidente : offrir une famille à un enfant qui en est privé, tout en permettant, souvent, de satisfaire le désir d'enfant d'une famille stérile. »<sup>125</sup>. Ainsi, s'il est possible d'avancer que l'adoption peut être motivée par des mobiles généreux : donner une famille de substitution à un enfant abandonné ou de parents inconnus, l'adoption est très souvent motivée par des « vues strictement personnelles »<sup>126</sup> : permettre, par exemple, à une personne sans enfant d'avoir une postérité pour des raisons qui lui sont propres. Cette ambivalence des finalités rejaillit sur la nature même de l'institution<sup>127</sup>. Ainsi, l'adoption plénière héritée de la législation française opte pour un effacement des parents biologiques au profit d'une prééminence des parents adoptifs. Ce qui contredit les réalités locales dans la mesure où au Mali et au Sénégal, l'établissement de liens de filiation ne constitue pas, en principe, la finalité de l'adoption.

---

<sup>123</sup> LAMBERT-GARREL (L.), *ibid*, p.29.

<sup>124</sup> PHILIPPE (C.), Les nouvelles règles de l'adoption : Dr. et patrimoine, nov. 1996, p. 48.

<sup>125</sup> FARGE (M.), *op-cit.*, p. 145. V. également, RUBELLIN-DEVICHI (J.), Droit de la famille, Contribution réalisée à l'occasion de l'Année Internationale de la Famille pour le groupe de travail intitulé Droit et Famille, CNAF, p. 48 : « Aujourd'hui, l'adoption est souhaitée non tellement pour donner une famille à un enfant qui en est privé, mais bien autant, sauf hypocrisie manifeste, pour donner un enfant à une famille stérile, comme on peut le constater en interrogeant les jeunes couples demandeurs à l'adoption, dont toutes les femmes, ou presque, ont suivi sans succès le parcours de la procréation médicalement assistée ». Dans le même sens, MURAT (P.), La loi du 6 juillet 1996 relative à l'adoption : une réforme technique dans la continuité de l'institution, Dr. fam. 1996, chron. n° 2 ; MATTEI (J.F.), Adoption : le cœur et la raison, Les petites affiches, 1995, n° 53, p. 51.

<sup>126</sup> Cf. SIDIBE (A. S. ), *op.cit.*, p. 136.

<sup>127</sup> Cf. LAMBERT-GARREL (L.), *op. cit.*, p. 39.

**77 - L'adoption comme institution de solidarité.** L'adoption au Mali et au Sénégal est fondée surtout sur le devoir de solidarité (solidarité à l'égard des enfants en besoin d'adoption et solidarité à l'égard des proches sans enfants sans que cette solidarité entraîne une rupture des liens de filiation entre l'adopté et sa famille biologique), le souci d'assurer une meilleure éducation à un enfant, le souci de raffermir les liens d'amitié et d'alliance, etc.

**78 - Une conception occidentale de l'adoption opposée à celle africaine.** Mme Goody oppose deux pratiques<sup>128</sup>: d'un côté, l'adoption occidentale, de caractère définitif, qui fait passer l'enfant dans une nouvelle famille à la condition, dans le droit français en tout cas, que les liens familiaux antérieurs soient rompus ; de l'autre, une grande variété de formes, plus ou moins temporaires, de délégations de rôles à finalités diverses qui, en Afrique en tout cas, ne s'accompagnent pas obligatoirement d'un changement d'identité. C'est le cas notamment de l'adoption-protection malienne qui fera l'objet d'un développement ultérieur<sup>129</sup>.

**79 – Une objection à écarter.** Une objection pourrait être formulée. Lorsque l'adoption est demandée au tribunal, il s'agit d'une adoption plénière. Mais cette circonstance ne condamne pas notre démonstration, car la majeure partie des adoptions faites au Mali et au Sénégal sont des adoptions de fait. On comprend dès lors que, quoique ayant la faveur des postulants, l'adoption plénière reste une institution mal assumée en raison de la faiblesse des demandes d'adoption plénière par des nationaux.

## **B. La faveur des adoptants pour la forme plénière de l'adoption**

**80 – Une faveur mal assumée.** L'adoption plénière, qualifiée par certains d'adoption « complète », entend faire table « rase » de toutes les conséquences personnelles et patrimoniales qui découlaient des liens antérieurs de l'enfant avec sa famille d'origine pour y substituer de nouveaux rapports de parenté<sup>130</sup>.

Ce caractère radical de l'adoption plénière, ajouté à d'autres facteurs sociologiques, font que l'adoption et particulièrement sa forme plénière est redoutée, car cette dernière ne correspond généralement pas aux mœurs maliennes et sénégalaises. En effet, ses conditions, sa procédure et même ses effets sont ignorés de la majorité de la population peu habituée aux techniques juridiques importées de la France. Ce qui justifie d'ailleurs le nombre peu élevé des demandes

---

<sup>128</sup> GOODY (E.), cité par CORBIER (M.), « Adoption et Fosterage », éd. De Boccard, 1999, p.9

<sup>129</sup> Voir supra, p. 45.

<sup>130</sup> V. BOULANGER (F.), op.cit., p. 107.

d'adoption nationale. Cependant, l'effritement de certaines valeurs en Afrique, causée par les mutations enregistrées, en matière familiale, ces dernières années au sein des sociétés africaines fait qu'un bon nombre de candidats locaux à l'adoption s'orientent, comme ce fut le cas en France<sup>131</sup> dans les années 80, vers la forme intégrationniste de l'adoption (adoption-filiation / adoption plénière)<sup>132</sup>.

**81 - Quelques statistiques.** Un certain nombre de chiffres établis à partir des jugements d'adoption rendus au Mali et au Sénégal attestent la plus grande fréquence de l'adoption plénière<sup>133</sup>.

S'agissant du Sénégal, les jugements rendus par le Tribunal régional hors classe de Dakar sont édifiants. En 2008, sur 20 adoptions prononcées en faveur des nationaux par le Tribunal, 14 étaient plénières. En 2009, sur 13 adoptions prononcées en faveur des nationaux, 9 étaient plénières. La même logique apparaît au niveau international.

En revanche, s'agissant du Mali, en 2008, sur 38 adoptions prononcées par le Tribunal de première instance de la Commune VI du District de Bamako en faveur des nationaux, 20 étaient des adoptions-protections. En 2009, sur 25 adoptions prononcées, 20 étaient des

---

<sup>131</sup> En France, on relevait une pratique de l'adoption plénière plus importante que celle de l'adoption simple. C'est ainsi qu'en 1984, par exemples, 3850 adoptions plénières ont été prononcées contre 2693 adoptions simples ; en 1986, 3756 adoptées plénières ont été prononcées contre 2329 adoptions simple. Cf. successivement, MALAURIE, *La Famille*, p. 362 et LAMMERANT (I.), *L'Adoption et les Droits de l'Homme en droit comparé* thèse L.G.D.J 2001, p.281. Cependant, à partir des années 2000, cette réalité s'est inversée. Ainsi, selon les résultats d'une étude réalisée par le ministère français de la justice, il y aurait eu en 2007 environ 5 300 adoptions plénières, et environ 9 400 adoptions simples. Cela confirme que l'adoption plénière d'enfants recueillis en France, qui a servi de modèle à l'ensemble de l'institution, est devenue largement minoritaire. Mais certains auteurs ont contesté l'exactitude de ces chiffres. Ces derniers affirment, dans une récente étude (2013) que la proportion entre adoptions plénières et simples donnée par cette étude n'est pas exacte, car elle laisse de côté les très nombreuses adoptions plénières prononcées à l'étranger directement transcrites sur les registres du service central de l'état civil du ministère des Affaires étrangères à Nantes, qui ne font pas l'objet de statistiques publiques. (Cf. en ce sens, SALVAGE-GEREST (P.) *La filiation par adoption*, in *Dalloz Action 2014/2015 sur le Droit de la Famille*, (ss. dir. MURAT (P.)), éd. Dalloz, 2014, p.741, n° 220.17.

<sup>132</sup> Au Tribunal régional de Dakar, en 1989, sur 58 requêtes d'adoption, 56 portaient sur l'adoption plénière. En 1990, sur 33 requêtes, 30 étaient des demandes d'adoption plénière. Cf. SIDIBE (A.S.), *op. cit.*, p. 141.

<sup>133</sup> V., *infra*, p. 366 et s., le tableau de la statistique des jugements d'adoption prononcés de 2008 à 2009 au Mali et au Sénégal. Ces chiffres reposent sur le dépouillement et l'exploitation statistique des jugements d'adoption prononcés dans ces dits pays par nos soins auprès de leurs juridictions respectives compétentes.

adoptions-protections<sup>134</sup>. Paradoxalement au plan international, les adoptions filiations prononcées étaient deux fois plus nombreuses que les adoptions-protections.

Ces différentes statistiques constituent le reflet des options législatives de ces pays en faveur de l'adoption plénière, considérée comme une institution supérieure au détriment de l'adoption simple, relayée au rang d'institution inférieure. Aussi, ne devrait-on pas dénoncer ce déséquilibre créé par les systèmes législatifs malien et sénégalais ?

**82 - Perspectives de solutions.** Une réflexion générale devrait être menée sur la pertinence du maintien d'une telle hiérarchie entre l'adoption plénière et l'adoption simple afin de proposer une réhabilitation de l'adoption simple. Cette proposition permettrait d'instaurer un équilibre entre les deux formes d'adoption et offrirait au Mali et au Sénégal une institution, à la fois, respectueuse des droits de l'enfant et des spécificités locales.

## **Section 2. Le rééquilibrage nécessaire en faveur de l'adoption avec maintien du lien de filiation d'origine**

**83 - Un équilibre nécessaire à la restauration de la finalité de l'adoption.** L'adoption plénière, qualifiée, à juste titre, par un auteur<sup>135</sup> d'« éliminatoire », d'« exclusive », d'« absolue », voire de « conquérante » et de « triomphante » s'oppose à l'adoption simple, qualifiée par le Doyen CORNU<sup>136</sup>, d'adoption « modeste », dont l'ambition est de donner une nouvelle famille à un enfant, voire une nouvelle filiation sans pour autant chercher à évincer la filiation d'origine.

Autrement dit, « *tandis que l'adoption plénière élimine la famille d'origine, ou du moins se livre à un pari sur cette élimination, l'adoption simple non seulement avoue, mais accepte en droit la présence des parents par le sang* »<sup>137</sup>.

Ces deux formes d'adoptions conçues pour répondre aux aspirations multiples des adoptants doivent avant tout permettre de répondre à la diversité de situations des enfants dépourvus ou mal pourvus de famille.

---

<sup>134</sup> Cette tendance générale des maliens à se tourner plus vers l'adoption-protection se justifierait par le fait que cette forme d'adoption, beaucoup plus calquée sur les réalités locales, ne crée pas un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant.

<sup>135</sup> V. LAMMERANT (I.), in *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 285, n°243.

<sup>136</sup> CORNU (G.), *op. cit.*, p. 428.

<sup>137</sup> CARBONNIER (J.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1977, J.C.P. 1978 II 18833.

Pourtant, ce noble objectif de donner une famille à un enfant qui en a besoin, assigné à l'institution de l'adoption, semble être ignoré par le droit interne desdits Etats, lequel droit privilégie l'intérêt des adoptants à travers l'attention qu'il porte sur la forme plénière, au détriment de celui des plus faibles, c'est-à-dire, les enfants et les parents par le sang.

Ainsi, cette option, dont la remise en cause s'impose nécessairement, contraste avec l'objectif même de l'adoption au Mali et au Sénégal : préserver l'intérêt de l'enfant dont le développement et la sécurité seraient compromis, parce qu'il serait abandonné ou qu'il ne recevrait pas de sa famille d'origine les soins nécessaires à ses besoins matériels, affectifs et éducatifs.

**84- Démarche.** La restauration de cette finalité de l'adoption passe dès lors par la désacralisation de la forme radicale de l'adoption (adoption-filiation / adoption plénière (**paragraphe 1**), dans un premier temps, et par le renouveau de la forme modeste de l'adoption (adoption limitée), dans un second temps (**paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1. La désacralisation de l'adoption plénière**

**85 - Justifications.** Le paradoxe est qu'à force de vouloir sécuriser l'adoption plénière, la loi a été propice à de multiples formes d'insécurité concernant l'adoption simple. Ainsi, contrairement à l'adoption plénière, le lien de filiation créé par la forme «modeste» de l'adoption se trouve exposé aux aléas d'une demande de rupture du lien ainsi créé. Pourtant l'adoption plénière n'échappe pas à de tels aléas. L'irrévocabilité de l'adoption plénière pourrait donc se révéler préjudiciable à l'intérêt de l'enfant dans certaines situations. Pour prévenir de tels risques, il serait judicieux de désacraliser l'adoption plénière. Cette désacralisation pourrait s'opérer de deux manières: la remise en cause de la distribution actuelle des deux modes d'adoption (A) et la remise en cause de l'irrévocabilité de l'adoption plénière (B).

#### **A. La remise en cause de la distribution actuelle des deux formes d'adoption**

**86 – La sacralisation de l'adoption plénière et ses origines.** La sacralisation de l'adoption plénière est née, en France, de la réforme de l'adoption de 1966. Cette réforme a fait du droit de l'adoption, un droit militant, car il milite en faveur du modèle plénier de l'adoption. En

effet, cette réforme est intervenue dans un contexte bien déterminée, marqué par l'affaire Novack, qui faisait suite à l'affaire Finaly<sup>138</sup>.

Dans l'affaire Novack, un jeune enfant avait été placé pour adoption dans une famille, mais le père d'origine a demandé tardivement à reconnaître son enfant. Il y a eu plusieurs jugements<sup>139</sup>, et l'enfant a été écartelé entre ses deux familles. C'est l'intervention de la loi de 1966 qui a permis de « régler » cette affaire, raison ayant été donnée aux parents adoptifs. Un des objectifs de cette loi était donc d'assurer l'éviction des parents d'origine en posant un verrou. C'est d'ailleurs ce qu'à voulu exprimer le Professeur HAUSER en ces termes : « le lien de filiation adoptive, pas plus que le lien de filiation biologique, ne peut être exposé à être anéanti par des conflits, des susceptibilités ou des humeurs qui ne *sont que l'expression* de dysharmonies que les aléas de la vie en commun peuvent faire naître à tout moment dans toutes les familles ». <sup>140</sup> Finalement, « *pas plus qu'on ne peut divorcer de ses parents biologiques, on ne peut divorcer de ses parents adoptifs* » <sup>141</sup>.

**87 - L'effacement des parents d'origine.** La forme plénière de l'adoption efface les parents d'origine de l'enfant. Cette crainte du retour des parents d'origine est à la source de l'irrévocabilité du jugement d'adoption plénière. Mais comment rendre irrévocable un jugement d'adoption quand l'effacement des parents d'origine par leur anonymat interdit de s'assurer à cent pour cent dans bien des cas que l'enfant a bel et bien été remis aux services sociaux compétents pour adoption et que les parents de naissance étaient conscients des effets de leur acte dans des pays dont la majorité de la population ignore cette forme d'adoption héritée, faut-il le rappeler, du droit français? Cette vision flatteuse de l'adoption plénière mérite à tout le moins quelques corrections pour les problèmes qu'elle suscite.

---

<sup>138</sup> Cf. DAUBIGNY (C.) « Origines personnelles, entre mémoire, solidarité et avenir », Revue Le Coq-Héron, n°175, Erès 2002, p. 11. Consultable sur le site suivant :

[http://egp.dreamhosters.com/encontros/mundial\\_rj/download/5c\\_Daubigny\\_13230703\\_fran.pdf](http://egp.dreamhosters.com/encontros/mundial_rj/download/5c_Daubigny_13230703_fran.pdf)

<sup>139</sup> V. TGI Toulon, 4 octobre 1955 (prononcé de la légitimation adoptive) ; TGI Toulon, 18 décembre 1957, J.C.P. 1958 II 10398, note VISMARD (M.) ; D. 1958, Somm. Com., p. 100 (rejet de la tierce opposition formée par les parents naturels) ; AIX, 7 juillet 1958, J.C.P. 1958 II 10789 (confirme le jugement : rejet de la tierce opposition) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1960, J.C.P. 1960 II 11815, note ROUAST (A.), D. 1960. 510, note HOLLEAUX (G.) ; GAZ. Pal. 1960. 2. 269 (arrêt de cassation) ; NIMES, 12 juin 1961, S. 1961 273 concl. PONSSET (fait droit à la tierce opposition) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 1963, D. 1964.1, note HEBRAUD (P.) ; S. 1964 94, note M.H. (arrêt de la cassation) ; MONTPELLIER, 4 mars 1964, D. 1964. 544 ; J.C.P. 1964 II 13641, note VISMARD (M.) (rejet de la tierce opposition) ; A.P., 10 juin 1966, D. 1966. 604 ; J.C.P. 1966 II 14778 (arrêt de rejet).

<sup>140</sup> HAUSER (J.), « Révocation d'adoption : bilan », RTD. Civ. 2000. 310.

<sup>141</sup> HAUSER (J.), *ibid.*

**88 - Vers une redistribution de l'adoption en fonction des besoins spécifiques de chaque catégorie d'enfant.** L'adoption plénière convient dans toutes les situations où la filiation d'origine est moins importante pour l'enfant que son intégration complète dans une famille adoptive. Aussi, doit-elle être réservée aux seuls enfants de parents inconnus<sup>142</sup>. A cet égard, l'option du législateur malien est salutaire en ce sens que l'adoption filiation (équivalent de l'adoption plénière) n'est permise qu'aux enfants abandonnés<sup>143</sup> ou de parents inconnus<sup>144</sup>.

**89 - Introduction de la solution malienne en droit sénégalais.** Le législateur sénégalais pourrait adopter la solution retenue à l'article 538 du Code malien des personnes et de la famille. Cette disposition malienne traduit une certaine cohérence et respecte la finalité première de l'adoption, c'est-à-dire une institution dédiée à la protection de l'enfance.

A contrario, l'adoption avec maintien de lien de filiation d'origine doit être réservée aux autres catégories d'enfant en besoin d'adoption, particulièrement les enfants dont les parents sont décédés<sup>145</sup>, les enfants dont les parents consentent à leur adoption pour des raisons multiples<sup>146</sup>, etc.

**90 - Les avantages de la solution préconisée.** L'appréciation de l'adéquation du type d'adoption sollicité aux circonstances concrètes de l'espèce constitue un élément fondamental du contrôle en opportunité légalement imposé à l'autorité statuant sur la demande d'adoption. Ceci permettra de préserver l'intérêt de l'adopté. Aussi, une telle option, nécessite-t-elle, pour qu'elle soit efficace, une évolution des mentalités. Mentalités de la population, d'une part, attirée par la radicalité et l'exclusivisme de l'adoption plénière. Mentalités des juristes, d'autre part, tentés de voir une hiérarchie dans ce qui constitue une alternative.

---

<sup>142</sup> Il s'agit là du nouveau-né recueilli par un individu, une Institution publique ou privée et dont les père et mère n'ont pu être identifiés (article 539 du Code malien des personnes et de la famille).

<sup>143</sup> D'après l'article 538 du Code malien des personnes et de la famille, l'expression "enfant abandonné" désigne tout enfant recueilli par une institution publique ou privée, ou par un individu, dont les parents, tuteurs ou toute autre personne chargée de sa garde se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an. Et c'est le Tribunal civil qui peut, seul, déclarer un enfant abandonné. Dans la pratique au Mali, les enfants abandonnés sont des nouveau-nés sans parents connus, recueillis par une institution publique ou privée voire par un individu à la suite de la découverte par ceux-ci, du nouveau-né jeté dans un endroit isolé par ses parents biologiques.

<sup>144</sup> Cf. Article 537, alinéa 1<sup>er</sup> du Code malien des personnes et de la famille de 2011 qui dispose que « Ne peuvent faire l'objet de l'adoption- filiation que des enfants abandonnés, ou dont les parents sont inconnus. »

<sup>145</sup> Sauf circonstances exceptionnelles, le décès des parents ne peut en lui-même justifier l'adoption au Mali et au Sénégal. Les membres de la famille élargie s'offrent en effet généralement pour recueillir l'enfant, et doivent, sauf contre-indication majeure, être préférés.

<sup>146</sup> Il peut s'agir pour les parents de permettre à leurs enfants, à travers l'adoption, de combler un besoin d'entretien, d'éducation, de protection matérielle ou morale dont ils ont besoin.

Par ailleurs, la nécessaire désacralisation de l'adoption plénière résulte du fait que celle-ci est plus brutale en ce qu'elle crée une filiation fictive. Par conséquent, les décisions rendues en la matière doivent être prise avec prudence. Cette prudence intéresse particulièrement le caractère irrévocable de cette forme d'adoption. En effet, comme l'a souligné un auteur, le caractère révocable est « *non seulement un critère de distinction entre l'adoption simple et l'adoption plénière, mais encore un critère de choix entre les deux formes d'adoption* ». <sup>147</sup> Ainsi, la stabilité juridique voulue par le législateur, par l'intermédiaire du principe d'irrévocabilité, dont le lien d'adoption plénière bénéficie, explique en partie l'engouement manifesté en sa faveur de la part des candidats à l'adoption.

**91 - Une objection à écarter.** En France, interprétant ce principe d'irrévocabilité, un auteur soulignera que « *cette règle de droit correspond finalement à l'idée selon laquelle le succès familial d'une adoption plénière est subordonné au maintien légal, et donc irrévocable, du lien de filiation non biologique correspondant* » <sup>148</sup>. Cependant, il faut constater que cette stabilité légale absolue du lien d'adoption plénière, qui s'inspire de celle issue d'un lien de filiation " naturelle " lorsqu'il cumule les composantes juridiques et biologiques, apparaît excessive et incohérente.

**92 - La stabilité excessive.** Elle est excessive dans les hypothèses où la greffe familiale, et donc affective, ne se réalise pas entre l'enfant et ses parents adoptifs. La solidité légale du lien d'adoption <sup>149</sup>, exprimée aux articles 243 <sup>150</sup> et 542 <sup>151</sup> des Codes sénégalais et malien de la famille, méconnaît ainsi les possibles échecs d'une adoption plénière et risque de contredire l'intérêt de l'enfant par la non réalisation de son intégration familiale. Ces articles susvisés prônent en des termes presque identiques, l'irrévocabilité de la forme plénière de l'adoption. Les législateurs sont donc à l'origine, de manière démesurée, d'un amalgame entre la stabilité légale du lien d'adoption plénière et la formation, puis, l'omniprésence, d'une stabilité factuelle des relations familiales.

---

<sup>147</sup> Cf. LE BIHAN-GUENOLE (M.), La révocation de l'adoption, J.C.P 1991 I 3539, n°3.

<sup>148</sup> ROMAN (E.) « Le lien de filiation non biologique », thèse pour le doctorat en droit privé, Université de Toulon et Var, 2000, p. 306, n°273.

<sup>149</sup> Il s'agit du principe de l'irrévocabilité de l'adoption plénière.

<sup>150</sup> L'article 243 du Code sénégalais de la famille dispose que "l'adoption plénière est irrévocable". L'article 542 du Code malien des personnes et de la famille dispose que "la filiation adoptive est irrévocable".

<sup>151</sup> Le pendant de ces articles en France est l'article 359 du Code civil qui dispose que « l'adoption plénière est irrévocable ».



**93 - L'incohérence légale.** La sécurité juridique absolue, offerte au lien d'adoption plénière, reflète également une incohérence légale, car si les parents adoptifs sont assimilés à des parents biologiques, cette assimilation n'est pas parfaite puisqu'en vertu des articles 227 alinéa 1, et 234 du Code de la famille du Sénégal et de l'article 525 du Code de la famille du Mali, les adoptants ne peuvent consentir à l'adoption de leur enfant adoptif<sup>152</sup>. Ces insuffisances inhérentes au caractère irrévocable de l'adoption plénière inviteraient donc à une remise en cause de cette irrévocabilité.

## **B. La remise en cause de l'irrévocabilité de l'adoption plénière**

**94 - Justifications.** L'adoption plénière est irrévocable " *non seulement tant que l'adopté est mineur, ce qui n'eût été qu'une mesure de protection de l'enfance, mais même après sa majorité, quelle que soit la profondeur de la mésintelligence entre l'adoptant et l'adopté, la gravité des torts et griefs de l'un et de l'autre* ".<sup>153</sup> . Les législateurs malien et sénégalais consacrent le caractère irrévocable de l'adoption plénière à travers la formule suivante: " L'adoption plénière est irrévocable ".

Cet effet radical de l'adoption plénière devrait être tempéré<sup>154</sup> quant on sait que le respect strict du principe suscite des risques préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. L'irrévocabilité de l'adoption plénière conduirait donc sans doute à une impasse en cas d'échec de l'adoption prononcée.

---

<sup>152</sup> En France, l'article 360 du Code civil permet dans certaines hypothèses que les adoptants puissent consentir à l'adoption de leur enfant adoptif. En effet, cet article prévoit que "..... S'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise. L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple. Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption."

<sup>153</sup> CARBONNIER (J.), op-cit. p. 373.

<sup>154</sup> Les législateurs malien et sénégalais, dans une formule laconique, affirment l'irrévocabilité de l'adoption plénière contrairement à leur homologue français qui prévoit deux dérogations en la matière. Cf. article 542 du Code malien des personnes et de la famille qui dispose que « l'adoption filiation est irrévocable » ; article 243 du Code sénégalais de la famille qui dispose que « l'adoption plénière est irrévocable » et enfin les articles 346 alinéa 2 et 360 alinéa 2 du Code civil. Le premier article permet le prononcé d'une nouvelle adoption après le décès du ou des adoptants ou après le décès de l'un d'eux si la demande est présentée par le nouveau conjoint survivant. Le second prévoit que « s'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise ».

**95 - Critique d'une partie de la doctrine en France sur l'irrévocabilité.** En France, les réflexions sur l'opportunité de l'irrévocabilité du lien adoptif sont d'actualité<sup>155</sup>. Une partie de la doctrine, convaincue du danger que représente l'irrévocabilité de l'adoption plénière pour l'enfant, plaide pour sa remise en cause. A titre illustratif, le Professeur FAVIER, critiquant le principe de l'irrévocabilité de l'adoption plénière en France, disait qu' " *Il est paradoxal qu'en l'état actuel du droit français, une excessive rigidité dans l'interprétation des textes conduise à rendre définitive et immuable en droit une adoption qui, dans les faits, ne se réalise pas ou se réalise mal* "<sup>156</sup>. De même, M. MATTEI, furieux contre le maintien de cette irrévocabilité de l'adoption plénière, affirmait que : « pour quels motifs laisserons-nous cet enfant abandonné une deuxième fois au prétexte qu'il aura été adopté ? »<sup>157</sup>. Abondant dans le même sens, d'autres auteurs<sup>158</sup> estiment, à juste titre, qu'il serait judicieux de revenir sur le

---

<sup>155</sup> En France, dans une étude récente, des auteurs comme SALVAGE-GEREST (P.), in Dalloz Action 2014-2015, op.cit. p. 788, note 221.431; et NEIRINCK (C.), in "L'irrévocabilité de l'adoption en question ", RDSS 2006. 1076, ont qualifié d'imprécise la notion de l'irrévocabilité de l'adoption plénière. Pour eux, les hésitations sur cette notion pourraient provenir de l'article 346 du Code civil. Celui-ci prévoit en effet que, en cas de décès du ou des adoptants, l'enfant peut faire l'objet d'une nouvelle adoption plénière (C. civ., art. 346, al.2 ). Cela laisse à penser que, a contrario, il redevient automatiquement adoptable dans ce cas et ne le redevient que dans ce cas, ce qui n'est pas la vérité. L'enfant adopté plénièrement devenu orphelin ne redevient adoptable que si son conseil de famille y consent ou s'il est admis en qualité de pupille de l'Etat à ce titre, il est donc exactement dans la même situation que n'importe quel autre orphelin: l'article 346 paraît donc inutile, et il n'y a aucune raison pour que la similitude de situation soit limitée au décès des parents. Par ailleurs, affirment les mêmes auteurs, "si l'irrévocabilité de la filiation adoptive interdit de la détruire, il devrait en aller de même de toutes les filiations biologiques qui, une fois établies juridiquement, sont tout aussi irrévocables, la possibilité de les contester si elles ne correspondent pas à la vérité biologique étant tout autre chose. Certes, l'établissement des filiations fondées sur la biologie est déclaratif alors que l'adoption est constitutive, mais les effets de l'un et de l'autre sont identiques. Dès lors que l'adoption plénière confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine (C. civ., art. 356), on voit mal au nom de quoi la possibilité de redevenir adoptable, en particulier en devenant ou redevenant pupille de l'Etat si c'est son intérêt, serait exclue pour lui." Enfin, poursuivent-ils, "il serait aberrant, lorsqu'un enfant est adopté en adoption plénière par l'un de ses parents et en adoption simple par l'autre - hypothèse que la loi du 17 mai 2013 prévoit expressément (C.civ., nouv. art. 360, al.3) -, qu'il ne puisse pas avoir une seconde chance parce qu'une seule des deux adoptions peut être révoquée. De bricolage en bricolage, l'institution de l'adoption a fini par devenir illisible." (Cf. en ce sens, SALVAGE-GEREST (P.), in Dalloz Action 2014/2015 sur le Droit de la Famille, op.cit., p789, n° 221.434.).

<sup>156</sup> FAVIER (Y.), « Les échecs de l'adoption : les paradoxes de l'adoption plénière », CNAF, Informations sociales 2008 n°146, p. 122 et s. L'auteur propose d'ouvrir les voies d'une révocation de l'adoption plénière substitutive en cas de motifs graves. Selon lui, " Les échecs de l'adoption semblent à première vue contredire l'idée selon laquelle l'adoption plénière n'est ni plus ni moins que la filiation par le sang, un lien constitutif de parenté, laquelle ne s'évalue guère selon des critères de réussite, d'intégration familiale ou de réalisation personnelle. Cette contradiction est inhérente à l'institution même de l'adoption plénière, partagée par nature, en quelque sorte, entre l'imitation d'une filiation biologique et l'aménagement d'une protection pour l'enfant dont elle constitue une finalité essentielle ".

<sup>157</sup> MATTEI (J.-F.), JOAN CR, 17 janvier 1996, 1<sup>ère</sup> séance, p.59.

<sup>158</sup> Cf. MONEGER (F.), Regard critique sur la réforme de l'adoption, RD sanit. Soc., 2001, p. 20. ; et MASSIP (J.), Les nouvelles règles de l'adoption (Loi n° 96- 604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption), Defrénois 1997, art. 36493, p. 205, n° 17.

principe de l'irrévocabilité de l'adoption plénière lorsque des situations exceptionnelles l'imposent. D'où cette interrogation de M. MASSIP: « *Pourquoi, en cas d'échec patent et avéré de l'adoption plénière, ne pas tirer un trait sur le passé et donner une nouvelle chance à l'enfant ?* »<sup>159</sup>. Une réponse positive à cette question permettra sans doute d'ouvrir l'adoption plénière à une éventuelle révocation lorsque, par exemple, l'intérêt de l'adopté se trouve être irrémédiablement compromis.

**96 - Démarche.** Il conviendra de se pencher, dans un premier temps, sur l'opportunité de la révocation de l'adoption plénière (1) et, dans un second temps, sur les modalités de mise en œuvre éventuelle de la révocation de l'adoption plénière (2).

### **1. L'opportunité d'une adoption plénière révocable.**

**97 - Le bien-fondé.** Le principe sacro-saint de l'irrévocabilité de l'adoption plénière est très souvent justifié par le souci de la paix des familles et de la stabilité de l'état des personnes, ainsi que par l'analogie avec la filiation biologique. Cependant, cette perception doit être relativisée. En effet, deux principales raisons militent en faveur de l'établissement d'une adoption plénière révocable.

La première est de permettre à l'enfant, au nom de son droit de prendre part à toute décision le concernant, de pouvoir remettre en cause, dès sa majorité, une situation juridique subie. En d'autres termes, « *le principe de révocabilité de l'adoption plénière fait appel à une forme de « liberté » de l'adopté, auquel est ainsi conféré un droit de remettre en cause une filiation à l'établissement de laquelle il n'a généralement pas participé* »<sup>160</sup>. En effet, la révocabilité apparaît comme une mesure protectrice de l'adopté qui, dans la plupart des hypothèses, n'a aucun pouvoir réel de décision lors de la réalisation de l'adoption.

La seconde est de permettre à l'enfant de bénéficier d'une nouvelle adoption après l'échec de la première pour des motifs graves. Cette mesure ayant pour but de donner une seconde chance à l'enfant de réussir une vie personnelle, familiale et sociale auprès d'autres adoptants.

**98 - Une révocation fondée sur l'intérêt de l'enfant.** La possibilité de révoquer l'adoption plénière ne doit pas être perçue comme une atteinte portée à l'institution, comme une

---

<sup>159</sup> Voir MASSIP. (J.), art. Préc., p. 8.

<sup>160</sup> Cf. LAMMERANT (I.), op.cit., p. 647, n°727.

fragilisation de cette forme d'adoption<sup>161</sup>. En effet, si la pierre angulaire de l'institution de l'adoption est l'intérêt de l'enfant<sup>162</sup>, la révocation de l'adoption plénière doit être possible si cet intérêt le commande. Comme le souligne, avec juste raison, un auteur « *l'adoption n'est nullement une souricière dans laquelle l'adopté pénètre sans jamais en sortir. Peut-on, en effet, parler d'intérêt de l'enfant si ce dernier n'a le choix qu'entre la " prison " et la situation d'enfant abandonné ?* ». <sup>163</sup>

**99 - Analyse de la jurisprudence.** Lorsqu'on fait référence à une affaire jugée en 1995 par le Tribunal de Grande Instance La Rochelle (France), il apparaît évident que la révocation de l'adoption plénière dans l'intérêt de l'enfant est nécessaire dans certains cas.

En l'espèce, la révocation de l'adoption plénière aurait permis à trois enfants de se défaire d'un lien de filiation adoptif, lequel lien leur portait un énorme préjudice.

En effet, le mari avait adopté sous la forme plénière en 1983 les trois enfants nés d'un précédent mariage de son épouse dont il a finalement divorcé en 1991. Celle-ci demandait la révocation de l'adoption au motif qu'au moment où elle avait donné son consentement, elle ignorait que son nouveau mari s'était livré à des viols sur les enfants, crimes pour lesquels il fut condamné par la suite.

---

<sup>161</sup>Certains auteurs estiment, à tort, que l'ouverture d'une action en révocation fragilise cette forme d'adoption : « Il serait dangereux, écrit François Boulanger, de fragiliser les rapports futurs entre adoptant et adopté... Il paraît tout à fait contraire à l'esprit et aux mécanismes de l'adoption plénière de prévoir la révocation... De fait, si la révocation a été introduite en droit français en 1923, elle a été rapidement exclue à partir de 1939 pour la « légitimation adoptive ». Dans sa rédaction actuelle, l'article 359 C. Civ déclare que l'adoption est irrévocable » (F. Boulanger, Droit civil de la famille, t. 2, Aspects comparatifs et internationaux, Economica, 1994, p. 201, n° 185).

<sup>162</sup> La notion d'intérêt de l'enfant dans l'adoption est omniprésente, non seulement dans la très grande majorité des législations nationales (Cf. par exemple article 523 du Code malien de la famille qui dispose « Toute adoption est faite uniquement en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'Enfant. », mais aussi dans les instruments régionaux et internationaux auxquels le Mali et le Sénégal ont souscrit, notamment la charte africaine des droits et du bien être de l'enfant, la convention internationale des droits de l'enfant de 1989 (article 21).

<sup>163</sup>BEN HADJ YAHIA (B.), « La révocation de l'adoption en droit tunisien », RTD. Civ., 1979, I, p. 102. La même observation a été reprise par MECHRI (F.) 'L'enfant objet et sujet d'affection : Approche juridique et juridique des rapports parents-enfant en droit tunisien et en droit comparé 'Éd. Publisud-C.P.U. 2006, p. 238.

La demande a été rejetée par le Tribunal de grande instance de La Rochelle, le 18 octobre 1995<sup>164</sup>, au motif que « *l'ignorance de la mère au sujet des agressions sexuelles dont ses filles ont été victimes ne constitue pas une erreur suffisamment grave* ».

Sans doute, cette formulation fort mal venue signifiait que la mère n'ignorant pas les faits ne pouvait pas invoquer l'erreur<sup>165</sup>. Il reste que, comme l'explique le Professeur MURAT<sup>166</sup>, la décision n'emportait pas une entière conviction car « *l'aveuglement plus ou moins conscient de la mère que le tribunal semble lui reprocher trouve sa sanction dans le maintien de liens qui concernent essentiellement ses filles* ».

La condamnation du père adoptif à dix-huit ans de réclusion criminelle a bien évidemment entraîné le retrait total de l'autorité parentale en application de l'article 378 du Code civil. Mais, le lien de filiation entre les filles et ce « père » a été maintenu. Ces enfants, par l'intermédiaire d'un administrateur ad hoc, si elles étaient mineures, ou le ministère public, auraient eu la possibilité, si l'adoption plénière était révocable, de défaire un tel lien<sup>167</sup>.

De même, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux illustre avec justesse les revers de l'irrévocabilité de l'adoption plénière. Cette juridiction confirme, le 17 novembre 1997, le rejet de la demande des époux M... Ces derniers contestaient le refus, émis par les services sociaux de l'Aide sociale à l'enfance, de l'admission de leur enfant en qualité de pupille de l'Etat. Ce refus est confirmé par les juges, car l'enfant avait été adopté en la forme plénière par les époux M... En conséquence, au regard du principe d'irrévocabilité de l'article 359 du Code civil, les parents adoptifs se trouvent privés de la qualité de consentir à une nouvelle adoption. Cet interdit empêche l'attribution à l'enfant, adopté plénier, de la qualité de pupille de l'Etat<sup>168</sup>.

**100 - Une objection à écarter.** L'irrévocabilité de l'adoption plénière est perçue par certains<sup>169</sup> comme l'expression de la volonté des législateurs d'éviter tout conflit entre la

---

<sup>164</sup> TGI La Rochelle, 18 octobre 1995, Droit de la famille 1997, comm. n°7, obs. MURAT (P.) ; RTD. Civ. 1996. 594, obs. HAUSER (J.).

<sup>165</sup> HAUSER (J.) montre que l'erreur suppose l'ignorance dans laquelle se trouvait l'errans. Or, dans le présent cas, le doute était sérieux si l'on relit l'ensemble des attendus de la décision qui évoquent plutôt la passivité (RTD. Civ. 1996. 594).

<sup>166</sup> MURAT (P.), note sous TGI La Rochelle, 18 octobre 1995, Dr. fam. 1997, comm. n°7.

<sup>167</sup> Cf. GALLIARD (C.), op. cit., p. 254.

<sup>168</sup> C.A.A., Bordeaux, 17/11/97, Dr. Fam., 1997, comm. 84, note Pierre MURAT ; J.C.P. éd. G., 1998.

<sup>169</sup> Pour LAMBERT-GARREL (L.), « le principe de l'irrévocabilité a la faveur du législateur de 1996 qui a craint une dérive vers un système d'adoption à l'essai. Il ne saurait, en effet, être question de céder à l'insouciance de

famille par le sang et les adoptants, ainsi que de prévenir toute insouciance de ces derniers qui pourraient être tentés de se rétracter postérieurement au jugement d'adoption. Toutefois, cet argument ne nous paraît pas assez convainquant pour justifier le maintien de l'irrévocabilité de l'adoption plénière dès lors que la révocation de l'adoption est soumise au contrôle du juge. Par ailleurs, la survenance de certains événements malheureux plaide en faveur d'une remise en cause du principe d'irrévocabilité. Aussi, une fois le principe de la révocabilité de l'adoption plénière admis, conviendrait-il de définir des modalités de révocation prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

## **2. Les modalités d'une éventuelle révocation de l'adoption plénière dans l'intérêt de l'enfant**

**101 - Une révocabilité soumise à des conditions et à des effets stricts .** En raison des particularités de l'adoption plénière<sup>170</sup>, sa révocation serait strictement encadrée afin d'éviter toute décision préjudiciable à l'intérêt supérieur de l'enfant. Un tel encadrement résulterait de la définition d'un certain nombre de conditions à la satisfaction desquelles une décision de révocation de l'adoption plénière pourrait être prononcée avec des effets spécifiques soucieux de l'intérêt de l'enfant. Il faut donc définir, d'une part quelles seraient les conditions d'une éventuelle révocation de l'adoption plénière (a) et, d'autre part, les effets attendus d'une telle révocation (b).

### **a. Les conditions d'une éventuelle révocation de l'adoption plénière**

**102 - Deux catégories de conditions.** La révocation de l'adoption plénière doit obéir à des conditions spécifiques liées à la qualité des demandeurs à l'action en révocation et à la légitimité de l'action en révocation de l'adoption plénière.

**103 - La qualité des demandeurs à l'action en révocation.** Cette action pourrait être ouverte, à l'exclusion du ou des adoptants<sup>171</sup>, à l'adopté, aux personnes ou institutions qui avaient consenti à l'adoption de l'enfant au Mali et au Sénégal et au ministère public. L'exclusion des adoptants de la demande de révocation répond au souci de préserver l'intérêt de l'enfant. Ainsi, ce verrou permettra de prévenir l'indignité de certains adoptants qui seraient tentés de briser volontairement le lien de filiation qui les unit à l'adopté et mettre par

---

certaines adoptants qui se rétracteraient postérieurement au jugement d'adoption alors qu'ils pouvaient très bien renoncer antérieurement à cette procédure ». op. cit., p. 152., n° 285.

<sup>170</sup> Une filiation élective qui imite la filiation biologique.

<sup>171</sup> L'exclusion des adoptants constituera une garantie spéciale en faveur de l'adopté.

conséquent l'enfant dans une nouvelle situation d'abandon matériel et moral. Comme l'a affirmé Mme LAMBERT-GARREL, « l'échec de l'adoption plénière ne saurait laisser l'adoptant remettre en cause, lui-même, le lien adoptif »<sup>172</sup>. En témoigne la triste affaire d'abandon d'enfant par des parents adoptifs néerlandais, après sept ans de vie avec l'adopté au Pays-Bas, qui avait défrayé la chronique en 2006<sup>173</sup>.

Une fois la qualité des demandeurs à l'action en révocation de l'adoption plénière déterminée, l'action ne pourra aboutir que lorsqu'elle est fondée sur une légitimité ou une nécessité impérieuse pour la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant.

**104 - La légitimité de l'action en révocation de l'adoption plénière.** La sauvegarde de l'intérêt de l'enfant étant le fil conducteur et l'élément déclencheur de l'action en révocation de l'adoption plénière, on peut dès lors comprendre pourquoi le prononcé de la révocation de cette forme d'adoption doit être précédé d'un examen rigoureux des motifs d'un tel projet. Motifs qui doivent rendre inutiles, inexistantes, impossibles ou « insupportables »<sup>174</sup> les relations entre l'adopté et l'adoptant. Une telle prudence trouve sa justification dans la prévention d'éventuelles conséquences désastreuses que pourraient engendrer une remise en cause inadéquate et hâtive de l'adoption plénière.

Aussi, toute action en révocation de l'adoption plénière doit-elle être impérativement fondée sur des motifs graves mettant en danger l'intérêt de l'enfant. Dès lors, l'adoption plénière, tout

---

<sup>172</sup> Voir LAMBERT-GARREL (L.), *ibid.*, p.285.

<sup>173</sup> En l'espèce, Raymond et Meta Poetary un couple Néerlandais, dont le mari était diplomate, avaient décidé en 2006, de renvoyer une petite Sud-Coréenne prénommée Jade et âgée de quatre mois qu'ils avaient adopté sept ans plus tôt aux services sociaux de Hong Kong. Selon eux, la petite Jade n'aurait pas réussi à se faire à la vie néerlandaise et ne serait pas parvenue à créer de liens solides avec sa famille adoptive. « À notre grande déception, les choses n'ont cessé d'empirer et le reste de la famille en a énormément souffert », a expliqué Raymond Poetary, âgé de 55 ans au quotidien néerlandais De Telegraaf. Selon ses dires, il aurait suivi les conseils de médecins. Ce qu'il faut noter dans cette affaire, c'est qu'après l'adoption de Jade, ses parents adoptifs ont eu deux fils biologiques. Nombreux sont les parents qui adoptent un premier enfant faute de pouvoir en faire un, et finalement ils ont des enfants biologiques. C'est un cas de figure classique, comme si le fait d'en avoir déjà un libérait les parents. Aussi, c'est Jade, la fillette de sept ans, qui va le plus souffrir dans l'histoire. En effet, outre le double-abandon, la petite fille a été déracinée. Née en Corée du Sud, elle a grandi aux Pays-Bas et a été renvoyée à Hong-Kong. Jade n'a vécu que ses quatre premiers mois en Asie et ne parle très probablement pas le chinois. En outre, elle risque de subir un choc culturel. Pour plus d'informations sur cette affaire, voire le site suivant, consulté le 14 juillet 2013 : <http://www.aufeminin.com/news-societe/adoption-sept-ans-apres-un-couple-rend-sa-fille-adoptive-s80952.html>.

<sup>174</sup> V. également GRANET (F.), Les motifs de révocation d'une adoption simple, AJ famille 2002, p. 24. V. dans le même sens, COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.) - Droit de la famille, 6ème éd. Dalloz, 2013, p.474, n° 1378.

comme l'adoption simple, ne pourrait être révoquée que si le maintien du lien adoptif met en péril l'intérêt supérieur de l'enfant.

Aussi, abordant la même question en droit français, un auteur a-t-il noté, à juste titre, que la révocation de l'adoption ne doit intervenir, dans les deux formes d'adoption, que s'il existe « *des raisons si graves qu'elles rendent moralement impossible le maintien des liens créés par l'adoption, ou tout au moins éminemment souhaitable leur cessation* »<sup>175</sup>.

En revanche, toute demande en révocation qui serait motivée par un caprice, par de simples disputes ou mésintelligences ponctuelles entre l'adopté et l'adoptant doit être écartée. Dans cette perspective, la Cour de cassation, relayé par une partie de la doctrine, affirme que « la simple mésentente, fût-elle profonde et réciproque, ne constitue pas un motif grave au sens de l'article 370 du Code civil, le lien de filiation adoptive ne pouvant être anéanti par des conflits, des susceptibilités ou des humeurs qui ne sont que les aléas que la vie en commun peut faire naître dans toutes les familles »<sup>176</sup>. De même, sur le fondement de l'article 370 du Code civil, la cour d'appel de Rennes a opposé le refus d'une demande de révocation de l'adoption simple au requérant. En effet, dans cette affaire, l'enfant, adopté par le mari de sa mère, demande en vain la révocation. Il fait valoir que l'adoptant a méconnu ses obligations de père adoptif en détournant des sommes lui appartenant, à savoir la majeure partie d'une "pension d'enfant" versée en complément de la pension de retraite perçue de son employeur. La cour affirme qu' " il n'est pas contesté que l'adopté a poursuivi des études supérieures longues et coûteuses (un cursus en école de commerce et deux masters) comprenant une année en Australie et deux en Nouvelle-Zélande. L'intéressé ne justifie pas des difficultés financières alléguées lors de la poursuite de ses études et n'apporte donc pas la preuve du non respect par son père de son obligation d'entretien. De plus, dans le litige opposant les parties sur la "pension d'enfant" versée par l'employeur de l'adoptant, il a été jugé que l'adoptant était le seul bénéficiaire de cette pension. Il convient donc de confirmer le jugement déféré qui, de manière fondée, a retenu que le litige existant entre les parties, et qui peut survenir dans toute

---

<sup>175</sup> Cf. BERRY (B.), note sous Limoges, 26 novembre 1992, D 1994. 207.

<sup>176</sup> C.Cass. Civ. 1ère, 3 octobre 2000, Dr. et patrimoine 2001, p. 121, note MONEGER (F.). V. Aussi VERSAILLES, 9 décembre 1999, Juris-Data n° 1999- 108097 ; RD. Sanit. Soc. 2000. 437, note MONEGER (F.)<sup>176</sup>. V. Egalement, Cour d'appel, Rennes, Chambre 6 A, 9 décembre 2014 - n° 749, 13/08728 JurisData et Cours suprême, 9 Décembre 2014 (Rejet d'une demande de révocation de l'adoption simple au motif que " ...le litige existant entre les parties, et qui peut survenir dans toute famille, n'est pas suffisamment grave pour constituer une cause de révocation de l'adoption " ).



famille, n'est pas suffisamment grave pour constituer une cause de révocation de l'adoption  
n°177

Dans l'appréciation des motifs de révocation de l'adoption plénière, le juge, appelé à jouer un rôle éminemment important et délicat, doit prendre en compte plusieurs paramètres<sup>178</sup>, telle que la possibilité éventuelle pour l'enfant d'avoir une nouvelle famille adoptive. Ainsi, la révocation de l'adoption plénière ne pourra intervenir, sauf impérieuse nécessité pour l'enfant, que lorsqu'elle permet une nouvelle adoption ou du moins des alternatives à l'adoption adaptées à la situation spécifique de l'enfant telle que le modèle malien d'adoption protection lorsque l'enfant a plus de cinq ans.

**105 - Proposition de réforme.** Nous Suggérons la réécriture de l'article 243 du Code sénégalais de la famille et de l'article 542 du Code malien des personnes et de la famille qui disposent respectivement que "*L'adoption plénière est irrévocable*", "*La filiation adoptive est irrévocable*". Ainsi, en lieu et place de ces articles, nous proposons la formulation suivante: "*L'adoption plénière est révocable. Cette révocation doit obéir à des conditions spécifiques liées à la qualité des demandeurs à l'action en révocation et à la légitimité de l'action en révocation de l'adoption plénière.*

*L'action en révocation de l'adoption plénière est ouverte, à l'exclusion du ou des adoptants, à l'adopté ou à l'institution qui avait consenti à l'adoption, au ministère public.*

*Toutefois, l'action en révocation de l'adoption plénière doit être impérativement fondée sur des motifs graves mettant en danger l'intérêt de l'enfant. Elle ne fait pas obstacle au prononcé d'une nouvelle adoption adaptée à sa situation spécifique "*

Après avoir identifié les conditions d'une éventuelle révocation de l'adoption plénière, il conviendrait de se pencher sur ses effets.

#### **b. Les effets attendus d'une éventuelle révocation de l'adoption plénière**

**106 - Une révocation non rétroactive.** Si la révocation ne heurte pas l'institution de l'adoption plénière comme nous l'avons démontré précédemment, elle est par conséquent de nature à en limiter les effets négatifs. La révocation de l'adoption plénière à l'égard du ou des

---

<sup>177</sup> Cour d'appel, Rennes, Chambre 6 A, 9 décembre 2014 - n° 749, 13/08728, JurisData, 9 Décembre 2014.

<sup>178</sup> L'objectif étant de se rassurer que la mesure envisagée ne cause plus de tort à l'enfant qu'elle en règle.

adoptants mettra définitivement fin, pour l'avenir, aux relations adoptives<sup>179</sup>. En revanche, les effets passés de l'adoption révoquée seraient maintenus. La solution permettra à l'ex-adopté de conserver les avantages recueillis antérieurement à la décision de révocation. En outre, le tribunal devrait pouvoir condamner l'ex-adoptant, soit à subvenir à l'entretien de l'ex-adopté, surtout lorsque celui-ci se trouve dans le besoin jusqu'à son intégration dans une nouvelle famille adoptive, soit à octroyer des dommages-intérêts lorsque son intégration dans une nouvelle famille est rendue impossible, à son ex-adopté pour le préjudice causé par une telle rupture. Enfin, la révocation d'une adoption plénière ne devrait en aucun cas, faire obstacle au prononcé d'une nouvelle adoption (plénière ou simple) quitte à aménager les effets de cette nouvelle adoption, de sorte qu'il n'y ait pas de distorsion préjudiciable à l'intérêt de l'enfant. Cet aménagement pourrait se faire en s'inspirant de la solution prévue par l'article 360 alinéa 2 du Code civil français. Cet article permet le prononcé de l'adoption simple de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière lorsque des motifs graves le justifient.

**107 - Proposition de réforme.** Nous suggérons l'introduction d'un nouvel article dans les codes malien et sénégalais de la famille consacré aux effets de la révocation de l'adoption plénière. Ce nouvel article sera formulé ainsi: " La révocation de l'adoption plénière à l'égard du ou des adoptants met définitivement fin, pour l'avenir, aux relations adoptives. Toutefois, lorsque l'intérêt de l'ex-adopté l'exige, celui-ci pourra conserver le nom de son ex-adoptant. Le tribunal peut condamner l'ex-adoptant, soit à subvenir à l'entretien de l'ex-adopté lorsque celui-ci se trouve dans le besoin, soit à octroyer des dommages-intérêts lorsque la rupture du lien d'adoption est de nature à compromettre l'avenir de l'enfant". Lorsque l'intérêt de l'enfant le permet, la révocation de l'adoption plénière ne fait pas obstacle au prononcé d'une nouvelle adoption."

**108 - Conclusion.** L'adoption plénière, présentée aujourd'hui comme le modèle privilégié dont l'adoption simple ne serait qu'un accessoire, ne répond pas toujours de manière satisfaisante à la situation de l'enfant. En effet, il y a des situations où il n'est pas nécessairement de l'intérêt de l'enfant d'être coupé définitivement de sa famille par le sang. La désacralisation de l'adoption plénière qui résulte de la remise en cause de l'existence d'une hiérarchie dans l'institution doit donc conduire à un renouveau de l'adoption simple dans la

---

<sup>179</sup>Sauf à noter que, lorsque l'intérêt de l'ex-adopté l'exige, celui-ci pourra conserver le nom de son ex-adoptant. Cette solution permettra d'assurer une certaine stabilité quant à l'identité de l'enfant. En revanche, l'adoption cesserait de produire tout autre effet, d'ordre extrapatrimonial et patrimonial : disparition de l'obligation alimentaire réciproque, de l'autorité parentale, des empêchements à mariage entre adoptant et adopté, des droits héréditaires réciproques.

perspective de rééquilibrer la dualité adoption-simple/adoption plénière dans une optique résolument protectrice des droits de l'enfant.

## **Paragraphe 2. Le renouveau souhaitable de la forme simple de l'adoption**

**109 - Justifications.** Il faut rappeler que, contrairement au législateur malien qui n'a retenu que l'adoption-filiation (équivalent de l'adoption plénière française) comme seul type d'adoption filiative, son homologue sénégalais a, quant à lui, prévu à côté de la forme plénière de l'adoption, une adoption limitée avec création de lien de filiation. Cependant, eu égard à la situation de certains enfants en difficulté familiale et qui ne sont pas adoptables plénièrement, la nécessité s'impose pour le Mali d'intégrer dans son dispositif législatif une adoption simple créatrice de lien de filiation (A). Quant au Sénégal, la nécessité d'une réhabilitation de son adoption limitée (adoption simple) s'impose afin de remédier à certaines lacunes qu'elle contient (B).

### **A. L'intégration d'une adoption simple créatrice de lien de filiation au Mali.**

**110 - Les avantages de l'adoption simple.** Forme moins radicale, l'adoption simple dont le renouveau est souhaité, à juste titre, par une partie de la doctrine<sup>180</sup>, offre, du fait même de sa nature hétéroclite et souple, des avantages que ne présente pas l'adoption plénière. Dès lors, Mme LAMMERANT invite à « une évolution des mentalités afin de considérer avec la même *bienveillance, l'adoption plénière, substitution radicale d'une filiation par une autre, et l'adoption simple, coexistence de filiations différentes quant au contenu mais importantes pour l'enfant* »<sup>181</sup>. En effet, l'adoption simple fait coexister plusieurs parents pour un même enfant. Les parents adoptifs sont mis en concurrence avec les parents par le sang. Par conséquent, la famille adoptive ne serait plus alors la famille de substitution par excellence mais plutôt « une famille de relais ». L'enfant pourrait alors passer d'une famille à l'autre sans pour autant que la première ne disparaisse dans l'anonymat. Un tel système présente l'avantage de reconnaître l'existence des parents successifs<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> LAMMERANT (I.), *ibid.*, p.297., n°254. Voy. Également CORNU (G.) qui, déplorant le manque de sympathie de l'opinion commune pour la forme simple de l'adoption, affirme que « si les mentalités parentales évoluaient, son essor aplanirait beaucoup de difficultés, car, si elle offre un foyer chaleureux et de premier rang, et supprime le lien du sang, elle ne l'élimine pas. Ce respect ouvre son champ de compatibilité avec d'autres conceptions. ».

<sup>181</sup> LAMMERANT (I.), *ibid.*, p. 298., n°255.

<sup>182</sup> LAMBERT-GARREL (L.), *ibid.*, p.33.

Ainsi, contrairement à l'adoption plénière qui élimine la famille d'origine, ou du moins se livre à un pari sur cette élimination, « *l'adoption simple* non seulement avoue, mais accepte en droit la présence des parents par le sang »<sup>183</sup>. Cependant, dès le prononcé de l'adoption simple, les parents biologiques sont dispensés, à juste raison, de l'exercice de l'autorité parentale<sup>184</sup> et ou de la puissance paternelle<sup>185</sup>. Celles-ci sont réservées aux seuls parents adoptifs. La famille biologique « se tient en arrière plan dans un rôle quelque peu *fantomatique*, alors que la réalité des prérogatives est détenue par l'adoptant »<sup>186</sup>.

**111 - L'opportunité d'une adoption simple au Mali.** Du point de vue du respect de l'identité de l'enfant adopté, la piste d'une adoption inclusive (ou additive) constitue une remise en cause beaucoup plus profonde du cadre juridique actuel de l'adoption plénière, que plusieurs considéraient jusqu'ici comme allant de soi. Une telle option paraît néanmoins s'imposer, eu égard au profil de certains adoptés.

**112 - Hypothèses où l'adoption simple paraît souhaitable.** La rupture des liens d'origine contredit parfois de façon évidente l'intérêt de certains enfants. Pensons, par exemple, aux enfants adoptés déjà grands qui connaissent leurs parents et d'autres membres de leur parenté d'origine avec qui ils ont tissé des liens d'appartenance significatifs. Tel est le cas de certains enfants placés dans des institutions d'accueil pour enfants abandonnés qui ont des frères et sœurs vivant dans une autre famille, de certains enfants adoptés par le nouveau conjoint de leur mère ou de leur père, etc. Ces différentes situations justifient, à notre avis, la remise en question du modèle d'adoption filiative unique que connaît le droit malien (adoption-filiation), toujours exclusif et encore pensé sur le mode de la rupture plutôt que sur celui de la continuité, à une époque où chaque individu est pourtant invité à nouer les fils de son histoire personnelle dans un tissu identitaire composite.

**113 - Les contrariétés du droit malien.** Le système actuel oppose le besoin de l'enfant de grandir auprès de parents adoptants aimants, capables de lui procurer la stabilité socio affective qu'il requiert, et celui, tout aussi fondamental, de conserver son identité et ses relations familiales<sup>187</sup>. La consécration d'une adoption simple en droit malien vise plutôt à concilier ces deux besoins. Inspirée de l'« adoption simple » en vigueur dans plusieurs

---

<sup>183</sup> CARBONNIER (J.), *ibid.*

<sup>184</sup> Cf., Code des personnes et de la famille du Mali.

<sup>185</sup> Cf., Code sénégalais de la famille.

<sup>186</sup> BOULANGER (F.), *op.cit.*, p. 143, n° 105.

<sup>187</sup> OUELLETTE (F-R.), « *Les nouveaux usages sociaux de l'adoption* », (2007) 46 *Revue Prisme* 152 (et en réponse aux commentaires de TRANO (D.) aux pages 164 et suiv.).

pays<sup>188</sup>, l'adoption sans rupture du lien d'origine permettra à l'adopté de bénéficier de tous les avantages que procure une adoption, mais sans lui faire perdre sa filiation d'origine. Le tribunal pourra opter pour l'adoption sans rupture du lien d'origine afin de préserver des liens d'appartenance significatifs pour l'enfant avec sa famille d'origine.

**114 - Proposition de formulation du nouvel article.** L'article qui va introduire l'adoption simple au Mali devrait illustrer les cas où de tels liens pourraient exister. Par exemple, cet article pourrait être rédigé ainsi: " A côté de l'adoption-filiation, existe une autre adoption créatrice de lien de filiation sans rupture avec la famille d'origine : l'adoption simple. Elle est la forme d'adoption filiative de droit commun. Elle est prononcée dans les hypothèses *d'adoption extrafamiliale et d'adoption par le conjoint du père ou de la mère de l'enfant, ou par le conjoint d'ascendant ou parent à condition qu'il n'y ait pas de lien de sang entre l'adoptant et l'adopté.*"

**115 - Proposition d'introduction dans la législation de la notion de *liens d'appartenance significatifs*.** La notion de « *liens d'appartenance significatifs* » que nous proposons laissera une marge d'interprétation qu'il reviendra au tribunal d'apprécier en fonction des circonstances particulières qui seront portées à son attention. Évidemment, des liens d'appartenance significatifs peuvent être fondés sur l'attachement ou sur le maintien d'une ou plusieurs relations interpersonnelles au bénéfice de l'enfant. Bien qu'ils puissent s'être montrés incapables d'en assumer le soin et la charge, en raison de leurs limites intellectuelles, de leurs carences ou de leur négligence, les parents d'origine peuvent représenter d'importants repères familiaux pour l'enfant. Qui plus est, l'enfant peut avoir développé des liens significatifs avec les membres de sa parenté d'origine, dont ses grands parents et ses frères et sœurs. Au-delà des liens d'attachement, on ne peut exclure qu'un lien de parenté inactif dans l'immédiat puisse également être jugé significatif s'il s'avérait garant d'une continuité importante pour l'enfant par rapport à ses origines.

**116 - Les mérites de la réforme proposée.** La réforme proposée a l'avantage de prévenir certaines incongruités de l'adoption plénière et d'assurer une protection adaptée à la situation de chaque catégorie d'enfant. Pensons à l'enfant dont les parents sont tous deux décédés ou disparus et qui n'a pas de parent vivant, mais à qui le maintien de liens formels avec sa parenté d'origine permettrait de conserver une place dans ses communautés culturelles, religieuses ou linguistiques d'origine. En faisant spécifiquement référence à l'adoption par le conjoint du père ou de la mère de l'enfant, par un ascendant, par un parent en ligne collatérale

---

<sup>188</sup> Mentionnons, par exemple, la France (C. civ. fr., art. 360 et suiv.), le Sénégal et la Belgique (C. civ. belge, art. 353.1 et suiv).

jusqu'au troisième degré ou par le conjoint de cet ascendant ou parent, l'introduction de cette forme d'adoption simple cherche également à prévenir les bouleversements, voire les incohérences identitaires, que peut provoquer l'adoption plénière intrafamiliale<sup>189</sup>. Le tribunal pourra aussi se prévaloir des avantages que procure le maintien du lien d'origine dans les cas d'adoption par le conjoint d'un parent. Pensons au père qui, à la suite du décès de la mère, entend consentir à l'adoption de l'enfant en faveur de sa nouvelle conjointe. En substituant la filiation adoptive de la nouvelle conjointe à celle de la mère décédée, l'adoption plénière entraîne non seulement l'effacement du nom de la mère de l'acte de naissance de l'enfant, mais brise également le lien de droit qui l'unissait à ses grands-parents maternels et aux autres personnes apparentées à la défunte. En vertu de la disposition proposée qui autorise l'adoption-filiation simple, le tribunal pourra prononcer l'adoption de l'enfant en faveur de sa belle-mère, sans pour autant transformer sa défunte mère et les membres de la lignée maternelle en purs étrangers.

L'adoption par le conjoint d'un parent, sans rupture du lien d'origine, pourrait également s'avérer bénéfique même lorsque l'autre parent est interdit de contacts avec son enfant ou ne le voit que très rarement. Au-delà des apparences, la rupture des liens entre eux ne sera pas toujours dans l'intérêt à long terme de l'enfant. Dans de telles circonstances, le tribunal devra faire preuve de circonspection et de grande prudence avant d'opter pour l'adoption plénière. Mentionnons, à titre d'exemple, que le Code civil français ne permet l'adoption plénière de l'enfant du conjoint que si la filiation avec l'autre parent n'est pas établie ou si l'autre parent s'est vu retirer l'autorité parentale ou est décédé sans laisser de grands-parents manifestement intéressés à l'enfant ; dans les autres cas, le juge peut prononcer une adoption simple, qui n'aura pas pour effet de rompre la filiation d'origine<sup>190</sup>. Les mêmes solutions devraient être envisagées pour réhabiliter l'adoption limitée du droit sénégalais.

---

<sup>189</sup> Voir : ROY (A.), « L'adoption intrafamiliale : une institution à remanier en fonction des besoins identitaires de l'enfant », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 273, Développements récents en droit familial (2007), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1; « L'adoption d'un enfant par le conjoint de son parent : enjeux juridiques et éthiques », note 2, (2007) 46 Revue Prisme 186; Droit de l'adoption, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 29-32. Voir également : LAVALLEE (C.), L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption : regards sur le droit français et le droit québécois, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, note 3, p. 226.

<sup>190</sup> Art. 345-1 C. civ. fr. : « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :

1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;

3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. »

## **B. La réhabilitation de la forme d'adoption simple sénégalaise**

**117 - Démarche.** Il convient de démontrer l'opportunité de la réhabilitation de l'adoption simple (1) avant de proposer les solutions envisageables pour y parvenir (2).

### **1. L'opportunité d'une réhabilitation de l'adoption simple**

**118 - Justifications.** Deux raisons justifient l'opportunité de réhabiliter l'adoption limitée : la coexistence de deux liens de filiation et l'adéquation de l'adoption limitée à certaines réalités.

**119 - La coexistence de deux liens de filiation.** La coexistence permet de « protéger correctement le sentiment d'identité de l'enfant tout en permettant éventuellement à un lien de filiation de s'établir, ce qui devrait surtout conduire à valoriser l'adoption limitée »<sup>191</sup>. Aussi, le maintien du lien de filiation d'origine constitue-t-il, pour l'adopté, une forme de reconnaissance de son passé et des liens qui ont pu exister entre lui et ses parents par le sang avant son adoption. Mieux, l'enfant pourra bénéficier d'une double obligation alimentaire auprès des deux familles.

**120 - L'adéquation de l'adoption simple à certaines réalités.** La coexistence que postule l'adoption limitée est susceptible de correspondre à la réalité de certaines situations complexes, dans lesquelles l'intérêt d'un mineur élevé par d'autres que ses géniteurs suppose à la fois l'intégration dans sa nouvelle famille et le maintien de son appartenance à sa famille d'origine.

**121 - Hypothèses.** Il peut s'agir d'adoptions de l'enfant du conjoint, d'adoptions par un membre de la famille élargie, mais également d'adoption hétéro-familiales, notamment après une période de placement familial chez les candidats adoptants, lorsque la création d'un lien de filiation envers eux se justifie mais qu'il reste important pour l'enfant de conserver également, symboliquement ou, le cas échéant, par l'exercice du droit aux relations personnelles, son attachement à sa famille d'origine.

L'adoption limitée permet donc l'adoption de certains enfants possédant des liens, réels ou symboliques, avec leur famille d'origine, en proposant une solution respectueuse des relations familiales existantes. Elle pourrait également augmenter, dans certaines circonstances, les

---

<sup>191</sup> GUTMANN (D.), Le sentiment d'identité-Etude de droit des personnes et de la famille, L.G.D.J., p. 148, n° 157, 2000.

chances d'intégration harmonieuse de l'adopté dans la famille adoptive, car la croissance d'un enfant ne peut s'accommoder de la négation du passé, fût-il complexe et douloureux.

En outre, certains enfants ont psychologiquement besoin, pour « *s'accrocher* » dans une autre famille, de « *l'autorisation* » de leurs parents d'origine, qui pourrait être plus facilement accordée lorsqu'elle ne coupe pas tous les liens avec l'enfant. Parlant des avantages de l'adoption simple, un auteur n'a pas manqué d'affirmer que « le refus de certains de voir dans *l'adoption simple un mode de protection adéquat et le maintien de la revendication de l'adoption plénière apparaissent davantage centrés sur les projets identitaires des adultes eux-mêmes que sur la préoccupation du respect des droits de l'enfant* »<sup>192</sup>.

Ces différents avantages prouvent à suffisance l'opportunité d'une revalorisation de l'adoption limitée. Cette forme d'adoption est souvent une solution adéquate à certaines situations. Cependant, il est regrettable de constater que le droit et même la pratique ne donnent pas à cette forme d'adoption le traitement qu'elle mérite. Comme l'a si bien dit un auteur, « *la mise en avant systématique de l'adoption plénière masque les bienfaits de l'adoption simple* »<sup>193</sup>. Pourtant l'adoption limitée présente certains avantages par rapport à l'adoption plénière, susceptibles d'amener les adoptants potentiels à opter en sa faveur. Dès lors des réformes doivent être opérées afin de permettre une réhabilitation de l'adoption limitée.

## **2. Propositions de solutions de réhabilitation de l'adoption simple**

**122 - Le bien-fondé.** L'adoption simple est souvent perçue, à tort, comme « *l'exception d'un univers dont l'adoption plénière serait la règle* »<sup>194</sup>. Cette perception occidentale de l'institution fait de la forme plénière de l'adoption le modèle idéal. Pourtant, l'adoption simple présente des caractéristiques propres, susceptibles de séduire les adoptants potentiels. En effet, elle permet d'apporter une solution satisfaisante à certaines situations et notamment à l'adoption de l'enfant du conjoint. Elle est en outre « *réellement originale et plus respectueuse de la réalité vécue par l'adopté* »<sup>195</sup>. Après avoir illustré les raisons qui plaident en faveur d'une réhabilitation de l'adoption limitée, il faudra se pencher sur les moyens souhaitables à mettre en œuvre pour y parvenir.

---

<sup>192</sup> LAVALLEE (C.), Le rôle de la volonté en matière d'adoption en droit français et en droit québécois, thèse, Lyon, 2002, p. 230, n° 308.

<sup>193</sup> GALLIARD (C.), op.cit. p. 305, n° 433.

<sup>194</sup> MONREDON (E.), « L'adoption aujourd'hui », J.C.P. 1992, I., 3607., n°44.

<sup>195</sup> NEIRINCK (C.), « Filiation adoptive. Adoption simple », J.-Cl. Civ. 1996, fasc. 30, n°2, p. 2.



**123 - Les moyens d'une réhabilitation de la forme simple de l'adoption.** La remise à l'honneur de l'adoption avec maintien du lien de filiation d'origine peut se réaliser à travers deux réformes qui sont liées. La première consiste à faire de l'adoption avec maintien du lien de filiation d'origine, une adoption de droit commun ou de principe et la seconde consistera à faire de la forme plénière de l'adoption, une adoption d'exception. Du coup, le prononcé de la forme "modeste" de l'adoption devenu le principe de droit commun (a), la forme radicale de l'adoption ou l'adoption substitution ne restera possible que dans de rares hypothèses lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige (b).

#### **a. Une adoption simple de droit commun**

**124 - Résurgence d'une doctrine.** Faire de l'adoption simple, l'adoption de droit commun, conduira à ressusciter les idées du Professeur RUBELLIN-DEVICHI<sup>196</sup>. Ces idées n'ont pas séduit en France mais sont adaptées aux contextes malien et sénégalais, favorables au principe du prononcé systématique d'une adoption simple.

**125 – Etat des différentes réformes en France.** Depuis quelques années, une partie de la doctrine française<sup>197</sup>, plaidant une revalorisation de l'adoption simple, a proposé une modification substantielle du droit français de l'adoption, laquelle modification aurait pour vocation de rendre systématique le prononcé d'une adoption simple. Cette dernière étant susceptible de conversion de plein droit en adoption plénière au bout d'un certain temps.

**126 - Les raisons d'une réforme.** Cette proposition, qui est l'œuvre du Professeur RUBELLIN- DEVICHI reposait sur deux raisons essentielles. La première a trait aux conséquences néfastes qui pourraient résulter du prononcé d'une adoption plénière. La

---

<sup>196</sup> Cet auteur propose, en France, depuis quelques années une modification d'importance du droit positif de l'adoption, qui rendrait systématique le prononcé d'une adoption simple, celle-ci pouvant être convertie de plein droit en adoption plénière après l'écoulement d'un certain délai. Mais sans notre proposition n'est pas de faire de l'adoption simple, un préalable indispensable, mais plutôt une adoption de droit commun. (Cf. RUBELLIN – DEVICHI (J.), « Droits de visite », RTD. Civ. 1988. 326 ; RTD. Civ. 1990. 263 ; Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption, D. 1991, chr., p. 209.

<sup>197</sup> Voir notamment RUBELLIN –DEVICHI (J.), « Droits de visite », préc. p. 209; BOULANGER (F.), Enjeux et défis de l'adoption – Etude comparative et internationale, *Economica*, 2001, p. 146, n° 107 ; HAUSER (J.) et HUET – WEILLER (D.), *La famille – Fondation et vie de famille*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 665, n° 918 ; MAZEAU (H.), (L.) et (J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil* -, La famille, t. I, vol. 3, 8<sup>ème</sup> éd. Par LEVENEUR (L.), Montchretien, 1995, n° 1059, p. 482. ; <sup>197</sup> GALLIARD (C.), *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, op. cit. , p.312. n° 445 et s. Plus récemment en 2014, Le rapport d'Irène THERY propose de rénover la dualité des formes de l'adoption héritée de la loi de 1966 en France en revalorisant l'adoption simple, et modernisant l'adoption plénière. (Cf. "Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle" Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, 2014, p.107).

seconde est relative à la possibilité pour l'enfant de participer activement à son propre adoption plénière.

S'agissant de la première raison évoquée, l'auteur note que « la fiction créée brutalement par l'adoption plénière se trouve d'autant plus difficile à admettre sur un plan général, que la filiation biologique est connue, ou peut l'être avec la plus grande certitude »<sup>198</sup>. Elle fustige cette mesure en affirmant que « l'assimilation totale immédiate qui entraîne l'éviction également totale immédiate de la famille d'origine conduit à des conséquences absurdes »<sup>199</sup>.

**127 - Position de la jurisprudence française.** La jurisprudence française semble aller dans ce sens. Ainsi, l'analyse de deux arrêts attestent de cette réalité.

Le premier est ancien. Il a permis de rejeter la fiction qui entoure l'adoption plénière. Dans son arrêt du 21 juillet 1987, la Cour de cassation a reconnu droit de visite aux grands-parents devenus étrangers vis-à-vis de leur petit fils, au motif que « l'existence d'une parenté réelle, même si elle n'est plus reconnue juridiquement entre les grands-parents par le sang et le petit-fils adopté en la forme plénière, est constitutive d'une situation exceptionnelle au sens de l'article 371-4 »<sup>200</sup>. Cette interprétation avait permis d'accorder aux grands-parents un droit de visite, qui devait s'entendre non seulement du droit d'aller voir l'enfant mais aussi du droit de l'héberger, de le recevoir à son domicile<sup>201</sup>. Il faut rappeler que cette jurisprudence est intervenue sous l'empire de la loi du 4 juin 1970 dont l'article 371-4, alinéa 2, du Code civil prévoyait qu' " en considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ". Le critère retenu ici était " l'existence de situations exceptionnelles ". Même si la rédaction de l' article 371-4 a été modifiée, la même solution devrait perdurer, fondée sur un autre critère : " l'intérêt de l'enfant ". Cette disposition de l'article 371-4 a été modifiée depuis l'entrée en vigueur le 19 mai 2013 de la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013-art.9. Ce même article, dans sa nouvelle version, dispose que: " Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables". Le critère qui

---

<sup>198</sup> RUBELLIN –DEVICHI (J.), *ibid.*

<sup>199</sup> RUBELLIN –DEVICHI (J.), *ibid.*

<sup>200</sup> RUBELLIN –DEVICHI (J.), *RTD. Civ.* 1990. 264.

<sup>201</sup> *Civ. 1ère*, 5 mai 1996, *Bull. civ. I*, n° 112. V. Dans le même sens, Cour d'appel de Montpellier 10 chambre section C2 , Audience du 19 février 2014, N° de RG: 13/01770, Légisfrance.

permet désormais au juge d'accorder un droit de visite n'est donc plus l'existence d'une situation exceptionnelle mais la conformité de l'exercice d'un tel droit avec l'intérêt de l'enfant. Les droits qui peuvent être invoqués par les grands-parents sont " moins des droits subjectifs que des droits-fonctions tournés vers la satisfaction de l'intérêt de l'enfant "<sup>202</sup>. En conséquence, quelle que soit la rédaction de l'article 371-4 du Code civil, il faut relever qu'en reconnaissant le maintien de relations personnelles aux grands-parents et, partant, à l'ensemble des membres de la famille par le sang, la Cour de cassation a " posé ainsi une limite de taille à la fiction qui sous-tend le principe de la rupture totale avec la famille d'origine posé par l'article 356 du Code civil "<sup>203</sup>. Le maintien du lien de fait montre à l'évidence que la disparition du lien de droit n'est qu'une fiction.

Le second, plus récent, est l'œuvre de la Cour d'appel de Paris<sup>204</sup>. Dans cet arrêt, la Cour, tout en constatant que les conditions de l'adoption plénière étaient remplies, a prononcé l'adoption simple plutôt que l'adoption plénière voulue par les requérants. La cour a justifié cette décision par le fait que l'enfant avait une sœur confiée à une famille d'accueil avec laquelle des liens ont été maintenus et un jeune frère confié aux requérants de sorte que l'adoption plénière n'apparaissait pas conforme à l'intérêt de l'enfant, celle-ci opérant une rupture complète et irrévocable des liens de filiation avec la famille biologique. La Cour d'appel de Grenoble avait déjà statué en ce sens le 3 septembre 2007<sup>205</sup>.

S'agissant de la seconde raison, M. MONREDON estime qu'une telle proposition permettra à un enfant adopté sous la forme simple de pouvoir participer à son propre adoption plénière : « *Dans une procédure où l'enfant n'a que peu de droit à la parole, et dans une optique conforme à une volonté d'apporter une plus grande autonomie aux mineurs par la reconnaissance de droits propres, l'adoption simple, mesure transitoire vers une adoption plénière ultérieurement librement acceptée, apparaît la seule voie qui correspondrait à ces objectifs* »<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> MURAT (P.), note sous Civ. 1ère, 16 juillet 1997, Dr. fam. 1997, comm. n° 173. V. En ce sens FULCHIRON (H.), L'autorité parentale renouvelée - commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, Defrénois 2002, art. 37580, p. 959, et GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002, Dr. fam., 2002, chr. n° 24.

<sup>203</sup> RUBELLIN-DEVICHI (J.), " L'adoption de l'enfant du conjoint ", RTD. civ. 1988.714.

<sup>204</sup> CA de Paris – 3 mai 2012 – RG n° 11/17010.

<sup>205</sup> C.A. Grenoble, 3 septembre 2007, R.G. no 06 / 03160.

<sup>206</sup> MONREDON (E.), *L'adoption aujourd'hui*, J.C.P 1992 I 3607, n° 49.

**128 – Une objection.** Si la proposition du Professeur RUBELLIN-DEVICHI a le grand mérite d'attirer l'attention sur les conséquences néfastes que pourraient engendrer certaines décisions d'adoption plénière et d'ouvrir la voie vers une moralisation du prononcé de l'adoption plénière à travers une prudence imposée au juge, elle ne revalorise pas pour autant l'adoption simple.

Au contraire, elle fait de cette dernière, une adoption à l'essai. L'adoption simple ici est considérée comme une pré-adoption, un engagement d'adoption plénière à l'essai.

Une telle mesure présente le risque de rendre instable l'état de l'enfant et aggrave sa vulnérabilité. Aussi, en permettant une conversion de plein droit de l'adoption simple en adoption plénière après l'écoulement d'un certain temps, la filiation adoptive risque-t-elle de se complexifier. Le souci de l'auteur pourrait avoir satisfaction avec l'instauration future et souhaitable d'un placement avant le prononcé de l'adoption simple, tel que cela existe en matière d'adoption plénière. Cette période de placement étant considérée comme une période de test pour mesurer la capacité de l'adoptant à satisfaire aux besoins<sup>207</sup> de l'enfant, ou du moins à combler les attentes de l'enfant qui lui est confié de façon provisoire.

**129 - Solution prospective.** La solution la mieux adaptée, nous semble-t-il, serait de retenir, comme principe, le prononcé systématique de la forme simple de l'adoption et d'ouvrir la « fenêtre » de l'adoption plénière à titre exceptionnel pour certains types d'enfants, notamment ceux qui n'ont aucune chance ou qui ont perdu tout espoir de retrouver un jour leurs parents d'origine et qui ne sauraient rester éternellement dénués de tout lien de filiation.

#### **b. Une adoption plénière exceptionnelle**

**130 - Les bénéficiaires de l'adoption plénière.** Les enfants en faveur de qui une décision d'adoption plénière peut être prononcée à titre exceptionnel seraient uniquement les enfants déclarés abandonnés et sans parents connus, c'est à dire les enfants dont la filiation n'a pu être identifiée en raison des circonstances dans lesquelles ils ont été recueillis. Seraient donc exclus du bénéfice de l'adoption plénière et ce, en raison de leur droit à la connaissance de leur origine et de leur droit à la préservation de leur lien familial d'origine, les enfants dont les père et mère consentent à leur adoption plénière. En effet, nous pensons qu'il est inadmissible qu'un parent puisse décider volontairement de mettre "un trait" sur le lien de filiation qui l'unit à son enfant. D'ailleurs, l'abandon d'enfant est considéré au Mali comme un délit<sup>208</sup>. Une

---

<sup>207</sup> Il s'agit ici des besoins affectifs et matériels dont l'enfant a besoin.

<sup>208</sup> L'article 219 du Code pénal malien dispose que : " Celui qui aura volontairement abandonné, dans des conditions telles que son salut dépende du hasard, un enfant ou un incapable de se protéger soi-même, ou qui aura volontairement interrompu la fourniture d'aliments ou les soins qui lui étaient dus, sera, s'il en est résulté

telle mesure, en plus de redorer le « le blason » de la forme simple de l'adoption, a le mérite de moraliser l'institution de l'adoption, qui, faut-il le rappeler, a pour finalité primordiale de donner une famille à un enfant qui n'en a pas ou n'en a plus et non le contraire.

Ces réformes seraient le gage d'un regain de considération pour la forme « modeste » de l'adoption. Une telle considération ne serait cependant possible que si le régime de cette forme d'adoption à effets limités était auparavant renforcé.

**131 - Le renforcement du régime de l'adoption limitée.** L'adoption limitée, compte tenu de ses spécificités, s'est vue attribuée, avec juste raison, un régime différent de celui de l'adoption plénière. Cette différence s'exprime surtout par une certaine flexibilité des conditions et des effets de la forme simple de l'adoption. Si cette souplesse a le mérite de simplifier et, par conséquent, de faciliter l'adoption de certains enfants en besoin familial, elle présente cependant l'inconvénient majeur de ne pas protéger suffisamment l'enfant qui en fait l'objet. Ce déficit de protection de l'enfant apparaît notamment dans certaines des conditions et certains des effets de l'adoption limitée. Pour remédier à cette situation et revigorer l'adoption limitée, il serait souhaitable non seulement de réaménager certaines conditions de l'adoption limitée, mais également certains de ses effets dans le sens d'une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant.

**132 - Le réaménagement des conditions de l'adoption limitée.** L'adoption limitée, tout comme l'adoption plénière, vise la constitution ou la consolidation d'une relation parentale. Afin de revaloriser l'adoption limitée en tant que filiation additive fondée sur l'intérêt de l'enfant, certaines modifications devraient être envisagées pour rapprocher les deux types d'adoption. Par exemple, le recueil préalable et le placement en vue de l'adoption permettraient de s'assurer de l'adaptation de l'enfant à sa nouvelle famille avant le prononcé de l'adoption, s'il ne vit pas déjà au sein de cette famille<sup>209</sup>. A cet égard, il est regrettable qu'aucune disposition, dans les droits positifs malien et sénégalais, ne fait mention d'un

---

une mutilation, une infirmité ou une maladie permanente, puni de cinq à dix ans de réclusion. Lorsque l'abandon aura occasionné la mort, l'action sera considérée comme meurtre et punie comme telle.

*S'il est résulté de l'abandon d'une maladie ou incapacité de plus de vingt jours, la peine sera de un à cinq ans d'emprisonnement.*

Dans les autres cas, la peine sera de un à trois ans d'emprisonnement. " V. La Loi n° 01-079 du 20 août 2001 portant Code pénal au Mali.

<sup>209</sup> Le placement fait partie du train de mesures nouvelles visant à réduire sinon à tarir les conflits autour de l'enfant à adopter et à assurer ainsi une meilleure intégration de cet enfant dans sa famille nouvelle. Le législateur ne l'a prévu que pour l'adoption plénière et d'ailleurs, même dans cette hypothèse, il n'est pas toujours un préalable nécessaire. L'étude du placement sera développée dans le chapitre 2 du présent titre.

accueil préalable de l'adopté simple au foyer des adoptants. L'objectif recherché dans le placement pré-adoptif étant de s'assurer du succès de la rencontre entre adopté potentiel et adoptant potentiel et la garantie que ce dernier s'occupera bien de l'adopté futur, il serait dès lors pertinent de prévoir une phase pré-adoptive pour l'adoption limitée, quitte à l'aménager en la réservant uniquement aux enfants mineurs.

**133 - Avantages.** Ces aménagements de fond permettront à l'adoption limitée d'être réhabilitée et revitalisée et de pouvoir répondre plus adéquatement aux besoins de certains enfants que ne le ferait l'adoption plénière. Le principal critère de distinction pour déterminer laquelle de l'adoption limitée ou de l'adoption plénière est la plus appropriée devrait être la présence ou l'absence de liens significatifs - réels ou symboliques - avec les parents d'origine. Une telle démarche ne peut se réaliser sans que soit abandonnée une hiérarchisation qui ne convient plus à la conception moderne de l'adoption. D'une part, les considérations patrimoniales sont devenues marginales dans les cas d'adoption des mineurs. D'autre part, l'importance du maintien du lien d'origine pour assurer le développement identitaire et harmonieux de certains enfants justifie de se défaire des conceptions héritées du passé.

Le législateur malien devrait envisager d'introduire, comme son homologue sénégalais l'a fait, une adoption filiation aux effets limités pour permettre à l'institution de donner une réponse satisfaisante aux besoins de certains enfants.

**134 - Implications.** Ces démarches impliquent toutefois de se tourner vers l'enfant d'abord et avant tout, afin de déterminer, au cas par cas, quel est le mécanisme juridique le mieux en mesure de répondre à ses besoins, ses droits, son intérêt. Au demeurant, le renforcement de certains effets de l'adoption limitée pourrait conduire à l'établissement d'une forme nouvelle d'adoption limitée réhabilitée et beaucoup plus soucieuse de l'intérêt de l'enfant.

**135 - Le réaménagement des effets de l'adoption limitée : Généralités.** Les effets de l'adoption limitée à l'égard de la famille d'origine se restreignent principalement aux droits héréditaires<sup>210</sup> et à l'obligation alimentaire subsidiaire<sup>211</sup>. Néanmoins, l'adjonction du nom de l'adoptant à celui d'origine de l'adopté<sup>212</sup> traduit la double appartenance familiale de ce

---

<sup>210</sup> Article 247 alinéa 1 du Code sénégalais de la famille.

<sup>211</sup> Voir article 263 in fine du Code sénégalais de la famille : « Dans l'adoption limitée, lorsque cette obligation alimentaire, restreinte à l'adoptant et l'adopté, ne peut être exécutée, l'adopté peut réclamer des aliments à sa famille d'origine ».

<sup>212</sup> Voir article 6 al. 2 du Code sénégalais de la famille : « L'enfant faisant l'objet d'une adoption limitée porte le nom de l'adoptant qu'il ajoute à son nom de famille; cependant le juge peut, dans l'intérêt de l'enfant, décider

dernier. Ainsi, l'enfant adoptif porte le nom de l'adoptant qu'il ajoute à son nom de famille. Il porte alors deux noms patronymiques<sup>213</sup>. Mais, en revanche, le Code sénégalais de la famille ne fait aucunement mention d'un éventuel droit de visite pouvant être accordé aux membres de la famille d'origine qui se fonderait sur le maintien du lien de droit entre eux et l'adopté. En transférant toutes les prérogatives de puissance paternelle aux adoptants, la loi laisse entre les mains de ces derniers le soin de décider si l'enfant doit continuer à entretenir ou non des liens avec sa famille d'origine. Pour remédier à cette maladresse législative et restaurer à l'adoption limitée sa finalité, il urge pour le législateur d'accorder un droit de visite à la famille d'origine de l'adopté lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie. Par ailleurs, le succès de l'adoption limitée passerait-il d'une part, par la remise en cause de la substitution du nom de l'adoptant à celui de l'adopté<sup>214</sup>, et, d'autre part, par un renforcement des droits successoraux résultant de l'adoption limitée.

### **136 - La remise en cause de la substitution du nom de l'adoptant à celui de l'adopté.**

L'absence de rupture avec la famille par le sang et le rattachement à la famille adoptive font qu'une superposition du nom de l'adopté au nom de l'adoptant a, en principe, lieu<sup>215</sup>. Il symbolise aux yeux des tiers, comme à ceux de l'adopté lui-même, l'existence de sa double filiation. Cependant, le législateur permet de violer ce principe dans la mesure où il pose une exception à l'alinéa 2 in fine de l'article 6 du Code sénégalais de la famille. Il s'agit de la possibilité offerte au juge de substituer au nom de l'adopté celui de l'adoptant<sup>216</sup>. Cette faculté vise, sans l'assumer, à contourner le port du nom de la famille d'origine au profit du nom de la famille adoptive en mobilisant la notion d'intérêt de l'enfant. Elle pourrait être considérée légitimement comme une contradiction avec l'existence du double lien consacré par l'adoption limitée. En effet, la finalité de l'adoption limitée étant de conserver les racines de l'enfant, cette exception vient remettre en cause l'essence même de cette forme d'adoption.

---

qu'il portera seulement le nom de l'adoptant ». V. SIDIBE (A. Sow). -" Droit Civil, Droit sénégalais, Introduction à l'étude du droit, état des personnes, famille ", éd. CREDILA, 2014, p 136.

<sup>213</sup> SIDIBE (A. Sow). *ibid.*, p. 136.

<sup>214</sup> En effet, il nous semble que le droit positif en la matière, constitue une source d'équivoque au niveau de l'institution de l'adoption limitée dont l'un des effets consiste à conserver les liens avec la famille d'origine.

<sup>215</sup> Cf. Art. 6 al.2 du Code sénégalais de la famille

<sup>216</sup> Selon l'alinéa 2, in fine, de l'article 6 du Code de la famille du Sénégal, « L'enfant faisant l'objet d'une adoption limitée porte le nom de l'adoptant qu'il ajoute à son nom de famille; cependant le juge peut, dans l'intérêt de l'enfant, décider qu'il portera seulement le nom de l'adoptant. »

Dès lors, cette contradiction porterait atteinte à l'identité d'origine de l'enfant, sans toutefois garantir la stabilité de la nouvelle identité<sup>217</sup>.

**137 - L'exemple français.** En France un débat voisin est entretenu par la jurisprudence et par la doctrine. En effet, en France, l'ordre des noms en matière d'adoption simple a toujours suscité des interprétations diverses alors qu'il semble que l'article 363, alinéa 1, pose un principe d'antériorité en affirmant la primauté du rattachement par le sang<sup>218</sup>. Ainsi, une jurisprudence antérieure<sup>219</sup> et une partie de la doctrine ont considéré dans un premier temps que les règles régissant le nom étaient impératives et qu'à ce titre, on devait s'en tenir à une interprétation littérale du texte. Puis, dans un second temps, une jurisprudence plus récente et plus libérale, a déduit de la possibilité de supprimer le nom d'origine, celle d'inverser les noms<sup>220</sup>. Pour entériner cette jurisprudence, une proposition de loi avait été faite<sup>221</sup>.

**138 - Critique d'une éventuelle introduction de la solution française au Mali et au Sénégal.** La solution française a l'inconvénient de mettre en retrait les droits des parents biologiques au profit de ceux des parents adoptifs qui peuvent demander au juge que l'adopté porte seulement leur nom. La substitution du nom de l'adoptant à celui de l'enfant adopté sous la forme limitée devient source d'ambiguïté dans l'institution de l'adoption limitée. Aussi, le rattachement symbolisé par le nom devient-il une mascarade et, par conséquent, n'a plus lieu d'être dans le cadre d'une adoption limitée. Par conséquent, il serait préférable de

---

<sup>217</sup> Cela est tout à fait vrai qu'en cas de révocation, l'enfant ne retrouvera plus son patronyme originaire. V. en ce sens, LEBIHANGUENOLE (M.), La révocation de l'adoption : JCP G 1991, I, 3539. Aussi, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 janv. 1996, préc. – MURAT (P.), La révocation de l'adoption simple ou les illusions perdues, note ss CA Limoges, 21 nov. 1996 : Dr. fam. 1997, comm. n° 136.

<sup>218</sup> L'article 363 du Code civil français, siège de la matière, a été modifié par la loi du 17 mai 2013. Selon l'alinéa 1<sup>er</sup> du texte, l'adopté simple mineur conserve son nom d'origine auquel est accolé le nom de l'adoptant. Toutefois, à la demande de l'adoptant, le tribunal peut décider que l'adopté ne portera que le nom de celui-ci, autrement dit perdra son nom d'origine. Le consentement de l'adopté de plus de treize ans est requis pour cette substitution, alors qu'il ne l'est pas pour l'adjonction qui constitue le droit commun. (V. Dalloz Action 2014-2015, p. 797, n°222.90.).

<sup>219</sup> TGI Dijon, 4 déc. 1973 : Gaz. Pal 1974, 1, jur. p. 198, concl. M. GARNIER ; RTD civ. 1974, p. 797, obs. R. NERSON.

<sup>220</sup> V. en ce sens, CA Douai 10 mai 1989 : D. 1991, jur. p. 205, note approbative P. GUILHO.

<sup>221</sup> Cette proposition de loi visait à modifier l'article 363 du Code civil relatif à l'adoption simple : J.-J. Weber (présenté par) : JOAN Rapp. 1999 n° 1437. L'auteur propose de rajouter un alinéa ainsi rédigé : « En outre dès lors que l'adoptant est l'époux de la mère de l'adopté, et à la demande conjointe du futur adoptant et de la mère du futur adopté, l'adoption confèrera à l'enfant le nom de l'adoptant, qui précèdera celui de l'adopté ».



reconnaitre à l'enfant adopté sous la forme limitée, le droit à la préservation de son nom d'origine et de son prénom<sup>222</sup> qui demeurent des attributs de sa personnalité.

**139 - Critique du droit positif sénégalais sur le sujet.** Alors que l'adopté virtuel était en droit d'attendre de l'adoption limitée, une technique propre à lui conférer une nouvelle famille tout en sauvegardant son identité et ses origines, on constate qu'elle est déformée au détriment de son intérêt, que l'article 6, alinéa 2 du Code sénégalais de la famille permet au juge d'écarter le nom d'origine de l'enfant au nom de l'intérêt de celui-ci. Cette disposition permet ainsi au juge de dissimuler volontairement les origines de l'enfant en lui occultant son nom alors qu'il est le seul élément concret de sa personnalité. Sur ce point, la jurisprudence française est édifiante.<sup>223</sup> Aussi, dénonçant cette situation en France, un auteur n'a pas manqué de souligner que « si une intégration plus complète *de l'adopté simple au sein de sa famille de substitution* est de meilleure augure, il ne faut pas pour autant dissimuler ses véritables liens. »<sup>224</sup>.

**140 - Proposition de réécriture de l'article 6 du Code sénégalais de la famille.** Nous suggérons la formulation suivante: "L'adopté simple conserve son nom d'origine. Il peut, si cela va dans son intérêt, ajouter, à son nom d'origine, le nom de l'adoptant. Toutefois, l'adoption simple ne doit en aucune manière, permettre de dissimuler l'identité ou l'origine de l'adopté." La même disposition devrait être introduite dans la législation malienne.

Une fois l'identité de l'enfant adopté sous la forme limitée restaurée à travers une remise en cause du dispositif actuel de l'article 6 du Code sénégalais de la famille, un réaménagement des règles successorales permettrait, dans un second temps, une meilleure intégration de l'adopté dans la famille de l'adoptant et par conséquent, contribuerait à redorer l'image de l'adoption limitée.

**141 - Le renforcement des droits successoraux résultant de l'adoption limitée.** Les droits successoraux qui résultent de l'adoption légale, sont dans une grande mesure, subordonnés au système successoral en place. Ainsi, de façon générale, les systèmes inspirés du droit

---

<sup>222</sup> L'article 9 du Code sénégalais de la famille intitulé "Changement de prénom" dispose que « Les prénoms de l'enfant figurant dans son acte de naissance peuvent être modifiés par jugement en cas d'intérêt légitime et, en cas d'adoption, sur la seule demande de l'adoptant ».

<sup>223</sup> V. **Cour de cassation chambre civile 1, Audience publique du mercredi 4 mars 2015, N° de pourvoi: 13 27757**, inédit., Légisfrance. Rejet de la demande d'un adopté qui refusait toute modification de son patronyme et qui n'acceptait pas l'adjonction du nom de l'adoptant.

<sup>224</sup> LAMBERT- GARREL (L.), op-cit. p. 158, n° 301.

musulman n'organisent pas les rapports successoraux dans la relation adoptive. Au contraire, les systèmes dits « modernes » et inspirés du droit français réglementent les conséquences successorales de l'adoption. Aussi, dans le souci de concilier les réalités socioculturelles et l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur sénégalais a semble-t-il opté pour une solution intermédiaire faisant coexister les systèmes de droit « moderne » et de droit « musulman ». Si, au Sénégal, les effets successoraux de l'adoption limitée sont les mêmes que ceux de l'adoption plénière,<sup>225</sup> en revanche, le législateur prévoit un système d'option concernant l'adoption limitée. Ce système d'option consiste pour les candidats à l'adoption limitée à choisir, soit l'adoption sans vocation successorale, soit l'adoption avec vocation successorale.

**142 - Adoption sans vocation successorale.** Dans ce type d'adoption, l'adopté et ses descendants n'ont aucun droit dans la succession de l'adoptant. Si l'adopté meurt sans descendants, sa succession entière est déferée à sa famille d'origine. Nonobstant la stipulation de l'exclusion du bénéfice de vocation successorale, l'adoptant peut gratifier l'adopté et ses descendants par donations et legs.<sup>226</sup>

**143 - Adoption avec vocation successorale.** Dans cette forme d'adoption, et, à défaut de la stipulation indiquée à l'article 250<sup>227</sup>, l'adopté et ses descendants succèdent à l'adoptant ou, en cas d'adoption conjointe, à chacun des adoptants, avec les mêmes droits qu'un enfant légitime ou ses descendants.<sup>228</sup>

**144 - Les ambivalences d'une telle option.** L'option de statut successoral souscrite par l'adoptant sera déterminante pour la reconnaissance ou non de droits successoraux dans la famille adoptive. Si l'adoptant et l'adopté souhaitent se reconnaître mutuellement des droits successoraux, ils devront opter pour les successions de droit moderne. Cette solution sénégalaise, a l'avantage de prendre en compte certaines sensibilités socioculturelles locales mais, elle présente deux inconvénients majeurs de nature à porter atteinte à certains droits fondamentaux de l'enfant. Le premier inconvénient se justifie par le fait qu'elle opère une discrimination entre les enfants ayant fait l'objet d'une adoption limitée, certains bénéficient de la succession de leurs parents adoptifs et d'autres s'en trouvent écartés. Le second réside

---

<sup>225</sup> Voir Art. 539 et 540 du Code sénégalais de la famille.

<sup>226</sup> Cf. article 250 du Code sénégalais de la famille

<sup>227</sup> L'article 250 dispose que : « S'il a été stipulé que l'adoption était pratiquée sans bénéfice de vocation successorale, l'adopté et ses descendants n'ont aucun droit dans la succession de l'adoptant.

Si l'adopté meurt sans descendants, sa succession entière est déferée à sa famille d'origine.

Nonobstant la stipulation de l'exclusion du bénéfice de vocation successorale, l'adoptant peut gratifier l'adopté et ses descendants par donations et legs.

<sup>228</sup> Cf. article 251 du Code sénégalais de la famille

dans le fait que pour l'appréciation de l'adoption sans vocation successorale, le législateur ne tient pas compte de la situation spécifique de l'enfant. En effet, le mineur qui n'a pas la possibilité de consentir personnellement à une telle option se verra imposer une mesure qu'il n'aurait pas forcément souhaitée.

**145 - Solutions prospectives.** Outre les inconvénients sus évoqués, le fait pour le législateur sénégalais de ne retenir l'hypothèse de l'adoption sans vocation successorale que lorsque l'adoption est limitée n'est pas de nature à valoriser cette forme d'adoption. Par conséquent, il serait souhaitable d'uniformiser le système successoral de l'adoption au Sénégal. Pour y arriver, le législateur sénégalais pourrait s'inspirer du modèle français, lequel offre une situation globalement satisfaisante à l'adopté simple dans la famille adoptive.

**146 - La position de la jurisprudence française.** La jurisprudence française a de façon constante assimilé l'enfant adopté simple à un enfant légitime<sup>229</sup>, en considérant notamment que l'enfant adopté, lorsqu'il était en concours avec des enfants adultérins, bénéficiait des règles de protection prévues aux articles 760 et 915 du Code civil<sup>230</sup>.

**147 - La législation française.** L'article 368 du Code civil français a considérablement étendu la vocation successorale de l'adopté simple au sein de la famille de l'adoptant. Ainsi, il permet à l'adopté simple de venir à la succession des père et mère de l'adoptant, de son chef ou par représentation. Il peut de même être appelé à la succession des frères et sœurs de l'adoptant.

**148 - Les solutions maghrébines.** Par ailleurs, si la succession est dévolue selon le droit musulman, la jurisprudence pourrait, malgré tout, être déterminante pour l'octroi de droits successoraux à l'enfant adoptif. Les juges sénégalais s'inspireraient alors des solutions admises par leurs homologues maghrébins qui reconnaissent à l'adopté des droits de légataire d'une part d'enfant, sans que celle-ci puisse dépasser le tiers de la succession correspondant à la quotité disponible. Une solution à peu près identique serait souhaitable en droit sénégalais où le législateur prévoit expressément et régit la filiation adoptive. Les juges sénégalais devraient même aller plus loin que leurs homologues des pays musulmans en ne limitant pas les droits de l'enfant à la quotité disponible. Celui-ci serait assimilé au légataire de l'article

---

<sup>229</sup> Par exemple, en présence d'une clause de retour prévue en cas de prédécès du donataire insérée dans une clause de partage (Paris, 7 novembre 1990, Juris-Data n° 024757. V. Dans le même sens Cour de cassation Chambre civile 1, 9 Juillet 2014, N° 13-19.013, JurisData )

<sup>230</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 1982, D. 1983.445, note FLOUR (Y.) et GRIMALDI (M.), v. dans le même sens Cour de cassation, Chambre civile 1, Audience publique du 8 octobre 1985, bull. 1985, n° 249 p. 224.

220, alinéa 2 du Code sénégalais de la famille, à savoir l'enfant naturel qui, en droit sénégalais des successions musulmanes n'hérite pas de son père, mais est légataire d'une part égale à celle d'un enfant légitime.

**149 - L'application du système successoral de droit moderne.** Au demeurant, toute cette « acrobatie intellectuelle » devienne inutile lorsque le système successoral de droit dit moderne est applicable. Ses règles sont à peu près les mêmes qu'en droit français. Que l'adoption soit plénière ou limitée, l'adopté a dans la famille de l'adoptant les mêmes droits qu'un enfant légitime. L'adoptant également hérite de l'adopté.

**150 - Conclusion.** Les différents aménagements sus évoqués permettraient incontestablement de mettre fin définitivement au rapport de suprématie qui est malencontreusement entretenu entre les deux formes juridiques de l'adoption, et, généralement, en défaveur de sa forme simple. Ils permettront également d'instaurer au Mali, à l'instar du Sénégal et de la France, un système dual en matière d'adoption filiative (adoption filiation plénière et adoption filiation simple). Cette proposition s'inscrit dans la perspective d'une large protection des différentes catégories d'enfants maliens en besoin d'adoption. Ces derniers se verront appliquer tel ou tel type d'adoption selon leurs besoins et leurs conditions spécifiques.

## CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

**151** -Un remodelage adapté de la typologie législative de l'adoption hérité du droit français passerait par deux types de réformes. La première réforme consisterait à relativiser le modèle plénier de l'adoption. Une telle réforme exigerait la remise en cause de l'irrévocabilité de la forme plénière de l'adoption. L'absolutisme de cette dernière pourrait en effet être écarté. Concrètement, une action en révocation de la forme plénière de l'adoption pourrait de lege ferenda être introduite dans les droits malien et sénégalais. Elle devrait être rigoureusement encadrée et soumise à la réunion de deux conditions cumulatives: la démonstration de motifs graves et l'existence d'un nouveau projet d'adoption. La révocation de la forme plénière de l'adoption permettrait ainsi de donner une seconde chance à l'enfant dont l'adoption se révèle être un échec. La seconde réforme viserait à revaloriser la forme simple de l'adoption. Cette revalorisation ne devrait aboutir à un rééquilibrage des deux formes d'adoption précitées. Ce rééquilibrage suppose deux modifications. La première consiste à faire de la forme simple de l'adoption, une adoption de droit commun, la forme plénière de l'adoption ne serait que l'exception. La seconde consisterait à renforcer le régime de l'adoption simple. Toutefois, ces réformes ne pourront aboutir à une remise à l'honneur de cette forme d'adoption que si elles s'accompagnent d'un changement des mentalités. Aujourd'hui, les candidats privilégient trop souvent, l'appropriation exclusive d'un enfant<sup>231</sup>.

Au demeurant, l'application tous azimuts des différentes formes d'adoptions précitées pose un certain nombre de problèmes qu'il convient d'étudier afin de proposer des perspectives de solutions

---

<sup>231</sup> LAMMERANT (I.), L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 667, n° 758.



## **Chapitre 2. Réflexions sur l'application de l'adoption**

**152 - Le bien-fondé.** L'analyse des législations malienne et sénégalaise relativement à l'application de l'adoption laisse planer quelques doutes sur la volonté des législateurs malien et sénégalais à faire de l'adoption une institution dédiée à la protection de l'enfance. Ainsi, si certaines incohérences dans les critères d'éligibilité pour accéder à la qualité d'enfant adoptable et à celle de parent adoptif sous la forme simple ou plénière peuvent être observées, la consécration inopportune d'un lien d'adoption créateur de filiation dans certaines hypothèses révèle les insuffisances des systèmes en place. Or, ces insuffisances sont de nature à compromettre l'effectivité même des droits de l'enfant en matière d'adoption. Le droit interne de l'adoption précédemment décrit est appliqué de façon spécifique à deux réalités de l'adoption contemporaine: l'adoption à l'intérieur du cadre familial de l'enfant ou adoption intrafamiliale, et l'adoption hors du cadre familial de l'enfant ou adoption extrafamiliale. C'est donc à l'aune de ces deux réalités de l'adoption que nous nous interrogerons sur la logique des droits malien et sénégalais. Au regard des constats déjà dégagés, il conviendrait d'examiner, d'une part, l'incongruité de l'adoption filiative dans un cadre intrafamilial (section 1) et, d'autre part, la consécration souhaitable de l'adoption filiative dans un cadre hétéro-familial (section 2).

### **Section 1. L'incongruité de l'adoption filiative intrafamiliale**

**153 - Justifications.** Par adoption filiative, il faut comprendre qu'il s'agit de toute adoption créatrice d'un lien de filiation entre adoptant et adopté. Une telle adoption à l'intérieur de la famille par le sang de l'enfant ne nous paraît pas souhaitable. Cette forme d'adoption peut constituer un vecteur de bouleversement de l'ordre généalogique de l'enfant. Elle relève d'une

réalité sociale très différente de celle de l'adoption en dehors du cadre familial de l'enfant. Dans l'adoption filiative intrafamiliale, les deux familles, d'origine et adoptive, ne sont ici pas distinctes; elles coïncident partiellement ou totalement, en droit ou en fait. Par l'adoption de son propre enfant, la mère d'origine en devient la mère adoptive. Dans l'adoption de l'enfant du conjoint, le mari de la mère d'origine (le plus souvent) devient père adoptif de son beau-fils ou de sa belle-fille. Dans l'adoption par un membre de la famille élargie, l'adoptant, de même que les père et mère, appartiennent à la fois à la famille d'origine de l'enfant et à sa famille adoptive; par exemple, l'oncle d'origine devient père adoptif, tandis que le père d'origine devient oncle adoptif. Après l'analyse des excès de cette forme d'adoption (paragraphe 1), il conviendra de proposer les remèdes aux excès de l'adoption filiative intrafamiliale (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Les excès de l'adoption filiative au sein de la parenté**

**154 - Généralités.** Dans les contextes malien et sénégalais, la possibilité légale de mettre en œuvre une adoption avec création de liens de filiation, d'un enfant dans sa propre famille semble contredire non seulement la finalité première de l'adoption<sup>232</sup> telle qu'inspirée du modèle français de l'adoption, mais également sa définition<sup>233</sup>. Pourtant les législateurs malien et sénégalais, suivis par les juges de ces deux pays, semblent accorder leur faveur à cette forme d'adoption<sup>234</sup>. Pour mettre en lumière les excès de cette forme d'adoption, il convient de distinguer l'adoption au sein de la famille nucléaire (A) et l'adoption au sein de la famille élargie (B).

#### **A. Adoption et famille nucléaire**

**155 - Hypothèses.** Dans l'hypothèse de l'adoption filiative au sein de la famille nucléaire, il faut observer que les droits malien et sénégalais n'excluent a priori ni l'adoption de son propre enfant naturel (1), ni celle de l'enfant de son conjoint (2).

---

<sup>232</sup> En France, la finalité assignée à l'adoption est celle de donner une famille à un enfant qui en est dépourvue.

<sup>233</sup> La filiation adoptive est souvent définie comme un moyen légal visant à établir un lien de filiation juridique entre des personnes qui sont étrangères l'une de l'autre.

<sup>234</sup> L'adoption de l'enfant du conjoint bénéficie d'une réglementation plus souple par rapport à l'adoption ordinaire.



## 1. Le prononcé contestable de l'adoption de son enfant naturel

**156 - Critique des droits maliens et sénégalais.** D'après Mme LAMMERANT, l'institution juridique de l'adoption a essentiellement été conçue, et l'est encore dans les travaux parlementaires et internationaux récents, dans l'optique de l'adoption hétérofamiliale. Il s'agit de consacrer la création d'une vie familiale entre des personnes qui n'étaient auparavant liées ni par la parenté ni par l'alliance ni, en principe, par aucune vie familiale<sup>235</sup>. En revanche, et en pratique, « *la technique de l'adoption est de plus en plus souvent utilisée entre personnes déjà liées par une vie familiale, voire même par un lien de parenté ou d'alliance, et au profit d'enfants qui, non seulement ne sont pas dépourvus de famille, mais font même parfois l'objet de conflits entre des (trop nombreux) membres de leur famille désireux de les éduquer* »<sup>236</sup>.

**157 - Position des droits étrangers.** En occident, un certain nombre de systèmes juridiques dont celui de la France, connaissent l'adoption, dite de régularisation, de son propre enfant par l'un de ses auteurs, voire par les deux<sup>237</sup>. Cette possibilité a été fréquemment utilisée dans les pays où elle existe afin d'améliorer le statut des enfants nés hors mariage, lorsqu'ils sont discriminés par la législation par rapport aux enfants légitimes<sup>238</sup>. Critiquant l'existence de ce type de discrimination au Sénégal, le Doyen NDIAYE souligna, à juste titre, que " Le Code de la famille reste encore englué dans *les pesanteurs de l'illégalité et à contre-courant de la science concernant les droits de l'enfant naturel* "<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> LAMMERANT (I.), L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé, Thèse Université Catholique de Louvain, 2001, p. 250 et s., n° 207.

<sup>236</sup> Lammerant (I.), *ibid.* p. 253, n°209.

<sup>237</sup> Cf. LAMMERANT (I.), *op.cit.* p. 205, n° 171.

<sup>238</sup> En France, ce type d'adoption ne se justifie plus dans la mesure où elle ne présente plus d'intérêt depuis la fin de la discrimination entre enfant en raison de leur naissance. En effet, pour la France, toute différence de traitement entre les enfants paraissait d'autant plus inégalitaire que ce pays avait alors été condamnée par la CEDH en 2000 dans l'arrêt *Mazureck*, la Cour jugeant discriminatoire la loi française. Cette distinction a donc été abrogée d'abord par la loi du 4 mars 2002 qui a modifié l'autorité parentale. Celle-ci avait énoncé que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

Une autre réforme importante a été réalisée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, elle-même ratifiée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 lui conférant une valeur législative et de manière rétroactive. Elle a entériné la législation en vigueur, dès lors qu'étaient abolies les catégories d'enfant légitime et d'enfant naturel présentes dans le Code civil depuis 1804. V. également, à propos de l'inutilité de l'adoption de son propre enfant, SALVAGE-GEREST, *Droit de la famille*, Dalloz Action 2014-2015, *op. cit.* p. 806 et s.

<sup>239</sup> NDIAYE (I.Y.), " Filiation de l'enfant naturel (né en dehors du mariage). Une identité incertaine, des droits non assurés ". Communication lors du symposium sur l'harmonisation du Code sénégalais de la famille avec la Constitution et les conventions internationales, Dakar, 2009.

**158 - Une adoption possible au Sénégal mais impossible au Mali.** Au Mali et au Sénégal, si les textes ne prévoient pas expressément la possibilité pour un parent d'adopter son enfant naturel, en revanche, ils ne l'interdisent pas<sup>240</sup>. Mais contrairement au Sénégal, l'étude de la question ne présente pas d'intérêt particulier au Mali pour deux raisons. D'une part, parce que l'adoption filiation malienne n'est pas réalisable entre un enfant et un membre de sa famille d'origine, d'autre part, parce que l'adoption-protection malienne ne crée pas un nouveau lien de filiation entre l'enfant et son parent adoptif. Par conséquent, seule la législation sénégalaise, qui laisse entrevoir la possibilité de réaliser une adoption entre un enfant naturel et son parent biologique, nous servira de champ de réflexion.

**159 - L'intérêt de l'étude de la question au Sénégal.** Au Sénégal, aucun juge à notre connaissance, ne s'est jamais prononcé sur la question. En revanche, un auteur<sup>241</sup> sénégalais a plaidé pour sa promotion en soulignant la nécessité de son admission. En effet, mettant en exergue les avantages de l'adoption de son enfant naturel, cet auteur souligna, avec juste raison, que « le lien établi par la filiation adoptive est beaucoup plus stable que celui émanant de la reconnaissance qui, elle, peut être contestée ». Et il ajoute que cette forme d'adoption serait un moyen pratique pour contrecarrer l'effet de certaines règles fixées par la loi, par exemple, l'article 534 du Code sénégalais de la famille relatif aux droits successoraux de l'enfant naturel en droit successoral moderne. D'après cette disposition, « lorsqu'il s'agit d'enfant né hors mariage, l'auteur de la reconnaissance étant engagé dans un lien conjugal au moment de la reconnaissance doit, pour qu'elle produise son plein effet, justifier de l'acquiescement de son ou ses épouses. Faute pour le de cujus d'avoir obtenu l'acquiescement de son conjoint à la reconnaissance, l'enfant né hors mariage n'aura droit qu'à la moitié de la part successorale d'enfant légitime ». Seul l'enfant naturel est concerné par cette disposition. L'enfant adoptif y échappant, un parent désireux de protéger son enfant né hors mariage aurait alors intérêt à l'adopter.

**160 - Une objection.** Si cette conception de l'adoption de son propre enfant, défendue par l'auteur, peut se justifier par la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant naturel et sa souhaitable assimilation à l'enfant légitime, il faut, cependant, constater qu'elle n'est pas une solution adéquate pour effacer la différence de traitement légal entre enfants naturel et légitime. En effet, sa réalisation revient à méconnaître le lien de sang et à utiliser l'institution

---

Disponible en ligne <http://www.louxew.com/articles/Societe/dof/31-07-09/Filiation-de-l-enfant-naturel-ne-en-dehors-du-mariage-Une-identite-inc>.

<sup>240</sup> V. art. 24 du Code sénégalais de la famille.

<sup>241</sup> SIDIBE (A. Sow), op.cit. p. 140.

de l'adoption à une fin qui n'est pas la sienne. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'adoption paraît une « adoption défensive<sup>242</sup> ». Elle pourrait être utilisée, quoique exceptionnelle, pour évincer le véritable co-auteur de l'enfant, jugé indigne ou indésirable, voire pour le sanctionner d'un comportement fautif envers le mineur, ou dans tout autre but peu avouable<sup>243</sup>. Le procédé peut également être utilisé pour adopter un enfant incestueux.

**161 - Un procédé interdit en France.** En France, l'adoption de son enfant incestueux est interdite. Dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation française a considéré que serait contraire à l'ordre public l'adoption simple d'un enfant par son père, qui se trouverait être le demi-frère de la mère, à l'égard de laquelle la filiation était établie<sup>244</sup>. La cour d'appel de Paris, sur renvoi, a jugé que le caractère discriminatoire de la solution au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant n'était pas prouvé<sup>245</sup>. Par ailleurs, l'adoption filiative de l'enfant du conjoint peut engendrer d'autres excès.

## **2. Le prononcé contestable de l'adoption filiative de l'enfant du conjoint**

**162 - Différentes hypothèses.** Dans les faits au Mali et au Sénégal, l'adoption de l'enfant du conjoint intervient dans trois hypothèses.

Première hypothèse, en cas d'adoption par le conjoint du parent biologique, d'un enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de ce parent biologique (lorsque par exemple l'autre parent de l'enfant, en l'occurrence le père est demeuré inconnu ou n'a pas reconnu la paternité de l'enfant);

Deuxième hypothèse, en cas d'adoption par le nouvel époux de l'auteur gardien, après divorce d'avec l'époux co-auteur de l'enfant ;

Troisième hypothèse, en cas d'adoption par le second époux d'un auteur, après décès de l'autre parent biologique de l'enfant.

---

<sup>242</sup> D'après HAUSER (J.), note sous Bordeaux, 21 janvier 1988, Dalloz, 1988, jurisprudence, p. 453.

<sup>243</sup> Cf. LAMMERANT (I.), op.cit., p. 209, n°174.

<sup>244</sup> Civ. 1re, 6 janvier 2004, n° 01-01.600, Bull. civ. I, n° 2 ; D. 2004. 362, concl. SAINTE-ROSE; D. 2004. 365, note VIGNEAU; D. 2004. Somm. 1419, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; JCP 2004. II. 10064, note LABRUSSE-RIOU ; JCP 2004. I. 109, n° 2, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; Defrénois 2004. 594, obs. MASSIP ; AJ fam. 2004. 66, obs. BICHERON ; Dr. fam. 2004, n° 16, note FENOUILLET ; RJPF 2004-3/34, note GARE ; LPA 8 avr. 2004, p. 13, note VOISIN ; RTD civ. 2004. 76, obs. HAUSER ; RRF 2004. 2637, obs. DEBILY - V. Auparavant, FENOUILLET (D.), " L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit ", Dr. fam. 2003. Etude 29.

<sup>245</sup> Paris, 5 avr. 2005, Gaz. Pal. 3 mai 2005, p. 8, concl. GIZARDIN ; Dr. fam. 2005, n° 242, note MURAT.

**163 - Une adoption coupée de la réalité biologique.** A la différence des adoptions de son propre enfant naturel ou de celles réalisées par un "membre de la famille par le sang" de l'enfant, ce type d'adoption consacre en principe une parenté socio-éducative sans fondement biologique<sup>246</sup>.

**164 - L'insatisfaction du droit sénégalais.** Contrairement au législateur malien qui n'envisage le prononcé de ce type d'adoption que sous la forme de « *l'adoption-protection* », son homologue sénégalais l'a quant à lui, admis sous les formes limitée et plénière<sup>247</sup>. Dans le contexte sénégalais, si la nécessité de l'adoption de l'enfant du conjoint sous la forme limitée se justifie dans certains cas, en revanche, le maintien de la forme plénière dans ce type d'adoption nous paraît une solution incongrue et invite à s'interroger sur son opportunité. En effet, quant on sait que l'adoption de l'enfant du conjoint, comme toute adoption d'ailleurs, vise in fine deux principaux objectifs, à savoir, l'intégration de l'adopté dans une nouvelle famille, en l'occurrence la famille recomposée et la rupture totale ou partielle de l'enfant avec sa famille d'origine, en l'occurrence l'auteur non gardien et sa famille, il apparaît évident que l'autorisation de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint peut conduire à des excès de nature à ébranler le modèle même de parenté en Afrique et au Sénégal notamment. Aussi, convient-il, après avoir relevé les insuffisances de l'adoption de l'enfant du conjoint en général, de démontrer ensuite l'inadaptation de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint à l'intérêt de l'enfant en droit sénégalais, en particulier.

**165 - Les insuffisances de l'adoption filiative de l'enfant du conjoint.** Les incohérences susceptibles d'être relevées ici ont trait essentiellement aux conséquences de l'intégration effective de l'adopté dans la famille recomposée de l'un de ses auteurs. En effet, dans l'hypothèse où l'auteur (parent par le sang) conjoint de l'adoptant, appartenant à la « *famille par le sang de l'enfant* », n'adopte pas simultanément son propre enfant, il se trouverait privé, par le fait de l'adoption, de son autorité parentale sur son propre enfant (lorsque l'adoption est de forme limitée ou adoption-protection) et pire, de son lien de parenté à l'égard de son enfant (lorsque l'adoption est plénière-hypothèse envisageable seulement au Sénégal).

**166 - L'incohérence du droit sénégalais.** Dans l'adoption limitée, le législateur sénégalais n'envisage pas le partage de la puissance paternelle entre l'adoptant et l'auteur de l'enfant, conjoint de l'adoptant. Il se contente de dire simplement que « La puissance paternelle sur

---

<sup>246</sup> LAMMERANT (I.), *ibid.*, p. 211, n° 175.

<sup>247</sup> V. Art. 224 du Code sénégalais des personnes et de la famille. Cet article est commun à l'adoption plénière et à l'adoption limitée.

*l'enfant adopté appartient à l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, la puissance paternelle leur appartient conjointement et s'exerce comme pour les enfants légitimes* »<sup>248</sup>. Il aurait pu s'inspirer de son homologue français à cet égard qui, conscient du risque d'éviction du parent auteur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, a pris le soin de consacrer le partage de l'autorité parentale entre l'auteur de l'enfant et son conjoint adoptant<sup>249</sup>.

Par ailleurs, l'intégration de l'adopté dans la famille de l'adoptant entraîne rupture totale ou partielle des liens entre l'adopté et l'auteur non gardien. A cet égard, se pose la question du statut de l'auteur non gardien, voire de la famille de celui-ci, notamment lorsque l'adoption se réalise après son décès ou après son divorce ou sa séparation avec l'auteur gardien de l'enfant. Dans ces hypothèses, le droit écarte, en quelque sorte l'auteur non gardien au profit de l'auteur gardien tant au moment de la réalisation de l'adoption qu'après la réalisation de l'adoption.

**167 - L'exclusion juridique de l'auteur non gardien au moment de la réalisation de l'adoption.** Au moment de la réalisation de l'adoption, le consentement de l'auteur non gardien de l'enfant pose des difficultés d'interprétation à partir du moment où aucune disposition dans les Codes malien et sénégalais ne traite de façon spécifique la question du consentement de l'auteur non gardien. A défaut de telles dispositions légales spécifiques, le droit commun du consentement s'applique à l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, le consentement de l'auteur non gardien est donc en principe requis<sup>250</sup>, lorsque la filiation de l'enfant est juridiquement établie à son égard<sup>251</sup>. En revanche, la situation est décevante lorsque l'auteur non gardien décède avant la réalisation de l'adoption. Dans cette hypothèse,

---

<sup>248</sup> Article 282 du Code sénégalais de la famille.

<sup>249</sup> V. Article 365 du Code civil français qui dispose que « l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint mais celui-ci en conserve l'exercice ». L'interprétation de cette disposition, bien que n'ayant jamais donné matière à jurisprudence, à ce jour, est controversée en doctrine. Le texte de la loi semble impliquer que seul le conjoint de l'adoptant exercerait effectivement l'autorité parentale sur l'adopté, l'adoptant ne possédant qu'une « vocation » à cet exercice ; à ce sujet, voy. NEIRINCK (C.), La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 314. Pour une critique de cette position, voy. Par exemple BRUNET (L.), « Heurts et malheurs de la famille recomposée en droit français », in MEUDLERS-KLEIN (M.T.) et THERY (I.) (ss. dir.), Les recompositions familiales aujourd'hui, Nathan, Paris, 1993, pp. 229-256, sp. P.245.

<sup>250</sup> Cependant, lorsque l'auteur non gardien est décédé, seul le consentement de l'auteur parent est requis. Le législateur met donc un trait sur la famille de l'auteur prédécédé en demandant pas leur consentement.

<sup>251</sup> V. Successivement l'article 528 al. 1<sup>er</sup> du Code malien des personnes et de la famille qui dispose que " Les père et mère de l'adopté ou l'un des deux si l'autre est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, doivent y consentir personnellement, sauf à produire un acte authentique ou un acte légalisé constatant ce consentement" et l'article 230 al. 1<sup>er</sup> du Code sénégalais de la famille qui dispose que: "Lorsque la filiation d'un enfant, est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou s'il a perdu ses droits de puissance paternelle, le consentement de l'autre suffit".

les parents de l'auteur prédécédé, les grands-parents de l'enfant par exemple se retrouvent de fait exclus de toute participation à la vie de l'un des leurs. Le droit commun ne leur reconnaît aucun droit de consentir à l'adoption de leur petit-fils ou petite-fille, le consentement du seul auteur survivant étant requis<sup>252</sup>. Ce qui constitue une injustice légale à laquelle les législateurs doivent remédier.

#### **168 - L'exclusion juridique de l'auteur non gardien après la réalisation de l'adoption.**

Après la réalisation de l'adoption de l'enfant du conjoint, les effets produits par une telle mesure sont souvent préjudiciables pour l'auteur non gardien de l'enfant ainsi que pour sa famille et ne rencontrent pas forcément l'intérêt de l'enfant. Ainsi, en cas d'adoption limitée (Sénégal) ou adoption-protection (Mali) de l'enfant du conjoint, l'auteur non gardien et sa famille conservent leur lien de parenté avec l'enfant, mais les effets en sont atténués et en particulier le parent non gardien n'exerce plus l'autorité parentale sur l'adopté. Lorsque l'adoption de l'enfant du conjoint prend la forme plénière (hypothèse possible au Sénégal), ses effets sont plus radicaux, car cette forme d'adoption implique essentiellement la rupture totale des liens de parenté entre l'adopté et l'auteur non gardien, ainsi qu'avec toute la famille de ce dernier. Or, la famille recomposée n'étant pas à l'abri d'une éventuelle désunion, l'intérêt de l'enfant serait à nouveau menacé lorsque la famille recomposée venait à s'éclater un jour à la suite d'un divorce par exemple. Le caractère radical de l'adoption plénière et les risques réels qu'elle présente pour l'auteur non gardien, sa famille, voire pour l'enfant démontrent à l'évidence, l'inadaptation de cette forme d'adoption dans les hypothèses de l'adoption de l'enfant du conjoint.

**169 - Le risque d'instabilité dans la filiation de l'enfant.** Mis à part les hypothèses où il existe un lien de filiation par le sang entre l'adoptant et l'adopté (ce qui est fréquent au Mali et au Sénégal et compréhensible compte tenu de la conception large de la famille dans ces pays), et où l'adoption de l'enfant du conjoint représente en fait une adoption de son propre enfant<sup>253</sup>, nous l'avons souligné, l'adoption intrafamiliale consacre en principe une parenté

---

<sup>252</sup> Cf. les articles 528 du Code malien et 230 du Code sénégalais, précités.

<sup>253</sup> Au Sénégal et au Mali, le problème de l'adoption de son propre enfant naturel ne semble pas être opportun. D'ailleurs il est absent de la jurisprudence de ces pays et la doctrine africaine n'y fait pas allusion. Cependant en France, la question fut débattue. Mais elle a été épuisée depuis plus d'un siècle par la jurisprudence. Cf. Civ. 1-4-1846, S., 46. 1.81. Aussi, il semblerait que l'admission de ce type d'adoption en France avait un objectif stratégique car il présentait l'avantage de permettre à des enfants nés hors mariage, de leur assurer une « promotion juridique » à une époque d'inégalité d'effets des filiations légitime et naturelle- pour eux, comme pour d'autres parents, de leur éviter lors de l'ouverture des successions, d'être considérés fiscalement comme des étrangers à la famille, et de payer les droits de mutation frappant tous ceux qui n'appartiennent pas à la descendance directe. Cf. BOULANGER (F.), op.cit., p.53, n° 44.

socio-éducative sans fondement biologique<sup>254</sup>. Dès lors, il semblerait évident que le motif qui sous-tend ce type d'adoption soit plus la volonté de consolider un lien de couple, c'est-à-dire, la relation du parent gardien de l'enfant et de son conjoint (adoptant) qu'une quelconque recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant. En conséquence, la stabilité de ce type d'adoption repose généralement sur la stabilité du couple. Or, rien ne préjuge que ce nouveau couple sera à l'abri d'une éventuelle désunion, dont la survenance aura fréquemment des impacts négatifs sur le lien d'adoption ainsi stratégiquement créé et par voie de conséquence, perturber une nouvelle fois, la filiation de l'enfant.

**170 - Une hypothèse sur laquelle la jurisprudence française s'est prononcée.** L'hypothèse la plus plausible et la plus envisageable en la matière, est la révocation du lien adoptif à la suite d'un divorce. Sur ce dernier point, la jurisprudence française est particulièrement éclairante. En effet, saisie d'une demande de révocation de l'adoption simple de l'enfant du conjoint après divorce, la Cour d'appel de Limoges a considéré que « *l'état de conflit entre les époux et les risques psychologiques qui en résultent pour des adolescents suffisent à constituer un motif grave justifiant la révocation de l'adoption simple des enfants du conjoint, aucun lien affectif profond n'existant de plus entre les adoptés et l'adoptante dont le comportement atteste le peu d'intérêt qu'elle leur porte* »<sup>255</sup> ou que le « *divorce, révélateur d'une mésentente profonde entre les époux, et l'absence d'intérêt manifesté par la mère adoptive à l'égard des enfants de son mari, celle-ci n'exerçant pas son droit de visite, constituent des motifs graves justifiant la révocation de l'adoption* »<sup>256</sup>. A l'analyse de cette jurisprudence, il ressort que le juge, en constatant l'état de désunion du couple, conclut, fut-il de façon subtile, à l'inopportunité du maintien du lien adoptif dans l'intérêt de l'enfant, par le biais d'une interprétation large et raisonnée de la notion de « motifs graves » pour faire droit à la demande de révocation de l'adoption simple.

Se prononçant dans le même sens, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a rendu le 5 mars 2002<sup>257</sup> un arrêt dans lequel il apparaît clairement que la procédure de divorce engagée entre la mère biologique d'un enfant et son conjoint pouvait suffire à justifier l'infirmité du jugement ayant prononcé l'adoption simple de l'enfant par le conjoint. Les juges de la Cour se

---

<sup>254</sup> V. supra, p. 100, n° 163.

<sup>255</sup> Limoges, 26 novembre 1992, Juris-Data n° 1992-048318.

<sup>256</sup> Limoges, 26 novembre 1992, Juris-Data n° 1992-049347. V. également Limoges, 21 novembre 1996, Juris-Data n° 1996-047034 et Bordeaux, 22 février 1994, Juris-Data n° 1994-040257.

<sup>257</sup> Aix-en-Provence, 5 mars 2002, Juris-Data n° 2002-194932 ; Dr. fam., 2003, comm. n° 117, note GALLIARD (C.).

sont ainsi fondés sur le fait que l'union du conjoint adoptant avec la mère de l'enfant ayant motivé la demande d'adoption, la rupture de la vie conjugale avec la mère était une modification de contexte permettant de « *ne pas donner suite, dans l'intérêt de l'enfant à l'adoption de celui-ci* » par le conjoint de sa mère.

Ces exemples jurisprudentiels illustrent le risque d'instabilité potentielle de l'adoption de l'enfant du conjoint en défaveur de l'intérêt de l'enfant. Mais le risque devient plus grand lorsque l'adoption prononcée est de type plénier.

### **171 - L'inadéquation de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint en particulier.**

L'inadéquation de la forme plénière à l'adoption de l'enfant du conjoint est justifiée par les excès que la réalisation de cette forme d'adoption peut entraîner. Ainsi, comme l'a justement souligné un auteur, l'adoption plénière constitue un moyen pour le nouveau couple « de tirer un trait sur le passé en créant une « famille normale »<sup>258</sup>. Du coup, une telle situation peut s'avérer dangereuse pour l'enfant, car elle oppose la fiction née de l'adoption plénière et la réalité biologique. Et l'on peut dès lors se demander si l'adoption plénière, parce qu'elle « ouvre le jeu dur du tout ou du rien »<sup>259</sup>, est adaptée à l'adoption de l'enfant de l'un des époux par l'autre. Une réponse positive s'impose vraisemblablement « pour la tendance jalouse à institutionnaliser (les familles recomposées), par rupture des liens et abolition du *passé par le présent qui n'est pourtant pas assuré de durer* »<sup>260</sup>. Les conséquences radicales de l'adoption plénière paraissent en effet ne pas correspondre à cette hypothèse tout à fait particulière dans laquelle le conjoint de l'adoptant n'est autre que le géniteur de l'enfant. Du coup, la qualité de parent d'origine de ce conjoint témoigne de l'existence passée et présente d'une première filiation, filiation d'origine en principe effacée par l'effet du prononcé de l'adoption plénière. La fiction créée par le prononcé de l'adoption plénière et l'effacement de la filiation d'origine s'oppose à la réalité qui se révèle par le simple lien préexistant entre l'époux géniteur et l'enfant qui va continuer à exister après l'adoption. Une telle situation entraîne non seulement un changement de statut du parent d'origine, conjoint de l'adoptant, mais aussi l'exclusion de l'auteur non gardien et de sa famille.

**172 - Un changement de statut de l'auteur conjoint de l'adoptant.** Ce changement fait suite à la rupture des liens de filiation entraînée par l'adoption plénière, entre ce conjoint,

---

<sup>258</sup> FULCHIRON (H.), *Autorité parentale et familles recomposées*, Mélanges Liber Amicorum Danièle HUET-WEILLER, L.G.D.J., PUS, 1994, p. 144, n°4.

<sup>259</sup> CORNU (G.), *Droit civil – La famille*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 428, n°279, note (16).

<sup>260</sup> CORNU (G.), *ibid.*



auteur de l'enfant et l'enfant lui-même. Une telle rupture relève de l'absurdité puisqu'elle ne correspond ni à la situation de fait, ni à la volonté du parent qui a consenti à l'adoption<sup>261</sup>.

Conscient de cette absurdité, le législateur français qui avait posé la même solution en 1966<sup>262</sup>, a tenté de corriger cette anomalie en ajoutant dans la loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976, un alinéa à l'article 356 du Code civil selon lequel : « *toutefois l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux* ». En revanche, son homologue sénégalais, n'a jusqu'ici entrepris aucune action en ce sens. Pourtant, la solution française aussi imparfaite qu'elle soit<sup>263</sup>, devrait inspirer le législateur sénégalais et l'inciter à revoir sa législation en la matière afin de corriger cette lacune. Par ailleurs, le changement de statut affecte l'auteur de l'enfant qui se trouve être conjoint de l'adoptant (car en l'état actuel de la législation sénégalaise, le lien de filiation par le sang entre l'auteur, conjoint de l'adoptant et l'enfant se trouve remis en cause par l'adoption plénière). Cela témoigne ainsi du

---

<sup>261</sup> Voy. En ce sens, BETANT –ROBET (S.), Rep. Civ. Dalloz, V° Adoption, n°27.

<sup>262</sup> En 1966, le législateur français avait introduit dans le Code civil un article 356 qui disposait que « *l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa "famille par le sang"* ».

<sup>263</sup> La formulation utilisée par le législateur français reste cependant ambiguë quant aux conséquences qu'elle implique. Ce qui a d'ailleurs amené un auteur à dire à propos, que la loi demeure « muette sur les effets de l'adoption plénière à l'égard du parent par le sang » (Cf. POUSSON –PETIT (J.), Les ambitions de la loi du 5 juillet 1996 : une adoption facilitée, in « Les filiations par greffe-Adoption et Procréation Médicalement Assistée », Colloque du Laboratoire d'études et de recherche appliquées au droit privé, Université de Lille II, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd. 1997, p. 121. Aussi, la loi française fait susciter des interrogations. L'enfant reste-t-il l'enfant légitime ou naturel du conjoint de l'adoptant ? L'adoption transforme-t-elle ce lien de sang en une filiation adoptive ? Ce manque de clarté du législateur a donné naissance à deux interprétations différentes de l'article 356, alinéa 2, du Code civil au sein de la doctrine française.

Ainsi, la première interprétation considère que la filiation d'origine « subsiste avec sa nature » et reste une filiation légitime, naturelle, voire adultérine (Cf. SALVAGE-GEREST (P.), L'adoption, Dalloz, Connaissances du droit, 1992, p. 93.). Dans le même sens, deux auteurs ont souligné que « sous réserve du maintien unilatéral de la filiation originelle et malgré son caractère individuel, l'adoption prononcée à l'égard de l'autre époux est traitée comme une adoption conjugale pour le surplus, c'est-à-dire essentiellement pour l'autorité parentale qui sera exercée en commun par les deux époux » (Cf. HAUSER (J.) et HUET-WEILLEUR (D.), La famille – Fondation et vie de famille, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 709, n°970.). Cette interprétation a toute fois été contestée car elle « fait fi du principe selon lequel une filiation adoptive et une filiation par le sang ne peuvent coexister » (Cf. SALVAGE-GEREST (P.), L'adoption plénière de l'enfant du conjoint après la loi du 22 décembre 1976, J.C.P. 1982 I 3071, n° 16.).

Pour la seconde interprétation, le lien de filiation d'origine se transforme. Et il est possible de fournir une autre interprétation qui « donne à la notion de « surplus » une acception plus large : le parent originaire serait dispensé de présenter en son nom propre une requête aux fins d'adoption mais une fois celle-ci prononcée, elle comprendrait tous les effets d'une adoption par deux époux quelle que soit la nature de la filiation initiale » (Cf. SALVAGE-GEREST, L'adoption, Dalloz, Connaissances du droit, 1992, p. 93.). Le choix de cette interprétation implique cependant, de la part du parent conjoint de l'adoptant, le renoncement à son lien de filiation originel avec l'enfant, remplacé par un lien adoptif. Mais au final, toute cette gymnastique intellectuelle devient inutile lorsqu'on exclue purement et simplement l'adoption plénière de l'enfant du conjoint.

caractère excessif de l'adoption plénière, l'exclusion de l'auteur non gardien et de sa famille, illustre également les excès de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint.

**173 - L'exclusion de l'auteur non gardien et de sa famille.** L'adoption plénière d'un enfant par le conjoint de son auteur entraîne indubitablement l'exclusion de l'auteur non gardien, mais aussi sa famille. Ces derniers deviennent par conséquent, tiers vis-à-vis de leur enfant par le sang. Ce qui constitue un paradoxe. Il convient dès lors d'élucider successivement les circonstances dans lesquelles l'auteur non gardien est exclu et celles dans lesquelles sa famille est exclue.

**174 - L'organisation légale de l'exclusion de l'auteur non gardien.** L'exclusion de l'auteur non gardien intervient surtout au moment de la réalisation du projet d'adoption et plus précisément au moment de consentir à l'adoption. En effet, d'après la législation sénégalaise, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible, en principe, qu'avec l'accord de l'autre parent. L'article 230, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la famille du Sénégal précise que « *lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption* ». Mais le législateur prévoit, dans la même disposition, des hypothèses dans lesquelles le consentement de l'auteur gardien de l'enfant est suffisant. Il en est ainsi, lorsque l'auteur non gardien est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou bien encore lorsqu'il a perdu ses droits de puissance paternelle<sup>264</sup>. Il en est de même lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de l'auteur gardien, conjoint de l'adoptant<sup>265</sup>. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint peut donc être prononcée sans que le consentement de l'autre parent de l'enfant ne soit requis (ou le consentement des parents de ce dernier) lorsqu'il est décédé ou dans l'impossibilité de manifester son consentement.

**175 - Critique.** Ce choix législatif sénégalais aux conséquences absurdes paraît critiquable. En effet, il ouvre la porte royale à une appropriation de l'enfant par l'auteur gardien au détriment de l'autre parent de l'enfant ainsi qu'à sa famille, mais également au préjudice de l'enfant. Ainsi, l'auteur gardien, se voit la possibilité, dans certaines situations, de décider seul et sans contrôle<sup>266</sup> du changement de filiation de l'enfant, afin de lui donner « le statut *d'enfant du (nouveau) couple* »<sup>267</sup>. Il semble que l'autre parent « *ne soit qu'un fantôme qu'il vaut mieux essayer d'oublier, afin de faciliter l'intégration de l'enfant à un foyer*

---

<sup>264</sup> Voy. Article 230, alinéa 2 du Code sénégalais de la famille.

<sup>265</sup> Cf. Article 230, alinéa 3 du Code sénégalais de la famille.

<sup>266</sup> La seule limite est le contrôle opéré par le juge au moment du prononcé de l'adoption lorsqu'il vérifie que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

<sup>267</sup> HAUSER (J.), *L'adoption à tout faire*, D 1987, chr., p. 205 et s., spéc., p. 206, n° 6.

biparental »<sup>268</sup>. Il en est ainsi « lorsque le parent fantôme : - *n'a pas de paternité ou de maternité établie*, - *a été l'objet du retrait total de l'autorité parentale*, - est mort, hélas ! »<sup>269</sup>. Du coup, l'adoption plénière se révèle « curieusement (comme) un moyen de contestation de la filiation du parent défunt »<sup>270</sup> et devient un « instrument de subrogation parentale dans les mains du parent survivant »<sup>271</sup>. Un tel risque d'exclusion n'épargne pas non plus la famille de l'auteur non gardien.

#### **176 - L'organisation légale de l'exclusion de la famille de l'auteur non gardien.**

L'exclusion de la famille de l'auteur non gardien découle aussi du caractère radical de la forme plénière de l'adoption. Aussi, les prérogatives légales accordées par le législateur sénégalais à l'auteur gardien dans certains cas, peuvent-elles permettre à ce dernier de couper tout lien juridique entre l'enfant et la famille de l'auteur non gardien. Du coup, les grands-parents, les oncles, les tantes, les cousins et autres frères de l'enfant du côté de l'auteur non gardien se retrouvent écartés de la parenté de l'enfant et ce, par la seule volonté de l'ancien conjoint de leur parent. Ils deviennent tous, juridiquement, des tiers vis-à-vis de l'enfant.

**177 - Examen de la doctrine et de la jurisprudence françaises sur le sujet.** Une partie de la doctrine française a fustigé, avec justesse, cette situation en France qui consiste pour le parent, conjoint de l'adoptant, à couper l'enfant de « *l'autre moitié de sa parenté* »<sup>272</sup>, c'est-à-dire " la famille par le sang " de l'ancien partenaire du conjoint de l'adoptant. Ce pouvoir de destitution est d'autant plus exagéré que « le parent survivant ne pourrait même pas ôter aux grands-parents le droit de visite que la loi leur accorde, alors qu'il peut anéantir le lien de famille qui les unit à l'enfant »<sup>273</sup> et priver celui-ci de son droit de succession dans leur patrimoine. En effet, sous l'empire de la loi du 22 décembre 1976 l'adoption plénière avait pour effet de couper tout lien avec la famille de ses père ou mère prédécédé. Les grands-parents qui pouvaient jusqu'alors invoquer l'article 371-4 du Code civil français pour réclamer le maintien d'un droit de visite et d'hébergement, perdaient toute prérogative en tant que tiers. C'est ainsi qu'une enfant élevée pendant quelques années par sa grand-mère maternelle à la suite du décès de sa mère, fut adoptée par la nouvelle épouse de son père. La grand-mère se

<sup>268</sup> CARBONNIER (J.), Droit civil – *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, droit privé, t. 2, 21<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 368.

<sup>269</sup> CARBONNIER (J.), Droit civil – *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, droit privé, t. 2, 20<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 486., n° 357.

<sup>270</sup> HAUSER (J.), *L'adoption à tout faire*, D. 1987, chr., p. 205 et s., spéc., p. 205, n° 5.

<sup>271</sup> HAUSER (J.), article précit., p. 205 et s., spéc., p. 206, n° 8.

<sup>272</sup> Cf. BARRIERE-BROUSSE (I.), note sous TGI Nanterre, 21 janvier 1997, Les Petites Affiches, 17 avril 1998, n° 46, p. 17.

<sup>273</sup> SALVAGE-GEREST (P.), *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint après la loi du 22 décembre 1976*, J.C.P 1982 I 3071, n° 13.

vit aussitôt interdire toute relation avec l'enfant, car elle n'avait plus de lien de parenté avec elle. Elle réclama alors un droit de visite et d'hébergement en se fondant sur l'article 371-4 du Code civil français. Les juges du fond, puis la Cour de cassation firent droit à sa demande le 5 mai 1986<sup>274</sup>. La jurisprudence continua d'admettre par ce biais, la continuation des rapports avec la famille du prédécédé, malgré l'adoption<sup>275</sup>.

**178 - Une évolution législative enregistrée en France.** Devant les problèmes ainsi suscités, et pour préserver les droits des grands-parents, la loi du 8 janvier 1993 a interdit l'adoption plénière de l'enfant du conjoint<sup>276</sup>; la loi du 5 juillet 1996 (article 345.1 c.civ.) a admis toutefois deux exceptions lorsque les ascendants au premier degré sont morts ou se sont désintéressés de l'enfant. Le législateur s'efforce ainsi de tenir compte des prérogatives des grands-parents, et considère que l'article 371-4 leur reconnaît un droit à avoir des rapports personnels avec leurs petits enfants.

## **B. Adoption et famille élargie**

**179 - Analyse des législations malienne et sénégalaise.** En l'absence de toute disposition prohibitive dans les législations malienne et sénégalaise, les membres de la famille élargie<sup>277</sup> doivent être considérés comme des adoptants potentiels de l'enfant issu de la parenté. Or, l'admission d'une adoption créatrice de liens de filiation entre les membres de la famille est de nature à bouleverser les structures de la parenté ou l'ordre des générations. La mise en œuvre d'une telle adoption conduit à créer un véritable rapport de filiation entre individus qui n'a pas lieu d'être.

**180 - Une adoption révélatrice de paradoxes.** L'adoption d'un enfant par un membre de sa famille élargie, est un phénomène de mœurs au Mali et au Sénégal. Symbole de la solidarité entre membres d'une même famille élargie, cette forme d'adoption a le mérite de favoriser une certaine continuité de la vie de l'enfant au sein de sa famille par le sang. Cette continuité produit néanmoins un ébranlement des liens de parenté à partir du moment où cette forme d'adoption crée un nouveau lien de filiation entre l'enfant et son parent non biologique qui envisage de l'adopter. En effet, bon nombre de liens de parenté biologique s'en trouveraient

---

<sup>274</sup> Civ. 15 mai 1986. D. 1986. p. 494. note MASSIP (J.)

<sup>275</sup> Pau, 21 avr. 1983. D. 1984. p. 109. HAUSER (J.).

<sup>276</sup> On sait qu'avant cette loi les juridictions prononçaient parfois l'adoption simple à la place de l'adoption plénière demandée, civ. 17 mars 1989. D. 1990. IR 93, mais considéraient parfois que le maintien de liens avec la famille par le sang constituait une circonstance exceptionnelle au sens de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil. Chambéry le 20 février 1992, Juris-data 048803.

<sup>277</sup> Il peut s'agir de l'adoption de l'enfant par ses grands-parents, ses oncles et tantes ou ses frères et sœurs.

déconstruits et reconstruits sur le plan légal au travers la création d'une filiation adoptive qui viendrait bousculer l'ordre des généalogies ou les repères identitaires de l'enfant<sup>278</sup>. Cette forme d'adoption révèle donc une antinomie : symptôme ou expression d'une solidarité familiale, elle est aussi source d'un certain bouleversement familial.

**181 - Expression d'une solidarité familiale.** En Afrique, en général, et au Mali et au Sénégal, en particulier, l'adoption se conçoit bien à l'intérieur de la famille élargie après le décès d'un ou des auteurs de l'adopté ou même de leur vivant en cas de défaillance ou non. La demande d'adoption présentée par un membre de la famille repose sur une sorte de solidarité familiale. Par hypothèse proches du mineur et de ses père et mère, les membres de la famille élargie sont naturellement appelés à nouer des liens particuliers avec l'enfant. Ce dernier demeure ainsi dans son milieu familial, à défaut de son foyer initial, et peut continuer à entretenir des liens, fussent-ils ténus, avec ses parents biologiques lorsque ceux-ci sont vivants. Les membres de la famille élargie se présentent donc comme les « continueurs naturels » de la fonction dévolue aux père et mère de l'enfant, de sorte qu'il est logique de maintenir l'enfant dans sa famille élargie si cette solution est possible, plutôt que de l'en détacher en vue, notamment, d'une adoption « à la française ». En revanche, le paradoxe apparaît toutes les fois qu'un proche parent de l'enfant sollicite devant le tribunal la transformation du lien nourricier qui le lie à l'enfant, en un rapport de filiation. C'est à partir de là que cette forme d'adoption semble relever d'une incongruité car la superposition du nouveau lien au lien de parenté préexistant nous paraît surabondante et inopportune.

**182 - Une source de bouleversement familial.** L'adoption doit, avant tout, créer de la filiation respectueuse de la différence des générations; or, l'adoptabilité de l'enfant issu de la parenté sous sa forme limitée ou plénière méconnaît cet objectif. En faisant l'impasse sur une telle différence, l'adoption entre proches parents dénature l'institution de l'adoption et porte atteinte à la cohérence même de la famille<sup>279</sup>. Pire, la création du nouveau lien de filiation ne peut qu'apporter confusion et trouble dans l'esprit de l'enfant adopté par un membre de sa famille. Regrettant l'existence de cette forme d'adoption en France, le Professeur MURAT a noté, avec raison, que l'adoption entre frère et sœur « perturbe fortement les structures

---

<sup>278</sup> La filiation adoptive née de l'adoption d'un enfant par un membre de sa famille élargie peut créer chez l'enfant un sentiment de confusion quant au lien qui se tisse désormais non seulement entre lui et ses "nouveaux parents", mais aussi entre lui et ses "anciens parents": la grand-mère, la tante, la cousine de la mère ou la demi-sœur de l'enfant peuvent ainsi devenir sa mère.

<sup>279</sup> L'adoption entre proches parents perturbe la problématique même de l'identité de l'enfant. Cf., en ce sens, BATTEUR (A), L'interdit de l'inceste – Principe fondateur du droit de la famille, RTD. Civ. 2000, p. 774.

familiales, le rapport fraternel se trouvant changé en un rapport de parent-enfant »<sup>280</sup> et que l'adoption, même simple, « ne peut être réduite à un instrument de répartition successorale : *c'est une institution créatrice d'un lien de filiation* »<sup>281</sup>.

**183 - Hypothèses de bouleversement des principes de la parenté.** L'adoption entre les membres d'une même famille bouleverse incontestablement les principes de l'institution de la parenté. Pour preuve, le cumul sur la tête des mêmes personnes de plusieurs identités généalogiques engendre des effets d'indifférenciation en chaîne. A titre d'illustration, l'adoption d'un enfant par ses grands-parents fait du petit-fils le fils mais aussi, de la mère la sœur de son fils<sup>282</sup>. A cet égard, le Professeur GOUTTENOIRE a fait remarquer qu' en France " la jurisprudence fait preuve d'une certaine réticence à l'égard de ces adoptions qui provoquent un bouleversement familial, en faisant notamment d'un enfant adopté par ses grands-parents, le frère ou la sœur de l'un de ses parents, particulièrement lorsque ces derniers sont vivants " <sup>283</sup>. Cette hypothèse demeure possible même si on ne retrouve aucune indication dans les législations malienne et sénégalaise concernant l'admissibilité d'une adoption par un grand-parent. Concernant cette dernière, le Professeur RUBELLIN-DEVICHI a justement souligné que l'adoption d'un enfant par ses grands-parents est « troublante parce qu'elle supprime un degré dans les générations »<sup>284</sup>. Pareillement, la sœur adoptant son frère, quand bien même l'a-t-elle élevé, en devient la mère tout en restant la sœur à l'égard des autres frères et sœurs<sup>285</sup>. De plus, il ne faut pas oublier que l'enfant n'est pas le seul intéressé à la construction de la parenté dont il est membre. Son inscription généalogique et les transformations que l'adoption lui apporte, affectent la place des autres membres de la

---

<sup>280</sup> MURAT (P.), note sous PARIS, 10 février 1998, Dr. fam., 1998, comm. n° 83.

<sup>281</sup> MURAT (P.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, Dr. fam., 2002, comm. n° 41.

<sup>282</sup> CA Lyon, 18 octobre 1983, RTD civ., 1984, p. 309, obs. Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 octobre 2001, Juris-Data n° 2001-011281 ; Dr. fam., avril 2002, com. N° 41, p. 18, note Pierre Murat « L'adoption simple et ses petits-enfants à des fins successorales » ; D., 2002, n° 13, jur., p. 1097, note François Boulanger « Le rejet de la requête d'adoption simple de petits-enfants par leur grand-mère » ; RTD civ., 2002, p. 84, note Jean Hauser, « L'esprit de l'adoption simple : de l'adoption intra-familiale et du PACS » ; Petites Aff., 28 février 2002, n° 43, p. 21, note Jacques Massip, « Adoption par les grands-parents : Détournement de l'institution ».

<sup>283</sup> COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.) - Droit de la famille, 6<sup>ème</sup> éd. Dalloz, op. cit., p. 455, n° 1219. V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 12-17.183, AJ Fam. 2013., 229, obs. SALVAGE-GEREST (P.). V., sur la même affaire, BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.) - Droit des mineurs, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2014, p. 276, n° 426.

<sup>284</sup> RUBELLIN-DEVICHI (J.), Une filiation élective, Revue Autrement, « Abandon et Adoption », 1988, n° 96, p. 109.

<sup>285</sup> CA Paris, 10 février 1998, Juris-Data n° 1998-020403 ; JCP éd. G., 1998, II, 10130, p. 1431, note Catherine Philippe « Adoption d'un frère par sa sœur malgré la différence d'âge inférieure à quinze ans » ; Dr. fam., juin 1998, com. N° 83, p. 14, note Pierre Murat « Adoption entre frère et sœur ».

famille<sup>286</sup>. L'artifice de la filiation adoptive bute dans ce cas sur le principe de l'ordre des généalogies.

**184 - Une prudence observée par les juges français.** A propos justement de la préservation de ce principe d'ordre généalogique, en France, les cours d'appel ont souvent été prudentes face aux demandes d'adoption formulées par les grands-parents, lorsqu'elles refusent, par exemple, de supprimer une place au bénéfice d'une autre susceptible d'entraîner une confusion de générations<sup>287</sup>. En effet, l'adoption plénière pratiquée au sein de la famille aboutit à une situation paradoxale. Comme on le sait, l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine pour être intégré totalement dans sa famille adoptive. Dans notre hypothèse, l'adopté rompt donc avec sa famille d'origine pour la réintégrer immédiatement, mais avec une modification des rapports de parenté<sup>288</sup>. Dès lors, « *l'instauration de ces rapports juridiques nouveaux dans un milieu familial inchangé, risque d'engendrer complications et conflits* »<sup>289</sup> ; il en résulte en outre une perte d'identité pour l'enfant.

**185 - Perspectives de solutions.** Différentes solutions pourraient toutefois être envisagées à titre de remèdes à ces excès de l'adoption filiative intrafamiliale.

## **Paragraphe 2. Les remèdes aux excès de l'adoption filiative intrafamiliale**

**186 - Identification des remèdes.** Deux remèdes aux excès de l'adoption filiative intrafamiliale peuvent être proposés. L'adoption filiative pourrait, par principe, être écartée du champ de l'adoption intrafamiliale au profit d'une application systématique de l'adoption sans création de lien de filiation. Cette option permettrait la consécration de l'adoption coutumière (légalisée) au sein de la parenté (A). Une interdiction absolue de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint pourrait également être envisagée. Toutefois, l'adoption simple de l'enfant du conjoint doit exceptionnellement être possible (B).

---

<sup>286</sup> LABROUSSE-RIOU (C.), « *L'adoption simple ne peut contourner la prohibition incestueuse* », note de l'arrêt Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 janvier 2004, JCP éd. G., avril 2004, II, 10 064, p. 783.

<sup>287</sup> CA Angers, 11 décembre 1992, Juris-Data n° 1992-051131 ; JCP éd. G., 1993, IV, 2270 ; RTD civ., 1994, p. 90, obs. Hauser (J.), « Adoption plénière par les grands-parents » ; CA Bordeaux, 21 janvier 1988, Juris-Data n° 1992-051131 ; D., 1988, jur., p. 453, note Jean Hauser ; RTD civ., 1988, p. 713, obs. Jacqueline Rubellin-Devichi, « *L'adoption demandée par les grands-parents* ». V. Egalement Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013 : Bull. Civ. I, n° 35 ; D. 2013. 706 ; AJ fam. 2013. 229, obs. SALVAGE-GEREST (P.) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2013, n° 12-16.401 ; Dr. fam. 2013, comm. n° 67, obs. NEIRINCK (C.).

<sup>288</sup> Cf. DELFOSSE-CICILE (M-L.), Le lien parental, Thèse, Préf. De François Terré, Université Panthéon-Assas (Paris II), LGDJ, 2003, p. 519.

<sup>289</sup> V. ROUJOU DE BOUBÉE (M-E.), note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 mars 1987, D., 1988, p. 153.

## **A. La mise à l'écart de l'adoption filiative**

**187 - Démarche choisie.** Compte tenu des problèmes que l'adoption au sein de la parenté peut engendrer, des auteurs français ont tenté de trouver une réponse satisfaisante à cette problématique. A la critique des solutions doctrinales en France (1), succédera l'exposé d'une solution intermédiaire au Mali et au Sénégal (2).

### **1. Solutions doctrinales en France**

**188 - Les contrariétés de la doctrine française.** Sur la question de l'adoption avec création d'un lien de filiation entre l'enfant et ses proches parents, la doctrine française est partagée entre l'interdiction pure et simple de cette forme d'adoption, son maintien sous toutes ses formes ou son admission mais avec des restrictions. Il conviendrait dès lors de voir successivement les différentes thèses qui s'affrontent. Il s'agit de la thèse de l'interdiction (thèse radicale), de la thèse du maintien (thèse conservatrice) et enfin de la thèse du maintien assorti de restrictions (thèse modérée).

**189 - La thèse en faveur d'une interdiction pure et simple.** Pour certains auteurs<sup>290</sup>, l'adoption de l'enfant par ses proches parents serait contraire à l'intérêt de l'enfant, car elle entraînerait un enchevêtrement des liens de parenté au premier degré et des liens de parenté ou d'alliance plus éloignés. Du coup, il serait logique d'en tirer toutes les conclusions et d'interdire l'adoption quelque soit, par ailleurs, son fait générateur et sa forme. Critiquant les objections faites à l'interdiction de l'adoption au sein de la parenté en France, d'autres auteurs<sup>291</sup> ont, avec justesse, souligné qu'aucune appréciation judiciaire ne met le mineur à l'abri des difficultés suscitées par le bouleversement des repères généalogiques engendré par la confusion entre les liens de parenté biologique et les liens de parenté juridique. La Cour d'appel de Toulouse a adopté la même position, dans une décision en date du 28 février 1996<sup>292</sup>, lorsqu'elle a refusé de prononcer une adoption plénière, au motif que « *l'adoption constituerait un bouleversement anormal et contraire à l'ordre public* ». Que les parents de l'enfant soient vivants, décédés ou inaptes, l'adoption plénière, faisant l'impasse sur

---

<sup>290</sup> Voy. notamment DELFOSSE-CICILE (M.-L.), *Le lien parental*, éd. Panthéon-ASSAS, Thèse Université Panthéon-Assas (Paris II) Paris, 2003, p. 517, n° 871. Voy.

<sup>291</sup> Cf. PHILIPPE (C.), « Les grands-parents sont-ils des ascendants privilégiés ? (1<sup>ère</sup> partie : la filiation) », RLDC, septembre 2005, n° 19, p. 65. V. également BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », RTD civ., 2000, p. 759. V. enfin TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2011, p. 842.

<sup>292</sup> CA Toulouse, 28 février 1996, Juris-Data n° 1996-055424.



l'ensemble des liens généalogiques originels, ne devrait jamais être autorisée car il y a là un montage juridique de fabrication d'un inceste légal<sup>293</sup>. Il importe de s'opposer à la création de telles situations, certes marginales, mais à « haute valeur symbolique »<sup>294</sup>. Les partisans de la thèse de l'interdiction suggèrent que la loi l'interdise purement et simplement<sup>295</sup>, car ils estiment que les confusions qu'elle engendre dans l'ordre de la parenté sont regrettables tant sur le plan de l'ordre individuel que le plan de l'ordre social.

Au soutien de leurs arguments, ils soulignent que l'adoption d'un enfant par ses grands-parents a d'autant moins de raison d'être que des mesures telles que la tutelle ou la délégation d'autorité parentale sont parfaitement aptes à régler les problèmes consécutifs au désintéret, au décès, à l'inaptitude des parents<sup>296</sup>. La tutelle ou la délégation des droits d'autorité parentale sont ainsi proposées, par les tenants de cette thèse, comme alternatives à l'adoption. Pour eux, ces mesures accorderaient les moyens juridiques de se substituer aux père et mère de l'enfant dans l'exercice de leur mission parentale.

**190 - Notre objection.** Nous ne partageons pas cette thèse car elle nous paraît trop radicale. En effet, elle ne tient pas compte de la situation spécifique de certaines catégories d'enfants pour lesquelles une adoption simple pourrait se révéler conforme à leur intérêt et adaptée à leur situation.

A cette thèse de l'interdiction, des objections ont été formulées par d'autres auteurs plus favorables au maintien du principe tel qu'il existe sans restriction.

**191 - La thèse du maintien exclusif du principe.** Pour les partisans de cette thèse<sup>297</sup>, il ne serait nullement besoin de recourir à l'interdiction de principe pour rejeter des demandes inopportunes émanant des proches de l'enfant, dès lors que, même si les conditions objectives de l'adoption sont remplies, la demande peut être rejetée par le juge au nom de l'intérêt de l'enfant. Pour ces auteurs, l'adoption familiale devrait être autorisée sans restriction, le juge étant chargé de vérifier la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant. Dans le même sens, un auteur observe qu'« *étant admis que l'intérêt de l'enfant est, sauf exception, de rester – voire de revenir – dans sa famille d'origine* », « tout doit être fait pour que son intégration ou

---

<sup>293</sup> PHILIPPE (C.), op.cit, n° 19, p. 65.

<sup>294</sup> BATTEUR (A.), op.cit., p. 759.

<sup>295</sup> TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), op.cit., p. 842 ; PHILIPPE (C.), op. cit.

<sup>296</sup> PHILIPPE (C.), op.cit. ; Angers, 11 décembre 1992, Juris-Data n° 1992-051131 ; JCP éd. G., 1993, IV, 2270 ; RTD civ., 1994, p. 90, obs. HAUSER (J.), « Adoption plénière par les grands-parents ».

<sup>297</sup> SALVAGE-GEREST (P.), note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 mars 1987, JCP éd. G., 1988, II, 21076 ; ROUJOU DE BOUBEE (M-E.), note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 mars 1987, op.cit.

sa réintégration au sein de celle-ci, et plus précisément du foyer qui l'accueil soit réussie. A qui ferait-on croire qu'il est de son intérêt de rester indéfiniment dans la situation d'enfant simplement recueilli par ses proches ? »<sup>298</sup>. Soutenant ce dernier argument, le Professeur DELFOSSE-CICILE, favorable au maintien du principe de cette forme d'adoption, souligne que s'il est incontestable, sur le plan extra-patrimonial, que les membres de la famille ayant accueilli l'enfant pourront, par une mesure de délégation, être investis des droits d'autorité parentale, la situation de l'enfant risque, cependant d'être instable à un triple titre. « *D'abord, les membres de la famille peuvent se lasser de ce recueil qu'ils peuvent vite être enclins à considérer comme un acte de charité et non comme un devoir légal. Ensuite, comme on le sait, la délégation peut cesser si les parents demandent la restitution de l'enfant. Enfin, il importe d'évoquer les troubles psychologiques résultant du sentiment d'être toujours un intrus, différents des autres enfants vivant au foyer.* ». Sur le plan patrimonial, en revanche, d'après le même auteur, « la mesure n'emportera aucune conséquence : ni vocation alimentaire, ni vocation successorale autre que celle résultant de leur degré de parenté. Alors que les parents – au sens large – ont la volonté de traduire par un lien de filiation les liens spécifiques qui les unissent à l'enfant, il ne semble donc pas opportun de le leur interdire. »<sup>299</sup> A ce propos, le Professeur SALVAGE-GEREST s'interroge sur la nécessité de faciliter l'adoption simple qu'elle trouve souvent plus adaptée dans le cadre familial. Mais cet auteur n'exclut pas la possibilité de prononcer une adoption plénière en cas de nécessité. Ainsi, elle affirme que le bouleversement des liens parentaux ne saurait en aucun cas justifier « un rejet, *en bloc, de l'adoption plénière au sein du groupe familial* »<sup>300</sup>. Ces auteurs réservent notamment l'hypothèse où le parent qui créait le lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté est décédé<sup>301</sup> : selon eux, l'anomalie ne rejaillira généralement pas sur l'équilibre de la famille ainsi reconstituée. Ils évoquent aussi l'hypothèse où les parents sont frappés d'une mesure de retrait total des droits d'autorité parentale. « Il est bien évident que cette rupture envisagée

---

<sup>298</sup> SALVAGE-GEREST (P.), note sous Civ. 1, 24 mars 1987, préc. Cité par DELFOSSE-CICILE (M-L.), op. cit., p. 521., n° 877.

<sup>299</sup> DELFOSSE-CICILE ((M-L.), op. cit., p. 521., n° 877.

<sup>300</sup> SALVAGE-GEREST (P.), note sous Civ. 1, 24 mars 1987, préc.

<sup>301</sup> Analyse confortée par certaines décisions de justice. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Besançon en date du 1<sup>er</sup> février 1994, prononça l'adoption plénière de l'enfant par ses grands-parents maternels au motif qu'il est de l'intérêt de celui-ci, après la disparition tragique de sa mère assassinée par son concubin – par ailleurs père de l'enfant – de bénéficier d'une vie stable chez ses grands-parents. Besançon, 1<sup>er</sup> fév. 1994, préc. De même, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 10 novembre 1995, prononça-t-elle l'adoption plénière d'un enfant par sa tante et tutrice qui l'avait élevé depuis le décès de sa mère. Paris, 10 nov. 1995, D. 1997 somm. P. 278 obs. VAUVILLE (F.).

*soit à l'égard d'une famille inexistante, soit à l'égard d'une famille indigne ne choque pas* »<sup>302</sup>.

**192 - Notre objection.** Nous ne partageons pas cette opinion. Que les auteurs de l'enfant soient décédés ou aient fait l'objet d'une mesure de retrait ne supprime pas les effets néfastes attachés à la modification des repères généalogiques dans une des branches parentales – celle à laquelle appartient l'adoptant – assorti de la suppression de tous liens juridiques avec l'autre branche. Envisageons, plus concrètement, l'hypothèse d'un enfant dont les parents se sont vu retirer l'autorité parentale et qui a été confié à un oncle paternel, à charge, pour lui, de requérir l'organisation de la tutelle. Le conseil de famille ayant donné son autorisation, l'oncle et son épouse sollicitent alors l'adoption plénière de l'enfant. Si cette dernière est prononcée, elle emportera des inconvénients majeurs. L'enfant deviendra le fils de son oncle, le frère de ses cousins, le neveu de son père, voire de sa mère et un étranger pour la famille de cette dernière. Imaginons encore la situation d'un enfant dont les parents sont décédés et que le grand-père maternel souhaite adopter. Sans doute le bouleversement des repères généalogiques sera-t-il moins frappant. Pour autant, l'enfant deviendra le fils de son grand-père, le demi-frère de ses oncles et tantes, l'oncle de ses cousins. Surtout, les liens de parenté avec sa famille paternelle seront rompus, conséquence que l'on souhaitait précisément éviter dans le cadre de l'adoption de l'enfant du conjoint.

**193 - La thèse du maintien restrictif.** Cette thèse, qui se veut conciliatrice entre l'interdiction totale et le maintien exclusif, a proposé une troisième solution. Cette dernière consiste à n'autoriser que l'adoption simple, lorsqu'adoptants et adopté sont unis par un lien de parenté. Ainsi, en proposant un tel aménagement, les partisans de cette thèse reconnaissent l'opportunité de prévoir la possibilité d'instaurer entre l'enfant et les membres de sa famille élargie qui l'ont pris en charge un lien adoptif, mais excluent l'adoption plénière jugée dangereuse pour l'enfant. Autrement dit, c'est la prohibition de l'adoption plénière et donc, par voie de conséquence, la seule admission de l'adoption simple qui pourrait permettre de résoudre les difficultés nées de l'éviction d'une des branches familiales. A ce propos, un auteur souligna que « *le recours à l'adoption simple permettrait d'éviter, d'une part, cette éviction, d'autre part, le bouleversement des liens de parenté dans l'autre branche* »<sup>303</sup>. Cet auteur défend sa position en invoquant des décisions jurisprudentielles dont notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui approuva une adoption simple entre frère et sœur au motif

---

<sup>302</sup> HAUSER (J.), note sous Bordeaux 21 janv. 1988, préc., p. 456.

<sup>303</sup> DELFOSSE-CICILE (M-L.), op. cit., p. 521., n° 879.

qu'au décès des parents, la sœur aînée a totalement pris en charge son plus jeune frère et qu'ainsi « *des liens d'affection très profonds, analogues à ceux d'une mère et de son enfant, se sont tissés entre eux* »<sup>304</sup>.

Pourtant, les partisans de cette thèse, conscients des insuffisances inhérentes à leur proposition, font, en général, preuve d'une grande circonspection. Certes, quelques-uns relèvent que si l'adoption plénière, par la brutalité de ses conséquences, brouille nécessairement les repères générationnels et identitaires de l'enfant en le situant au rang de frère et sœur de ses propres parents, « *semblable risque de confusion est étranger à l'adoption simple qui offre ainsi le support juridique de très nombreuses démarches* »<sup>305</sup>. Pour les autres, en revanche, l'adoption simple emporte les mêmes inconvénients que l'adoption plénière<sup>306</sup>. A tout le moins, elle n'apparaît que « *comme une solution de repli intéressante* »<sup>307</sup> que le juge pourrait opportunément proposer au requérant, sur le fondement de l'article 1173 du nouveau Code français de procédure civile.<sup>308</sup>

**194 - Notre objection.** Cette dernière thèse ne nous satisfait pas non plus, car elle tente de minimiser le problème sans pour autant le résoudre. Même prononcée sous la forme simple, l'adoption entre proches parents demeure un vecteur de trouble et de confusion au sein de la parenté. Pour ces raisons, il nous paraît judicieux de consacrer une adoption sans création de lien de filiation entre l'enfant et les membres de sa famille élargie. Aussi, le prononcé d'une telle adoption devrait-il être systématique. L'adoption sous sa forme modeste, à l'exclusion de sa forme radicale, demeurant possible qu'à titre exceptionnel et lorsque des circonstances de fait l'exigent et ce, conformément à l'intérêt de l'enfant.

## **2. Proposition d'une solution intermédiaire**

**195 - La consécration de l'adoption sans création de lien de filiation.** L'adoption d'un enfant par ses proches-parents avec création d'un lien de filiation, bien qu'admise en principe

---

<sup>304</sup> Paris, 10 février 1998, JCP 1998 II 10130 note PHILIPPE (C.), Dr. fam. 1998 comm. n° 83 obs. MURAT (P.). V. encore, Paris 22 mars 2001, RTD civ. 2001 p. 576 obs. HAUSER (J.).

<sup>305</sup> GRILLET-PONTON (D.), « Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison... », Dr. fam. 1999 chron. n°2 p. 7. V., aussi, MURAT (P.), L'autonomie de la volonté et le pouvoir du juge dans la formation des liens de famille, thèse, 1991, p. 193 n° 267 qui souligne que « dans de tels cas, l'adoption simple semble souvent mieux adaptée qu'une adoption plénière ».

<sup>306</sup> NEIRINCK (C.), Rép. Not., « Adoption », Fasc. 10, n° 41.

<sup>307</sup> HAUSER (J.), note sous Bordeaux 21 janv. 1988, préc., p. 456.

<sup>308</sup> En application de ce texte, « le tribunal peut, avec l'accord du requérant, prononcer l'adoption simple, même s'il est saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière ».

dans les législations malienne et sénégalaise, soulève de nombreuses interrogations quant à son opportunité. Les demandes d'adoption introduites par des membres de la famille élargie révèlent non seulement de la consolidation des liens de faits créés par la vie commune et l'éducation entre l'enfant et son proche-parent, mais également d'un acte de solidarité dont fait preuve le proche-parent à l'égard de l'enfant dont les parents sont décédés, défailants ou incapables à assurer leurs rôles de parents vis-à-vis de l'enfant.

Le droit peut difficilement imposer une collaboration entre membres de la même famille, si celle-ci ne se vit pas dans la spontanéité de la vie quotidienne. Il ne lui revient cependant pas non plus, même si des circonstances exceptionnelles peuvent justifier certaines adoptions (simples), de cautionner des désirs d'accaparement exclusif d'un enfant à l'intérieur de sa famille élargie et d'éviction de ses parents d'origine.

Si l'adoption de l'enfant par ses proches parents est réputée receler de grands dangers, on ne voit pas de raisons de ne pas, en toutes situations, l'empêcher. Toutefois, compte tenu de la nécessité de prévoir un statut plus protecteur de l'enfant pris en charge par ses proches, et éviter ainsi la politique du « tout ou rien », une voie moyenne conciliant le prononcé de cette forme d'adoption et l'intérêt de l'enfant, pourrait être préférée.

L'interdiction radicale, le maintien exclusif ou modéré de l'adoption au sein de la famille élargie, constituent tous, des options qui, à notre sens, ne donnent pas entière satisfaction, en tout cas, dans les contextes malien et sénégalais. Sans pour autant nous inscrire dans l'une des options proposées, lesquelles ne nous semblent pas adaptées à l'intérêt de l'enfant et au contexte local, nous pensons que la solution résiderait plutôt – non pas dans l'interdiction de cette forme d'adoption – mais – dans la substitution de l'adoption avec création de lien de filiation à une adoption sans création de lien de filiation. Autrement dit, les législateurs malien et sénégalais devraient consacrer, lorsqu'il s'agit d'adopter l'enfant issu de la parenté, l'adoption coutumière.<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup> D'après l'article 529 du Code des personnes et de la famille du Mali « L'adoption- protection met à la charge de l'adoptant l'obligation de nourrir, loger, entretenir, élever l'adopté et de préparer son établissement ». Et le l'article 530 du même Code ajoute que « Les droits relevant de l'autorité parentale tels que réglés par le présent code sont exercés par le ou les adoptants dans les mêmes conditions qu'à l'égard de l'enfant légitime. Les règles de la tutelle de l'enfant légitime s'appliquent à l'enfant adopté ».

**196 - Une prudence.** Pour toutes les raisons précédemment évoquées<sup>310</sup>, le recours à une adoption sans création de lien de filiation devrait être envisagé systématiquement, même si l'opportunité d'une adoption avec création de filiations additionnelles n'est pas toujours à exclure. En revanche, lorsqu'une telle nécessité se présente, l'usage de cette forme d'adoption modeste (adoption simple), devrait être apprécié de façon prudente et restrictive par le juge. Par exemple, il devrait être limité aux hypothèses dans lesquelles la filiation d'origine ne recouvre aucune réalité essentielle pour l'adopté, ni réelle ni symbolique, sans que cette situation puisse être imputable aux agissements des gardiens de l'enfant, candidats à l'adoption, et où l'intérêt de l'enfant postule la modification de sa filiation.

**197 - La nécessité d'une réforme.** Au regard donc des analyses faites par rapport à la mise en œuvre de l'adoption intrafamiliale, il ressort que l'utilisation de cette technique juridique produit des effets insatisfaisants tant pour l'enfant que pour la structure parentale. Pour corriger ces imperfections, les législateurs malien et sénégalais devraient opérer des modifications au sein de leur législation. Ces modifications devraient permettre de substituer à l'adoption avec création de liens de filiation, une adoption sans création de liens de filiation: l'adoption coutumière dont le prononcé serait systématique. Néanmoins, une porte devrait restée ouverte au prononcé de la forme modeste de l'adoption lorsque des situations exceptionnelles le justifient et si l'intérêt de l'enfant postule en sa faveur.

## **B. L'admission, à titre exceptionnel, de la forme simple de l'adoption de l'enfant du conjoint**

**198 - Justifications.** Eu égard aux méfaits de l'adoption de l'enfant du conjoint ci-dessus décrits, une révision des conditions d'adoptabilité de l'enfant du conjoint s'impose aux législateurs malien et sénégalais afin de rendre cette forme d'adoption conforme à l'intérêt de l'enfant et à celui de ses parents d'origine. Une telle révision passerait nécessairement par l'élaboration de nouveaux critères d'adoptabilité de l'enfant du conjoint. Ces nouveaux critères devraient permettre de consacrer, dans certaines hypothèses, l'exclusivité de la forme modeste de l'adoption.

**199 - L'interdiction de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint.** L'adoption plénière, que l'auteur non gardien de l'enfant soit vivant, décédé ou inaptes, faisant l'impasse sur l'ensemble des liens généalogiques originels, ne devrait jamais être autorisée car, il y a là un

---

<sup>310</sup> V. supra, p. 108 et s.

montage juridique de falsification de l'identité de l'enfant ou une organisation légale de la négation de l'identité de l'enfant. On suggère, par conséquent, que le législateur sénégalais l'interdise purement et simplement, car les confusions qu'elle engendre dans l'ordre de la parenté sont regrettables tant sur le plan de l'ordre individuel que sur le plan de l'ordre social. Au demeurant, la forme modeste de l'adoption peut s'avérer opportune dans certaines situations à partir du moment où elle ne crée qu'un brouillage relatif au sein du système de parenté. En effet, contrairement à la forme plénière de l'adoption, la forme modeste permet une coexistence de la nouvelle filiation – reflet de l'intégration de l'enfant au sein d'un nouveau foyer – avec l'ancienne filiation – souvenir d'une première famille.

**200 - Hypothèses où l'adoption simple de l'enfant du conjoint peut être encouragée.** La promotion de l'adoption de l'enfant du conjoint sous la forme modeste semble opportune dans les hypothèses suivantes : -lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard du parent conjoint de l'adoptant, par exemple, lorsque l'enfant est de père inconnu<sup>311</sup> ; -lorsque l'auteur non gardien de l'enfant est décédé sans laisser de parents susceptibles de s'occuper de l'enfant mineur ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ; -lorsque l'auteur non gardien vit, mais s'est manifestement désintéressé de l'enfant et lorsque les parents de cet auteur non gardien s'abstiennent délibérément de s'occuper de l'enfant.

**201 - Hypothèses où l'adoption simple de l'enfant du conjoint n'est pas souhaitable.** Mis à part, les quelques hypothèses précédemment décrites<sup>312</sup> et qui peuvent justifier l'adoption limitée de l'enfant du conjoint, les autres hypothèses, en revanche, et en particulier le cas du divorce ou de la séparation des auteurs de l'enfant, du retrait de l'autorité parentale ou de la puissance paternelle, le cas où l'auteur non gardien est décédé en laissant des parents qui sont disposés à s'occuper de l'enfant, ne nécessitent pas le recours à une adoption créatrice d'un nouveau lien de filiation entre l'enfant et le conjoint de son autre parent qui assure sa garde, fût-elle une adoption à effet modeste.

**202 - Une position partagée par une partie de la doctrine en France.** Soulignant le risque que peut représenter l'adoption de l'enfant du conjoint après divorce ou séparation des auteurs

---

<sup>311</sup> En effet, même circonscrite à cette hypothèse, il demeure qu'une adoption plénière peut constituer une sorte d'empêchement prohibitif à la reconnaissance de son autre parent naturel. Elle reste un moyen d'écarter l'autre parent que le conjoint de l'adoptant puisqu'elle rend impossible tout établissement futur d'un lien de filiation avec le parent biologique, que cet établissement soit l'initiative du parent ou de l'enfant. Le parent conjoint de l'adoptant, pourrait dès lors être tenté d'utiliser l'adoption plénière comme moyen d'évincer définitivement l'autre parent de la filiation de l'enfant.

<sup>312</sup> V. supra, p. 119, note 200.

de l'enfant, en France, certains spécialistes de l'enfance pensent, à juste titre, qu'une telle adoption est susceptible « d'équivaloir pour l'adopté à la perpétuation d'une rivalité parentale, à la manifestation d'une emprise disproportionnée de l'un de ses auteurs, à un reniement de l'autre et à la négation d'une partie de sa propre identité, d'autant plus si l'enfant dispose de peu de possibilités de s'informer sur l'auteur dont il est coupé, et de peu de liberté pour exprimer sa loyauté envers lui, et même éventuellement pour refuser l'adoption projetée. Cette adoption risque alors de susciter des difficultés familiales, des troubles de comportement chez l'enfant, et même un rejet à l'adolescence »<sup>313</sup>.

De même, fustigeant l'adoption de l'enfant du conjoint après décès de son autre parent alors même que ce dernier aurait laissé des membres de sa famille susceptibles de s'occuper de l'enfant, le Professeur HAUSER estime, avec justesse, qu'« *il n'est pas question de tomber dans un sentimentalisme hors de raison sur la mémoire du parent défunt, mais (qu') enfin on ne peut non plus faire qu'il n'ait pas existé et créer ainsi un enfant rétroactivement sans filiation sous prétexte de reconstruire l'avenir* »<sup>314</sup>.

Dans tous les cas, l'adoption ne devrait pas être permise lorsqu'elle procède essentiellement du souhait de l'un des auteurs de « *réécrire l'histoire* », d'oublier le passé, de nier l'autre auteur et de reprendre une vie de famille « à zéro ». De même, l'adoption ne peut devenir « *une sorte de contestation de la filiation d'un auteur, soumise à l'étrange arbitraire de l'autre qui, parce qu'il a la chance de vivre avec l'enfant, n'en est pas pour autant propriétaire au point de l'amener avec lui dans son nouveau mariage* »<sup>315</sup>.

**203 - Solutions prospectives.** L'exclusion de l'adoption plénière dans les modes d'intégration de l'enfant dans la famille recomposée et l'inopportunité de l'adoption même sous sa forme limitée ou modeste dans certaines hypothèses, invitent le législateur à consacrer d'autres modes d'intégration de l'enfant dans la famille recomposée et qui ne nécessitent pas de création d'un nouveau lien de filiation entre l'enfant et le conjoint de l'auteur gardien de l'enfant.

L'adoption-intrafamiliale n'est pas la seule technique juridique dont la mise en œuvre produit des conséquences dangereuses. L'adoption « extra-familiale » n'est pas elle aussi exempte de

---

<sup>313</sup> Voy. En ce sens, LAMMERANT (I.), L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé, op.cit., p. 223 et s., n°185.

<sup>314</sup> HAUSER (J.), L'adoption à tout faire, D 1987, chr., p. 205 et s., spéc. P. 206, n° 7.

<sup>315</sup> HAUSER (J.), ibid.



critiques. Sa mise en œuvre révèle des imperfections au niveau des législations malienne et sénégalaise. Néanmoins, elle nous paraît plus conforme aux réalités de l'adoption filiative.

## **Section 2. La consécration souhaitable de l'adoption filiative dans un cadre "extra-familial"**

**204 - Justifications.** Comme son nom l'indique, l'adoption « extrafamiliale », à l'opposé de celle intrafamiliale, est réalisée entre des personnes qui n'étaient préalablement unis par aucun lien de parenté ni d'alliance. Cette forme d'adoption, peu pratiquée au Mali et au Sénégal, reflète l'image traditionnelle de l'adoption en Occident, notamment en France où elle représente le modèle dont l'adoption intrafamiliale n'est que l'exception. Néanmoins, elle a le mérite d'exister au niveau local et d'être souvent sollicitée par des nationaux tant dans sa forme simple que dans sa forme plénière. Aussi, est-elle mise en œuvre à la demande, soit d'un couple marié (paragraphe 1), soit d'une personne seule (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Les conditions d'accès à l'adoption par un couple marié**

**205 - Généralités.** Les législateurs malien et sénégalais autorisent l'adoption d'un enfant par un couple. Les textes<sup>316</sup> semblent néanmoins prohiber l'adoption par un couple de concubins hétérosexuels ou par un couple d'homosexuels. La mise en œuvre de l'adoption au sein du couple obéit à la réunion d'un certain nombre d'exigences légales dont on peut interroger le bien-fondé. Ces exigences, si elles sont souvent jugées satisfaisantes, car adaptées aux réalités locales (A), d'autres, en revanche, sont discutables, voire contestables (B).

#### **A. Les conditions satisfaisantes posées pour l'accès d'un couple à l'adoption**

**206 - Nature de ces conditions.** Ces conditions sont relatives d'une part, à l'éviction des couples homosexuels et de concubins hétérosexuels (1) et d'autre part, à l'ouverture conséquente de l'adoption aux époux hétérosexuels (2).

---

<sup>316</sup> V. Art. 224 du Code sénégalais de la famille qui dispose que " L'adoption peut être demandée : - conjointement, après 5 ans de mariage, par deux époux non séparés de corps dont l'un au moins est âgé de 30 ans. Par un époux en ce qui concerne les enfants de son conjoint ; Par toute personne non mariée âgée de plus de 35 ans ". V. également art, 522 in fine du Code malien des personnes et de la famille qui dispose " En aucun cas, un homosexuel n'est admis à adopter un enfant sous quelque régime que ce soit ".

## 1. L'éviction actuelle des couples homosexuels et de concubins hétérosexuels.

**207 - Les fondements d'une telle éviction.** En Occident<sup>317</sup> et plus particulièrement en France, on observe une revendication croissante des homosexuels, non plus seulement à la non discrimination, mais encore à l'assimilation complète de leur situation à celles des couples hétérosexuels. Les récents débats qui ont précédés l'adoption du projet de loi sur le mariage pour tous, en France, en sont la plus éclatante manifestation. Cette loi vient abolir la différence des sexes dans le mariage et dans la parenté adoptive<sup>318</sup>. Toutefois, au risque d'aller à contre-courant des idées actuellement en vogue en Occident, il nous semble primordiale d'affirmer l'incompatibilité irréductible entre l'adoption et « l'homoparentalité », la première ne pouvant être le moyen de consacrer la seconde<sup>319</sup>. Une chose est d'assumer le rôle d'un parent, une autre est de solliciter l'établissement d'un lien de filiation.

Comme le souligne le Professeur NEIRINCK, « *entre ceux qui s'occupent de l'enfant et un adoptant, il y a une différence fondamentale qui érige ce dernier en parent : l'inscription généalogique* »<sup>320</sup>. N'importe quel tiers – donc aussi des homosexuels – peuvent prendre en charge l'enfant et remplir la mission qui revient normalement aux parents. En revanche, tous les tiers ne peuvent pas inscrire l'enfant dans une lignée, ne peuvent pas solliciter l'établissement d'un lien de filiation. Sans doute, les travaux d'ordre ethnologique nous enseignent que la filiation n'a jamais été un simple dérivé de l'engendrement, mais que « toutes les sociétés consacrent la primauté du social – de la convention juridique qui fonde le social – sur le biologique pur »<sup>321</sup>. Cependant, ce lien social doit-il être élaboré autour

---

<sup>317</sup> Des Etats comme les Pays-Bas, l'Espagne, le Canada, la Belgique et récemment la France, ont franchi le pas et ouvert l'adoption aux couples de même sexe en même temps qu'ils ouvraient le mariage aux couples homosexuels. Sont surtout mis en avant pour justifier cette évolution, le principe d'égalité entre personnes et le refus des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Toutefois, ce qui est surprenant, c'est que de tels raisonnements ne partent pas de l'enfant, cet enfant que ces pays prétendent pourtant placer au centre de tout leur droit ; ils se fondent sur les droits des adultes. Par conséquent, il n'est plus question de droits de l'enfant mais de droits à l'enfant.

<sup>318</sup> Par l'effet de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe en France, l'état civil permet désormais d'indiquer à un enfant une filiation adoptive à l'égard de deux hommes ou de deux femmes. Il y a là une rupture avec le principe essentiel du droit français en vertu duquel le double lien de filiation ne pouvait être unisexuel (Cass. 1ère Civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 : JurisData n° 2012-011952. - Cass. 1ère Civ., 7 juin 2012, JurisData n° 2012-011937), V. Egalement BINET (J-R.), " PMA, GPA : l'impuissance des lois face au mouvement continu de la vie " in Dr. fam., n° 1-janvier 2015, p. 1.

<sup>319</sup> En ce sens, v. notamment NEIRINCK (C.), « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 353 et s.

<sup>320</sup> NEIRINCK (C.), *Ibid.*, p. 355.

<sup>321</sup> HERITIER (F.), *Masculin-Féminin. La pensée de la différence*, éd. O. Jacob, 1996, p. 254. Encore que l'on note une tendance de nos sociétés modernes à se rapprocher de la nature comme en atteste, notamment, le rôle de

d'une donnée biologique élémentaire: la différence sexuée. Les situations de mariage entre individus de mêmes sexes ne nous semblent pas invalider ce postulat.

**208 - Une perception différente de l'homosexualité en Afrique et en Europe.** Toutefois, il faut souligner qu'à l'égard de l'homosexualité, les sociétés européennes et africaines n'ont pas les mêmes niveaux d'évolution. Pour l'immense majorité des populations africaines qui est violemment homophobe, l'homosexualité est une inclination contraire aux "traditions africaines". Pour elles, l'homosexualité aurait été introduite en Afrique par les Occidentaux. Cette perception du phénomène, associée aux deux grands monothéismes dont l'Afrique a hérité, l'Islam et le Christianisme, déterminent en grande partie la perception que les populations ont actuellement de l'homosexualité. Mieux, dans la quasi-totalité des pays africains francophones, nous avons aussi en héritage, le code napoléonien qui réprimait insidieusement l'homosexualité dès l'origine<sup>322</sup> avant que sa dépénalisation n'intervienne en 1982.

Mais c'est surtout l'islam et le christianisme, paradoxalement introduits par les mêmes Occidentaux, qui constituent le fondement essentiel de la perception négative de l'homosexualité en Afrique.

**209 - L'existence d'un sentiment d'homophobie en Afrique.** Il viendra probablement, en Afrique, le temps où la légalisation de l'homosexualité s'imposera d'elle-même, ce qui n'est visiblement pas le cas actuellement.

Pour l'heure, la résistance institutionnelle est encore farouche. Et mis à part l'Afrique du Sud où l'homosexualité est légale et le mariage pour les personnes de même sexe est autorisé, de manière plus générale, l'homosexualité est toujours illégale et criminalisée dans au moins 39 pays sur les 54 que compte que le continent africain (Quatre - le Soudan, la Mauritanie, la Somalie et le nord du Nigeria où s'applique la charia – prévoient la peine de mort<sup>323</sup>.)

---

la vérité biologique en matière de filiation : ROULAND (N.), « Les dimensions culturelles de la parenté », RRJ 1992 p. 677 et s. et aussi, IACUB (M.), « Homoparentalité et ordre procréatif », in BORRILLO (D.) Éd. Fassin, IACUB (M.) (Ss. dir.), Au delà du Pacs, l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité, Paris, PUF 1999, p. 189 et s.

<sup>322</sup> V. le lien suivant, consulté le 28 janvier 2015: [http://legri.fr/IMG/pdf/Histoire\\_de\\_droit\\_LGBT.pdf](http://legri.fr/IMG/pdf/Histoire_de_droit_LGBT.pdf).

<sup>323</sup> V. le journal français "Le Monde" <http://www.lemonde.fr/afrique/article/2014/02/14>, consulté le 16/09/2014.

Au Sénégal, l'article 319 du code pénal<sup>324</sup> prévoit que : « ...sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans, quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe ».

Cet article est une copie presque conforme de l'article 331 alinéa 3 du Code pénal français d'alors (adopté en France par l'ordonnance du 8 février 1945 et aboli en 1982). Cette disposition témoigne de la croyance en la qualité naturelle et la moralité des rapports hétérosexuels et, corrélativement, des préjugés négatifs sur l'homosexualité. Dans la pratique, nombre d'individus sont punis sur le fondement de cet article dans lequel le terme d'"acte contre-nature" n'est pas défini<sup>325</sup>. Cette perception négative de l'homosexualité largement partagée au sein des populations maliennes et sénégalaises a conduit les législateurs de ces deux pays à ne prévoir l'adoption conjointe que dans l'hypothèse où les époux sont hétérosexuels.

## **2. L'ouverture conséquente de l'adoption aux époux hétérosexuels**

**210 - L'adoption comme l'apanage des couples hétérosexuels mariés et unis.** Deux époux non séparés de corps sont les seuls à pouvoir être co-adoptants au Mali et au Sénégal. Le législateur sénégalais, contrairement à son homologue malien, subordonne, comme son homologue français de 1966, l'adoption à des conditions d'âge et de durée du mariage des adoptants potentiels. L'un des époux au moins doit être âgé de plus de trente ans et le mariage doit durer depuis plus de cinq ans. Ces exigences semblent trouver leur justification dans le souci de préserver l'intérêt de l'enfant. En effet, les législateurs malien et sénégalais imposent, à juste titre, une différence d'âge minimale entre l'adoptant et l'adopté, dans le but de garantir une situation semblable à celle existant dans une famille biologique. L'intérêt de l'adopté fonde également les exigences d'âge maximal des candidats adoptants auxquelles les

---

<sup>324</sup> L'article 319 alinéa 3 du Code pénal sénégalais, issu de la loi no 66-16 du 12 février 1966 dispose que: « sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 100 000 à 1 500 000 francs, quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe. Si l'acte a été commis avec un mineur de 21 ans, le maximum de la peine sera toujours prononcé ».

<sup>325</sup> Décembre 2006 : le tribunal régional hors classe de Dakar a déclaré Ibra F. coupable d'actes contre nature avec un individu de même sexe et l'a condamné à 6 mois d'emprisonnement ferme. En avril 2007 : Samba M., Mamadou H.S. et Lucien A.T. ont été condamnés respectivement pour actes impudiques et contre nature avec individu de même sexe à 1 an, 6 mois et 2 ans. Le 6 Janvier 2009 : 9 hommes sont condamnés à 8 ans de prison ferme pour actes contre nature et association de malfaiteurs. Le 14 janvier 2009 Mouhamadou Y.M. est condamné pour actes contre nature et dommage à la propriété d'autrui à 5 ans d'emprisonnement ferme. Le 17 avril 2009 : Amadou B. est condamné à 2 ans d'emprisonnement ferme. (Cf. article de Mlle Aimée MENDY, disponible sur le site suivant: [http://www.pplateforme-elsa.org/\\_files/319-3\\_penalisation\\_Senegal.pdf](http://www.pplateforme-elsa.org/_files/319-3_penalisation_Senegal.pdf))

législateurs malien et sénégalais devraient en tenir compte. Ce qui n'est malheureusement pas le cas pour l'instant.

**211 - Exigences liées à la différence d'âge entre le couple adoptant et l'adopté.** A propos de la différence d'âge entre adoptant et adopté, l'examen d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme vient confirmer la nécessité d'établir une telle exigence dans l'intérêt de l'enfant. Dans cet arrêt, la requérante, du nom de Ariane Schwizgebel, une musicienne, souhaitait à 57 ans adopter un second enfant. Les autorités suisses s'y opposèrent au motif, essentiellement, que l'intéressée était trop âgée et que l'adoption d'un très jeune enfant (cinq ans maximum) conduirait à une trop grande différence d'âge entre l'adoptante et l'adopté. La Cour estime que ce refus n'est pas discriminatoire compte tenu de la marge d'appréciation de l'Etat dans ce domaine et de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>326</sup>. Ces exigences se justifient : le développement de l'enfant peut pâtir d'un modèle parental trop âgé ou de la disparition précoce des adoptants. Enfin, les motivations des personnes qui envisagent tardivement l'adoption doivent être examinées de façon approfondie car elles peuvent relever de façon trop importante des motifs (même inconscients) tels que la peur de la solitude et de la mort ou le besoin d'un soutien. Il en résulte que l'enfant court le risque d'être en quelque sorte « instrumentalisé ». Néanmoins, une souplesse législative est nécessaire dans certains cas.

**212 - Le nécessaire assouplissement de la condition d'âge pour adopter<sup>327</sup>.** En ce qui concerne l'âge maximum pour adopter, une souplesse législative peut correspondre à l'intérêt de certains enfants. L'adoption par des parents plus âgés mais expérimentés, particulièrement au sein d'une fratrie nombreuse, peut par exemple présenter des avantages pour l'adopté, voire constituer sa seule chance d'intégration familiale, notamment s'il s'agit d'un enfant « à besoins spéciaux », c'est à dire, l'enfant plus âgé, malade ou handicapé, en fratrie, ...). Le législateur sénégalais doit envisager ainsi des exceptions relatives à l'âge limite des candidats à l'adoption dans les hypothèses suivantes : l'adoption des enfants à besoins spéciaux et les

---

<sup>326</sup> V. HERVIEU (N.), in "Absence de discrimination par un refus d'adoption fondé sur la différence d'âge entre adoptant et adopté (CEDH, 10 juin 2010, Schwizgebel c. Suisse): Refus d'une demande d'adoption justifié par l'âge excessif de l'adoptant et par la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté", article publié dans la revue "[Actualités droits-libertés du 10 juin 2010](#)" [Schwizgebel c. Suisse](#) (Cour EDH, 1e Sect. 10 juin 2010, Req. no [25762/07](#)), consulté le 16/09/2014 sur le site ci-dessous:

<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/06/11/absence-de-discrimination-par-un-refus-dadoption-fonde-sur-la-difference-dage-entre-adoptant-et-adopte-cedh-10-juin-2010-schwizgebel-c-suisse/>.

<sup>327</sup> Il faut souligner que le législateur malien est silencieux sur la question de différence d'âge entre adoptant et adopté. Dès lors, l'étude ne concernera que le droit sénégalais.

adoptions d'enfants par sa famille d'accueil, à condition que l'adoption par cette famille plus âgée corresponde réellement à l'intérêt de l'enfant concerné. Elle incite ainsi les adoptants plus âgés à adopter des enfants « grands »<sup>328</sup>. L'article 225 du Code sénégalais de la famille dispose "*L'adoptant doit avoir 15 ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Si ce dernier est l'enfant de son conjoint, la différence d'âge est réduite à 10 ans*". Cette disposition doit être modifiée par le législateur sénégalais, car non seulement elle sème une confusion, mais également elle n'est pas de nature à favoriser l'adoption des enfants à besoin spéciaux.

**213 - Proposition de réécriture de l'article 225 du Code sénégalais de la famille.** Le législateur sénégalais pourrait reformuler cet article comme suit : "*L'adoptant doit avoir au moins 15 ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Si ce dernier est l'enfant de son conjoint, la différence d'âge est réduite à 10 ans*. En outre, le tribunal peut, « *s'il y a de justes motifs* », prononcer l'adoption même lorsque la différence d'âge est inférieure à quinze ou dix ans, selon le cas ".

D'autres critères d'accessibilités des couples à l'adoption au Mali et au Sénégal relèvent à notre sens, d'une certaine incongruité, car biaisés par rapport aux réalités de l'adoption.

## **B. Les conditions non satisfaisantes relatives à l'accès d'un couple à l'adoption**

**214 - Identification de ces conditions.** Ces conditions sont de deux ordres. L'une est commune au Mali et au Sénégal (1) et l'autre est propre au Mali (2).

### **1. La critique des conditions communes aux deux pays.**

**215 - Absence d'enfant de l'adoptant.** D'après les textes malien et sénégalais, l'adoptant ne doit avoir, au jour de la requête, ni enfant, ni descendant légitime<sup>329</sup>. Si une telle restriction peut se justifier par le souci d'assimiler, le plus que possible, le lien juridique au lien biologique, il n'en demeure pas moins qu'elle contredit les réalités maliennes et sénégalaises en matière d'adoption, voire compromet la chance de beaucoup d'enfants de pouvoir grandir un jour dans un milieu familial. Contrairement au droit malien qui ne prévoit aucune dérogation lorsqu'il s'agit d'une demande d'adoption-filiation, en droit sénégalais, deux limites

---

<sup>328</sup> V. Publication du Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille (SSI/CIR), fiche de formation n°24, 2005, p.1 et 2.

<sup>329</sup> Art. 226, Code sénégalais de la famille ; article 540 al.1 du Code malien des personnes et de la famille.

sont apportées à cette règle. La présence d'enfants ou de descendants n'exclut pas l'adoption en cas de dispense du Président de la République<sup>330</sup> et dans l'hypothèse de l'adoption conjointe ou de l'adoption par un conjoint des enfants de l'autre<sup>331</sup>. Ce sont là les seules limites apportées par la loi sénégalaise à la condition de l'absence d'enfant de l'adoptant. En tant que limites, leur interprétation doit être restrictive. Pourtant, telle n'a pas été la conception de la jurisprudence sénégalaise au sujet de l'adoption des enfants Sylla<sup>332</sup>.

**216 - Exposé de la jurisprudence sénégalaise relative à l'adoption des enfants Sylla.** Dans cette affaire, il s'est agi d'une demande d'adoption limitée des neveux du requérant. Celui-ci est marié et déjà père de 8 enfants légitimes. Pour la circonstance, il n'y a pas eu de demande de dispense adressée au Chef de l'État et il ne s'agissait non plus, ni d'adoption conjointe, ni d'adoption par un conjoint des enfants de l'autre époux. Le tribunal a fait droit à la demande du requérant en violation de la loi. Néanmoins, en décidant ainsi au mépris de la loi, le juge sénégalais semble alerter le législateur sénégalais sur la nécessité de se débarrasser de cette disposition passéiste et d'opérer une réforme concernant la condition d'absence d'enfant. Une telle réforme se justifie d'autant plus que, dans la pratique, l'adoption n'est pas toujours une simple consolation accordée à des couples stériles. Elle résulte d'autres motivations<sup>333</sup>. En outre, ne serait-il pas souhaitable que l'adopté soit accueilli par des époux ayant déjà fait leur preuve de parents responsables vis-à-vis de leurs propres enfants ? Par delà cet aspect, il peut être souhaitable pour "les couples avec enfants", qui désireraient avoir une famille plus étendue, de pouvoir profiter de l'adoption, surtout lorsqu'ils disposent de moyens suffisants pour assurer une bonne éducation et un bon équilibre psychique à la fois à leurs propres enfants et aux enfants adoptifs. Enfin, force est de reconnaître que les risques de désunion que l'on peut craindre ne sont pas plus importants dans une famille où vivent ensemble des enfants propres et des enfants adoptifs, que dans une famille comprenant uniquement cette dernière catégorie d'enfants<sup>334</sup>.

**217 - Une démarche contraire adoptée par le juge camerounais.** Notons que, si au Sénégal, le juge d'instance a pris le risque d'aller à l'encontre du législateur en admettant

---

<sup>330</sup> Art. 226, al.1, Code sénégalais de la famille.

<sup>331</sup> Art. 226, al. 2, Code sénégalais de la famille.

<sup>332</sup> Trib. 1ère instance Dakar, 5-1-1980 préc.

<sup>333</sup> V. supra, p. 56 et s. note 74 et s.

<sup>334</sup> Ce sont probablement ces raisons qui ont amené le législateur français à abroger l'art. 345-1 du C. civ. qui comprenait la condition de l'absence d'enfants et de descendants légitimes. Sur cette réforme, v. PATUREAU (Yves), L'adoption en présence de descendants, D. , 1911 , p. 259 et s. Rappelons que les États d'Afrique noire francophone ayant légiféré en matière familiale, ces dernières années, n'ont pas retenu cette condition.

l'adoption en présence d'enfants, la Cour suprême du Cameroun, au contraire, a appliqué avec fermeté la prohibition de l'adoption en présence d'enfants<sup>335</sup>. En effet, la question s'était posée de savoir si un Camerounais de coutume Bassa, ayant recueilli à son foyer dès leur naissance des enfants nés d'une de ses parentes et de père inconnu, pouvait adopter ceux-ci, alors qu'il avait déjà des descendants légitimes. La Chambre coutumière de la Cour d'appel de Douala ayant répondu par l'affirmative<sup>336</sup>, la Cour suprême cassa l'arrêt d'appel considérant que l'adoptant ne devait avoir au jour de l'adoption ni enfants, ni descendants légitimes.

## **2. La critique d'une condition propre au Mali**

**218 - L'interdiction de l'adoption filiation aux étrangers.** Au Mali, les étrangers ne peuvent adopter un enfant malien sous la forme plénière. En effet, l'article 540<sup>337</sup> du Code malien des personnes et de la famille limite l'adoption-filiation aux seuls ressortissants maliens, établis à l'intérieur ou à l'extérieur du Mali. Par conséquent, il n'est plus possible pour les candidats n'ayant pas la nationalité malienne, de bénéficier d'une adoption filiation au Mali.

**219 - Une interdiction contraire à l'intérêt de l'enfant.** Cette option du législateur malien ne nous semble pas satisfaisante car elle ne prend pas en compte l'intérêt supérieur de nombreux enfants abandonnés et placés dans des institutions d'accueil pour enfants. En effet, face à la rareté des demandes d'adoption-filiation par des nationaux, il serait plus judicieux d'ouvrir cette forme d'adoption aux étrangers, quitte à poser des conditions plus rigoureuses pour les candidats étrangers dans une perspective de protection des droits des adoptés potentiels. Il peut en être, par exemple, de l'obligation pour les candidats étrangers de fournir une attestation de bonne vie et de bonne mœurs en plus des autres conditions exigées aux candidats nationaux. Car, en la matière, le législateur ne doit légiférer que " d'une main tremblante " afin d'éviter toute erreur qui serait gravement préjudiciable pour les enfants. Cet argument est politique et réaliste car, de fait, l'essentiel des aides financières allouées aux institutions d'accueil des enfants abandonnés au Mali proviennent-elles des pays demandeurs

---

<sup>335</sup>C. sup. Cameroun, 20-12-1973, Penant, 1976, p. 377 et s.

<sup>336</sup> Arrêt du 9-3-1973, reproduit par l'arrêt de la Cour suprême du Cameroun du 20- 10-1973 (préc.) in Rev. Camerounaise de Droit, 1975, note MELONE (S.).

<sup>337</sup> L'article 540 du Code malien de la famille dispose que: "Sous réserve du respect des prescriptions portées à l'article 522 ci-dessus, l'adoption-filiation peut être demandée : soit par un couple de nationalité malienne n'ayant ni enfant, ni descendant légitime, à condition que l'un d'eux ait au moins 30 ans ; soit par une personne de nationalité malienne célibataire, divorcée ou veuve qui n'a ni enfant ni descendant et qui est âgé d'au moins 30 ans."



d'adoption et la fermeture de l'adoption filiation aux ressortissants de ces pays pourrait engendrer une suspension de ces aides. Or, le Mali semble ne pas avoir les moyens nécessaires pour assurer la survie des enfants abandonnés qu'il accueille dans ses institutions créées à cet effet. Pour preuve, un rapport de la Brigade des mœurs du Mali, dirigée par le Contrôleur Général de police Amy Kane, publié le 17 février 2011, a établi qu'entre août 2010 et février 2011, 33 enfants dont les âges varient de quelques semaines à 3 ans au plus, sont morts dans des conditions effroyables à la Pouponnière d'Etat de Bamako. D'après ce rapport, ces décès étaient dus à la malnutrition, à la déshydratation, et au manque de soins médicaux et d'hygiène<sup>338</sup>.

**220 - Proposition de réécriture de l'article 540 du Code malien des personnes et de la famille.** La disposition de l'article 540 devrait être reformulée de la façon suivante " L'adoption plénière peut être demandée conjointement, après 5 ans de mariage, par des couples hétérosexuels unis par le mariage et non séparés de corps dont l'un au moins est âgé de 30 ans. En outre le couple adoptant doit fournir une attestation de bonne vie et de bonne moralité ".

Mais à côté des conditions concernant le couple qui se propose d'adopter, d'autres conditions sont spécifiques à l'adoption par une personne seule.

## **Paragraphe 2. L'adoption par une personne seule**

**221 - Généralités.** Comme on le sait, les lois malienne et sénégalaise prévoient que l'adoption peut être demandée par une personne seule, qu'elle soit célibataire ou divorcée<sup>339</sup>. Après un exposé critique de la situation actuelle (A), nous proposerons un réaménagement de ce mode d'adoption dans une perspective de protection des droits de l'enfant (B).

---

<sup>338</sup> Voir le site suivant: " [http://efa67.free.fr/Documents/2011/2011\\_06\\_05\\_Actualite\\_Adoption.pdf](http://efa67.free.fr/Documents/2011/2011_06_05_Actualite_Adoption.pdf)", consulté le 20 mars 2014.

<sup>339</sup> Voir pour le Mali l'article 526 du Code des personnes et de la famille qui dispose que "Les époux, sous réserve du respect des prescriptions portées à l'article 522 ci-dessus peuvent adopter un ou plusieurs enfants mineurs en état d'abandon matériel ou moral ou qui lui sont simplement remis par les parents.

Il est de même pour la femme célibataire jouissant d'une bonne moralité et de revenu suffisant.

L'homme célibataire jouissant d'une bonne moralité et de revenu suffisant ne peut adopter qu'un enfant de sexe masculin âgé de treize (13) ans au moins.

Pour le Sénégal, l'article 224 du Code de la famille prévoit "L'adoption peut être demandée: - conjointement, après 5 ans de mariage, par deux époux non séparés de corps dont l'un au moins est âgé de 30 ans. Par un époux en ce qui concerne les enfants de son conjoint; Par toute personne non mariée âgée de plus de 35 ans."

## **A. Un exposé critique de la situation actuelle**

**222 - L'adoption individuelle détournée de sa finalité originelle.** A l'origine, l'adoption par une personne seule ne vise pas seulement un célibataire<sup>340</sup>, mais aussi un époux qui adopte seul l'enfant ou encore une personne veuve ou divorcée. Elle a été instituée en vue de donner aux enfants, notamment grands ou présentant un handicap, une chance supplémentaire d'être adoptés. Elle permet également l'adoption par un proche ou un allié en cas de décès des parents de l'enfant, ou d'abandon de celui-ci. Cependant, force est de souligner que le modèle familial classique du couple hétérosexuel prime dans l'inconscient collectif des populations malienne et sénégalaise et domine encore aujourd'hui en matière d'adoption, même s'il est entrain d'évoluer. Ainsi émerge, peu à peu, dans le paysage une nouvelle « formule » familiale de cette parenté volontaire et choisie : l'entrée dans une famille monoparentale d'un enfant par la voie de l'adoption est devenue désormais de plus en plus fréquente. Dans une société en mouvance, on s'éloigne aujourd'hui de ce qui, il y a peu, n'était qu'une marginalité.

**223 - Quelques chiffres.** Près de la moitié des adoptions réalisées ces dernières années au Mali et au Sénégal ont été faites au profit des personnes seules parmi lesquelles un nombre considérable de femmes célibataires. A titre d'illustration, au Sénégal, en 2008 sur 41 adoptions prononcées par le Tribunal hors classe de Dakar, 20 étaient individuelles (dont 13 plénières et 7 adoptions limitées). Parmi les 13 adoptions plénières, 11 étaient prononcées au profit de femmes seules et 2 au profit d'hommes seuls. Pour les 7 adoptions limitées, 2 étaient prononcées au profit de femmes seules et 5 au profit d'hommes seuls. En 2009, sur 51 adoptions prononcées, 24 étaient individuelles (dont 18 plénières et 6 adoptions limitées). Parmi les 18 plénières, 15 étaient faites au profit de femmes seules contre 3 au profit d'hommes seuls. Sur les 6 adoptions limitées, 3 étaient faites par des femmes seules et 3 par des hommes seuls. Le même constat est visible au Mali à la seule différence que dans ce pays aucune adoption plénière n'a été prononcée au profit d'homme non marié de 2006 à 2009. La plupart de ces adoptants individuels sont des célibataires. Cette observation mérite une

---

<sup>340</sup> Dans certains pays comme le Mali, la Côte d'Ivoire, la République démocratique du Congo (pays non signataire de la Convention de la Haye de 1993) ou encore le Burkina Faso (pays qui a ratifié la Convention de la Haye de 1993) même si la loi autorise l'adoption par des célibataires hommes, on constate que dans la pratique leurs chances de voir aboutir leur procédure d'adoption sont très réduites voire inexistantes. Voir également sur le site suivant que nous avons consulté le 24 novembre 2012 [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/News11test\\_cle091811-1.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/News11test_cle091811-1.pdf)

attention toute particulière eu égard aux problèmes que cette situation peut susciter contre l'intérêt de l'enfant.

**224 - Controverses autour de l'adoption monoparentale.** Les familles monoparentales sont en effet au cœur de bien des controverses entre les partisans de l'adoption par les célibataires et les opposants de l'adoption par les célibataires<sup>341</sup>. Cependant sans pour autant trancher en faveur de telle ou telle position, nous pensons que la possibilité accordée aux célibataires d'adopter doit être assortie d'un encadrement rigoureux pour éviter toute possibilité de violation éventuelle des droits de l'adopté. Par célibataires, il faut entendre des personnes ayant comme caractéristique de ne pas vivre en couple au moment de leur demande d'adoption, et ce, quel que soit leur état civil véritable.

**225 - Motifs de l'adoption par les célibataires.** Plusieurs raisons justifient la motivation des candidats célibataires à l'adoption. Cependant, beaucoup de ces raisons sont contraires à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, il est des femmes qui confient tout simplement le refus de voir leur corps se déformer ou s'abîmer par la maternité, voire la peur d'être enceinte ou d'accoucher. Contourner ces difficultés et ces craintes, sans compromettre le désir d'enfant bien présent, mènent à se projeter vers « *l'enfant tout fait* ». Par ailleurs, certaines femmes refusent l'idée, de se « faire faire » un enfant, c'est-à-dire de réduire l'homme au rôle de géniteur, en privant l'enfant de ce père lorsqu'un projet de vie de couple n'est pas envisageable. D'autres femmes

---

<sup>341</sup> Auditionné par Mission d'Information sur la famille et les enfants de l'Assemblée Nationale française, l'Archevêque de Paris André Vingt-Trois déclare que : « La question qui doit être posée est celle de savoir ce qui est préférable pour l'enfant : vaut-il mieux pour lui qu'il soit adopté par un couple ou qu'il le soit par un adulte seul ? Si l'on se pose la question de l'adoption par des adultes seuls, c'est parce que les adultes seuls formulent des demandes. Mais ce qui est en cause, en l'occurrence, c'est leur désir d'enfant, et non le bien de l'enfant. Quand on voit la longueur des files d'attente de couples qui attendent de pouvoir adopter un enfant, on peut légitimement penser qu'il convient de se préoccuper avant tout de donner un foyer aux enfants adoptables. Le jour où tous les couples désireux d'adopter auront pu le faire, on pourra se préoccuper de savoir si l'on peut donner un parent isolé aux enfants qui resteraient orphelins ». En revanche, M. Pierre Murat pense que l'existence d'un risque potentiel d'échec plus important ne justifie cependant pas la suppression de l'adoption par un célibataire. Pour lui : « Il faut garder en mémoire que, initialement, l'ouverture de l'adoption à une personne seule tendait à éviter que les enfants ne restent en institution et ne soient privés d'une famille. Mais ce n'est pas parce qu'il y a eu cette ouverture qu'il n'existe pas une hiérarchie implicite, dans la loi, entre l'adoption par un couple et l'adoption par une personne seule. Revenir sur cette ouverture aurait pour effet de se priver de cette subsidiarité qui peut rendre quelques services. » Pour accéder à ces citations, Cf. BLOCHE Patrick et PECRESSE Valérie, L'enfant d'abord : 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille, [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr), Rapport N°2832 Tomes 1et 2 de la Mission d'Information sur la famille et les enfants de l'Assemblée Nationale française, février 2006, p.155 et 156.

célibataires ont un comportement sexuel qui les éloigne des hommes par l'effet délibéré d'un choix de vie. Enfin, il faut tenir compte de certains préjugés africains suivis par certains juges et travailleurs sociaux qui consistent à dire qu'avec le développement de la pédophilie, permettre aux hommes célibataires d'adopter serait d'exposer les enfants à des risques qui compromettent dangereusement l'épanouissement physique et psychique de l'enfant. A l'issue de nos entretiens avec les acteurs de l'adoption au Mali et au Sénégal, nous nous sommes aperçus que ces derniers considèrent, à tort ou à raison, que dans l'adoption par un homme célibataire, on ne saurait trop s'assurer que le désir d'adopter ne dissimule pas des tendances homosexuelles, souvent non exprimées, qui, du point de vue de l'adoption, font souhaiter à un célibataire d'avoir un enfant sans être obligé d'avoir recours à un homme ou à une femme.

**226 - Une évolution des textes et des mentalités en France sur la question.** En France des homosexuels (elles) qui, adoptant en tant que célibataires, pratiquaient l'homoparentalité de fait jusqu'à l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage entre personnes de même sexe. En supprimant la différence de sexe des conditions de fond du mariage, la loi du 17 mai 2013 ouvre l'adoption aux personnes de même sexe. Peu d'articles du droit de l'adoption sont par ailleurs remaniés<sup>342</sup>, car la possibilité d'adopter un enfant est une conséquence de l'état d'époux, que l'adoption soit plénière ou simple. Avant, l'adoption par un couple homosexuel était perçue comme un facteur troublant les repères donnés à l'enfant et rendant plus complexe sa construction identitaire. En effet, la jurisprudence française a longtemps semblé défavorable à l'adoption par des homosexuelles avant de revoir sa position dans des arrêts plus récents<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> Sur le détail des modifications, voir SALVAGE-GEREST (P.), « Adoption de l'enfant adoptif du conjoint : que faut-il comprendre ? », AJ Fam., juin 2013, pp. 345 et s.

<sup>343</sup> "Sur la possibilité d'établir un lien de filiation adoptif à l'égard de deux parents du même sexe, V., depuis la L. n° 2013-404 du 17 mai 2013, les art. 6-1 et 360 C.civ. ss. art. 343. Comp. antérieurement à la L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 : est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme étant né de deux parents du même sexe. Sur la conformité de ladite loi à la Constitution, v. Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC : cité note 1 ss. art. 143 (consid. n° 43). V. par ailleurs, Civ. 1ère, 7 juin 2012 : R. 403 ; Bull. civ. I, n° 125 ; D. 2012. 1546, obs. GALLMEISTER ; ibid. 1992, note Vigneau ; ibid. 2013. 1436, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; ibid. 1503, obs. JAULT-SESEKE ; AJ fam. 2012. 397, obs. HAFTEL ; ibid. 400 obs. DIONISI-PEYRUSSE ; Rev. crit. DIP 2013. 587, note GANNAGE ; RTD civ. 2012. 522, obs. HAUSER ; JCP 2012, n° 856, concl. PETIT ; ibid., n° 857, note CHENEDE ; JCP N 2012, n° 1314, note AZINCOURT (refus d'exequatur d'une décision étrangère autorisant une adoption par un couple homosexuel). V. s'agissant de la même affaire, le revirement jurisprudentiel, Civ. 1ère, 7 juin 2012 : R. 403 ; Bull. civ. I, n° 126. Dans la même affaire, prononçant l'exequatur du jugement d'adoption : il peut être déduit de la formulation générale contenue dans l'art. 6-1 nouveau C. civ., la reconnaissance, par le droit français, de la possibilité pour un couple homosexuel d'adopter ; en outre, la substitution opérée par la loi susvisée à l'art. 34, al. 2, a), du Code civil du mot " parents " aux mots " père et mère ", s'agissant des mentions

## **227 - La jurisprudence défavorable à l'adoption par une personne homosexuelle.**

L'examen de deux affaires justifie cette affirmation. Ainsi, une première affaire concerne un homme célibataire homosexuel. En l'espèce, en 1993 le département de Paris a refusé d'accorder son agrément à M. Philippe Fretté, ressortissant français né en 1954 et résidant à Paris, invoquant son « choix de vie » et l'absence de « référent maternel ». Selon le département de Paris, les conditions d'accueil qu'il était susceptible d'offrir à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant. Le tribunal administratif de Paris annula en 1995 cette décision. Sur appel du département, le conseil d'Etat a annulé ce jugement et déclaré la décision légale. Pour le Conseil d'Etat, M. Fretté, « eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ».<sup>344</sup> Le recours de l'intéressé devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a été rejeté<sup>345</sup>. Les moyens tirés de la violation des articles 8 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ont été rejetés par la Cour : la discrimination effectuée poursuivait ici un but légitime, à savoir protéger la santé et les droits de l'enfant. Les autorités françaises ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés. La seconde affaire concerne une femme homosexuelle. En l'espèce, la requérante est enseignante et vit depuis presque 15 ans en couple, avec une femme. A l'âge de 38 ans, la requérante entreprit des démarches administratives afin d'obtenir l'agrément requis pour pouvoir adopter un enfant. Au terme de l'enquête sociale préalable, un premier refus lui a été signifié, puis, un second, après enquête complémentaire. Ces refus se fondaient sur l'absence de référent paternel et d'implication de l'amie de la requérante dans le projet d'adoption. La requérante déposa un recours administratif. Le tribunal annula les décisions défavorables, estimant que les motifs retenus par l'administration n'étaient pas de nature à justifier légalement un refus d'adoption. Cependant, la Cour d'appel annula le jugement, considérant que les refus d'agrément étaient légalement motivés, la requérante ne présentant pas, « eu égard à ses conditions de vie, et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, (...)

---

devant figurer dans les actes de naissance et de reconnaissance, a fait disparaître l'élément de contrariété à l'ordre public français qui avait motivé la cassation prononcée. Versailles, 20 mars 2014 : AJ fam. 2014. 237, obs. Haftel. " .

<sup>344</sup> Département de Paris C. M. Fretté, 9 octobre 1996, p.390 ; JCP 1997, II, 22766. Concl. MAUGUE ; Quotidien juridique, n°2, 9 janvier 1997, note PELLISSIER ; D1997, 117, note MALAURIE

<sup>345</sup> Fretté C. France, 26 février 2002, CEDH2002 – I=RUDH2002, 217 ; Revue Universelle Des Droits de l'Homme, vol. 17 N°9- 12 ; éd. N.P. Engel ; 31 décembre 2005 p. 335 à 336

des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ». Cette décision fut confirmée par le Conseil d'Etat le 5 juin 2002 communiquée sous l'angle de l'article 8 pris isolément, et en combinaison avec l'article 14<sup>346</sup>.

## **228 - La jurisprudence favorable à l'adoption par une personne homosexuelle.**

Aujourd'hui, la Cour de cassation française, comme le droit français, ne pose aucune entrave à l'adoption au sein du couple homosexuel. Il apparaît en effet, dans leur majorité, que les juridictions françaises prononcent l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère sans s'interroger sur les conditions de sa conception ni soulever l'existence d'une éventuelle fraude à la loi, notamment dans le contexte de la procréation médicalement assistée (PMA). Ainsi, il ressort d'une note de la Direction des affaires civiles et du Sceau du 17 juillet 2014 qu'à ce jour, 684 requêtes en adoption plénière de l'enfant de la conjointe au sein des couples de même sexe ont été déposées et 37 requêtes en adoption simple. Le ministère public a émis 7 avis défavorables à l'adoption et 64 avis favorables (ou absence d'opposition). Dans deux hypothèses, il s'est déclaré en faveur d'une adoption simple au lieu de l'adoption plénière demandée. Au total, 281 décisions ont prononcé l'adoption sollicitée (254 en la forme plénière et 27 en la forme simple). Neuf décisions refusant le prononcé de l'adoption sont comptabilisées. Enfin, trois décisions ont ordonné une enquête de police ou une enquête sociale<sup>347</sup>. Par ailleurs, les avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014 rendent compte des développements qui devaient de façon inévitable suivre l'admission du mariage entre personnes de même sexe par le droit français. Ces avis témoignent la faveur du juge français à l'adoption par des couples de personnes de même sexe<sup>348</sup>. D'après la haute juridiction, *"le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant"*.<sup>349</sup>

---

<sup>346</sup> CEDH, Strasbourg, Requête N° 43546/02- E.B. C. France ; communiquée par la 2<sup>e</sup> section au Gouvernement français le 30 nov. 2004 ( V. Revue Universelle des Droits de l'Homme, 30 nov.2004 ; vol. 16, N°5- 8 ; éd. N.P. Engel ; p.320

<sup>347</sup> V. site de la Cour de cassation [https://www.courdecassation.fr/IMG//Rapport1470006\\_ANO.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//Rapport1470006_ANO.pdf).

<sup>348</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 septembre 2014, Avis. – n° 15010 P et Avis n° 15011 P JurisData n° 2014-021251 , obs. BARRIERE-BROUSE (I.); Dr. famille 2014, comm. 160, NEIRINCK (C.) ; AJF 2014, p. 555 note CHENEDE (F.) ; RJPE 11/2014, p. 33, note GARE (T.) ; D. 2014, p. 1876, obs. DIONISI-PEYRUSSE (A.), p. 2031, chr. LEROYER (A-M.)

<sup>349</sup> V. Cass. 22 sept. 2014. - Avis n° 15011 et n° 15010, JurisData n° 2014-021251 , précités.

**229- Notre opinion.** A notre avis, la famille monoparentale est une formule plus vulnérable que la famille biparentale, le fait d'avoir un père et une mère est une garantie supplémentaire de bon équilibre de la personnalité de l'enfant. L'adoption conçue dans un foyer monoparental ne semble pas remplir pleinement en règle générale la mission première qui est celle que tout le monde lui assigne : donner une famille à un enfant qui n'en a pas. Le faire adopter par une célibataire ou un célibataire, c'est le priver délibérément d'un père ou d'une mère, alors que tant de couples réclament des enfants. Certains pourront formuler une objection à notre argument et dire que ce qui compte est moins le sexe que la fonction et qu'un homme peut fort bien jouer un rôle maternel, tout comme une femme pourrait servir de référent paternel. Mais cette objection ne nous convainc pas car, dans l'hypothèse de l'adoption par une personne homosexuelle se trouvant dans une union homosexuelle ou susceptible de se retrouver dans une telle union, qui ne voit le risque que court l'enfant ? Si certains enfants sont apparemment heureux et épanouis dans ce type de situation, faut-il que la loi en fasse une règle ? Le principe de précaution ne commande-t-il pas la plus grande prudence ? S'il s'est s'agi vraiment de donner une famille à un enfant, n'est-il pas opportun de lui offrir une structure plus facile à vivre car plus conforme à la nature des choses ? S'il s'agit de donner un enfant à une famille, il n'est plus question d'intérêt ou de droit de l'enfant mais bien d'intérêt et de droits des adultes : un droit à l'enfant dont la société serait débitrice. La singularité de la famille monoparentale fait de l'adoption une aventure délicate, où la tâche éducative s'opère seul(e). En conséquence, sans vouloir en aucune façon « stigmatiser » les familles monoparentales, une sensibilisation affinée de ces dernières au caractère délicat de leur projet semble s'imposer. Les cadres législatifs malien et sénégalais doivent répondre avant tout à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans une société en mutation marquée par l'instabilité sociale et économique, il est fondamental de défendre le droit de l'enfant d'être élevé par un père et une mère. La complémentarité homme-femme est une richesse indispensable, nous semble-t-il, pour assurer l'avenir et l'épanouissement de l'enfant.

**230 - Proposition d'introduction d'un nouvel article.** Un nouvel article pourrait être introduit dans les législations malienne et sénégalaise concernant l'adoption par une personne seule. Il pourrait être formulé ainsi : " L'adoption filiative par une personne seule n'est

---

envisageable que sous sa forme simple et doit être conforme à l'intérêt de l'enfant. Elle peut être prononcée en faveur "des enfants à besoins spéciaux" et en faveur du conjoint du père ou *de la mère de l'enfant, ou du conjoint* d'ascendant ou parent à condition qu'il n'y ait pas de lien de sang entre l'adoptant et l'adopté".

Au regard des risques liés à l'adoption par une personne seule, la nécessité d'un réaménagement des conditions en la matière s'impose au législateur. Une telle modification devrait permettre de remettre en cause l'adoption plénière par une personne seule.

## **B. La remise en cause de l'adoption plénière par une personne seule**

**231 - Justifications.** L'adoptant unique et célibataire peut fonder, sur sa seule personne, une famille non pas seulement monoparentale mais dans sa structure unilinéaire : la parenté ascendante de l'enfant se réduit nécessairement à une seule ligne maternelle ou paternelle. C'est la consécration institutionnelle d'une parenté tronquée<sup>350</sup>. L'intérêt de l'enfant se situant, nous semble-t-il, dans le principe de biparenté, l'adoption plénière par une personne seule apparaît comme une incongruité et pose de nombreux problèmes. Or, précisément, la tendance législative et jurisprudentielle prône désormais l'importance de la biparenté<sup>351</sup>.

Dans les systèmes actuels malien et sénégalais, une certaine hypocrisie se dégage face aux demandes d'adoption par une personne seule : le droit accorde la faculté aux célibataires d'adopter mais les services sociaux attachent beaucoup d'importance au fait que ces personnes vivent en couple.

**232 - La suppression de l'adoption plénière individuelle.** L'adoption plénière individuelle devrait être supprimée sur le fondement d'une absence de référence permanente à l'altérité sexuelle. Une telle restriction aurait le mérite de rappeler que le système de parenté a pour fonction d'inscrire un individu au sein d'une généalogie représentative de l'image du couple procréateur, c'est-à-dire d'inscrire un individu au sein de deux lignées maternelle et paternelle. On pourra, certes, trouver la solution bien sévère pour les célibataires animés par un désir, en quelque sorte unilatéral, d'enfant ; mais il importe de souligner que l'adoption, avant de répondre au désir des adoptants, doit être tournée vers l'enfant. Il nous paraît nécessaire de

---

<sup>350</sup> CORNU (G.), Droit civil. La famille, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9<sup>ème</sup> éd. 2006, n°279.

<sup>351</sup> HIRSOUX (E.), La volonté individuelle en matière de filiation, thèse, Paris 2, 1989, p. 16 ; MECARY (C.), Droit et homosexualité, éd. Dalloz, coll. Etats de droits, 2000, p. 89. V. également SIFFREIN-BLANC (C.), La parenté en droit civil français : étude critique, thèse, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2009, p. 59, n° 41.



dépasser les arguments brandis par certains, fondés sur l'égalité et le refus des discriminations à l'égard de l'adoptant individuel. A force d'être porté par l'enthousiasme que suscitent les droits de l'homme, ou par un certain conformisme intellectuel, on risque d'oublier qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est fondée sur des justifications objectives et raisonnables ; que tout comportement privé ou toute aspiration individuelle n'ont pas vocation à être érigés en droit subjectif ; que la liberté individuelle est certes une valeur essentielle mais que si elle doit être protégée en tant que telle, ses conséquences n'ont pas nécessairement à être consacrées par la loi car d'autres impératifs existent, tout aussi importants pour l'équilibre social. Bref, de même qu'il faut se garder de vouloir faire du même avec du semblable, il est légitime que la société affirme ses valeurs et propose, voire impose, des modèles au nom de l'intérêt général.

**233 -Le prononcé d'une adoption simple individuelle dans certaines hypothèses.** On ne saurait occulter certaines situations où l'adoption, ne fût-elle qu'individuelle, demeure souhaitable. Si objectivement, il ne va pas de l'intérêt de l'enfant d'autoriser l'adoption individuelle, il existe des cas où l'opportunité nécessite d'assortir le principe d'une atténuation. Nous pensons tout particulièrement aux enfants qu'il est difficile de placer dans une famille, mais qui peuvent trouver chez une personne seule les conditions de leur épanouissement. Pour eux, un seul parent vaut toujours mieux qu'une absence de parent. Afin de prendre en considération ce type de situation, la solution réside dans le prononcé non d'une adoption plénière individuelle mais dans le prononcé d'une adoption simple individuelle. Tout en créant un rapport de filiation, l'adoption simple maintient les liens d'origine et donc le principe d'une bilatéralité des liens de filiation. La remise en question se cantonnerait à l'adoption plénière individuelle. Dès lors, dans les cas exceptionnels où il pourrait être de l'intérêt de l'enfant d'être adopté par une personne seule, l'adoption simple pourrait être prononcée<sup>352</sup>. L'adoption simple par une personne seule pourrait continuer à donner aux enfants, notamment grands ou présentant un handicap, une chance supplémentaire d'être adoptés. A l'inverse de l'adoption plénière, le recours à l'adoption simple a le mérite de ne pas effacer la structure biparentale, l'enfant ne sera pas considéré comme né d'une seule personne, mais seulement adopté par une et issu de deux autres.

---

<sup>352</sup> V. supra, p. 125 et s., n° 212, notre proposition d'article.

## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

**234** -Il ressort de l'analyse faite des droits malien et sénégalais qu'il existe une incohérence dans l'application de l'adoption. Cette incohérence est apparente dans l'adoption filiative intrafamiliale. En effet, que cette dernière soit réalisée au sein de la famille nucléaire ou au sein de la famille élargie, l'artifice de la filiation adoptive heurte non seulement l'ordre des généalogies, mais permet également d'évincer un parent par le sang de l'enfant. Il en est ainsi dans l'adoption d'un enfant par ses grands-parents ou de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint. Une telle situation peut souvent compromettre l'intérêt de l'enfant. Pour prévenir les risques liés à l'adoption filiative intrafamiliale, nous pensons que la solution résiderait dans la substitution de l'adoption filiative à une adoption sans création de lien de filiation. Toutefois, l'adoption filiative simple pourrait être prononcée exceptionnellement en cas d'adoption de l'enfant du conjoint et lorsque l'intérêt de l'enfant l'ordonne. Corrélativement, l'adoption filiative doit être réservée par principe dans les hypothèses où il n'existe aucun lien de parenté entre l'enfant et le ou les adoptants: l'adoption extrafamiliale. Dans ce dernier cas, nous suggérons une suppression de principe de l'adoption individuelle et une promotion de l'adoption conjointe réalisée dans un cadre hétérosexuel.

## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

**235** -Au regard de ce qui précède, il apparaît que le mauvais décalque du modèle français de l'adoption dans les dispositifs législatifs malien et sénégalais, invite les législateurs à une réforme d'ensemble des droits positifs malien et sénégalais afin de produire un droit de l'adoption respectueux des droits de l'enfant et plus conforme aux réalités locales. Pour atteindre cet objectif, les deux formes d'adoption filiative (adoption plénière et adoption simple) doivent être rééquilibrées. En outre, certaines distinctions entre adoption filiative intrafamiliale et adoption filiative extrafamiliale doivent être dégagées quant à leurs conditions d'application. Ces distinctions permettront de considérer les deux formes d'adoption visées de façon égale. Le choix entre l'une et l'autre ne serait donc plus focalisé sur les conditions et les effets de chacune des deux adoptions, mais sur une appréciation de la situation concrète de l'enfant. Cette appréciation permettrait de déterminer le caractère nécessaire ou non du maintien du lien de filiation entre l'enfant et sa famille par le sang et, partant, la forme de l'adoption à prononcer. Cette solution se justifie à plusieurs titres. D'abord, elle permettra de remettre en cause le caractère irrévocable de l'adoption plénière au Mali et au Sénégal dans l'intérêt de l'enfant. Ensuite, elle permettra de prévenir les désordres généalogiques susceptibles de se produire en cas d'adoption intrafamiliale ou la création de situations où l'enfant se trouverait privé d'une lignée parentale, notamment en cas d'adoption plénière de l'enfant du conjoint. Enfin, elle permettra d'ouvrir la voie à la création d'un modèle d'adoption sans création de lien de filiation, adapté aux contextes maliens et sénégalais plus favorables à l'adoption intrafamiliale. Cette réalité nous invite d'ailleurs à suggérer aux législateurs des deux pays la nécessaire valorisation des institutions locales de prises en charge des enfants comme alternative à l'adoption filiative.

## TITRE 2. LA VALORISATION DES INSTITUTIONS LOCALES

**236 - Justifications.** Il est regrettable de constater que très peu de juristes se sont intéressés à l'étude de l'adoption de fait en Afrique francophone. En témoigne la rareté de la doctrine en ce domaine. Nonobstant cet état de fait, nul ne conteste la réalité de cette forme d'adoption en Afrique noire francophone en général et, au Mali et au Sénégal, en particulier. L'adoption de fait est une pratique coutumière, profondément ancrée dans les mœurs maliennes et sénégalaises, en principe étrangère au droit. A côté du modèle occidental de l'adoption, il existe donc au Mali et au Sénégal des constructions sociales et juridiques qui peuvent permettre valablement à l'enfant de jouir d'une protection qui complète celle assurée par ses parents, mais qui n'ont pas toutes été appréhendées par le droit moderne. Il en est ainsi de l'adoption de fait souvent appelée " pratique des enfants confiés ". Il s'agit des enfants confiés à d'autres personnes que les parents biologiques. Cette figure est si fortement ancrée dans les mentalités et concerne si grand nombre d'enfants qu'il nous a paru logique de nous interroger tout d'abord sur la nécessité de la protection juridique de ces enfants avant d'étudier les améliorations légales à apporter à cette pratique qui œuvre dans le sens de la protection des enfants. Il conviendra donc d'analyser, dans la perspective d'une meilleure protection des droits des enfants maliens et sénégalais, d'une part, la nécessité d'une valorisation des institutions locales (chapitre 1) et, d'autre part, le nouvel habillage juridique des institutions locales (chapitre 2).

## **Chapitre 1. La nécessité d'une valorisation des institutions locales**

**237 - Le bien-fondé.** Pour plaider une nécessaire valorisation des institutions locales, il importe avant tout d'identifier les diverses réalités des formes de recueil d'enfants au Mali et au Sénégal. Cependant, l'identification des diverses situations de recueil des enfants que nous dénommerons "adoption de fait" n'est pas sans susciter des problèmes (section 1). Leur ampleur du fait du nombre important d'enfants qui sont élevés, encore aujourd'hui, par des parents nourriciers en marge du droit, mais aussi les déviations actuelles auxquelles sont exposés certains de ces enfants, conduisent à s'interroger sur l'opportunité de légaliser cette pratique comme une forme singulière d'adoption (section 2).

### **Section 1. La difficile identification des adoptions de fait**

**238 - Généralités.** Les adoptions de fait correspondent à la pratique des enfants confiés à des familles nourricières, c'est à dire des familles adoptantes de fait. Leur identification implique, d'une part, la définition des termes de cette institution traditionnelle (paragraphe 1) et, d'autre part, ses modalités d'organisation (paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1. Essai de définition des adoptions de fait**

**239 - Intérêt de définir l'adoption de fait.** La pratique des adoptions de fait, légalement inorganisée, présente, à certains égards, un intérêt individuel, notamment pour l'enfant, même si, elle intervient également dans l'intérêt des familles ou du groupe. Il conviendra de prendre la mesure de cette forme particulière de transfert d'enfant à travers une double approche. La première présente l'avantage de situer le phénomène des enfants adoptés de fait dans un cadre social : l'approche socio-anthropologique (A), tandis que la seconde permettra de la situer dans un cadre juridique : l'approche juridique (B).

#### **A. Approche socio-anthropologique**

**240 - Les avantages d'une telle approche.** L'approche socio-anthropologique nous permettra d'une part, de mettre en exergue les réalités socioculturelles de l'adoption de fait (1) et, d'autre part, les ambivalences de l'adoption de fait (2).

## 1. Les réalités socioculturelles de l'adoption de fait

**241 - Définition des adoptions de fait.** Les adoptions de fait sont des pratiques traditionnelles et coutumières de transfert d'enfant non légalisé au sein d'une " famille nourricière " appartenant à la parenté. Dans la mesure où certains mots, comme " famille " et " parents ", n'ont pas toujours le même contenu sémantique et peuvent recouvrir une pluralité de modèles de conjugalité et de modèles familiaux<sup>353</sup>, il importe, dans une telle hypothèse, de prendre un recul par rapport aux normes et valeurs de son milieu pour trouver le sens des mots dans une autre culture<sup>354</sup>. La conception de l'adoption s'inscrit bien évidemment dans une conception plus générale de la famille et de l'organisation sociale<sup>355</sup>. Une recherche sur la définition des adoptions de fait suppose de se rapporter à des institutions des droits malien et sénégalais, d'une part, et des droits étrangers, d'autre part, susceptibles de conduire à l'identification de la notion. Or, on constate déjà une source de difficulté dans le fait que la famille nourricière ou famille adoptante de fait, trouve son fondement dans une pratique inconnue des droits occidentaux<sup>356</sup>. Mise en évidence d'abord dans les sociétés océaniques par des recherches ethno-anthropologiques, l'adoption de fait est une véritable alliance entre deux familles, faite de droits et d'obligations<sup>357</sup>. Cette différenciation ethnologique s'inscrit dans

---

<sup>353</sup> CHARLES (M-N), "De la famille Fa'a'amui en Polynésie française à la nécessité d'un statut de la famille nourricière, in *L'enfant et les familles nourricières*", Etudes sous la direction du POUSSON (J.), Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse. 1997, p.73

<sup>354</sup> GALAP (J.), "L'enfant paquet, dysfonctionnement en milieu antillais migrant: de l'adoption temporaire intrafamiliale", in *Adoption et culture*, 1996, p.106.

<sup>355</sup> RUBELLIN-DEVICHI (J.), *Droit de la famille*, Dalloz action 2000, n°1602, p. 494. En réalité, la conception de l'adoption s'inscrit dans une conception plus générale de la famille et de l'organisation sociale. A titre d'illustration, l'adoption romaine qui a fourni un cadre à la législation française, repose sur la famille romaine fondée sur l'autorité du "patria potestas". La législation de l'adoption a ainsi évolué avec chaque époque et suivant la prééminence accordée aux besoins économiques, sociaux ou affectifs. La fonction économique s'est en effet substituée à une fonction sociale lorsque les deux guerres mondiales ont entraîné un grand nombre d'orphelins et de familles démunies d'enfants. On peut s'étonner de l'absence de données sur ce sujet chez les auteurs francophones, alors que les anthropologues américains et britanniques se sont intéressés depuis longtemps à cette pratique sous les vocables de transfert d'enfants, d'adoptions et de circulations d'enfants. Voir notamment les travaux de M. CAROLL, "Adoptions in Eastern Oceania", 1970, cité par S. Lallemand, *La circulation des enfants en société traditionnelle: prêt, don, échange*; L'Harmattan, Coll. Connaissances des hommes, 1993, p. 15.

<sup>356</sup> CHARLES (M-N), art. préc., in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p.73.

<sup>357</sup> V. CARROL "Adoption in Eastern Oceania", 1970, cité par S. Lallemand, *La circulation des enfants en société...*, op.cit., p. 15. Cet anthropologue oppose d'un côté, l'anonymat de la "démarche captatrice", le bas statut social des donateurs, la stérilité, le sacro-saint bien-être de l'enfant, la pesanteur des démarches et de l'autre côté, la familiarité ou la commune appartenance familiale, le prestige que déclenche cette conduite, la fécondité, l'enrichissement de la relation des négociateurs adultes, leur caractère informel et souvent réversible.

une vision plus large de la conception de la parenté et des structures familiales dans les deux sociétés. Elle permet, dès l'abord, d'opposer les conceptions dans les sociétés dites primitives et dans les sociétés dites développées. Les premières semblent s'intégrer dans un réseau de règles coutumières, dominées par l'intérêt collectif. Les secondes, en revanche, se développent en référence à une famille par le sang, qui est reconnue comme unité sociale fondamentale<sup>358</sup>.

**242 - Une institution symbolisant la solidarité.** Appelée indifféremment prise en charge, adoption de fait ou accueil familial, c'est à cette « institution coutumière » que les populations malienne et sénégalaise se réfèrent soit pour prendre en charge un enfant qui se trouve dans le besoin, soit pour raffermir les liens de parenté.

Dans les sociétés traditionnelles d'Afrique comme modernes, " *l'adoption de fait* " fait figure d'institution ancestrale. Elle est avant tout la manifestation de la solidarité familiale. Par exemple des parents biologiques peuvent proposer eux-mêmes l'adoption de leur enfant à un proche. Il en est ainsi des enfants confiés pour leur scolarisation à un parent proche résident dans un centre urbain.

Par ailleurs, un parent peut-il solliciter de prendre sous son toit le fils ou la fille d'un de ses frères, sœurs, oncle ou tante soit de leur vivant soit après leur décès. Lorsque le père de l'adopté accepte, celui-ci gagne le toit de l'adoptant où il reçoit entretien et éducation au même titre que ses enfants légitimes. A titre d'exemple, au Tchad, le traitement de l'enfant adopté de fait est identique à celui réservé aux enfants légitimes. L'autorité parentale s'exerce sur l'ensemble des enfants, légitimes ou adoptifs, jusqu'à leur maturité ou émancipation pour les protéger dans leur sécurité, leur santé et leur moralité<sup>359</sup>.

Abondant dans le même sens, M. ERNY a pu dire : « Le milieu humain est assez vaste pour qu'à tout moment, d'autres figures puissent se substituer au père et à la mère, de sorte qu'au-delà du sevrage, il n'existe plus de dépendance exclusive à l'égard d'une personne précise ou d'un couple...Les enfants sont le bien commun du groupe »<sup>360</sup>.

Une telle conception est dominée non seulement par l'intérêt du groupe, mais également par celui de l'enfant qui se verra attribuer une famille de substitution en l'absence de ses parents

---

<sup>358</sup> MARMIER (M-P.), *L'adoption*, Armand Colin, 1972, p. 18. Voir également SIDIBE (A. Sow), "L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone", R.I.D.C. 1993, p. 131.

<sup>359</sup> BIREME HAMID (A.), Président de la Cour suprême du Tchad, *Rapport sur l'adoption au Tchad* in Actes des conférences en promotion des droits de l'enfant, AHJUCAF, 2009, p. 115.

<sup>360</sup> ERNY (P.), *L'enfant et son milieu en Afrique noire* édition L'Harmattan, 1987, P.63.

par le sang. Mais il faut constater qu'une telle vision de la famille s'oppose à celle de la famille occidentale où l'adoption se développe face à une famille biologique reconnue comme unité sociale fondamentale<sup>361</sup>.

**243 - Une institution révélant une vision communautariste de la famille en Afrique.** Il est généralement soutenu que l'enfant africain ne se définit que par rapport à son groupe, qui, seul et contrairement à ce qui prévaut en Occident, a une finalité propre<sup>362</sup>. La pratique des enfants confiés semble s'inscrire dans cette tradition communautariste de la famille au Mali et au Sénégal. En effet, la pratique traditionnelle consistant à adopter de fait des enfants au sein de la famille élargie, était considérée comme une garantie contre l'apparition des individualismes<sup>363</sup>. Malgré les évolutions survenues depuis la décolonisation dans le domaine familial au Mali et au Sénégal, comme l'éclatement des structures traditionnelles, l'avènement de la famille nucléaire (famille conjugale), la libéralisation des mœurs, la tendance à la dissolubilité du mariage, l'introduction de nouvelles formes de transferts d'enfants, il existe toujours une importante circulation des enfants au sein de la famille élargie, sans qu'il y ait eu une valorisation de cette pratique par une officialisation auprès des services administratifs et judiciaires<sup>364</sup>. Si cette allégation est réelle au Sénégal, en revanche, au Mali elle doit être relativisée car le législateur malien semble avoir pris en compte les adoptions coutumières dans le dispositif de l'adoption-protection. Toutefois, la lourdeur du régime juridique de cette dernière remet en cause l'option du législateur malien.

Toutefois, ces réalités socioculturelles ne doivent pas dissimuler les ambivalences de l'adoption de fait.

## **2. Les ambivalences de l' adoption de fait**

**244 - Des ombres et des lumières.** Dans les sociétés traditionnelles comme modernes africaines, l'adoption de fait présente aussi bien des aspects positifs que négatifs. Il conviendra dès lors de présenter les usages louables (a) et les usages contestables de l'adoption de fait (b).

---

<sup>361</sup> Cf. MARMIER (M-P.), Cité par SIDIBE (A. Sow), op.cit. P. 143.

<sup>362</sup> Cf. ATEMENGUE (J-N.), "La police administrative au Cameroun : Recherches sur le maintien de l'ordre public", thèse de droit public, Université Lyon 3, 1995, p. 212.

<sup>363</sup> Voir en ce sens, KOUASSIGAN (G.A.), "Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone", Paris, Pedone, 1974, p. 109.

<sup>364</sup> Cf. ROBERT-LAMBLIN (J.), "L'adoption ou la circulation des enfants chez les Inuits", in L'enfant et les familles nourricières en droit comparé, Presses Universitaires des Sciences Sociales de Toulouse, 1997, p. 57.



### **a). Les usages louables de l'adoption de fait**

**245 - Généralités.** Le fait de confier l'éducation des enfants à des tiers est une vieille tradition en Afrique. L'objectif de cette pratique était de rendre l'enfant autonome, de connaître la vie du clan et de comprendre que le groupe familial ne comprend pas seulement le père et la mère, mais qu'il s'étend à d'autres personnes. L'enfant africain n'est donc pas l'objet exclusif de l'amour de ses géniteurs. Ce qui ne veut pas pour autant dire que ses géniteurs sont indifférents. On donne son enfant parce que le caractère de la personne plaît aux parents, pour faire honneur, par affinité, par homonymie, en reconnaissance du fait qu'on a été soi-même adopté par un tiers. Par ailleurs, on accueille un enfant s'il est orphelin de père ou de mère, etc. Bref, cette pratique ancestrale de circulation des enfants, appelée « confiage » correspondait à l'origine à un mécanisme de socialisation de l'enfant par le travail/l'éducation ainsi qu'à une forme d'entraide entre segments sociaux ou familiaux. Les parents confiaient l'enfant à un foyer d'accueil en raison des opportunités qu'il pouvait lui offrir.

**246 - La vérité biologique, critère additionnel de la filiation.** Selon la tradition africaine, ce n'est pas la naissance de l'enfant qui confère le statut de parents mais plutôt l'éducation de l'enfant. La vérité biologique apparaît donc comme un critère de filiation secondaire ou pour être exacte, additionnel. Le comportement parental envers l'enfant est davantage déterminant. De fait, cette tradition met surtout en évidence une conception volontariste de la filiation qui dissocie la procréation et le rôle parental<sup>365</sup>. L'enfant, comme le souligne justement un auteur, " n'est ni le bien, ni le lien du couple et qu'il soit élevé par ses géniteurs ne représente qu'une possibilité parmi d'autres "<sup>366</sup>. La parenté nourricière s'inscrit dans la parenté étendue et engage l'ensemble du groupe social. Elle est déterminée par le principe de la flexibilité et constitue un facteur de cohésion et de paix des familles. Les enfants au sein du groupe social sont en quelque sorte à la fois répartis et communs<sup>367</sup>. Parmi les multiples dimensions qu'on peut observer, trois d'entre elles retiendront l'attention : le symbolique, le matériel et l'affectif.

**247 - La dimension symbolique.** Il importe de relever que l'adopté de fait conserve les noms donnés par ses parents biologiques. Le cas le plus fréquent d'adoption de fait est constaté chez le couple dont l'un est stérile.

---

<sup>365</sup> MELONE (S.), La parenté et la terre dans la stratégie de développement (L'expérience camerounaise: étude critique), in Structures sociales et institutionnelles de l'Afrique, Éd. Klincksieck, Paris, 1972, p. 49.

<sup>366</sup> ROBERT-LAMBLIN (J.), art. préc., in L'enfant et les familles nourricières, op.cit., p. 58.

<sup>367</sup> CHARLES (M-N.), art. préc. in L'enfant et les familles nourricières, op.cit., p. 78.

L'imposition de nom à l'enfant se fait à travers les rites initiatiques. C'est elle qui marque véritablement l'entrée de celui-ci dans la communauté. Très souvent, l'enfant est porteur de ce qu'un auteur appelle " l'âme-nom "<sup>368</sup> d'un défunt. Ainsi, en l'absence de descendance dans un couple (famille conjugale), un enfant de la famille élargie leur est à sa naissance confié symboliquement afin d'assurer la continuité de la transmission du nom des ancêtres. On peut utilement rappeler à ce propos que l'adoption que connaissent les législations occidentales permettait aussi à l'origine " d'assurer la continuité des cultes et d'avoir à défaut de postérité légitime, des descendants qui puissent perpétuer ce culte "<sup>369</sup>. Autrement dit qu'avant de devenir " dynastique et politique ", l'adoption de droit moderne est d'abord " un remède à l'absence d'héritier "<sup>370</sup>. C'est ainsi que s'il manque un descendant mâle, il est nécessaire qu'il soit remplacé pour porter le nom et continuer le culte des ancêtres. A ce titre, l'enfant porteur du nom de l'ancêtre défunt est considéré comme l'héritier d'une partie de la personnalité du défunt qui, en quelque sorte, va reprendre vie au milieu des siens grâce à ce nouveau-né. Mais cela ne suppose pas la négation de toute différence de l'enfant avec son ancêtre. Ce dernier ne renaît pas dans le nouveau-né : " il en est l'artisan et l'intermédiaire, permettant l'identification mais n'implique pas l'identité "<sup>371</sup>. Les rapports entre les deux consistent à faire revivre seulement un aspect de la personnalité de l'ancêtre supposé être le " modelleur de l'enfant "<sup>372</sup>. Dans cette hypothèse, l'enfant est appelé du terme de parenté qui lie les autres membres de la famille au défunt. Par conséquent, quelle que soit la différence d'âge qui sépare les autres membres de l'enfant, ils l'appelleront tantôt " mon père ", tantôt " ma mère " ou " grand-père ou grand-mère ", etc.

Le nom est l'un des premiers éléments d'identification sociale qui permet non seulement de rattacher l'enfant à une communauté, mais aussi de l'y faire entrer. En droit écrit, le principe est que l'enfant porte le nom de la famille de ses géniteurs. De même, en droit coutumier, le nom de l'enfant est tributaire du souci d'identifier l'individu par rapport à un groupe, à un lignage.

**248 - La dimension matérielle et affective.** Le phénomène de l'adoption de fait correspond à un geste d'affection profonde des parents biologiques aux adoptants de fait. Cette pratique

---

<sup>368</sup> ROBERT-LAMBLIN (J.), art.préc., in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p.62.

<sup>369</sup> MATTEI (J. F.), *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs: L'adoption sans frontière*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1995, p.43.

<sup>370</sup> MARMIER (M-P.), *L'adoption*, op. cit., p. 29.

<sup>371</sup> DEPRET (L.), "L'enfant noir", in *Mélanges Danielle Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 81.

<sup>372</sup> DEPRET (L.), "L'enfant noir", *ibid.*

s'opère sans aucune formalité dès la naissance de l'enfant ou dans les tous premiers mois de sa vie. La " valorisation utilitaire "<sup>373</sup> de l'enfant ne préjuge en rien l'absence de liens affectifs profonds entre l'enfant et sa famille par le sang. Les enfants sont aimés pour eux-mêmes. Ce critère affectif ne sera pas étudié séparément parce qu'il est en réalité sous-jacent aux deux autres critères: matériel et symbolique.

La valeur de l'enfant est liée au travail qu'il peut fournir en grandissant. Il deviendra en effet très vite une aide de plus en plus efficace pour ses parents nourriciers<sup>374</sup>. Ensuite, devenu adulte, il les prendra en charge, quand ces derniers n'auront plus la force pour accomplir les tâches quotidiennes, de telle sorte que si l'accueil d'une nouvelle bouche à nourrir peut représenter une véritable charge économique au départ, il sera par la suite compensé sur le plan matériel et éventuellement spirituel. La continuité entre les générations sera ainsi assurée par l'enfant recueilli qui, pour remplir ses devoirs envers les défunts, sera amené à " réincarner " ses parents nourriciers (ses adoptants de fait) dans sa propre descendance. On voit bien que les différentes dimensions ne sont jamais isolés et se regroupent toujours d'une manière ou d'une autre.

Le domaine d'élection de l'aspect matériel de la pratique des enfants adoptés de fait se trouve dans le choix des grands-parents, surtout maternels, comme parents nourriciers. Ce choix est généralisé et constitue en quelque sorte une obligation culturelle et, selon la formule d'un auteur, l'accueil de l'enfant dans cette hypothèse prend la forme d'une " assurance vieillesse "<sup>375</sup>. Le privilège ainsi accordé aux grands-parents peut être considéré comme " une façon de lier et d'englober les générations et de donner une fonction de mère à la femme qui ne peut plus procréer "<sup>376</sup>.

**249 - L'adoption de fait comme un geste de charité.** En Afrique, il est très fréquent de voir un couple ayant déjà des enfants, accueillir dans leur foyer de jeunes orphelins ou des enfants en état d'abandon matériel ou moral. Au Sénégal et au Mali par exemples, les Ouolofs, les Toucouleurs, les Diolas, les Bambara... pratiquent cette forme de solidarité en faveur des enfants. Les Mossi du Burkina Faso connaissent également l'accueil de l'orphelin encore

---

<sup>373</sup> GIBIRILA (D.), "Le don d'enfants en société traditionnelle africaine", in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*. Institut de droit comparé . Presses de l'Université des sciences sociales, Toulouse, 1997, p. 111.

<sup>374</sup> ROBERT-LAMBLIN (J.), art.préc., in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p. 58.

<sup>375</sup> GIBIRILA (D.), art. préc., in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p109.

<sup>376</sup> CHARLES (M-N.), art. préc. in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p. 82.

nourrisson pour l'allaiter jusqu'au moment du sevrage<sup>377</sup>. En effet, chez les Mossi du Burkina, l'enfant d'une famille démunie qui fugue peut être recueilli par une autre famille dans un village voisin. Si cet enfant n'est pas réclamé par ses parents, sa famille d'accueil le nourrit et le blanchit. Il est alors tenu d'effectuer des travaux pour celle-ci mais devra retourner chez les siens dès qu'il aura atteint l'âge de raison<sup>378</sup>. La coutume burundaise connaît aussi l'adoption de l'orphelin : " Umurenano " et celle de l'enfant abandonné " Umutorano "<sup>379</sup>.

**250 - L'adoption de fait, une institution liée au mariage.** La charité ne justifie pas toujours l'adoption de fait en Afrique noire francophone. Celle-ci peut être liée à l'institution du mariage. Il s'agit alors de recueillir l'enfant naturel ou légitime de l'épouse ou de l'époux. Tel est le cas aussi lorsqu'un homme épouse la veuve de son frère et recueille en même temps les enfants de celle-ci, donc ses neveux. Appelée pseudo lévirat, cette pratique met à la charge du nouveau mari de la veuve, l'entretien et l'éducation des enfants nés du frère prédécédé. Une telle coutume existe chez les Bambara, les Sénoufos et les Malinkés du Mali, mais aussi chez les Ouolofs, les Toucouleurs et les Soninkés du Sénégal.

**251 - L'adoption de fait, une institution éducative.** L'adoption de fait vise aussi à assurer aux enfants une éducation, le plus souvent coranique. Ainsi, le fait d'envoyer ses enfants chez d'autres membres de la famille ou chez des amis est une vieille habitude africaine. D'ailleurs, certaines ethnies fortement islamisées<sup>380</sup> confient l'enfant à un marabout chargé de lui prodiguer l'instruction<sup>381</sup>. Cet éloignement est considéré comme une mesure éducative importante car l'enfant apprend alors à s'insérer dans des milieux différents.

Dans la société traditionnelle, les enfants recueillis étaient essentiellement des orphelins et ceux qu'on considérait comme des " indésirables "<sup>382</sup>. L'adoption de fait a eu le mérite d'avoir entraîné la disparition de certaines de ces coutumes négatives. Il en est ainsi du lévirat et de l'infanticide qu'il a efficacement combattu.

---

<sup>377</sup> Cf. DIALLO (S. S.), Les droits de la famille dans la coutume Mossi, Penant, 1967, n° 716, p. 153.

<sup>378</sup> Ce retour à la famille d'origine permet d'éviter que l'enfant soit considéré comme étranger à partir d'un certain moment. Cf. DIALLO (S.S.), *ibid.*, p. 154.

<sup>379</sup> Cf. BUFIKI (S.), L'adoption en droit burundais, Rev. Jur. et pol. Indépendance et coopération, n° 2, 1977, p. 225 et s.

<sup>380</sup> Par exemples les Toucouleurs du Sénégal ou les Peulhs du Mali

<sup>381</sup> L'objectif est louable lorsque l'éducation est bien menée. Cependant, tel n'est pas toujours le cas, et la situation lamentable dans laquelle se trouvent certains enfants confiés à des marabouts, livrés à eux-mêmes et réduits à la mendicité, est particulièrement critiquable.

<sup>382</sup> Il s'agit là des enfants incestueux, des enfants naturels et adultérins, etc.

**252 - Les adoptions de fait comme substitut au lévirat.** En effet, parce que la condition sociale de la veuve et de ses enfants était particulièrement difficile, le lévirat était originellement la seule chance pour ces enfants d'échapper à leur destin. Cette pratique, aujourd'hui fortement décriée, obligeait le frère du défunt à prendre la veuve, sous sa protection, y compris dans son lit, et à s'occuper de ses neveux orphelins. Une telle tutelle ne donnait lieu à aucune cérémonie particulière. L'enfant orphelin était considéré comme le propre enfant de son tuteur (généralement le frère du défunt) assumant le rôle de père de l'enfant<sup>383</sup>. De la sorte, l'enfant n'est jamais orphelin dans les sociétés traditionnelles africaines. S'il perd son parent par le sang, il se trouve toujours un autre pour le recueillir, éventuellement l'allaiter<sup>384</sup>. Ce comportement est spontané : il résulte de la seule "solidarité organique"<sup>385</sup>, contraignante par l'obligation morale qu'elle engendre. Le phénomène des adoptions de fait s'est donc présenté comme une solution préférable pour tous.

**253 - Les adoptions de fait comme substitut à l'infanticide.** Certaines situations extrêmes pouvant donner lieu à l'infanticide, les adoptions coutumières d'enfants ont été utilisées comme un substitut nécessaire et efficace contre un tel acte. C'était le cas notamment lorsqu'une femme décédait en couche. Son enfant était considéré comme un "sorcier" et dès lors, ne méritait pas de vivre. En outre, dans certains milieux où la virginité de la jeune fille est une condition primordiale pour trouver un mari, la naissance tenue secrète était suivie de la mort de l'enfant. L'infanticide via l'abandon de l'enfant dans des poubelles, des puits, des WC traditionnels..., était alors pratiquée. Les adoptions de fait évitaient ainsi à un tel enfant la mort. A cet égard, on peut faire un parallèle avec la France où, afin de prévenir l'infanticide et l'avortement, le secret de la maternité a été organisé comme un besoin social<sup>386</sup>.

**254 - Les adoptions de fait comme alternative à l'avortement.** Le phénomène se présente dans certains cas comme une alternative à l'avortement. Cette réalité existe tant dans la société traditionnelle que dans la société moderne. Le phénomène avait pu l'être par rapport à l'infanticide. L'adoption coutumière d'enfants de jeunes mères célibataires par la grand-mère est assez fréquente au Mali et au Sénégal. Cette dernière ira même jusqu'à s'opposer à toute tentative d'interruption de grossesse initiée par sa fille, insistant pour garder elle-même

---

<sup>383</sup> DEPRET (L.), "L'enfant noir", op.cit., p. 86.

<sup>384</sup> M'BAYE (K.), Le droit de la famille en Afrique Noire et à Madagascar, Editions G.P Maisonneuve et Larose, 1968 p. 11

<sup>385</sup> MARMIER (M-P.), L'adoption, op.cit., p. 21.

<sup>386</sup> L'abandon, à travers la pratique des "tours", a d'abord été institué, ensuite supprimé en 1904 et finalement remplacé par les bureaux d'abandon. Mais aujourd'hui, en plus de sa fonction préventive, l'abandon "favorise la mise en œuvre d'une véritable politique de l'adoption".

l'enfant à naître. Dans une telle situation, il se produit parfois ce qu'un auteur appelle " une continuité immédiate entre les derniers-nés d'une femme et les premiers enfants de ses filles aînées, nés hors-mariage "<sup>387</sup>. Adoptés de fait par leurs grands-parents, ces enfants sont ainsi élevés avec leurs oncles et tantes (frères et sœurs de leur mère). Si ces différents usages de l'adoption de fait peuvent être qualifiés de positifs, d'autres usages, en revanche, révèlent le côté négatif de l'adoption de fait.

#### **b). Les usages contestables de l'adoption de fait**

**255 - L'adoption de fait, un moyen d'exploitation des enfants dans la société traditionnelle.** La permanence de ces lumières de l'adoption de fait ne doit pas nous faire perdre de vue que selon les sociétés, la pratique des enfants adoptés de fait présente des aspects négatifs. Dans la société traditionnelle africaine, il arrivait qu'un parent mette en gage un ou plusieurs de ses enfants lorsqu'il ne pouvait pas satisfaire son créancier. Comme le précise un anthropologue, l'alternative du chef de famille endetté était soit de donner un de ses enfants momentanément à son créancier, soit de lui donner une fille en mariage<sup>388</sup>. Ce système d'exploitation d'enfants a été fortement dénoncé. La situation des enfants ainsi gagés était très difficile. Certains contrats de gage avoisinaient l'esclavage dans la mesure où ils contraignaient les enfants à travailler pendant des années en échange d'un prêt accordé à leur famille. Cette servitude pour dette était l'expression la plus achevée d'exploitation. L'enfant apparaît alors comme " un bien à la fois social et négociable "<sup>389</sup> permettant à son géniteur de s'acquitter d'une dette ou d'en garantir une.

**256 - L'adoption de fait, un moyen d'exploitation des enfants dans la société moderne.** Il existe une nouvelle forme d'adoption de fait qui doit être dénoncée et qui est aujourd'hui à l'origine de ce qu'il convient d'appeler " l'enfant domestique " des zones urbaines. En effet, le cas des enfants qui travaillent comme domestiques est une forme contemporaine d'asservissement. Du reste, les filles constituent l'immense majorité de ces enfants domestiques. Recueillis parfois dans le cadre de la pratique des enfants confiés, ces derniers sont exploités alors qu'ils devraient être considérés comme les enfants de leur famille nourricière. Il s'agit là d'une dérive évidente de l'adoption de fait.

---

<sup>387</sup> ROBERT-LAMBLIN (J.), art.préc., in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., pp. 65-66.

<sup>388</sup> LALLEMAND (S.), *La circulation des enfants...*, op.cit., p.22.

<sup>389</sup> GIBIRILA (D.), art. préc., in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p.107.

Ce travail domestique, dans le secret des maisons privées, doit être reconnu pour ce qu'il est: l'exploitation du travail des enfants<sup>390</sup>. L'enfant ainsi recueilli à des fins intéressées fait l'objet de peu de soins et ne reçoit guère d'éducation. Comme le relève un auteur, " bien plus qu'adopté de fait, il est abandonné de fait "<sup>391</sup>. Cette situation est d'autant plus perverse que, isolés, privés d'amour et d'affection, ces enfants sont les plus difficiles à protéger. Ils vivent pour la plupart, loin de leur famille biologique, confinés dans la demeure de leurs parents nourriciers devenus en la circonstance : employeurs et bourreaux. Ils dépendent entièrement d'eux. Vu sous cet angle, le phénomène des adoptions de fait est incontestablement contraire à l'intérêt de l'enfant.

En réalité, ces familles se servent de cette pratique traditionnelle non réglementée pour utiliser sans scrupule des enfants au travail, voire les exploiter sexuellement. Il y a là un détournement des finalités de la pratique traditionnelle de l'adoption au Mali et au Sénégal.

### **257 - Raisons de ces détournements de la finalité traditionnelle de l'adoption en Afrique.**

L'Afrique a connu d'immenses changements sociaux. Elle est confrontée à l'apparition de nouveaux défis, notamment la perversion des coutumes dans les nouvelles collectivités urbaines où " les valeurs de vie traditionnelle ne procurent plus un filet de sécurité sociale "<sup>392</sup>. Par conséquent, lorsque les traits qui ont permis à une époque donnée et à une pratique traditionnelle épanouie de réaliser le meilleur équilibre possible cessent d'être adéquats à la nouvelle conjoncture, cette pratique doit être réorganisée ou abolie. Le respect des pratiques anciennes ne doit pas servir de rempart à l'exploitation des enfants. Si le système ancestral présente indéniablement une valeur intrinsèque, il ne doit, en tout état de cause, être intégré au sein du système de protection de l'enfant que dans la mesure de sa compatibilité avec les droits de ce dernier.

L'analyse du phénomène des adoptions de fait sous l'éclairage de l'anthropologie et de la sociologie révèle quelques insuffisances. Celles-ci sont parfois inévitables. Toutefois, l'esprit du juriste ne sera satisfait que si cette dernière analyse est complétée par une approche juridique comparative.

---

<sup>390</sup> UNICEF, "Les enfants au travail", in La situation des enfants dans le monde, 1997, p. 32.

<sup>391</sup> CHARLES (M-N.), art. préc. in L'enfant et les familles nourricières, op.cit., notes de bas de page, p. 83.

<sup>392</sup> UNICEF, "Journée de l'enfant africain : le 16 juin 1992, in Africa's children, 1992, p. 4.

## **B. Approche juridique comparative**

**258 - Comparaison de l'adoption de fait avec les institutions légales voisines.** Nonobstant l'existence de formes légales de transfert d'enfant, la pratique traditionnelle des adoptions de fait n'a pas disparu; au contraire elle est la forme d'adoption dominante. La question est cependant de savoir si cette pratique n'est pas tout simplement une anticipation des formes légales de transfert d'enfant que connaît le droit écrit. En d'autres termes, l'adoption de fait se distingue-t-elle réellement d'autres institutions légales de transfert d'enfant? Cette question est importante dans la mesure où elle nous permet non seulement d'identifier la notion mais également de montrer la corrélation entre les différents modes de transfert d'enfant et la conception de la parenté ou de la famille. A partir de l'examen de catégories juridiques voisines du droit moderne, il sera plus aisé d'analyser la notion d'adoption de fait. Cette approche comparative est d'autant plus intéressante qu'on observe, aujourd'hui en France, un regain d'intérêt pour ce qu'il convient d'appeler les formes alternatives à l'adoption. La comparaison portera d'une part, sur l'adoption légale (l'adoption-protection et l'adoption filiation du droit malien, les adoptions plénière et simple du droit sénégalais) (1) et, d'autre part, sur la kafala maghrébine (2).

### **1. L'adoption de fait et l'adoption légale**

**259 - Similitudes et différences.** L'adoption " naît de la volonté d'adultes de prendre un enfant en charge et de considérer un enfant qui n'est pas le leur naturellement comme leur fils ou leur fille "<sup>393</sup>. Etant définie ainsi, l'adoption de fait et l'adoption légale ne se distinguent pas. Cependant, au sens du droit moderne, l'adoption légale se distingue sur plusieurs points de l'adoption de fait.

**260 - Quant aux fondements.** L'adoption légale est une construction des civilisations occidentales<sup>394</sup>, reposant non sur une filiation biologique mais sur la réalité affective<sup>395</sup>. Elle ne correspond pas à la mentalité africaine quand bien même elle présenterait quelques traits communs avec l'adoption de fait. En outre, en tant que " symbole de solidarité et d'affection, le don d'enfant suppose toujours un rapport de consanguinité ou d'alliance entre la famille

---

<sup>393</sup> MATTEI (J-F.), Rapport précité, op.cit., p. 31.

<sup>394</sup> Selon les pays occidentaux, les visions de l'adoption diffèrent: certaines législations, comme celle de l'Angleterre, ne connaissent qu'un type d'adoption, en l'occurrence l'adoption simple, alors que d'autres, à l'instar de la France, admettent un dualisme de l'institution.

<sup>395</sup> TRILLAT (B.), "Abandon et adoption: liens du sang, liens d'amour", in revue Autrement, 1988, p. 104.



initiale et la famille d'accueil "<sup>396</sup>, alors que l'adoption légale, qu'elle soit plénière ou simple, n'implique pas nécessairement des liens de parenté.

**261 - Quant aux modes de réalisation.** L'adoption légale ne peut se réaliser sans l'intervention des pouvoirs publics. Elle est marquée par la juridicité, alors que l'adoption de fait s'opère en dehors de toutes formalités administratives et judiciaires. Certes, il est vrai que, comme l'adoption de fait, l'adoption légale repose sur l'accord de volonté de ceux qui adoptent l'enfant et de ceux qui consentent à l'adoption<sup>397</sup> ; mais, là encore, une distinction s'impose : dans le premier cas, seule la famille par le sang est habilitée à consentir à la pratique, alors que dans le second cas, ces personnes peuvent être aussi bien les parents d'origine que le conseil de famille. La différence formelle entre adoption de fait et adoption légale réside dans le fait que dans le premier cas la situation de l'enfant est évolutive. Cela veut dire que l'adopté peut demeurer chez ses parents d'accueil comme retourner chez ses parents biologiques à l'adolescence ou encore transiter entre différents foyers.

**262 - Quant aux effets.** L'adoption de fait telle que pratiquée dans les coutumes négro-africaines n'a pas pour préoccupation première l'établissement d'un lien de filiation. Même chez les Diolas du Sénégal, l'adoption appelée « Buheken » ne crée pas un lien absolu de parenté<sup>398</sup>.

Par ailleurs, l'adoption de fait, à l'instar de l'adoption légale, entraîne un certain nombre de conséquences telle que la création d'un lien de famille, fut-il symbolique, entre adoptant de fait et adopté. Même si ce lien est beaucoup plus limité que celui existant dans l'adoption légale, il faut reconnaître que l'adopté de fait est sans conteste un membre de la famille d'accueil.

L'adoption de fait implique aussi pour l'adoptant, l'obligation alimentaire en faveur de l'adopté. En effet, dans la plupart des cas, l'adoptant de fait prend l'engagement de subvenir aux besoins alimentaires de l'adopté. Toutefois, il faut reconnaître que cette obligation n'est ni légale, ni conventionnelle. Elle ne peut être qualifiée que d'obligation naturelle c'est-à-dire une obligation dont l'inexécution n'est pas juridiquement sanctionnée et qui ne contraint qu'en conscience. Il ne s'agit en fait que d'un devoir moral. Par conséquent, il est impossible

---

<sup>396</sup> GIBIRILA (D.), art. préc., in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p.112.

<sup>397</sup> RUBELLIN-DEVICHI (J.), *Droit de la famille*, (Ouvrage collectif), Dalloz action, 2000, p.493.

<sup>398</sup> Voir dans le même sens, THOMAS (L.V.), *La parenté au Sénégal*, op. cit., P. 15.

pour l'adoptant et pour l'adopté de demander l'exécution forcée de l'obligation alimentaire réciproque qui leur incombe moralement.

**263 - Quant aux différentes formes d'adoption légale.** La marge de distinction entre l'adoption de fait et l'adoption légale diffère selon que la première est comparée avec une adoption simple ou une adoption plénière. Dans la première comparaison, l'adoption de fait est assimilable à une adoption simple en ce sens que les deux figures permettent à l'enfant d'avoir deux familles qui ne se concurrencent pas. Une différence demeure : l'adoption simple exige des formalités administratives et judiciaires pour sa réalisation et crée également un lien de filiation qui vient s'ajouter au lien de filiation d'origine de l'enfant. Dans la seconde comparaison, l'adoption de fait se différencie profondément de l'adoption plénière en ce sens que cette dernière crée une parenté de substitution qui efface la vérité biologique au profit de la réalité sociologique, ce qui n'est pas le but de l'adoption de fait. La conception même de l'adoption plénière est étrangère à la mentalité africaine. C'est la raison principale pour laquelle, malgré son existence dans les droits malien et sénégalais, les familles ont très rarement recours à cette forme d'adoption qui nie toute coexistence entre les droits des géniteurs et ceux des adoptants.

Par ailleurs, l'adoption de fait n'ouvre droit à aucune conséquence successorale. L'enfant adopté de fait ne peut pas hériter même s'il a la possibilité de recevoir des donations de l'adoptant. En somme, l'adoption de fait crée une situation de fait qui, en soi, n'a pas d'existence juridique. Elle n'est donc pas protégée par le droit qui ne consacre que l'adoption légale.

**264 - Une observation.** L'adoption de fait n'est pas totalement étrangère au droit. Comme nous le fait comprendre le Doyen CARBONNIER, « les phénomènes de droit créent une atmosphère juridique, qui se diffuse dans les intervalles où nous apercevons le non droit »<sup>399</sup>. Selon cette hypothèse, un droit serait latent derrière les phénomènes de non droit, et seul il les rendrait tolérables<sup>400</sup>. Ainsi, le droit fera sa réapparition toutes les fois que la pratique de l'adoption de fait aura conduit à des excès néfastes et intolérables. Au demeurant, on peut dire que l'adoption légale relève du droit reçu, du droit écrit, du droit applicable mais inappliqué, tandis que l'adoption de fait appartient au fait local, au fait coutumier, au fait appliqué. La pratique de l'adoption de fait au Mali et au Sénégal, en particulier et, en Afrique noire

---

<sup>399</sup> CARBONNIER (J.), cité par SIDIBE (A.-Sow), op.cit., p. 146

<sup>400</sup> SIDIBE (A. Sow), ibid., p. 146

francophone en général, éveille notre curiosité à s'interroger, à titre de comparaison, sur l'adoption de fait et la kafala du droit maghrébin.

## 2. L'adoption de fait et la kafala du droit maghrébin

**265 - Généralités.** Au Maghreb, la question de l'adoption révèle un contraste entre le droit et la pratique. En effet, en dépit de l'interdiction de l'adoption dans la plupart des législations des pays du Maghreb, ceux-ci ont connu dans la période précédant la révélation coranique, une pratique courante de l'adoption (Tabanni)<sup>401</sup>. Elle avait « *l'avantage de faire entrer, d'une manière absolue et définitive, dans la famille de l'adoptant celui qui en est l'objet et de lui assurer au sein de cette famille un traitement juridique égal à celui dont bénéficient les enfants légitimes de l'adoptant* »<sup>402</sup>. L'enfant pouvait ainsi porter le nom de ses parents et hériter de leurs biens. Ce traitement entraînait alors les mêmes empêchements au mariage que pour les liens de consanguinité et leur traduction dans l'ordre symbolique de l'interdit de l'inceste.

Selon ce système de parenté, qui impose pour principe essentiel de ne pas rompre la chaîne, on mesure l'importance de la fécondité, le caractère éminemment social du désir d'enfants, qui s'entend comme un devoir tant de descendance que d'accomplissement, et la menace envers cet équilibre social, voire l'offense à la collectivité, que constituent tant le célibat que la stérilité. Si la fécondité est l'une des principales préoccupations des populations soucieuses de perpétuer les lignages, la stérilité est vécue comme un drame annonciateur de rejet et de honte, notamment pour la femme (car la stérilité est considérée comme essentiellement féminine). La femme stérile faillit à son rôle. Inutile, elle marginalise son couple. Pour se conformer à cette norme incontournable qu'est la fécondité en enfants mâles, pour ne pas subir le regard accusateur de la société, pour éviter répudiation, divorce et remariage, les couples frappés de stérilité ont continuellement eu recours à une diversité de moyens palliatifs dont l'adoption. Autrement dit, les règles prohibitives ont toujours été subtilement contournées, au Maghreb, par des familles soucieuses de se conformer au modèle normatif<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Voir supra, p.18 et S., note 10.

<sup>402</sup> PESLE (O.), *L'Adoption en droit musulman*, thèse pour le doctorat ès-sciences juridiques, Alger, 1919, p. 17, cité in CHABIB ZIDANI (F.), *L'Enfant né hors mariage en Algérie*, Alger, Éd. ENAP, 1992, p. 81.

<sup>403</sup> DUJARDIN (L.)1985, cité par Émilie Barraud, « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *L'Année du Maghreb* [En ligne], IV | 2008, mis en ligne le 01 octobre 2011, consulté le 23 avril 2012. URL : <http://anneemaghreb.revues.org/476>.

**266 - Diverses sortes de pratiques adoptives au Maghreb.** En Algérie et au Maroc, en dépit de l'interdiction, l'accueil d'un enfant au foyer d'une personne existait sous deux formes principales. Il ya d'abord la coutume du don intrafamilial d'enfant. Une femme aux multiples grossesses cède généreusement l'un de ses enfants à une proche parente frappée de stérilité. Dans ce cas précis, cette cession informelle relève plus de l'ordre du fosterage<sup>404</sup> que de l'adoption, car l'identité objective de l'enfant demeure inchangée. Il en résulte des rapports de pluri-parentalité (l'exercice des rôles de la parenté relève de plusieurs personnes). L'enfant qui est connu et qui est du même sang, est celui de la « grande famille » étendue et hiérarchisée. Si cette coutume demeure en milieu rural, dans le cadre des familles citadines en revanche, où le modèle élargi n'est plus opérant, les couples stériles s'en remettent aujourd'hui à d'autres procédés palliatifs comme la kafala ou les procréations médicalement assistées.

L'autre pratique adoptive consiste en un arrangement discret entre deux parties au terme duquel un couple déclare un enfant remis par ses géniteurs comme le sien. Il s'agit d'adoptions pléines passant outre à l'interdiction. La complicité de certains professionnels, l'usage du secret et de la simulation (par exemple, par le biais d'une simulation de grossesse) sont nécessaires pour que puisse se jouer la fiction d'une famille naturelle. Ces « fraudes à l'état civil » sont un phénomène prospère qui éclaire crûment l'écart existant entre le droit et les aspirations sociales. Elles révèlent le stigmate porté sur les couples stériles. L'impérieuse

---

<sup>404</sup> Selon MAUSS (M.) (1969 : 343) le terme « fosterage » est un « vieux nom normand » qui évoque « l'accaparement d'un enfant par son éducateur » et que l'on peut traduire par une « mise en nourriture » ou « une mise en éducation » (CORBIER, 1999 : 6). Très généralement, le fosterage désigne une parenté nourricière et définit le fait de fournir à un enfant tout ce qui est nécessaire à sa croissance, mais appliqué à une autre personne que le parent biologique, une personne qui « élève » (BELMONT, 1980 : 13). PORTIER (B.) définit le fosterage, tel qu'il l'a observé en Indonésie, comme étant un « transfert d'enfant de la ou les personnes qui en assure la garde à une ou plusieurs autres personnes. Ce transfert n'est pas clairement défini. Il peut être volontaire ou imposé, explicite ou non, d'une durée déterminée ou indéterminée. Il ne modifie ni la filiation, ni l'identité de l'enfant déplacé, ni les droits et les devoirs qui le lient à ses consanguins » (2004 : 147). Le fosterage, qui ne porte pas atteinte au statut initial de l'enfant, ne s'apparente en aucun cas à l'adoption qui s'inscrit dans le registre de la filiation et qui suppose un changement d'identité de l'adopté. Auteur : Émilie Barraud, « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin », L'Année du Maghreb [En ligne], IV | 2008, mis en ligne le 01 octobre 2011, consulté le 23 avril 2012.

nécessité de ne pas s'écarter du système normatif oblige à la transgression des lois pour mieux se conformer au modèle dominant.

**267 - Similitudes et différences entre adoption de fait et kafala.** Au Maghreb, le droit coranique prévoit l'accueil des enfants privés de parents à travers une forme de tutelle légale : la kafala. Cette dernière est une forme de garde gratuite, ou de recueil légal, par lequel un adulte s'engage à prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils.

**268 - Quant à leur nature.** La kafala peut être judiciaire ou adoulaire. La kafala judiciaire équivaut à une tutelle, dont l'effet est limité dans le temps, à la minorité de l'enfant, même si, le plus souvent, les liens affectifs qui se créent demeurent permanents. A ce titre, la kafala et l'adoption de fait visent le même objectif. Mais il y a une différence fondamentale entre les deux. La kafala est prévue par le droit, l'adoption de fait s'opère en dehors de toute réglementation.

**269 - Quant à leur mode de réalisation.** La kafala est prononcée par un juge ou constatée par un adoul, alors que l'adoption de fait s'opère sans l'intervention d'un juge, ni d'aucune autre autorité publique.

Outre la tentative de définir l'adoption de fait, l'identification de cette institution traditionnelle africaine nécessite également une analyse de ses modalités d'organisation.

## **Paragraphe 2. Les modalités d'organisation de la famille adoptive de fait**

**270 - Une organisation fondée sur la coutume.** L'adoption de fait, dont l'organisation est régie par les règles coutumières, fait partie intégrante de l'organisation sociale malienne et sénégalaise. N'étant pas réglementée par le droit moderne, l'adoption de fait est source de difficultés tant en ce qui concerne sa constitution (A) que sa vie (B).

### **A. La constitution de la famille adoptive de fait**

**271 - Modalités.** L'adoption de fait est constituée au sein d'une famille, la famille adoptive. En Afrique, les motivations de l'adoption de fait ont toujours été nombreuses et diverses. Elles traduisent le rôle et la place conférés à l'enfant dans la société, celui-ci étant à la fois un individu à part entière et un maillon de la chaîne sociale indispensable à la survie du groupe

familial. L'adoption de fait constitue dès lors une véritable parenté sociale qui naît de l'accord de deux familles (1) et de la remise informelle de l'enfant (2).

### **1. L'adoption de fait soumise à l'accord de volonté des deux familles**

**272 - Une adoption volontairement consentie.** Le consentement des parents biologiques à l'adoption de fait de leur enfant est la garantie du respect du droit de ce dernier à ne pas être séparé d'eux contre leur gré. La constitution de la parenté nourricière révèle en effet le rôle fondamental conféré à la volonté individuelle. Les parents biologiques sont libres de choisir de ne pas élever leur enfant et de le confier à une autre famille. Il s'agit d'un accord de volontés privées, à l'origine de la remise directe de l'enfant. On constate que " la cause efficiente de cette forme de parenté résulte du seul accord de volontés "<sup>405</sup> entre les parents biologiques de l'enfant et la famille adoptante de fait. Cet accord n'obéit à aucune condition particulière : aucune formalité rituelle ou administrative n'est exigée. La validité du consentement donné par les parents n'est soumise à aucune exigence formelle. Il n'est constaté dans aucun acte écrit, dès lors que la force de la parole et la tradition orale sont des piliers de la civilisation négro-africaine. Toutefois, dans les sociétés africaines en général, et maliennes et sénégalaises en particulier, rien ne se fait sans incidence sur le groupe, dont chaque individu, comme chaque cellule conjugale, tient son statut.

**273 - L'approbation du chef du lignage.** L'approbation du chef de la grande famille est, en principe, nécessaire pour ce type d'accord. On pourrait parler d'une sorte d'adoption contractuelle fondée sur la seule volonté des deux familles, sous le regard bienveillant du représentant du lignage. C'est le triomphe de la théorie de l'autonomie de la volonté qui est ici mise en exergue<sup>406</sup>. La volonté seule crée les droits et obligations découlant de l'adoption de fait, aucun autre facteur n'intervenant pour justifier et obtenir la soumission des adoptants de fait à l'exécution de leurs obligations. Même si les formes de l'accord de volonté et les règles qui gouvernent le choix de la famille adoptante de fait sont importantes à relever, une certitude s'impose : l'enfant recueilli connaît toujours la vérité sur sa filiation. La parenté de fait est toujours une parenté additionnelle. Si la famille adoptive de fait remplace les parents biologiques dans leur rôle d'éducateur, elle ne se substitue pas à eux. L'enfant ainsi recueilli connaît sa famille par le sang et maintient d'ailleurs fréquemment la relation avec elle. En général, il considère qu'il a deux pères et deux mères.

---

<sup>405</sup> CHARLES (M-N.), art. préc. in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p. 79.

<sup>406</sup> GAUDEMET (E.), *La théorie générale des obligations*, 1937, cité par M-N. Charles, ibid.

**274 - La vérité du lien établi n'est pas occultée.** Selon la doctrine, l'absence de secret et de son corollaire le mensonge sont directement liées à l'absence de condamnation morale à l'égard de la famille d'origine puisque, à l'inverse de la notion d'abandon, le don de l'enfant est valorisé<sup>407</sup>. Une telle réalité contribue à donner à l'enfant ce savoir fondamental, condition d'une relation parentale saine et sincère et de repères parentaux justes et réels.

**275 - Réaffirmation du droit à la connaissance de ses origines.** Cette absence de mensonge et de secret dans la filiation de l'enfant recueilli est d'autant plus louable qu'aujourd'hui, dans les pays occidentaux qui pratiquent l'adoption, la révélation à l'enfant de sa qualité d'adopté s'impose de plus en plus comme une nécessité, voire un devoir. A la question de savoir s'il faut ou non révéler à l'enfant adopté que ceux qui l'élèvent ne sont pas ceux qui l'ont conçu, les professionnels, et très souvent les familles adoptives, s'accordent pour dire que non seulement cette révélation " est une phase essentielle de l'ouverture du dialogue entre les parents et l'enfant "<sup>408</sup>, mais aussi qu'elle permet à l'enfant de se situer par rapport à sa filiation, à son lignage. Comme l'exprime la doctrine, chaque enfant n'a qu'une histoire, qui commence à sa conception et qu'il vivra à travers ses rencontres et séparations successives, mais sa vie ne prendra sens que si ce qui lui en est dit n'est pas mensonge à l'origine<sup>409</sup>. On n'ose pas imaginer les difficultés de cette tâche de vérité, dans les contextes malien et sénégalais où la remise de l'enfant est effectuée de façon non formelle.

## **2. La remise informelle de l'enfant**

**276 - Une remise sans abandon.** La cohabitation avec l'enfant est l'un des éléments déterminants de la famille adoptive de fait. Celle-ci résulte de la remise informelle de l'enfant à la famille adoptive de fait. Cependant, contrairement à d'autres situations où il y a une remise de l'enfant, cette dernière, qui peut résulter d'une double démarche ( un don spontané de l'enfant par ses parents biologiques à un proche ou une demande d'adoption d'un proche auprès des parents biologiques) est considérée comme une remise sans abandon.

**277 - L'abandon, un terme jugé non valorisant en France.** Dans les législations occidentales, la majorité des enfants confiés en vue de l'adoption est constituée d'enfants abandonnés soit expressément, soit tacitement. En France par exemple, l'abandon formel a longtemps été la source première des adoptions et en reste, encore aujourd'hui, une source

---

<sup>407</sup> CHARLES (M-N.), art. préc. in *L'enfant et les familles nourricières*, op.cit., p. 83.

<sup>408</sup> DELAISI (G.) de PARSEVAL et VERDIER (P.), *Enfants de personne*, Éd. O. Jacob, 1994, pp. 294.

<sup>409</sup> DELAISI (G.) de PARSEVAL et VERDIER (P.), *Enfants de personne*, éd. O. Jacob, 1994, op.cit., pp. 295.

importante. En 1984, le législateur français a orienté différemment l'esprit de l'institution : en supprimant le terme abandon pour celui de remise, il entendait mettre en lumière son aspect valorisant et positif. Malgré cela, comme le rappelle un auteur, " cet acte n'est pas encore valorisé aujourd'hui. Pour beaucoup de gens, il n'est pas toujours vécu comme un acte d'amour qu'une femme fait à son enfant, mais comme un acte d'abandon "<sup>410</sup>.

**278 - L'abandon d'enfant au Mali et au Sénégal.** L'abandon d'un enfant au Mali et au Sénégal est encore marginal. L'enfant n'est ni le bien ni le lien du couple, il appartient au groupe<sup>411</sup>. Son abandon est considéré comme un " acte contre nature "<sup>412</sup>. Toutefois, la réalité contemporaine commande de nuancer le propos : il y a de plus en plus d'enfants dans les rues, ceux qu'il convient d'appeler, avec Mme TRILLAT, "les abandonnés de la misère"<sup>413</sup>. De telle sorte que si l'abandon est un acte marginal dans les sociétés traditionnelles, il existe, dans la société contemporaine, en raison de la crise économique des années 80, des plans d'ajustement structurel et de l'épidémie du Sida.

En dépit de ce constat affligeant, on peut néanmoins soutenir que, dans l'adoption de fait, la remise de l'enfant, bien qu'informelle se fait sans abandon. Cette remise n'est pas moralement condamnable car elle ne correspond ni à un abandon exprès, ni à un abandon de fait, ni à un délaissement. L'enfant recueilli maintient très fréquemment la relation avec sa famille biologique et généralement vit bien la coexistence des deux familles qui coexistent dans la famille élargie. Il ne s'agit pas, dans cette pratique, de modifier la parenté ou la filiation en la refusant<sup>414</sup>.

**279 - Deux hypothèses de remise informelle de l'enfant.** L'adoption de fait se réalise généralement dans le cadre de la parenté proche, le plus souvent maternelle. L'enfant prend très souvent la valeur d'un don : c'est la pratique des enfants confiés, mais, parfois, l'enfant peut faire l'objet d'une demande.

Dans le don proprement dit, l'enfant est l'objet d'un don spontané de la part de la mère biologique à la mère adoptive. L'enfant ainsi confié prend la valeur d'un présent.

---

<sup>410</sup> BONNET (C.), "Ces femmes dans l'ombre", in Abandon et adoption, liens du sang, liens d'amour, 1988, p. 34.

<sup>411</sup> LALLEMAND (S.), La circulation des enfants..., op.cit., p. 17.

<sup>412</sup> BONNET (C.), "Ces femmes dans l'ombre", in Abandon et adoption, liens du sang, liens d'amour, ibid.

<sup>413</sup> TRILLAT (B.), "Enfant joyau, enfant fardeau" in Abandon et adoption, op. cit., p. 7.

<sup>414</sup> TRILLAT (B.), "Enfant joyau, enfant fardeau" in Abandon et adoption, op. cit., p. 8.



A l'opposé, l'enfant peut avoir été l'objet d'une demande de la part des parents adoptifs de fait.

Par ailleurs, l'absence de remise formelle de l'enfant à sa famille d'accueil a une incidence sur la vie de la famille adoptive de fait.

## **B. La vie de la famille adoptive de fait**

**280 - Etat des lieux.** L'exercice de la fonction parentale et la cohabitation avec l'enfant sont les éléments déterminants de la vie de la famille adoptive de fait. Pourtant, il s'agit là d'obligations qui, selon la loi, incombent aux seuls parents légaux de l'enfant et qui ne peuvent être transférées à des tiers que dans des cas spécifiquement déterminés par la loi. Comment les droits positifs maliens et sénégalais peuvent-ils, dès lors, promouvoir et protéger aujourd'hui les droits de l'enfant recueilli et les droits des parents adoptifs de fait ? En l'absence de dispositions dans les droits maliens et sénégalais relatives à ces questions, une difficulté surgit : La difficile appréhension de la famille adoptive de fait par le droit commun (1) même si le recours à certains mécanismes de droit commun pour répondre à la problématique posée reste une voie à explorer (2).

### **1. La difficile appréhension de la famille adoptive de fait par le droit commun**

**281 - Nature de la difficulté.** L'inadaptation de la famille adoptive de fait au droit commun est surtout mise en évidence dans les rapports avec les tiers. En effet, dans la pratique, des problèmes peuvent surgir lorsqu'il s'agit par exemple de déterminer la responsabilité civile délictuelle de l'adoptant de fait en cas d'acte dommageable causé par l'enfant.

**282 - La difficile mise en œuvre de la responsabilité de l'adoptant de fait en cas d'acte dommageable causé par l'enfant.** La responsabilité de l'adoptant de fait peut-elle être engagée pour l'acte dommageable causé par l'enfant qui lui est confié ? A cette question, nous répondons par l'affirmative car nous pensons qu'en l'absence de texte précis en la matière au Mali et au Sénégal, certains critères tels que le domicile et la garde effective de l'enfant par l'adoptant de fait suffisent pour que ce dernier réponde des agissements de l'enfant. Ainsi, la responsabilité de l'adoptant de fait peut être établie sur le fondement de la faute qu'il aurait commise en manquant à son devoir de surveillance vis-vis de l'enfant<sup>415</sup>.

---

<sup>415</sup> Cf., article 118 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal qui parle de la responsabilité du fait personnel (dont le pendant au Mali est l'article 125 du Régime Général des Obligations). Cet article 118 dispose que: « est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui »

**283 - L'établissement de la responsabilité de l'adoptant de fait.** A cet égard, il faut constater que la preuve d'une faute de l'adoptant n'est pas toujours aisée et qu'il serait plus facile de la présumer. C'est la raison pour laquelle on pourrait se demander si la présomption de responsabilité du fait des enfants mineurs prévue à l'égard du gardien de l'enfant ne peut pas s'étendre à l'adoptant de fait. Prenons l'exemple du Mali. L'article 141 du Régime Général des Obligations<sup>416</sup> (dont le pendant au Sénégal est l'article 143 du Code des obligations civiles et commerciales) de ce pays pose le principe de la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur. Peut-il s'appliquer à l'adoption de fait ?

**284 - Hypothèses.** La réponse à la question posée est malaisée. En effet, aux termes de l'article 141, est responsable du dommage causé par l'enfant mineur habitant avec lui, celui de ses père, mère ou tout autre parent qui en a la garde. En conséquence, seule la personne qui a la garde de l'enfant peut être déclarée responsable de l'acte dommageable de celui-ci. Or, dans l'hypothèse qui nous préoccupe, l'adoptant de fait n'est ni parent biologique de l'enfant ni délégataire de l'autorité parentale et de la puissance paternelle. Il n'est donc pas investi de la garde de l'enfant. Il s'ensuit que l'article 141 n'est pas directement applicable à ce présent cas de figure.

Mais, est-ce une raison suffisante pour exclure toute présomption de responsabilité de l'adoptant de fait ? Un regard vers l'article 140 du Régime Général des Obligations du Mali (dont le pendant est l'article 142 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales) qui définit la responsabilité du fait d'autrui, invite à la réflexion.

Cette disposition édicte que « *l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre* ».

La réponse à la question qui nous préoccupe est largement dépendante de l'interprétation que l'on fait de l'article 141 précité. Les articles 143 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal et du Régime Général des Obligations au Mali désignent les père, mère et parent ayant la garde de l'enfant comme responsables du fait de ce dernier, les artisans et commettants comme responsables du fait de leurs préposés et domestiques, et les maîtres vis-vis des agissements de leurs élèves. Or, cette méthode de rédaction suscite une interrogation : la liste des cas visés aux articles 143 et suivants est-elle limitative ou simplement énonciative ? Admettre la seconde conséquence permettrait alors de tirer des articles 140 (pour le texte malien précité) et 142 (du texte sénégalais précité) un principe

---

<sup>416</sup> V. La loi N°87- 31/ANRM du 29 août 1987 portant Régime Général des Obligations du Mali.

général de responsabilité du fait d'autrui dont les articles 143 et suivants n'énonceraient que quelques illustrations ?

D'emblée, il faut souligner que ce second terme de l'alternative permettrait de poser une présomption de responsabilité à l'encontre de personnes autres que celles qui ont la garde de l'enfant lorsque ce dernier est l'auteur d'un dommage.

**285 - Silence de la jurisprudence.** A notre connaissance, le problème n'a encore été soulevé ni devant les juridictions maliennes ni devant les juridictions sénégalaises. Nous ne pourrions donc pas nous référer à la jurisprudence de ces pays à ce sujet.

Cependant, nous constatons que l'interprétation restrictive présente l'inconvénient d'écarter tout dédommagement des victimes lorsque les titulaires de la puissance paternelle sont insolvables. Personne ne répondrait alors de l'enfant.

**286 - Notre position.** A notre avis, et tenant compte de l'importance du contrôle exercé par l'adoptant de fait sur l'enfant auteur du dommage, et par analogie avec la situation des parents, une présomption de responsabilité doit peser sur l'adoptant de fait. Un élargissement des responsabilités est donc souhaitable. La socialisation de la responsabilité et des risques individuels milite en faveur d'une telle extension. Il serait juste de consacrer l'existence d'une présomption de responsabilité pesant de façon uniforme sur toutes les personnes qui sont chargées d'assurer la surveillance d'un enfant.

Cet élargissement de la catégorie des personnes répondant des agissements du mineur est d'autant plus justifié qu'il n'est pas inconnu en droit comparé où il est parfois légalisé<sup>417</sup>. Les droits positifs malien et sénégalais n'apportent pas de solution satisfaisante à cette question. Il convient de l'envisager à partir des expériences étrangères, notamment françaises.

**287 - L'expérience française.** En droit français, compte tenu de la variété des placements de l'enfant en dehors de sa famille par le sang, la jurisprudence a eu à résoudre la question de la nature et du régime de la responsabilité encourue par les personnes qui ont la charge de l'enfant d'autrui. Ainsi, selon les fondements et les conditions du placement, la responsabilité retenue sera de nature contractuelle ou extra-contractuelle<sup>418</sup>.

---

<sup>417</sup> V. notamment l'exemple fourni par l'article 832 du Code civil allemand qui, semble-t-il, a été imité par de nombreux autres codes (Cf. VINEY G., "Vers un élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre : la porte entr'ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil", D. 1991, chr. p. 159. Pour la France, v. l'art. préc. de VINEY G. p. 157 et s.

<sup>418</sup> CHARLES (M-N.), art. préc. in L'enfant et les familles nourricières, op.cit., p. 91.

**288 - Exclusion de la responsabilité contractuelle.** Dans le cadre de l'adoption de fait, il peut difficilement s'agir d'une responsabilité contractuelle à moins, comme le suggère un auteur, de voir dans la pratique des enfants confiés " un contrat de service gratuit "<sup>419</sup>, ce qui n'est pas rigoureusement le cas. C'est donc uniquement dans le domaine de la responsabilité délictuelle qu'il faut se placer pour savoir lesquels des parents biologiques ou nourriciers, verront leur responsabilité retenue en cas de dommage causé par l'enfant recueilli. La loi admet la responsabilité civile des parents, sous certaines conditions, parmi lesquelles leur cohabitation avec le mineur.

**289 - L'applicabilité de l'article 1384, alinéa 4 du Code civil.** Dans l'hypothèse de l'adoption de fait, les parents biologiques n'ont pas concrètement le pouvoir de surveiller leur enfant puisque celui-ci ne réside pas avec eux. Il faut toutefois observer que le fait de confier leur enfant à un tiers n'enlève pas aux parents la garde. En France, depuis l'arrêt Bertrand de 1997, la responsabilité des parents n'est plus indépendante de celle de l'enfant, auteur réel du dommage, comme elle l'était auparavant (puisqu'elle reposait sur leur propre comportement). " La responsabilité des parents trouve son fondement dans l'autorité exercée par eux (qui doit subsister lors de la survenance du dommage) ; celle-ci laisse présumer leur volonté d'exercer certaines prérogatives sur leur enfant, dont la responsabilité constitue la contrepartie "<sup>420</sup>. Les dispositions de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil ne s'appliquent donc pas à la situation de l'enfant recueilli, puisque seule la responsabilité des parents biologiques pourrait être retenue. Pourtant, on peut penser que l'admission d'une responsabilité du fait d'autrui pour la famille adoptive de fait est une nécessité : l'autorité exercée par les adoptants de fait peut être considérée comme source de responsabilité compte tenu de son caractère durable et continu.

**290 - Evolution en France : L'extension de l'article 1384 du Code civil.** En France la nécessité d'étendre l'article 1384 du Code civil s'est faite sentir suite à l'augmentation des situations dans lesquelles une personne, se trouvant sous la garde d'une autre, cause un dommage à un tiers sans que le droit ne permette d'engager la responsabilité de la personne qui a la garde de l'auteur du dommage. En effet, l'article 1382 du Code civil posait le principe de responsabilité du fait personnel, et l'article 1384 prévoyait une responsabilité du fait d'autrui limitée à quelques cas très particuliers : parents/enfants, artisans/apprentis, commettant/préposé, instituteur/élèves, etc. Pour autant, ce caractère limitatif faisait

---

<sup>419</sup> CHARLES (M-N.), art. préc, *ibid.*

<sup>420</sup> LE TOURNEAU (PH.) (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation* 10<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2014, p. 1928 et s., n° 7407 .

polémique. En effet, parfois, il était impossible de trouver un responsable, ce qui empêchait la victime d'être indemnisée, alors même que le mouvement était à une indemnisation massive (par exemple, loi Badinter de 1985), et que le développement des assurances de responsabilité civile pouvait permettre une extension. Dans le même temps, se développaient de nouveaux traitements des personnes handicapées : on ne considérait plus que celles-ci devaient être à tous prix « enfermées » et coupées de la société. Au contraire, l'idée s'est développée qu'il fallait leur rendre une part de liberté et les adapter au monde extérieur. Cela était jugé conforme à leurs intérêts tout en étant, potentiellement, une source de dangers pour les tiers. Quelques années avant l'arrêt Blicck, le droit administratif avait déjà fait un premier pas : en 1987, le Conseil d'Etat avait considéré qu'un handicapé mental, placé sous la surveillance d'un hôpital public, avait engagé la responsabilité de cet établissement en incendiant des bâtiments.

**291 - Une évolution imposée au législateur.** Au plan civil, le législateur n'a pas procédé à une réforme, aussi bien la jurisprudence a-t-elle étendu le champ de l'article 1384. L'occasion lui en a été donnée le 29 mars 1991, à propos d'une affaire dans laquelle un handicapé mental, sous la responsabilité d'un centre d'aide par le travail, avait mis le feu à une forêt appartenant à M. et Mme Blicck, lors de travaux réalisés pour l'association sur le terrain voisin.

**292 - Une évolution impulsée par la jurisprudence : Arrêt Blicck du 29 mars 1991.** A partir de cet arrêt, la Cour de cassation a admis que les cas de responsabilité du fait d'autrui ne se limitaient pas à ceux expressément prévus par la loi. Elle a posé les premiers jalons d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui pour déclarer l'association d'aide par le travail responsable des agissements de la personne inadaptée qu'elle avait sous sa garde. En procédant ainsi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par une décision du 29 mars 1991, a abandonné l'interprétation traditionnelle restrictive de l'article 1384 du Code civil. La haute juridiction affirme clairement que la liste des personnes responsables du fait d'autrui, portée par l'article 1384 ne présente pas un caractère limitatif, solution qui semble consacrer l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui<sup>421</sup>.

**293 - Une solution souhaitable au Mali et au Sénégal.** La reconnaissance du principe établi par la jurisprudence française au Sénégal et au Mali permettrait la mise en cause de l'adoptant

---

<sup>421</sup> V. en ce sens, LE TOURNEAU (PH.) (sous la dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit., p. 1913 et s., n° 7353 à 7371. V. Egalement, pour le commentaire de l'arrêt Blicck, BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.), Droit des mineurs, Dalloz, 2ème éd., 2014.

de fait en cas de dommage causé par l'enfant qui lui est confié ou qu'il a recueilli. Relevons toutefois que le présumé responsable devrait être exonéré de sa responsabilité s'il prouvait qu'il n'avait commis aucune faute<sup>422</sup>.

Les difficultés liées à la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'adoptant de fait pourraient être atténuées par une utilisation, quoique exceptionnelle, des mécanismes de délégation de l'autorité parentale et de la puissance paternelle.

## **2. Le recours possible à la délégation d'autorité parentale et de la puissance paternelle**

**294 - Une option envisageable quoique inadaptée.** Pour l'enfant, la famille adoptive de fait représente une véritable famille de substitution. De cette situation singulière naissent des rapports affectifs profonds et sincères qui méritent d'être protégés dans l'intérêt de l'enfant et de sa famille. Certaines dispositions du droit commun peuvent, malgré leurs imperfections, apporter une protection juridique à l'enfant et à ses parents adoptifs de fait. C'est le cas notamment des articles 289 et suivants du Code sénégalais de la famille<sup>423</sup> qui parlent de la

---

<sup>422</sup> V. article 142 du Régime Général des Obligations du Mali qui dispose que : « Il n'y a pas de responsabilité dès lors que la personne chargée de la garde démontre qu'elle n'a commis aucune faute de surveillance ou d'éducation et qu'elle n'a pu empêcher le fait dommageable. »

<sup>423</sup> Au Sénégal la délégation de la puissance paternelle, instituée par la Loi n° 89-01 du 17 janvier 1989 et reprise dans le Code de la famille de 1972 comme suit :

Article 289. Conditions de fond " Le père ou la mère de l'enfant, à l'exclusion du tuteur peut déléguer la puissance paternelle en tout ou partie à une personne majeure, jouissant de la pleine capacité civile. Toutefois, le délégué à la puissance paternelle ne peut être tenu d'entre-tenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation que si la personne exerçant la puissance paternelle établit qu'elle est elle-même dans l'impossibilité absolue de s'acquitter de l'ensemble de ses devoirs. La personne ainsi choisie sera agréée dans les conditions prévues ci-après par le Président du Tribunal départemental " .

Article 290. Conditions de forme " Sur requête adressée par la partie la plus diligente au Président du Tribunal départemental du domicile ou de la résidence du mineur, le père ou la mère exerçant la puissance paternelle et le délégué choisi par eux comparaissent en personne au jour fixé par le juge. Il est précisé au juge les noms et qualités des parties, l'objet de la délégation et l'acceptation du délégué.

Lorsque toutes les conditions sont remplies et compte tenu de l'intérêt de l'enfant, le juge agréé le délégué à la puissance paternelle, ordonne la délégation et précise au délégué les droits et devoirs dont il est investi. Le jugement ainsi intervenu est susceptible d'appel devant le tribunal régional. Le délai d'appel du Procureur de la République prend effet à compter du jour où ce dernier a eu connaissance du jugement intervenu " .

Article 291. Effets " Le délégué à la puissance paternelle a sur l'enfant les droits et devoirs dont il a été investi. Dans le cas où le délégué supporte l'ensemble des charges attachées à la puissance paternelle, il est civilement responsable, solidairement avec les parents, du dommage causé par l'enfant mineur dans les conditions fixées par les articles 143 et 144 du Code des Obligations civiles et commerciales. L'enfant n'est privé d'aucun des droits relevant de sa filiation et conserve notamment son nom et ses droits successoraux " .

délégation de la puissance paternelle et les articles 585 et suivants du Code malien des personnes et de la famille<sup>424</sup> relatifs à la délégation de l'autorité parentale. Ces deux mécanismes (malien et sénégalais) relèvent de ce qu'il convient d'appeler, la délégation volontaire. Ils sont volontaires en ce sens que les parents ou l'un des deux, choisissent d'opter pour cette solution. Cette délégation volontaire repose sur une renonciation expresse ou tacite des parents biologiques à exercer leur fonction; elle a pour effet de transférer au délégataire l'exercice de tout ou partie de la puissance paternelle (en ce qui concerne le Sénégal) ou de l'autorité parentale (en ce qui concerne le Mali).

**295 - Rapprochement entre les deux institutions.** La pratique des adoptions de fait s'en rapproche en grande partie dans la mesure où les parents biologiques restent bien titulaires de leur qualité de parents même si les parents de fait exercent, à l'instar des délégataires, la fonction parentale.

---

Article 292 . " Fin de la délégation La délégation a la même durée que la puissance paternelle. A la requête des parents, du délégué lui-même ou du ministère public, le Président du Tribunal départemental peut mettre fin à la délégation si le délégué demande à en être déchargé, si elle se révèle fâcheuse pour l'enfant ou si les conditions prévues par l'article 289 ne sont plus réunies. La décision du juge peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal régional dans les conditions prévues à l'article 290 ".

<sup>424</sup> Au Mali, les dispositions qui régissent la délégation de l'autorité parentale sont les suivantes :

Article 585 : " Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous ".

Article 586 : " Les père et mère, ensemble ou séparément, lorsque les circonstances l'exigent, peuvent saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un particulier ou à un établissement d'éducation spécialisée.

Le particulier, l'établissement qui a recueilli l'enfant peut également, en cas de désintérêt manifeste ou lorsque les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, saisir le juge aux fins de se faire déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale.

Dans tous les cas visés au présent article les deux parents doivent être appelés à l'instance.

Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants ".

Article 587 : " La délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résulte du jugement rendu par le tribunal civil.

Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire.

Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'il exerce l'autorité parentale avec le tiers délégataire.

La présomption de l'article 570 ci-dessus est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire ".

Article 588 : " La délégation pourra, dans tous les cas, prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles.

Dans le cas où la restitution de l'enfant est accordée aux père et mère, le juge civil met à leur charge, s'ils ne sont indigents, le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien ".

Article 589 : " Le droit de consentir à l'adoption du mineur ne peut jamais faire l'objet de délégation ".

Bien que la délégation a souvent lieu dans un contexte de défaillance, de désintérêt ou d'absence, les adoptants de fait pourraient avoir recours à la délégation volontaire pour donner un cadre légal à leur situation familiale. Mais, il ne faut pas se tromper : l'adoption de fait n'est pas conçue dans le même esprit que la délégation. Dans ce dernier cas, il s'agit d'intégrer l'enfant dans sa famille même si le rôle éducatif de ses parents biologiques est rempli par d'autres. La délégation peut être partielle ou totale mais, en ce qui concerne la famille adoptive de fait, il ne pourrait s'agir que d'une délégation partielle.

**296 - Remarques.** L'identification des familles adoptives de fait au Mali et au Sénégal, a pu se faire, non sans problèmes, à partir de l'analyse du phénomène traditionnel des adoptions de fait. A cet égard, le droit ne devrait pas se passer des leçons tirées de l'anthropologie. La fonction nourricière, détermine une sorte de parenté sociale et affective qui mérite d'être créatrice de droit. Comment alors comprendre que les législateurs malien et sénégalais préfèrent consolider des créations juridiques, telle que l'adoption légale, qui ne correspondent à aucune réalité sociologique, et que dans le même temps, ils négligent certaines institutions coutumières comme les adoptions de fait qui pourraient être améliorées et légalisées ?

**297 - Perspectives.** Au regard de tous les enseignements qu'on peut tirer de ces constats, il est nécessaire, pour éviter les déviations, que les législateurs malien et sénégalais impriment à l'adoption de fait un certain formalisme permettant sa reconnaissance juridique et sa promotion.

## **Section 2. Opportunités d'une valorisation des institutions locales**

**298 - Justifications.** Plusieurs raisons justifient de valoriser les adoptions de fait au Mali et au Sénégal à travers un encadrement juridique. Certaines de ces raisons relèvent d'un besoin de conformité du droit aux réalités locales (paragraphe 1), d'autres, de la nécessité de créer des effets juridiques à l'adoption de fait (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. La conformité du droit aux réalités locales**

**299 - Le bien-fondé.** Le droit n'est pas neutre : il traduit des choix de société. Par conséquent, le juriste ne peut se dérober à l'obligation de prendre parti sur le fait qui a provoqué ou provoque l'intervention de la loi, il ne peut se dispenser de choisir parmi les buts dont la réalisation peut être poursuivie.

Parmi les nombreuses raisons qui peuvent justifier la nécessité de valoriser l'adoption de fait à travers sa reconnaissance juridique, deux principales retiendront notre attention: l'adaptation



du droit à la société pour laquelle il est édicté (A) et la prévention des situations incongrues susceptibles de se produire en cas d'adoption filiative intrafamiliale (B).

### **A. La nécessaire adaptation du droit aux réalités socioculturelles**

**300 - Le bien-fondé d'une telle adaptation.** La pratique massive de l'adoption de fait, dans les Etats d'Afrique francophone en général, et au Mali et au Sénégal en particulier, et la timidité du recours à l'adoption légale, font réfléchir sur l'option des législateurs locaux qui n'ont reconnu et réglementé que l'adoption héritée de l'Occident. Cette option crée un fossé entre le droit voulu par les pouvoirs publics et celui vécu par les populations. Par ailleurs et comme le souligne le Professeur SIDIBE, même en Occident et plus précisément en France, les réflexions autour d'une éventuelle réforme de l'adoption s'orientent vers une ouverture possible à ce que l'on appelle les formes alternatives de l'adoption. Il s'agit des succédanés tels que le recueil, le placement familial, « le parrainage »<sup>425</sup>. Parlant de ces succédanés de l'adoption légale qui, contrairement à l'adoption plénière, n'ont pas pour préoccupation essentielle la recherche d'une paternité ou d'une maternité, le Doyen CARBONNIER n'a pas manqué de faire remarquer qu'ils ne demandaient « *pas le même esprit d'aventurier et peuvent attirer une clientèle plus large* »<sup>426</sup>. Et celui-ci d'ajouter qu'il leur faut moins de droit même s'il leur en faut tout de même. La remarque est intéressante et invite les législateurs malien et sénégalais à consacrer certaines formes d'adoption de fait qui seraient soumises à une réglementation beaucoup plus simple que celle de l'adoption légale actuelle. Cette proposition est d'autant plus séduisante qu'elle tient compte des idées suivantes : « *ne légiférer qu'en tremblant* » ou bien « *entre deux solutions, préférer toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs et à la morale* »<sup>427</sup>.

**301 - Modalités.** Une éventuelle réglementation de l'adoption de fait au Mali et au Sénégal nécessiterait la formulation d'un minimum de conditions qui seraient de deux ordres. Une première catégorie de conditions viserait à s'assurer de l'opportunité de l'adoption de fait. Celle-ci devrait être conforme à l'intérêt de l'enfant. Une deuxième catégorie de conditions permettrait d'isoler l'adoption de fait et donc d'en délimiter les contours d'existence pour la distinguer d'autres formes d'entraide sociale. En outre, certains effets de l'adoption de fait devraient également être dégagés.

---

<sup>425</sup> SIDIBE (A. Sow), *ibid.*, p. 146

<sup>426</sup> Cf. CARBONNIER (J.), *La famille op. Cit.* p. 540

<sup>427</sup> Maxime citée par CARBONNIER (J.), *Flexible Droit*, Paris, LGDJ, 1979 P. 45

**302 - Raisons.** La pratique de l'adoption de fait doit être réglementée par les législateurs malien et sénégalais au moins pour deux raisons : la faveur générale des populations pour cette institution coutumière et son adaptation aux réalités locales.

**303 - La faveur des populations locales.** Il faut relever que les Sénégalais et les Maliens pratiquent plus l'adoption de fait que celle prévue par les textes pour trois raisons principales : d'abord, parce que la majorité de ces populations ne maîtrisent pas en général les textes législatifs relatifs à l'adoption, ensuite, parce qu'aux yeux des populations de ces pays, la justice paraît lente, chère et difficile d'accès (frais trop élevés de la procédure, le recours aux services d'un avocat, etc.), et enfin, parce qu'il existe une forte emprise de la religion. En effet, le Coran ne reconnaît aucune valeur juridique à l'adoption, ce qui fait que cette filiation considérée comme une imitation de la nature est d'ailleurs interdite par la plupart des législations modernes arabes à l'exception de la Turquie, de la Tunisie et de l'Indonésie. Cependant, plusieurs dispositifs de substitution existent dont en particulier la Kafala ou « recueil légal »<sup>428</sup>.

**304 - L'adaptation de l'adoption de fait aux réalités locales.** L'adoption légale s'est beaucoup inspirée du modèle occidental<sup>429</sup>. Toutefois, les mœurs, les coutumes, les traditions diffèrent d'un continent à l'autre. L'Afrique a ses propres réalités et sa conception de l'adoption doit pouvoir être prise en compte comme l'atteste un responsable de l'Action Educative en Milieu Ouvert (AEMO) sous couvert d'anonymat au Sénégal, plus favorable à l'adoption de fait<sup>430</sup>.

**305 - Adoption de fait et adoption-protection du droit malien.** Au Mali, même si l'adoption de fait et l'adoption protection<sup>431</sup> se ressemblent sur certains points, tel que le but consistant à assurer l'entretien, l'éducation, la protection matérielle et morale dont l'enfant ou les enfants adoptés ont besoin, la différence demeure grande quant à la procédure pour mener ces adoptions et quant aux concepts juridiques et philosophiques même de l'adoption.

**306 - Perspectives.** La modernisation du droit et le réalisme exigent que l'adoption traditionnelle (ou de fait) fasse sa propre mue et s'accompagne d'un minimum de règles de

---

<sup>428</sup> V. supra., p. 18 et s., n° 10.

<sup>429</sup> V. supra., p. 22 et s., n° 15 et 16.

<sup>430</sup> Entretien réalisé le 16 Mars 2010 avec le responsable de l'AEMO Dakar (Sénégal)

<sup>431</sup> L'adoption-protection ne crée pas un lien de filiation entre l'enfant et ses parents adoptifs. Pour d'amples informations sur cette institution du droit malien, v. infra., pp. 169 et s.

procédure telle que la requête écrite du demandeur, une décision sanctionnée par un écrit, le tout dans une structure légère sans lourdeur administrative<sup>432</sup>.

Une telle réglementation de l'adoption de fait pourrait prendre la forme actuelle de l'adoption-protection malienne avec un allègement substantiel de ses exigences procédurales. Ceci permettra de pallier certaines insuffisances liées à la non réglementation de l'adoption de fait et notamment l'indifférence du droit par rapport à certains effets de cette dernière. Outre, l'adaptation du droit aux réalités des sociétés concernées, la valorisation des institutions locales permet de remédier à la création d'un lien de filiation superflu.

## **B. Le remède à la création de lien de filiation superflu**

**307 - Nature.** Il est évident que la création d'un lien de filiation n'est pas une solution satisfaisante dans tous les cas d'adoption<sup>433</sup>. Par conséquent, l'adoption de fait dont la vocation ne serait pas de créer un lien de filiation entre adoptant et adopté, pourrait, une fois réglementée, se révéler, à la fois, comme une solution adaptée aux adoptions intrafamiliales (1) et un instrument de séduction d'autres systèmes en quête d'alternatives à l'adoption, notamment le système français (2).

### **1. L'adoption de fait, une solution adaptée aux adoptions intrafamiliales**

**308 - Justifications.** Le modèle français de l'adoption auquel les législateurs maliens et sénégalais ont souscrit, du moins en partie, et dont la finalité est de créer un lien de filiation doit être maintenu avec les aménagements déjà proposés tant dans les adoptions limitée et plénière du Sénégal, que dans celles de filiation et protection du Mali. En revanche, face à la réalité de l'adoption de fait au Mali et au Sénégal et à la faveur des populations locales pour cette forme d'adoption, il faudrait dépasser le droit positif (dont les statistiques en matière d'adoption nationale semblent bien prouver que la « greffe » occidentale n'a pas pris, face à la formule traditionnelle) et envisager des mécanismes juridiques plus souples, qui permettraient

---

<sup>432</sup> Entretien réalisé le 25 Juillet 2010 avec Ahmet SAM Président du tribunal de première instance de la commune V du District de Bamako

<sup>433</sup> L'adoption à la « française », à elle seule, ne peut répondre de façon satisfaisante à l'ensemble des situations dans lesquelles un enfant est confié à un adulte au Mali et au Sénégal. S'il est nécessaire que le lien de fait soit constaté par écrit, en revanche, il ne paraît pas toujours opportun de créer un lien de filiation. D'ailleurs, la lourdeur administrative qu'implique la création d'un tel lien et les effets subséquents ne suscitent pas l'engouement des populations locales en sa faveur

d'offrir une certaine sécurité juridique au « triangle adoptif »<sup>434</sup> sans nécessairement passer par une institution aussi radicale que l'adoption « à la française ». Mieux, les utilisations inappropriées du modèle français de l'adoption dans certains cas montrent la nécessité d'une telle réforme. Ainsi, les adoptions intrafamiliales semblent constituer des liens de filiation inadéquats, en tout cas, dans les contextes africains, en général, et malien et sénégalais, en particulier.

**309 - Une adaptation attestée par la pratique.** La pratique de l'adoption de fait au Mali et au Sénégal atteste de façon éclairante la réalité sus évoquée. La caractéristique de cette forme d'adoption est que l'enfant n'est pas confié à un inconnu. C'est une adoption socialement contrôlée. Il n'y a pas comme dans l'adoption « à la française », une substitution d'identités. Les personnes qui donnent leur enfant n'ont pas honte de le faire et ceux qui le reçoivent s'en trouvent gratifiés, l'enfant étant considéré comme une richesse. Ainsi, les quasi-totalités des adoptions se font d'une part, entre membres d'une même famille. Et, d'autre part, dans des hypothèses rares, l'enfant peut faire l'objet d'adoption par le conjoint de son parent biologique alors qu'aucun lien de sang ne le lie à ce conjoint.

**310 - Une institution qui s'accommode mieux aux adoptions intrafamiliales.** Deux raisons justifient cet état de fait : la suppression du risque de création de lien de filiation complémentaire en cas d'adoption intrafamiliale et le respect de l'ordre public.

**311 - L'effacement du risque de création de lien de filiation complémentaire.** La finalité de l'adoption étant de donner une famille à un enfant qui n'en a pas, il paraît dès lors déraisonnable de consacrer un nouveau lien qui vient s'ajouter au lien préexistant entre l'adopté et l'adoptant. Or, en l'état actuel des droits positifs malien et sénégalais, rien ne s'oppose à ce que la parenté adoptive se superpose à une parenté préexistante. En admettant de tel lien dans l'adoption intrafamiliale, les législateurs de ces pays cautionnent ou préparent le terrain à une sorte de détournement de l'adoption et par conséquent créent des situations d'incertitudes sur le statut de l'enfant. Se prononçant sur la question, un auteur français a noté, avec raison, que « *dans l'ensemble de ces incertitudes, une seule certitude : l'adoption n'est pas une réponse satisfaisante* »<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> Expression employée par LAMMERANT (I.) pour désigner l'adopté, l'adoptant et les parents d'origine ; « *L'adoption et les droits de l'homme en comparé* » op.cit.

<sup>435</sup> HAUSER (J.), note sous BORDEAUX, 21 janvier 1988, D. 1988.456.

Ce constat est d'autant plus réel que la création d'un nouveau lien de filiation entre membres d'une même famille entraîne une certaine confusion dans la filiation de l'enfant, dont les repères familiaux se trouveraient brouillés du fait d'une telle situation<sup>436</sup>.

**312 - Hypothèses.** A titre illustratif, l'adoption entre frère et sœur « perturbe fortement les structures familiales, le rapport fraternel se trouvant changé en un rapport de parent-enfant »<sup>437</sup>.

De même, lorsque la demande d'adoption émane de l'un de ses grands-parents, l'enfant devient le frère ou la sœur adoptive de son père ou de sa mère. Il y a là une situation troublante parce qu'elle supprime un degré dans les générations<sup>438</sup>. Autre exemple, l'oncle adopte ses neveux et devient leur père, ce qui est tout à fait concevable dans la conception africaine de la famille, du moins lorsque cet oncle est le frère du père biologique de l'enfant à l'exception de l'oncle maternel<sup>439</sup>.

**313 - Critique de la doctrine française.** La doctrine française a largement critiqué « ce procédé qui affiche des résultats contre nature »<sup>440</sup>. Aussi, Mme BATTEUR souligne-t-elle, qu'il n'appartient pas « *au droit de transformer les fantasmes de certains membres d'une famille en autorisations légales, et ce en perturbant les repères généalogiques de l'enfant* »<sup>441</sup>.

**314 - Notre position.** L'adoption de fait, une fois remodelée, permettrait d'écarter la consécration de tels liens aux conséquences fondamentalement perturbatrices pour l'enfant. Outre l'interdiction de la création d'un lien de filiation adoptif entre proches parents, le remodelage de l'adoption de fait se révélerait un instrument de préservation de l'intérêt de

---

<sup>436</sup> La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt rendu le 26 mars 1996 (D. 1996, Somm., p.278, note VAUVILLE (F.) considère ainsi, qu'un risque de confusion peut même exister en cas d'adoption simple car l'enfant, n'étant âgé que de sept ans et demi, « n'est pas en mesure de complètement d'adhérer consciemment à un projet visant d'une part à superposer un lien de filiation au lien de parenté existant déjà et susceptible d'autre part de brouiller ses repères familiaux ». V. Dans ce sens SCHMITT (M.), *L'adoption de l'enfant par ses grands-parents*, AJ fam. 2001, p. 91.

<sup>437</sup> MURAT (P.), note sous PARIS, 10 février 1998, Dr. fam., 1998, comm. n°83.

<sup>438</sup> V. en ce sens, RUBELIN-DEVICHI (J.), Une filiation élective, Revue Autrement, « Abandon et Adoption », 1988, n° 96, p. 109.

<sup>439</sup> Au Mali et au Sénégal, on retrouve ce système d'intégration dans la lignée selon lequel, les frères du père ainsi que les sœurs de la mère sont des pères et des mères.

<sup>440</sup> CARBONNIER (J.), Droit civil-La famille, l'enfant, le couple, PUF, Thémis, droit privé, t. 2, 21<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 385.

<sup>441</sup> BATTEUR (A.), *L'interdit de l'inceste – Principe fondateur du droit de la famille*, RDT. Civ. 2000. 775.

l'enfant en cas de demande d'adoption par le conjoint du parent par le sang comme cela a déjà été soulevé plus haut<sup>442</sup>.

Par ailleurs, si l'adoption limitée de l'enfant de son conjoint est parfaitement compréhensible au Mali et au Sénégal et doit même être souhaitée dans certaines situations à l'exclusion de la forme plénière de l'adoption<sup>443</sup>, en revanche, nous avons démontré qu'elle ne devrait pas être établie comme principe eu égard aux conséquences que sa généralisation peut engendrer en défaveur de l'enfant<sup>444</sup>. Ainsi, il paraît nécessaire de maintenir, à titre exceptionnel, la possibilité de prononcer une adoption limitée dans les seules hypothèses où l'enfant du conjoint, serait un enfant naturel non reconnu par son autre parent biologique<sup>445</sup>.

**315 - Illustration.** En droit sénégalais, l'adoption limitée des enfants Khar Michele M'Bodj et Djibril M'Bodj en est un exemple. Ces deux enfants sont nés hors mariage d'une femme autre que l'épouse. Cette dernière a demandé leur adoption, les ayant élevés et les considérant comme ses propres enfants<sup>446</sup>. Exceptionnellement encore, l'adoption limitée doit pouvoir être prononcée pour un enfant conçu dans un foyer mais dont l'autre parent par le sang refuse d'assumer la paternité ou la maternité à la suite d'un divorce. En dehors de ces hypothèses, il ne paraît pas opportun de consacrer un lien de filiation adoptive entre l'enfant et le conjoint de

---

<sup>442</sup> V. supra, p. 76 et s., n° 112.

<sup>443</sup> Nous n'aborderons la question de l'adoption de l'enfant du conjoint que sous l'angle de l'adoption à effets limités. Au Mali, l'hypothèse de l'adoption filiation de l'enfant du conjoint n'est pas envisageable, car la législation malienne ne permet le prononcé de l'adoption filiation que lorsque l'enfant qui en fait l'objet est abandonné ou est de parents inconnus (Cf. art. 537 all. Du Code malien des personnes et de la famille de 2011). Or dans l'hypothèse de l'adoption de l'enfant du conjoint, l'autre parent biologique de l'enfant existe et ou ne l'a pas abandonné. A l'inverse, au Sénégal si les textes n'interdisent pas l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, la pratique jurisprudentielle semble combler cette lacune législative. Car, au contraire de l'adoption limitée, nos investigations auprès du Tribunal régional de Dakar ne nous ont pas permis d'identifier une seule décision prononçant l'adoption plénière de l'enfant du conjoint.

<sup>444</sup> V. supra, p. 109, n° 182 et s..

<sup>445</sup> Dans le même ordre d'idée, LAMMERANT (I.), plaidant une réforme du droit français dans cette forme d'adoption, a souligné que « les adoptions endofamiliales, notamment les adoptions de l'enfant du conjoint, pourraient plus facilement être limitées aux seules situations de rupture réelle avec un auteur si les relations entre beaux-parents et beaux-enfants bénéficiaient d'une forme de reconnaissance juridique. ». Cf. LAMMERANT (I.), op-cit., p. 666, n° 758. L'auteur ajouta que ce type d'adoption ne devrait être utilisée qu'à titre subsidiaire « lorsqu'une branche de la famille d'origine de l'enfant est totalement inexistante, ou que l'absence de relations passées et présentes avec ses membres le justifie in concreto, dans l'intérêt de l'enfant ; même dans ces hypothèses, il convient également de se demander si la rupture des liens symboliques avec l'auteur non gardien, le plus fréquemment le père, correspond à l'intérêt de l'enfant, dans notre société où les enfants, donc les mères et pères de demain, souffrent jusque dans l'élaboration de leur personnalité, du « retrait du père » p. 230 et 231, n° 189.

<sup>446</sup> V. l'adoption des enfants Khar Michele M'Bodj et Djibril M'Bodj, Trib. Régional de Dakar, 22-4-1989, inédit. Citée par SIDIBE (A. Sow), op-cit. p.137 et 139.

son parent par le sang. Car les risques de désunion du couple pourraient induire une instabilité dans la filiation de l'enfant.

Outre le coup porté à l'intérêt de l'enfant, l'utilisation irrationnelle de ce type d'adoption peut heurter les mœurs maliennes et sénégalaises et par conséquent porter atteinte à l'ordre public local. Aussi, l'adoption de fait, une fois remodelée, serait-elle à même d'éviter ou du moins, atténuer ces effets pervers de l'adoption intra-familiale.

**316 - La préservation de l'ordre public local d'un lien de filiation superflu.** En raison de l'inadaptation des règles existantes à l'état des mœurs maliennes et sénégalaises, l'adoption court en effet le risque d'être utilisée « à tout faire », comme une « technique nouvelle et indifférenciée, sans affectation préalable, d'une pratique familiale et d'un droit de la filiation en crise, ayant pour rôle d'expliquer tout ce qui ne peut s'expliquer autrement »<sup>447</sup>, voire un moyen de fraude « privatisant » par l'accord des volontés « le droit de la famille »<sup>448</sup>. Risques actuels qui témoignent paradoxalement de la vitalité et de la souplesse de l'institution. Mais écueils à éviter pour que l'adoption reste fidèle à son essence : une institution de filiation poursuivant un but de protection de l'enfant. L'adoption de fait remodelée, semble dès lors s'imposer en garant de l'ordre public local lorsque certaines situations d'adoption intrafamiliale se présentent. Le mérite de cette forme d'adoption, faut-il le rappeler, étant qu'elle est la plus accessible et la mieux partagée dans ces pays, car n'emportant pas une création de liens de filiation juridique.

**317 - Hypothèse.** L'ordre public se verra préservé toutes les fois qu'il sera question d'écarter, par exemple, dans l'hypothèse de l'adoption de l'enfant du conjoint, le parent non gardien. Cette mise à l'écart étant le plus souvent perçue par la famille du parent écarté « comme une usurpation ou comme une trahison, surtout si la famille s'est recomposée après décès »<sup>449</sup>. Ceci est d'autant plus vrai qu'au Mali et au Sénégal, l'enfant n'appartient pas qu'à ses seuls géniteurs. Par conséquent, il serait déraisonnable pour un parent de décider seul de la transformation de la filiation de son enfant, en présence du parent non gardien ou des membres de la famille de celui-ci en cas de décès, au risque d'heurter l'ordre public local et de s'exposer à la désapprobation de toute la parentèle. Cela se comprend aisément quant on

---

<sup>447</sup> V. HAUSER (J.), « L'adoption à tout faire », Dalloz, 1987, Chronique XXXVII, pp. 205-208.

<sup>448</sup> D'après MALAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), Droit civil, La famille, 4ème éd. Defrénois, 2011, p. 550, note 1404.

<sup>449</sup> FULCHIRON (H.), Autorité parentale et familles recomposées, Mélanges Liber Amicorum HUET-WEILLER (D.), L.G.D.J., PUS, 1994, p. 150, n°21.

sait que l'adoption de l'enfant du conjoint fait, comme l'a si bien remarqué un auteur, « *primer les rapports interpersonnels immédiats au détriment du lien identitaire d'origine*, dont la dimension symbolique est niée ou secondarisée »<sup>450</sup>. Niée, dans l'hypothèse où l'adoption est plénière, en ce sens qu'elle entraîne l'effacement juridique du parent non gardien et secondarisée, dans l'hypothèse où l'adoption est limitée car cette dernière, sans effacer le parent non gardien, la relègue au second rang.

### **318 - La consécration d'un statut juridique au conjoint de l'auteur gardien de l'enfant.**

Comme précédemment souligné<sup>451</sup>, l'adoptabilité sous la forme limitée ou plénière de l'enfant du conjoint, favorisée par le législateur sénégalais<sup>452</sup>, devrait être remise en cause dans les hypothèses où elle ne s'avère pas opportune. Il en est ainsi, par exemple lorsque le conjoint est divorcé ou a perdu l'autre parent de l'enfant à la suite d'un décès. Il conviendrait, dès lors, de n'utiliser l'adoption, fut-elle limitée, qu'à titre subsidiaire, lorsqu'une branche de la famille d'origine de l'enfant est totalement inexistante, ou que l'absence de relations passées et présentes avec ses membres le justifie in concreto, dans l'intérêt de l'enfant<sup>453</sup>.

**319 - Modalités.** La remise en cause de l'adoptabilité simple ou plénière de l'enfant du conjoint devrait être compensée par la reconnaissance d'un statut juridique au conjoint de l'auteur gardien de l'enfant qui s'est, en fait, substituer à l'autre parent de l'enfant, en assumant les obligations que ce dernier était censé remplir auprès de son enfant. Ce statut juridique permettant l'intégration de l'enfant dans la famille recomposée, aurait l'avantage de régler les rapports entre beaux-parents et beaux-enfants et contribuerait à la clarification des droits et des devoirs réciproques. Ainsi, la participation souhaitable du beau-parent à l'exercice de l'autorité parentale pourrait traduire en termes juridiques les participations actives à l'éducation et à l'entretien de l'enfant.

---

<sup>450</sup> OUELETTE (F.-R.), *Modernité, filiation et pratiques d'adoption*, in « Entre tradition et universalisme », ss. dir. OUELETTE (F.,R.) et BARITEAU (C.), Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, p. 264, cité par LAVALLEE (C.), *Le rôle de la volonté en matière d'adoption en droit français et en droit québécois*, thèse, Lyon, 2002, p. 198, n° 273, note (128).

<sup>451</sup> V. supra, p. 100 et s. n°166.

<sup>452</sup> Le législateur sénégalais, a en effet prévu une série de dispositions marquant une certaine bienveillance à l'égard de l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, le conjoint n'a pas à respecter un âge minimum pour adopter (article 224, alinéa 2 du Code sénégalais de la famille) ; la différence d'âge entre adoptant (s) et adopté est réduite à 10 ans (article 225 Code sénégalais de la famille)

<sup>453</sup> Il convient également de se demander si la rupture des liens symboliques avec l'auteur non gardien, le plus souvent le père, correspond à l'intérêt de l'enfant, dans une société où les enfants sont autant attachés à leur père qu'à leur mère.



**320 - Objectif.** Ce nouveau statut juridique va traduire la reconnaissance du rôle du conjoint de l'auteur gardien auprès de l'enfant. En effet, cette forme d'adoption, faut-il le rappeler, ne crée pas un nouveau lien de filiation entre l'enfant et son adoptant. Elle ne comporte aucun effet successoral ou relatif au nom de l'enfant ; elle est par ailleurs compatible avec l'octroi d'un droit aux relations personnelles (contact) entre l'enfant et son auteur non gardien. Elle présente l'avantage de permettre au conjoint de l'auteur gardien d'exercer l'autorité parentale sur l'enfant qui vit désormais dans la famille recomposée.

Par ailleurs, *le devoir d'entretien* des enfants élevés au foyer commun pourrait être partagé. Ce partage pourrait se faire selon des modalités variables, entre le parent gardien et le beau-parent. Ce partage n'exclut pas la contribution éventuelle du parent non gardien qui restera possible. Tout ceci devrait se faire dans une perspective résolument protectrice de l'identité de l'enfant, de son intérêt, et de l'intérêt de tous les acteurs concernés.

**321 - Perspectives.** Il ressort de ce qui précède que si l'adoption de l'enfant par un membre du couple est souvent opportune et doit même être encouragée, du moins sous la forme limitée ou modeste, en revanche, son admission dans certaines situations présente plus de problèmes qu'elle n'en résout. Cette situation produit des solutions insatisfaisantes tant pour l'enfant que pour le parent non gardien ou la famille de ce dernier. Pour prévenir de tels dérapages, le législateur devrait donc consacrer l'adoption de fait comme modèle privilégié d'adoption intrafamiliale. Une telle solution permettra de restituer à l'adoption sa juste finalité, c'est-à-dire, donner une famille à un enfant qui en est privé.

Il conviendrait dès lors de procéder à un remodelage de l'adoption coutumière afin que celle-ci puisse s'appliquer dans les situations où la création d'un nouveau lien de filiation n'est pas souhaitable entre l'enfant et la personne qui souhaite l'accueillir dans sa famille. Ce remodelage passerait par la réglementation de l'adoption de fait dans les Codes de la famille du Mali et du Sénégal.

Cette valorisation de l'adoption de fait permettrait de remédier à ces utilisations malencontreuses de l'adoption avec création de lien de filiation au Mali et au Sénégal, mais au-delà, servirait de source d'inspiration pour d'autres systèmes, conscients des limites inhérentes à leur législation sur l'adoption, dans leur quête d'alternatives à l'adoption.

## 2. Un instrument de séduction pour d'autres systèmes en quête d'alternatives à l'adoption

**322 - Justifications.** L'adoption de fait remodelée, paraît être source d'inspiration pour la doctrine française notamment. Consciente des limites de l'adoption à répondre convenablement à toute une panoplie de situations adoptives, cette doctrine ne cesse depuis des décennies, de proposer des formes alternatives à l'adoption. Ainsi, après avoir passé en revue les raisons qui sous-tendent cette quête constante d'alternatives à l'adoption en France (a), il conviendrait d'exposer les solutions alternatives proposées (b),

### a.) Les raisons légitimes à l'origine de la recherche des formes d'alternatives à l'adoption en France

**323 - L'examen.** Consciente de l'inadaptation de la forme plénière de l'adoption dans certaines situations et de l'utilisation « tout azimuth »<sup>454</sup> de la forme simple de l'adoption, une partie de la doctrine française a émis des réserves sur l'opportunité de la création d'un lien de filiation adoptive dans tous les cas. En effet, l'adoption simple qui est perçue comme la forme d'adoption la plus humble et donc, en principe, adaptable à toutes les situations où la forme plénière n'est pas souhaitée, se trouve fortement suspectée, car considérée désormais, selon l'expression du Professeur HAUSER, comme une sorte « *d'adoption à tout faire* »<sup>455</sup>. Aussi, est-elle très souvent détournée de sa finalité et utilisée à des fins purement étrangères à sa vocation première qui est de donner une nouvelle famille à un enfant qui en a besoin<sup>456</sup>. L'adoption n'est pas toujours souhaitée dans les relations entre un enfant et le tiers qui l'accueille. A titre d'illustration, les beaux-parents qui s'investissent auprès de leur petit fils ou leur petite fille au plan affectif, éducatif et matériel, ne souhaitent pas nécessairement aller jusqu'à l'adoption.

**324 - Position de la doctrine.** Des auteurs français ont estimé qu'à côté de la conception actuelle de l'adoption française, le législateur devrait faire preuve d'ingéniosité intellectuelle en envisageant la mise en place d'autres instruments juridiques destinés à protéger l'enfant de

---

<sup>454</sup> Selon LAVALLEE, cité par GALLIARD (C.), « l'utilisation tout azimuth de l'adoption simple brouille l'image de cette forme d'adoption qui apparaît comme une adoption en demi-teinte, mais aussi de l'adoption sous ses deux formes. ». V. GALLIARD (C.), op.cit., p.355., n°506.

<sup>455</sup> HAUSER (J.), cité par LAVALLEE (C.), op.cit., p. 444, n° 595.

<sup>456</sup> Selon un auteur, il faudrait « recentrer l'adoption, qu'elle soit simple ou plénière, sur son véritable but qui est de créer une filiation ». V. MASSIP (J.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, Défrénois 2002, art. 37478, p. 196.

la création d'un lien de filiation. C'est ainsi que Mme GALLIARD, expose que « la seule adoption ne peut répondre à l'ensemble des situations dans lesquelles un adulte prend en charge un enfant » et ajoute-t-elle qu' « il est certes compréhensible et justifié pour un adulte qui s'investit auprès d'un enfant au plan affectif, éducatif et financier de demander que cet investissement se traduise en termes juridiques, c'est-à-dire en droits et en obligations réciproques. Cette reconnaissance doit-elle être marquée jusque dans la filiation de l'enfant ? »<sup>457</sup>.

Ces diverses préoccupations ont amené certains à proposer des mécanismes juridiques moins rigides, qui permettraient de reconnaître les efforts d'un tiers auprès d'un enfant sans nécessairement passer par une institution aussi radicale que l'adoption. C'est dans ce sens que certains auteurs, ont noté que «le droit doit donc encore défricher le champ immense et très actuel des possibilités de dissociation entre la filiation et l'éducation »<sup>458</sup> et d'envisager les « possibilités de reconnaître juridiquement le lien qui unit un enfant à un adulte en dehors du cadre de la filiation »<sup>459</sup>. Ceci est d'autant plus vrai qu'il urge aujourd'hui de repenser la finalité même de l'adoption et peut-être même sa raison d'être car elle ne peut s'élargir indéfiniment. Ayant donc compris cette nécessité, la doctrine française ne cesse, depuis des années, de proposer des solutions alternatives à l'adoption. L'adoption de fait serait donc sans doute stimulante pour une partie de la doctrine française qui réfléchit en France à un statut du tiers éduquant l'enfant.

## **b.) Les solutions alternatives proposées par la doctrine**

**325 - L'élaboration d'un statut du tiers en général.** Sur ce point, un auteur a proposé de conférer, aux tiers non parents, certaines prérogatives sur la personne et sur les biens du mineur, sous le terme « *d'autorité familiale* »<sup>460</sup>. Cette proposition visait à reconnaître, d'une part, la spécificité juridique de la famille recomposée, d'autre part, de permettre aux beaux-parents de participer à l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, sans toutefois remettre en

---

<sup>457</sup> GALLIARD (C.), *ibid.*, p. 358, n° 508.

<sup>458</sup> LAMMERANT (I.), *op.cit.*, p. 666, n° 758.

<sup>459</sup> LAVALLEE (C.), *op.cit.*, p. 444, n° 595.

<sup>460</sup> LEROYER (A.-M.), *L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale* : RDT civ. 1998, p. 587. Un nouvel article 373-6 du Code civil serait ainsi rédigé : « *si l'intérêt de l'enfant l'exige, compte tenu de la nécessité d'assurer sa stabilité de vie, le juge peut décider de l'exercice en commun de l'autorité familiale* ». L'auteur propose parallèlement, une dévolution légale de l'autorité familiale afin d'éviter la rigueur de l'ouverture automatique de la tutelle légale des ascendants. De plus, il envisage une dévolution volontaire sous la forme d'une convention judiciaire homologuée réalisant « *une répartition assez flexible des prérogatives entre le tiers, le parent cohabitant et l'autre parent* ». -V. également pour une critique de cette méthode, GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, préc., n° 172.

cause sa filiation. A ce propos, la réforme proposée par la commission présidée par le Professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ<sup>461</sup> est édifiante. En effet, cette commission avait proposé l'élaboration d'un véritable statut du tiers. Le rapport juge inopportun de prévoir des règles propres aux beaux-parents dans les familles recomposées. En revanche, il préconise l'élaboration d'un statut du tiers en général<sup>462</sup>. Malheureusement, la construction d'un tel statut n'a pas été jugée opportune par le législateur. En effet, ce dernier, non convaincu par le projet de réforme proposée, a adopté une « position de retrait »<sup>463</sup> lors du vote de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale<sup>464</sup>, refusant ainsi d'élaborer un tel statut et préférant se contenter d'assouplir les règles de la délégation de l'autorité parentale. Cependant, une telle solution n'a pas été jugée satisfaisante par certains auteurs qui y voient une trop grande réserve du législateur.

L'insertion dans le Code civil, par la loi du 4 mars 2002, d'un nouveau paragraphe intitulé « *De l'intervention du tiers* », a ainsi été jugé comme un « simple regroupement de dispositions préexistantes plus ou moins retouchées »<sup>465</sup>.

**326 - Un statut du tiers pourtant nécessaire.** L'élaboration d'un statut du tiers aurait eu le mérite de conférer au tiers, dans la famille recomposée par exemple, qui aide le parent gardien de l'enfant dans l'accomplissement des actes de la vie courante relatifs à la surveillance, à l'éducation... de cet enfant, un statut juridique sans recourir à la création d'un lien de filiation. Elle se révèle également une véritable alternative à l'adoption, laquelle alternative aurait sans doute attiré une large clientèle du fait de son effet non créateur de lien de filiation. Concrètement, la proposition d'élaboration d'un statut de tiers en France avait pour objectif

---

<sup>461</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), Rapport, Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : Doc. Fr. 1999 coll. Rapports officiels. V. Egalement, Couple, filiation et parenté aujourd'hui- Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, ss. dir. THERY (I.), Rapport au ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des sceaux, ministre de la justice, Paris, éd. O. Jacob, 1998.

<sup>462</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), idem, p. 89. – En ce sens également, 95<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Demain la famille, Marseille 9-12 mai, n°1175, n°1176, n°4150. Les intervenants proposent de créer une nouvelle possibilité de délégation partielle de l'autorité parentale permettant aux père et mère de conférer à un tiers le pouvoir d'accomplir, concurremment avec chacun d'eux, des actes usuels de la vie courante de l'enfant. – V. également, BOURGEAULT-COUDEVYLLE (D.), Les relations de l'enfant avec d'autres personnes que ses père et mère : Dr. et patrimoine sept. 2000, p. 71.

<sup>463</sup> Cf. FULCHIRON (H.), L'autorité parentale rénovée – Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, Defrénois 2002, art. 37580, p. 978.

<sup>464</sup> Loi n° 2002-304, du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, JO 5 mars 2002, p. 4161 et s. V. en ce sens, Les commentaires de REBOURG (M.), *La réforme de l'autorité parentale*, J.C.P. 2002 act., p. 701. ; BOULANGER (F.), Modernisation ou utopie ? : La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002, D. 2002, chr., p. 1571. ; FULCHIRON (H.), article précit., p. 959.

<sup>465</sup> FULCHIRON (H.), article précit., p. 979.

ultime de réhabiliter certaines formes actuelles de reconnaissance du rôle d'un tiers auprès d'un enfant afin d'en faire une véritable alternative à l'adoption. Il s'agit des succédanés tels que le parrainage, la tutelle, la délégation de l'autorité parentale, etc.

**327 - Le Parrainage.** Le parrainage est une relation créée autour de l'enfant par le baptême, mais qui n'entraîne pas de modification de l'identité de l'enfant. Il crée une parenté symbolique et un partage des responsabilités dans l'éducation spirituelle de l'enfant. Il ne crée pas de lien de filiation. A ce titre, Mme FINE fait observer qu' « à la différence des parents *adoptifs, parrains et marraines n'ont pas pour vocation première, du moins en France, d'être les substituts des parents biologiques...* »<sup>466</sup>. Le mérite d'une telle institution est qu'elle pourrait être utilisée pour renforcer les relations entre membres d'une même famille. Il en est ainsi par exemple, du choix du frère aîné comme parrain par son frère cadet ou sa sœur cadette. Toujours vivante en France, l'institution du parrainage est une création originale de la chrétienté médiévale<sup>467</sup>.

**328 - La Tutelle.** Dans la tutelle française, le tuteur ne confère pas son nom au mineur, ne prend pas l'engagement de l'entretenir, ne lui transmet pas son patrimoine par succession et peut envisager de se faire délivrer de sa charge par le juge avant l'accès du pupille à la majorité. Dotée d'une organisation complexe et d'un mécanisme lourd<sup>468</sup>, la tutelle s'ouvre de plein droit en cas de décès des deux parents ou en cas de défaillance parentale absolue, c'est-à-dire lorsqu'aucun des père et mère n'est en mesure d'exercer l'autorité parentale<sup>469</sup>. Elle s'ouvre également à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie<sup>470</sup>. Du coup, en se substituant aux parents biologiques de l'enfant, la tutelle se limite simplement à un transfert juridique des prérogatives sur l'enfant à l'exception de toute création d'un nouveau lien de filiation entre la personne chargée d'assurer la tutelle et l'enfant. Cependant, ce mécanisme reste difficile d'accès à partir du moment où il est soumis à une intervention judiciaire. Or l'obligation de saisir le juge représente un facteur de rigidité qui semble peu compatible avec la souplesse nécessaire qui devrait encadrer l'intervention du tiers.

---

<sup>466</sup> FINE (A.), citée par CORBIER (M.), « Adoption et fosterage », op. cit., p. 31.

<sup>467</sup> Cf. CORBIER (M.), idem, p. 31.

<sup>468</sup> V. en ce sens, CORNU (G.), Droit civil – La famille, Montchretien, 7<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 194, n°99. V. Egalement MARIA (I.), Mineur : protection judiciaire : tutelle, in Droit de la famille (ss. dir. MURAT (P.)), 6<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2014. p. 1302 et s. n° 338.11 et s.

<sup>469</sup> A côté de ces rares hypothèses, la loi prévoit, par surcroît de précaution, l'éventualité d'un passage judiciaire, soit de l'administration légale pure et simple, soit de l'administration légale sous contrôle judiciaire à la tutelle lorsque les circonstances le justifient (article 391 du Code civil).

<sup>470</sup> V. sur ce point, MARIA (I.), Mineur : protection judiciaire : tutelle, in Droit de la famille, 6<sup>ème</sup> éd. Dalloz, op. cit. p. 1302, n° 338.13.

**329 - La délégation de l'autorité parentale.** Rendue moins radicale<sup>471</sup> par la loi du 4 mars 2002, la délégation de l'autorité parentale postule désormais, un partage de l'exercice de l'autorité parentale entre les père et mère d'un enfant avec le tiers délégataire<sup>472</sup>. Ce partage reste toutefois une solution exceptionnelle et judiciaire. Exceptionnelle en ce sens que la mesure est soumise à la réunion d'un certain nombre de conditions<sup>473</sup> et que la mesure envisagée doit correspondre « *aux besoins d'éducation de l'enfant* ». Judiciaire, en ce sens que la mesure est soumise à l'appréciation de son opportunité par le juge. Ainsi, l'opportunité de son prononcé sera fonction de l'interprétation qui sera adoptée par le juge de la notion de « *besoins d'éducation de l'enfant* ». Aussi, si la jurisprudence retient une interprétation large de cette notion, le mécanisme de délégation de l'autorité parentale pourrait servir de fondement pertinent à l'intervention du tiers. Car il permettrait la reconnaissance de la prise en charge de l'enfant par le tiers sans que la filiation de l'enfant ne soit changée. En revanche, le choix d'une interprétation restrictive cantonnerait ce mécanisme à des hypothèses réduites n'appelant qu'une intervention marginale du tiers.

**330 - La consécration d'un lien nourricier.** Bien qu'ignoré par le droit français, le lien nourricier existe dans certains pays européens comme la Suisse<sup>474</sup>. Il est perçu comme une solution pour habiller juridiquement les relations affectives qui s'établissent entre un enfant et une personne présente à son foyer. Il n'implique pas la création d'un lien juridique de filiation, autrement dit, il ne suppose pas l'« *adjonction d'un lien parental fictif* »<sup>475</sup>. Le lien nourricier correspond à un vécu, vécu résultant effectivement du seul fait matériel de

---

<sup>471</sup> Avant la loi du 4 mars 2002, l'ensemble des règles relatives à l'autorité parentale paraissait en effet « marqué par l'idée que la délégation constitue plus ou moins une forme d'abandon de l'enfant par des parents qui ne peuvent ou ne veulent plus en assumer la responsabilité ». En revanche, dans le rapport rédigé ss. dir. DEKEUWER-DEFOSSEZ, il était proposé de « faire de la délégation un mode d'organisation souple et efficace de prise en charge de l'enfant par un tiers, notamment par les grands-parents ou les beaux-parents, en cas de difficulté ou de défaillance, parfois temporaires des parents ». Cf. Rapport ss. dir. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), rapport précit. p. 93.

<sup>472</sup> Cf., le nouvel art. 377-1, al. 2, du Code civil qui prévoit que le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins de l'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire.

<sup>473</sup> Avant la loi du 4 mars 2002, on pouvait recenser trois formes de délégations : la délégation volontaire (article 377, alinéas 1 et 2, ancien du Code civil), la délégation sur demande unilatérale du délégataire fondée sur le désintéret des parents (article 377, alinéa 3, ancien du Code civil), et la délégation sur recueil sans intervention des père et mère (article 377-1 ancien du Code civil). Désormais, la loi distingue expressément deux hypothèses : celle de la délégation volontaire, sur l'initiative des parents ou de l'un d'eux, et celle de la délégation prononcée à la demande d'un tiers.

<sup>474</sup> V. par exemple l'article 264 du Code civil suisse, Nouvelle teneur de la LF du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janv. 1978.

<sup>475</sup> CORNU (G.), Droit civil, La famille, op. cit., p. 24 in fine.

l'accueil, de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. En effet, il offre à l'enfant la stabilité d'un milieu favorable à l'épanouissement de sa personne tout en lui assurant la conservation d'un contact permanent, juridique et factuel, avec sa famille d'origine. Le lien nourricier recherche la coexistence, la conciliation des intérêts présents et non la consécration d'une quelconque suprématie exercée sur des liens de parenté existants. Il représente une réalité sociétale. Celle-ci, avalisée légalement, est d'ordre réel car elle allie à la transparence une double dimension éducative et affective. Ainsi, le tiers nourricier serait investi d'une fonction parentale jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de la majorité.

**331 - Originalité du lien nourricier.** A propos de ce mécanisme, le Professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ a souligné justement que le lien nourricier correspond à une vision spécifique et particulièrement élargie de la famille. Ni lien de filiation, ni lien de parenté mais lien relationnel, le lien nourricier a donc vocation à s'adapter à de nombreuses situations de fait laissées en suspens par le législateur. En conséquence, il écarte deux dangers que susciterait l'élargissement de la notion de filiation : celui, d'une part, d'obscurcir le sens de la filiation et de renforcer un mouvement de " privatisation ", le lien devenant plus largement tributaire des volontés individuelles, et celui, d'autre part, de démobiliser le parent par le sang, concurrencé dans sa fonction par la présence d'un parent issu d'une « seconde famille » quotidiennement plus proche de l'enfant<sup>476</sup>. Le lien nourricier est ainsi présenté comme un correctif aux insuffisances du droit positif, car il se veut une alternative pertinente à certaines adoptions non souhaitables.

Par ailleurs, la nécessité de créer des effets juridiques aux rapports créés de fait entre l'enfant et le proche parent qui l'éduque milite également en faveur d'une valorisation de cette institution coutumière.

## **Paragraphe 2. La consécration d'effets juridiques à l'adoption de fait**

**332 - Vers la levée d'un paradoxe.** L'enfant adopté de fait est, aujourd'hui, dans une situation incertaine. Les personnes qui ont sur lui un droit de regard sont privées de tous moyens d'action juridique, lesquels appartiennent à d'autres personnes ayant décidé de ne pas vivre avec lui et n'ayant, par conséquent, pas l'opportunité de les exercer. Ce paradoxe des droits

---

<sup>476</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », op. cit., p. 27, citée par ROMAN (E.), « Le lien de filiation non biologique », thèse pour le doctorat en droit privé de l'Université de TOULON ET DU VAR, 2000, p. 421., n°395.

positifs malien et sénégalais doit être levé d'autant plus vite que le caractère non provisoire de l'adoption de fait et la mise en relief de ses dysfonctionnements actuels ne prennent pas en compte l'intérêt de l'enfant. Le respect de l'intérêt de l'enfant exige à la fois une consécration d'effets patrimoniaux (A) et extrapatrimoniaux à l'adoption de fait (B).

#### **A. La consécration juridique d'effets patrimoniaux à l'adoption de fait**

**333 - L'obligation alimentaire dans l'adoption de fait.** Contrairement à l'adoption légale, l'obligation alimentaire dans l'adoption de fait est une obligation naturelle dont l'inexécution par l'une des parties n'est pas juridiquement sanctionnée. Dans les faits, l'adoptant s'engage à assurer la prise en charge et l'éducation de l'adopté qui, une fois majeur se sent obligé de secourir l'adoptant dans le besoin en lui apportant des aliments. En d'autres termes, ni l'adoptant, ni l'adopté ne peuvent demander l'exécution forcée de l'obligation alimentaire qui reste simplement un devoir de conscience réciproque entre eux. Cependant, il faut constater que l'obligation alimentaire dans l'adoption de fait n'est pas dénuée de tout effet de droit. En effet, de façon générale, les obligations naturelles empruntent aux obligations civiles certains de leurs effets lorsque le débiteur a librement décidé de les exécuter. Ainsi, celui qui exécute volontairement une obligation naturelle n'est pas admis à demander la restitution de sa prestation. Les règles du paiement de l'indu ne jouent donc pas ici<sup>477</sup>. Ni l'adoptant ni l'adopté ne peuvent ainsi se retourner l'un contre l'autre pour réclamer un quelconque remboursement des aliments qu'ils se seraient versés mutuellement<sup>478</sup>. Par ailleurs, le débiteur d'une obligation naturelle, qui s'engage volontairement à l'exécuter, est lié par cet engagement unilatéral de volonté. Le créancier pourrait donc exiger en justice l'accomplissement de la promesse<sup>479</sup>.

**334 - Remarque.** Il faut préciser que dans les rapports patrimoniaux, cette possibilité de saisir la justice pour faire exécuter un droit en cas d'adoption de fait, n'est ouverte que pour l'obligation alimentaire. S'agissant au contraire des droits successoraux, l'adoption de fait n'ouvre pas une telle faculté. Les droits successoraux ne sont sanctionnés juridiquement qu'en cas d'adoption légale.

---

<sup>477</sup> Art.193 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales : le paiement d'une obligation naturelle ne donne pas lieu à répétition.

<sup>478</sup> Voire SIDIBE (A. Sow) op.cit, P.152

<sup>479</sup>Voire dans le même sens, pour le droit français, GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), Introduction générale, Paris, L.G.D.J., 1900, p.643, n°668.



**335 - Les droits successoraux résultants de l'adoption de fait.** L'adoption de fait est généralement sans conséquence successorale tant au Mali qu'au Sénégal. Seuls quelques rares coutumes<sup>480</sup> reconnaissent à l'enfant adoptif le droit de participer à l'héritage de l'adoptant au même titre que les autres enfants. D'autres coutumes<sup>481</sup> admettent que l'enfant adoptif puisse hériter, mais seulement lorsque l'adoptant n'a pas de descendant. En dehors de ces rares hypothèses, l'essentiel des coutumes n'offre à l'enfant adoptif que la possibilité de recevoir des donations de l'adoptant.

## **B. La consécration juridique d'effets extrapatrimoniaux à l'adoption de fait**

**336 - La reconnaissance d'un lien de famille dans l'adoption de fait.** La création de lien de famille se retrouve dans l'adoption de fait telle que pratiquée dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone où la conception large de la famille fait que tous ceux qui y vivent acquièrent la qualité de membre de la famille. Et par conséquent, l'adoption de fait, fait naître un lien de famille entre l'adoptant et l'adopté. Ce dernier devient donc un membre de la famille de l'adoptant. Ainsi, une fois le lien de famille créé, un autre effet extrapatrimonial naît : il s'agit de l'exercice de l'autorité parentale ou de la puissance paternelle selon les législations. Autrement dit, ce pouvoir de contrôle des parents sur l'enfant est un corollaire indispensable de la création du lien familial.

**337 - L'exercice de la puissance parentale ou de l'autorité parentale.** En cas d'adoption légale (peu importe la forme d'adoption légale), les attributs de la puissance paternelle (Sénégal) ou de l'autorité parentale (Mali) s'appliquent à l'enfant adopté dans les mêmes conditions que pour les enfants légitimes. A cet effet, l'adoptant est investi de toute la formation parentale : il en a tous les droits, mais en assure aussi toutes les charges. La puissance paternelle et ou l'autorité parentale sur l'enfant est transférée à l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, la puissance paternelle et ou l'autorité parentale leur appartient conjointement et s'exerce comme pour les enfants légitimes.<sup>482</sup> Cette puissance paternelle et ou cette autorité parentale n'est exercée que dans l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi, la

---

<sup>480</sup> Par exemple les Diolas du Sénégal

<sup>481</sup> Celles des Ouoloffs du Cayor ( cf.BENGLIA (J.), Travaux du Comité des Options pour le Code de la famille, rapport sur la paternité et la filiation, Doc. VIII, t.III, p.17) et des toucouleurs islamisés de Podor.

<sup>482</sup> Cf. pour le Mali, l'article 573 du code des personnes et de la famille qui dispose que : « L'autorité parentale sur l'enfant adopté s'exerce soit, par l'adoptant seul, soit par les adoptants en commun. »; pour le Sénégal, article 282 du Code de la Famille qui dispose que « La puissance paternelle sur l'enfant adopté appartient à l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, la puissance paternelle leur appartient conjointement et s'exerce comme pour les enfants légitimes.

personne qui l'exerce est tenue d'entretenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation, d'assurer la garde de l'enfant.<sup>483</sup>

**338 - Etat du droit français.** En France, l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité. Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre 1<sup>er</sup> du titre IX du Code civil. Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté.

En revanche, il se pose de sérieux problèmes juridiques quant à l'exercice de la puissance paternelle et ou de l'autorité parentale en cas d'adoption de fait. Ainsi, l'étude de la question de l'exercice de la puissance paternelle et ou de l'autorité parentale en matière d'adoption n'a véritablement d'intérêt qu'en matière d'adoption de fait.

**339 - Difficultés en matière d'adoption de fait.** Précisons qu'en principe, l'adoptant de fait n'est pas investi de la puissance paternelle et ou de l'autorité parentale. Cependant, la puissance paternelle et l'autorité parentale peuvent être transférées dans certains cas à l'adoptant de fait. D'abord, lorsque les parents de l'adopté sont déchus de la puissance paternelle ou sont dans l'impossibilité de l'exercer<sup>484</sup>. Le juge confie la puissance paternelle à une tierce personne qui peut être, en l'occurrence, l'adoptant de fait. Ensuite, le transfert de la puissance paternelle ou de l'autorité parentale à l'adoptant de fait peut résulter d'une procédure de délégation de la puissance paternelle et ou de l'autorité parentale<sup>485</sup>. En effet, l'analyse de l'article 586 alinéas 1 et 2 du code malien de la famille illustre bien cette affirmation. Selon cet article, « Les père et mère, ensemble ou séparément, lorsque les circonstances l'exigent, peuvent saisir le juge en vue de pouvoir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un particulier ou à un établissement d'éducation spécialisée.

---

<sup>483</sup> Cf. articles 283 et suivants du Code sénégalais de la famille.

<sup>484</sup> V. l'article 572 du code malien des personnes et de la famille et les articles 277, 296 et 305 du code sénégalais de la famille.

<sup>485</sup> V. les articles 586 et s. du code des personnes et de la famille du Mali et les articles 289 et s., du code sénégalais de la famille.

*Le particulier ou l'établissement public qui a recueilli l'enfant peut également en cas de désintérêt manifeste ou lorsque les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, saisir le juge aux fins de se faire déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale.* » Il en est de même au Sénégal où le code de la famille en son article 289 prévoit que le père ou la mère de l'enfant, à l'exclusion du tuteur peut déléguer la puissance paternelle en tout ou partie à une personne majeure, jouissant de la pleine capacité civile. Au regard donc de ces précisions, nous pouvons affirmer qu'il n'y a aucun obstacle à ce que l'adoptant de fait soit investi de la puissance paternelle ou de l'autorité parentale par le biais de la délégation et ce, à la demande du père et de la mère de l'enfant ou à la demande de l'adoptant de fait. Cependant, il doit respecter les conditions prévues pour la validité de la délégation et notamment que cette délégation soit décidée par le juge.

Hormis ces rares hypothèses sus-évoquées, l'adoptant de fait n'est pas investi de la puissance paternelle ou de l'autorité parentale. Il nous est donc loisible de considérer que les effets qui résultent de la puissance paternelle ou de l'autorité parentale demeurent étrangers à l'adoptant de fait. Au demeurant, toute cette gymnastique intellectuelle devient inutile lorsque l'adoption de fait est réglementée.

## CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

**340** -Au Mali et au Sénégal, l'adoption de fait demeure une pratique qui résiste au droit. Elle est la forme d'adoption la plus sollicitée et la mieux adaptée aux réalités des adoptions intrafamiliales. Elle permet à un enfant, quelque soit son statut, d'être pris en charge par un (e) proche parent (e) sans qu'il y ait la moindre modification dans sa filiation biologique (ni rajout, ni suppression). Le plus souvent, cette forme d'adoption " réussit ". Mais il est souvent des réveils pénibles compte tenu de son ignorance par le droit : risques d'exploitation de l'enfant, risques d'instabilité dans la situation familiale de l'enfant, risque d'ingratitude envers l'adoptant de fait, etc. Pour minimiser ces risques et continuer à protéger les enfants maliens et sénégalais, les législateurs malien et sénégalais doivent réglementer cette institution locale. Cette réglementation devra tenir compte des différents modes de prise en charge coutumière de l'enfant au Mali et au Sénégal afin que les populations locales se reconnaissent mieux dans le droit qui leur est proposé. Ainsi, dans le cadre d'une réforme législative, conviendrait-il de recevoir l'adoption de fait dans le droit positif élaboré par le Mali et le Sénégal, de lui donner un support matériel et de la consigner par écrit. Quelle méthode choisir, pour la légalisation de l'adoption de fait ? Mais encore, comment s'y prendre pour préserver ses caractéristiques originelles et l'engouement qu'elle suscite ? Il s'agit essentiellement de sortir la pratique des adoptions de fait de la zone de non-droit pour la porter à la face du droit. En légalisant l'adoption de fait, les législateurs malien et sénégalais œuvreront incontestablement dans le sens d'une modernisation de leur droit de la famille. L'enfant se trouvera de ce fait protégé au sein de sa famille nucléaire et de sa famille élargie. L'adoption de fait pourrait prendre la dénomination "d'adoption-protection" du droit malien avec un assouplissement de son régime. Tous ces enjeux invitent à se pencher sur l'habillage juridique de la valorisation des institutions locales.



## **Chapitre 2. L'habillage juridique de la valorisation des institutions locales**

**341 - Les contours d'un habillage juridique.** Les institutions locales d'adoption constituent des techniques de substitution au modèle français de l'adoption. Ces techniques de substitution, aussi imparfaites et limitées soient-elles, ont le mérite d'exister et d'être plus adaptées aux réalités locales. Par conséquent, leur promotion passant incontestablement par un réaménagement du droit de l'adoption s'impose aux législateurs malien et sénégalais afin que le droit voulu reflète réellement les réalités locales. Ce qui permettrait à l'institution de s'attirer une large "clientèle" et au final de réduire le phénomène des abandons d'enfants.

Le présent chapitre vise donc à inciter les législateurs malien et sénégalais à reconstruire un modèle africain de l'adoption qui s'appuie sur les réalités maliennes et sénégalaises. En d'autres termes, cette reconstruction du droit de l'adoption doit se faire sur la base du référentiel culturel malien et sénégalais où les droits de l'enfant seront mieux garantis. Aussi, une telle réforme de l'adoption participe-t-elle, à la fois, à la prise en compte des réalités locales, à la préservation et à la valorisation des spécificités locales qu'implique l'institution.

**342 - Démarche.** La valorisation des institutions locales concernées ne s'aurait se faire qu'en adoptant la méthode suivante : dans un premier temps, il conviendrait de permettre l'absorption des adoptions de fait par le modèle actuel de l'adoption-protection malienne et, dans un second temps, il conviendrait d'assouplir les conditions de réalisation de cette forme d'adoption, afin qu'elle puisse être mieux accessible aux populations maliennes et sénégalaises désireuses d'adopter un enfant sans trop de complications liées à la procédure et aux effets de l'adoption héritée de l'Occident. Ainsi, après avoir analysé l'existence de l'adoption-protection comme une institution inspirée des traditions maliennes (section 1), il conviendrait de proposer le remodelage de cette institution pour accueillir les adoptions de fait (section 2).

## **Section 1. L'adoption-protection malienne, une institution inspirée des traditions africaines**

**343 - L'originalité de l'adoption-protection.** Comme on l'a souligné<sup>486</sup>, en Afrique francophone, l'adoption organisée par le législateur s'inspire généralement de la conception occidentale, notamment française de l'institution. Cependant, la loi malienne s'est montrée plus originale. Celle-ci distingue "la filiation adoptive" et "l'adoption-protection"<sup>487</sup>. Le premier type d'adoption assimile l'enfant adoptif à l'enfant légitime (c'est l'équivalent de l'adoption plénière française ou sénégalaise). Le second s'inspire des traditions maliennes et tend seulement à assurer à l'enfant l'entretien, l'éducation et la protection matérielle et morale, sans établir entre l'adopté et l'adoptant des liens de filiation. Ainsi définie, l'adoption-protection se veut une institution aux caractéristiques singulières (paragraphe 1). Mais cette singularité peut-elle être considérée comme une manifestation du pluralisme juridique de cette institution malienne ? (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Une institution aux caractéristiques singulières**

**344 - Manifestations.** La singularité de l'adoption-protection tient à sa source d'inspiration principale : les traditions maliennes. Cette singularité se manifeste en amont (A) et en aval (B) du prononcé de l'adoption-protection.

#### **A. La manifestation de la singularité en amont du prononcé de l'adoption-protection**

**345 - Justifications.** La prise en compte des réalités locales dans l'établissement des règles de fond de l'adoption-protection est manifestement perceptible non seulement à travers la structure de la famille adoptive, mais également à partir de l'interprétation de certaines règles

---

<sup>486</sup> V. supra, p. 44 et s., n° 52.

<sup>487</sup> Voir. Article 522 du Code malien des personnes et de la famille qui dispose que " Toute personne de bonne vie et de bonne mœurs établies peut adopter un ou plusieurs enfants, soit pour assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin, soit pour se procurer une postérité.

Dans le premier cas, a lieu "l'adoption- protection" qui renforce ou crée entre l'adoptant et l'adopté des droits et obligations tels que prévus par le présent code.

Dans le second cas, a lieu "l'adoption- filiation" qui institue des liens analogues à ceux résultant de la filiation légitime.

En aucun cas, un homosexuel n'est admis à adopter un enfant sous quelque régime que ce soit."

relatives à l'adoptabilité de l'enfant. A cet égard, le législateur semble se montrer plus sensible à l'état d'abandon de l'enfant.

**346 - La prise en compte du respect des réalités locales dans le cadre familial adoptif.**

Dans le but d'assouplir les conditions de réalisation de l'adoption-protection et permettre à un plus grand nombre de candidats d'accéder à cette institution locale novatrice, le législateur malien a fait preuve de prudente bienveillance en autorisant son accès, tant aux familles biparentales, qu'à celles monoparentales. Cependant, sous prétexte de respecter les bonnes mœurs, le législateur malien a fermé l'adoption aux candidats homosexuelles<sup>488</sup>.

**347 - L'adoption-protection expressément ouverte aux familles biparentales.**

L'adoption-protection par une famille biparentale, c'est-à-dire, l'adoption conjointe, n'est envisagée par le législateur malien que lorsqu'elle est le fait de deux époux<sup>489</sup>. Contrairement à l'adoption-filiation, l'adoption-protection est demandée sans condition de durée de mariage des deux époux et sans condition d'âge des époux<sup>490</sup>. En supprimant ces deux conditions, le législateur entend encourager, voire faciliter aux époux, le recours à l'adoption-protection. Cependant, cette souplesse législative mériterait réforme. En effet, par rapport à l'indifférence à la durée du mariage des époux, il serait souhaitable que le législateur malien impose une durée minimale de 3 ans. Car le taux élevé de divortialité au Mali permet de remettre en cause le postulat de stabilité du mariage.

**348 - Proposition d'introduction d'article.**

"L'adoption-protection peut être demandée conjointement, après 3 ans de mariage, par des époux hétérosexuels unis et non séparés de corps dont l'un au moins est âgé de 30 ans. Ils doivent fournir une attestation de bonne vie et *de bonne mœurs*".

**349 - Critique de l'absence de condition d'âge imposée des époux pour adopter.**

Quant à l'indifférence à la condition d'âge des époux, celle-ci doit être également réformée. En effet, l'intérêt de l'adopté commande également l'exigence d'un écart d'âge minimum entre l'adopté et les adoptants. Ces derniers étant appelés à exercer leur droit d'autorité parentale sur l'adopté, ils doivent inspirer un certain respect pour pouvoir jouer pleinement leur rôle de

---

<sup>488</sup> L'art. 522, al. 4 du Code malien des personnes et de la famille dispose : " En aucun cas, un homosexuel n'est admis à adopter un enfant sous quelque régime que ce soit".

<sup>489</sup> Article 526, alinéa 1 du Code malien des personnes et de la famille, précité.

<sup>490</sup> La loi malienne, relativement à l'adoption-protection, ne mentionne aucune condition d'âge des adoptants et aucune condition de durée du mariage des époux. Elle exige simplement que le ou les adoptants soient de bonne moralité et aient des revenus suffisants pour pouvoir adopter (Cf., article 526, al. 1 et s., précité)



parent à l'égard de l'adopté. Or, dans l'hypothèse où l'adopté et les adoptants seraient de même génération, le risque d'un échec du lien d'adoption serait fortement présent. En revanche, le développement de l'enfant peut pâtir d'un modèle parental trop âgé surtout en cas de disparition précoce des adoptants. Ainsi, les motivations des personnes qui envisagent tardivement l'adoption doivent être examinées avec prudence, car elles peuvent se fonder principalement, de façon trop égocentrique, sur une peur de la solitude et de la mort, ou une recherche de sens à une vie qui s'écoule.

**350 - Une exception pour l'adoption des enfants " à besoins spéciaux "**. Néanmoins en la matière, la souplesse législative semble nécessaire, car l'adoption par des parents plus âgés mais expérimentés, particulièrement au sein d'une fratrie nombreuse, peut présenter des avantages pour l'adopté, voire représenter sa seule chance d'intégration familiale, notamment s'il s'agit d'un enfant « à besoins spéciaux »<sup>491</sup>.

**351 - Proposition d'introduction d'article.** " L'adoptant seul, ou l'un des époux, en cas d'adoption conjointe doit être âgé d'au moins 10 ans de plus et d'au maximum 55 ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Toutefois, cette limite d'âge ne sera pas appliquée en cas d'adoption d'enfant " à besoins spéciaux ".

**352 - Le difficile accès à l'adoption-protection par un homme célibataire.** L'adoption-protection par une famille monoparentale, c'est-à-dire l'adoption individuelle, est soit le fait d'un conjoint qui adopte l'enfant de son conjoint, soit d'un célibataire ou d'un divorcé. A cet égard, la position du législateur malien est claire. En s'inspirant des valeurs traditionnelles maliennes, il offre la possibilité à toute personne majeure de recueillir un ou plusieurs enfants mineurs en état d'abandon matériel ou moral ou qui lui sont simplement remis par les parents (article 526 du Code des personnes et de la famille du Mali).

**353 - Position de la jurisprudence.** L'examen de la jurisprudence malienne en matière d'adoption protection individuelle est éclairant<sup>492</sup>. L'accès à l'adoption-protection individuelle est toutefois rigoureusement encadré. Le législateur malien reproduit le préjugé selon lequel un adoptant seul serait un potentiel pédophile ou homosexuel. En conséquence, en plus de la

---

<sup>491</sup> Voir en ce sens, LAMMERANT (I.), op. cit., p. 173, n° 146.

<sup>492</sup> Tribunal de première instance de la commune V du District de Bamako ; Audience du 04 août 2008, affaire Mme X /c la DNPEF, N° 1185/RG ; N° 1184/RC ; N° 705/JGT ; Voir également adoption protection par une femme, jugement N° 287/JGT du 14 mai 2007, affaire Mme Y/c DNPEF ; Voir ensuite l'adoption protection conjointe, jugement N°420/JGT du 10 juillet 2006, affaire les époux M et F /C DNPEF ; Voir enfin adoption protection par un homme seul, jugement N°264/JGT du 23/6/2008, affaire M. R /c DNPEF

réunion des conditions d'aptitude exigées des adoptants : la bonne moralité et le revenu suffisant, le législateur a introduit deux restrictions fondées sur le respect des mœurs maliennes. Il s'agit de l'impossibilité pour un homme célibataire d'adopter non seulement un enfant de sexe féminin mais aussi, un enfant de sexe masculin âgé de moins de 13 ans. Sur ce point, il convient de reconnaître que, réalisée par un homme célibataire, l'adoption-protection ne peut aboutir qu'à la formation de liens d'adoption « tronqués ». A ce sujet, un auteur a justement souligné que « dans les cas les plus extrêmes, on en viendra à soupçonner les mobiles *qu'inspire une requête individuelle, le risque de détournement pour consolider une liaison homosexuelle* »<sup>493</sup>.

**354 - Notre position.** Mis à part ces risques, qui justifient d'ailleurs la prudence du législateur, l'interdiction pure et simple de l'adoption-protection par une seule personne desservirait l'intérêt d'un certain nombre de mineurs qui, soit ont déjà établi des relations affectives importantes avec une personne souhaitant ensuite les adopter, soit sont moins susceptibles, en raison de leurs « besoins spéciaux » de rencontrer le projet adoptif d'un couple. La souplesse législative manifestée par le Mali trouve donc toute sa justification dans le respect de l'intérêt de l'enfant en cette matière.

**355 - La fermeture de l'adoption-protection aux homosexuelles.** L'article 522, in fine du Code malien des personnes et de la famille dispose que : " *En aucun cas, un homosexuel n'est admis à adopter un enfant sous quelque régime que ce soit* ". En prévoyant cette disposition, le législateur malien ne souhaite pas jeter l'opprobre sur un mode de vie, mais il a voulu tenir compte du devenir de l'intérêt de l'enfant au regard des mœurs maliennes. En effet, le regard généralement désapprouvateur porté par l'opinion publique locale sur la formation en cette hypothèse d'un lien d'adoption-protection risque d'altérer l'épanouissement de l'enfant.

**356 - L'attention manifestée à l'intérêt des enfants abandonnés.** L'analyse d'un certain nombre de dispositions démontre que le législateur, en libéralisant l'adoption-protection, semblait être plus préoccupé par le phénomène des abandons d'enfants. Ainsi, la possibilité de prononcer une adoption-protection en présence d'enfants légitimes ou adoptifs, en constitue une illustration parfaite.

**357 - La possibilité de prononcer une adoption-protection en présence d'enfants légitimes ou d'autres enfants adoptifs.** En admettant l'adoption-protection en présence

---

<sup>493</sup> BOULANGER (F.), op.cit. p. 46, n°39.

d'autres enfants, le législateur semble ne pas tenir compte du risque de conflit entre enfants de filiation différente. Et on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir si l'adoption, en présence d'enfants légitimes, n'est pas une source de troubles psychologiques pour l'adopté. Il faut avoir à l'esprit que, même dans la quiétude d'un foyer ne comprenant que des enfants légitimes, la naissance d'un frère ou d'une sœur peut être mal vécue par l'enfant, comment ne pas craindre que les enfants légitimes ressentent comme une intrusion intolérable l'arrivée du jeune adopté?

**358 - L'objectif du législateur.** Le législateur malien a avant tout voulu procurer au plus grand nombre d'enfants abandonnés une famille. Ce faisant, il semble donc qu'il ait été beaucoup plus sensible à l'intérêt des enfants abandonnés. D'autant que s'y ajoute, dans une proportion non négligeable, la prise en considération de l'intérêt de l'adoptant. A cet égard, les études sociologiques sur les motivations de l'adoption, avant sa consécration légale, révèlent que l'adoption était notamment pratiquée – en dehors de l'esprit philanthropique – par des couples qui avaient déjà des enfants légitimes, soit pour en avoir un de plus (c'est une béquille pour les vieux jours), soit pour diversifier les sexes (surtout pour les couples n'ayant pas ou ayant peu d'enfants de sexe masculin). Toutefois, si l'adoption en présence d'enfant légitime ou d'enfant adoptif ne paraît pas souhaitable en Occident où il existe une conception restrictive de la famille, dans les contextes malien et sénégalais, en revanche, l'adoption en présence d'enfants légitimes de l'adoptant s'accommode bien avec les réalités de ces deux pays. En effet, dans ces pays, les populations ont une conception assez large de la famille et de la parenté. Ce qui justifie légitimement l'attitude du législateur malien sur ce sujet.

**359 - L'adoptabilité soumise à un choix familial.** De façon générale, l'adoptabilité d'un enfant peut être définie comme la situation dans laquelle l'enfant remplit les conditions légales pour être adopté. Ces conditions sont relatives d'une part, au consentement de l'enfant et de ses père et mère ou, à défaut, le consentement des personnes habilités à consentir à l'adoption et d'autre part, à l'âge de l'enfant. De façon spécifique, l'adoptabilité de l'enfant, pour l'adoption-protection, dépend tout d'abord des parents par le sang. Ces derniers expriment leur choix lors de leur consentement à l'adoption de l'enfant<sup>494</sup>. Lorsque les parents par le sang n'existent pas – qu'ils soient inconnus ou qu'ils aient disparu ou qu'ils soient l'un et l'autre, dans l'impossibilité de manifester leur volonté, c'est à la personne ou l'institution

---

<sup>494</sup> V. Article 528, al. 1 qui dispose que « Les père et mère de l'adopté ou l'un des deux si l'autre est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, doivent y consentir personnellement, sauf à produire un acte authentique ou un acte légalisé constatant ce consentement ».

qui assure la garde de l'enfant ou du conseil de famille que revient le pouvoir de consentir à l'adoption-protection de l'enfant<sup>495</sup>.

**360 - Un choix des parents biologiques.** L'adoptabilité de l'enfant, en matière d'adoption-protection, dépend ainsi du libre choix prioritaire des parents biologiques de l'enfant contrairement à l'adoptabilité dans l'adoption filiation où l'enfant est supposé être sans parent. La reconnaissance de cette primauté en faveur des parents biologiques dans l'adoptabilité de l'enfant est une démarche valorisante dans la procédure de l'adoption-protection. Elle permet en effet, de poser une certaine subsidiarité du consentement des personnes ou institutions gardiennes de l'enfant par rapport au consentement parental dans la manière de rendre l'enfant adoptable<sup>496</sup>. Le consentement ainsi exprimé par les parents biologiques de l'enfant les dépossède de l'exercice de leur droit d'autorité parentale au profit des nouveaux parents de l'enfant. Si ce consentement parental à l'adoption de leur enfant a pu être qualifié par certains comme une « interruption volontaire de parenté »<sup>497</sup>, cette qualification ne se justifie pas dans l'hypothèse de l'adoption-protection malienne car, si le consentement donné opère un transfert de l'autorité parentale, il ne remet pas en cause la plénitude du lien de filiation entre l'enfant et ses parents par le sang qui ne se sentent pas concurrencés par les nouveaux parents de leur enfant.

**361 - Un choix fait par l'enfant de plus de treize ans.** Par ailleurs, l'enfant lui-même n'est pas toujours étranger à l'établissement de son projet d'adoptabilité. Le législateur malien, guidé, semble-t-il, par le souci de prendre en compte l'avis de l'enfant, a organisé sa participation au processus d'adoption. Ainsi, lorsque l'enfant est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à son adoption<sup>498</sup>. En consacrant cette disposition, le législateur malien semble rejoindre son homologue français qui, en matière d'adoption simple, écarte l'exigence du seul consentement parental lorsque l'enfant a plus de treize

---

<sup>495</sup> V. Article 528, al. 2 du Code des personnes et de la famille du Mali, qui dispose que « Si l'adopté n'a ni père ni mère, ou si ceux-ci sont inconnus, ou s'ils sont l'un et l'autre dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement de la personne ou de l'institution qui assure la garde de l'enfant est nécessaire et, s'il y a lieu, celui du conseil de famille. ».

<sup>496</sup> V. pour la même idée à propos de l'adoption simple en France, MURAT (P.), note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2000, Dr. fam., 2001, comm. n° 56.

<sup>497</sup> CORNU (G.), Droit civil – La famille, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 429, n° 281.

<sup>498</sup> Cf. Article 527, alinéa 2 du Code malien des personnes et de la famille qui dispose que « Si l'adopté est âgé de plus de 13 ans, il doit consentir personnellement à l'adoption »

ans<sup>499</sup>. En effet, dans cette hypothèse, l'adopté participe à son adoption ; il consent à son adoption simple.

**362 - Un choix subi par l'enfant de moins de treize ans.** Au demeurant, l'interprétation stricte de la loi malienne laisse entrevoir que l'enfant de moins de 13 ans n'a pas son mot à dire dans son propre adoption-protection. Or, il serait souhaitable, au nom de l'intérêt de l'enfant, que l'adopté de moins de treize ans puisse, au-delà des autres consentements requis, consentir également à son adoption ou tout au moins, être auditionné lors du prononcé de l'adoption. Toutefois, ces mesures ne seraient envisageables qu'à la condition que l'enfant soit capable de discernement, c'est-à-dire qu'il soit en mesure d'apprécier lui-même l'opportunité de l'adoption projetée. En procédant de la sorte, le législateur ferait du mineur, le premier juge de son intérêt et de sa protection. Et en cela, on ne voit pas comment mieux protéger le mineur qu'en respectant sa décision<sup>500</sup>.

**363 - Proposition de réécriture de l'article 526, al.3, " *L'adopté de moins de treize ans, capable de discernement doit consentir à son adoption ou tout au moins, être auditionné lors du prononcé de l'adoption. En tout état de cause, le consentement de l'adopté de plus de treize ans est requis* ".**

**364 - Des risques d'instabilité du lien d'adoption et de conflits entre famille adoptive et famille par le sang.** Malgré le formalisme exigé par le législateur quant à la forme du consentement à l'adoption, lequel consentement doit être donné par acte authentique<sup>501</sup>, l'encadrement offert par le législateur, au consentement à l'adoption des parents et de l'enfant présente néanmoins des lacunes concernant les garanties d'un consentement éclairé et ferme. Il serait donc important que le législateur prenne des précautions pour mieux protéger ce consentement. En effet, le vice du consentement donné par les parents par le sang peut engendrer des conflits entre parents d'origine et parents adoptifs. Ainsi, les parents de l'adopté peuvent être enclins à rétracter leur consentement pour des motifs plus ou moins avouables.

Ils peuvent avoir consenti à l'adoption par affection pour l'enfant, ce qui est généralement le cas au Mali, afin que celui-ci trouve un foyer d'accueil, une prise en charge affective et matérielle que leur extrême dénuement ne leur permet pas de lui donner. Revenant par la suite

---

<sup>499</sup> Cf. article 360 alinéa 4 du Code civil français.

<sup>500</sup> Cf. MOREAU (Th.), *L'autonomie du mineur en justice*, in « *L'autonomie du mineur* », ss. dir. JADOUL (P.), SAMBON (J.), VAN KEIRSBLICK (B.) FUSL, 1998, p. 161 et s., spéc. P. 191 (droit belge).

<sup>501</sup> Cf. Article 528, al. 1, du Code malien des personnes et de la famille, précité.

à meilleure fortune, ils peuvent être tentés de revenir sur leur consentement à l'adoption et reprendre l'enfant.

Mais parfois la volonté de rétractation des parents de l'adopté peut répondre à des préoccupations beaucoup moins nobles : la famille d'origine que l'appât du gain avait conduit à céder l'enfant, peut chercher à le récupérer dès lors que l'adopté est devenue " rentable ". Dans ce cas, il s'agit moins pour les parents d'origine de retrouver une affection dont ils s'étaient volontairement privés que d'opérer un véritable chantage affectif.

**365 - Proposition d'introduction d'article.** "Le consentement à l'adoption-protection est donné par acte authentique devant le tribunal civil du domicile ou de la résidence de la personne qui consent, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires maliens/sénégalais à l'étranger. Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant 6 mois et il est donné avis de cette possibilité par l'autorité qui le reçoit à celui qui l'exprime. Mention de cet avis est portée à l'acte. *La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à l'autorité qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande, même verbale, vaut également preuve de la rétractation. Si à l'expiration du délai de 6 mois le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption, ou que la requête aux fins d'adoption n'ait pas encore été déposée. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le Président du Tribunal civil compétent qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement donné à l'adoption*".

Quelle que soient donc les motivations des parents de l'adopté, les parents adoptifs sont atteints dans leur affection si la rétractation des parents d'origine aboutit.

**366 - La nécessaire imposition d'un délai de rétractation de consentement à l'adoption.**

Devant ce risque de nature à rendre la situation de l'adoptant relativement précaire, il serait nécessaire pour le législateur malien d'imposer aux parents par le sang un délai pour leur permettre de revenir sur leur consentement. L'établissement d'un délai raisonnable serait dès lors souhaitable pour éviter de prolonger la période d'instabilité qui en résulte et pour l'enfant<sup>502</sup> et pour l'adoptant. Sous réserve de la prise en compte souhaitable de ces quelques aménagements proposés afin d'améliorer l'adoptabilité de l'enfant sous l'option familiale, il

---

<sup>502</sup> Cf. en ce sens, PRUVOST (L.), « *L'établissement de la filiation en droit tunisien* », Thèse dact., Paris II, 1977, p. 446.

conviendrait de s'interroger à présent sur les conditions dans lesquelles l'adoptabilité de l'enfant est soumise au contrôle judiciaire.

**367 - L'adoptabilité soumise à un contrôle judiciaire.** La procédure d'adoption est gracieuse, c'est-à-dire que le tribunal ne tranche pas un litige entre les candidats à l'adoption et les parents d'origine mais opère plutôt un contrôle de légalité et d'opportunité de l'adoption envisagée. Par conséquent, à ce stade ultime du processus adoptif, les futurs adoptants sont définitivement mis en position de force par rapport à la famille par le sang absente de la procédure. Il est vrai qu'ils ont déjà donné leur consentement à l'adoption et en plus, l'enfant est représenté par la Direction Nationale de la Promotion de l'Enfance<sup>503</sup>. Mais en réalité, le seul contradicteur possible demeure le Ministère public qui défend l'intérêt de l'enfant. A l'issue de l'instance en adoption, le tribunal prononce un jugement qui peut faire l'objet de voies de recours.

Au Mali le tribunal compétent pour connaître de l'action en demande d'adoption est le tribunal civil du domicile du demandeur. L'alinéa 2 de l'article 523 précise que l'adoption doit résulter d'une décision du Tribunal civil et que la demande d'adoption nationale est adressée aux services chargés de la promotion de l'Enfance.

**368 - Le pouvoir du juge.** Contrairement à la procédure d'adoption, le pouvoir du juge en matière d'adoptabilité se limite, en droit positif malien, à la seule constatation de l'abandon de l'enfant<sup>504</sup>, lequel abandon peut dépendre de l'état d'abandon de l'enfant ou du comportement des parents à travers un acte de remise volontaire de l'enfant à l'adoptant. L'adoption-protection est établie par un jugement<sup>505</sup>. La procédure du jugement d'adoption est brièvement rappelée à l'article sus évoqué. Dans cette procédure, il apparaît deux points essentiels : la

---

<sup>503</sup> Il s'agit de l'institution malienne chargée des adoptions nationales.

<sup>504</sup> Cf. sur ce point à l'article 526, alinéa 1 du Code malien des personnes et de la famille, précité.

<sup>505</sup> V. Article 523, alinéa 2 et suivants « Elle doit résulter d'une décision du Tribunal civil.

La demande d'adoption est adressée soit aux services chargés de la promotion de l'Enfance, en cas d'adoption au plan interne ; soit à l'Autorité Centrale chargée de la mise en œuvre de l'adoption internationale, en cas d'adoption internationale.

Après enquête, ces services ou l'Autorité centrale saisit le Tribunal civil compétent.

Le jugement est rendu en audience publique, après débats en chambre du conseil, le Ministère Public entendu ; et en présence de l'adoptant et celle du représentant du service chargé de la promotion de l'enfance.

Le service chargé de la promotion de l'enfance est partie à tout jugement d'adoption. En cette qualité, il peut exercer toute voie de recours. ».

mission confiée au juge et les voies de recours aménagées contre la décision du tribunal. Ainsi, le tribunal est investi non seulement d'un contrôle de légalité – il vérifie que les conditions légales sont remplies – mais aussi d'un contrôle d'opportunité centré sur l'intérêt de l'enfant, critère fondamental – il a un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter la requête. Le jugement prononçant l'adoption n'a pas à être motivé, seul le refus d'adoption doit l'être. Cependant, dans la pratique, le juge malien motive sa décision, quelque soit l'issue réservée à la requête. C'est ainsi que dans une affaire impliquant la requérante (une Malienne) et la Direction Nationale de la Promotion de l'Enfant et de la Famille (DNPEF) à propos de l'adoption du neveu de la requérante, le juge a prononcé l'adoption au motif que la requérante avait de justes motifs pour solliciter l'adoption, que cette mesure présentait des avantages certains pour l'enfant dans la mesure où elle lui permettra de bénéficier d'un entretien adéquat<sup>506</sup>.

Le jugement d'adoption-protection est sans effet sur les attributs de la personne de l'adopté, excepté le domicile légal<sup>507</sup>.

**369 - La démarche du législateur.** Le législateur malien, en posant ces différentes conditions de l'adoption-protection a souhaité rendre cette institution facilement accessible à un plus grand nombre d'adoptants et maintenir un équilibre entre la nécessaire sécurisation de l'adoption-protection et la prise en compte des réalités locales en la matière. Mais au delà des conditions sus évoquées, le législateur malien, en vue d'encourager le recours à cette institution originale, a établi des effets de l'adoption-protection qui révèlent toute la singularité de cette institution et son adaptation aux réalités maliennes.

## **B. La manifestation de la singularité en aval du prononcé de l'adoption-protection**

**370 - Des effets de l'adoption-protection en phase avec les réalités maliennes.** La modestie des effets de l'adoption protection se justifie par son caractère révolutionnaire au travers la prise en compte par cette institution, des spécificités locales. En effet, le législateur malien a dénué à l'adoption-protection de tout effet concernant la filiation. Ce qui traduit la volonté du

---

<sup>506</sup> Tribunal de première instance de la commune V du District de Bamako ; Audience du 04 août 2008, affaire Mme x /c la DNPEF, N° 1185/RG ; N° 1184/RC ; N° 705/JGT ;

Voir également adoption protection par une femme, jugement N° 287/JGT du 14 mai 2007, affaire Mme Y/c DNPEF ;

Voir ensuite l'adoption protection conjointe, jugement N°420/JGT du 10 juillet 2006, affaire les époux M et F /C DNPEF ;

Voir enfin adoption protection par un homme seul, jugement N°264/JGT du 23/6/2008, affaire M. R /c DNPEF

<sup>507</sup> Cf. article 532 du Code des personnes et de la famille du Mali.



législateur malien de consacrer un droit qui s'inspire des réalités locales ou qui reflète celles-ci. Aussi, après avoir analysé les effets de l'adoption-protection qui s'accommodent aux réalités locales (1), il conviendrait ensuite de se pencher sur l'absence justifiée de tout lien de filiation entre adopté et adoptant dans l'adoption-protection (2),

## **1. L'adoption-protection, une institution aux effets adaptés aux réalités locales**

**371 - Justifications.** La cohabitation adoption-protection et adoption-filiation au Mali n'est pas sans rappeler la distinction, dans les droits français et sénégalais, entre adoption simple et adoption plénière, même si les différences sont nombreuses. Aussi, l'originalité de la loi malienne réside-t-elle surtout dans les effets de l'adoption-protection. Ils ont été établis sur la base d'un équilibre entre la prise en compte du besoin de modernité et de celle de la pratique coutumière de l'institution au Mali. Cet équilibre est perceptible à l'analyse de certains effets de l'adoption-protection qui sont patrimoniaux (a) comme extrapatrimoniaux (b).

### **a.) Les effets patrimoniaux révélateurs de l'équilibre entre tradition et modernité**

**372 - Deux principaux effets.** Les effets patrimoniaux de l'adoption ont trait essentiellement à l'obligation alimentaire réciproque entre adoptant et adopté et aux droits successoraux résultant du lien d'adoption.

**373 - Une exigence légitime de l'obligation alimentaire réciproque.** Le fait que l'adoption-protection d'un enfant n'entraîne aucune modification du lien filial conduit à maintenir tant l'obligation alimentaire que les empêchements à mariage et les droits successoraux à l'égard de la famille d'origine. Cependant, cette obligation alimentaire des père et mère de l'adopté prend un caractère subsidiaire par rapport à celle de l'adoptant. Les aliments ne sont dus, en effet, par les parents par le sang qu'en cas de défaut de l'adoptant.

L'article 561 alinéa 3 du Code malien des personnes et de la famille dispose que « *l'existence d'une obligation alimentaire suppose, d'une part, un lien de parenté ou d'alliance et d'autre part, deux personnes au moins, l'une dans le besoin, l'autre disposant de ressources suffisantes pour y faire face. L'obligation alimentaire est réciproque.* » De cette disposition, en dehors du caractère réciproque qui est expressément affirmé, nous pouvons déduire que l'existence de l'obligation alimentaire exige trois conditions.

**374 - Un lien de parenté doit exister entre créancier et débiteur d'aliment.** Il faut entendre ici un lien de parenté adoptive (bien qu'elle puisse concerner d'autres catégories de parenté).

Or nous savons que la parenté adoptive résulte de la filiation adoptive. Dans le cas qui nous intéresse ici, il ne peut exister d'obligation alimentaire que s'il existe entre le créancier et le débiteur d'aliments un lien de parenté adoptive. Le législateur malien, en utilisant l'expression parenté adoptive, ne fait pas de distinction entre adoption-filiation et adoption-protection. Donc l'expression « parenté adoptive » s'applique tant à la première forme d'adoption qu'à la seconde. En raison du caractère réciproque de l'obligation le créancier d'aliment peut être le ou les adoptants et le débiteur l'adopté et vice versa. De toute façon, l'obligation alimentaire ne pourrait exister en dehors de ce cercle familial.

**375 - Le créancier doit se trouver dans le besoin.** Que doit-on entendre par « être dans le besoin » ? Si on se réfère à l'article 561 alinéa 2 du code malien qui détermine ce que le débiteur doit fournir au créancier, on peut dire qu'être dans le besoin signifie n'avoir pas les moyens de se nourrir, de se loger, de se vêtir et de se soigner. Le problème qui pourrait se poser serait de savoir si tous ces besoins doivent exister cumulativement. La réponse positive semble s'imposer. C'est peut être pourquoi certains disent que le créancier doit être dans un état d'indigence. Mais cette réponse de principe doit être reçue avec prudence car les besoins peuvent différer d'un individu à l'autre. Il faut laisser au juge le pouvoir d'apprécier dans chaque cas.

**376 - Le débiteur doit avoir des ressources.** Il ne faut pas croire que le débiteur virtuel sera obligatoirement condamné à verser des aliments au créancier. Le législateur lui-même estime que le débiteur doit disposer de ressources suffisantes. Cela signifie que le débiteur virtuel ne sera amené à verser des aliments que s'il a des ressources pouvant le faire vivre avec sa famille et pouvant faire vivre une autre personne en plus.

**377 - Remarques.** Dans l'adoption protection, l'enfant bénéficie de l'obligation alimentaire comme les enfants légitimes et réciproquement il est tenu à cette même obligation vis-à-vis des adoptants, et même vis-à-vis des ascendants de l'adoptant réciproquement. Cette obligation alimentaire réglementée par la loi<sup>508</sup>, est une obligation civile dont le non respect est sanctionné par le droit.

S'agissant des droits successoraux, le législateur malien limite le bénéfice de ces droits successoraux aux adoptions-filiations, excluant ainsi les enfants faisant objet d'une adoption-

---

<sup>508</sup> Voir Article 531 du Code malien des personnes et de la famille qui dispose que « L'adopté doit des aliments à l'adoptant lorsque celui-ci se trouve dans le besoin. ».

protection de la possibilité de pouvoir succéder à leurs parents adoptifs<sup>509</sup>. Il y a une limite à la reconnaissance des droits successoraux résultant de l'adoption légale.

**378 - Une méconnaissance justifiée des droits successoraux résultant de l'adoption-protection.** En général, les droits successoraux qui résultent de l'adoption légale, sont dans une grande mesure, subordonnés au système successoral en place. Ainsi, les systèmes inspirés du droit musulman n'organisent pas les rapports successoraux dans la relation adoptive. Au contraire, les systèmes dits « modernes » et inspirés du droit français réglementent les conséquences successorales de l'adoption. Aussi, dans le souci de concilier les réalités socioculturelles et l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur malien a-t-il opté pour une solution intermédiaire. Ainsi, il fait coexister les systèmes de droit « moderne » et de droit « musulman ». Ce qui justifie à notre sens, cette limite à la pleine jouissance pour l'enfant du droit d'hériter de ses parents adoptifs. Ainsi, contrairement à l'adoption filiation, le législateur malien ne reconnaît aucun effet successoral à l'adoption-protection qui, il faut le rappeler, ne crée pas de lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté<sup>510</sup>. Cependant, à l'instar de la législation française, en droit positif malien l'adoption filiation possède des effets juridiques vigoureux conférant à l'adopté le bénéfice des droits successoraux non seulement à l'égard de l'adoptant mais aussi vis à vis des membres de la famille de ce dernier. L'adopté acquiert en même temps la qualité d'héritier réservataire de l'adoptant et de ses ascendants et réciproquement si l'adopté pré décédait ne laissant aucun enfant pour recueillir sa succession celle-ci sera partagée comme dans le cas d'un enfant par le sang tant en droit positif français qu'en droit positif malien<sup>511</sup>.

**b). Les effets extrapatrimoniaux révélateurs de l'équilibre entre tradition et modernité**

**379 - Les principaux effets extrapatrimoniaux.** Les effets extrapatrimoniaux de l'adoption-protection sont nombreux. Cependant, seuls, l'absence de rupture avec la famille par le sang et l'exercice de l'autorité parentale seront abordés<sup>512</sup>.

---

<sup>509</sup> Article 533 du Code malien des personnes et de la famille dispose que « l'adoption- protection n'ouvre droit à la succession que dans les conditions prévues au présent code relatif aux successions ».

<sup>510</sup> V. Article 533 du Code malien des personnes et de la famille qui dispose que « L'adoption- protection n'ouvre droit à la succession que dans les conditions prévues au présent code relatif aux successions ».

<sup>511</sup> V. Article 541 du Code malien des personnes et de la famille qui dispose que « La filiation adoptive créée entre l'adoptant et l'adopté les mêmes droits et obligations que ceux résultant de la filiation légitime ».

<sup>512</sup> La révocabilité de l'adoption-protection ne présentant pas d'originalité car calquée sur le modèle français de l'adoption simple, elle ne sera pas abordée ici. En revanche, on peut retenir que cette forme d'adoption demeure

**380 - L'absence raisonnable de rupture avec la famille par le sang.** L'adoption, quelle que soit sa forme, fait naître un nouveau lien de famille : le lien d'adoption. Ce lien peut avoir des conséquences plus ou moins graves selon qu'il s'agisse de l'adoption avec rupture totale de tout lien entre l'adopté et sa famille d'origine (adoption plénière, adoption filiation), ou de l'adoption sans rupture de tout lien entre l'adopté et sa famille par le sang (adoption-protection). Ainsi, dans le premier cas<sup>513</sup> l'adoption présente des effets absolus. Elle ne se borne pas à relier l'adopté à l'adoptant par un rapport individuel ; elle le fait entrer dans la famille de l'adoptant, dans les deux familles des adoptants, s'il y a adoption conjugale. L'adopté va, comme s'il était né de la nature, devenir un parent pour les parents de l'adoptant, avec les droits et devoirs, avec les vocations successorales correspondantes. La famille de l'adoptant n'a aucun moyen d'écarter ce « parent imprévu ». Dans le deuxième cas<sup>514</sup>, l'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires. A titre d'illustration, l'article 34, alinéa 2 du code malien des personnes et de la famille dispose que : « *L'enfant conserve sa filiation d'origine en cas d'adoption protection.* »

**381 - Conséquences.** Cette adoption-protection opère un transfert de l'autorité parentale et de la résidence de l'enfant en faveur de l'adoptant, crée une obligation alimentaire réciproque ; elle n'a pas pour effet de lui conférer, selon quelques modalités que ce soit, le nom de l'adoptant.

Une fois le lien de famille créé, un effet extrapatrimonial naît : il s'agit de l'exercice de l'autorité parentale. Autrement dit, ce pouvoir de contrôle des parents sur l'enfant est un corollaire indispensable de la création du lien familial.

**382 - L'exercice légitime de l'autorité parentale.** En cas d'adoption légale (peu importe la forme d'adoption légale), les règles maliennes de l'autorité parentale s'appliquent à l'enfant adopté dans les mêmes conditions que pour les enfants légitimes. A cet effet, l'adoptant est investi de toute la formation parentale : il en a tous les droits, mais en assure aussi toutes les charges. L'autorité parentale sur l'enfant est transférée à l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, l'autorité parentale leur appartient conjointement et s'exerce comme pour les

---

révocable à tout moment dans l'intérêt de l'enfant ou pour des motifs graves (cf. art. 535 du Code malien des personnes et de la famille). Et l'action en révocation est ouverte à toutes les parties ayant pris part au jugement d'adoption. Cependant, l'adopté qui en demande doit être âgé d'au moins quinze ans (V. article 536 du Code malien des personnes et de la famille).

<sup>513</sup> Il s'agit là de l'adoption plénière équivalente de l'adoption filiation malienne.

<sup>514</sup> Il s'agit là de l'adoption limitée du Sénégal et de l'adoption-protection malienne.

enfants légitimes.<sup>515</sup> Cette autorité parentale n'est exercée que dans l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi, la personne qui l'exerce est tenue d'entretenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation, d'assurer la garde de l'enfant.

Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté<sup>516</sup>.

## 2. L'absence de lien de filiation

**383 - Le critère essentiel de la singularité de l'adoption-protection.** D'après le Code malien des personnes et de la famille, l'adoption- protection est sans effet sur les attributs de la personne de l'adopté, excepté le domicile légal<sup>517</sup>. Ainsi, la loi malienne met en lumière le lien affectif qui semble bien prévaloir dans les rapports entre adoptant et adopté, sans création d'un nouveau lien de filiation.

**384 - Une conception de l'adoption différente de celle occidentale.** Selon la conception occidentale, la création d'un lien de filiation est de l'essence même de l'adoption. Cependant, au Mali, l'adoption-protection ne crée pas un tel lien. De sorte qu'un auteur<sup>518</sup> a pu dire, concernant cette forme d'adoption malienne, qu'elle « relève dans son essence de la parentalité » et non de la parenté. Evoquant la nécessité, en France, de l'existence d'une adoption créatrice de liens de filiation, Bonaparte soulignait que « *si l'adoption ne doit pas faire naître entre adoptant et adopté les affections et les sentiments de père et fils, et devenir une imitation parfaite de la nature, il est inutile de l'établir* »<sup>519</sup>.

Cependant, le législateur malien, en consacrant une adoption-protection sans création de lien de filiation, semble vouloir adapter le droit aux réalités maliennes et éviter que des parents biologiques puissent volontairement décider de modifier l'état de leur enfant en consentant à

---

<sup>515</sup> Cf. pour le Mali, l'article 573 du code des personnes et de la famille qui dispose que : « L'autorité parentale sur l'enfant adopté s'exerce soit, par l'adoptant seul, soit par les adoptants en commun. »; pour le Sénégal, article 282 du Code de la Famille qui dispose que « La puissance paternelle sur l'enfant adopté appartient à l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, la puissance paternelle leur appartient conjointement et s'exerce comme pour les enfants légitimes.

<sup>516</sup> D'après l'article 530 du Code malien des personnes et de la famille, « Les droits relevant de l'autorité parentale tels que réglés par le présent code sont exercés par le ou les adoptants dans les mêmes conditions qu'à l'égard de l'enfant légitime. Les règles de la tutelle de l'enfant légitime s'appliquent à l'enfant adopté. ».

<sup>517</sup> Article 532 du Code des personnes et de la famille du Mali.

<sup>518</sup> FARGE (M.), Dr. fam. - Mars 2011 - n° 3.

<sup>519</sup> MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), Leçon de droit civil, t. III, La famille : 7<sup>ème</sup> éd., cité par LEVENEUR (L.), Montchrestien, 1995, p. 449.

son adoption<sup>520</sup>. Il y a là une conception très stricte du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

**385 - Une conception partagée par une partie de la doctrine française.** En France, les opinions divergent sur la question du consentement des parents biologiques à l'adoption de leur enfant. Ainsi, certains auteurs ont critiqué l'attitude du législateur qui admet la possibilité pour des parents biologiques de consentir à l'adoption de leur enfant. L'adoption, quelle que soit sa forme, étant créatrice d'un lien de filiation dans ce pays. A ce propos, un auteur a souligné, avec justesse, qu'en pareille hypothèse, l'adoption reposerait sur « *le postulat (...) que les liens de famille sont amovibles par abdication et transfert* »<sup>521</sup>. A ce titre, elle contreviendrait au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes<sup>522</sup>.

D'autres auteurs<sup>523</sup> sont allés jusqu'à s'interroger sur une possible assimilation de l'adoption à une convention de cession d'enfant dénoncée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991<sup>524</sup>. Pour autant, ce débat ne doit pas devenir un obstacle au recueil du consentement des parents à l'adoption simple ou plénière de leur enfant. Le Professeur CORNU rappelle ainsi que « cette interruption volontaire de la parenté est contre nature, mais (que), parfois, la nécessité fait loi »<sup>525</sup>.

**386 - Une autre manifestation de la singularité de l'adoption-protection.** L'existence dans le droit malien, de règles inspirées à la fois des traditions maliennes, du droit islamique et du droit français peut, a priori, nous conduire à faire une analyse superficielle et hâtive et de conclure à l'existence d'un pluralisme juridique en matière d'adoption-protection au Mali. Mais, une réflexion de fond sur la méthode utilisée par le législateur malien nous appelle à une attitude de prudence face à l'affirmation d'un droit de l'adoption-protection qui serait pluriel.

---

<sup>520</sup> C'est peut-être la raison pour laquelle au Mali, le prononcé de l'adoption-filiation n'est possible que si et seulement si les parents de l'enfant n'existent pas ou sont inconnus.

<sup>521</sup> CARBONNIER (J.), Droit civil – La famille, l'enfant, le couple, PUF, Thémis, droit privé, t. 2, 21<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 366.

<sup>522</sup> Ce principe est posé à l'article 311-19 du Code civil, qui prévoit que « les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet d'une renonciation ».

<sup>523</sup> MONREDON (E.), L'adoption aujourd'hui, J.C.P 1992 I 3607, n° 43.

<sup>524</sup> Dans cet arrêt de principe (D. 1991. 417, rapport CHARTIER (Y.), note THOUNEVIN (D.), l'Assemblée plénière avait considéré que « la convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

<sup>525</sup> CORNU (G.), op.cit., p. 429, n° 281.

## **Paragraphe 2. L'adoption-protection, une manifestation du pluralisme juridique ?**

**387 - Une institution ambivalente.** Défini par le Doyen CARBONNIER, le pluralisme juridique peut être considéré comme une constatation selon laquelle "la diversité a envahi le milieu juridique"<sup>526</sup>. Défini ainsi, peut-on parler de pluralisme dans le droit de l'adoption-protection au Mali ? La réponse à cette question est à la fois affirmative et négative. Une réponse affirmative s'impose lorsque que l'adoption-protection est analysée globalement par rapport au droit de l'adoption au Mali. En revanche, une réponse négative s'impose lorsque l'adoption-protection est analysée isolément. En conséquence, il convient de souligner que l'adoption-protection s'inscrit à la fois dans le pluralisme juridique dans la mesure où elle coexiste avec l'adoption-filiation et laisse un droit d'option aux candidats pour l'une ou l'autre forme d'adoption (A) et dans le syncrétisme juridique dans la mesure où l'adoption-protection en elle-même ne fait pas coexister deux régimes juridiques différents pour lesquels les candidats auraient un droit d'option (B).

### **A. L'adoption-protection comme manifestation du pluralisme juridique**

**388 - Coexistence de l'adoption protection et de l'adoption filiation.** Le Mali est un pays pluraliste composé de diverses ethnies, de diverses langues et de diverses religions, bien que l'Islam soit celle de la majeure partie de la population. Confronté à cette réalité, le législateur malien a voulu ménager les sensibilités et les croyances de chacun en élaborant un droit de l'adoption applicable à tous. Ainsi, deux formes d'adoption, dont les régimes juridiques diffèrent, ont été créées. L'une, inspirée de l'adoption plénière du droit français, s'appelle "adoption-filiation", et l'autre, inspirée du droit traditionnel coutumier, s'appelle "adoption-protection". Dès lors, le caractère pluraliste de l'adoption-protection se manifeste à la fois par la prise en compte de la diversité malienne et par l'existence d'un droit d'option entre l'adoption-protection et l'adoption-filiation. Après une analyse générale du concept de pluralisme juridique (1), il conviendra de se pencher sur les manifestations concrètes du caractère pluraliste de l'adoption-protection (2)

---

<sup>526</sup> CARBONNIER (J.), "Flexible droit" - Paris-LGDJ, 1983, pp. 16 et s., du même auteur., cf. "Sociologie juridique" - P.U.F. - Paris 1978, pp. 210 et s. Une telle observation est relativement récente. Elle apparaît avec l'évènement des théories sociologiques du droit, au début du 20<sup>e</sup> siècle.

## 1. Analyse du concept de pluralisme juridique

**389 - Origine du pluralisme juridique.** Le pluralisme juridique est un courant théorique dissident né à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle en réaction contre le monisme étatique, courant théorique dominant qui voyait dans l'Etat l'unique source du droit<sup>527</sup>. Dans les faits, le pluralisme remonte à l'Antiquité, et, en Amérique où la philosophie lui fit un tel accueil, les pères fondateurs en avaient fait, comme le montre le Professeur ZOLLER, le fondement même de l'Etat<sup>528</sup>. Ils avaient la hantise d'une monopolisation du pouvoir par une instance étatique unique. Ils entendaient créer des garde-fous puissants pour contrer la possibilité même d'un droit majoritairement moniste. Aujourd'hui, les phénomènes appelant une réflexion sur le pluralisme ne dérivent plus seulement de la menace d'un fait majoritaire univoque, mais à l'inverse, ce serait plutôt l'impact de la mondialisation, la poussée des minorités, et, en Afrique, la multiplication des sources normatives liées à la colonisation et l'intrusion du religieux.

**390 - Illustrations.** Les exemples classiques de sociétés authentiquement pluralistes en matière juridique sont les sociétés coloniales ou postcoloniales dans lesquelles survécurent nombre de règles indigènes de nature coutumière pour autant qu'elles n'étaient pas contraires à l'ordre public ou à la morale des anciens peuples colonisés, notamment en matière de statut personnel. Cette pratique, aujourd'hui en voie de réduction<sup>529</sup>, permet de qualifier ces systèmes juridiques de pluralistes. En ce sens, la législation malienne relative à l'adoption en est une belle illustration.

**391 - Nature du pluralisme moderne.** Le pluralisme d'aujourd'hui, à la différence de celui du Moyen Âge, est inséparable d'une prise de conscience. Au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques. Cette hypothèse est scientifique, mais, comme le rappelle le Doyen CARBONNIER, elle peut aussi être comprise comme une doctrine de politique législative qui critique le monopole de l'Etat dans la formation du droit et réclame une décentralisation de l'activité légiférante, une multiplication

---

<sup>527</sup> Pour une présentation synthétique complète de la théorie juridique formelle du pluralisme, voir MOUTOUH (H.), « Pluralisme juridique », Dictionnaire de culture juridique, D. Alland & S. Rials (dir.), PUF, 2003, p. 1158-1162.

<sup>528</sup> ZOLLER (E.), « Le Pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État ». Cette propension pluraliste souffre néanmoins quelques exceptions : c'est notamment le cas de Ronald Dworkin qui le récuse en matière de valeurs. Pour lui le droit effectue justement une narration qui a pour résultat de rétablir ou plutôt établir cohérence et intégrité.

<sup>529</sup> ZOLLER (E.), op. cit. ibid.



des sources. On touche ici au point nodal de la problématique du pluralisme - la bipolarité de sa signification, la tension qui lui est inhérente entre le fait et la norme.

**392 - La polysémie de la notion de pluralisme juridique.** Le pluralisme juridique a connu des développements récents, mais il importe avant tout de se prémunir contre les malentendus que risquerait de provoquer, à l'occasion de l'exposition de ces développements, la pluralité des acceptions traditionnellement données à l'expression "pluralisme juridique".

**393 - Le caractère optionnel de systèmes juridiques différents.** Il arrive que l'on caractérise par l'expression "pluralisme juridique" ou par celle de "pluralisme législatif" la législation d'un Etat en tant qu'elle offre aux personnes qui sont soumises à ses dispositions le choix entre plusieurs régimes ayant chacun leurs propres conditions et leurs propres effets. En ce sens, la consécration dans le droit malien de l'adoption-protection et de l'adoption filiation avec des régimes juridiques différents, fait de l'adoption-protection, un exemple de pluralisme.

Au lieu d'un terme descriptif, il peut aussi s'agir d'un terme prescriptif, par lequel on exprime les valeurs que l'on défend ou celles que l'on combat<sup>530</sup>.

**394 - En anthropologie du droit et en sociologie du droit.** L'expression "pluralisme juridique" est généralement employée pour décrire l'état d'une société d'individus vivant sur un même territoire et n'étant pas soumis aux mêmes règles (que celles-ci soient étatiques ou non, et que les règles non étatiques soient reconnues, ignorées ou combattues par l'Etat). Les anthropologues et les sociologues ne s'accordent pas tous pour qualifier de "droit" ce qui n'est ni directement étatique ni étatique par délégation. Mais il y a un accord général entre eux sur cette définition du "pluralisme juridique" par la pluralité des ordres juridiques en vigueur au sein d'une même société établie sur un même territoire, certains individus étant soumis à certaines règles, et d'autres individus à d'autres règles<sup>531</sup>.

---

<sup>530</sup> C'est dans ce dernier sens que ATIAS (CH.) a fustigé la multiplication des façons de former une famille en droit français, sous le nom de « l'idéologie du pluralisme législatif » du droit civil de la famille en France (« Éléments pour une mythologie juridique de notre temps [suite]. Le mythe du pluralisme civil en législation », R.R.J. 1982 p. 244-253)

<sup>531</sup> VANDERLINDEN (J.) (« Le Pluralisme juridique. essai de synthèse », in John Gilissen [dir.], Le Pluralisme juridique, Bruxelles, Éd. de l'univ. de Bruxelles [ULB], 1972, p. 19-56) a beaucoup contribué au succès de cette idée de pluralité et de l'expression par laquelle on décrit la réalité qui y correspond. Malheureusement, cette littérature a souvent, mais pas toujours, le défaut de définir les ordres juridiques non étatiques par référence à l'État et à ne concevoir le pluralisme « qu'au sein d'une même société ». C'est là ce que BELLEY (J-G.) appelle par dérision le « mono-pluralisme juridique ». VANDERLINDEN (J.), en 1993, a présenté une autre version de cette idée, tenant tout entière dans le constat que les individus étaient simultanément soumis à des droits objectifs indépendants les uns des autres. La différence avec la version antérieure est minime puisque l'on n'est passé, on

**395 - En littérature.** Dans une littérature qui relève davantage de la morale politique (spécialement chez Georges GURVITCH), le "pluralisme juridique" est une doctrine qui prône qu'à côté des sources traditionnelles du droit étatique que sont les lois votées par le Parlement et les règlements élaborés par le pouvoir exécutif, on joigne des normes générales émanant d'organisations elles aussi détentrices d'une légitimité politique car, selon les tenants de cette doctrine, "l'Etat n'a le monopole de la représentation de l'intérêt général" (parmi ces normes, il faudrait compter celles qui émanent d'autres "centres générateurs de droits", tels que les (syndicats, coopératives, trusts, usines, églises, services publics décentralisés, unions internationales, administratives, organisation internationale du travail, société des nations, etc.<sup>532</sup>).

**396 - En littérature juridique.** Une quatrième acception a été donnée, ces dernières années (spécialement sous la plume du Professeur DELMAS-MARTY), à l'expression "pluralisme juridique" dans la littérature se rapportant au droit: le caractère d'un droit supra-étatique formé d'obligations stipulées à la charge des Etats parties à une convention laissant une certaine latitude à ceux-ci dans le choix des moyens de tenir leurs engagements, et admettant dès lors une pluralité des observances étatiques. L'idée est au moins aussi ancienne que les directives communautaires ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme. Employer l'expression "pluralisme juridique" pour exprimer cette idée est en revanche une attitude plus récente<sup>533</sup>.

---

le voit, que de la pluralité des transcendances à la pluralité des allégeances. Dans un tel système, les ordres juridiques n'entrent pas en relation, et les effets que l'un accepte ou refuse d'accorder aux normes de l'autre, pour n'être pas conçus, ne peuvent pas être étudiés. V. : VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », in Alain sériaux (dir.), « Le Droit face au pluralisme », R.R.J. 1993 p. 567-642, spéc. 573-583).

<sup>532</sup> On trouvera des précisions sur cette doctrine politique chez l'un de ses plus ardents défenseurs, à qui sont empruntés les mots cités au texte entre guillemets: GURVITCH (G.), discussion sur le rapport de Hugo SINZHEIMER, « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », Ann. Inst. int. phil. dr. 1934.73-81, spéc. p. 80 ; GURVITCH (G.), « théorie pluraliste des sources du droit positif », Ann. Inst. int. phil. dr. 1934, p. 114-131 ; GURVITCH (G.), L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit », Paris, Pedone, 1935, p. 138-152. il s'agit donc d'une doctrine de morale politique portant sur les sources de la légitimité juridique, que Gurvitch a malheureusement tendance à présenter comme une réflexion purement scientifique, où il ne serait question que de « constater des faits normatifs ». On devine l'acrimonie qu'une telle confusion méthodologique a suscitée de la part de Hans Kelsen et surtout d'Alf Ross lorsqu'elle a été commise devant les membres de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique ( Ann. Inst. int. phil. dr. 1934, p. 130)

<sup>533</sup> MIREILLE DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, Paris, seuil, 1994, p. 112, 143-144, 185-186, 193-194, 200, 225 ; MIREILLE DELMAS-MARTY et JEAN-FRANÇOIS COSTE, « Droits de l'homme : logiques non standard », Le Genre humain, n° 33, 1998, p. 135-154 ; LAMBERT (E.), Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de

**397 - Une théorie générale du droit.** Dans un cinquième sens, le pluralisme juridique est une théorie générale du droit, dont le professeur ROMANO a été le plus brillant messenger, et qui procède de l'idée qu'il existe plusieurs ordres juridiques, irréductibles les uns aux autres en général, et irréductibles en particulier aux ordres juridiques étatiques (ou à l'un d'entre eux, ou à un ordre juridique qui leur conférerait à tous une unique juridicité), tous ses ordres juridiques nouant entre eux diverses relations, ou refusant d'en nouer. Cette présentation générale du concept de pluralisme juridique nous sert de tremplin pour expliquer en quoi l'adoption-protection est une institution pluraliste.

## **2. Les manifestations concrètes du caractère pluraliste de l'adoption-protection**

**398 - La prise en compte de la diversité malienne.** L'adoption-protection est bien une manifestation concrète du caractère pluraliste du droit malien et la traduction de la volonté du législateur à tenir compte de la diversité malienne. Conçue essentiellement pour prendre en charge les enfants en difficulté familiale, l'adoption-protection est le fruit d'un compromis entre une majorité de la population, de confession musulmane, non favorable à la conception européenne de l'adoption et une minorité de la population, non musulmane, favorable à l'adoption "à l'occidentale". Ainsi, le compromis trouvé par le législateur malien a été celui de retenir les deux conceptions de l'adoption et de laisser aux candidats le droit d'opter pour l'une ou l'autre forme d'adoption. Toutefois, cette liberté de choix n'est pas illimitée. Elle est strictement encadrée en fonction des critères liés à l'âge de l'enfant, au statut de l'enfant (enfant de parents connus (seule l'adoption-protection est possible) ou enfant abandonné sans parent connu ( adoption-filiation et adoption-protection restent envisageables ) et des critères liés aux candidats à l'adoption telle que la nationalité (adoption-protection ouverte aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers et adoption-filiation qui lui n'est ouverte qu'aux nationaux).

**399 - Le caractère optionnel de l'adoption-protection.** Les candidats maliens à l'adoption bénéficient d'une possibilité d'option entre l'adoption-protection, une institution non créatrice de lien de filiation et l'adoption-filiation, une institution créatrice de lien de filiation. Cette option, qui peut être définie comme la faculté accordée par la loi aux candidats à l'adoption de choisir entre deux régimes juridiques d'adoption, est prévue par l'article 522 du Code malien des personnes et de la famille. Cet article prévoit que " toute personne de bonne vie et de *bonne mœurs établies peut adopter un ou plusieurs enfants, soit pour assurer à ceux-ci*

---

l'homme, th. univ. Robert schuman de strasbourg [1998], Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 45-57, spéc. p. 48 : « la théorie pluraliste ou de l'harmonisation, dont le modèle doit à présent être explicité ».

l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin, soit pour se procurer une postérité.

Dans le premier cas, a lieu "l'adoption- protection" qui renforce ou crée entre l'adoptant et l'adopté des droits et obligations tels que prévus par le présent code.

Dans le second cas, a lieu "l'adoption- filiation" qui institue des liens analogues à ceux résultant de la filiation légitime. (...) ". Le fondement de l'option du droit de l'adoption est tiré de la laïcité c'est-à-dire fondé sur la conception politique de l'Etat.

**400 - La laïcité, fondement du caractère optionnel de l'adoption.** La République du Mali se proclame laïque<sup>534</sup> . Dès lors, toutes les institutions se rattachant à l'Etat sont censées être empreintes du sceau de la laïcité. La famille, et singulièrement l'adoption ne saurait échapper à la règle. Le principe constitutionnel de la laïcité est donc appliqué au droit de l'adoption. A cet égard, le mot religion n'apparaît pas dans les dispositions du Code des personnes et de la famille relatives à l'adoption. En ce sens, il convient de mettre l'accent sur le style de discrétion utilisé par le législateur. Celui-ci, conscient de l'hostilité de certains musulmans à l'adoption filiation, a prévu, à côté de celle-ci, l'adoption-protection qui ne heurte pas les principes de l'Islam. Ainsi, bien que visée à travers la consécration de l'adoption-protection, la référence à la religion dans le Code des personnes et de la famille a été subtilement et expressément ignorée. Cette méthode du législateur est certainement fondée sur l'idée de laïcité qui devait constituer le soubassement de toute la législation familiale.

A l'issue de la présentation ci-dessus faite du concept de pluralisme juridique, il ressort que le caractère pluraliste de l'adoption-protection se justifie par l'existence, dans le droit malien, de deux formes différentes d'adoption et la possibilité offerte par le droit aux citoyens maliens d'opter pour l'une ou l'autre forme dans le strict respect de la loi. Toutefois, l'adoption-protection, analysée de façon isolée, c'est-à-dire, analysée indépendamment de l'adoption-filiation, ne présente pas les traits d'une institution pluraliste. Elle relève plutôt du syncrétisme juridique.

---

<sup>534</sup> Art. 25 de la Constitution de la République du Mali.

## **B. L'adoption-protection comme manifestation du syncrétisme juridique**

**401 - Définition du syncrétisme juridique.** Le syncrétisme juridique est l'option méthodologique en vertu de laquelle le législateur n'écarte a priori aucun modèle qui se présente à lui. Il ne retient en définitive que les aspects qu'il croit satisfaire à ses attentes.

La notion de syncrétisme paraît suffisamment vague et complexe pour recouvrir des phénomènes bien divers: juxtaposition d'éléments culturels issus de plusieurs traditions, réappropriation de traits occidentaux, ou encore fusion. Après avoir justifié le caractère syncrétique de l'adoption-protection (1), il conviendra d'analyser sa portée (2).

### **1. La justification du caractère syncrétique de l'adoption-protection**

**402 - Fondements.** Le syncrétisme du droit malien de l'adoption s'explique par un certain nombre de données (a) et se manifeste par la juxtaposition de deux sources juridiques différentes: l'une inspirée du droit français et l'autre inspirée des traditions maliennes (b).

#### **a. Les données du syncrétisme**

**403 - Le besoin de concilier valeurs sociétales et modernité.** Le syncrétisme est un phénomène présent dans la plupart des pays en développement dans lesquels le droit de l'État est en négociation avec la société civile pour réaliser ses objectifs. Cette dualité génère un nouveau type de droit négocié original, ni étatique ni sociétal, mais juridiquement syncrétique. On constate ainsi que le droit malien reprend, pour l'essentiel, les règles héritées de l'ancienne métropole. Limité dans sa portée opérationnelle, le syncrétisme juridique malien apparaît néanmoins souhaitable, dès lors que toute transposition fidèle des modèles extérieurs rend utopique le renforcement des droits de l'enfant par la seule transposition des pratiques étrangères. La protection des droits de l'enfant ne peut en effet être utilement assurée par le droit que pour autant qu'il s'inscrive dans un ancrage idéologique et culturel largement consensuel. Le syncrétisme juridique malien répondait à la nécessaire conciliation des valeurs et des attentes sociétales profondes avec l'effectivité et l'efficacité du droit positif. Il postulait à cet effet, un processus de réception critique à la mesure de la crédibilité d'un système juridique qui soit porteur d'une logique de valorisation et de développement, plus que d'acculturation et d'enfermement.

**404 - Démonstration.** L'existence d'une juxtaposition des règles tantôt inspirées du droit français, tantôt inspirées des traditions maliennes, pour former le régime juridique de l'adoption-protection révèle le caractère syncrétique de cette institution.

#### **b. La juxtaposition de deux systèmes juridiques différents**

**405 - Le bien-fondé d'une telle juxtaposition.** L'adoption-protection ne se caractérisant pas par la diversité au vrai sens du terme, parce que bien qu'elle soit inspirée à la fois des traditions maliennes et du droit français<sup>535</sup>, cette institution est régie par une réglementation unique et globale et ne fait donc pas coexister deux régimes juridiques différents pour cette forme d'adoption. En réalité, elle juxtapose simplement ces derniers sans donner un droit d'option aux candidats pour tel ou tel système.

**406 - La méthode utilisée par le législateur.** En effet, pour créer l'adoption-protection, le législateur malien a pensé qu'il fallait puiser les éléments de référence dans le patrimoine juridique français. Ce dernier constitue ainsi la source principale de l'adoption-protection malienne. Une question vient d'emblée à l'esprit. La voie de la modernité doit-elle nécessairement passer par " la francisation ", dans un pays où l'essentiel du système social est étranger à celui de la France ? Cette question nous semble être d'une importance capitale, puisque la réponse qui lui est apportée permet de jeter un éclairage sur l'orientation prise par le législateur malien en matière familiale. Une telle interrogation met fondamentalement en jeu l'idée de développement qui a guidé les pouvoirs publics maliens au moment de l'élaboration du Code de la famille. Une reproduction intégrale du droit français a été évitée. Le législateur a essayé d'adapter celui-ci aux réalités locales. A cet effet, certains principes fondamentaux ont été mis en exergue, notamment celui de l'intérêt de l'enfant. En outre, tenant compte des spécificités maliennes, le législateur a essayé, sur certains points, de concilier le droit français avec, d'une part, les solutions admises en droit musulman, et de l'autre, le substratum commun dégagé des coutumes. Il en est résulté des synthèses originales qui constituent entre autres, des spécificités de l'adoption-protection malienne par rapport à sa source principale d'inspiration qu'est le droit français.

---

<sup>535</sup> Les Conditions de l'adoption-protection s'apparentent aux conditions de l'adoption simple française. Mais les effets de l'adoption-protection se différencient de ceux de l'adoption simple en ce sens que l'adoption-protection ne crée pas un lien de filiation contrairement à l'adoption simple du droit français.

## **2. La portée du syncrétisme dans le régime de l'adoption-protection**

**407 - Un substitut local au modèle français de l'adoption.** L'adoption-protection malienne s'apparente à l'adoption dans la mesure où elle donne à l'enfant un foyer affectif. Mais elle s'en éloigne car elle ne lui donne pas, au sens juridique du terme, une famille. On comprend dès lors que, ce faisant, elle ne heurte pas les consciences maliennes, partagées entre le souci de promouvoir l'intérêt de l'enfant et celui de respecter l'interdiction religieuse de l'adoption filiation<sup>536</sup>. Cette forme originale d'adoption, quoique imparfaite, comporte des avantages certains pour l'enfant. Dès lors, le législateur malien, en la consacrant, a fait œuvre novatrice puisqu'il semble faire de cette institution, un instrument de compromis entre le besoin de protection de l'enfance en difficulté familiale et la nécessité de se conformer aux réalités locales. Ce double avantage milite pour le maintien de cette institution au Mali (a), et son intégration dans l'arsenal législatif sénégalais (b).

### **a. Le nécessaire maintien de l'adoption-protection au Mali**

**408 - Le bien-fondé du maintien.** Comme on l'a souligné<sup>537</sup>, au Mali, les coutumes connaissent l'adoption au sens africain et non pas occidental. Cette forme d'adoption traditionnelle se traduisait par un acte de solidarité envers un jeune membre de la famille, un enfant abandonné ou un orphelin. Ce type d'adoption, qui n'était pas régie par des règles écrites, était toutefois commun à plusieurs coutumes maliennes et constituait fondamentalement une mesure de protection de l'enfance. Cette institution coutumière n'emportait pas vocation successorale au profit de l'adopté. Par conséquent, s'il existe des enfants légitimes, ceux-ci héritent seuls de l'adoptant et les adoptés ne viennent pas en concours avec eux. Cependant, en l'absence d'héritier de l'adoptant, certaines coutumes admettent que l'adopté puisse lui hériter. Ceci est la conséquence logique du fait que l'institution ne crée pas entre adoptant et adopté des liens de filiation. Toutefois, elle met à la charge de l'adoptant et de l'adopté, une obligation alimentaire réciproque.

**409 - Une institution originale et louable.** Cette institution traditionnelle n'apparaît pas comme une institution aussi organisée qu'en droit français. Elle présente les formes les plus diverses et se confond facilement avec d'autres institutions telles que la tutelle, la reconnaissance d'enfants naturels, les mesures de protection prises par la famille étendue en

---

<sup>536</sup> Cf. Les débats parlementaires lors de l'examen, en seconde lecture par l'Assemblée Nationale, du projet de Code des personnes et de la famille du Mali, supra. p. 23, n° 18.

<sup>537</sup> V. supra, p.17, n° 9.

faveur d'un enfant mineur orphelin ou moralement abandonné, le remplacement d'une personne décédée par un membre de la grande famille, l'autorité parentale exercée par l'oncle maternel. Outre sa simplicité, cette institution est un moyen commode et sûr de mettre en œuvre la solidarité familiale telle qu'elle a existé dans le droit coutumier. Elle met ainsi à la charge de chaque membre de la famille une obligation d'assistance, d'entretien et d'éducation envers les enfants de la famille au sens large, quels que soient leur filiation et le lien de parenté entre l'adopté et son adoptant. L'adoption-protection est une institution flexible qui permettait de combler les nombreux vides juridiques du droit malien. Elle est la reconnaissance juridique de l'adoption coutumière. Le caractère novateur de l'adoption-protection, lequel caractère invite à la promotion de cette forme d'adoption a trait, notamment au fondement de l'institution et à l'adaptation de l'institution aux mœurs locales. En témoigne la fonction même assignée à cette forme d'adoption : reconnaître à l'enfant le droit d'être élevé et entretenu par de bons parents tout en conservant ses liens de filiation avec sa famille par le sang ou tout au moins le droit de connaître ses origines dans une optique résolument respectueuse de l'intérêt de l'enfant et de celui de la communauté dont il est issu.

**410 - Une institution soucieuse de l'intérêt de l'enfant.** Lorsqu'elle a été introduite dans le droit en 1973<sup>538</sup>, l'adoption-protection fut conçue plutôt comme une solution humanitaire à l'abandon massif des enfants, lié à l'illégitimité, mais aussi aux disettes, aux épidémies et à l'extrême pauvreté, caractéristique de cette période. S'inspirant des traditions maliennes, cette forme d'adoption met en évidence l'intérêt de l'enfant. Elle est censée lui donner des parents de substitution dans le cadre de sociétés qui valorisent fortement la socialisation par la famille et la « vie de famille » au point de penser que tout individu qui en aura été privé restera nécessairement perturbé. Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article 522, alinéa 1 du Code malien des personnes et de la famille. De ce texte, il résulte que l'adoption-protection tend seulement à assurer à l'enfant l'entretien, l'éducation et la protection matérielle et morale, sans établir entre l'adopté et l'adoptant des liens de filiation<sup>539</sup>. Autrement dit, cette forme

---

<sup>538</sup> -Ordonnance n° 73- 036 CMLN du 31 juillet 1973 portant Code de la Parenté au Mali, J.O. du 15 septembre 1973, pp. 665 et suivantes. Cette Ordonnance fût modifiée par loi n°2011-087, adoptée le 30 décembre 2011, portant Code des Personnes et de la Famille.

<sup>539</sup> L'article 522 du Code malien des personnes et de la famille dispose que : « Toute personne de bonne vie et de bonne mœurs établies peut adopter un ou plusieurs enfants, soit pour assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin, soit pour se procurer une postérité.

Dans le premier cas, a lieu "l'adoption- protection" qui renforce ou crée entre l'adoptant et l'adopté des droits et obligations tels que prévus par le présent code.



particulière d'adoption permet notamment à un particulier ou à un couple de prendre un enfant totalement en charge sans pour autant l'établir au rang de fils ou fille. L'enfant conserve tous les droits qui découlent de sa filiation d'origine. Il garde son nom et ses droits successoraux. Elle apparaît donc comme un véritable substitut légal à l'adoption filiation dont elle remplit au moins l'une des fonctions sociales en remédiant en partie au problème de l'enfance abandonnée. Aussi, nombreuses sont les dispositions de la loi de 2011<sup>540</sup> qui en attestent et nous ne ferons qu'en évoquer certaines.

**411 - Les dispositions révélatrices de l'intérêt de l'enfant.** D'abord, l'article 523, alinéa 1 de la loi de 2011 précise que le fondement de toute adoption demeure la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>541</sup>.

Ensuite, l'article 524 ajoute que l'adoption doit présenter des avantages pour l'enfant et être fondée sur de justes motifs. Ces formules empruntées au Code civil français<sup>542</sup> se retrouvent dans la plupart des textes réglementant l'adoption en Afrique francophone.

L'appréciation des motifs de l'adoption est une question de fait laissée à la libre appréciation des juges du fond<sup>543</sup>. Il est néanmoins possible d'avancer que l'adoption peut être motivée par des mobiles généreux, par exemple vouloir donner une famille à l'enfant qui n'en a pas.

Mais, souvent, l'adoption est motivée par des considérations strictement personnelles. Il peut s'agir, par exemple, pour une personne sans enfant, de la crainte de vieillir seule.

Lorsque les motivations sont personnelles les préoccupations égoïstes des adoptants peuvent être en contradiction avec l'intérêt de l'enfant.

Un contrôle rigoureux des mobiles de l'adoption est donc nécessaire. L'essentiel est l'intérêt de l'enfant. C'est la raison pour laquelle, le législateur malien exige que l'adoption présente des avantages pour l'enfant.

Ces avantages de l'adoption sont nombreux. Il peut s'agir entre autres : de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ; d'assurer la prise en charge d'un enfant en besoin ; de

---

Dans le second cas, a lieu "l'adoption- filiation" qui institue des liens analogues à ceux résultant de la filiation légitime ».

<sup>540</sup> Loi n°2011-087, adoptée le 30 décembre 2011, portant Code des Personnes et de la Famille au Mali.

<sup>541</sup> Article 523 alinéa 1 « Toute adoption est faite uniquement en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'Enfant ».

<sup>542</sup> Voir les articles 344 et 353 du Code civil français

<sup>543</sup> Entretien réalisé le 20 Janvier 2010 avec le Président du Tribunal de première instance de la Commune V du District de Bamako. Au cours de cet entretien, le Président dudit tribunal nous a confié qu'il s'est toujours fondé sur « les justes motifs » pour refuser de prononcer l'adoption filiation au profit d'un homme célibataire.

donner une bonne éducation à un enfant, etc., en un mot, des avantages d'ordre moral et matériel nécessaires à son plein épanouissement.

Enfin, l'article 529 précise que l'adoption- protection met à la charge de l'adoptant l'obligation de nourrir, loger, entretenir, élever l'adopté et de préparer son établissement<sup>544</sup>. Par ailleurs, les avantages de l'adoption-protection militent en faveur de son introduction dans l'arsenal législatif sénégalais.

## **b. L'intégration de l'adoption-protection dans le droit sénégalais**

**412 - La nécessité d'une telle intégration.** L'adoption-protection malienne, s'inspirant de la conception africaine de l'institution, doit être encouragée et gagnerait à être imitée par le législateur sénégalais. Il importe par conséquent de créer un nouveau statut de l'enfant recueilli au sein de la famille à côté des autres enfants. Une institution juridique dont les conditions et les effets obéissent à la loi, et non à la seule volonté des parties et à la variété des coutumes, est donc souhaitable au Sénégal. Ainsi, une fois le principe admis au Sénégal, l'adoption-protection serait l'acte juridique par lequel les parents, à l'égard de qui la filiation d'un enfant est établie, acceptent volontairement de le confier à un membre de la famille élargie qui, en retour, accepte de l'accueillir et de l'élever comme le sien.

**413 - Perspectives.** Le maintien de l'adoption-protection au Mali et son introduction dans le droit sénégalais ne pourra aboutir à sa valorisation que si des réformes allant dans le sens d'un assouplissement de cette forme singulière d'adoption ont été opérées. De telles réformes devraient permettre à l'adoption-protection d'absorber ou du moins de réduire sensiblement les adoptions de fait au Mali et au Sénégal.

## **Section 2. Le remodelage de l'adoption-protection pour l'accueil des adoptions de fait**

**414 - L'intérêt de remodeler l'adoption-protection.** Dans le cadre d'un remodelage de l'adoption-protection, les questions qui se posent sont celles de savoir, quelle méthode choisir, comment s'y prendre pour préserver ses caractéristiques originelles, susciter l'engouement des populations en sa faveur sans que l'intérêt et la sécurité de l'enfant ne soient menacés. Pour parvenir à ces résultats, il conviendrait de redéfinir les contours de l'adoption-protection dans

---

<sup>544</sup> Article 529 : « L'adoption- protection met à la charge de l'adoptant l'obligation de nourrir, loger, entretenir, élever l'adopté et de préparer son établissement ».

le sens de leur délimitation (paragraphe 1) même si certains effets actuels de l'adoption-protection peuvent, sous certaines réserves, être maintenus (paragraphe 2).

## **Paragraphe 1. La redéfinition du champ d'application de l'adoption-protection**

**415 - L'opportunité d'une telle redéfinition.** L'adoption-protection devrait s'inscrire dans la parenté large. A l'instar des modèles français des adoptions plénière et simple, elle doit être principalement fondée sur le bien-être de l'enfant. Dans cette perspective, l'adoption-protection doit être délimitée tant dans ses conditions de fond (A) que dans ses conditions de forme (B).

### **A. Conditions de fond**

**416 - Des conditions exigées de l'adoptant et de l'adopté.** L'institution de l'adoption-protection serait l'engagement d'une personne majeure de recueillir un ou plusieurs enfants issus d'un lien de parenté et d'assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin. Toutefois, certaines conditions particulières pour accéder à l'adoption-protection (1) et pour être adoptable (2) doivent être réunies.

#### **1. L'accès à l'adoption-protection**

**417 - Les conditions exigées de l'adoptant.** L'adoption-protection serait accessible uniquement à toute personne de bonne vie et de bonne mœurs établies, âgée d'au moins 18 ans, de nationalité malienne et ayant un lien de parenté avec l'enfant qu'il se propose d'adopter. Ces dernières conditions excluent les personnes de nationalité étrangère pour trois raisons fondamentales: d'abord par la crainte de voir se développer, par le biais de l'adoption-protection, des réseaux internationaux d'exploitation d'enfant, (pédophilie, trafic d'enfants, fraude à l'adoption), ensuite par le souci de préserver l'esprit et le fondement même de cette institution, c'est à dire une institution inspirée des traditions africaines, et enfin par le souci d'éviter les conflits de droits ou le "risque de créer des situations boiteuses"<sup>545</sup>.

---

<sup>545</sup> MONEGER (F.), "L'adoption internationale entre dans le code civil: L. n° 2001-111, 6 févr. 2001", JCP, Éd. G. n°10, 7 mars 2001, p. 469. Selon l'article 370-3 alinéa 1er du code civil français, "Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant, ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre la prohibe". Tandis que l'alinéa 2 qui concerne l'enfant adopté prévoit que "l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce dernier est né ou réside habituellement en France".

**418 - Perspectives.** Mis à part les restrictions sus mentionnées, la vocation à l'adoption-protection appartiendrait aussi bien à l'homme qu'à la femme. Le parent adoptant peut être marié ou divorcé, veuf ou célibataire.

**419 - L'obligation de revenu suffisant pour adopter.** L'obligation de revenu suffisant qu'exige l'article 526 du Code malien des personnes et de la famille, pour l'adoptant, doit être maintenue. En effet, l'adoptant doit être capable d'entretenir et de protéger l'enfant recueilli. Il s'agit d'assurer la protection des besoins vitaux de l'enfant. Le législateur ne doit pas méconnaître la situation économique dans laquelle va évoluer l'enfant. Il est en effet inconcevable qu'un enfant quitte un milieu aisé pour un milieu où ses besoins vitaux ne seront pas satisfaits car, quelle que soit la motivation louable à l'origine de l'adoption, l'intérêt de l'enfant dans ses multiples aspects (matériel, financier, psychologique, moral, affectif), commande qu'il soit, dans une telle hypothèse, maintenu dans sa famille d'origine.

**420 - L'obligation de bonne moralité pesant sur l'adoptant.** L'obligation de bonne moralité de l'adoptant que prévoit l'article sus visé doit également être maintenue. La bonne moralité s'apprécie au regard du comportement social et moral de l'adoptant. Par exemple, il ne doit pas avoir fait l'objet de condamnations pénales à caractère infamant. De même, il ne doit pas avoir subi de condamnations pénales relatives aux délits contre la famille (avortement, abandon d'enfant, abandon de famille) ou les bonnes mœurs (attentat aux mœurs, prostitution, incitation de mineurs à la débauche, viol).

**421 - L'adoption-protection et existence d'autres enfants de l'adoptant.** L'existence d'autres enfants (adoptifs ou biologiques) de l'adoptant ne doit pas faire obstacle à l'accès à l'adoption-protection d'un enfant. Car, au Mali et au Sénégal, il est admis qu'un père de famille adopte de fait plusieurs enfants aux côtés de ses enfants biologiques. D'ailleurs, comme précédemment souligné, faisant fi de la disposition exigeant la dispense du Président de la République pour pouvoir prononcer une adoption limitée en présence d'enfant biologique du requérant, le juge sénégalais n'a fait que consacrer une coutume dans sa jurisprudence au sujet de l'adoption des enfants Sylla<sup>546</sup>.

## **2. L'adoptabilité de l'enfant**

**422 - Les hypothèses.** L'adoption-protection concernerait un enfant ayant une famille, au sens large, qui y consent à l'exclusion des enfants abandonnés et sans famille connue. La première

---

<sup>546</sup> V. supra. p. 127, n°216, Trib. 1ère instance Dakar, 5-1-1980 préc.

condition serait que l'origine de l'enfant pour lequel un projet d'adoption-protection est initié, soit connue, ce qui exclut les enfants abandonnés et les pupilles de l'Etat. L'enfant adoptable sous la forme d'adoption-protection doit donc avoir sa filiation établie, à l'égard d'au moins un de ses géniteurs. Cette limitation se justifie par le fait que l'adoption-protection n'a pas pour objet d'attribuer une filiation (ni originelle, ni de substitution) à l'enfant. La seconde condition est relative à l'âge de l'enfant. L'adopté doit être un enfant de moins de 18 ans. Le souhait de la délimitation de l'âge de l'enfant s'explique par le fait que les adoptions de fait en Afrique concernent généralement les mineurs de moins de 18 ans recueillis par un membre de la grande famille.

**423 - Proposition d'introduction de textes.** Ces différentes propositions relatives aux conditions de l'adoption-protection pourront être concrètement traduites en articles de lois de la façon suivante.

**Article 1 :** " L'institution de l'adoption-protection est l'engagement d'une personne majeure de recueillir un ou plusieurs enfants issus d'un lien de parenté ou d'alliance et d'assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin.

Privilégiée pour les adoptions intrafamiliales, l'adoption-protection est sans effet sur la filiation ".

**Article 2 :** " L'adoption-protection est accessible à toute personne de bonne vie et de bonne *mœurs établies, âgée d'au moins 18 ans, de nationalité malienne et ayant un lien de parenté ou d'alliance avec l'enfant qu'il se propose d'adopter.*

La vocation à l'adoption-protection appartient aussi bien à l'homme qu'à la femme. Le parent adoptant peut être marié ou divorcé, veuf ou célibataire ".

**Article 3 :** " L'existence d'autres enfants (adoptifs ou biologiques) de l'adoptant ne fait pas obstacle à l'accès à l'adoption-protection d'un enfant ".

**Article 4 :** " L'adoption-protection est ouverte aux enfants ayant une famille, au sens large, qui y consent à l'exclusion des enfants abandonnés et sans famille connue ".

**Article 5 :** " L'adoption-protection n'est permise qu'aux enfants de moins dix huit (18) ans. *L'adopté de moins de treize ans, capable de discernement doit pouvoir consentir également à son adoption ou tout au moins, être auditionné lors du prononcé de l'adoption. En tout état de cause, le consentement de l'adopté de plus de treize ans est requis ".*

**Article 6 :** " Les père et mère de l'adopté ou l'un des deux si l'autre est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, doivent y consentir personnellement, sauf à produire un acte authentique ou un acte légalisé constatant ce consentement ".

Toutefois, l'adoption-protection ne sera attractive que lorsque des règles de forme plus souples ont été prévues.

## **B. Conditions de forme**

**424 -Vers un assouplissement des conditions de forme.** L'adoption-protection, dans sa configuration actuelle, est peu sollicitée par les populations maliennes, en raison, entre autres de la complexité de la procédure et de la rigueur des conditions posées. Il est donc nécessaire d'instaurer une procédure simple et rapide (1) si l'on veut que les populations locales aient recours à cette institution fondée sur la tradition. Parallèlement, il semble nécessaire à partir des réflexions doctrinales en France, de consacrer la révocation de l'adoption-protection en cas de son échec (2).

### **1. La simplicité et la rapidité comme garanties d'effectivité**

**425 - La déjudiciarisation de l'adoption-protection .** L'efficacité de l'adoption-protection passe par l'assouplissement de la procédure de sa réalisation. Cette procédure doit être simple et rapide. Cette simplicité et cette rapidité ne pourront aboutir que lors que l'adoption-protection est "déjudiciarisée", c'est à dire non prononcée par un juge. En revanche, pour la nécessité de la rendre plus souple et plus attractive, il serait souhaitable qu'elle soit réalisée devant un officier d'état civil et non devant un juge. Ainsi, tout comme le mariage, le prononcé de l'adoption-protection doit être précédé par une déclaration devant l'officier d'état civil.

**426 - La déclaration de l'adoption-protection devant l'officier d'état civil et son prononcé.** Tout d'abord, l'adoptant doit constituer un dossier qui servira entre autre de preuve. Il s'agit de retirer et de remplir un imprimé d'acte d'adoption-protection en double exemplaire auprès de sa mairie. L'acte doit comporter l'identité de toutes les personnes en cause, leur domiciliation, l'avis favorable des parents biologiques ou du conseil de famille ainsi que la vérification des autres conditions de fond exigées par la loi. Le conseil de famille doit être représenté, lorsque le lien de parenté existant entre l'enfant et les personnes qui se proposent de l'adopter sont lointains, par deux témoins majeurs tous issus de la grande famille de

l'adopté et de l'adoptant. Celles-ci servant de témoins pendant le prononcé de l'adoption-protection par l'officier d'état civil, doivent également fournir leurs pièces d'identité. La présence de ces témoins vise à garantir non seulement l'aptitude de ou des adoptants de bien s'occuper de l'enfant, mais aussi les intérêts de l'adopté qui se verra doté de garanties et d'engagements supplémentaires.

Ensuite, l'acte doit être signé par les deux familles, puis être déposé à la mairie territorialement compétente par le ou les adoptants.

Les agents de l'administration communale doivent vérifier la véracité des éléments recueillis par rapport aux pièces fournies, et donner une date ultérieure aux parties pour comparaître devant l'Officier d'état civil. Les personnes qui doivent comparaître sont: la personne à adopter si elle a plus de dix ans, l'adoptant, les personnes qui ont consenti à l'adoption-protection, sauf si leur consentement a été recueilli par acte authentique ou authentifié.

Enfin, l'acte doit faire l'objet d'une publication dans les mairies respectives du lieu, non pas de naissance comme dans l'adoption filiative, mais du lieu de résidence habituelle des deux familles. Cela pour une raison toute simple: il ne s'agit pas ici d'une modification de l'état civil des personnes concernées. Le délai de publication doit être le même que celui de la publication des bans de mariage. Si aucune opposition n'est reçue pendant ce délai, l'Officier d'état civil compétent recouvre l'acte de la solennité ultime en prononçant l'adoption-protection. A partir de cet instant, l'acte d'adoption-protection devient opposable aux tiers. Un exemplaire de l'acte est remis à l'adoptant et aux parents biologiques de l'adopté ou de leur représentant et l'autre est consigné dans les registres d'état civil de la mairie. En d'autres termes, l'adoption-protection, prononcée par l'Officier d'état civil est soumise à l'établissement d'un acte d'adoption-protection. Mais cet acte ne donnera pas lieu à la mention de l'adoption-protection en marge de l'acte de naissance de l'adopté.

**427 - Les mentions devant figurer sur l'acte d'adoption-protection.** L'acte d'adoption-protection, dressé par l'Officier d'état civil, doit indiquer trois éléments essentiels. Tout d'abord, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de l'adoptant. Ensuite, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de l'adopté. Et enfin, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de chacun des témoins. Si la date de naissance des adoptant et adopté est inconnue, la mention de leur âge approximatif suffit. Toutefois, l'adoption-protection doit pouvoir être révoquée ou annulée exceptionnellement

pour des motifs graves. L'appréciation de ces motifs graves et au-delà, la décision éventuelle de révocation ou la nullité de l'adoption-protection doivent relever de la compétence d'une autorité judiciaire et non de la compétence d'un Officier d'état civil.

## **2. La révocation ou la nullité de l'adoption-protection**

**428 - L'action en révocation ou en nullité.** Une fois le principe de la révocation ou de la nullité de l'adoption-protection établi, l'action en révocation d'adoption, personnelle et incessible, insaisissable et intransmissible serait ouverte en premier lieu à l'adopté. En cas de minorité de ce dernier, c'est le ministère public, censé représenter l'intérêt de l'enfant qui devrait la demander, et enfin, les parents biologiques de l'adopté ou à défaut un membre de sa famille.

Cette action pourrait également être exercée par l'adoptant, mais dans ce cas, cette possibilité doit être préalablement soumise à des conditions et des contrôles du juge qui disposera d'un pouvoir souverain d'appréciation de la gravité du motif.

**429 - Modalités de la révocation de l'adoption.** La personne qui désirerait tenter une action en révocation d'une adoption-protection devrait saisir le tribunal selon les règles de procédure de droit commun. Le jugement de révocation de l'adoption-protection ne serait pas rétroactif et agirait uniquement pour l'avenir. Une copie de la décision de révocation de l'adoption devrait être transmise à l'Officier d'état civil pour transcription. La révocation ferait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption. Par ailleurs, l'opposabilité aux tiers, de la révocation de l'adoption-protection, interviendrait à compter du jour de sa transcription à l'état civil. Cependant, à propos de la révocabilité exceptionnelle de l'adoption simple et par rapport aux intérêts financiers de l'adopté, le Doyen CARBONNIER disait "qu'il soit alors souvent préférable, pour sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'adopté, de ne recourir qu'au retrait de l'autorité parentale ou à une mesure d'assistance éducative"<sup>547</sup>. A propos de l'irrévocabilité de l'adoption plénière en France, une partie de la doctrine et les professionnels de l'adoption avaient sollicité une réforme des textes sur l'adoption plénière<sup>548</sup>. La loi française du 5 juillet 1996, en ajoutant à l'article 360 un alinéa selon lequel " s'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise " a ainsi

---

<sup>547</sup> CARBONNIER (J.), op. cit., p. 354.

<sup>548</sup> RUBELLIN-DEVICHI (J.), Droit de la famille (ouvrage collectif), op. cit. n°1607. Selon l'auteur, "en interdisant aux parents adoptifs qui ne se sentent plus capables de jouer leur rôle, la possibilité de confier dans ces circonstances l'enfant à d'autres personnes ou à l'aide sociale à l'enfance, la loi expose un tel enfant à des actes de maltraitance, de délaissement ou de privation d'amour".



résolu ce que le Professeur RUBELLIN-DEVICHI appelait "le faux problème de l'irrévocabilité de l'adoption plénière et le vrai problème des échecs d'adoption"<sup>549</sup>.

Par ailleurs, les parties, toute personne qui y a intérêt ainsi que le ministère public doivent pouvoir demander devant les autorités judiciaires compétentes la nullité de l'adoption-protection pour inobservation des règles de fond ou de forme. Toutefois, la nullité pour défaut de consentement pourra être couverte par la confirmation.

**430 - Proposition d'introduction de textes.** Les différentes propositions relatives aux conditions procédurales de l'adoption-protection pourront être transcrites dans les droits malien et sénégalais de la façon suivante :

**Article 1 :** " L'adoption-protection est réalisée devant un officier de l'état civil. Son prononcé doit être précédé par une déclaration devant l'officier de l'état civil ".

**Article 2 :** " L'adoptant doit constituer un dossier qui servira entre autre de preuve. Il s'agit de retirer et de remplir un imprimé d'acte d'adoption-protection en double exemplaire auprès de sa mairie. L'acte doit comporter l'identité de toutes les personnes en cause, leur domiciliation, le consentement de l'enfant, au cas échéant, celui des parents biologiques ou du conseil de famille ainsi que la vérification des autres conditions de fond exigées par la loi.

Le conseil de famille doit être représenté, lorsque le lien de parenté existant entre l'enfant et les personnes qui se proposent de l'adopter sont lointains, par deux témoins majeurs tous issus de la grande famille de l'adopté et de l'adoptant. Celles-ci servant de témoins pendant le prononcé de l'adoption-protection par l'officier d'état civil, doivent également fournir leurs pièces d'identité.

Ensuite, l'acte doit être signé par les deux familles, puis être déposé à la mairie territorialement compétente par le ou les adoptants.

Les personnes qui doivent comparaître sont: la personne à adopter si elle a plus de dix ans, l'adoptant, les personnes qui ont consenti à l'adoption-protection, sauf si leur consentement a été recueilli par acte authentique ou authentifié.

Enfin, l'acte doit faire l'objet d'une publication dans les mairies respectives du lieu de résidence habituelle des deux familles.

---

<sup>549</sup> RUBELLIN-DEVICHI (J.), "Permanence et modernité de l'adoption...", art. préc., p. 452.

Le délai de publication doit être le même que celui de la publication des bans de mariage. Si aucune opposition n'est reçue pendant ce délai, l'Officier de l'état civil compétent recouvre l'acte de la solennité ultime en prononçant l'adoption-protection. A partir de cet instant, l'acte d'adoption-protection devient opposable aux tiers. Un exemplaire de l'acte est remis à l'adoptant et aux parents biologiques de l'adopté ou de leur représentant et l'autre est consigné dans les registres d'état civil de la mairie."

**Article 3 :** " L'acte d'adoption-protection dressé par l'Officier d'état civil, doit indiquer trois éléments essentiels. Tout d'abord, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de l'adoptant. Ensuite, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de l'adopté. Et enfin, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de chacun des témoins ".

Outre la délimitation des conditions de l'adoption-protection, le remodelage de cette institution passe également par la délimitation de ses effets.

## **Paragraphe 2. La délimitation de l'adoption-protection dans ses effets**

**431 - Le bien-fondé.** La filiation adoptive naît d'un acte juridique: le jugement d'adoption. Qu'elle soit plénière ou simple, l'adoption héritée de l'Occident est prononcée par un tribunal chargé d'exercer un contrôle de légalité et d'opportunité, notamment au regard de l'intérêt de l'enfant. A l'inverse, dans l'adoption-protection que nous préconisons, la présence de l'autorité publique ne sert qu'à légaliser une pratique. En effet, l'absence de l'intervention du juge au moment de la réalisation de l'adoption-protection tiendrait principalement au fait que cette institution ne consiste pas en l'établissement d'un lien de filiation artificielle entre l'adopté et l'adoptant. C'est également pour cette raison que l'adoption-protection doit être limitée dans ses effets. Cette limitation doit se faire à travers une consécration singulière de la parenté plurielle (A) et dans un transfert partiel des prérogatives des parents biologiques (B).

### **A. Une consécration singulière de la parenté plurielle**

**432 - Famille biologique et famille sociale.** A l'instar des modèles actuels d'adoption simple au Mali et au Sénégal, l'adoption-protection préconisée admet un double lien de parenté mais cette parenté plurielle ne se manifeste pas de la même façon dans les deux formes d'adoption. Dans la première en effet, cette consécration consiste à l'admission d'un double lien de filiation. L'adoption limitée sénégalaise par exemple se contente d'ajouter un lien de filiation

artificielle au lien de sang préexistant, et elle peut en outre être remise en question. En revanche, la consécration de la parenté plurielle dans l'adoption-protection est singulière puisqu'elle réside dans l'adjonction à la famille biologique d'une famille sociale, sans que cela ait une quelconque influence sur la filiation de l'enfant. L'adoption-protection ne crée pas un autre lien de filiation. Le maintien des liens de filiation originels de l'enfant est absolu. Du fait de ce maintien, les droits de la famille adoptante doivent être limités.

**433 - Effets souhaités de l'adoption-protection.** Sur le plan successoral, il est souhaitable que l'enfant conserve ses droits dans sa famille biologique, sans en acquérir dans sa famille adoptante, sauf donations et legs en sa faveur. Cependant, lorsque l'adoptant n'a pas d'héritier, l'adopté pourra exceptionnellement lui succéder. Du reste, l'enfant adopté en adoption-protection ne devrait prétendre qu'à la succession de sa famille par le sang.

De même sur le plan personnel, il n'y a pas d'établissement d'un autre acte de naissance, comme c'est le cas dans la forme plénière de l'adoption et aucune mention ne figurera en marge de l'acte de naissance préexistant de l'enfant, comme c'est le cas en matière d'adoption sous la forme simple. Seul un acte d'adoption-protection serait délivré pour faire valoir ce que de droit dans toutes les démarches administratives et judiciaires nécessaires. Quant au nom de l'adopté, il devra rester le même.

Le maintien des relations avec sa famille par le sang est nécessaire dans l'intérêt de l'enfant adopté en adoption-protection. C'est d'ailleurs la pratique actuelle des adoptions de fait, de sorte que l'adopté considère qu'il a plusieurs parents. Comme dans le cas du divorce ou dans la séparation des parents, le droit de l'enfant aux relations avec ses deux parents se réalise à travers l'exercice du "droit de visite et d'hébergement"<sup>550</sup>. Généralement, au Mali et au Sénégal, les deux familles de l'adopté de fait s'accordent pour que l'enfant passe les grandes vacances scolaires avec ses parents biologiques. Néanmoins, il serait intéressant de prévoir les modalités d'organisation et de cessation de ce droit de visite et d'hébergement des parents biologiques dans l'acte d'adoption-protection.

## **B. Un transfert partiel des prérogatives parentales**

**434 - Le bien-fondé de la solution proposée.** Concernant la proposition d'un transfert partiel des prérogatives entre parents biologiques et parents sociaux, un certain nombre de questions méritent d'être posées: l'adoption-protection emporte-t-elle transfert des prérogatives des

---

<sup>550</sup> Souligné par nous.

parents biologiques ? Est-ce que le seul fait de consentir à l'adoption de leur enfant emporte délégation de leur fonction parentale ? Mais surtout, comment, alors que la délégation, qu'elle soit totale ou partielle, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement, permettre aux parents d'assumer la charge de l'enfant qu'un acte administratif leur confèrerait ?

**435 - Modalités de partage des prérogatives parentales.** Compte tenu de la singularité de la parenté plurielle que consacre l'adoption-protection, il est souhaitable que les parents puisse contrôler la manière dont les adoptants s'acquittent de leurs obligations envers l'enfant. Ainsi, si les adoptants doivent pouvoir accomplir tous les actes usuels relatifs à la personne de l'enfant, l'accord des parents géniteurs devrait être requis pour les actes graves. Cette formulation nous rappelle la solution du législateur français dans l'hypothèse où l'enfant est confié à un tiers ou à un établissement.

En effet, aux termes de l'article 373-4 du Code civil français: "lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié, accomplit tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à son éducation". S'inspirant de cette disposition, notre proposition serait formulée comme suit : " Lorsque l'enfant a été confié à un tiers ou a été adopté en adoption-protection, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère; toutefois, la personne à qui l'enfant est confié ou qui l'a adopté en adoption-protection, accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation ".

Toutefois, une obligation d'entretien doit peser sur l'adoptant en faveur de l'adopté. Le non respect de cette obligation pourra être considéré comme un motif grave justifiant la révocation de l'adoption-protection par le juge compétent. Cette obligation, contrairement à l'obligation d'entretien classique ou à l'obligation alimentaire de droit commun, serait fondée non pas sur un quelconque lien de filiation ou de mariage, mais sur le lien de famille existant entre l'adopté-protection et l'adoptant. Elle relèverait de la matière alimentaire au sens large: il ne s'agit pas seulement d'assurer des moyens de subsistance mais aussi et surtout l'éducation de l'enfant et la préparation de son avenir, ainsi que veiller à sa santé. Sont concernés les adoptés mineurs (s'ils ne disposent pas de revenus eux-mêmes), les adoptés majeurs si certaines conditions sont remplies: poursuite d'études conduites avec sérieux et entreprises avec chance de succès dans le but d'obtenir une qualification professionnelle afin d'accéder à l'indépendance financière par l'exercice d'une profession, ou trouver un emploi dans un délai raisonnable après la fin des études.

Exceptée cette dernière condition, l'obligation d'entretien prend fin de plein droit lorsque l'adopté devient majeur. Le comportement indigne ou désagréable de l'adopté pourra, le cas échéant, être considéré comme un motif grave susceptible de mettre fin à l'obligation d'entretien. L'obligation d'entretien n'est pas réciproque en ce sens qu'elle vise uniquement à assurer le bien-être et l'avenir de l'enfant.

**436 - Proposition d'introduction de textes.** Les propositions ci-dessus faites concernant les effets de l'adoption-protection pourront être reformulées de la façon suivante :

**Article 1 :** " Dans l'adoption-protection, l'enfant conserve ses droits dans sa famille biologique, sans en acquérir dans sa famille adoptante, sauf donations et legs en sa faveur. Cependant, lorsque l'adoptant n'a pas d'héritier, l'adopté pourra exceptionnellement lui succéder. Du reste, l'enfant adopté en adoption-protection ne devrait prétendre qu'à la succession de sa famille par le sang ".

**Article 2 :** " L'adoption-protection consacre une parenté plurielle qui réside dans l'adjonction à la famille biologique d'une famille sociale, sans que cela ait une quelconque influence sur la filiation de l'enfant. L'adoption-protection ne crée pas un autre lien de filiation ".

**Article 3 :** " L'adopté-protection conserve son nom d'origine ".

**Article 4 :** " Les adoptants accomplissent tous les actes usuels relatifs à la personne de l'enfant, toutefois, l'accord des parents par le sang est requis pour les actes graves.

Lorsque l'enfant a été confié à un tiers ou a été adopté en adoption-protection, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère; toutefois, la personne à qui l'enfant est confié ou qui l'a adopté en adoption-protection, accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

Toutefois, une obligation d'entretien pèse sur l'adoptant en faveur de l'adopté. Le non respect de cette obligation pourra être considéré comme un motif grave justifiant la révocation de l'adoption-protection par le juge compétent.

Sont concernés les adoptés mineurs (s'ils ne disposent pas de revenus eux-mêmes), les adoptés majeurs si certaines conditions sont remplies: poursuite d'études conduites avec sérieux et entreprises avec chance de succès dans le but d'obtenir une qualification professionnelle afin d'accéder à l'indépendance financière par l'exercice d'une profession, ou trouver un emploi dans un délai raisonnable après la fin des études.

Exceptée cette dernière condition, l'obligation d'entretien prend fin de plein droit lorsque l'adopté devient majeur. Le comportement indigne ou désagréable de l'adopté pourra, le cas

échéant, être considéré comme un motif grave susceptible de mettre fin à l'obligation d'entretien. L'obligation d'entretien n'est pas réciproque en ce sens qu'elle vise uniquement à assurer le bien-être et l'avenir de l'enfant " .

**Article 5 :** " L'adoption-protection peut être révoquée ou annulée exceptionnellement pour des motifs graves. L'appréciation de ces motifs graves et au-delà, la décision éventuelle de révocation ou la nullité de l'adoption-protection relèvent de la compétence de l'autorité judiciaire " .

**Article 6 :** " L'action en révocation d'adoption, personnelle et incessible, insaisissable et intransmissible est ouverte en premier lieu à l'adopté. En cas de minorité de ce dernier, c'est le ministère public, censé représenter l'intérêt de l'enfant qui devrait la demander, et enfin, les parents biologiques de l'adopté ou à défaut un membre de sa famille élargie.

Cette action peut également être exercée par l'adoptant, mais dans ce cas, cette possibilité est préalablement soumise à des conditions et des contrôles du juge qui dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de la gravité du motif.

La personne qui désire intenter une action en révocation d'une adoption-protection doit saisir le tribunal selon les règles de procédure de droit commun. Le jugement de révocation de l'adoption-protection n'est pas rétroactif. Une copie de la décision de révocation de l'adoption est transmise à l'Officier d'état civil pour transcription. La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption. L'opposabilité aux tiers, de la révocation de l'adoption-protection, intervient à compter du jour de sa transcription à l'état civil.

Par ailleurs, les parties, toute personne qui y a intérêt ainsi que le ministère public peuvent demander devant les autorités judiciaires compétentes la nullité de l'adoption-protection pour inobservation des règles de fond ou de forme. Toutefois, la nullité pour défaut de consentement peut être couverte par la confirmation " .

## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

**437** -Mis à part certaines incohérences observées dans l'adoption-protection malienne, lesquelles incohérences peuvent être corrigées, il convient de saluer le mérite de cette institution originale. En effet, l'adoption-protection, établie sur la base des réalités maliennes, présente le double avantage d'être à la fois une institution de protection de l'enfance et une institution révélatrice des valeurs sociales maliennes. Ces deux vertus plaident dès lors pour une promotion de l'institution de l'adoption-protection. Une telle promotion, qui passerait nécessairement par un aménagement de certaines règles de l'adoption-protection, permettrait de revaloriser cette forme d'adoption.

En revanche, cette revalorisation de l'adoption-protection ne serait effective que lorsque le législateur intègre dans le dispositif législatif des situations de recueil familial ignorées du droit, souvent appelées indistinctement adoptions coutumières, adoptions de fait ou adoptions traditionnelles et qui ne nécessiteraient pas de création de lien de filiation en prévoyant un statut légal à ces adoptants de fait. Ce qui permettrait non seulement de préserver la dualité du lien d'adoption filiative dans le droit malien, mais également de remédier à un désordre législatif qui consiste à ne pas faire de distinction entre les situations où l'intérêt de l'enfant commanderait la création d'un lien de filiation et celles où l'intérêt de l'enfant ne postule pas la création d'un tel lien.

Dans ce dernier cas, la réhabilitation de l'adoption de fait qui passe par son absorption par l'adoption-protection assouplie, présenterait l'avantage d'encadrer la pratique massive de cette forme traditionnelle d'adoption et du coup, de sécuriser les différents acteurs d'une telle mesure, et prioritairement l'enfant qui demeure l'acteur le plus vulnérable en la matière.

## CONCLUSION DU TITRE SECOND

**438** -L'adoption de fait crée dans les deux pays un véritable lien symbolique, reconnu par la société entre adoptant de fait et adopté. Le but visé est donc de combler un vide institutionnel en donnant à ces adoptants de fait, qui assument effectivement et de façon permanente la charge de l'enfant, un véritable statut, avec des droits et des obligations. Il serait en effet souhaitable que se développe, à côté des modèles d'adoption hérités du droit français, un corps de règles spécifiques à l'adoption coutumière. Cette dernière doit donc être revalorisée et considérée comme une alternative aux modèles hérités du droit français. En effet, la protection de l'enfant n'implique pas forcément et toujours la création d'un nouveau lien de filiation entre l'enfant et l'adulte qui le prend en charge. En ce sens, l'adoption de fait apparaît comme l'un des moyens de protection des droits des enfants maliens et sénégalais. Cette institution traditionnelle pourrait prendre la dénomination " adoption-protection ", mais à la différence de l'adoption-protection du droit malien, cette nouvelle institution juridique que nous proposons sera réalisée devant un officier de l'état civil et non devant un juge. En effet, cette forme nouvelle d'adoption-protection préconisée, est une conséquence de structures familiales et sociales répondant aux impératifs collectifs de survie. Elle traduit indéniablement la solidarité entre les membres du groupe et représente le moyen par lequel, à défaut d'un parent absent, les règles de la filiation ou du mariage peuvent cependant être respectées. Pourtant, bien que l'engouement pour l'adoption et son existence même y soit fréquemment perçus comme un phénomène récent, celle-ci n'est pas une création du XXIème siècle, pas plus qu'elle n'est une création des civilisations occidentales. L'étude des adoptions de fait permet d'affirmer que l'attachement parental, indépendamment des liens du sang, préexistait partout, depuis bien longtemps.

A la lumière de différentes approches (historique, anthropologique, sociologique, juridique), l'étude constate l'impossibilité de retenir une seule formule pour caractériser l'adoption. L'adoption ne trouve son sens qu'en fonction des conceptions de la famille et de la parenté en vigueur dans les civilisations où elle se développe. C'est la raison pour laquelle certaines législations ont fait le choix d'une forme unique d'adoption, que d'autres admettent deux formes d'adoption, tandis que d'autres systèmes juridiques l'ignorent. C'est pourquoi le Mali et le Sénégal doivent admettre, dans leur droit interne, ces trois formes d'adoption.



A l'instar des deux adoptions filiatives existantes, du moins au Sénégal, et souhaitées au Mali, l'adoption-protection, que nous avons préconisée, est certainement conforme à l'intérêt des parents adoptifs, comme elle est conforme à l'intérêt de l'enfant adopté. Il appartient donc aux législateurs malien et sénégalais, en conformité avec les réalités locales, de faire en sorte que, tout en profitant aux adoptants, l'adoption-protection réponde d'abord à l'intérêt supérieur de l'enfant.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

**439** -La reconstruction des droits internes malien et sénégalais de l'adoption permettrait d'une part, de remodeler les institutions héritées du droit français (adoption plénière/adoption simple), et d'autre part, de valoriser les institutions locales propres à ces pays. A l'issue d'une telle réforme, ces deux pays connaîtront trois formes d'adoptions: deux formes d'adoptions filiatives (adoption plénière et adoption simple) et une forme d'adoption non créatrice de lien de filiation et fondée sur les coutumes locales (adoption-protection).

**440 - Réforme de la typologie de l'adoption héritée du droit français** - Le modèle dual de l'adoption filiative pourrait être valorisée à la double condition qu'il y ait un rééquilibrage entre l'adoption simple et l'adoption plénière et que certaines distinctions entre adoption intrafamiliale et adoption extrafamiliale soient dégagées s'agissant non des effets mais des conditions de leur application. Chacune de ces adoptions est en effet fondée sur des réalités différentes. Ces différences auraient des incidences sur les conditions de l'adoption, que celle-ci soit simple ou plénière.

Ces nouvelles distinctions conduiraient à considérer les deux adoptions simple et plénière de façon égale. Le choix entre l'une et l'autre ne serait donc plus focalisé sur les conditions et les effets de chacune des deux adoptions, mais il serait fondé sur une appréciation de la situation de l'enfant. Cette appréciation permettrait de déterminer le caractère nécessaire ou non du maintien du lien de filiation entre l'enfant et sa famille par le sang et, partant, la forme de l'adoption à prononcer.

**441 - Valorisation des institutions locales** - Il conviendrait d'assouplir le régime actuel de l'adoption-protection malienne afin qu'elle soit plus accessible aux populations locales. En effet, celles-ci manifestent généralement leur faveur à l'adoption coutumière non réglementée. Or, compte tenu des conséquences de la non réglementation d'une telle pratique, il serait souhaitable de réformer le modèle actuel de l'adoption-protection, inspirée de ces mêmes réalités locales, afin que celle-ci soit une véritable alternative à l'adoption filiative et puisse se substituer aux adoptions de fait.

Pour parvenir à ce double objectif, il conviendrait de "déjudiciariser" l'adoption-protection, c'est à dire, de la faire prononcer devant un officier d'état civil au lieu d'un juge, et de ne pas la doter d'un lien de filiation. Une telle forme d'adoption s'accommode mieux aux réalités

maliennes et sénégalaises. C'est pourquoi, il serait intéressant que le législateur sénégalais l'intègre dans son dispositif comme troisième forme d'adoption.

Ces différentes réformes permettront aux différentes formes d'adoption proposées d'affirmer pleinement leur spécificité.

Tels sont, au total, les aspects les plus frappants de l'adoption interne. A l'heure de la mondialisation, l'adoption transcende les nations et débouche sur l'échiquier international.

## SECONDE PARTIE

### LA CONSTRUCTION DU DROIT DE L'ADOPTION INTERNATIONALE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT

**442 - Le bien-fondé.** Les dérives constatées lors du développement, non encadré, de l'adoption internationale, ont conduit la communauté internationale à poser des principes éthiques (cf. art. 20 et 21 de la CIDE<sup>551</sup>) puis à se doter d'un instrument de coopération internationale, élaboré par la conférence de La Haye de droit privé, la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, en vigueur dans quatre vingt treize États<sup>552</sup>.

La Convention des Nations Unies sur le Droit des Enfants intègre dans ses articles 20 et 21 des dispositions relatives à l'adoption et sur le placement des enfants abandonnés mais ne va

---

<sup>551</sup> L'article 20 de la CIDE dispose que : " **1.** Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat. **2.** Les Etats parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale. **3.** Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ". Quant à l'article 21, du même texte, il dispose que : " Les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et : **a)** Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires; **b)** Reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé; **c)** Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale; **d)** Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables; **e)** Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents.

<sup>552</sup> A la date du 06 janvier 2014, cette convention était en vigueur dans 93 Etats. Cf. Site officiel de la Conférence de La Haye de droit international privé consulté le 25 février 2015. [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.status&cid=6](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=6).

pas au-delà. Quant à la Convention de La Haye de 1993 sur laquelle reposent les droits internes de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal, elle a ses limites, car sa conception était motivée par la volonté d'apporter une solution aux pratiques déconsues qui avaient cours dans les pays d'origine. Celles-ci ne pouvaient pas être prises en charge avec les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le Droit des Enfants. La Convention de La Haye de 1993 ne couvre donc pas tous les aspects des adoptions étrangères. Depuis sa mise en place, elle n'a pas recueilli l'unanimité au sein des acteurs de la communauté de l'adoption. Plusieurs pays se sont fermés à la pratique et elle a du mal à atteindre ses objectifs. Comme le souligne M. SMOLIN dans son analyse de la Convention de La Haye de 1993, « la ratification de la Convention ne peut à elle seule prévenir le child laundering (trafic d'enfant); elle doit s'accompagner d'une mise *en œuvre efficace* »<sup>553</sup>.

**443 - L'admission de l'adoption internationale.** La question de l'adoption d'un enfant par des étrangers et ou en dehors de son pays d'origine a fait l'objet d'attention nourrie et de controverses doctrinales. Si certains y voient comme une mesure de protection de l'enfant en situation de privation familiale ou tout simplement de l'enfance en difficulté, d'autres en revanche, la perçoivent comme un phénomène risqué et contraire aux droits de l'enfant et sont par conséquent hostiles à son admission. Pour concilier ces deux positions, tout en cherchant à privilégier l'intérêt supérieur de l'enfant, les législateurs d'Afrique francophone ayant reconnu l'adoption ont prévu son prononcé en faveur de candidats étrangers et fixé des conditions pour sa réalisation. Le même constat est visible tant au Mali qu'au Sénégal avec néanmoins une restriction importante pour le cas du Mali depuis l'adoption et l'entrée en vigueur dans ce pays, d'un nouveau Code des personnes et de la Famille en 2011<sup>554</sup>.

**444 - L'internationalisation de l'adoption.** Cette internationalisation a conduit à l'établissement progressif d'un droit de l'adoption internationale : la Convention de La Haye de 1993. Cette Convention a eu le mérite d'instaurer de « bonnes pratiques » dans l'environnement de l'adoption internationale. Mais ce faisant, elle a rendu le dispositif plus complexe à mettre en œuvre et laissé des zones d'ombre, notamment sur les questions de conflits de lois. En outre, l'objectif de créer un système harmonisé dans tous les Etats-parties n'est pas atteint car la plupart des pays d'origine, même signataires, n'ont pas les moyens

---

<sup>553</sup> SMOLIN, (D.), « Enlèvement, vente et traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale », Document d'information N° 1, juin 2010, P. 21. Cf. site de la Conférence de La Haye de droit international privé [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=publications.details&pid=6162&dtid=57](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=publications.details&pid=6162&dtid=57).

<sup>554</sup> Loi n° 11-080/AN-RM portant code des personnes et de la famille au Mali.

pour mettre en place les institutions requises, ni d'en assurer la gestion. Par conséquent, l'espoir fondé sur la mise en place d'un véritable droit international de l'adoption soucieux d'une meilleure garantie des droits de l'enfant semble avoir quelque peu déçu à cause des insuffisances susmentionnées. Pour s'en convaincre, il conviendra de se pencher, avant tout ,sur l'institutionnalisation de l'adoption internationale (Titre 1) avant de réfléchir, ensuite, sur la réalisation de l'adoption internationale (Titre 2).

## TITRE 1. L'INSTITUTIONNALISATION DE L'ADOPTION INTERNATIONALE

**445 - Les contours de l'institutionnalisation.** Par institutionnalisation de l'adoption internationale, nous faisons référence à la mise en place du droit de l'adoption internationale. Cette mise en place du droit de l'adoption internationale ne s'est pas réalisée ex nihilo. Elle résulte de l'existence de facteurs à la fois internes aux Etats et de facteurs internationaux. Ces différents facteurs ont engendré une réglementation progressive de l'adoption internationale et la mise en place des institutions nationales chargées d'appliquer le droit de l'adoption internationale. L'adoption internationale a connu une évolution croissante jusqu'à devenir l'objet d'une attention particulière de la part des autorités nationales, régionales et internationales. En effet, le développement des procédures d'adoption d'enfants étrangers a requis la mise en place de normes juridiques internes aux Etats et de mesures de régulation entre les Etats.

**446 - Plan.** Après avoir analysé l'émergence du phénomène (chapitre 1), il conviendra de se pencher sur les institutions de l'adoption internationale (chapitre 2).

## Chapitre 1. L'émergence de l'adoption internationale

**447 - Evolution.** Contrairement à l'adoption nationale précédemment développée, l'adoption internationale est un phénomène relativement récent puisque son point de départ s'inscrit dans le milieu du XXe siècle. L'adoption s'est adaptée aux mutations socioéconomiques, politiques et familiales survenues en Occident principalement vers le début des années 1960<sup>555</sup> et a progressivement intégré les règles d'extranéité (la nationalité, la résidence, le domicile, etc.), d'internationalité et de transnationalité. Des facteurs sociologiques sont à l'origine de cette évolution de l'adoption, initialement confinée dans ses aspects internes, pour intégrer un aspect international.

**448 - Plan.** Il conviendra d'analyser d'une part, l'origine de l'adoption internationale (Section 1) et d'autre part, la régulation progressive de l'adoption internationale (Section 2).

### Section 1 L'origine de l'adoption internationale

**449 - Les facteurs à l'origine de l'institution.** Jadis limité à l'intérieur d'un pays, le phénomène de l'adoption s'est aujourd'hui mondialisé. Si plusieurs facteurs peuvent expliquer cette évolution, la légitimité du phénomène repose sur des facteurs sociologiques. Ces facteurs sont à la fois d'ordre international (Paragraphe 1) et d'ordre interne (Paragraphe 2).

#### Paragraphe 1: Des facteurs internationaux fondés sur des mutations diverses

**450 - Diversité des mutations.** Un certain nombre de mutations ont conduit au développement progressif de l'adoption internationale. Au nombre desquelles, nous pouvons citer notamment les mutations socioéconomiques, les mutations politiques et familiales. Pour mieux cerner ces mutations, il s'avère nécessaire de retracer le contexte même de l'apparition de l'adoption internationale dans un premier temps (A) avant de voir, dans un second temps, les conséquences de l'effervescence pour cette pratique (B).

---

<sup>555</sup> V. le Rapport au premier Ministre de Monsieur Gérard GOUZES "Pour une éthique de l'adoption internationale", La documentation française, 2000, p.19.



## **A. Le contexte de l'émergence de l'adoption internationale**

**451 - Un contexte marqué par la guerre.** L'adoption internationale est née dans un contexte de guerre et avait pour finalité de venir en aide aux milliers d'enfants ayant perdu leurs parents. Ainsi, après avoir décrit les enjeux intemporels de l'adoption internationale (1), il conviendra de se pencher sur ses enjeux temporels (2).

### **1. Les enjeux intemporels de l'adoption internationale**

**452 - La multiplicité des enjeux.** Les enjeux de l'adoption internationale dont il s'agit ici ne constituent pas un phénomène nouveau, car ils ont existé depuis l'avènement de l'institution. En effet, la pratique de l'adoption internationale entraîne une double rupture à la fois physique et géographique par rapport à la filiation naturelle. A ce titre, elle soulève plusieurs questions d'ordre politique, socioculturel, moral, éthique et même économique. L'adoption internationale nécessite de prendre en compte des problématiques de deux natures.

**453 - La première est publique.** Elle regroupe d'abord, les questions liées aux relations entre des pays, ayant chacun leur système juridique. Ensuite, elle regroupe les questions liées aux relations entre institutions nationales dans les pays d'accueil et d'origine régies par des normes spécifiques. Enfin, elle concerne les questions liées aux relations dans les pays d'accueil entre postulants à l'adoption, autorités publiques (nationales) et institutions d'adoption privées.

**454 - La seconde est privée.** Elle est centrée sur les questions relatives à la race, à l'identité, à la personne humaine, à l'appartenance, aux liens de parenté, aux rapports entre l'adopté, la famille adoptive et le pays d'origine, aux relations entre l'adopté et sa famille d'origine et d'une manière plus large, aux rapports avec les autres adoptés transnationaux. Tous ces éléments font de l'adoption internationale, selon Mme KHAIAT à la fois<sup>556</sup> une affaire de cœur, une affaire d'Etat et une affaire publique.

**455 - Une affaire de cœur.** L'adoption internationale fait naître un lien intime entre des personnes en situation de difficulté. A l'égard de l'enfant, la difficulté résulte de sa situation d'abandon ou de sa condition d'enfant en difficulté familiale. A l'égard de l'adoptant, la difficulté résulte très souvent de son incapacité à procréer. Par conséquent l'adoption servira à

---

<sup>556</sup> KHAIAT (L.), " L'adoption internationale : panacée immémoriale ou nouveau produit porteur ? ", in RIDC, vol. 55, n° 4, 2003, p. 778- 780.

la fois à donner une famille à un enfant et à consoler une personne ou un couple stérile. Cela implique la prise en compte dans sa prise en charge de paramètres relevant de la psychologie.

**456 - Une affaire d'Etat.** La famille étant la cellule primaire de la société, l'adoption internationale crée des externalités positives et négatives qui requièrent l'attention de l'Etat. Aux dires de Portalis (cité par Mme KHAIAT)<sup>557</sup> : " chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes "<sup>558</sup>. Cette intrusion de l'Etat dans le domaine privé des individus qu'est la famille, relève aussi de la volonté de l'Etat de favoriser la prospérité et le bonheur des citoyens grâce au " bon gouvernement ". Dans ce même ordre d'idées, M. FOUCAULT a développé le concept de " gouvernementalité "<sup>559</sup> qui repose sur une analyse technologique du pouvoir exercé par l'Etat sur la population à travers ses institutions. Ce mode de gouvernement vise comme objectif de réaliser le mieux-être des citoyens. Ce faisant, l'Etat bienveillant s'arroge le droit de gouverner la vie privée de ses citoyens, dans la mesure où cela doit contribuer à leur bonheur. Dans le contexte de l'adoption internationale, l'Etat joue un rôle central de protection des personnes impliquées dans les processus d'adoption, même si dans les faits, son intervention va nettement au-delà. De plus, dans la mesure où l'adoption internationale implique l'intervention d'intermédiaires, l'Etat doit veiller à les contrôler et à leur fournir les moyens nécessaires à leur action. Cette affaire d'Etats est par ailleurs justifiée en ce sens que ceux-ci sont responsables des engagements internationaux pris dans ce domaine comme la ratification de la Convention de La Hayes de 1993 relative à l'adoption internationale qui est un texte central dans ce domaine. Il arrive aussi que des accords bilatéraux soient conclus entre Etats lorsque certains pays impliqués dans l'adoption internationale ne sont pas signataires de cette Convention.

**457 - Une affaire publique.** Les procédures d'adoption internationale impliquent nécessairement des questions relatives à la nationalité, à l'immigration, à la santé, au social, à la famille et demandent donc l'intervention de plusieurs départements ministériels pour définir des mesures cohérentes et harmonisées. La mise en conformité des lois nationales avec les engagements internationaux pris en matière d'adoption internationale requiert également l'intervention des administrations publiques.

---

<sup>557</sup> L'auteur se réfère au discours préliminaire du Code civil prononcé par Portalis.

<sup>558</sup> GODET (M.), Sullerot (E.), La famille, affaire privée et publique. La Documentation française, Paris 2007, p. 24-27.

<sup>559</sup> FOUCAULT (M.), " La gouvernementalité ", in Dits et écrits, volume III, Paris, Gallimard, 1993, p. 646.

**458 - Conséquence.** Cette imbrication de paramètres justifie la complexité de la pratique, qui introduit dans la sphère publique une problématique qui appartient à la sphère intime des familles. Elle crée des interactions souvent compliquées et intenses entre les acteurs du système, ce qui rend les politiques conçues à cet effet hétérogènes et peu efficaces. En somme, même si les enjeux susvisés ont marqué l'émergence de l'adoption internationale, il faut cependant, reconnaître qu'ils n'ont pas évolué avec le temps. Toutefois, le développement de l'adoption internationale a connu de nombreuses vagues dont la connaissance est nécessaire à l'appréhension même du phénomène.

## **2. Les enjeux temporels de l'adoption internationale**

Ces enjeux ont trait à l'évolution de l'adoption internationale. L'adoption internationale s'est développée en cinq vagues<sup>560</sup>.

**459 - La première vague.** Elle eut lieu suite à la deuxième guerre mondiale qui laissa des milliers d'enfants orphelins provenant d'Allemagne, d'Italie, de Grèce, du Japon et de la Chine. Ces enfants ont été confiés à des familles américaines, canadiennes, australiennes ainsi qu'européennes et, dans une moindre mesure, chinoises et japonaises. L'adoption de ces enfants représentait une réponse humanitaire ad hoc à la situation des enfants abandonnés durant la guerre ; une réponse également empreinte de compassion et de préoccupations d'ordre affectif.

**460 - La seconde vague.** L'adoption d'enfants de Corée du Sud, à la fin de la guerre en 1953, initia la seconde vague, ainsi que la pratique de l'adoption internationale à large échelle. Néanmoins, les adoptions internationales restèrent majoritairement intra-européennes jusque dans les années 1960, où débuta la décolonisation des nations. A cette période, l'adoption internationale connut un véritable essor et devint alors un phénomène mondial avec comme principale base idéologique la solidarité du monde industrialisé et occidental avec le Tiers Monde. Ce sentiment était le corollaire de la culpabilité et de la responsabilité des anciens colonisateurs envers le fardeau que devaient affronter les nations nouvellement décolonisées.

---

<sup>560</sup> ALSTEIN & SIMON, cités par RUDAZ (S.), L'adoption internationale : mesure de protection dans l'intérêt supérieur de l'enfant ou marché lucratif ? Evolution et enjeux, Mémoire présenté à l'Unité d'enseignement et de Recherche en Droits de l'enfant de l'Institut Universitaire Kurt BOSH (SUISSE), janvier 2011, p. 13, Voir en ligne : <https://docs.google.com/>. ( Document consulté le 23 Juin 2012).

En effet, le Nord cherchait à se déculpabiliser de l'abondance dans lequel il vivait en « portant secours » aux milliers d'enfants laissés pour compte.

**461 - La troisième vague.** Il se développa alors un axe Nord-Sud de l'adoption internationale : de l'Amérique latine et de l'Asie vers les Etats-Unis et l'Europe, donc des enfants des pays pauvres vers les pays riches. Dans les années 70, l'adoption a commencé à revêtir le caractère d'un phénomène mondial et les enfants sont « exportés » en masse. Car, dans de nombreux pays industrialisés, le nombre d'enfants adoptables a commencé à baisser fortement en raison des changements sociaux et démographiques. En effet, les taux de natalité se sont mis à décroître, la régulation des naissances est devenue socialement admise, l'avortement a commencé à être légalisé, la honte qui s'attachait aux naissances illicites a reculé et les parents célibataires ont eu accès aux prestations sociales. Ainsi, à mesure que l'institution de l'adoption était de plus en plus socialement admise, le nombre d'enfants disponibles pour l'adoption commençait à diminuer, tandis que la demande, elle continuait de croître, en raison notamment du désir d'enfant et de l'augmentation de la stérilité. Pour répondre à cette demande, les agences et les intermédiaires se multiplièrent et usèrent de moyens plus ou moins acceptables. C'est à partir de ce moment-là que le langage économique a fait son apparition en parlant d'une courbe d'offre d'enfants dans les pays en développement et d'une courbe de demande dans les pays développés. Conjointement, le trafic d'enfant à grande échelle commence à être dénoncé, bien qu'il existait déjà auparavant. Dans ce rapport Nord/Sud, on note l'absence du continent africain et en premier lieu, le Maghreb pour avoir transposé dans ses différentes législations l'interdiction coranique d'une filiation sociale assimilatrice<sup>561</sup>. Seule la Tunisie depuis 1959, passant outre la prohibition, a institué l'adoption. Mais dans son application, elle l'a réservée aux seuls postulants de confession musulmane; à telle enseigne que certains candidats à l'adoption se convertissent à l'Islam pour pouvoir adopter<sup>562</sup>. Ces pays comme ceux de la péninsule arabique, connaissent à travers la kafala, un système compensatoire en cas de défaillance ou d'absence de structures parentales. Toutefois, cette interdiction ne frappe pas le continent noir, dont la population est pourtant dans certaines régions majoritairement musulmane, tels le Sénégal et le Mali, car ces pays ont

---

<sup>561</sup> Le Code algérien de la famille (1984) reprend la formule prohibitive du Coran, notamment son Verset 5 de la Sourate 33-4, dans son art. 46 du CH. V, "De la filiation": "L'adoption (tabanni) est interdite par la chari'a et la loi". Art. 83-3 du Code du statut personnel et des successions (Moudawanna) "L'adoption n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation"

<sup>562</sup> Sur le cas d'adoption de petites filles tunisiennes par des familles sous l'impulsion de Terre des Hommes/Suisse, voir SPRING-DUVOISIN D. L'Adoption internationale; que sont-ils devenus? Lausanne: Éd. Advimark; 1986; p. 18-22.

en fait intégré - ou conservé parallèlement aux règles coutumières - les codes des pays qui les avaient colonisés, autorisant ainsi l'adoption. Mais le nombre d'enfants africains adoptés par des Européens reste très faible à l'époque. Ce nombre a commencé à augmenter soit à la suite d'adoptions " directes ", soit par l'intermédiaire d'œuvres de plus en plus nombreuses à être habilitées pour le Sénégal ou le Mali<sup>563</sup>.

**462 - La quatrième vague.** Au début des années 1990, à la suite de l'effondrement de l'URSS, la création de nouveaux Etats à l'Est et le passage à l'économie de marché, le flux des adoptions internationales suit un nouvel axe Est-Ouest en plus de l'axe Nord-Sud traditionnel. C'est également la première fois depuis la deuxième guerre mondiale que des enfants « blancs » étaient disponibles en si grand nombre à l'adoption internationale.

**463 - La cinquième vague.** Elle se situe vers 1995 et est incarnée par l'adoption des enfants originaires de Chine, surtout suite à la « *politique de l'enfant unique* » lancée par le régime chinois en 1976. La majorité des enfants abandonnés ou placés pour l'adoption sont des filles, puisque historiquement le garçon a plus de valeur qu'une fille dans la famille chinoise.

De nos jours, la demande d'enfants est toujours aussi forte, alors que de nombreux pays ont fermé leurs portes à l'adoption internationale principalement suite à des pratiques illégales, comme nous le verrons dans les prochains développements.

## **B. Les conséquences de la ferveur pour l'adoption internationale**

**464 - Existence de risques.** L'effervescence autour de l'adoption internationale entraîne l'exposition des enfants adoptables à des risques de nature diverse (1). Certains risques sont accentués en périodes de crise (2).

### **1. L'exposition des enfants adoptables à des risques de nature diverse**

**465 - Risques de commercialisation.** Le développement de l'adoption internationale lui a fait perdre progressivement son esprit initial. Sa banalisation s'est accompagnée de sa commercialisation. De la recherche d'une famille pour un enfant, on est passé à la recherche

---

<sup>563</sup> A titre indicatif, au Mali, 16 enfants ont été adoptés par des étrangers en 1988, 69 enfants en 1990 et 20 enfants en 1991. Au Sénégal, 15 enfants avaient été adoptés par des étrangers en 1989, 90 enfants en 1991. Au Burkina Faso, 10 enfants ont été adoptés en 1992. Le Rwanda a connu 8 adoptions en 1988 et 44 adoptions en 1991. (V. TRILLAT (B.) in " Une migration singulière: L'adoption internationale ", p. 19. communication présentée lors du Séminaire Nathalie-Masse sur L'adoption des enfants étrangers, Centre International de l'Enfance -Paris, 1992.

d'un enfant à « tout prix ». Une véritable pression est exercée sur les pays du Sud pour obtenir des enfants adoptables. Ces pays sont soumis à de nombreuses difficultés économiques, politiques et sociales. En conséquence, l'adoption internationale dans ces pays connaît son expression la plus négative à travers la commercialisation et le trafic d'enfants.

**466 - Risques de rupture identitaire pour l'enfant.** Un autre risque tient à la rupture culturelle à laquelle les enfants sont soumis lors de la procédure d'adoption. Elle soulève des préoccupations importantes. A cet égard, un auteur a fait observer que " l'adoption d'enfants venant de l'étranger est source d'un débat philosophique sur le droit que s'arrogeraient les parents adoptifs de déplacer ces enfants pour réaliser leur désir de descendance et ainsi de les "arracher à leur culture" en les "déracinant". Face au développement de ce phénomène, de plus en plus, dans certains pays d'origine (tels le Brésil et l'Inde) une opposition se dessine devant les sorties massives d'enfants qui sont parfois ressenties comme l'ultime pillage, après celui des ressources économiques "<sup>564</sup>. En droit international privé, la question du respect de la culture d'origine de l'enfant déplacé suscite des débats sur la nécessité ou non de prononcer une adoption en sa forme simple - qui greffe une nouvelle filiation en maintenant la filiation biologique - ou plénière - qui rompt complètement et définitivement les liens avec la famille d'origine. En 1990, la Cour de cassation française, dans un arrêt remarqué - l'arrêt Pistre - était confrontée à la prohibition, par la loi brésilienne de l'époque, de l'adoption plénière des enfants brésiliens par des étrangers. Cette prohibition trouvait son origine dans la préservation de cette notion ethnologique floue, que constitue celle de " racines ". Dans cet arrêt, le juge français, convaincu que le consentement donné au Brésil se référait à une adoption simple, va décider de ne prononcer qu'une adoption simple au profit d'un enfant brésilien alors que les parents adoptifs avaient déposé une requête en vue du prononcé d'une adoption plénière"<sup>565</sup>.

**467 - Risques de trafics.** Si le bilan de l'adoption internationale peut être qualifié de " globalement positif " sur le plan individuel, il révèle au plan collectif des difficultés et des abus liés principalement à l'existence d'une demande d'adoption importante en provenance de pays riches. Les plus extrêmes et les plus connus des abus de l'adoption internationale sont le trafic illégal sévissant dans certains Etats d'origine peu protégés dans ce domaine par leur législation et leur appareil judiciaire. Ce trafic inclut la " commande " d'enfants conçus en vue

---

<sup>564</sup> TRILLAT (B.), in "Une migration singulière: L'adoption internationale" op.cit. p. 24.

<sup>565</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 31 janv. 1990. Cette décision a été abondamment commentée; notons simplement Gaz. Pal. 1990, 14 et 15 sept., note STURLESE B. : Rev. crit. de DIP 1990; 519; note POISSON-DROCOURT E.; JCP 91, éd. G. II, 21 635, note MUIR WATT H.; DEF n° 31 1990/3, p. 32, note TRILLAT B.

d'adoption, la vente d'enfants, l'enlèvement, la falsification de documents d'identité et des actes d'état civil, l'extorsion de consentement à des parents d'origine non informés des conséquences voire délibérément trompés à leur sujet, la corruption des fonctionnaires et des magistrats, le coût parfois élevé de l'adoption ainsi que l'importance des procédures qu'elle requiert. Cette situation encourage en outre le recours à d'autres formes d'illégalités : supposition d'enfants, reconnaissance de paternité de complaisance, etc. Dans la plupart de ces cas les enfants sont destinés à des familles adoptives occidentales au terme d'une procédure plus ou moins irrégulière. Le cadre juridique de l'adoption est aussi parfois utilisé pour couvrir une véritable traite d'êtres humains aux fins de prostitution, de pédophilie ou de travail forcé, voire, selon certaines informations controversées, de trafic d'organes humains. Par ailleurs, il convient de tenir compte des aléas politiques qui, en matière d'adoption internationale, peuvent avoir des conséquences aussi immédiates qu'imprévisibles. Ainsi, le récent putsch militaire intervenu au Mali et la transition politique controversée qui lui a succédé, ôte actuellement toute visibilité aux perspectives d'adoption internationale dans ce pays et ouvre la voie à toute sorte de trafic.

**468 - Risques d'incompréhension par les populations d'origine.** Un autre danger, lié à l'importance du développement de l'adoption internationale, réside dans la pression consciente ou inconsciente qu'elle exerce sur l'offre d'enfants, pression accentuée parmi les populations très pauvres soucieuses de procurer un avenir meilleur à leurs enfants. Elles ne savent pas que dans les sociétés d'accueil, l'intégration de l'adopté peut être compliquée par un certain climat de xénophobie et d'intolérance qui se développe notamment dans les grandes villes occidentales.

**469 - Autres problèmes de compréhension.** Par ailleurs, de nombreux parents africains pétris de culture traditionnelle admettent-ils également volontiers que leur progéniture soit accueillie par une famille occidentale susceptible de pourvoir à son éducation, mais sans reconnaître à cette situation les conséquences extrêmes que lui attribue une décision d'adoption plénière en Europe.

**470 - Risques de discrimination entre les candidats à l'adoption.** En ce qui concerne les adoptants eux-mêmes, particulièrement les couples stériles, l'adoption internationale peut ne représenter au point de départ qu'un " second choix " à défaut de mineurs nationaux adoptables ; l'organisme d'adoption qui intervient éventuellement assume alors la

responsabilité de vérifier si les motivations des candidats évoluent suffisamment pour que leur paternité et maternité ne soient pas également vécues comme " de second rang ".

En outre, l'importance du coût des adoptions internationales, ainsi que la disponibilité en temps nécessaire lorsque le pays d'origine de l'enfant exige un séjour sur place des adoptants opèrent de facto une discrimination économique supplémentaire entre les candidats.

**471 - Risques de dévalorisation de la filiation adoptive.** L'impression souvent ressentie dans les pays d'accueil, d'un vaste " réservoir " d'enfants adoptables dans le tiers monde a créé dans l'opinion publique le sentiment de l'existence d'un " *droit d'adopter* " ; l'introduction de sites Internet sur lesquels les candidats adoptants peuvent " faire leur choix " participe de cette fausse conception.

De façon forte et imagée , un responsable suisse des services de protection de la jeunesse décrit en ce sens l'impact de l'adoption internationale : « institution conçue dans le but de *fournir les meilleurs parents possible à des enfants déterminés , l'adoption a été de plus en plus utilisée par des couples comme un droit d'obtenir ce qu'il faut bien appeler au risque de choquer les âmes sensibles, une licence d'importation ; en d'autres termes, la présomption est renversée et il s'agit d'autoriser de futurs parents adoptifs connus à choisir un enfant inconnu* ».

**472 - Risques de non intégration de l'enfant.** Les enfants non accompagnés de tous âges, déplacés ou (candidats) réfugiés, forment une catégorie particulièrement vulnérable en matière d'adoption internationale. Dans l'urgence, l'opinion publique présente fréquemment voire instinctivement, l'adoption comme la solution privilégiée à leur situation, et des adoptions sont réalisées sans recherche sérieuse et sans laisser à la famille d'origine le temps de se manifester.

En outre, les enfants concernés sont souvent psychologiquement traumatisés et déchirés entre d'une part leur volonté d'intégration dans le pays ou le milieu d'accueil, d'autre part leur ignorance quant au sort de leur famille et leur nostalgie du pays d'origine.

Ainsi, toujours par rapport à l'adoption internationale, certains faits telle que la rupture avec le pays d'origine, avec la langue, la culture et même souvent la différence de couleur de peau sont de nature à créer chez certains enfants des traumatismes auxquels il faut un suivi psychologique. Selon un témoignage que nous avons appris à travers la Radio France Internationale, un petit colombien « Marc » adopté à deux ans et demi n'arrêtait pas de



demander à ses parents adoptifs de voir sa mère biologique. C'est finalement le 17 mars 2010 quand l'enfant avait 24 ans que ses parents adoptifs l'ont amené dans son pays d'origine, mais ayant perdu les traces des parents biologiques, les parents adoptifs ne pouvaient plus lui faire rencontrer ces derniers<sup>566</sup>.

Par ailleurs, l'absence de textes juridiques encadrant l'adoption pendant les situations de crise peut conduire non seulement à des trafics d'enfant sous le couvert d'un semblant d'adoption, mais également à empêcher l'enfant, lorsque survient une adoption internationale, de jouir d'un de ses droits fondamentaux : le droit d'accéder à ses origines personnelles.

## **2. L'accentuation de risques spécifiques en périodes de crise**

**473 - Justifications.** Pendant et après une situation de crise (guerre civile, troubles, catastrophe naturelle, etc.), une adoption selon les règles n'est tout simplement pas garantie, les investigations nécessaires ne pouvant être effectuées avec le soin requis. Une adoption internationale au titre de mesure d'urgence n'est, par conséquent, pas compatible avec les principes de la Convention de La Haye. « Au moment du Tsunami, en 2005, 50.000 enfants sont devenus orphelins, « Espace Adoption » à Genève, a vu sur son site arriver des *propositions d'adoptions d'enfants par des couples touchés par les images des pays atteints par la vague.*

Il a donc fallu expliquer que ces enfants, même devenus orphelins, ne seraient forcément adoptables, parce que peut-être que quelque part, dans leur pays, une grand-mère, un oncle, un parent, allait pouvoir les prendre en charge, et que le premier travail allait consister à les trouver ! *Par ailleurs, à la catastrophe d'avoir perdu ses parents, il ne fallait pas ajouter le déracinement !* »<sup>567</sup>.

**474 - Illustrations.** Les abus surviennent spécialement dans des périodes de conflit armé, de désastres écologiques, de soulèvements politiques ou de crise économique. Un fondement législatif solide est essentiel pour empêcher les abus. La pratique de l'adoption sous sa forme internationale a notamment été suivie de scandales pendant la crise sécuritaire tchadienne de 2007 et pendant la catastrophe naturelle survenue en Haïti en 2010.

---

<sup>566</sup> Source ; RFI, émission priorité santé du 22/7/2010

<sup>567</sup> COHEN HERLEM (F.): « Adopter ces enfants nés ailleurs », éd. Pascale, mai 2012, p.48.

Le cas du Tchad s'est illustré par " l'affaire de l'Arche de Zoé "<sup>568</sup> où une organisation française avait organisé le " sauvetage d'enfants tchadiens " des dangers de la pauvreté et des risques de mort. L'opération de sauvetage avait été financée par des familles françaises désireuses de prendre ces enfants en charge et de leur donner une famille.

Le cas de Haïti s'est manifesté lors du tremblement de terre qui a frappé ce pays en 2010<sup>569</sup>. Dans le cas de situations d'urgence, la vulnérabilité accrue des enfants et de leurs familles, ajoutée au sensationnalisme véhiculé par les médias, et l'apparition d'organismes humanitaires peu scrupuleux prêts à apporter leur aide et leur propre initiative, rend les abus et les mauvaises pratiques de l'adoption internationale encore plus importantes.

**475 - Hypothèses.** Dans les cas de situation d'urgence, l'adoption internationale est fortement déconseillée. Le manque de contrôle du territoire national, l'effondrement des structures judiciaires et administratives, rend tout le processus, de l'enregistrement des naissances à la décision du tribunal, impossible à assumer. Par ailleurs, les enfants dans une situation d'urgence ne sont pas mûrs pour l'adoption.

Dans des pays en guerre, de nombreux enfants sont arrachés à leurs parents et à leur proche famille et se retrouvent abandonnés à leur sort. Ces enfants représentent une proportion croissante des populations affectées par les situations de conflit qu'on appelle communément " enfants non-accompagnés ".

Les enfants perdus de la guerre ne sont pas nécessairement des orphelins. C'est pourquoi les organismes internationaux (Haut-commissariat pour les Réfugiés, UNICEF) et les Organisations Non Gouvernementales (ONG) emploient la formule d'" enfants non accompagnés ", qui signifie que les intéressés ont été séparés de leurs parents et qu'ils n'ont pas été recueillis par un adulte commis à cette responsabilité par la loi ou la tradition. Le terme d'orphelin doit être utilisé uniquement pour les enfants dont les parents sont décédés.

---

<sup>568</sup> V. MEZMUR (B.-D.), " Les péchés des sauveurs " : La traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale en Afrique, Conférence de La Haye de droit international privé, document d'information n°2, p. 14. En ligne [www.hcch.net/upload/wop/adop2010id02f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010id02f.pdf) (consulté le 26/02/2015).

V. Egalement SIMONELLA (D.), " Les politiques d'adoption internationale dans l'espace européen : complexité et débat ", Mémoire de Master au Centre International de Formation Européenne (Institut Européen), 2012, p. 8. En ligne <http://www.ie-ei.eu/IE-EI/Ressources/file/memoires/2012/DOMINGOS.pdf> (consulté le 26/02/2015).

<sup>569</sup> V. Rapport du Service social international " Haïti " : accélérer les adoptions internationales suite à une catastrophe naturelle. Conférence de La Haye de droit international privé, document d'information n°4, 2010, p. 1 et s. En ligne [www.hcch.net/upload/wop/adop2010id04f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010id04f.pdf) (consulté le 26/02/2015).

Ainsi, en situation d'urgence, un enfant n'est pas susceptible d'être adoptable. Pour qu'un enfant réfugié puisse être considéré adoptable, de gros efforts doivent être préalablement déployés afin de retrouver les membres de sa famille, chose impossible en cas d'urgence. Selon les recommandations du H.C.R., l'adoption doit être écartée dans plusieurs hypothèses.

**476 - Incertitude sur le sort de la famille.** S'il y a bon espoir de retrouver la famille et de la réunir pour le plus grand intérêt de l'enfant ; avant qu'une période raisonnable ne soit écoulée (a minima deux années à compter du début des recherches), période au cours de laquelle toutes les démarches visant à retrouver les parents ou tout membre de la famille survivant ont été effectuées ;

**477 - Opposition de l'enfant ou de ses parents d'origine.** Lorsqu'elle va à l'encontre des désirs exprimés par l'enfant ou par les parents ;

**478 - Possible retour dans le pays d'origine.** Si le rapatriement volontaire vers le pays d'origine et dans des conditions de sécurité et de dignité optimales apparaît possible dans un avenir proche et répondrait mieux aux besoins psycho-sociaux et culturels de l'enfant que l'adoption dans un pays tiers. En ce qui concerne l'adoption ultérieure d'un enfant réfugié non accompagné, une étude visant à déterminer si elle sert au mieux les intérêts de l'enfant doit être effectuée et ses conclusions seront mises en œuvre dans le respect des lois en vigueur dans le pays et du droit international.

Cette position du H.C.R a été reprise dans le complément annexé à la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection de l'enfant et la coopération en matière d'adoption internationale.

**479 - Violation du droit de l'enfant de connaître ses origines.** D'après certains auteurs<sup>570</sup>, les " origines " " peuvent s'entendre de tous les éléments relatifs à l'identité d'une personne et particulièrement l'identité de ses parents biologiques "<sup>571</sup>, et " le droit de connaître son identité implique également le droit de connaître les éléments de son histoire personnelle et d'avoir, le cas échéant, accès à des informations concernant son enfance "<sup>572</sup>. Il en résulte que le droit de l'enfant de connaître ses origines implique pour lui le droit d'avoir accès aux informations concernant son identité dans la mesure où elles existent. L'adoption

---

<sup>570</sup> V. BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.), Droit des mineurs, 2ème éd. Dalloz, 2014. p.116 et s., note 166.

<sup>571</sup> BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.), *ibid.*

<sup>572</sup> BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.), *ibid.*

internationale en période de crise se révèle comme un risque de violation du droit de l'enfant de connaître ses origines. Ce risque, valable en dehors de période de crise, est particulièrement accentué en période de crise. D'après une étude réalisée par une ONG, « *Les êtres humains ont le besoin de savoir qui ils sont et d'où ils viennent, de la même manière qu'il leur est nécessaire de savoir où ils vont et même, à qui ils sont liés. Cela leur est nécessaire aussi bien sur un plan biologique que psychique et social* »<sup>573</sup>. Conformément à cette affirmation, il nous semble évident que tout individu souhaite pouvoir s'inscrire dans une lignée, connaître ceux qui l'on engendré. Mais malheureusement, certaines situations font que certains enfants se trouvent exposés au risque de ne jamais connaître leur origine. En effet, les adoptions internationales réalisées pendant les périodes de crise favorisent la survenance d'un tel risque que le droit doit prévenir. Cependant, en l'état actuel des législations malienne et sénégalaise, ce risque est présent. En effet, dans ces pays, aucune loi interne n'encadre l'adoption en cas de crise. Ce qui est de nature à compromettre le droit de l'enfant, lorsqu'il fait l'objet d'une adoption internationale entre temps, de connaître ses origines. Les conventions internationales<sup>574</sup> auxquelles ces deux pays ont souscrit reconnaissent ce droit et incitent les Etats à le protéger.

**480 - Inefficacité des textes internationaux en vigueur.** Il est regrettable de constater que ces textes internationaux manquent de fermeté quant à la garantie même du droit de l'enfant de connaître ses origines par les Etats. Ainsi, l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant reconnaît à l'enfant « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ». L'emploi de l'expression « dans la mesure du possible » peut être interprété comme étant une obligation de moyens qui pèse sur les Etats parties à cette convention dans le respect de ce droit d'accès à ses origines. Il en est de même pour la Convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. En effet, cette convention prévoit, dans son article 30, que « *les autorités compétentes de l'Etat contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille. Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations,*

---

<sup>573</sup> Cf. Analyse réalisée par la Coordination des ONG pour les droits de l'enfant « La recherche des origines par les enfants adoptés en communauté française, 2005., p. 1, consulté le 21 novembre 2012 sur le site [http://www.lacode.be/IMG/pdf/droit\\_origines.pdf](http://www.lacode.be/IMG/pdf/droit_origines.pdf)

<sup>574</sup> Il s'agit de la Convention internationale des droits de l'enfant (art.7-1) et de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (art. 30).

avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur Etat ». L'emploi de l'expression " dans la mesure permise par la loi de leur Etat " laisse des marges d'appréciation à l'Etat contractant quant au respect de ce droit essentiel pour l'enfant. Cela dénote un manque de fermeté des dispositions de cette convention dans la garantie par les Etats du droit de l'enfant de connaître ses origines.

**481 - Remarques.** Ces deux conventions internationales ne posent pas un droit impératif à l'accès aux origines dont pourraient se prévaloir les adoptés, mais elles n'en fixent pas moins des objectifs vers lesquels doivent tendre les législations des Etats signataires. Ainsi, dans des situations de guerre ou de catastrophe naturelle, la connaissance des origines s'avère matériellement impossible : archives inexistantes ou détruites par la guerre, par une inondation ou par un séisme ; pays ou région d'origine inaccessibles, témoins ou parents de l'enfant tous disparus ; mode de vie de la mère au moment de la conception rendant aléatoire ou impossible l'identification d'un père, etc. Lorsque par exemple la conception résulte d'un viol collectif en période de guerre. En conséquence, nous recommandons qu'en période d'urgence, une série de mesures soient prises pour sécuriser davantage la situation des enfants.

**482 - Première série de mesures.** Il ne faut pas confondre adoption et démarche humanitaire. L'adoption est une manière d'élargir sa famille et conduit des parents à prendre pour leur un enfant né ailleurs. Ce projet touche les individus au plus profond et intime d'eux-mêmes et ne peut se concrétiser dans l'urgence et sous le coup d'une émotion liée à un événement exceptionnel.

**483 - Deuxième série de mesures.** Avant toute décision concernant le sort de ces enfants, il est indispensable de prendre toutes les précautions et de faire toutes les investigations qui s'imposent afin de s'assurer qu'ils sont effectivement orphelins et sans aucune possibilité de trouver une solution dans leur environnement et dans leur pays. Et cela peut prendre des mois. À ce moment-là seulement, l'adoption internationale peut être envisagée, pour autant que les pays concernés y soient favorables. Car éloigner maintenant les enfants à des milliers de kilomètres de leur pays ajouterait un traumatisme à celui qu'ils ont déjà à comprendre et dépasser. Les décisions prises dans l'urgence peuvent favoriser les trafics d'enfants puisque les contrôles n'ont pas le temps matériel d'être effectués.

**484 - Troisième série de mesures.** Le parrainage s'avère, en un premier temps, la meilleure réponse afin d'assurer à ces enfants les conditions de survie dans leur environnement et de maintenir une continuité dans leur histoire.

**485 - Observations.** Au regard de ce qui précède, nous pouvons résumer en disant que l'adoption internationale est peut-être un mal mais un mal nécessaire auquel il faut nécessairement un encadrement plus rigoureux. Au delà des facteurs internationaux sus décrits, un certain nombre de facteurs, non moins importants au plan interne, ont contribué à l'émergence de l'adoption internationale.

## **Paragraphe 2: Des facteurs nationaux fondés sur l'augmentation des abandons d'enfants**

**486 - L'adoption internationale comme remède à l'abandon.** Le modèle occidental de l'adoption ne fait pas traditionnellement parti des cultures malienne et sénégalaise. L'entourage familial ou social pouvait, jusqu'à une époque récente, prendre en charge les enfants qui n'avaient pas de parents. Cependant, avec l'avènement de la modernité, conjugué avec l'extrême pauvreté familiale, on assista en Afrique francophone et notamment au Mali et au Sénégal à une augmentation importante du nombre d'abandon d'enfants et la société traditionnelle ne réussit plus à absorber cette augmentation d'enfants abandonnés. Devant ce triste constat, l'adoption internationale va faire son apparition en tant que solution ultime au problème de l'enfance abandonnée. Les grandes causes de ces ruptures sont vraisemblablement la stigmatisation sociale et culturelle de certains types de naissances (naissances "extraordinaires", naissances illégitimes) (A) mais aussi l'extrême pauvreté des familles, traduite par l'abandon d'enfants a été un facteur déterminant dans l'émergence de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal (B).

### **A. La stigmatisation sociale et culturelle de certains types de naissances**

**487 - Les différentes hypothèses.** En Afrique Francophone, en général, et, au Mali et au Sénégal, en particulier, certains types de naissances, perçues comme contraires à l'ordre public et aux mœurs, sont à l'origine de nombreux cas d'abandon d'enfants, particulièrement des nouveau-nés. Ce phénomène dramatique, fondé sur des raisons socioculturelles a incontestablement joué, en partie, en faveur de l'émergence de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal. En effet, profitant de ce triste constat de l'existence des enfants abandonnés dans ces pays et de la pénurie d'enfants adoptables en Occident, des ressortissants

de certains pays Occidentaux se sont tournés vers l'Afrique et notamment le Mali et le Sénégal afin de faire siens, ces enfants et de les prendre en charge par le biais de l'adoption internationale.

L'acte d'abandon du nouveau-né ou de l'enfant le sort de son environnement familial et le confie aux soins de personnes étrangères jusqu'à ce qu'une nouvelle parenté lui soit donnée grâce à l'adoption ou par l'Etat (pupille de l'Etat). L'abandon, condition indispensable à l'adoption, est liée, dans ce contexte, à des facteurs culturels (désir d'un garçon au lieu d'une fille, enfant dont la naissance est contraire aux normes sociales), politiques (guerres, génocide) ou climatiques (catastrophes naturelles).

**488 - Des naissances vues comme anormales, un facteur d'abandon.** Certaines naissances sont considérées comme " anormales ". Le concept regroupe les hypothèses dans lesquelles l'enfant est malformé, est jumeau, est né par les pieds, etc. Ces naissances anormales sont interprétées comme un signe néfaste, une malédiction, un acte de sorcellerie, dont le préjudice pour l'entourage ne laisse d'autre issue que la mort de l'enfant ou son abandon par exposition. La survie de la mère, des parents, voire du clan en dépend. Ces pratiques répondent à des obligations sociales mettant en jeu l'ensemble du groupe et leur justification est celle d'un ordre (tant culturel que naturel) qui doit faire face au désordre.

**489 - Les naissances conçues hors union : un autre facteur d'abandon.** L'une des principales causes d'abandon d'enfants au Mali et au Sénégal est la stigmatisation des naissances illégitimes. Les normes sociales rejettent très souvent l'enfant né hors union, qu'il s'agisse de l'enfant adultérin ou de l'enfant du célibat, et cela de manière si forte que cette pression sociale a pour conséquence de nombreux abandons. Ainsi, les naissances illégitimes de mères célibataires ou adultères ne trouvent aucune place au sein des familles. On constate, dans ces pays, que les enfants recueillis dans les institutions (pouponnières, orphelinats) sont souvent abandonnés ou confiés par des mères célibataires. Il s'agit des enfants nés de relations adultérines ou incestueuses ou encore d'un viol, nés de père inconnu ou nés hors mariage, généralement d'une mère adolescente et d'un père refusant de reconnaître l'enfant.

**490 - Les enfants incestueux.** Dans le cas des enfants nés de l'inceste, la mère abandonne immédiatement l'enfant après la naissance. Lorsque le nouveau-né est le fruit de relations pré-maritales ou adultérines, soit elle l'abandonne, soit elle attend le sevrage de l'enfant et le remet à son géniteur. Cette « manière de faire » s'explique par le principe de filiation propre au droit

traditionnel où l'enfant " appartient " au groupe lignager du père et non à celui de la mère<sup>575</sup>. Le père, notamment chez les populations malienne et sénégalaise, est le garant de la socialisation de l'enfant car il représente la parole de l'ancêtre et par conséquent la loi et la légitimité du groupe. Dans ce système, la place et l'importance du père proviennent du pouvoir reconnu à sa parole, à la loi dont il est un des dépositaires hiérarchiques et au nom qu'il porte.

**491 - Hypothèse.** Par exemple, une femme qui commet un adultère (socialement révélé) et qui est chassée du domicile conjugal ne songe pas à élever l'enfant issu de cette relation. Elle remettra l'enfant au père biologique, à qui est octroyé un droit de vie ou de mort sur l'enfant<sup>576</sup>. Lorsque le père reconnaît être le géniteur de l'enfant mais qu'il ne souhaite pas en prendre la responsabilité sociale, car la naissance est illégitime, autrement dit s'il ne veut ou ne peut garder l'enfant au domicile familial, la procédure d'abandon lui incombe. C'est lui ou un substitut paternel du groupe lignager (oncle ou frère aîné) qui conduit l'enfant à la pouponnière.

De fait, la surprise de l'homme qui vient déposer l'enfant à la pouponnière est grande lorsqu'à son arrivée, l'acte de naissance de l'enfant lui est demandé. Se pose aussi avec acuité la question de la transmission du patronyme.

**492 - Remarques.** Ce sont autant de situations qui peuvent conduire à la perte des liens sociaux dans un contexte où l'Etat n'est pas en mesure d'assurer la prise en charge des enfants en détresse.

L'abandon, qualifié de délit dans certains pays comme au Mali et toujours socialement réprouvé, conduit les parents et l'administration à multiplier des placements dits " temporaires " en institution ou en famille d'accueil, moindre mal par rapport à l'exploitation des enfants au travail ou dans la rue.

## **B. L'extrême pauvreté, un facteur déterminant dans les abandons d'enfants**

**493 - Justifications.** La prise en charge familiale d'enfants de la lignée, répondant à l'exigence d'une traditionnelle solidarité familiale et sociale, révèle ses limites face à

---

<sup>575</sup> À l'exception des sociétés à filiation matrilineaire (minoritaires au Mali et au Sénégal) où l'enfant « appartient » au groupe lignager de la mère, l'oncle maternel étant le responsable social de l'enfant.

<sup>576</sup> Cette pratique relève du droit traditionnel et non pas du droit de la famille actuel au Mali et au Sénégal. De fait, tout infanticide est condamné par la loi.



l'augmentation des enfants candidats potentiels à cette prise en charge et aux conditions économiques de plus en plus difficiles des familles maliennes et sénégalaises.

**494 - Le délitement de la solidarité étatique ou sociale.** La crise économique sévissant en Afrique de façon générale, et au Mali et au Sénégal, en particulier, depuis les années 80 a des conséquences dramatiques sur les conditions de vie dans le sens de leur dégradation continue. Les effets délétères de cette crise se trouvent accentués par les « potions amères » constituées par les programmes d'ajustement structurel qui, en opérant des coupes sombres massives dans les budgets consacrés aux secteurs sociaux, auraient contribué à affecter les systèmes institutionnels de solidarité et faciliter ainsi les abandons d'enfants, faute de moyens d'assurer leur prise en charge. Face à une pareille situation, les populations fortement éprouvées par la crise ont trouvé dans les leviers d'une solidarité traditionnelle vivace les supports pour pallier les méfaits d'une précarité multidimensionnelle. Mais aujourd'hui, devant l'exacerbation de la crise et de l'émergence de nouveaux types de marginalisation socio-économique, il est opportun de s'interroger sur le devenir de ces systèmes de solidarité. Ceux-ci sont actuellement mis à rude épreuve par les temps difficiles et pris dans le tourbillon des mutations sociales observables dans les sociétés malienne et sénégalaise : monétarisation des rapports sociaux, fragilisation des institutions sociales, occidentalisation des valeurs sociales, remise en cause d'une solidarité inconditionnelle. Aussi sont-ils appréhendés en saturation, en défaillance, en déclin, en crise dans un contexte de raréfaction des ressources économiques qui servent de tremplin à leur expression. Ce contexte de pauvreté a donc rendu défaillants, ces systèmes de solidarité. Par conséquent, certaines familles n'hésitent pas à offrir leur enfant à un ressortissant d'un pays occidental dans l'espoir que ce dernier s'occupe bien de lui et d'être pris en charge un jour par cet enfant.

**495 - Le délitement de la solidarité familiale.** L'extrême pauvreté constitue sans doute l'une des plus grandes menaces au droit de l'enfant de vivre en famille. Or ce droit devrait être considéré comme un droit fondamental de l'enfant. Les personnes vivant dans l'extrême pauvreté ont le droit de former une famille, d'entretenir leurs enfants, de les éduquer. Pourtant, au Mali et au Sénégal, les familles les plus pauvres ne sont pas en mesure d'assumer pleinement leur responsabilité parentale à cause de leurs conditions de vie. Comme l'a affirmé un auteur, *" la précarité est l'absence d'une ou plusieurs des sécurités permettant aux personnes et familles d'assurer leurs responsabilités élémentaires et de jouir de leurs droits fondamentaux. L'insécurité qui en résulte peut être plus ou moins grave et définitive. Elle conduit le plus souvent à la grande pauvreté quand elle affecte plusieurs domaines de*

*l'existence, qu'elle tend à se prolonger dans le temps et devient persistante, qu'elle compromet gravement les chances de reconquérir ses droits et de réassumer ses responsabilités par soi-même dans un avenir prévisible* <sup>577</sup>. « La très grande précarité est *une cause indirecte du placement des enfants. Tout placement nécessite l'adhésion des familles. Lorsqu'un placement s'avère indispensable, c'est la qualité de la place laissée aux parents, la manière dont une complémentarité pourra s'établir entre les compétences parentales et le travail des professionnels qui garantira le succès de ce placement.* ». C'est en ces termes que M. KLAJNBERG<sup>578</sup> fait, à juste titre, le lien entre l'extrême pauvreté et le placement d'enfant. Si la première est considérée comme une des causes d'abandon d'enfant, la seconde en revanche, est une des conséquences de l'abandon d'enfant.

**496 - Conséquences.** La meilleure connaissance par chacun de la misère en Afrique et notamment au Mali et au Sénégal et des dures conditions de vie endurées par les enfants de ces pays figure parmi les motivations des adoptants. Ainsi, comme l'adoption est un substitut à la filiation biologique, l'adoption internationale semble être un substitut à l'adoption interne dans ces deux pays.

La pauvreté incite très souvent les parents à renoncer à l'enfant en consentant à son adoption. Son impact sur le terrain de la filiation est plus facilement admis par le législateur, peut-être parce que cette triste réalité remonte loin dans le temps.

**497 - Modalités et enjeux de l'abandon d'enfant au Mali et au Sénégal.** L'adoption fonctionne cependant toujours sur le principe d'un abandon volontaire de l'enfant, en toute connaissance de cause. Le lien entre pauvreté et consentement est pudiquement occulté quand il n'est pas nié. Il est bien perceptible dans l'adoption internationale, laquelle est caractérisée par la pauvreté des populations concernées, notamment au Mali et au Sénégal. Dans ces pays, certains parents, confrontés à un dénuement extrême, confient généralement leur enfant à un couple étranger dans l'espoir que ces étrangers lui assureront une vie meilleure et éviter ainsi

---

<sup>577</sup> DESPOUY (L.), Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté, Rapport Final, 1996.

<http://www.cesr.org/downloads/dgps%20leaflet%20french.pdf> (Site consulté le 14 décembre 2014).

<sup>578</sup> KLAJNBERG (M.), est ancien juge des enfants en France (Tribunal de grande instance de Chambéry) in «France : le point de vue d'un juge des enfants». Revue Quart Monde, N°11 - Année 2002, p. 1. En ligne <http://www.editionsquartmonde.org/rqm/document.php?id=4949> (consulté le 25/12/2013).

qu'il meurt de faim. Leur pauvreté les contraint à faire élever leur enfant par autrui. L'abandon volontaire de l'enfant par ses parents, dans ce contexte, ne traduit pas le refus de l'enfant mais l'impossibilité de le prendre en charge. La grande précarité constitue donc une cause possible d'abandon. L'abandon se fait alors lorsque les parents, souvent la mère seule, sont au bout de leurs possibilités pour procurer le minimum vital à leur enfant; la mère s'en sépare alors pour donner une chance de survie à l'enfant, une possibilité d'éducation et de sortie de la misère. Cet abandon est alors une preuve d'amour mais ce peut être aussi qu'elle a été sollicitée par des intermédiaires douteux pour abandonner son enfant avec des contreparties ou sans qu'elle ait été éclairée sur les conséquences de son consentement. Cette situation est celle qui pose le plus de questions éthiques en matière d'adoption internationale.

**498 - Autres conséquences du délitement des liens sociaux familiaux.** Dans les pays « en transition » comme le Mali et le Sénégal, pays ne disposant d'aucun système opérationnel de protection efficace, l'enfant qui était une « chance », un « honneur », l'avenir de la lignée et la « force vive » de la nation, devient un « poids » économique et non un soutien pour sa famille. La transition est également sociale avec une déstructuration des familles et une proportion parfois majoritaire de familles nombreuses monoparentales avec des enfants de pères différents. Cependant, les placements en institution conduisent trop souvent à un délaissement de l'enfant par sa famille biologique car rien n'est fait pour maintenir ou restaurer des liens. Les répercussions sont extrêmement négatives pour l'enfant tiraillé entre l'institution et sa famille biologique (âge plus élevé à l'adoption et surtout placements itératifs qui diminuent ou suppriment l'adoptabilité psychologique ou de fait...). L'adoption est alors une solution de « rattrapage » des dégâts pour les enfants les moins déstructurés.

**499 - Un argument à tempérer.** L'abandon est exceptionnellement lié à des causes uniquement économiques et l'adoption ne peut être considérée comme une solution à la précarité d'une population compte tenu de la disproportion entre le nombre d'enfants vivant en dessous du seuil de pauvreté ou exploités ou vivant dans la rue ou placés en institution et celui des enfants proposés à l'adoption. L'expérience d'associations comme « SOS-Villages *d'enfant* » démontre la possibilité de maintenir des liens entre les orphelins et leur famille d'origine et de prévenir l'abandon de ceux qui n'ont plus qu'une mère en situation précaire même dans des situations extrêmes comme au Mali et au Sénégal. Ces différentes réalités sociales internes et internationales ont ouvert la voie vers la régulation de l'adoption internationale.

## **Section 2. La régulation progressive de l'adoption internationale**

**500 - Contexte de la régulation.** Le développement de l'adoption internationale a conduit à certaines fraudes liées au contexte économique, voire socioculturel dans lequel elle se déroule<sup>579</sup>. En effet, l'internationalisation s'est faite des pays les plus instables économiquement, encore appelés pays "pourvoyeurs d'enfants", aux plus industrialisés<sup>580</sup>, pays demandeurs. Ce constat n'est pas sans rappeler le marché de "l'offre et de la demande"<sup>581</sup> : un marché mondial où l'enfant devient l'objet de trafics, de pressions financières qui portent atteinte au respect de ses droits les plus fondamentaux. Ainsi, certains intervenants<sup>582</sup> de l'adoption peu scrupuleux, n'hésitent pas à exploiter financièrement à la fois le désir des candidats d'avoir un enfant coûte que coûte et la détresse des parents biologiques<sup>583</sup>. Il s'agit là d'une situation préoccupante due à l'internationalisation de l'adoption, laquelle fait courir à l'enfant des risques disproportionnés par rapport au bien-être qu'il peut en espérer. Face à ces constats, la communauté internationale a réagi en mettant en place, au plan international, des dispositifs de régulation de l'adoption internationale afin de minimiser les risques liés à sa pratique et permettre une meilleure protection des droits de l'enfant. Après avoir analysé la régulation progressive de l'adoption internationale (paragraphe 1), il conviendra de se pencher ensuite sur la réception juridique de ce droit international de l'adoption au niveau local (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. La régulation progressive de l'adoption internationale**

**501 - La nécessité de protéger l'enfant.** Devant le développement de l'adoption internationale et les dérives qu'elle engendrait au détriment des droits de l'enfant, la communauté internationale se devait d'apporter une réponse efficace afin de protéger les

---

<sup>579</sup> V. TRILLAT (B.) et NABINGER (S.), Adoption internationale et trafic d'enfants: Rev. inter.pol.crim., févr. 1991, p.20. Les auteurs se proposent de définir le terme de trafic. "Trafic d'enfants il y a dès qu'un acte attentatoire à son état est commis en vue du transfert de l'enfant d'une personne ou d'une institution à une autre. La notion de trafic est indissociable de celle de profit, mais ce profit ne sera pas nécessairement pécuniaire"

<sup>580</sup> Cf. Rapport établi par VAN LOON (J.-H. A.) sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, rapport préliminaire à la Dix-septième session de la Conférence internationale de droit international privé. V. également du même auteur, Note sur l'opportunité de préparer une nouvelle convention sur une coopération internationale en matière d'adoption interétatique, Doc. préliminaire n°9 - décembre 1987.

<sup>581</sup> Expression empruntée à MARMIER (M.-P.) in L'adoption, op.cit., p. 1999

<sup>582</sup> Il s'agit en effet d'une activité lucrative qui peut attirer certains avocats, notaires, juges et travailleurs sociaux des pays d'origine. De par leur position stratégique, ils peuvent faciliter frauduleusement le processus de l'adoption internationale.

<sup>583</sup> Des pressions sont souvent exercées sur les mères en détresse afin que, moyennant finance, elles autorisent l'adoption de leur enfant.

enfants et de moraliser le processus d'adoption des enfants en provenance de l'étranger. Cette réponse s'est traduite par une tentative de construction d'un véritable droit international de l'adoption. Après avoir analysé les prémices de cette construction (A), il conviendra de s'attarder ensuite sur son aboutissement (B).

### **A. Les prémices de la construction du droit international de l'adoption**

**502 - Un droit régional à vocation internationale.** Au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, les premières initiatives visant à la construction d'un droit international de l'adoption ont vu le jour au travers la mise en place de deux normes conventionnelles régionales à vocation universelle : la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la compétence des autorités, à la loi applicable et la reconnaissance des décisions rendue en matière d'adoption<sup>584</sup> et la Convention européenne de 1967<sup>585</sup>. Même si elles se sont révélées inefficaces ou insuffisantes pour résoudre les problèmes posés par la mondialisation de l'adoption, ces conventions ont eu le mérite de faire respecter les droits des enfants à travers l'émergence progressive d'une coopération interétatique. Elles avaient pour but de réguler les pratiques de l'adoption transnationale et harmoniser les législations dans les Etats partageant une même aire géographique. Cependant, le tâtonnement des initiateurs de ces conventions (1) s'est soldé par un relatif échec (2).

---

<sup>584</sup> Cette Convention, considérée comme la toute première Convention qui traite exclusivement de l'adoption, a été élaborée à l'occasion de la dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé qui s'est tenue du 7 au 28 octobre 1964. Conclue le 15 novembre 1965, cette convention a cessé d'avoir effet le 23 octobre 2008 conformément à son article 23. Trois pays ont ratifié puis dénoncé cette Convention ( Autriche, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse). A ce jour, aucun Etat n'est lié par cette Convention. V. le site officiel de la Conférence de La Haye de droit international privé [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.status&cid=75#nonmem](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=75#nonmem). V. aussi LAGARDE (P.), La X<sup>ème</sup> session de la Conférence de La Haye de droit international privé : Rev. Crit. DIP 1965, p. 254.

<sup>585</sup> La Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 est l'œuvre du Conseil de l'Europe. Elle a été adoptée à Strasbourg, le 24 avril 1967. Elle est entrée en vigueur le 26 avril 1968. En 2008, dix huit des quarante sept Etats membres du Conseil de l'Europe avaient ratifié la Convention et trois l'avaient signé. A cette date, une version révisée est élaborée puis adoptée. Cette version est entrée en vigueur le 01/09/ 2011. Au 23 mars 2015 ( cf. <http://conventions.coe.int/>), cette version est en vigueur dans 18 des 47 Etats membres du Conseil. Le texte révisé introduit de nouvelles règles en matière de consentement, élargit l'accès à l'adoption en l'ouvrant aux couples non mariés, homosexuels ou hétérosexuels, traite des questions d'accès aux origines et fixe des conditions d'âge pour accéder à l'adoption. V. également, Rapport explicatif sur la Convention européenne, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1969, p. 5. V. également DESMOTTES (G.), vers un droit européen de l'adoption : RTD sanit. Soc. 1967, p. 275. Elle a été signée à Strasbourg sous l'égide du Conseil de l'Europe, la Convention est entrée en vigueur le 26 avril 1968.

## **1. Le tâtonnement des initiateurs du droit international de l'adoption**

**503 - Hésitations sur les méthodes d'élaboration.** Par initiateurs du droit international de l'adoption, il faut entendre les auteurs des deux premières Conventions relatives à l'adoption transnationale, précitées : la Convention de La Haye de 1965 et la Convention européenne de 1967. Les auteurs de ces deux Conventions, animés par le souci d'assurer une meilleure protection des enfants dans les adoptions internationales à travers la mise en place de mécanismes de coopération entre les Etats, avaient choisi de privilégier, comme méthode d'élaboration desdites Conventions, les règles matérielles. Toutefois, ces règles matérielles ne fixent pas les conditions de l'adoption internationale. Elles posent des principes généraux sur l'adoption. Elles devront être complétées par des règles de conflit de lois dans les Etats.

**504 - Conséquence.** En réalité, la méthode utilisée par les auteurs des Conventions précitées avait pour finalité de désigner l'ordre juridique qui permettra d'appliquer la loi du for, considérée comme plus favorable aux adoptants. Mais cet effort d'harmonisation conventionnelle entrepris en matière d'adoption internationale s'est néanmoins soldé par un relatif échec pour ces premières initiatives dans la construction d'un véritable droit international de l'adoption protecteur des droits de l'enfant.

**505 - L'approche adoptée par la Convention de La Haye de 1965.** Après avoir longtemps hésité entre la méthode conflictuelle et la méthode fondée sur l'élaboration de règles matérielles, la Convention de La Haye de 1965 a finalement opté pour un mélange de ces deux règles. Certes, une convention posant exclusivement des règles matérielles aurait eu l'avantage de régir directement le fond du droit de l'adoption internationale et ainsi d'uniformiser la matière, mais elle se révélait extrêmement contraignante pour les Etats-parties. En effet, sous cette façade uniforme se cachait un foisonnement de règles variées qui aurait obligé les Etats-membres à modifier leur législation interne afin qu'elle soit en conformité avec la Convention susvisée, ce qui aurait pu constituer un obstacle à sa ratification. A titre d'exemple, on peut relever que certains Etats-membres ne connaissaient pas l'adoption plénière alors qu'elle était souhaitable en matière d'adoption internationale. En effet, ce type d'adoption nécessite une certaine solidité du lien adoptif dans la mesure où l'enfant est transféré d'un pays à l'autre.

**506 - L'approche adoptée par la Convention européenne de 1967.** La Convention européenne de 1967 s'est à son tour préoccupée d'unifier les lois internes des membres du Conseil de l'Europe sur l'adoption en vue d'en moraliser les pratiques. Cette convention

développe des règles matérielles mais n'aborde que de façon indirecte la question des adoptions internationales<sup>586</sup>, traitant l'institution de manière générale, tant sur le plan national qu'international. Cette posture était justifiée par le fait que les déplacements d'enfants entre Etats-membres du Conseil de l'Europe, en vue de leur adoption, ne constituaient à l'époque, qu'une minorité des cas d'adoption internationale<sup>587</sup>. En réalité, la méthode adoptée par les auteurs de cette convention consiste à éviter le recours au droit international privé en harmonisant les droits internes ou en procédant à des ententes administratives internationales. Ils abandonnent une réglementation uniforme du droit de l'adoption au profit de l'élaboration de principes généraux que les Etats s'engagent à mettre en œuvre dans leur législation interne. Pour preuve, le préambule précise bien que « *l'acceptation de principes communs et de pratiques communes en ce qui concerne l'adoption des enfants contribuerait à aplanir les difficultés causées par ces divergences et permettrait en même temps de promouvoir le bien des enfants qui sont adoptés* ». Les divergences dont il est question sont celles qui touchent les principes gouvernant l'adoption et celles qui touchent la procédure et les effets juridiques de l'adoption. Par conséquent, la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 n'est pas une Convention de droit international privé, à la différence de celle de La Haye

---

<sup>586</sup> L'adoption internationale n'est formellement visée que dans les articles 11 et 14. L'article 11 dispose que : " 1 Si l'enfant adopté n'a pas, dans le cas d'adoption par une seule personne, la nationalité de l'adoptant ou, dans le cas d'adoption par des époux, leur commune nationalité, la Partie contractante dont l'adoptant ou les adoptants sont ressortissants facilitera l'acquisition de sa nationalité par l'enfant. 2 La perte de nationalité qui pourrait résulter de l'adoption est subordonnée à la possession ou à l'acquisition d'une autre nationalité ". L'article 14 dispose que : " Lorsque les enquêtes effectuées pour l'application des articles 8 et 9 de la présente Convention se rapporteront à une personne qui réside ou a résidé sur le territoire d'une autre Partie contractante, cette Partie contractante devra s'efforcer d'obtenir que les renseignements nécessaires qui lui sont demandés soient fournis sans délai. Les autorités peuvent communiquer directement entre elles à cet effet ". La rédaction de ces articles a changé avec la nouvelle version de la Convention. Ainsi, l'article 11 dispose que : " 1 *Lors de l'adoption, l'enfant devient membre à part entière de la famille de l'adoptant ou des adoptants et a, à l'égard de l'adoptant ou des adoptants et à l'égard de sa ou de leur famille, les mêmes droits et obligations que ceux d'un enfant de l'adoptant ou des adoptants dont la filiation est légalement établie. L'adoptant ou les adoptants assument la responsabilité parentale vis-à-vis de l'enfant. L'adoption met fin au lien juridique existant entre l'enfant et ses père, mère et famille d'origine. 2 Néanmoins, le conjoint, le partenaire enregistré ou le concubin de l'adoptant conserve ses droits et obligations envers l'enfant adopté si celui-ci est son enfant, à moins que la législation n'y déroge. 3 En ce qui concerne la rupture du lien juridique existant entre l'enfant et sa famille d'origine, les Etats Parties peuvent prévoir des exceptions pour des questions telles que le nom de famille de l'enfant, les empêchements au mariage ou à la conclusion d'un partenariat enregistré. 4 Les Etats Parties peuvent prévoir des dispositions relatives à d'autres formes d'adoption ayant des effets plus limités que ceux mentionnés aux paragraphes précédents du présent article* ". L'article 14 dispose que : " 1 *L'adoption ne peut être révoquée ou annulée que par décision de l'autorité compétente. L'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours primer sur toute autre considération. 2 Avant que l'enfant ait atteint la majorité, la révocation de l'adoption ne peut intervenir que pour des motifs graves prévus par la législation. 3 La demande en annulation doit être déposée dans un délai fixé par la législation* ".

<sup>587</sup> C'est la raison pour laquelle, l'adoption internationale n'était qu'un cas particulier de l'adoption.

de 1965. La Convention européenne de 1967 est plutôt une loi uniforme internationale. Elle n'a pas pour vocation de régler les conflits entre plusieurs ordres juridiques étatiques, mais des conflits de sources au sein de l'ordre juridique étatique ( par exemple, un conflit entre une règle de source étatique et une règle de source internationale ).

**507 - Remarques.** Les hésitations des auteurs de ces conventions susvisées à mettre en place un système de coopération internationale et de responsabilisation des Etats, fondé sur une méthode apte à satisfaire les intérêts à la fois des adoptants et des adoptés potentiels, vont entacher l'efficacité de ces premières conventions dans la construction d'un droit international de l'adoption respectueux des droits de l'enfant. En conséquence, les tentatives initiales ne vont pas atteindre les résultats espérés.

## **2. Le relatif échec des tentatives initiales**

**508 - Des conventions moins audacieuses.** Les initiateurs des conventions susvisées ont eu le mérite de faire respecter les droits des enfants à travers l'émergence progressive d'une coopération interétatique. Toutefois, confrontées au changement de réalité sociale de l'adoption internationale et à son développement au plan universel, les Conventions de La Haye de 1965 et du Conseil de l'Europe de 1967 se sont montrées inefficaces pour faire face à la dimension internationale de l'adoption. Ce relatif échec tient surtout aux méthodes utilisées par les auteurs et aux conditions dans lesquelles la Convention de La Haye de 1965<sup>588</sup> et la Convention européenne de 1967 sur l'adoption ont été élaborées. Ces conventions n'ont été conclues qu'entre pays d'Europe occidentale, pour des adoptions intra-européennes. Elles ont ainsi négligé le fait que le facteur de rattachement de statut personnel varie d'un système juridique à l'autre en accordant une place privilégiée à la loi de l'adoptant.

**509 - Les lacunes de la Convention de La Haye de 1965.** De façon quelque peu prématurée dans l'état du droit positif de l'époque, les initiateurs de la Convention de La Haye de 1965 avait cru pouvoir préparer le terrain à l'unification des règles internationales de l'adoption. Mais, ils ne réussirent pas à atteindre cet objectif à cause du mauvais choix opéré par eux quant à la méthode d'élaboration de la Convention. En effet, les auteurs de ladite Convention n'avaient pas voulu suivre les recommandations du Service social international et du rapport d'experts qui avait été formulé à la Conférence de Leysin sur l'organisation d'une coopération

---

<sup>588</sup> Trois pays ont ratifié cette convention avant de la dénoncer par la suite ( Autriche, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse).



entre les tribunaux et les autorités de la résidence habituelle de l'adoptant et celle de l'adopté<sup>589</sup>. Par conséquent, la Convention susvisée n'avait prévu que des règles de procédure et de fond incomplètes. Ainsi, elle était muette sur la non-admissibilité de l'adoption par la loi de l'enfant ou les effets du lien adoptif. Elle prévoyait que c'est aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle ou de la nationalité des adoptants qu'il conviendrait de procéder à la création du lien par application de leur propre loi<sup>590</sup>, la loi de l'adopté n'étant appelé à jouer qu'un rôle réduit pour les consentements et consultations d'autres que les membres de la famille de l'adoptant<sup>591</sup>. Ainsi, un consensus prévalait parmi les délégations présentes afin que la Convention fixe les autorités et la loi compétente pour prononcer une adoption internationale et obliger chacun des Etats-membres à reconnaître sur son territoire les adoptions prononcées dans un autre Etat-membre<sup>592</sup>.

**510 - Le principe du lex-forisme tempéré par la prise en compte de la loi nationale des adoptants.** L'article 3 de la Convention de La Haye de 1965 dispose que : " sont compétentes pour statuer sur l'adoption : a) les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'adoptant ou, lorsqu'il s'agit d'une adoption par des époux, les autorités de l'Etat dans lequel ils ont tous deux leur résidence habituelle ; b) les autorités de l'Etat de leur nationalité commune. Les conditions de résidence habituelle et de nationalité doivent être remplies tant au moment où les autorités visées au présent article sont saisies qu'au moment où elles statuent ". Cette disposition établit une compétence concurrente entre la lex fori et la loi nationale des personnes dans la désignation des autorités chargées de statuer sur l'adoption. Ce double

---

<sup>589</sup> Cf. VAN LOON (J.H.A), Actes et Documents La Haye, cité par BOULANGER (F.), in « Enjeux et Défis de l'Adoption », op.cit., p. 179.

<sup>590</sup> Cf. article 3 de la Convention de La Haye de 1965. Cet article dispose que " sont compétentes pour statuer sur l'adoption : a) les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'adoptant ou, lorsqu'il s'agit d'une adoption par des époux, les autorités de l'Etat dans lequel ils ont tous deux leur résidence habituelle ; b) les autorités de l'Etat de leur nationalité commune. Les conditions de résidence habituelle et de nationalité doivent être remplies tant au moment où les autorités visées au présent article sont saisies qu'au moment où elles statuent ".

<sup>591</sup> V. à ce sujet, l'article 5 de la Convention de La Haye de 1965 qui dispose que : " Les autorités visées à l'article 3, alinéa premier, appliquent la loi nationale de l'enfant aux consentements et consultations autres que ceux d'un adoptant, de sa famille et de son conjoint. Si, d'après la loi nationale de l'enfant, celui-ci ou un membre de sa famille doit personnellement comparaître devant l'autorité qui statue sur l'adoption, il y a lieu de procéder, le cas échéant, par voie de commission rogatoire lorsque la personne en question n'a pas sa résidence habituelle dans l'Etat de ladite autorité ".

<sup>592</sup> V. en ce sens, LOUSSOUARN (Y.), La Xe session de la Conférence de La Haye de droit international privé : JDI 1965, n°11, p. 7. – V. également, LAGARDE (P.), La Xe session de la Conférence de La Haye de droit international privé : Rev. Crit. DIP 1965, p. 249.

rattachement en matière de statut personnel était le résultat d'un compromis<sup>593</sup> entre les systèmes fondés sur le critère du domicile et ceux fondés sur la nationalité. Le critère de la résidence habituelle a été retenu par les initiateurs de la Convention susvisée au détriment de celui plus polysémique de domicile. En effet, ce dernier critère présentait l'inconvénient d'être une notion de droit susceptible d'acceptions diverses selon les Etats en présence. En revanche, le critère de résidence habituelle<sup>594</sup> retenu permettait de transcender les divergences qui régnaient principalement entre la conception anglo-américaine et celle des pays de civil law en vue d'amener les Etats à ratifier une Convention à vocation universaliste destinée à régir l'adoption d'enfants étrangers au sein des Etats-membres, fut-elle une Convention imparfaite.

**511 - Le choix du lex forisme adopté par les rédacteurs de la Convention.** L'option consistant à privilégier le rattachement aux autorités de l'adoptant, il trouvait son fondement dans l'idée selon laquelle les autorités du pays de ce dernier étaient les mieux placées pour apprécier l'opportunité d'une telle adoption dans la mesure où l'adopté, avait vocation à vivre auprès de ses parents adoptifs<sup>595</sup>. L'intérêt de l'enfant se trouvait donc dans la désignation d'une autorité bien informée qui puisse agir rapidement et avec efficacité. Cette démarche permettait, en fait, de limiter le plus possible le nombre des autorités compétentes pour statuer sur l'adoption, afin de ne pas multiplier les lois compétentes et les problèmes d'harmonisation qui en découlaient. Par conséquent, l'ensemble de la procédure se trouvait centralisé entre les mains des seules autorités du pays d'accueil.

**512 - Une place résiduelle accordée aux autorités du pays de naissance ou de la nationalité de l'enfant.** La Convention n'envisageait l'intervention des autorités du pays de la naissance ou de la nationalité de l'enfant que de façon résiduelle. Or, elles étaient aussi intéressées par le placement dont le mineur faisait l'objet, ainsi que par les questions relatives

---

<sup>593</sup> En effet, les législations étaient divisées entre deux solutions, celles de la nationalité et celles du domicile. La plupart des pays européens du Moyen-Orient et d'Extrême-Orient penchent pour la solution de la nationalité, tandis que les pays anglo-saxons, scandinaves et la plupart des pays d'Amérique latine adoptent la solution du domicile. Or, parmi les pays participants à l'élaboration de la Convention de 1965, se trouvent l'Espagne, la France, la Grèce, la Norvège, les Pays-Bas, la République Arabe-Unie, Israël, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, les Etats-Unis d'Amérique... Face à cette divergence, une faculté de réserve a été émise à l'égard des autorités et de la loi nationale du ou des adoptants (art. 3b et 4).

<sup>594</sup> En réalité la résidence habituelle est une notion de fait qui ne peut être définie que par référence à des circonstances propres à chaque espèce. En pareil cas, la résidence ne peut être considérée comme un substitut de la nationalité puisqu'elle ne traduit en rien l'allégeance d'un individu à un Etat. De ce fait, le critère de la nationalité a aussi été retenu par les rédacteurs de la Convention de La Haye de 1965.

<sup>595</sup> La solution reflète, également, la volonté de rapprocher le plus possible l'adoption de la filiation légitime.

au consentement de la famille biologique. Les autorités locales n'avaient qu'un droit de participation à l'adoption et ce, à l'occasion d'enquêtes sociales approfondies<sup>596</sup> sur les adoptants, l'enfant et sa famille, menées par les autorités prononçant l'adoption. Toutefois, la Convention obligeait les autorités compétentes de l'Etat ayant statué sur l'adoption, d'informer<sup>597</sup> les autorités de l'Etat dont l'enfant avait la nationalité et celles de l'Etat de naissance de l'enfant. Il résulte de cette analyse que bien que les autorités du pays d'origine n'intervenaient pas directement dans la procédure de l'adoption, elles avaient néanmoins une certaine place, fut-elle résiduelle, dans le processus d'adoption. Dès lors, le rapprochement des règles matérielles et des règles de conflit conduisait, progressivement, à la mise en place d'un semblant de coopération entre les pays d'origine et d'accueil. En outre, cette Convention avait pour mérite de poser un principe assez simple quant à la loi applicable à l'adoption.

### **513 - La simplicité recherchée dans la désignation de la loi applicable à l'adoption.**

D'après la Convention de La Haye de 1965, l'autorité saisie d'une demande d'adoption, de révocation ou d'annulation appliquait sa loi interne aux conditions de l'adoption, de la révocation ou de l'annulation<sup>598</sup>. Par conséquent, la solution du conflit de lois était placée

---

<sup>596</sup> V. Article 6 de la Convention de La Haye de 1965. Cet article dispose que : " Les autorités visées à l'article 3, alinéa premier, ne prononcent l'adoption que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Elles procèdent préalablement, par l'intermédiaire des autorités locales appropriées, à une enquête approfondie concernant le ou les adoptants, l'enfant et sa famille. Dans toute la mesure du possible l'enquête est effectuée avec la collaboration d'organisations publiques ou privées qualifiées en matière d'adoption sur le plan international et le concours de travailleurs sociaux ayant reçu une formation spéciale ou ayant une expérience particulière des problèmes d'adoption.

Les autorités de tous les Etats contractants prennent sans délai toutes mesures d'entraide demandées en vue d'une adoption à laquelle la présente Convention est applicable ; les autorités peuvent communiquer directement entre elles à cet effet.

Tout Etat contractant a la faculté de désigner une ou plusieurs autorités chargées des communications prévues à l'alinéa précédent "

<sup>597</sup> V. Article 9 de la Convention de La Haye de 1965. Cet article dispose que : " Lorsque l'une des autorités compétentes selon l'article 3, alinéa premier, a statué sur une adoption, elle en informe le cas échéant l'autre Etat dont les autorités étaient également compétentes à cet effet, ainsi que l'Etat dont l'enfant a la nationalité et l'Etat contractant où l'enfant est né.

Lorsque l'une des autorités compétentes selon l'article 7, alinéa premier, a annulé ou révoqué une adoption, elle en informe l'Etat dont l'autorité avait statué sur l'adoption ainsi que l'Etat dont l'enfant a la nationalité et l'Etat contractant où l'enfant est né "

<sup>598</sup> V. Conv. Préc., articles. 4 et 7. L'alinéa premier de l'article 4 prévoit que " Les autorités visées à l'article 3, alinéa premier, appliquent, sous réserve de l'article 5, alinéa premier, leur loi interne aux conditions de l'adoption ". Quant à l'article 7, il dispose que : " Sont compétentes pour annuler ou révoquer une adoption à laquelle la présente Convention est applicable : a) les autorités de l'Etat contractant dans lequel l'adopté a sa résidence habituelle au jour de la demande d'annulation ou de révocation ; b) les autorités de l'Etat contractant dans lequel,

sous la dépendance de la désignation de l'autorité compétente. Pour justifier une telle solution, l'idée avancée était « *qu'il (était) plus commode pour le juge d'appliquer sa propre loi* »<sup>599</sup>. Toutefois, ce postulat souffrait de quelques exceptions, le problème du conflit de lois n'ayant pu être entièrement éludé. En effet, l'adoption fait partie du droit des personnes, ce qui sous-entend que la règle de rattachement est celle du statut personnel. Or, l'état et la capacité des étrangers sont régis dans la plupart des pays, notamment en France, par leur loi nationale. Dans ces conditions, les Etats attachés au principe de la nationalité ont souhaité qu'une place soit accordée à la loi nationale.

**514 - L'intervention de la loi nationale de l'adopté.** La Convention faisait intervenir la loi nationale de l'adopté pour « *régir les consentements et consultations autres que ceux d'un adoptant, de sa famille et de son conjoint* »<sup>600</sup>. Il s'agissait de ceux de l'adopté, de sa famille biologique ou encore de celui de l'autorité qui lui était substituée<sup>601</sup>. Quant à la révocation d'une adoption, elle pouvait se référer, selon l'article 7, alinéa 2 b, de la Convention, à la loi nationale de l'adopté.

---

au jour de la demande d'annulation ou de révocation, l'adoptant a sa résidence habituelle ou dans lequel, lorsqu'il s'agit d'une adoption par des époux, ces derniers ont tous deux leur résidence habituelle ; c) les autorités de l'Etat dans lequel il a été statué sur l'adoption. Une adoption peut être annulée en application : a) soit de la loi interne de l'autorité qui a statué sur l'adoption ; b) soit de la loi nationale de l'adoptant ou des époux au moment où il a été statué sur l'adoption lorsque la nullité a pour cause la violation d'une des interdictions visées par l'article 4, alinéa 2 ; c) soit de la loi nationale de l'adopté lorsque la nullité a pour cause le défaut ou le vice de l'un des consentements requis par cette loi. Une adoption peut être révoquée en application de la loi interne de l'autorité saisie ».

<sup>599</sup> V. LOUSSOUARN (Y.), La Xème session de la Conférence de La Haye de droit international privé : JDI 1965, p.9.

<sup>600</sup> V. Article 5 de la Convention de La Haye de 1965 qui dispose que : " Les autorités visées à l'article 3, alinéa premier, appliquent la loi nationale de l'enfant aux consentements et consultations autres que ceux d'un adoptant, de sa famille et de son conjoint.

Si, d'après la loi nationale de l'enfant, celui-ci ou un membre de sa famille doit personnellement comparaître devant l'autorité qui statue sur l'adoption, il y a lieu de procéder, le cas échéant, par voie de commission rogatoire lorsque la personne en question n'a pas sa résidence habituelle dans l'Etat de ladite autorité ».

<sup>601</sup> Conv. préc., art. 3b et 4. L'article 3b prévoit que " Sont compétentes pour statuer sur l'adoption (...) les autorités de l'Etat de la nationalité de l'adoptant ou, lorsqu'il s'agit d'une adoption par des époux, les autorités de l'Etat de leur nationalité commune ". L'article 4 qui dispose que " Les autorités visées à l'article 3, alinéa premier, appliquent, sous réserve de l'article 5, alinéa premier, leur loi interne aux conditions de l'adoption. Toutefois les autorités compétentes en raison de la résidence habituelle doivent respecter toute interdiction d'adopter consacrée par la loi nationale de l'adoptant ou, s'il s'agit d'une adoption par des époux, par leur loi nationale commune, lorsque cette interdiction a fait l'objet d'une déclaration visée par l'article 13 ».

**515 - L'intervention de la loi nationale de l'adoptant.** La loi nationale de l'adoptant était retenue, dans l'hypothèse où les autorités saisies de la demande d'adoption étaient celles de l'adoptant en raison de sa résidence habituelle<sup>602</sup>. Néanmoins, elles devaient tenir compte des interdictions consacrées par la loi nationale dans la mesure où cette prohibition avait fait l'objet d'une déclaration à l'occasion de sa signature ou de la ratification de la Convention<sup>603</sup>. Par ailleurs, l'intérêt essentiel d'une telle Convention était d'assurer la reconnaissance des décisions d'adoption dans les autres Etats-membres. Toutefois, cette reconnaissance présentait des lacunes en ce sens qu'elle ne concernait que la validité de l'adoption prononcée à l'étranger.

**516 - Une reconnaissance lacunaire des décisions d'adoption étrangères.** L'article 8<sup>604</sup> de la Convention de La Haye de 1965 proposait que toutes les adoptions prononcées par les autorités compétentes, au sens de la Convention, soient reconnues de plein droit dans tous les Etats parties. Si une telle mesure avait l'avantage d'assurer une certaine sécurité pour l'enfant, en revanche, elle ne le protégeait pas de certaines adoptions frauduleuses puisque seules les conditions de forme étaient alors vérifiées à l'occasion du contrôle de la compétence de l'autorité qui avait statué. En outre, la reconnaissance prévue par la Convention susvisée ne concernait que la validité de l'adoption étrangère ; rien n'était organisé quant à ses effets. Cette

---

<sup>602</sup> V. Article 3 a) de la Convention précitée. Cette disposition prévoit que " sont compétentes pour statuer sur l'adoption : les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'adoptant ou, lorsqu'il s'agit d'une adoption par des époux, les autorités de l'Etat dans lequel ils ont tous deux leur résidence habituelle..."

<sup>603</sup> Conv. préc., art. 4 al.2 et art.13. L'article 13 prévoit que : " Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, peut faire, aux fins de l'application de l'article 4, alinéa 2, une déclaration spécifiant une ou plusieurs interdictions d'adopter consacrées par sa loi interne et fondées sur : a) l'existence de descendants du ou des adoptants ; b) le fait que l'adoption est demandée par une seule personne ; c) l'existence d'un lien du sang entre un adoptant et l'enfant ; d) l'existence d'une adoption antérieure de l'enfant par d'autres personnes ; e) l'exigence d'une différence d'âge entre le ou les adoptants et l'enfant ; f) les conditions d'âge de ou des adoptants et de l'enfant ; g) le fait que l'enfant ne réside pas chez le ou les adoptants. Une telle déclaration peut être retirée à tout moment. Le retrait sera notifié au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas. L'effet d'une déclaration retirée cessera le sixième jour après la notification mentionnée à l'alinéa précédent ".

<sup>604</sup> L'article 8 de la Convention de La Haye de 1965 dispose que : " Toute adoption à laquelle la présente Convention est applicable et sur laquelle a statué une autorité compétente au sens de l'article 3, alinéa premier, est reconnue de plein droit dans tous les Etats contractants.

Toute décision d'annulation ou de révocation prononcée par une autorité compétente au sens de l'article 7 est reconnue de plein droit dans tous les Etats contractants.

Si une contestation s'élève dans un Etat contractant sur la reconnaissance d'une telle adoption ou décision, les autorités de cet Etat sont liées, lors de l'appréciation de la compétence de l'autorité qui a statué, par les constatations de fait sur lesquelles ladite autorité a fondé sa compétence ".

lacune était tout à fait regrettable dans la mesure où les effets de l'adoption étaient une question primordiale pour assurer une parfaite efficacité du statut de l'adopté. A ce propos, un auteur à relever, à juste titre, qu'il " (était) pour le moins paradoxal de s'attacher à la naissance et à la mort de l'adoption sans en régir la vie"<sup>605</sup>.

**517 - Remarques.** Il résulte de l'analyse ainsi faite que la Convention de La Haye de 1965 ne réglait que la validité, l'existence ou la reconnaissance de l'adoption étrangère. Elle ne se préoccupait pas des effets attachés à l'adoption prononcée. Par conséquent, l'intérêt de l'enfant n'était pas entièrement assuré puisque les Etats demeuraient libres de déterminer les effets attachés à l'adoption.

**518 - L'expérience de la Convention européenne de 1967.** Tirant les leçons de l'échec de la Convention de La Haye de 1965, le Conseil de l'Europe va tenter d'éviter les erreurs commises par les rédacteurs de ladite Convention en élaborant la Convention européenne de 1967. Cette dernière, dont l'objectif principal était d'unifier les lois internes des membres du Conseil de l'Europe sur l'adoption afin d'en moraliser les pratiques, se soldera, à son tour, par un échec. Toutefois, la Convention européenne a eu le mérite de développer des dispositions relatives à l'éthique, aux conditions et surtout aux effets de l'adoption, qui seront autant de points de référence pour les conventions futures.

**519 - Les prémices des principes éthiques de l'adoption internationale.** La Convention européenne a jeté les bases du principe fondamental selon lequel l'adoption a pour but d'assurer le bien-être de l'enfant<sup>606</sup>. Dans le même sens, la Convention susvisée prévoit que l'adoption doit conférer au mineur "un foyer stable et harmonieux". Le droit de l'enfant à une famille est ainsi réaffirmé. Néanmoins, seule l'adoption est ici envisagée comme solution à l'épanouissement de l'enfant ; l'alternative du maintien dans la famille biologique est, en revanche, éludée. En outre, conformément à sa vision de moralisation de l'adoption, la Convention européenne recommande aux Etats-parties de prendre ultérieurement des dispositions "pour prohiber tout gain injustifié provenant de la remise d'un enfant en vue de son adoption"<sup>607</sup>. Par ailleurs, dans la perspective de protéger les Etats-parties en présence, les

---

<sup>605</sup> LOUSSOUARN (Y.), La Xème session de la Conférence de La Haye de droit international privé: art. préc., p.11.

<sup>606</sup> Cf. art. 8, §1 de la Convention européenne de 1967. Cette disposition prévoit que " L'autorité compétente ne prononcera une adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption assurera le bien de l'enfant."

<sup>607</sup> Conv. préc. art., 15. Cet article dispose que : " Des dispositions seront prises pour prohiber tout gain injustifié provenant de la remise d'un enfant en vue de son adoption ".

initiateurs de la Convention mettent en place des dispositions régissant les conditions de l'adoption. Mais ces conditions se révèleront insuffisantes pour assoir une réelle harmonisation des différentes pratiques de l'adoption dans les Etats-membres et assurer ainsi une meilleure protection des droits de l'enfant.

**520 - Des conditions de l'adoption peu satisfaisantes.** Les conditions de l'adoption internationale posées par la Convention européenne n'ont pas été à hauteur du souhait. Ces conditions étaient censées mettre fin aux divergences législatives des Etats contractants afin de réaliser une harmonisation des différentes pratiques. Mais la généralité avec laquelle les dispositions relatives tant aux conditions de fond que de forme de l'adoption ont été rédigées, n'a pas permis de réaliser un tel objectif.

**521 - Illustrations relatives aux conditions de fond.** Par rapport aux conditions de fond, l'article 4 de la Convention de 1967 prévoit par exemple que " l'adoption n'est valable que si elle est prononcée par une autorité judiciaire ou administrative ". Cette disposition est imprécise quant à la détermination spatiale de l'autorité compétente quand bien même que la Convention européenne n'avait pas à se soucier des solutions aux conflits de juridictions étant donné que ladite Convention n'est pas une convention de droit international privé<sup>608</sup>. La disposition en question, vise ainsi les autorités judiciaires et administratives de chaque Etat-membre contractant du Conseil de l'Europe, sans se préoccuper des autorités du pays d'origine de l'enfant. L'intérêt de la désignation d'une autorité compétente réside dans la détermination de son rôle au cours des différentes étapes du processus adoptif<sup>609</sup>. En effet, l'article visé a

---

<sup>608</sup> V. en ce sens supra, p. 262, n° 503.

<sup>609</sup> Convention européenne de 1967, art. 5 §2, art.8, art.9. L'article 5, alinéa 2 prévoit qu' " Il n'est pas permis à l'autorité compétente: (a) de se dispenser de recueillir le consentement de l'une des personnes visées au paragraphe 1 ci-dessus, ou (b) de passer outre au refus de consentement de l'une des personnes ou de l'un des organismes visés audit paragraphe 1, sinon pour des motifs exceptionnels déterminés par la législation. Quant à l'article 8, il dispose que : " l'autorité compétente ne prononcera une adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption assurera le bien de l'enfant..." (1). L'autorité compétente ne prononcera une adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption assurera le bien de l'enfant. (2). Dans chaque cas, l'autorité compétente attachera une particulière importance à ce que cette adoption procure à l'enfant un foyer stable et harmonieux. (3). En règle générale, l'autorité compétente ne considérera pas comme remplies les conditions précitées si la différence d'âge entre l'adoptant et l'enfant est inférieure à celle qui sépare ordinairement les parents de leurs enfants. L'article 9 prévoit que " 1. L'autorité compétente ne prononcera une adoption qu'après une enquête appropriée concernant l'adoptant, l'enfant et sa famille. 2. L'enquête devra, dans la mesure appropriée à chaque cas, porter notamment sur les éléments suivants : (a) La personnalité, la santé et la situation économique de l'adoptant, sa vie de famille et l'installation de son foyer, son aptitude à éduquer l'enfant; (b) Les motifs pour lesquels l'adoptant souhaite adopter l'enfant; (c) Les motifs pour lesquels, au cas où l'un seulement de deux époux demande à adopter un enfant, le conjoint ne s'associe pas à la demande; (d) La convenance mutuelle entre

pour finalité d'empêcher qu'un enfant ne soit adopté par contrat privé sans que les pouvoirs publics puissent intervenir. Dès lors, la mission confiée à l'autorité compétente consiste à vérifier que toutes les conditions nécessaires de l'adoption sont bien remplies afin de garantir une vie meilleure à des enfants en détresse.

**522 - Illustrations relatives aux conditions de forme.** Quant aux conditions de forme, elles visent essentiellement le placement de l'enfant dans sa famille adoptive. En vertu de l'article 17 de la Convention européenne de 1967, " l'adoption ne peut être prononcée que si l'enfant a été confié aux soins des adoptants pendant une période suffisamment longue pour que l'autorité compétente puisse raisonnablement apprécier les relations qui s'établiraient entre eux si l'adoption était prononcée ". En revanche, rien n'est précisé quant aux conditions dans lesquelles le placement doit être effectué. Le seul effet reconnu au bon déroulement du placement est d'aboutir à un jugement d'adoption. De même, la question de savoir si un tel placement a d'autres effets juridiques, face à une demande de restitution de l'enfant placé ou encore à une reconnaissance ou déclaration de filiation, n'a pas été envisagée. Dès lors, on peut affirmer que cette disposition n'offre pas une protection infaillible à l'enfant, dans la mesure où l'article 17 fait partie d'une liste supplémentaire de principes susceptibles d'être rajoutés. Les Etats contractants sont alors libres de modifier ou non leur législation pour la mettre en conformité avec les principes de la Convention. En revanche, les dispositions relatives aux effets de l'adoption garantissent une certaine stabilité au statut de l'adopté.

**523 - Des effets de l'adoption relativement avantageux pour l'enfant.** Les auteurs de la Convention européenne de 1967 se sont inspirés de la loi française de 1966 pour fixer les effets de l'adoption. Ces derniers ont été envisagés tant sur le plan patrimonial que celui extrapatrimonial.

---

l'enfant et l'adoptant, la durée de la période pendant laquelle il a été confié à ses soins; (e) La personnalité et la santé de l'enfant; sauf prohibition légale, les antécédents de l'enfant; (f) Le sentiment de l'enfant au sujet de l'adoption proposée; (g) La religion de l'adoptant et la religion de l'enfant, s'il y a lieu. 3. Cette enquête devra être confiée à une personne ou à un organisme reconnus par la loi ou agréés à cet effet par une autorité judiciaire ou administrative. Elle devra, dans la mesure du possible, être effectuée par des travailleurs sociaux qualifiés en ce domaine par leur formation ou par leur expérience. 4. Les dispositions du présent article n'affectent en rien le pouvoir et l'obligation qu'a l'autorité compétente de se procurer tous renseignements ou preuves concernant ou non l'objet de l'enquête, et qu'elle considère comme pouvant être utiles ".



**524 - Les effets extrapatrimoniaux.** Ils sont régis par les articles 10 § 3 et 11 de la Convention<sup>610</sup>. Selon ces dispositions, en cas d'adoption internationale, l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sauf le cas où l'adoption est réalisée par le conjoint du parent par le sang<sup>611</sup>. Ces dispositions ont pour finalité d'intégrer l'enfant dans sa famille adoptive et, de ce fait, de lui permettre de s'y épanouir en toute sérénité.

**525 - Les effets patrimoniaux.** Quant aux effets patrimoniaux relatifs aux relations entre adopté et adoptant et éventuellement parents biologiques, ils sont envisagés au même article 10 de la Convention. Cette disposition vise à ce qu'un enfant adopté soit traité comme un enfant légitime de l'adoptant et que tous les liens naturels qui l'unissent à ses parents naturels soient supprimés. Dès lors, l'enfant adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime<sup>612</sup>. Cette disposition vise aussi à assurer une meilleure intégration possible de l'enfant dans sa nouvelle famille. Toutefois, la législation peut prévoir " (de) maintenir pour les parents (biologiques) l'obligation alimentaire envers l'enfant, l'obligation de l'entretenir, de l'établir et de le doter pour le cas où l'adoptant ne remplit pas une de ses obligations "<sup>613</sup>. Cette disposition a le mérite de protéger au mieux l'intérêt de l'enfant.

---

<sup>610</sup> L'article 10 §3 prévoit qu' " En règle générale, l'adopté sera mis en mesure d'acquérir le patronyme de l'adoptant ou de l'ajouter à son propre patronyme ". L'article 11 dispose que : " 1. Si l'enfant adopté n'a pas, dans le cas d'adoption par une seule personne, la nationalité de l'adoptant ou, dans le cas d'adoption par des époux, leur commune nationalité, la Partie Contractante dont l'adoptant ou les adoptants sont ressortissants facilitera l'acquisition de sa nationalité par l'enfant. 2. La perte de nationalité qui pourrait résulter de l'adoption est subordonnée à la possession ou à l'acquisition d'une autre nationalité ".

<sup>611</sup> Art. 10 § 2. Convention européenne. Hypothèse où l'enfant adopté est l'enfant légitime, illégitime ou adoptif du conjoint de l'adoptant. Selon cette disposition " Dès que naissent les droits et obligations visés au par. 1 du présent article, les droits et obligations de même nature existant entre l'adopté et son père ou sa mère ou tout autre personne ou organisme cessent d'exister. Néanmoins, la législation peut prévoir que le conjoint de l'adoptant conserve ses droits et obligations envers l'adopté si celui-ci est son enfant légitime, illégitime ou adoptif. En outre, la législation peut maintenir pour les parents l'obligation alimentaire envers l'enfant, l'obligation de l'entretenir, de l'établir et de le doter pour le cas où l'adoptant ne remplit pas une de ces obligations ".

<sup>612</sup> Conv. préc., art. 10 § 1. al. 2 et 1. D'après cette disposition, " L'adoption confère à l'adoptant à l'égard de l'enfant adopté les droits et obligations de toute nature qui sont ceux d'un père ou d'une mère à l'égard de son enfant légitime. L'adoption confère à l'adopté à l'égard de l'adoptant les droits et obligations de toute nature qui sont ceux d'un enfant légitime à l'égard de son père ou de sa mère ".

<sup>613</sup> Cette disposition n'est pas sans rappeler l'article 367, alinéa 2, issu de la loi du 11 juillet 1966 en France.

**526 - Remarques.** En définitive, même si cette Convention prévoit une unification partielle des lois internes des Etats-membres et instaure un embryon d'entraide entre les différentes autorités<sup>614</sup>, elle n'a qu'une portée régionale. L'insuffisante importance qu'elle accorde à l'adoption internationale ne permet pas de retenir cette Convention comme solution aux difficultés soulevées par la mondialisation de l'adoption, sans cesse croissantes. Son efficacité est relative dans la mesure où seuls huit Etats l'ont ratifiée<sup>615</sup>. Il a fallu attendre plus de deux décennies après l'échec des deux Conventions précitées, pour que la construction d'un droit international de l'adoption aboutisse.

## **B. L'aboutissement de la construction du droit international de l'adoption**

**527 - Le processus de l'aboutissement.** Le droit international de l'adoption s'est progressivement construit. Cette construction a d'abord commencé par l'adoption de principes préalablement annoncés par certains textes régionaux et internationaux (1), avant qu'elle ne soit finalisée par l'adoption consensuelle d'une convention sur l'adoption internationale (2).

### **1. Des principes préalablement annoncés**

**528 - Les textes annonceurs de ces principes.** Ces principes ont été annoncés par différents textes. Mais deux seulement retiendront notre attention en fonction de leur importance et de leur champs d'application. Il s'agit d'une part, de la Convention internationale de 1989 relative aux droits de l'enfant et d'autre part, de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990.

**529 - La Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989<sup>616</sup>.** Le 20 novembre 1989, la communauté internationale franchit une étape importante en

---

<sup>614</sup> Art.14 in fine de la Convention européenne de 1967. Cet article dispose que : " Lorsque les enquêtes effectuées pour l'application des art. 8 et 9 de la présente Convention se rapporteront à une personne qui réside ou a résidé sur le territoire d'une autre Partie Contractante, cette Partie Contractante devra s'efforcer d'obtenir que les renseignements nécessaires qui lui sont demandés soient fournis sans délai. Les autorités peuvent communiquer directement entre elles à cet effet ".

<sup>615</sup> Les pays qui l'ont ratifiée à la date du 18 mars 2015 sont : l'Allemagne (le 02 mars 2015), le Danemark (le 03 février 2012), l'Espagne (le 05 août 2010), la Finlande (le 19 mars 2012), la Norvège (le 14 janvier 2011) les Pays-Bas (le 29 juin 2012), l'Ukraine (le 04 mai 2011), la Roumanie (le 02 janvier 2012).

V. ce lien : <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19670071/index.html#fn2>.

<sup>616</sup> Sous l'impulsion de l'ONU, et en accord avec la totalité de ses États membres, est rédigée en son siège puis adoptée le 20 novembre 1989 la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, dite aussi "Convention de New York". Elle admet les droits spécifiques des enfants, et étoffe l'article 25 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 qui mentionne que « la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à

reconnaissant des standards de pratique pour assurer la protection des droits de l'enfant. La Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant, largement populaire auprès des gouvernements, reconnaît pleinement l'enfant en tant qu'individu et lui accorde une protection spéciale. Bien que les adoptions d'enfants aient été de plus en plus fréquentes à partir de la fin de la Seconde Guerre Mondiale, et surtout depuis les années soixante, il a fallu attendre 1989 pour que des normes concernant l'adoption d'enfants soient réunies dans un instrument juridique approuvé par la communauté internationale. Il s'agit de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant. Cette convention des droits de l'enfant sert, en effet, de base normative.

**530 - L'affirmation des principes directeurs de l'adoption.** Cette Convention exige, notamment, que l'intérêt supérieur de l'enfant soit « la considération primordiale » dans toute décision d'adoption, et définisse le principe d'adoption internationale comme étant secondaire vis à vis des options nationales pouvant convenir à l'enfant. Dans le même sens, cette Convention stipule que toute décision de placement doit « absolument tenir compte des origines ethniques, religieuses, culturelles et linguistiques de l'enfant », tout en veillant à ce « qu'aucun gain financier occulte » ne profite à une personne impliquée dans l'adoption internationale. La Convention affirme ainsi le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » ainsi que le caractère subsidiaire de l'adoption internationale. Dans ses articles 20 et 21, elle prend en compte l'adoption qui peut être internationale, comme « protection de remplacement pour l'enfant ».

**531 - Responsabilité des Etats dans la protection des principes affirmés.** Dans son article 3, la convention des Nations Unies de 1989 relative aux Droits de l'enfant précise que toute mesure protectrice prise à l'égard d'un enfant doit être gouvernée par la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux. Cela signifie que l'enfant doit

---

une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés pendant le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale ». Ces quelques lignes font places désormais à 54 articles qui légifèrent sur la singularité du statut de l'enfant, et portent les gouvernements responsables dans le respect de ces droits. Après une élaboration de 10 ans, la Convention est rentrée en vigueur le 2 septembre 1990 après que 20 pays l'eurent ratifiée (dont la France, 2ème pays européen après la Suède). S'en suivra l'ensemble des pays (reconnus) membres de l'ONU à l'exception de la Somalie et des États-Unis, qui l'ont tout de même signée par la suite. Ce dernier tarde à ratifier la CIDE dans la mesure où la peine de mort pour les mineurs, y compris les handicapés mentaux, n'a été abolie que récemment dans l'ensemble de ses États (en 2005), et qu'une petite partie de l'opinion s'avère défavorable, notamment au niveau des droits des parents. La Somalie, quant à elle, après des carences institutionnelles, devrait bientôt ratifier la CIDE, comme annoncé en novembre 2009.

être le point de départ du processus aboutissant à son adoption et non l'inverse. Ce processus est tout d'abord mis en marche parce que la situation de l'enfant le justifie puis ensuite parce que des personnes expriment le souhait d'adopter ou sont en recherche d'un enfant.

L'article 18 de la Convention de 1989 précise bien que la priorité est de permettre à l'enfant d'être élevé dans sa propre famille. Pour cela, les pays doivent prévenir les abandons en favorisant le maintien de l'enfant avec ses parents biologiques ou sa famille élargie. Les situations de pré-abandon doivent particulièrement être surveillées en créant des procédures de réinsertion de l'enfant dans son milieu familial. Les gouvernements doivent tout entreprendre pour que les familles d'origine aient la possibilité de prendre soin de leur enfant.

L'article 20 de la convention des Nations Unies réaffirme le même principe et ajoute que l'alternative familiale doit être préférée à tout : offrir une famille de substitution à un enfant doit être, sauf cas particulier justifié, préféré à tout placement ou tout maintien à long terme dans une institution ou un orphelinat.

Il est de la responsabilité de toutes les autorités compétentes de veiller à ce que les enfants ne restent pas dans les institutions sans que leur situation personnelle et familiale ne soit rapidement analysée et traitée par des mesures de protection familiale adaptées. (Art 20-3 de la CIDE). Elle insiste sur la nécessité que le consentement ait été donné en connaissance de cause et recommande de veiller à ce que l'adoption ne se traduise pas par un bénéfice financier malséant pour les personnes qui y prennent part. Le bien-être de l'enfant dans toutes ses dimensions doit être la priorité des Etats.

En son article 21, la Convention relative aux droits de l'enfant précise que : - L'adoption ne peut se faire sans le consentement des personnes responsables de l'enfant (a) ; - L'adoption peut se faire dans un autre pays que le pays d'origine de l'enfant, si et seulement si c'est la meilleure solution pour lui (b) ; - L'adoption internationale doit accorder les mêmes droits et garanties à l'enfant que s'il avait été adopté dans son pays d'origine (c) ; - La famille adoptive ne pourra tirer aucun profit matériel de cette adoption (d) ; - Les Etats contractants s'engagent à ce que l'adoption se fasse par des organismes compétents (e).

D'une manière générale, la Convention relative aux droits de l'enfant souligne la nécessité de proclamer des principes universels dans les procédures de placement familial ou d'adoption d'un enfant, y compris sur un plan international (Préambule). En cela, elle est clairement à

l'origine de la Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993.

**532 - La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990<sup>617</sup>.** La charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant a été adoptée en juillet 1990 lors de la 26ème Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OUA. L'OUA est l'Organisation de l'unité africaine. Elle a été désormais remplacée depuis 2002 par l'Union africaine, créée à l'image de l'Union européenne et comptant actuellement 53 membres, soit tous les pays d'Afrique, à l'exception du Maroc (retiré à cause de l'admission du Sahara occidental) et de la Mauritanie (pour coup d'état). Cette charte est entrée en vigueur le 29 novembre 1999, après avoir reçu la ratification de 15 États (conformément à son article 47). Aujourd'hui, encore 4 pays ne l'ont pas signé et ratifié, 12 pays ne l'ont pas ratifié et 10 ne l'ont pas signé. Elle s'inspire de différentes sources, dont la Déclaration sur les droits et le bien-être de l'enfant africain, adoptée par l'OUA en juillet 1979, ainsi que la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant de 1989. Certains articles de cette charte sont d'ailleurs identiques à ceux de la Convention qui vient d'être présentée. Par exemple, elles visent toutes deux l'intérêt supérieur de l'enfant, qui apparaît comme un leitmotiv dans tous les articles. Cependant, des différences apparaissent entre ces deux traités. La principale concerne le contexte africain qui est particulièrement pris en compte dans la Charte africaine. En effet, cette dernière est plus consciente du contexte particulier et c'est pourquoi, la protection contre l'apartheid, le droit à l'eau, le problème de la malnutrition, y sont par exemple abordés. En ce sens, la Charte africaine est plutôt un instrument régional à la différence de la Convention onusienne de 1989 relative aux droits des enfants.

**533 - Similitudes et différences entre les deux textes.** Les deux conventions (africaine et onusienne) s'adressent à tous les enfants, sans distinction de race, sexe ou religion. Elles définissent toutes deux l'enfant comme tout être humain en dessous de 18 ans. Cependant, la Convention internationale définit comme enfant tout être humain âgé de moins de dix-huit ans sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable. La Convention onusienne est donc plus tolérante avec d'éventuelles législations nationales.

---

<sup>617</sup> Adoptée par la 26<sup>e</sup> Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (OUA, devenue Union africaine, UA) à Addis-Abeba (Éthiopie) le 11 juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 novembre 1999, le texte est disponible sur le site <http://www.africa-union.org>

Globalement, la conception de l'enfant est pratiquement la même dans les deux conventions. L'enfant est vu comme physiquement et mentalement immature et ayant besoin d'une attention particulière qui implique une certaine protection (contre l'exploitation économique, sexuelle, etc.). L'État se doit donc de prendre certaines dispositions à ce sujet.

**534 - Affirmation de l'intérêt supérieur de l'enfant par la Charte africaine.** L'article 4 de la Charte africaine, intitulé " Intérêt supérieur de l'enfant", prévoit que dans toute action concernant un enfant entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt de l'enfant sera la considération primordiale et le même article poursuit que dans toute procédure judiciaire ou administrative affectant un enfant qui est capable de communiquer, on fera en sorte que les vues de l'enfant puissent être entendues soit directement, soit par le truchement d'un représentant impartial qui prendra part à la procédure, et ses vues seront prises en considération par l'autorité compétente conformément aux dispositions des lois applicables en la matière.

**535 - Responsabilité des Etats dans la protection des droits de l'enfant.** La Charte prévoit en son article 19, qu'aucun enfant ne peut être séparé de ses parents contre son gré sauf si l'autorité judiciaire le décide dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'enfant de parents séparés doit garder des liens avec ses deux parents. Lorsque l'enfant est séparé de ses parents, une protection spéciale doit lui être assurée comme un foyer d'accueil, une institution convenable qui lui assure des soins.

L'article 24 de la Charte, intitulé " adoption " dispose que : Les États parties qui reconnaissent le système de l'adoption veillent à ce que l'intérêt de l'enfant prévale dans tous les cas et ils s'engagent notamment à :

- a) créer des institutions compétentes pour décider des questions d'adoption et veiller à ce que l'adoption soit effectuée conformément aux lois et procédures applicables en la matière et sur la base de toutes les informations pertinentes et fiables disponibles permettant de savoir si l'adoption peut être autorisée compte tenu du statut de l'enfant vis-à-vis de ses parents, de ses proches parents et de son tuteur et si, le cas échéant, les personnes concernées ont consenti en connaissance de cause à l'adoption après avoir été conseillées de manière appropriée ;
- b) reconnaître que l'adoption transnationale dans les pays qui ont ratifié la Convention internationale ou la présente Charte ou y ont adhéré, peut être considérée comme un dernier

recours pour assurer l'entretien de l'enfant, si celui-ci ne peut être placé dans une famille d'accueil ou une famille adoptive, ou s'il est impossible de prendre soin de l'enfant d'une manière appropriée dans son pays d'origine ;

c) veiller à ce que l'enfant affecté par une adoption transnationale jouisse d'une protection et de normes équivalentes à celles qui existent dans le cas d'une adoption nationale ;

d) prendre toutes les mesures appropriées pour que, en cas d'adoption transnationale, ce placement ne donne pas lieu à un trafic ni à un gain financier inapproprié pour ceux qui cherchent à adopter un enfant ;

e) promouvoir les objectifs du présent article en concluant des accords bilatéraux ou multilatéraux, et s'attacher à ce que, dans ce cadre, le placement d'un enfant dans un autre pays soit mené à bien par les autorités ou organismes compétents ;

f) créer un mécanisme chargé de surveiller le bien-être de l'enfant adopté ". A travers cette disposition, la charte africaine réaffirme les principes fondamentaux de l'adoption consacrés par la Convention onusienne de 1989 et invite les Etats-parties à prendre les mesures nécessaires pour réunir l'enfant avec ses parents. En cas de placement dans une structure d'accueil, son intérêt supérieur commande la continuité dans l'éducation et ne pas perdre de vue ses origines ethniques, religieuses et linguistiques.

L'intérêt supérieur de l'enfant commande de créer des institutions chargées des questions d'adoption et veiller à ce que l'adoption internationale ne donne pas lieu à du trafic. La Charte invite les Etats à conclure des accords bilatéraux en vue de l'adoption et de créer un mécanisme pour veiller au bien être de l'enfant adopté.

**536 - Remarques.** L'enfant africain bénéficie ainsi d'importantes mesures visant son bien être et son épanouissement. En contrepartie, il a aussi des devoirs envers sa famille, sa communauté, son Etat, voir le monde (art.31 et suivants). Envers sa famille, l'enfant doit respect ainsi qu'à ses supérieurs, aux personnes âgées, en toutes circonstances et il leur doit assistance en cas de besoin. Il doit mettre ses capacités physiques et intellectuelles à la disposition de sa communauté. L'enfant africain s'est aussi vue confier des responsabilités politiques voire patriotiques car l'article 31 e et f l'invite à préserver et renforcer l'indépendance nationale, l'intégrité de son pays et de favoriser l'unité africaine. Afin de

veiller au respect de ses dispositions, la Charte a mis en place un comité d'experts chargé de promouvoir et protéger les droits et bien être de l'enfant.

En somme, si les Conventions précitées ont eu le mérite d'être l'embryon du droit international de l'adoption (au travers les principes fondamentaux de l'adoption qu'elles ont posées), en revanche, il a fallu attendre quelques années plus tard, pour que la construction de ce droit international de l'adoption soit achevée au travers l'adoption, en 1993, d'une Convention spécifique sur l'adoption internationale.

## **2. Une construction finalisée par l'adoption consensuelle d'une Convention sur l'adoption internationale.**

**537 - La Convention de La Haye du 29 mai 1993.** Après l'échec des Conventions antérieures, les préoccupations de la communauté internationale à l'égard de l'adoption internationale d'enfants s'expriment dans la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. L'adhésion et la mise en vigueur de cette Convention auprès des différents pays démontrent la préoccupation et la volonté des pays signataires de mieux encadrer la protection de l'enfant et l'adoption internationale dans le respect des droits de l'enfant et dans son intérêt supérieur. Fruit de trois ans d'élaboration, au cours desquels des représentants de Continents non européens ont été associés aux membres permanents, la Convention se présente comme un texte consensuel de grande ampleur : quarante huit articles repartis en six chapitres. Les méthodes employées à l'occasion de la préparation des dernières conventions internationales intéressant l'enfant ont évolué.

**538 - Une Convention pragmatique.** Tirant les leçons de l'échec des Conventions antérieures, la Convention de La Haye cherche, avant tout, à atteindre un résultat concret autour duquel elle s'organise. En clair, elle se veut pragmatique. En effet, les objectifs de la Convention sont clairement énoncés à l'article premier. Il s'agit d'abord d'établir des garanties pour que l'adoption ait lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant, puis d'assurer une certaine harmonisation du statut juridique de l'adopté par sa reconnaissance dans les Etats contractants. Afin d'atteindre ce but, elle instaure un système de coopération internationale et de responsabilisation entre les Etats-parties.



**539 - Responsabilisation des pays d'origine et d'accueil dans la réussite de l'adoption.** Le pays d'origine a, notamment, la responsabilité de s'assurer que l'enfant est bien adoptable, que les consentements requis des parents par le sang, de son représentant légal ainsi que celui du mineur, si la loi applicable l'exige, ont été obtenus. De même, il doit tenir compte des souhaits éventuels de l'adopté potentiel. Réciproquement, le pays d'accueil doit s'assurer que les adoptants remplissent toutes les conditions juridiques requises pour l'adoption, qu'ils ont été entourés des conseils nécessaires et que toutes les mesures seront prises pour que l'enfant soit autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente sur son territoire.

**540 - Le rejet de la méthode conflictuelle traditionnelle au profit de la règle matérielle ou substantielle internationale uniforme.** On constate qu'avec cette Convention que le système de conflit de lois est délaissé au profit de nouvelles méthodes qui recourent à la seule règle substantielle. Ce choix méthodologique a l'avantage d'outrepasser la grande diversité des droits de chaque pays et ainsi de n'imposer aucune modification des législations internes. En effet, le souci primordial des initiateurs de cette Convention était de rassembler un maximum d'Etats, de manière à étendre la protection ainsi mise en place. Elle invite les Etats d'origine, d'où proviennent les enfants adoptés, à participer à cette nouvelle procédure de coopération. Cette invitation aux Etats non-membres a remporté " un vif succès "<sup>618</sup> puisqu'ils ont été largement représentés à l'occasion de l'adoption du projet de la Convention. Désormais, les efforts se concentrent sur les aspects procéduraux et pratiques, avec comme toile de fond les principes généraux dégagés par les textes antérieurs et applicables à la protection et au bien-être de l'enfant.

**541 - La réaffirmation des grands principes annoncés dans les textes antérieurs.** Le préambule commence par se référer aux grands principes internationaux énoncés dans la Déclaration des Nations Unies de 1986 sur la " protection et le bien-être des enfants en matière d'adoption et de placement familial "<sup>619</sup>, ainsi que la Convention des droits de l'enfant de novembre 1989. Ainsi, les initiateurs de la Convention de La Haye de 1993 ont cherché à établir des dispositions communes "pour garantir que les adoptions internationales aient lieu

---

<sup>618</sup> V. MEYER-FABRE (N.), La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale: rev. crit. DIP 1994, p. 260. Trente Etats non membres ont été invités à siéger et à participer à la commission spéciale, aux négociations et à l'élaboration de la Convention à titre de membres ad hoc à côté de 36 Etats-membres.

<sup>619</sup> Déclaration des Nations Unies sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien être des enfants, envisagée surtout sur l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international (Résolution 41/85 du 3/12/86).

dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de (ses) droits fondamentaux"<sup>620</sup>. Dès lors, la Convention de 1993 reprend les principes de l'intérêt supérieur et de la subsidiarité de l'adoption internationale déjà énoncés par la Convention des droits de l'enfant de 1989<sup>621</sup>. Ces principes feront l'objet d'un développement spécifique dans le titre 2 de cette deuxième partie.

**542 - Une objection.** Si la Convention de La Haye de 1993 est propice à l'instauration de procédures de coopération propres à assurer la protection des enfants dans les adoptions internationales, il faut toutefois reconnaître qu'elle n'apporte de réponse uniforme, ni à la compétence juridictionnelle, ni aux conflits de lois, et il reste à vérifier dans quelle mesure les solutions nationales sont plus ou moins proches de l'esprit dans lequel elle a été rédigée.

## **Paragraphe 2. La réception du droit international de l'adoption au niveau local**

**543 - Démarche.** Après avoir analysé l'articulation du droit international de l'adoption et des droits internes maliens et sénégalais (A), nous nous pencherons sur les obstacles à l'effectivité du droit de l'adoption internationale dans les deux pays (B).

### **A. L'articulation du droit international de l'adoption et du droit interne**

**544 - La méthode utilisée.** Au Mali et au Sénégal, la réception du droit international de l'adoption s'est opérée au travers, d'une part, l'intégration du droit international de l'adoption dans l'ordre juridique national par la ratification des textes internationaux (1), et d'autre part, par l'introduction de nouvelles règles par le législateur national en complément (2)

#### **1. Une intégration du droit international de l'adoption dans l'ordre juridique national par la ratification des textes internationaux**

**545 - Deux pays à tendance moniste.** La réception du droit international dans l'ordre juridique interne d'un Etat dépend non seulement de l'option politique de cet Etat exprimée dans sa Constitution nationale, mais également d'une condition dite objective liée à la précision ou non de ses dispositions. D'où l'importance en la matière des théories constitutionnelles relatives au dualisme et au monisme. A propos de ces théories, il convient

---

<sup>620</sup> Cf. Convention internationale sur les droits de l'enfant, adopté le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations Unies et entrée en vigueur le 02 septembre 1990.

<sup>621</sup> V. sur ces principes, infra, p.330, n° 624.

de noter que la plupart des Etats modernes sont partagés entre le dualisme et le monisme même s'il existe une option dite intermédiaire.

**546 - Le dualisme.** Pour l'école dualiste, l'ordre juridique interne et l'ordre international constituent un ensemble autonome et sans aucun lien possible. En effet, cette théorie soutient que l'ordre juridique international lie les Etats entre eux par des droits et par des obligations réciproques. Elle fait valoir que chaque Etat conserve son propre ordre juridique interne dont il conserve la maîtrise exclusive. Parmi les théoriciens de cette école, en particulier les allemands et les italiens connus à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup> siècle, on peut citer Triepel, Jellineck et Anzilotti. Notons cependant que le dualisme est fondé radicalement sur une conception quasi intégriste de la souveraineté étatique. Ainsi ses tenants font valoir que le droit international et le droit interne constituent deux ordres juridiques égaux, séparés et indépendants, que la norme internationale ne peut être incorporée dans l'ordre juridique interne qu'après une réception préalable.

Le traité devra donc impérativement être repris dans un acte de droit interne généralement une loi reprenant ses dispositions et prévoyant son application directe dans l'ordre juridique comme ayant la même valeur que la loi.

**547 - Le monisme.** L'école moniste, en revanche supprime les frontières entre les deux ordres juridiques et se prononce en faveur de l'unité de l'ordre juridique international et de l'ordre interne. Parmi les représentants de la théorie moniste, certains noms méritent d'être cités notamment les Allemands Hans Kelsen et Paul Guggenheim et les Français Maurice Bourquin et Georges Scelle. Pour ces auteurs, la norme internationale et le droit interne sont deux ordres juridiques de même nature, constituant un seul et même ensemble. En conséquence pour les Etats qui sont d'obédience moniste, le traité ou la convention va s'appliquer directement dans l'ordre juridique sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à une procédure de transposition par opposition à la conception et à la pratique dualiste.

**548 - L'option choisie par les constituants malien et sénégalais.** En droit positif malien, la Constitution malienne du 25 février 1992 de tendance moniste très fortement inspirée de la Constitution française de 1958, stipule en son article 116 que « Les traités ou accords internationaux ratifiés ou approuvés ont dès leurs publications, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve toutefois de leur application par l'autre partie ». Au Sénégal, l'introduction des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme dans l'ordre juridique

interne emprunte aussi, a priori, la voie de la ratification suivie d'une publication, en application de l'article 98 de la Constitution du 22 janvier 2001 qui est rédigé, à la virgule près, exactement dans les mêmes termes que l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958. Il semblerait donc qu'à l'instar de la Constitution française, la Constitution sénégalaise consacre, dans une perspective moniste, l'incorporation automatique des traités relatifs aux droits de l'homme dans l'ordre juridique sénégalais à partir du moment où ils sont publiés au Journal officiel de la République du Sénégal. En principe, dans les Etats d'option moniste à l'image de la France, du Mali et du Sénégal, les stipulations des traités relatifs aux droits de l'homme dûment ratifiés et publiés s'incorporent automatiquement dans l'ordre juridique interne en tant que normes de rang supra législatif, c'est-à-dire, ayant un rang supérieur à la loi, que cette loi soit antérieure ou postérieure.

#### **549 - L'adhésion des deux pays aux Conventions internationales régissant l'adoption.**

Conformément aux engagements qu'ils ont contractés en adhérant à la Convention de La Haye<sup>622</sup>, le Mali et le Sénégal, à l'instar des autres Etats parties ont l'obligation de créer des conditions objectives qui permettront à l'enfant d'être protégé, notamment contre l'exploitation économique sous toutes ses formes. Mais à ce jour, les dispositifs juridiques malien et sénégalais relatifs à l'adoption ne font qu'effleurer la question de l'adoption internationale<sup>623</sup>. Les seules mesures spécifiques de l'adoption internationale se résument aux dispositions de la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, à celles de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990 et enfin, à celles de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 relative à l'adoption internationale. En effet, le Mali et le Sénégal ont ratifié ces différents textes organisant le régime de l'adoption internationale. Les deux premiers invitent les États qui les ont ratifiés à reconsidérer leur dispositif en matière d'adoption et à mettre en œuvre ses principes généraux. Le dernier, quant à lui, vise à moraliser la circulation des enfants déplacés aux fins d'adoption

---

<sup>622</sup> Ordonnance No 01 6 033 P- RM du 07 août 2001 portant adhésion du Mali à la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et sur la coopération en matière d'adoption internationale et le Décret No 01 – 391 du 06 septembre 2001 de publication de l'adhésion à la Convention des conditions objectives susceptibles de permettre à chaque enfant de pouvoir jouir pleinement des droits reconnus par la Convention de La Haye mais également par la Convention internationale du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.

<sup>623</sup> Par exemple au Mali, l'article 523 du Code des personnes et de la famille est la seule disposition qui fait expressément référence à l'adoption internationale pour désigner l'autorité chargée d'adresser une demande d'adoption internationale au tribunal civil compétent. En revanche, au Sénégal, aucune disposition du Code de la famille n'emploie expressément la notion d'adoption internationale.

et prévoit dans chaque pays l'ayant ratifié, la création d'une autorité centrale pour l'adoption. Ce dernier texte étant spécifique à l'adoption internationale, il conviendrait de centrer l'analyse sur lui.

### **550 - La Convention de La Haye de 1993, un texte spécifique à l'adoption internationale.**

La matière est traitée dans la Convention de la Haye du 29 mai 1993 qui, bien qu'elle n'énonce pas de règles de conflits, fait référence à la loi de la résidence habituelle de l'adopté et des adoptants. Aux termes de cette Convention, la loi personnelle de l'enfant doit être respectée en ce qui concerne le recueil du consentement. Mais, la Convention de la Haye ne s'applique qu'entre les Etats qui l'ont ratifiés. Le Mali et le Sénégal étant parties à cette Convention, l'étude des droits positifs malien et sénégalais exige dès lors, un examen tant des lois internes que des textes internationaux et notamment de cette Convention de 1993 destinée à l'origine à suppléer l'échec ou l'insuffisance des précédents instruments internationaux en la matière. Cette Convention s'applique dès lors qu'est envisagé un projet d'adoption reposant sur le déplacement d'un enfant de moins de 18 ans entre deux Etats contractants. Il faut dans chaque hypothèse, déterminer si l'enfant est ou non originaire d'un pays signataire. Lorsque l'adoption a un caractère international, il y a lieu de veiller à ce qu'elle ne se traduise pas par un profit matériel induit pour les personnes qui en sont responsables ou par une rupture brutale avec le milieu d'origine de l'enfant. La convention relative à l'adoption internationale tend à éviter ces inconvénients grâce à un suivi permanent facilité par une collaboration entre les autorités du pays d'accueil et celles du pays d'origine. Cependant, la ratification a elle seule ne suffit pas pour rendre effectif le droit international dans l'ordre juridique interne. Pour que l'effectivité souhaitée du droit international soit réalisable dans l'ordre interne, les Etats doivent donc prendre des mesures législatives et institutionnelles. C'est dans ce sens qu'au Mali, l'encadrement juridique international de l'adoption a été enrichi au niveau national, par l'introduction de nouvelles mesures législatives et institutionnelles.

## **2. Un encadrement enrichi par l'introduction de nouvelles règles par le législateur national en complément**

**551 - Les réformes législatives et institutionnelles prises au Mali pour donner effet à la Convention de La Haye de 1993.** La ratification de la Convention de La Haye de 1993 contraint les Etats à prendre des mesures internes pour aligner leur législation et leurs institutions par rapport à ses exigences.

Le Mali s'est conformée à cette exigence grâce à d'importants changements juridiques et institutionnels. Elle a d'abord procédé à l'adoption d'un nouveau Code des personnes et de la famille qui a voulu adapter le droit interne relatif aux adoptions internationales à la Convention susvisée, elle a ensuite réalisé des aménagements organisationnels afin de rendre les structures opérationnelles compatibles avec l'architecture préconisée par la Convention de La Haye de 1993. Ainsi, après avoir analysé la dimension législative des réformes susvisées, nous nous pencherons sur la dimension institutionnelle des réformes.

**552 - La dimension législative des réformes.** Contrairement au législateur sénégalais qui n'a véritablement pas opéré, jusque là, de réforme dans sa législation sur le droit de la famille pour prendre en compte les préoccupations de la Convention de La Haye de 1993, son homologue malien, quant à lui, a tenté de prendre en compte les préoccupations de ladite Convention au travers l'adoption d'un Code de protection de l'enfant en 2002 et d'un nouveau Code des personnes et de la famille en 2011. Par conséquent, l'étude des réformes législatives se limitera au Mali. Le retard du Sénégal dans l'adoption d'une nouvelle législation en conformité avec la Convention de 1993 se justifie par le fait que ce pays n'a ratifié que très récemment (en 2011) la Convention susvisée.

En effet, au Mali, aux termes des dispositions de l'article 523 du Code des personnes et de la famille, " *Toute adoption est faite uniquement en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'Enfant.... La demande d'adoption est adressée soit aux services chargés de la promotion de l'Enfance, en cas d'adoption au plan interne ; soit à l'Autorité Centrale chargée de la mise en œuvre de l'adoption internationale, en cas d'adoption internationale...*"

Dans le même sens, l'article 19 du Code de protection de l'enfant du Mali<sup>624</sup> prévoit que: "Les enfants n'ayant ni père ni mère, ni ascendant auquel on puisse recourir ou qui sont totalement délaissés par leurs parents ou ascendant sont placés sous la responsabilité des services compétents de l'Etat qui pourvoient à leur éducation et à leurs soins. Outre les institutions éducatives de protection ou de rééducation publiques, ils peuvent être confiés à des familles, à défaut, admis dans les institutions éducatives de protection ou de rééducation privées pour enfants. Ils peuvent également faire l'objet d'adoption nationale ou internationale. Toute autorisation d'adoption internationale s'assure que l'intérêt supérieur de l'enfant est la

---

<sup>624</sup> Ordonnance n°02-062/P-RM du 05 juin 2002 portant code de protection de l'enfant.

considération primordiale en la circonstance ". Ces deux textes maliens, adoptés conformément à l'esprit de la Convention de La Haye de 1993, constituent des compléments du droit international de l'adoption dans la moralisation de l'adoption internationale et de la protection des droits de l'enfant. Pour faciliter l'application des principes directeurs de l'adoption tels que exigés par le droit international et notamment de la Convention de La Haye de 1993, le Mali a mis en place des institutions.

**553 - La dimension institutionnelle des réformes.** Pour donner effet à la Convention, le Mali dispose au plan institutionnel en particulier d'un Ministère de la Promotion de la Femme de l'Enfant et de la Famille. La protection et la promotion de l'adoption internationale sont assurées par la Direction nationale pour la Promotion de l'Enfant et de la Famille (DNPEF) prise en sa qualité d'Autorité centrale. Il existe également une série d'institutions publiques et privées d'accueil et de placement des enfants qui peuvent faire l'objet d'une adoption filiation. Parmi ces institutions, peuvent être citées entre autres le Centre d'Accueil et de Placement Familial de Bamako (institution publique) et l'Association pour la Survie de la Mère et de l'Enfant (ASSUREME) et l'ASE - Mali sise à Bamako et qui constituent des institutions privées assez récentes d'accueil et de placement d'enfants. A cette énumération non limitative, il apparaît utile de mentionner l'existence du deuxième orphelinat de Bamako doté d'une capacité d'accueil d'une centaine d'enfants, situé dans la Cité UNICEF au quartier de Niamakoro à Bamako et qui a été inauguré seulement le 11 mars 2009. Il s'agit d'un centre moderne doté d'une salle de couture, de rééducation, d'une infirmerie d'une cuisine et d'une dizaine de dortoirs. Ce nouveau centre est le fruit de la coopération entre la Fondation pour l'Enfance et l'ordre œcuménique de Malte. Au nombre des structures institutionnelles de protection des droits de l'enfant, la Commission nationale de l'adoption internationale, la Commission nationale chargée de la protection des enfants réfugiés et la Commission nationale de lutte contre la drogue méritent aussi d'être notées. En effet, la création de chacune de ces commissions s'inscrit dans le cadre des mesures d'application de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, laquelle possède des convergences de vues avec la Convention de La Haye en matière de protection de l'enfant. Chacune de ces commissions assiste le gouvernement du Mali dans l'élaboration et la mise en œuvre de sa politique, notamment de gestion des questions liées à l'application de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 relative à la protection des enfants et à la coopération en la matière. C'est dans cette optique que la Commission nationale chargée de l'adoption internationale créée par un décret du président de la République daté du 6 septembre 2001, coordonne et

assure le suivi des activités de gestion des demandeurs en adoption internationale, prépare les dossiers et veille à la protection des enfants adoptés. Elle est rattachée à la DNPEF. L'ASSUREME et l'ASE - Mali qui recueille les enfants destinés à l'adoption filiation ou à être placés dans des familles d'accueil exercent leurs activités en vertu d'un agrément de la DNPEF et sous son contrôle. Au titre des nouvelles institutions il apparaît utile de mentionner l'existence du Centre de Recherche, d'Etudes et de Documentation pour la Survie de l'enfant (CREDOS). Il faut espérer que le CREDOS permettra de suppléer au vide créé par l'inexistence de données statistiques fiables et spécifiques sur la situation des enfants vivant dans des situations particulièrement difficiles. Notons que le CREDOS est un établissement public à caractère scientifique rattaché au Ministère de la Santé<sup>625</sup>.

Dans le domaine de la protection de l'enfant, il existe également des structures de coordination des associations et des Organisations non gouvernementales (ONG) de protection des droits de l'enfant. Parmi elles nous pouvons retenir la Coalition Malienne de Défense des droits de l'Enfant (COMADE), le Comité de Coordination des Associations et des ONG (CCA-ONG) le Réseau Malien pour la Sauvegarde de l'Enfance en Difficulté (ODEF).

Par ailleurs, le Centre d'Accueil et de Placement Familial (Pouponnière d'Etat de Bamako) a été créé par l'ordonnance n° 90.37/PGRM du 5/6/1990 pour accueillir les pupilles de l'Etat. Ce Centre est un établissement public à caractère social rattaché à la Direction Nationale de la Promotion de l'Enfant et de la Famille. Il a pour mission : l'accueil, l'entretien, l'éducation jusqu'à l'âge de 5 ans des enfants abandonnés ou de parents inconnus, des orphelins sans soutien, des enfants de mères malades mentales.

L'admission à ce Centre s'effectue après une Ordonnance de placement d'enfant pris par le Président du Tribunal des Enfants, par le canal de la Brigade des Mœurs, des Commissariats de Police, des Brigades Territoriales de Gendarmerie en ce qui concerne les enfants trouvés, par le canal de la Direction Nationale de la Protection de l'Enfant et de la Famille, des Autorités administratives des Cercles, des Communes pour les orphelins et les enfants de mères malades.

La durée de séjour au Centre est de cinq ans durant lesquels les enfants sont entièrement à la charge de l'institution. Au bout des cinq ans, ils sont soit adoptés en ce qui concerne les

---

<sup>625</sup> Cf. le site suivant :<http://www.sante.gov.ml/credos>, consulté le 31/08/2014.



enfants abandonnés, soit remis à leur famille pour les enfants orphelins et de mères malades mentales, soit envoyés au village d'Enfants SOS pour ceux dont les conditions ne sont pas remplies pour être accueillis par leur famille d'origine<sup>626</sup>.

Au delà de la réception du droit de l'adoption internationale, notamment de la Convention de La Haye de 1993 par le Mali et le Sénégal, des problèmes juridiques paralysent l'effectivité de cette Convention dans ces pays. Il conviendrait donc de se pencher sur ces obstacles afin de mieux les analyser dans la perspective d'une meilleure garantie des droits de l'enfant.

## **B. Les obstacles à l'effectivité du droit de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal**

**554 - Des obstacles de nature différente.** Ces obstacles sont relatifs d'une part, à la restriction apportée par le législateur malien à l'adoption internationale et, d'autre part, par le retard du Sénégal à adopter des mesures visant à l'effectivité de la Convention de La Haye de 1993. Ainsi, si l'effectivité du droit de l'adoption internationale est atténuée au Mali par les restrictions apportées par le législateur (1), au Sénégal, en revanche, cette effectivité est retardée par le législateur qui peine à mettre en œuvre le droit de l'adoption internationale (2).

### **1. Une effectivité atténuée par la restriction apportée par le législateur malien**

**555 - L'obstacle posé par l'article 540 de la législation malienne.** L'entrée en vigueur au Mali de la loi n°2011-087, adoptée le 30 décembre 2011, portant Code des Personnes et de la Famille vient apporter une limitation substantielle à l'adoption internationale et par conséquent affaiblir la portée réelle de la Convention de la Haye de 1993 relative à l'adoption internationale. En effet, l'article 540 de la loi susvisée prévoit que seuls les couples ou les personnes célibataires de nationalité malienne n'ayant ni enfant ni descendant légitime, et âgés d'au moins 30 ans, sont autorisés à adopter un enfant malien. Même si cette disposition ne concerne que l'adoption filiation (adoption plénière) à la différence de l'adoption-protection qui reste ouverte aux étrangers, elle limite considérablement le champ de l'adoption internationale quant on sait que la majorité des adoptions internationales au Mali est prononcée en faveur des candidats étrangers. En d'autres termes, l'article sus visé du Code malien des personnes et de la famille limite l'adoption-filiation aux seuls ressortissants maliens, établis à l'intérieur ou à l'extérieur du Mali. Par conséquent, il n'est plus possible pour les candidats n'ayant pas la nationalité malienne, de bénéficier d'une adoption filiation au

---

<sup>626</sup> Interview : Mme OUATTARA (Nènè), ancienne directrice du Centre d'Accueil et de Placement Familial (CAPF) de Bamako, entretien réalisé le 25 février 2011 dans les locaux du CAPF de Bamako.

Mali. Cette option du législateur malien ne nous semble pas satisfaisante en ce sens qu'elle ne prend pas en compte l'intérêt supérieur de nombreux enfants abandonnés et placés dans des institutions d'accueil pour enfants. En effet, face à la rareté des demandes d'adoption-filiation par des nationaux, il serait plus judicieux d'ouvrir cette forme d'adoption aux étrangers, quitte à poser des conditions beaucoup plus contraignantes pour les candidats étrangers dans une perspective de protection des droits des adoptés potentiels. Car, en la matière, le législateur ne doit légiférer que " d'une main tremblante "<sup>627</sup> afin d'éviter toute erreur qui serait gravement préjudiciable pour les enfants. Aussi, l'essentiel des aides financières allouées aux institutions d'accueil des enfants abandonnés au Mali proviennent-elles des pays demandeurs d'adoption et la fermeture de l'adoption-filiation aux ressortissants de ces pays pourrait engendrer une suspension de ces aides. Or, le Mali semble ne pas avoir les moyens nécessaires pour assurer la survie des enfants abandonnés qu'il accueille dans ses institutions créées à cet effet. Pour preuve, un rapport de la Brigade des mœurs du Mali, dirigée par le Contrôleur Général de police Amy Kane, publié le 17 février 2011, a établi qu'entre août 2010 et février 2011, 33 enfants dont les âges varient de quelques semaines à 3 ans au plus, sont morts dans des conditions effroyables à la Pouponnière d'Etat de Bamako. D'après ce rapport, ces décès étaient dûs à la malnutrition, à la déshydratation, et au manque de soins médicaux et d'hygiène<sup>628</sup>.

**556 - Notre position.** Nous pensons que cette restriction est inopportune car contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. D'ailleurs, comme toutes les études sur la question s'accordent à le reconnaître, l'adoption internationale doit être favorisée lorsqu'elle permet aux enfants de sortir des institutions où ils sont placés mais non lorsque ces enfants sont enlevés à leur famille, voire conçus en vue de l'adoption internationale du fait de la demande de couples étrangers en mal d'enfant<sup>629</sup>.

**557 - Proposition de réécriture de l'article 540 de la loi malienne.** " L'adoption peut être demandée par un couple hétérosexuel uni depuis 5 ans par le mariage et non séparé de corps dont l'un des membres est âgé d'au moins 30 ans ".

Par ailleurs, le retard accusé par le Sénégal dans la mise en œuvre de la Convention de La Haye de 1993 rend ineffective cette Convention.

---

<sup>627</sup> L'expression est de Montesquieu.

<sup>628</sup> Voir le site suivant: " [http://efa67.free.fr/Documents/2011/2011\\_06\\_05\\_Actualite\\_Adoption.pdf](http://efa67.free.fr/Documents/2011/2011_06_05_Actualite_Adoption.pdf)", consulté le 20 mars 2014.

<sup>629</sup> V. SACLIER (C.), préface à l'ouvrage, *International and inter country adoptions laws*, Kluwer, 1996.

## **2. Une effectivité retardée par le législateur sénégalais dans la mise en œuvre du droit de l'adoption internationale**

**558 - La non application de la Convention de la Haye à ce jour.** La mise en œuvre et le respect des droits de l'enfant sont un combat de chaque jour, qui doit être mené dans tous les domaines y compris au sein de la famille. Il ne suffit pas de les proclamer, même si c'est un premier pas indispensable, qui a été réalisé au niveau interne. Au Sénégal, le besoin s'impose d'accélérer la mise en conformité du droit sénégalais avec la Convention de la Haye de 1993 relative à l'adoption internationale<sup>630</sup>. En effet, après avoir ratifié, en 2011, la Convention de La Haye de 1993, le Sénégal a désigné une autorité centrale conformément à ladite Convention. Toutefois, cet organe n'est pas encore fonctionnel, certainement pour des raisons liées à un manque de volonté politique réelle. Par conséquent, bien que le Sénégal ait ratifié cette convention, l'adoption internationale est à ce jour réalisée en dehors du cadre conventionnel. La non application de cette Convention expose les enfants sénégalais à toute sorte de violation de leurs droits. Pour preuve, au cours de nos enquêtes auprès du service social en charge de l'adoption au Sénégal, un responsable de ce service, qui a souhaité garder l'anonymat, nous a confié que certains candidats à l'adoption internationale font croire à des parents pauvres que leur enfant, une fois adopté, partira en Europe à titre provisoire pour y étudier, et revenir plus tard, pour les sortir de leur souffrance<sup>631</sup>.

---

<sup>630</sup> Le Sénégal a ratifié le 1<sup>er</sup> décembre 2011 la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, source : <http://www.diplomatie.gouv.fr>

<sup>631</sup> V. notre mémoire de master 2 à l'Institut des Droits de l'Homme et de la Paix de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, sur "Les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale: cas du Mali et du Sénégal". Entretien réalisé le 23 Septembre 2010 dans les locaux de l'Action Educative en Milieu Ouvert (AEMO), Dakar (Sénégal).

## CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

**559 - Origine et admission de l'adoption internationale.** Le chapitre nous a permis de retracer l'origine de l'adoption internationale. Celle-ci s'est développée à partir d'un certain nombre de facteurs liés aux contextes international et national. Le contexte international était marqué principalement par des guerres avec comme conséquences de nombreux orphelins sans famille, le manque d'enfants adoptables dans les pays occidentaux, la stérilité de nombreux couples en Occident. Le recours à l'adoption internationale était justifié à la fois par des raisons d'ordre humanitaire (offrir un foyer aux enfants victimes de conflits et autres catastrophes et situations d'urgence de même ordre) et individuelle (remédier à l'absence d'enfant d'un foyer). Quant au contexte national de l'émergence de l'adoption internationale, il est marqué par des raisons socioculturelles. En effet, l'extrême pauvreté dans les pays d'origine en général et au Mali et au Sénégal en particulier, est venue briser le mur de solidarité dans ces pays et qui faisait obstacle aux abandons d'enfants dans ces sociétés. A cela s'ajoute un autre facteur non moins important : la stigmatisation de certains types de naissances mal vues par la société. L'illégitimité, l'inceste, etc., sont par exemple la cause de nombreux abandons d'enfants dans des conditions épouvantables. Cette situation a favorisé l'émergence de l'adoption internationale, car elle permettait à toute personne de bonne volonté de pouvoir prendre ces enfants et de les élever dans son foyer à partir du moment où ces pays étaient incapables de s'occuper de tous leurs enfants en situation de privation familiale. C'est ainsi que des associations occidentales sous le couvert d'humanitarisme ont fait leur entrée dans ces pays pour pouvoir prendre ces enfants et les faire adopter à l'étranger. Sous couvert de cette mission humanitaire en faveur des enfants sans famille, on assista à des abus de tout genre (trafic d'enfants, vente d'enfants, crimes commis sur ces enfants, etc.). Consciente de ses dérives, la communauté internationale va initier une série de réglementation de l'adoption internationale qui va aboutir en 1993, à l'adoption à La Haye, de la Convention internationale sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Le Mali et le Sénégal, pays d'origine, vont intégrer ce texte moralisateur de l'adoption internationale dans leur loi interne. Son efficacité demeure un défi à relever pour ces deux pays. Au demeurant, l'existence, dans les deux pays, d'institutions chargées de l'adoption internationale mérite d'être signalée.



## Chapitre 2. Les institutions de l'adoption internationale

**560 - Institutions administrative et judiciaire.** L'application du droit de l'adoption internationale suppose l'existence préalable de règles et d'institutions adaptées. Ces dernières sont incluses dans une procédure ayant pour objet le contrôle de la légalité et de l'opportunité de l'adoption projetée. Ces deux missions, d'une extrême importance, incombent à l'Etat. Ce dernier se trouve donc tenu de mettre en place un arsenal juridique et des mécanismes de contrôle de cet arsenal afin de moraliser l'institution de l'adoption en préservant sa finalité originelle qui est celle de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ou mal pourvu. A cet égard, le Doyen CARBONNIER a souligné avec justesse que « tout retour en arrière *vers plus de simplicité est physiquement interdit à l'adoption* »<sup>632</sup>. C'est dire que le prononcé de l'adoption internationale ne devrait plus être perçu comme cet acte abandonné aux seules volontés privées par les Codes malien et sénégalais de la famille ne comportant que les seules références à la bonne moralité, aux bonnes mœurs et à la capacité financière de l'adoptant. L'adoption dans ces pays n'est pas seulement une adoption-protection, mais elle est aussi une filiation à part entière. Cette dernière doit donc bénéficier d'une véritable investiture administrative et judiciaire par les pouvoirs publics. L'implication de ces derniers se manifeste notamment par la mise en place et l'exercice d'un contrôle tant administratif (section 1) que judiciaire du processus d'adoption internationale (section 2).

### Section 1. L'institution administrative, garant de la légitimité de l'adoption internationale

**561 - L'autorité centrale.** Dans sa conception moderne, inspirée du modèle français, l'adoption se veut une institution créatrice d'une nouvelle filiation, au profit d'enfants en situation de privation familiale, mais elle suppose un examen administratif préalable de la situation des enfants et de l'aptitude des candidats. Ce contrôle administratif de l'adoption internationale est assuré par l'autorité centrale. Aussi, conviendrait-il de se pencher sur la légitimité du contrôle administratif du processus de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal (paragraphe 1), avant de présenter l'institution administrative chargée de mettre en œuvre ce contrôle (paragraphe 2).

---

<sup>632</sup> CARBONNIER (J.), « Droit Civil de la famille », Paris, 1999 (20<sup>e</sup> édit. Refondue, Collection Thémis, P.U.F.), p. 358.

## **Paragraphe 1. La légitimité du contrôle administratif**

**562 - Vérification de l'aptitude à adopter et à être adopté.** Le contrôle administratif du processus adoptif vise deux objectifs principaux : permettre, d'une part, à l'Etat de s'assurer, en tant que substitut parental, que les futurs parents adoptifs présentent un minimum de garanties en vue de la prise en charge définitive d'un pupille (A) et, d'autre part, vérifier que les conditions sont réunies pour qu'un enfant soit déclaré adoptable (B).

### **A. L'appréciation de l'aptitude des personnes souhaitant adopter un enfant**

**563 - Le bien-fondé d'une telle appréciation.** La personne souhaitant adopter un enfant doit être reconnue apte à répondre, de manière permanente et durable, aux besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques d'un enfant qui a peut-être subi divers traumatismes et rejets. Ainsi, pour toute forme d'adoption au Mali, les parents candidats à l'adoption doivent déposer, à la Direction Nationale de la Promotion de l'Enfant et de la Famille, un dossier comprenant entre autres, un extrait d'acte de naissance, un certificat de bonne moralité et de mœurs, une déclaration de revenus et de biens (ou bulletin de salaire le plus récent), une attestation médicale de visite et de contre visite, un rapport d'enquête sociale, une attestation légalisée de prise en charge de l'enfant en cas de décès des parents adoptifs, etc. Au Sénégal, c'est le service de l'Action Educative en Milieu Ouvert (AEMO) qui joue ce rôle en plus des fonctions d'enquêtes sociales sur les candidats à l'adoption.

**564 - L'exemple français.** En droit français, le contrôle de l'aptitude à adopter des candidats à l'adoption s'effectue par la délivrance d'un agrément. L'agrément est un examen in abstracto de l'aptitude à adopter des candidats. Il s'agit d'un acte administratif individuel, qui a pour dessein de vérifier, avant de débiter toute procédure judiciaire d'adoption relative à un pupille de l'Etat ou à un enfant venant de l'étranger, si un candidat à l'adoption est apte à accueillir un enfant. Ce contrôle doit être objectif et non subjectif<sup>633</sup>. Le simple désir d'enfant n'est pas suffisant car il n'existe pas de droit à l'enfant<sup>634</sup>. Les fins idéales de l'adoption ne sont pas de

---

<sup>633</sup> Dans un arrêt récent, la Cour administrative d'appel de Marseille (Chambre 5) fait référence à l'appréciation du comportement ou de la personnalité du partenaire d'un candidat à l'agrément en fonction " des considérations objectives ". Dans cet arrêt, la Cour va rejeter le recours formé par la requérante au motif que " le président du conseil général des Bouches-du-Rhône n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant insuffisantes les conditions d'accueil que l'intéressée était susceptible d'offrir sur les plans familial, éducatif, et psychologique à un enfant adopté et en refusant en conséquence de lui accorder l'agrément sollicité ". Cf. Cour administrative d'appel, Marseille, Chambre 5, 27 février 2015 - n° 12MA03578, JurisData & Cours suprêmes, arrêt inédit. <http://www.lexisnexis.com.sid2nomade.upmf-grenoble.fr/fr/droit/search/homesubmitForm.do>

<sup>634</sup> RAYNAUD (P.), "L'enfant peut-il être objet de droit", D 1988, chron. XVI, 109.

satisfaire à tout prix le désir d'enfants mais de confier un enfant à des personnes qui seront le plus en mesure d'assurer son bien-être. Comme le souligne le professeur Mattei " il ne s'agit plus de donner un enfant à un couple, mais de donner des parents à un enfant. (...) On comprend mieux, dès lors, la nécessité d'apprécier la réalité des motivations entre égoïsme et générosité "<sup>635</sup>.

Par ailleurs, la légitimité du contrôle administratif trouve son fondement dans la vérification de l'aptitude de l'enfant à être adopté.

## **B. La vérification de l'adoptabilité de l'enfant par décision administrative**

**565 - Les hypothèses d'adoptabilité de l'enfant.** Un enfant adoptable est un enfant en situation de pouvoir être adopté. L'adoptabilité d'un enfant inclut l'établissement de son adoptabilité juridique et l'évaluation de son adoptabilité médico-psycho sociale autrement dit ses capacités à intégrer une nouvelle filiation, à s'insérer dans un nouvel environnement familial, dans un nouveau milieu de vie. C'est toute la question du diagnostic, de l'évaluation aussi complète et correcte que possible de la « santé » mentale, physique, affective, émotionnelle et relationnelle d'un enfant. Il s'agira, dans ce travail d'évaluation, de repérer les capacités, les ressources ainsi que les fragilités de l'enfant. Établir l'adoptabilité est donc une étape fondamentale. C'est à partir de ce repérage, de cette observation à la fois des points de force et des points de fragilité repérés, qu'un avis sur l'adoptabilité sera transmis aux instances concernées.

L'adoptabilité déterminera si l'adoption est la solution adéquate pour l'enfant et, dans l'affirmative, quelles caractéristiques, quelles aptitudes devront présenter la famille à qui l'enfant sera confié. On voit ici comment l'absence d'un travail suffisant à ce contexte peut conduire à des erreurs et à des échecs d'adoption.

Au Mali, c'est la Brigade chargée des mœurs et de l'enfance et/ou le juge des enfants qui établissent l'adoptabilité de l'enfant sur la base des critères, tels le résultat de l'enquête de la police, l'acte de naissance de l'enfant, le dossier médical, l'ordonnance de placement et l'accord du service chargé de la promotion de l'enfance (la DNPEF). Après avoir ratifié la Convention de La Haye de 1993, le Mali et le Sénégal ont respectivement désigné une autorité centrale en matière d'adoption. Cette institution est le pilier du contrôle administratif de l'adoption dans les deux pays. Ainsi, nous nous interrogerons sur l'efficacité de cette institution dans ces deux pays afin de déceler ses éventuelles failles et de proposer des

---

<sup>635</sup> MATTEI (J-F.), "adoption: le cœur et la raison", Les Petites Affiches 3-05-1985, p. 51.



correctifs pour une plus grande efficacité de cette institution dans la protection des droits de l'enfant.

## **Paragraphe 2. L'autorité centrale, clé de voûte du contrôle administratif**

**566 - Une institution imposée par la Convention de La Haye de 1993.** Le Mali et le Sénégal étant parties à la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale, le contrôle administratif de l'adoption internationale se trouve être par conséquent mis en œuvre par l'autorité centrale désignée (A). Nonobstant l'existence d'une telle autorité dans les deux pays sus visés, il n'en demeure pas moins qu'il existe des failles dans le système de contrôle administratif institué (B).

### **A. L'intervention de l'autorité centrale**

**567 - La DNPEF (pour le Mali) et la DESPS (pour le Sénégal).** La Convention de La Haye de 1993 ne donne aucune définition de la notion d'autorité centrale. Toutefois, elle peut être définie comme un organe chargé de la surveillance, du bon déroulement et du respect des objectifs de la Convention qui l'a instituée. Le Mali et le Sénégal ont chacun désigné une autorité centrale dans leur pays respectif après avoir adhéré à la Convention de La Haye. L'autorité centrale<sup>636</sup> est, en effet, une institution incontournable, responsable de l'application même de la Convention. C'est pourquoi, le Mali et le Sénégal, en qualité d'Etats signataires, se devaient de mettre en place officiellement dans leur ordre interne une autorité centrale pour l'adoption internationale.

**568 - Au Mali.** Au Mali, l'Autorité centrale habilitée est la Direction nationale de la Promotion et de la Protection de l'enfant et de la famille (DNPEF). La DNPEF a été créée par une ordonnance n° 99 - 010/ P-RM du 1er avril 1999 avec comme mission l'élaboration des éléments de la politique nationale en matière de promotion de l'Enfant et du bien être familial ainsi que la coordination et le contrôle de la mise en œuvre de ladite politique. Le 28 septembre 2001, le Ministre de la promotion de la femme, de l'enfant et de la famille, a adressé une correspondance à son homologue des affaires étrangères et des maliens de

---

<sup>636</sup> V. pour plus de détails au sujet des autorités centrales, CORNELOUP (S. et V.), Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire ? Rev. crit. DIP 2000, p. 641.

l'extérieur dans laquelle il a désigné la DNPEF comme Autorité centrale du Mali en matière d'adoption<sup>637</sup>.

L'autorité centrale est citée obligatoirement par le Tribunal pour les jugements d'adoption filiation, mais sa présence est facultative pour les jugements d'adoption-protection<sup>638</sup>. Elle est chargée de recevoir les dossiers et demandes d'adoption filiation et de donner son avis sur ces dossiers.

Il faut évoquer son rôle et son implication dans la mise en œuvre de l'adoption internationale entre le Mali et tout autre Etat contractant à la Convention de La Haye.

**569 - Rôle de l'autorité centrale malienne.** La Direction nationale de la promotion et de la protection de l'enfant est chargée de la promotion de l'Enfance ; elle assure la collecte et la mise à disposition des informations sur la législation en matière d'adoption et prend toutes les mesures appropriées pour la bonne exécution des dispositions légales prescrites sur l'adoption. Ce service devra en outre veiller au respect des conventions internationales et œuvrer à la levée de tous les obstacles à leur exécution. Pour la réussite de l'adoption, la Direction Nationale de la Promotion de l'enfant devra, directement ou avec le concours des autorités publiques et organismes dûment agréées, prendre toutes les mesures qui s'imposent, notamment en rassemblant, en conservant et en échangeant des informations relatives à la situation de l'enfant, de ses parents adoptifs pour la réalisation de la mesure d'adoption projetée.

Dans le domaine de la coopération entre autorités centrales et en guise d'exemple il était intéressant de noter qu'entre la France et le Mali, les demandes en adoption internationale étaient transmises par l'Agence Française de l'Adoption (AFA) à la Direction Nationale de l'Enfant et de la Famille (DNEF).

Dans le cas où l'Autorité centrale malienne considère que l'enfant peut être adopté, elle établit un rapport contenant tous les renseignements sur l'identité de l'enfant, son aptitude à la mesure sollicitée, sur son milieu social, sur son évolution familiale et personnelle ainsi que sur ses besoins particuliers en tenant compte des conditions d'éducation et de l'origine

---

<sup>637</sup> Cf. Lettre n°0875/ MPFEF-SG du 28 sept. 2001 et lettre n° 938/MAEME du 29 octobre 2001 demandant à l'Ambassadeur du Mali à Bruxelles d'informer le dépositaire que la République du Mali a désigné la DNPEF comme étant son autorité centrale visé à l'article 6 de la Convention de La Haye de 1993.

<sup>638</sup> D'après un entretien réalisé avec le Président du Tribunal de la Commune V du District de Bamako en 2011.

ethnique religieuse et culturelle. La DNEF s'assure que les consentements requis aient été donnés conformément à la loi. Il est important de souligner que l'adoption envisagée doit être motivée par l'intérêt de l'enfant. L'autorité centrale de l'Etat d'accueil doit avoir donné son accord et les autorités des deux Etats concernés doivent avoir en outre consenti à la poursuite de la procédure d'adoption en précisant que les futurs parents adoptifs seront autorisés à entrer et à séjourner dans le pays d'accueil de façon permanente. L'autorité centrale devra faciliter l'obtention de l'autorisation de sortie de l'Etat d'origine en prenant à cet effet toutes les mesures adéquates.

Lorsque la mesure d'adoption concerne un enfant déjà déplacé dans l'Etat d'accueil et que celui-ci considère que le maintien de l'enfant dans la famille d'accueil ne répond plus à son intérêt supérieur l'autorité prendra toutes les mesures en vue de retirer l'enfant et d'en prendre soin provisoirement et ce en consultation avec l'autorité centrale malienne en vue d'assurer dans les meilleurs délais une nouvelle adoption dans la mesure du possible et dans le cas contraire il conviendra d'envisager une prise en charge alternative durable. Le retour de l'enfant sera en tout état de cause autorisé si son intérêt supérieur le commande. Il convient d'observer que l'âge et le degré de discernement de l'enfant seront pris en considération afin de demander son consentement avant toutes mesures le concernant. La Direction nationale de la promotion de l'enfance veille au suivi des enfants ayant fait l'objet d'une mesure d'adoption. Elle établit annuellement un rapport sur les conditions de déroulement des adoptions. Il faut cependant souligner que c'est dans le cadre des accords bilatéraux et multilatéraux<sup>639</sup> qu'ont lieu le suivi et l'évaluation des adoptions internationales intervenues. S'il n'existe pas d'accords bilatéraux ou multilatéraux, le suivi et l'évaluation sont assurés par les représentations Consulaires ou Diplomatiques maliennes conformément aux dispositions de la Convention.

Avant de demander une décision d'adoption, une autorité centrale doit se montrer convaincue par le fait que l'adoption internationale est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle est considérée comme mesure de dernier ressort. Aux termes des dispositions de l'article 33 de la Convention, toute autorité compétente qui constate qu'une disposition de la Convention a été méconnue ou risque manifestation de l'être est invitée à informer immédiatement l'Autorité

---

<sup>639</sup> Exemple l'accord de coopération en matière de justice entre le Mali et la France signé le 09 mars 1962. V. JORF du 8 août 1963 p. 7354. V. également

en ligne [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/eci\\_conv\\_mali.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/eci_conv_mali.pdf) (consulté le 19 mars 2015).

centrale de l'Etat partie dont elle relève. Cette autorité doit veiller en conséquence à faire prendre toutes les mesures utiles qui permettent d'empêcher ou de prévenir la violation des dispositions de la Convention. Au Mali, l'Autorité Centrale compétente pour exercer le contrôle de l'application et du respect des dispositions de la Convention de La Haye sur la protection des enfants en matière d'adoption internationale est la DNPEF. En conséquence elle contrôle les activités des institutions publiques et privées d'accueil et de placement déjà évoquées dans les précédents développements. La DNPEF exerce également son contrôle en examinant les dossiers d'adoption-filiation qui lui sont transmis par les autorités centrales étrangères.

S'agissant de l'appréciation des conditions que les candidats à l'adoption doivent offrir à des enfants sur le plan psychologique, éducatif et familial, force est de constater que ces enquêtes sociales menées par des professionnels qualifiés bénéficient d'une autorité considérable. En effet, si celles-ci ne représentent qu'un simple élément d'aide à la décision d'un point de vue strictement de droit positif, elles acquièrent ainsi, de fait, une valeur plus forte aux yeux de l'autorité administrative en charge de décider de soutenir ou non la demande d'adoption auprès de l'autorité judiciaire. Ce phénomène s'explique non seulement par l'autorité morale attachée à l'expertise, mais également dans certains cas, de manière plus prosaïque en raison du manque de temps des autorités judiciaires soulagées de trouver dans le rapport de l'enquêteur social une " décision toute faite ".

Lorsque la DNPEF, autorité centrale malienne en matière d'adoption filiation, considère que l'enfant peut être adopté, elle établit un rapport contenant tous les renseignements sur l'identité de l'enfant son aptitude à la mesure sollicitée, sur son milieu social, sur son évolution familiale et personnelle ainsi que sur ses besoins particuliers en tenant compte des conditions d'éducation et de l'origine ethnique religieuse et culturelle. Cette autorité centrale du Mali qui n'est autre que la Direction Nationale de la protection de l'Enfant et de la Famille, s'assure une fois de plus que les consentements requis ont été donnés conformément à la loi. L'adoption envisagée est justifiée par l'intérêt de l'enfant.

**570 - Au Sénégal.** C'est la Direction de l'Education Surveillée et de la Protection Sociale (DESPS) qui a été désignée comme Autorité centrale en matière d'adoption internationale. Cependant, c'est le service de l'Action Educative en Milieu Ouvert (AEMO) qui exerce les fonctions d'enquêtes sociales sur les candidats à l'adoption. Les services de l'AEMO sont des services déconcentrés de la Direction de l'Education Surveillée et de la Protection Sociale (DESPS), placés auprès de chaque tribunal régional et dans certains départements. Les

services de l'AEMO constituent le premier maillon du dispositif en matière d'assistance par une offre éducative et le suivi de l'enfant en conflit avec la loi ou en danger dans son milieu d'origine. Suite à une enquête sociale, l'éducateur spécialisé proposera des mesures éducatives en accord avec la famille ou le tuteur, l'enfant et le juge.

Outre l'existence de l'autorité centrale, des insuffisances persistent dans le système de contrôle administratif de l'adoption internationale dans les deux pays.

## **B. Les failles du système de contrôle administratif de l'adoption**

**571 - Des insuffisances communes aux deux pays.** L'une des insuffisances, partagées au Mali et au Sénégal en matière de contrôle administratif du processus de l'adoption, est sans doute le manque de formation des acteurs intervenant dans le processus de l'adoption. Or, la formation est un levier majeur pour l'évolution et l'amélioration des pratiques des professionnels, qu'il s'agisse du repérage d'enfants en risques ou en danger et de l'évaluation de leur situation familiale, ou de la prise en charge de ces enfants par des mesures de protection.

A cela s'ajoute le manque de ressources humaines, matérielles et financières nécessaires au bon fonctionnement des institutions mises en place et à la sauvegarde des droits de l'enfant en situation de privation familiale.

Enfin, il n'existe pas dans les deux pays un véritable organe d'encadrement de l'adoption à l'image du Conseil supérieur de l'adoption en France. Certes, il existe une commission chargée de l'adoption internationale au Mali, mais sa composition et son fonctionnement méritent un renforcement. Il en est de même pour les autorités centrales des deux pays.

**572 - Absence d'organisme national agréé pour l'adoption.** Il n'existe aucun organisme autorisé et agréé pour l'adoption internationale au Mali et au Sénégal. Au Sénégal, sur demande du Tribunal Régional Hors class de Dakar, le service d'Action Educative en Milieu Ouvert (AEMO), dépendant du Ministère de la Justice, est chargé de l'examen des dossiers de candidature. Ce service instruit les demandes et fait des propositions au Ministère de la Justice. L'AEMO est également chargé du suivi des dossiers jusqu'à leur finalisation. Au Mali, ce rôle est assuré par la Direction Nationale de Promotion de l'Enfance (DNPEF), service relevant du Ministère de la Promotion de l'Enfant et de la famille.

Il faut relever qu'au Sénégal, contrairement au Mali, il n'existe aucune institution étatique pour l'accueil des enfants abandonnés, toutes les structures existantes étant privées.

**573 - Au Sénégal**, un rapport interne de la Direction de l'Education Surveillée et de la Protection Sociale (DESPP) du Sénégal sur ses services extérieurs<sup>640</sup>, souligne : -l'absence de suivi des enfants placés dans les pouponnières ; -le non respect ou la méconnaissance de la procédure d'adoption par les agents chargés de la mettre en œuvre ; -le non-respect de la procédure par certains magistrats qui statuent sans enquête sociale préalable ; -les travailleurs sociaux ne sont pas systématiquement impliqués.

**574 - Au Mali**, il existe certes, des institutions publiques d'accueil des enfants, mais le fonctionnement de ces institutions révèle de nombreuses insuffisances préjudiciables aux droits et à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, le Centre National de Placement familial de Bamako, plus connu sous l'appellation de « Pouponnière » créé en 1956 et initialement destiné à recueillir une trentaine d'enfants en accueille aujourd'hui plus d'une centaine. A cela s'ajoute la mauvaise gestion qui sévissait en son sein, laquelle gestion calamiteuse a causé la mort de trente trois (33) enfants entre août 2010 et février 2011<sup>641</sup>.

A côté des structures étatiques, d'autres structures privées existent au Mali. Le Décret n 99-450 P-RM du 31 décembre 1999 fixe les conditions de création et les modalités de fonctionnement des institutions privées d'accueil et de placement pour enfants au Mali. L'ensemble des insuffisances ci-dessus décrites invite à un nécessaire renforcement des autorités centrales pour un contrôle efficace du processus de l'adoption internationale.

**575 - Les correctifs aux failles du système de contrôle administratif.** Sachant que l'absence ou l'incompétence des structures institutionnelles pourraient hypothéquer l'intérêt supérieur de l'enfant impliqué dans un processus d'adoption internationale, le Mali et le Sénégal devraient travailler dans le sens du renforcement des structures institutionnelles pertinentes quant à l'adoption internationale.

La mise en œuvre de critères qui déterminent l'adoptabilité, le principe de subsidiarité, les conditions relatives à l'obtention d'un consentement valable, et, plus généralement, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'adoption internationale, étant dépendante des autorités compétentes à même de remplir les tâches pertinentes, ces pays devraient donner aux Autorités centrales les pouvoirs suffisants afin qu'ils accomplissent effectivement leurs obligations.

---

<sup>640</sup> Rapport d'études sur les services extérieurs de la DESPP, BADJI (Abdou), DESPP, Division de l'action éducative et de la protection sociale, décembre 2007.

<sup>641</sup> V. supra., p. 128, n° 119.

L'octroi de pouvoirs suffisants aux Autorités centrales devrait s'accompagner par la mise à leur disposition, de ressources humaines et financières adéquates, y compris un personnel bien formé. Dans le même sens, l' Atelier de travail francophone sur la convention de la Haye du 29 mai 1993 tenu à Dakar en février 2013 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale avait formulé les recommandations selon lesquelles " Les participants reconnaissent que la spécialisation et la formation adéquate des autorités compétentes, des Autorités centrales et des autres acteurs impliqués dans la procédure *d'adoption participent à une meilleure application de la Convention et à l'élimination des abus et des mauvaises pratiques* " <sup>642</sup>.

**576 - Propositions de renforcement des institutions administratives spécialisées dans l'adoption.** Introduction dans les législations malienne et sénégalaise de deux nouveaux articles.

**Article 1 Conseil supérieur de l'adoption.** " Il est créé, auprès du Premier ministre, un Conseil supérieur de l'adoption. Il est composé de 20 membres ayant une expérience avérée en matière d'adoption. Il s'agit de deux parlementaires, de deux représentants de l'Association des Maires, de deux représentants de l'Etat, de deux magistrats, de deux représentants des centres d'accueil pour enfants en privation familiale, de deux représentants des associations de familles adoptives, de deux représentants des personnes adoptées et de pupilles de l'Etat, de deux représentants de l'ordre des Avocats, de deux représentants des services de police, de deux représentants de l'autorité centrale en matière d'adoption internationale.

Il se réunit à la demande de son président, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre chargé de la famille, du ministre des affaires étrangères ou de la majorité de ses membres, et au moins une fois par semestre.

Le Conseil supérieur de l'adoption émet des avis et formule toutes propositions utiles relatives à l'adoption, y compris l'adoption internationale. Il est consulté sur les mesures législatives et réglementaires prises en ce domaine.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret ".

**Article 2 Autorité centrale** " L'autorité centrale pour l'adoption est composée de représentants de l'Etat, des personnes qualifiées en matière d'adoption, ainsi que de

---

<sup>642</sup> GUILLAUME (A. E. D.) Assistant Légal, rapport de l' Atelier de travail francophone sur la convention de la Haye du 29 mai 1993, tenu à Dakar, sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale : rapport de voyage. Institut du Bien-être Social et de Recherches. Dakar (Sénégal), Février 2013.

représentants des centres d'accueil pour enfant en privation familiale et des associations de familles adoptives, ces derniers ayant voix consultative ".

A côté de l'institution administrative, l'existence, dans les droits malien et sénégalais d'une institution judiciaire offre une possibilité de garantie supplémentaire de la légalité et de l'opportunité de l'adoption internationale.

## **Section 2. L'institution judiciaire, garant de la légalité de l'adoption internationale**

**577 - Existence d'un double contrôle du juge.** Pour éviter les abus, les législateurs malien et sénégalais ont rendu l'adoption judiciaire. Le juge est investi non seulement d'un contrôle de légalité (il vérifie si les conditions légales de l'adoption sont remplies) mais d'un contrôle d'opportunité centré sur l'intérêt de l'enfant<sup>643</sup>, critère décisif. En effet, en dépit des services que l'adoption doit rendre, elle ne saurait être accordée sans un vigilant et préalable contrôle judiciaire.

**578 - Le Contrôle de légalité.** Le tribunal vérifie que l'enfant fait bien partie de la catégorie des enfants adoptables. Il examine si le ou les adoptants ont bien la différence d'âge requise avec l'adopté.

**579 - Le contrôle en opportunité.** Pour effectuer ce contrôle, le tribunal dispose d'importants pouvoirs d'investigation qui vont lui permettre de procéder à des enquêtes et/ou des examens médicaux. Il vérifie que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant et qu'elle ne porte pas atteinte à l'équilibre de la vie familiale lorsqu'il y a déjà des enfants chez le ou les adoptants. Le juge a un pouvoir souverain d'appréciation en ce domaine.

Le contrôle judiciaire de l'adoption fait intervenir le juge non seulement dans la procédure d'adoptabilité de l'enfant (paragraphe 1), mais aussi et surtout dans la procédure d'adoption (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. L'intervention du juge dans la procédure d'adoptabilité de l'enfant**

**580 - Hypothèses.** Le juge intervient dans deux cas pour déterminer l'adoptabilité d'un enfant. Le premier est relatif à la déclaration judiciaire d'abandon (A), le second concerne le placement en vue de l'adoption. (B)

---

<sup>643</sup> Pour plus de détails sur le contrôle de l'opportunité de l'adoption par le juge, voir infra, p. 319, n° 609 et s.



## A. La déclaration judiciaire d'abandon

**581 - Un préalable nécessaire à l'adoption.** La déclaration judiciaire d'abandon constitue l'étape préalable à l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat et à son adoption éventuelle au Mali et au Sénégal. Dans un premier temps, l'autorité parentale est déléguée au particulier, à l'établissement ou au service qui s'occupe de l'enfant. Dans un second temps, une nouvelle famille peut être proposée à l'enfant qui, adoptable, peut ensuite bénéficier de la forme simple ou plénière de l'adoption.

Au Mali et au Sénégal<sup>644</sup>, à côté des enfants dont l'adoptabilité dépend pratiquement du bon vouloir des parents par le sang, existe une seconde catégorie d'enfants adoptables sur le fondement d'une décision judiciaire de déclaration d'abandon<sup>645</sup>. Ici, il s'agit de rendre officiel un abandon constaté de fait: c'est la déclaration judiciaire d'abandon. Elle permet de déclarer un enfant « abandonné » si ses parents s'en sont manifestement désintéressés depuis un an et si il a été recueilli par un particulier, une institution publique ou privée. Après une analyse critique de la mesure dans les législations malienne et sénégalaise, nous décrivons l'évolution en France de la notion de "déclaration judiciaire d'abandon" pour s'en inspirer en vue de reformer les droits internes malien et sénégalais.

**582 - La déclaration judiciaire d'abandon en droit malien et sénégalais.** Les législateurs malien et sénégalais, fortement inspirés par leur homologue français de 1966<sup>646</sup> n'ont fait que transposer dans leur droit interne l'ancien article 350 du Code civil français avec quelques

---

<sup>644</sup> Sur le consentement à l'adoption, voir infra ,p. 374 et s.

<sup>645</sup> L'article 538 du Code malien des personnes et de la famille dispose que "Tout enfant recueilli par une institution publique ou privée, ou par un individu, dont les parents, tuteurs ou toute autre personne chargée de sa garde se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an, peut être déclaré abandonné par le Tribunal civil...". Dans le même sens, l'article 294 du Code sénégalais de la famille, dispose que: " Les enfants, recueillis par un particulier ou une œuvre privée, dont les parents se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an, peuvent être déclarés abandonnés par le tribunal de première instance à moins qu'un parent n'ait demandé dans les mêmes délais à en assurer la charge et que le tribunal n'ait jugé cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant. La simple rétractation du consentement à l'adoption ou la demande de nouvelles n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon . La demande peut être présentée par la personne ou l'œuvre qui a recueilli l'enfant, par un service social, ou par le ministère public..."

<sup>646</sup> Instaurée par la loi du 11 juillet 1966 en France et assouplie par celle du 22 décembre 1976, la déclaration judiciaire d'abandon avait pour objectif de mettre fin aux incertitudes liées à la notion d'abandon de l'enfant qui entraînaient des conflits entre les parents par le sang et les parents adoptifs.

nuances dans la rédaction. Mais fondamentalement, la substance reste la même. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux droits internes malien et sénégalais.

**583 - En droit malien.** Le Code malien des personnes et de la famille prévoit que "Tout enfant recueilli par une institution publique ou privée, ou par un individu, dont les parents, tuteurs ou toute autre personne chargée de sa garde se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an, peut être déclaré abandonné par le Tribunal civil<sup>647</sup> .

Le Tribunal délègue par la même décision l'exercice de l'autorité parentale soit, à la personne, soit à l'institution publique ou privée d'accueil<sup>648</sup> " .

Est considéré comme " enfant trouvé ", le nouveau-né recueilli par un individu, une institution publique ou privée et dont les père et mère n'ont pu être identifiés<sup>649</sup> .

**584 - En droit sénégalais.** La déclaration d'abandon<sup>650</sup> est faite dans les conditions de l'article 294 du Code sénégalais de la famille qui énonce que : " Les enfants recueillis par un particulier ou une œuvre privée, dont les parents se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an peuvent être déclarés abandonnés par le tribunal de première instance à moins qu'un parent n'ait demandé dans les mêmes délais à en assurer la charge et que le tribunal ait jugé cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant. La simple rétractation du consentement à l'adoption ou la demande de nouvelles n'est pas une marque d'intérêts suffisants pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon. La demande peut être présentée par la personne ou l'œuvre qui a recueilli l'enfant, par un service social, ou par le ministère public. Lorsqu'il déclare l'enfant abandonné le tribunal, par la même décision délègue la puissance paternelle à toute personne susceptible de s'intéresser à l'enfant, à un service public spécialisé ou à une œuvre d'adoption agréée. La tierce opposition n'est recevable qu'en cas de dol, fraude ou d'erreur sur l'identité de l'enfant. Le tribunal compétent est celui du domicile ou de la résidence de l'enfant " .

---

<sup>647</sup> Article 538 du Code des personnes et de la famille du Mali. Voir également l'article 52 du Code de Protection de l'Enfance du Mali qui dispose que: « Est considéré comme <enfant recueilli> par une institution publique ou privée ou par un individu tout enfant dont les parents, tuteurs ou toute autre personne chargée de sa garde se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an. Peuvent être déclarés abandonnés par le juge des enfants à moins qu'un parent n'ait demandé dans les mêmes délais d'en assurer la charge et que le juge des enfants n'ait jugé cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant. »

<sup>648</sup> Alinéa 2 de l'article 538 du Code malien des personnes et de la famille. Voir dans le même sens l'article 53 du Code malien de Protection de l'Enfance.

<sup>649</sup> Article 539 du Code malien des personnes et de la famille.

<sup>650</sup> L'article 228 du Code sénégalais de la famille est le siège légal de la déclaration judiciaire d'abandon.

Il résulte de l'interprétation des deux législations deux problèmes communs qu'il convient d'examiner successivement. Le premier se rapporte à la détermination précise des enfants susceptibles de faire l'objet d'une décision judiciaire d'abandon et le second concerne la procédure à suivre pour aboutir à la déclaration judiciaire d'abandon.

**585 - Les enfants susceptibles d'être déclarés abandonnés.** L'article 294 alinéa 1er du Code sénégalais de la famille, vise les enfants recueillis par une personne ou une œuvre privée et dont les parents s'en sont désintéressés depuis plus d'un an. Pareille est la loi malienne dont l'article 538 vise tout enfant recueilli par une institution publique ou privée, ou par un individu, dont les parents, tuteurs ou toute autre personne chargée de sa garde se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an. Ces deux dispositions exigent donc une double condition qui doit traduire une exigence fondamentale : l'abandon de l'enfant par ses parents. Circonstance de fait, cet abandon se matérialise dans le recueil de l'enfant par des tiers et dans le désintérêt manifesté par ses parents depuis un an. La double condition requise n'est pas précisée par les législateurs qui se contentent de donner quelques directives au juge lequel dispose en cette matière d'un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, on déduit de ces deux dispositions précitées que l'état d'abandon n'existe pas dès lors qu'un parent (certainement autre que les père et mère) manifeste le désir de prendre en charge l'enfant et si le tribunal juge cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant. Il importe donc simplement que le tribunal constate l'état d'abandon qui rend l'enfant disponible en vue d'une adoption paisible.

Ces textes s'appliquent d'abord aux enfants dont les parents sont connus et la constatation judiciaire vise alors à enregistrer officiellement la carence de la famille et à écarter tout conflit autour de la notion d'abandon.

La disposition est également applicable aux enfants dont les parents sont inconnus et qui ont généralement été trouvés après avoir été abandonnés dans la nature par leurs parents.

Dans le système juridique français, les enfants trouvés, les enfants orphelins de père et de mère et qui ne disposent d'aucun moyen de subsistance sont immatriculés comme pupilles de l'Etat et confiés au service de l'Aide sociale à l'enfance. Cette immatriculation administrative constitue le titre qui établit leur disponibilité en vue d'une adoption (article 347 Code civil français). Il n'existe pas de service public d'aide sociale à l'enfance au Sénégal ni au Mali, par conséquent l'immatriculation administrative est inconnue des droits sénégalais et maliens.

Dès lors, les enfants trouvés, les orphelins sans ascendants ni moyens de subsistance de même que les enfants dont la filiation n'est pas établie devraient, en vue de leur adoption, être soumis à la procédure de la déclaration judiciaire d'abandon.

L'application de cette procédure nous paraît préférable à la solution actuelle qui consiste à requérir le consentement du conseil de famille alors que non seulement il s'agit d'enfants n'ayant pas de famille, mais en plus, du fait de leur abandon de fait, ils sont généralement bénéficiaire d'une mesure d'assistance éducative qui se traduit généralement, sur requête du parquet, par la prise par le Président du tribunal de première instance, d'une ordonnance de sauvegarde visant au placement provisoire de l'enfant et à l'attribution temporaire de la puissance paternelle<sup>651</sup>.

**586 - La procédure de la déclaration judiciaire d'abandon.** Cette procédure est entièrement régie dans l'article 294 du Code sénégalais de la famille et dans l'article 538 du Code malien des personnes et de la famille. Cette procédure ne soulève aucune difficulté particulière. Nous nous contenterons donc de rappeler brièvement ses points les plus caractéristiques et notamment de déterminer les personnes autorisées à prendre l'initiative de la déclaration judiciaire d'abandon.

**587 - L'article 294 de la loi sénégalaise.** Aux termes de la disposition sénégalaise précitée, les personnes autorisées à prendre une telle initiative sont: la personne ou l'œuvre qui a recueilli l'enfant, le service social<sup>652</sup> du Palais de Justice ou une œuvre d'adoption agréée. Actuellement dans la pratique, c'est le service social du tribunal de première instance de Dakar qui, la plupart du temps, introduit la demande visant à obtenir la déclaration judiciaire d'abandon. Il en est ainsi parce que au moment, où l'abandon est sollicité, étant donné qu'il s'agit, dans la plupart des cas, d'enfants abandonnés de fait et recueillis par la Pouponnière des Sœurs franciscaines, ils font généralement l'objet d'une mesure d'assistance éducative, ce qui les place sous l'autorité de la justice qui est alors représentée par le service social. La demande est adressée au Tribunal de première Instance du lieu du domicile ou de la résidence de l'enfant. La juridiction saisie a un large pouvoir d'appréciation et le simple fait de la rétractation d'un consentement à l'adoption ou la demande de nouvelle n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet de la demande. Si le tribunal accepte la demande et si l'abandon de l'enfant est constaté et déclaré, l'alinéa 3 de l'article 294 du Code

---

<sup>651</sup> V. sur la critique du consentement du Conseil de famille, *infra*, p. 393, n° 742 et s.

<sup>652</sup> Ce service social n'est autre que l'Action Educative en Milieu Ouvert communément appelé AEMO.

sénégalais de la famille énonce que la puissance paternelle sur l'enfant doit être déléguée à toute personne intéressée par l'enfant, à un service spécialisé ou à une œuvre d'adoption agréée. En pratique, l'enfant étant hébergé à la Pouponnière des Sœurs Franciscaines de Dakar, ce sont ces dernières qui se voient confiées l'exercice de la puissance paternelle sur l'enfant jusqu'au moment du placement de cet enfant, généralement après l'âge d'un an.

**588 - L'article 538 de la loi malienne.** En ce qui concerne le Mali, les personnes habilitées à activer la procédure de déclaration judiciaire d'abandon demeurent naturellement soit l'individu, soit l'institution publique ou privée qui a recueilli l'enfant. En pratique au Mali, c'est la Direction Nationale de la Promotion de l'Enfant et de la Famille, service chargé de la promotion de l'enfance qui adresse au juge civil compétent, la demande de déclaration judiciaire d'abandon. Et en cas d'acceptation par le juge, le tribunal délègue par la même décision l'exercice de l'autorité parentale soit, à la personne, soit à l'institution publique ou privée d'accueil<sup>653</sup>.

**589 - Existence des voies de recours dans les deux pays.** Les voies de recours tels que l'appel et le pourvoi en cassation sont naturellement recevables contre ce jugement et ce, dans les conditions de droit commun. En notre connaissance, elles n'ont jamais soulevé de difficultés particulières; ce qui n'est pas le cas de la tierce opposition qui, dans le droit français avait suscité des controverses sur le principe de son admissibilité et sur son régime juridique. Pour cette raison peut-être le législateur sénégalais a cru devoir la réglementer dans l'alinéa 5ème de l'article 294. Cette disposition prévoit simplement les cas de recevabilité de la tierce opposition comme en droit français<sup>654</sup>, la tierce opposition n'est recevable en matière d'adoption que dans trois cas : cas de dol, de fraude, d'erreur sur l'identité de l'enfant. La limitation des cas de recevabilité a été rendue nécessaire pour réduire les abus auxquels se livraient les parents par le sang de l'enfant, qui par leurs actions intempestives faisaient régner un climat d'insécurité autour de l'adoption.

**590 - L'évolution en France de la législation sur la déclaration judiciaire d'abandon.** La déclaration judiciaire d'abandon est régie, en France, par l'article 350 du Code civil. Elle a

---

<sup>653</sup> Article 538 alinéa 2 du Code malien des personnes et de la famille.

<sup>654</sup> Le 6 juin 2012, la Cour d'appel de Paris a refusé de renvoyer à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été posée en matière d'adoption posthume à propos de l'article 353-2 du code civil aux termes duquel « La tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants ». Paris, 6 juin 2012, RG n° 06/16739.

fait l'objet de changements rédactionnels récents par le biais de la réforme de l'adoption en date du 4 juillet 2005<sup>655</sup>.

Instaurée par la loi du 11 juillet 1966<sup>656</sup> et assouplie par celle du 22 décembre 1976<sup>657</sup>, elle avait pour objectif de mettre fin aux incertitudes liées à la notion d'abandon de l'enfant qui entraînaient des conflits entre les parents par le sang et les parents adoptifs. En effet, la loi du 5 août 1916, complétant celle du 24 juillet 1889<sup>658</sup> relative aux enfants moralement abandonnés<sup>659</sup>, permettait à celui qui avait recueilli l'enfant d'en obtenir la garde si les parents de ce dernier s'en étaient désintéressés depuis longtemps et complètement mais ne définissait pas l'abandon ce qui posait problème.

**591 - Affaire Novack.** L'illustration la plus retentissante de ces difficultés s'est produite avec la célèbre affaire Novack dans les années 60 dont nous avons déjà rappelé les faits<sup>660</sup>. Pour prévenir ce genre de problèmes, le législateur français va prendre de nouvelles mesures allant dans le sens d'une définition de plus en plus précise de la notion d'abandon. Ainsi, en 1963, une première loi<sup>661</sup> précisa que les enfants abandonnés ne peuvent faire l'objet d'une légitimation adoptive que lorsque leurs parents se sont désintéressés d'eux pendant au moins un an. Mais il subsistait toujours un risque puisque les parents pouvaient demander la restitution de leurs droits délégués jusqu'au jour du jugement de légitimation adoptive<sup>662</sup>. Ainsi, c'est lors de la réforme sur l'adoption de 1966, qualifiée par certains de réformette de détail<sup>663</sup>, que le législateur va réellement agir en créant la déclaration judiciaire d'abandon. Avec cette innovation, la loi de 1966 instaure donc une troisième catégorie d'enfants adoptables, à côté des enfants dont les parents ont consenti à l'adoption et des pupilles de

---

<sup>655</sup> Loi n° 2005-744 du 4 juill. 2005 portant réforme de l'adoption, JO 5 juill. 2005, p. 11072.

<sup>656</sup> Loi n° 66-500 du 11 juill. 1966 portant réforme de l'adoption, JO du 12 juillet 1966, p. 5956.

<sup>657</sup> Loi n° 76-1179 du 22 déc. 1976 modifiant certaines dispositions concernant l'adoption (simplification), JO du 23 déc. 1976, p. 7364.

<sup>658</sup> Loi du 24 juill. 1889 relative aux enfants maltraités ou moralement abandonnés, au placement des mineurs et à l'action éducative en milieu ouvert, JO 25 juill. 1889, p. 3653.

<sup>659</sup> FOURNIÉ (A.-M.), « De l'abandon à l'adoption plénière : le contentieux de l'abandon », JCP éd. G 1974. I. 2640, n° 1

<sup>660</sup> Cf. supra. p. 61, n° 86.

<sup>661</sup> Loi n° 63-215 du 1<sup>er</sup> mars 1963 relative aux enfants maltraités ou moralement abandonnés, au placement des mineurs et à l'action éducative en milieu ouvert, JO 2 mars 1963, p. 2091.

<sup>662</sup> FOURNIÉ (A.-M.), « De l'abandon à l'adoption plénière : le contentieux de l'abandon », article cité par Amélie NIEMIEC " La déclaration judiciaire d'abandon", mémoire de master recherche, Université de Lille 2, 2006.

<sup>663</sup> BÉNABENT (A.), Droit de la famille, 3<sup>ème</sup> éd. à jour au 1<sup>er</sup> juillet 2014, Paris, LGDJ, 2014, p. 394, n° 1001.

l'Etat. Cette mesure est donc destinée à faire prononcer par le Tribunal de grande instance un jugement déclarant l'enfant abandonné.

**592 - L'abandon, une notion non définie dans la loi de 1966.** En 1966, le législateur ne donne pas encore de véritable définition de l'abandon en considérant que de toute façon celle-ci serait incomplète<sup>664</sup>. C'est pourquoi, en 1966, lorsque l'article 350 du Code civil permet au juge de rendre adoptables des enfants dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant un an et qui, par conséquent, ont été recueillis soit directement par un particulier, soit par l'Aide sociale à l'enfance ou par une œuvre privée, qui en assurent eux-mêmes l'éducation ou qui les confient à leur tour à un particulier<sup>665</sup>, il n'eut pas l'effet escompté. Les magistrats, plus sensibles aux intérêts des parents par le sang, ne prononçaient la déclaration judiciaire d'abandon que de façon exceptionnelle même si les conditions de recueil, de désintérêt et de durée étaient réunies. Ils avaient tendance à considérer que les parents ne peuvent être privés de leurs droits que si une faute leur est imputable<sup>666</sup>. L'abandon est assimilé à un geste coupable alors que celui-ci peut permettre à l'enfant de bénéficier d'une situation stable.

**593 - L'intervention de la loi de 1976.** Pour éviter tout abus de la part des magistrats dans l'interprétation de l'article 350 sus visé, la loi de 1976<sup>667</sup> va insérer un alinéa 2 à l'article 350 du Code civil pour préciser en quoi consiste le désintérêt manifeste et rendre la tâche plus aisée aux magistrats. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 350 dudit Code précise : « Sont considérés *comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs* ». Toutefois, l'expression de « maintien de liens affectifs » utilisée par le législateur paraît également difficile à cerner. Cette expression ne peut en effet se manifester que par des signes extérieurs<sup>668</sup>.

**594 - L'adoption de la loi du 08 janvier 1993.** L'évolution du droit français se poursuivra dans cette matière par l'adoption de la loi du 8 janvier 1993<sup>669</sup> qui vient remplacer également le mot « gardien » par l'expression « *celui qui a recueilli l'enfant* »<sup>670</sup>.

---

<sup>664</sup> NERSON (R.) et R UBELLIN -D EVICHI (J.), « La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 du Code civil », RTD civ. 1980, p. 102.

<sup>665</sup> BÉNABENT (A.), op. cit., p. 402, n° 1015.

<sup>666</sup> ALLAER (C.), « L'enfant oublié », JCP éd. G 1975. I. 2735, n° 9.

<sup>667</sup> Loi n° 76-1179 du 22 déc. 1976 précitée.

<sup>668</sup> MALAURIE (P.) et F ULCHIRON (H.), op. cit. note 2, n° 1085, p. 456.

<sup>669</sup> Loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

**595 - L'avènement de la loi du 25 juillet 1994.** La loi du 25 juillet 1994<sup>671</sup> va une nouvelle fois remanier le texte de l'article 350 du Code civil et va faire peser une véritable obligation sur la personne, physique ou morale, qui avait recueilli l'enfant en lui imposant l'obligation de transmettre une demande en déclaration d'abandon à l'expiration du délai d'un an pendant lequel les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant<sup>672</sup>.

**596 - La loi du 5 juillet 1996.** Depuis la loi du 5 juillet 1996<sup>673</sup>, dite loi MATTEI<sup>674</sup>, le texte prévoit que l'enfant est déclaré abandonné, il s'agit d'un impératif donc d'une obligation. Cette loi est venue réduire le rôle du juge afin de permettre une augmentation du nombre de déclaration judiciaire d'abandon. Cette mesure a été vivement appréciée par les adoptants potentiels et les œuvres d'adoption qui estimaient que le juge se montrait trop exigeant pour déclarer l'enfant abandonné<sup>675</sup>. Le législateur a donc supprimé aux magistrats tout pouvoir d'appréciation concernant l'opportunité de la déclaration d'abandon. Cette suppression du pouvoir discrétionnaire des magistrats a beaucoup ému les professionnels de l'enfance<sup>676</sup>. En effet, la loi de 1996 prévoit que l'abandon doit être déclaré « sauf la grande détresse des parents », cette détresse recoupant un grand nombre de situations<sup>677</sup>.

**597 - La loi du 4 juillet 2005.** La réforme de l'adoption, opérée par la loi du 4 juillet 2005<sup>678</sup>, vient supprimer la notion de grande détresse et facilite en conséquence le prononcé des décisions de déclaration judiciaire d'abandon. Mais depuis quelques années, la doctrine française plaide pour une transformation de la notion de "déclaration judiciaire d'abandon" au profit de celle de "déclaration judiciaire de délaissement". Le récent rapport publié sous la présidence du Professeur GOUTTENOIRE est édifiant sur le sujet. Après avoir relevé les conclusions des rapports et études antérieures qui convergent pour critiquer la notion de "déclaration judiciaire d'abandon" et qui sont plutôt favorables à celle de "déclaration

---

<sup>670</sup> VERDIER (P.), « Pour une véritable réforme de l'adoption », RAJS mars 2006, n° 253, p. 35.

<sup>671</sup> Loi n° 94-629 du 25 juill. 1994 relative à la famille, précitée.

<sup>672</sup> TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.), Droit Civil : Les personnes, La famille, Les incapacités, op. cit., n° 888, p. 833.

<sup>673</sup> Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption

<sup>674</sup> MALLET (E.), « Le nouveau droit de l'adoption issu de la loi du 5 juillet 1996 », JCP éd. N 1997. I, p. 608.

<sup>675</sup> MASSIP (J.), « Les nouvelles règles de l'adoption (loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption) », Petites affiches 14 mars 1997, n° 32, p. 6.

<sup>676</sup> RUBELLIN -D EVICHI (J.), « Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996 », JCP éd. G 1996. I. 3979, p. 456.

<sup>677</sup> CARBONNIER (J.), Droit civil : La famille, l'enfant, le couple, t. 2, Thémis. Droit privé, 21<sup>ème</sup> éd., Paris : PUF, 2002, p. 365.

<sup>678</sup> Loi n° 2005-744 du 4 juill. 2005 portant réforme de l'adoption, JO 5 juill. 2005, p. 11072.



judiciaire de délaissement ", le Groupe de travail a proposé, en remplacement des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 350 du Code civil, la formule suivante : « *l'enfant qui n'a pas bénéficié de la part de ses parents d'actes ou de relations nécessaires à son développement physique, psychologique et affectif, sans que ces derniers en aient été empêchés par un tiers, est déclaré judiciairement délaissé si cette déclaration est conforme à son intérêt* »<sup>679</sup>. Cette idée du Professeur GOUTTENOIRE nous paraît très intéressante. En effet, l'expression " délaissement " est moins stigmatisante et moins choquante que celle " d'abandon ". En conséquence, nous proposons aux législateurs malien et sénégalais de s'inspirer de cette proposition de réforme.

**598 - Proposition d'intégration de la réforme proposée par la Commission GOUTTENOIRE au Mali et au Sénégal.** Pour adapter cette solution aux contextes malien et sénégalais, nous proposons la reformulation suivante : " *L'enfant de moins de cinq ans, qui n'a pas bénéficié de la part de ses parents d'actes ou de relations nécessaires à son développement physique, psychologique et affectif, sans que ces derniers en aient été empêchés par un tiers, est déclaré judiciairement délaissé et donc adoptable sous la forme plénière conformément à son intérêt*".

**599 - Remarques.** Il ressort de l'étude des deux systèmes juridiques (malien et sénégalais d'une part, et français d'autre part) que la déclaration judiciaire d'abandon ne peut être faite que par un tribunal, saisi le plus souvent par les services sociaux. Elle permet le placement de l'enfant en vue de l'adoption lorsque ce placement est prévu par la loi. Le placement, lorsqu'il est prévu, est valable aussi bien pour l'adoption nationale que pour l'adoption internationale. Toutefois, nous pensons qu'en raison d'un déplacement éventuel de l'enfant vers l'étranger ou de la nationalité étrangère de l'adoptant potentiel, le placement pré-adoptif présente plus d'utilité en matière d'adoption internationale. C'est peut être la raison pour laquelle le législateur malien n'a pas jugé opportun de prévoir le placement pré-adoptif en matière d'adoption interne. C'est pourquoi, nous n'envisageons son étude que dans la perspective d'une adoption internationale.

## **B. Le placement pré-adoptif**

**600 - Les hypothèses de placement.** Le placement peut s'entendre doublement. Il peut s'agir, soit du placement dans une institution d'accueil pour enfants, soit le simple fait matériel de

---

<sup>679</sup> Rapport du Groupe de travail « Protection de l'Enfance et Adoption », publié en février 2014., p. 70.

l'accueil, décidé par le juge, d'un enfant dans une famille dont l'objectif ultime est de tester la capacité d'accueil de cette dernière au travers une cohabitation préalable au prononcé de l'adoption internationale.

**601 - Le placement pré-adoptif dans une institution publique ou privée d'accueil.** Ce type de placement, ordonné par le juge des enfants vise à protéger les droits et l'intérêt de l'enfant en cas de défaillance ou d'absence de ses parents d'origine.

Au Mali, l'institution privé d'accueil et de placement pour enfants est la pouponnière d'Etat de Bamako. Elle est une structure agréée par l'Etat, chargée de recueillir, d'entretenir et de placer, auprès des familles ou des individus pour adoption, des enfants victimes d'abandon par leur famille et des enfants en situation d'handicap. L'admission de ces enfants dans cette institution étatique est scrupuleusement soumise au respect des dispositions combinées du Décret n° 99 - 450 PRM du 31/12/1999, du Code des personnes et de la famille<sup>680</sup> et du Code de Protection de l'Enfant<sup>681</sup>. Cette admission s'opère en droit par une décision du juge des enfants sous la forme d'une ordonnance de placement institutionnel.

Les enfants légalement admissibles dans une institution privée d'accueil et de placement sont entre autres : les enfants en danger moral et matériel ; les enfants âgés de moins de cinq ans, orphelins ou abandonnés dépourvus de substituts parentaux ; les enfants de parents relevant de cas sociaux (indigence, handicap...), notamment ceux atteints d'infirmité physique ou mentale rendant impossible l'exercice par eux de l'autorité parentale (enfants en souffrance familiale).

La durée de ce séjour est fixée par l'article 10 du Décret n° 99-450 PRM du 31/12/1999 à trois (3) ans durant lesquels l'enfant est entièrement pris en charge par la structure d'accueil. Dans tous les cas, la sortie de l'enfant doit être matérialisée par une Ordonnance de main levée de placement qui est le pendant du placement institutionnel.

**602 - Le placement pré adoptif dans une famille d'accueil.** L'idée de placement pré adoptif dans une famille d'accueil trouverait son fondement dans le fait que l'intérêt de l'enfant veut que ce dernier cohabite avec le ou les candidats adoptants avant que l'adoption ne soit prononcée par le juge. L'objectif recherché par cette mesure étant de s'assurer de la réussite de la rencontre entre l'adopté et l'adoptant. C'est une phase de test qui permet aux autorités

---

<sup>680</sup> Loi n°11-087 ANRM du 30/12/2011.

<sup>681</sup> Ordonnance n°02-062 PRM du 05/06/2011.

compétentes en matière d'adoption de juger de la capacité des futurs adoptants à mieux s'occuper de leur futur adopté.

Contrairement au législateur sénégalais qui a prévu un placement pré adoptif chez le candidat à l'adoption (pléniaire), son homologue malien n'a pas prévu une telle mesure.

Au Sénégal, le législateur a expressément prévu le placement pré adoptif. Il est régi par l'article 234 du Code sénégalais de la famille. Mais avant cette mesure on doit s'assurer que le consentement donné par les parents en vue de l'adoption n'a pas été rétracté<sup>682</sup>. Le placement est une mesure judiciaire et comme telle, il est décidé dans des conditions de fond et de forme strictement réglementées et les effets juridiques qui lui sont attachés sont très importants. Le législateur sénégalais ne l'a prévu que pour l'adoption pléniaire.

Tout d'abord, placer l'enfant, c'est le remettre effectivement à ceux qui cherchent à l'adopter (article 234, alinéas 2 du Code sénégalais de la famille). Pourtant à l'opposé de ce que peut laisser entendre ce texte, le placement n'est pas seulement un fait matériel. Il est aussi et surtout un acte juridique car, ordonné par décision judiciaire après constatation de certaines conditions juridiques. Ainsi, le placement se distingue-t-il du simple recueil de l'enfant qui n'est qu'un simple fait matériel sans conséquences juridiques. Après avoir analysé les conditions de fond du placement pré-adoptif au Sénégal, il conviendrait de s'interroger sur ses conditions de forme.

**603 - Les conditions de fond.** Au Sénégal, c'est le Président du Tribunal de première instance du lieu de résidence de l'enfant qui décide de la mesure de placement. Pour cela, il doit s'assurer que certaines conditions ont été observées. Ainsi, trois conditions de fond sont posées dans l'article 234 alinéas 2, 3 et 4 du Code sénégalais de la famille.

Aux termes de l'alinéas 2 de l'article 234, « le placement est réalisé par la remise effective au futur adoptant d'un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption ou d'un enfant déclaré abandonné par décision judiciaire ». Le placement est une mesure radicale qui met les parties dans une situation de pré-adoption ; il est logique alors, qu'elle ne soit décidée que pour les enfants remplissant personnellement la condition d'aptitude à l'adoption (le consentement familial valablement donné ou la décision judiciaire de déclaration d'abandon).

---

<sup>682</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement N°023 du 02 janvier 2008, le tribunal a débouté un couple de sa demande d'adoption pléniaire au motif que le délai de rétractation de consentement de la famille de l'enfant n'était pas épuisé et que la demande d'adoption s'avère prématurée (fondement : article 232 du CFS)

La seconde condition est spécifique à certains enfants. Elle est exprimée dans l'alinéa 3 de l'article 234 « lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de trois mois à compter du jour où l'enfant a été recueilli ». Ici, la loi a voulu permettre aux parents qui s'opposent au placement en vue de l'adoption d'établir la filiation de l'enfant à leurs égards.

La troisième condition est formulée dans l'alinéa 4 du même article : « le placement ne peut avoir lieu lorsque les parents ont demandé la restitution de l'enfant tant qu'il n'a pas été statué sur le bien fondé de cette demande à la requête de la partie la plus diligente ». C'est là une précaution supplémentaire prise par le législateur contre les décisions hâtives en cette matière<sup>683</sup>. Il s'agit autant que possible de s'assurer que les parents de l'enfant ont réellement renoncé à lui. Cela permet d'éviter tout conflit entre parents d'origine et famille d'accueil de l'enfant.

**604 - Les conditions de forme.** Par ailleurs, la requête en vue du placement est présentée par les personnes ayant qualité à donner leur consentement en vue de l'adoption de l'enfant. Ces personnes visées par l'article 230 du Code sénégalais de la famille sont les père et mère de l'enfant, le conseil de famille, ainsi que les personnes prévues à l'article 234 alinéa 1 du Code sénégalais de la famille, qui ajoute, le futur adoptant, le service spécialisé ou l'œuvre d'adoption agréée ayant recueilli l'enfant, un service social ou le ministère public. Cette requête doit être introduite auprès du tribunal régional de la résidence de l'enfant dont le placement est demandé, et est communiquée au Procureur de la République. Sa recevabilité est soumise à la présentation : de l'extrait de l'acte de naissance de l'enfant ; un ou des actes de consentement à l'adoption ou de la décision judiciaire déclarant l'abandon ; de la justification de ce que l'enfant a été recueilli depuis plus de trois mois, lorsque sa filiation n'est pas établie.

**605 - Constat.** Nous constatons bien qu'il s'agit là d'une énumération de documents dont la valeur probatoire quant à l'effectivité des conditions de fond du placement est aisée à comprendre. Mais ils sont indispensables du point de vue de la régularité de la procédure et donc de la protection même de l'enfant. La décision de placement, une fois rendue sur Ordonnance du Président du Tribunal compétent, est immédiatement exécutoire nonobstant opposition ou appel.

---

<sup>683</sup> Voir Paris 4 juin 1975, civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juillet 1976, sem.jur.1977, II. 18581

**606 - Conséquences de la décision de placement.** Une fois le placement en vue de l'adoption, décidé, il produit un certain nombre d'effets. Ces derniers sont visés à l'article 235 alinéas 2 et 3 du Code sénégalais de la famille. Une copie de l'Ordonnance doit être immédiatement communiquée au Procureur de la République avant même les formalités de timbre et d'enregistrement. Le Procureur de la République requiert alors de l'officier de l'état civil compétent et le cas échéant du dépositaire des doubles du registre de l'état civil, la mention de la mesure de placement dans la marge de l'acte de naissance de l'enfant.

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 235 dispose que l'enfant ne peut plus être restitué à ses parents et si sa filiation n'est pas établie, aucune déclaration de filiation, aucune reconnaissance n'est plus recevable. Ces prescriptions s'expliquent aisément : l'enfant étant sur le point de changer de statut, d'état civil (il est déjà adoptable), il est superflu de consacrer une filiation qui ne peut plus avoir d'effets juridiques. Aussi, en interdisant la restitution de l'enfant à sa famille d'origine à partir de la prise de l'Ordonnance de placement, le législateur manifeste sa volonté de consolider la situation de fait née du recueil de l'enfant. Par cette mesure les futurs adoptants sont mis à l'abri d'éventuels chantages des parents d'origine peu scrupuleux.

Lorsque le placement prend fin, ou si le tribunal refuse de prononcer l'adoption, les effets du placement sont rétroactivement résolus (article 235 alinéa 4 du Code sénégalais de la famille). Dans ce cas l'enfant est retiré de la garde des bénéficiaires de la mesure de placement et le tribunal doit fixer son statut. Mais le placement peut aussi prendre fin lorsque le ou les futurs parents adoptants décident de renoncer à l'adoption, ou lorsque le mineur de 16 ans vient à refuser de donner son consentement. Ce sont là d'ailleurs des hypothèses pouvant entraîner le refus du tribunal de prononcer l'adoption. L'état civil de l'enfant, qui était figé provisoirement depuis la prise de la décision de placement, cesse de l'être et la possibilité réapparaît de pouvoir éventuellement consacrer la filiation de l'enfant qui n'en avait pas.

Dans tous les autres cas, lorsque le placement est maintenu, il annonce et prépare le jugement d'adoption.

## **Paragraphe 2. L'intervention du juge dans la procédure d'adoption**

**607 - Le jugement d'adoption.** Le jugement d'adoption tel qu'il est réglementé dans le Code des personnes et de la famille du Mali (article 523) et dans le Code Sénégalais de Famille (les articles 236 et suivants à 239) ne présente pas d'originalité propre par rapport au droit antérieurement appliqué dans ces deux pays. La procédure du jugement d'adoption est

brièvement rappelée dans ces textes sus évoqués. Dans cette procédure, il apparaît deux points essentiels : la mission confiée au juge (A) et les voies de recours aménagées contre la décision du tribunal (B).

### **A. La mission du Juge**

**608 - Au Mali**, les tribunaux compétents pour connaître de l'action sont les tribunaux civils<sup>684</sup> et notamment le tribunal du domicile du défendeur<sup>685</sup>. Cependant, la pratique révèle que dans le District de Bamako, toutes les requêtes aux fins d'adoption protection ou d'adoption filiation sont portées devant le Président du tribunal de la Commune V du District de Bamako en raison peut être du fait que la Direction Nationale de la Promotion de l'enfant et de la Famille est située dans le ressort territorial de cette juridiction. Nous pensons que cette pratique n'est pas conforme aux dispositions du Code de procédure civile commerciale et sociale relative à la compétence territoriale et d'attribution des juridictions de l'ordre judiciaire au Mali<sup>686</sup>.

Aux termes de l'article 523 du Code malien des Personnes et de la Famille, l'adoption ne peut résulter que d'un jugement civil. Elle intervient après une procédure administrative menée au niveau de la Direction Nationale de la Promotion de la Femme, de l'Enfant et de la Famille. Ce service chargé de la promotion de l'enfance en matière d'adoption est citée par le tribunal en tant que partie au procès<sup>687</sup>. A ce titre, son avis favorable est requis pour le prononcé du jugement d'adoption. Sa présence est indispensable pour les adoptions filiation et facultative pour les jugements d'adoption protection.

La procédure commence par une requête écrite de l'adoptant ou de son conseil ou de son mandataire adressée au Président du Tribunal. Après paiement de la consignation qui sert à couvrir les frais d'enregistrement du jugement, le dossier est transmis au Parquet du Procureur

---

<sup>684</sup> Article 523 du Code malien des personnes et de la famille.

<sup>685</sup> D'après l'article 24 du Code de procédure civile commerciale et sociale relative à la compétence territoriale au Mali : " La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur.

Le lieu où demeure le défendeur s'entend : s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où elle a son domicile ou sa résidence; s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie ou du lieu où est établie une succursale importante ".

<sup>686</sup> Article 24 du Code de procédure civile commerciale et sociale relative à la compétence territoriale au Mali précité.

<sup>687</sup> D'après l'article 523 du Code malien des personnes et de la famille " Le service chargé de la promotion de l'enfance est partie à tout jugement d'adoption. En cette qualité, il peut exercer toute voie de recours ".

de la République pour leurs conclusions écrites la plupart du temps. Les parties au procès auront été préalablement citées pour l'audience. Advenue l'audience, la procédure est instruite en chambre du conseil, c'est-à-dire hors la présence du public. La parole est donnée au requérant qui motive sa demande et développe ses moyens et prétentions, justifie les pièces sur lesquelles il se fonde pour obtenir un jugement d'adoption en sa faveur. Les parents sont entendus s'il y a lieu et généralement s'il s'agit d'une adoption-protection. La DNPEF est aussi entendue pour émettre son avis. Après toutes ces auditions, le juge est amené à prendre une décision pour dire si la demande est justifiée ou non.

**609 - Contrôle de l'opportunité et de la légalité de l'adoption.** Aux termes de l'article 524 du Code des Personnes et de la Famille, l'adoption doit présenter des avantages pour l'enfant et il doit exister de justes motifs. Pour cela, il doit procéder à un contrôle et à des vérifications et à un examen minutieux des pièces du dossier. A cet égard, il doit vérifier que les conditions légales sont remplies. Il doit s'assurer de la volonté constante du requérant, vérifier à travers les pièces produites son aptitude à assurer l'épanouissement de l'enfant. Il doit également contrôler l'opportunité de l'adoption au regard de l'intérêt de l'enfant et de l'ordre public. L'intérêt de l'enfant suppose que son adoption ne soit de nature à compromettre la vie familiale. Le respect de l'ordre public peut par exemple justifier que le tribunal ordonne une mesure d'expertise afin de vérifier si l'adoption envisagée ne masque pas en réalité un trafic d'enfants. L'intérêt supérieur de l'enfant<sup>688</sup> s'apprécie souverainement par les juges du fond ( article 523, alinéa 1er ) et s'entend tout à la fois sous ses aspects matériels, patrimoniaux, extrapatrimoniaux et moraux. C'est cet intérêt qui constitue un garde-fou contre les détournements de l'adoption.

Le juge doit s'assurer de l'adoptabilité de l'enfant et du consentement express des parents ou des représentants légaux.

Le juge lorsqu'il se prononce dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut ainsi soit prononcer l'adoption soit la refuser.

**610 - La décision du Juge<sup>689</sup>.** Si le juge décide de faire droit à la demande d'adoption, il prend une décision sous forme de dispositif qui se conçoit ainsi : le Tribunal, vidant son délibéré ; Statuant publiquement, contradictoirement, en matière civile et en premier ressort, après débats en chambre du conseil ;

---

<sup>688</sup> Sur l'intérêt supérieur de l'enfant, v. infra., p 330 et s.

<sup>689</sup> La question du règlement de la loi applicable se fera par la suite

Reçoit les Epoux "x" et "y" en leur demande d'adoption filiation de l'enfant "Z" né le 12 août 2014 à Bamako de parents inconnus ;

La déclare bien fondée ;

Prononce la mesure sollicitée en leur faveur ;

Dit et juge que l'enfant ainsi adopté portera désormais les prénom et nom de "X" et jouira à ce titre de tous les avantages liés au régime de l'adoption-filiation;

Ordonne à l'officier de l'Etat civil de la commune V du district de Bamako de procéder à la transcription du présent jugement ;

Met les dépens à la charge des requérants.

**611 - Au Sénégal**, le tribunal compétent pour connaître de l'action, est le tribunal de première instance du lieu du domicile du demandeur à l'adoption ou si la personne est domiciliée à l'étranger, c'est le tribunal du lieu du domicile de l'adopté qui devient compétent. A défaut de tout autre tribunal, c'est celui de Dakar qui est compétent. Ces prescriptions sur la compétence sont contenues dans l'article 236 du Code de la Famille. Il est joint à la requête, un extrait de l'acte de naissance de l'enfant et une expédition du ou des consentements. Le tribunal fixe alors la date de l'audience laquelle doit être portée à la connaissance des personnes ayant consenti à l'adoption. L'instruction et éventuellement les débats ont lieu sans publicité, en chambre du conseil et le ministère public entendu<sup>690</sup>.

**612 - Contrôle de l'opportunité et de la légalité de l'adoption.** Le tribunal vérifie alors si toutes les conditions sont réunies. Il s'agit des conditions légales mais également des conditions d'opportunité notamment l'intérêt de l'enfant. Le tribunal, s'il y a lieu, procède ou fait procéder à des enquêtes. Dès le dépôt de la requête, dans la pratique au Sénégal, le service social (l'Action Educative en Milieu Ouvert) est requis par le président du tribunal afin de procéder à toutes les enquêtes : familiales, sociales, de personnalité, sur la personne des adoptants. Pour les adoptants domiciliés à l'étranger, il leur faut un agrément délivré par le service social de leur pays (en France par exemple, le service spécialisé est la MAI=Mission d'Adoption Internationale). Après quoi le tribunal prononce l'adoption sans énoncer de motifs<sup>691</sup>. Par ailleurs, le tribunal peut statuer sur la demande des parties dans le même

---

<sup>690</sup> Article 523 du Code malien précité et article 237 du Code sénégalais de la famille.

<sup>691</sup> Sur la question de la motivation des décisions d'adoption, v. notre proposition de texte, infra., p.358, n° 676.



jugement sur les noms et prénoms de l'adopté ; il indique aussi les mentions devant être portées sur l'acte de naissance.

**613 - Une jurisprudence remarquable au Sénégal.** Animée par la volonté de protéger l'enfant dans la procédure de l'adoption, la jurisprudence sénégalaise s'est montrée très rigoureuse en matière de protection de l'enfant dans une de ses décisions qui mérite une attention particulière. En effet, dans une de ses décisions datant de 2009, le Tribunal Régionale Hors Classe de Dakar a refusé de prononcer l'adoption plénière d'un mineur abandonné et de mère inconnue au profit de la requérante qui avait même accueilli et pris en charge l'enfant depuis le jour de son abandon, au motif qu'aucun acte de la procédure prévue en matière d'adoption plénière par les articles 223 et suivants du Code sénégalais de la Famille n'a été effectué ; que sa demande était mal fondée<sup>692</sup>.

Par ailleurs, l'adoption internationale, parce qu'elle suppose la mise en œuvre des règles de conflit de lois (voir plus loin), doit être prononcée par des juridictions ayant une compétence spéciale en la matière. D'ailleurs, la France, semble avoir compris cette nécessité puisqu'elle a prévu des juridictions spécialisées pour s'occuper des adoptions réalisées à l'étranger et qui impliquent le déplacement de l'enfant de son pays d'origine vers la France. Le Mali et le Sénégal ne devraient-ils pas s'inspirer de cette solution française ?

**614 - La solution française.** En matière d'adoption internationale, les tribunaux de grande instance interviennent, suivant les cas, soit pour donner l'exequatur à des décisions étrangères, soit pour convertir des adoptions simples prononcées à l'étranger en adoptions plénières françaises, soit pour prononcer eux-mêmes des adoptions, plénières ou simples. Lorsque l'adoption a été réalisée à l'étranger et implique le déplacement de l'enfant de son pays d'origine vers la France, un seul tribunal de grande instance, spécialisé en la matière, est compétent dans le ressort de chaque cour d'appel. Sauf pour les cours d'appels d'Aix en Provence, Colmar, Douai, Riom et Versailles où le TGI compétent est respectivement Marseille, Strasbourg, Lille, Nantes, Clermont-Ferrand et Nanterre, le TGI spécialisé est celui du lieu où est implantée la cour d'appel.

A la suite du rapport de la commission Guinchard, rendu au garde des Sceaux en 2008, la loi de simplification du droit du 12 mai 2009 a posé le principe de la spécialisation de tribunaux déterminés sur le territoire : les tribunaux restés compétents (un par ressort de cour d'appel, en

---

<sup>692</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement N°1147 du 19 mai 2009.

général celui du lieu de la cour d'appel) ont été désignés par décret. Critiquant le rapport de la Commission Guinchard, le Professeur SALVAGES-GEREST jugea que "fort heureusement, même si, sauf exception, les tribunaux sont les mêmes, le législateur n'a pas suivi la commission Guinchard qui proposait, du point de vue de la compétence juridictionnelle, d'assimiler purement et simplement l'adoption internationale au déplacement international illicite d'enfant!"<sup>693</sup>

D'après cet auteur, " parmi les exceptions à la compétence du tribunal situé au lieu de la cour d'appel, il en est au moins une qui est discutable. Dans le ressort de la cour d'appel de Rennes, le tribunal compétent est celui de Nantes. Or souvent, si l'adoptant doit saisir un tribunal en vue du prononcé d'une adoption plénière, c'est parce que le procureur de la République de Nantes, dans sa fonction de supervision du Service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères, a refusé d'autoriser la transcription directe d'une décision d'adoption plénière prononcée à l'étranger "<sup>694</sup>. Et l'auteur poursuit son raisonnement en se demandant s'il était "équitable, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il y ait ainsi confusion des rôles administratif et judiciaire du parquet ?"<sup>695</sup> Quant aux tribunaux d'instance, ils n'interviennent dans le processus de l'adoption internationale que lorsque les mineurs étrangers, après avoir été adoptés sous la forme simple, souhaite faire une déclaration d'acquisition de nationalité, sur le fondement de l'article 21-12 alinéa 1er du Code civil, auprès du greffier en chef du tribunal d'instance compétent de leur département. S'ils ont moins de seize ans, cette déclaration est effectuée par leur (s) parent (s) adoptif (s). Cela se justifie par le fait que l'adoption simple ne produit aucun effet de plein de droit en matière de nationalité française. Un autre acteur non moins important du processus judiciaire de l'adoption internationale en France est le Procureur de la République du tribunal de grande instance de Nantes. L'essentiel d'un jugement d'adoption rendu en France, tient dans l'ordre donné au procureur de la République de faire porter, sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, la nouvelle identité de celui-ci. Cette formalité est effectuée sur les registres du Service central de l'état civil de Nantes, à la demande du procureur de la République du tribunal qui a prononcé l'adoption, si cela ne peut être fait sur les registres du lieu de naissance de l'adopté parce qu'il est né à l'étranger.

---

<sup>693</sup> V. SALVAGE-GEREST (P.), in Droit de la famille, Dalloz, 6 ème éd. p.820, n°224.13., 2013.

<sup>694</sup> SALVAGES-GEREST, *ibid.*

<sup>695</sup> SALVAGES-GEREST, *ibid.*

Par ailleurs, convient-il de rappeler que lorsqu'une adoption équivalente à une adoption plénière française a été prononcée à l'étranger, il est possible de la faire transcrire directement sur les registres du Service central de l'état civil de Nantes, sans exequatur, afin qu'elle produise en France tous les effets que la loi française attache à cette institution. Le service central de l'état civil fait partie du ministère des affaires étrangères, mais c'est le procureur de la république du tribunal de grande instance de Nantes, en charge de la supervision des registres de ce service, qui ordonne la transcription après avoir contrôlé l'opposabilité de la décision étrangère comme le ferait le juge de l'exequatur. Des voies de recours sont aussi ouvertes contre le jugement du tribunal.

## **B. Les voies de recours**

**615 - Modalités de mise en œuvre dans les deux pays.** Au Mali, le jugement est susceptible d'appel dans les conditions de droit commun<sup>696</sup>. Au Sénégal, il y a d'abord l'appel. Il peut être interjeté par toute personne intéressée par la procédure ; de même que par le ministère et ce, dans le mois qui suit la décision (article 237 al 5 et 6 CFS). La Cour d'Appel instruit la cause et statue dans les mêmes conditions de forme que le tribunal, c'est-à-dire en secret, le jugement et l'arrêt étant prononcés en audience publique. Ensuite le pourvoi en cassation qui est une voie de recours générale, peut être exercé contre l'arrêt et ce, nonobstant l'alinéa 5 de l'article 237 qui ne paraît admettre qu'une seule voie de recours en cette matière : l'appel. En effet aux termes du texte, ci-dessus cité : « *Le jugement n'est susceptible que d'appel par toutes les parties en cause et le ministère public* ». Quant à la tierce opposition, elle fait l'objet d'une réglementation spéciale dans l'alinéa 9 de l'article 237 du Code sénégalais de la famille et celle-ci a été voulue restrictive pour écarter les risques d'utilisation abusive de cette voie de recours par des parents peu scrupuleux. Elle ne peut être exercée qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants. Dans l'article 294 du Code sénégalais de la famille l'erreur sur l'identité de l'enfant peut se concevoir au stade de la décision d'abandon mais pas à celui du jugement définitif. Cette double restriction vise à réduire les possibilités de remise en cause d'adoption. Ce souci de sécurité et de stabilité commande aussi la question du délai requis pour l'exercice de cette voie de recours. Le Code est muet sur ce délai et il faut en conclure que la tierce opposition est ouverte sans limitation de durée. Si l'adoptant décède après la présentation de la requête aux fins d'adoption, l'instruction est continuée et

---

<sup>696</sup> Voir article 543 et suivants du Code de procédure civile, commerciale et sociale (Décret n° 99-254/P-RM du 15 septembre 1999).

l'adoption prononcée s'il y a lieu. Dans ce cas, elle produit ses effets au moment du décès de l'adoptant. Les héritiers de l'adoptant peuvent, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au ministère public tous mémoires et observations à ce sujet (article 238 du Code sénégalais de la famille). Dans un délai de quinze jours à compter du jour où la décision n'est plus susceptible de voies de recours, le ministère public près la juridiction qui l'a prononcée se conforme aux dispositions de l'article 58, alinéa 1 à 4 ; c'est-à-dire la transcription du jugement et mentions à l'état civil (article 239 du Code sénégalais de la famille). Selon cet article 58 intitulé « Adoption » : « En cas d'adoption plénière, le Procureur de la République doit, dans un délai de quinzaine à compter du jour où la décision est passée en force de chose jugée, faire injonction à l'officier de l'état civil du lieu de naissance, sur présentation du jugement d'adoption, d'en dresser acte à sa date sur le registre des naissances sous forme d'acte de naissance.

Indépendamment des mentions prévues par l'article 40, alinéa 8, cet acte énoncera : l'année, le mois, le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms tels qu'ils résultent du jugement ; les prénoms, noms, âge, profession et domicile de l'adoptant ou des adoptants ; mention de ce qu'il a été dressé sur déclaration du Procureur de la République qui recevra le volet n° 1. Il sera délivré gratuitement copie de l'acte aux adoptants et à l'adopté. L'acte de naissance initial et, s'il y a lieu, l'acte établi en application de l'article 55 seront revêtus de la mention « annulé adoption » et une mention marginale renverra à l'acte nouveau indiqué par sa date et son numéro.

En cas d'adoption limitée, le Procureur de la République devra, en se conformant aux dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article, faire injonction à l'officier de l'état civil compétent de porter mention de l'adoption en marge de l'acte de naissance ».

**616 - En France.** Le recours devant la Cour d'appel est ouvert au parquet et à toute personne présentant un intérêt à agir. Il doit être formé dans un délai de quinze jours à compter de la notification. La Cour d'appel vérifiera à la fois les conditions légales et la notion d'intérêt de l'enfant.

La Cour de cassation qui peut être saisie dans les deux mois ne jugera que le respect des conditions légales.

**617 - Proposition de réforme au Mali et au Sénégal :** Il serait souhaitable que les deux pays créent quelques tribunaux spécialisés en matière d'adoption internationale, notamment un tribunal spécialisé dans le ressort de chaque cour d'appel.

## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

**618 - Réflexions sur l' institution administrative.** La garantie de la moralité de l'adoption internationale est incarnée par l'Autorité centrale qui intervient dans le processus adoptif pour apprécier en amont l'aptitude des candidats à adopter et l'aptitude des enfants à être adoptés à l'étranger, et en aval, pour suivre le devenir de l'enfant après le prononcé de son adoption dans son pays d'accueil. A cet titre, l'Autorité centrale, au Mali et au Sénégal, doit être dotée de ressources économiques suffisantes et de ressources humaines compétentes pour assurer l'efficacité de ses missions dans l'intérêt supérieur des enfants maliens et sénégalais. Ce qui n'est malheureusement pas le cas pour l'instant dans ces deux pays.

**619 - Réflexions sur l'institution judiciaire.** La légalité de l'adoption internationale est quant à elle, incarnée par l'autorité judiciaire, et notamment le juge. Ce dernier intervient en amont du prononcé de l'adoption internationale pour apprécier la légalité de la mesure projetée. Autrement dit, le juge s'assure, au regard du droit positif de l'Etat que l'enfant a fait l'objet d'une déclaration judiciaire d'abandon, qu'il a été placé en vue d'une adoption conformément au droit en vigueur. Puis, pendant le prononcé de l'adoption, le juge intervient pour apprécier à la fois la légalité et l'opportunité de l'adoption. A cet égard, il peut arriver que même légale, le juge puisse refuser une adoption lorsqu'il estime qu'elle n'est pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ou qu'elle heurte l'ordre public et les bonnes mœurs de son pays.

## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

**620** -Pour comprendre comment l'adoption internationale a été instituée au Mali et au Sénégal, il nous a semblé important d'en situer, d'une part, le contexte, de rappeler les problèmes de société auxquels l'adoption est reliée, de retracer l'historique de sa réglementation et la réception du droit conventionnel de l'adoption au Mali et au Sénégal et d'autre part, d'analyser les principales institutions qui interviennent dans le processus de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal.

**621 - La genèse de l'adoption internationale.** Il faut retenir que c'est véritablement après la deuxième guerre mondiale que l'adoption internationale a pris une grande extension et que s'est développée la nouvelle conception de l'adoption comme moyen d'accès à des relations parentales pour les enfants privés de leurs parents naturels. Les causes socio-économiques, et en particulier l'urbanisation rapide, s'ajoutant aux guerres et aux désastres naturels, sont devenues l'origine principale des enfants sans foyer. Cela est vrai en Amérique latine, en Asie, comme en Afrique.

Le réseau traditionnel de la famille élargie qui, dans le passé, prenait en charge les enfants sans parents ou les enfants dont les parents devaient travailler, a commencé à s'effondrer avec la migration vers les villes et la situation de vie au quotidien dans les quartiers périphériques des villes. Parallèlement, la disparition de la structure de la famille élargie n'a pas été compensée, en général, par la mise en place d'un système efficace de protection sociale privée ou gouvernementale.

La cause profonde de l'abandon est donc la pauvreté qui condamne les familles et particulièrement les mères à cette option extrême qu'est l'abandon. Le Mali et le Sénégal, champs de cette réflexion, sont des pays d'origine où le revenu par habitant est proche ou au-dessous du seuil de pauvreté défini par les Nations Unies. Les revenus par habitant dans les pays d'accueil, même pour ceux dont le revenu est le plus bas, sont trois ou quatre fois plus haut que dans les pays d'origine les plus fortunés. Parmi les causes de l'abandon, la pauvreté est généralement accompagnée d'un fort taux de natalité, de la corruption et de l'incapacité à contrôler les trafics.

La réponse à l'abandon des enfants a généralement été le placement en institution. Le problème fondamental de l'institution est qu'elle ne favorise pas le développement psychique,

affectif et intellectuel de l'enfant. Ces établissements ont souvent un personnel mal préparé, ils sont souvent mal gérés et mal contrôlés.

Devant le développement de l'adoption internationale et ses cortèges d'abus, la communauté internationale a élaboré des conventions multilatérales pour tenter de minimiser les risques et les abus qui y sont liés. La première de ces conventions, initiée dans un cadre européen, est celle du 15 novembre 1965 sur " la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions ". Elle ne visait que l'adoption de mineurs entraînant la rupture des liens avec la famille d'origine. La seconde est la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967. Les insuffisances de ces deux Conventions vont conduire la Conférence permanente de La Haye d'élaborer une nouvelle convention à vocation internationale en 1993 appelée " Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ". Le préambule de cette convention se réfère aux grands principes internationaux qui sont la Déclaration des Nations Unies de 1986 sur la " protection et le bien-être des enfants en matière d'adoption et placement familial ", ainsi que la Convention des droits de l'enfant de 1989. La Convention de La Haye de 1993 vient organiser une répartition des compétences beaucoup plus équilibrée entre " Autorités de l'Etat d'origine " et " Autorités de l'Etat d'accueil ". Le Mali et le Sénégal ont certes ratifié cette dernière convention, mais son application dans ces pays se butte à des obstacles liés à la fois à l'interdiction malienne de l'adoption plénière par des étrangers et à la non effectivité de cette convention au Sénégal trois années après sa ratification par ce pays.

**622 - Les institutions de l'adoption internationale.** Sur ce point, nous nous sommes focalisés sur l'institution administrative et celle judiciaire qui, à notre sens, sont les deux institutions garantes à la fois de la légitimité et de la légalité de l'adoption internationale. Ces deux institutions jouent un rôle crucial dans le processus de l'adoption internationale. Ainsi, l'institution administrative, représentée par l'Autorité centrale en matière d'adoption internationale intervient au début et à la fin de l'adoption internationale. A ce titre, elle apprécie à la fois l'aptitude des personnes<sup>697</sup> souhaitant adopter un enfant malien ou sénégalais et l'adoptabilité de ces derniers par des candidats étrangers ainsi que le suivi des enfants adoptés à l'étranger après le prononcé de l'adoption au Mali et au Sénégal.

---

<sup>697</sup> A titre d'exemple, il faut noter qu'au Mali, la Direction Nationale de la Protection de l'Enfance, en sa qualité d'autorité centrale en matière d'adoption, étudie les dossiers des candidats étrangers, même munis d'un agrément de leur pays, procède à la sélection des dossiers de candidature qu'elle juge satisfaisants pour répondre aux besoins d'un enfant adoptable et défend les dossiers qu'elle a choisis à l'audience devant le juge.

Parallèlement, le juge, en sa qualité de représentant de l'institution judiciaire, intervient également à la fois pour apprécier l'adoptabilité de l'enfant, l'aptitude des adoptants potentiels, et l'opportunité et la légalité de l'adoption projetée.

Outre l'existence de règles institutionnalisant l'adoption internationale, la réalisation de cette dernière, dans une perspective de protection des droits de l'enfant, requiert également d'autres exigences.



## TITRE 2. LA REALISATION DE L'ADOPTION INTERNATIONALE

**623 - La Convention de La Haye de 1993 comme cadre de référence.** La réalisation l'adoption internationale est envisagée ici dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993, laquelle est ratifiée par le Mali et le Sénégal, champs de réflexion de la présente étude. Toutefois, une réflexion prospective sera menée dans l'hypothèse d'une adoption réalisée hors le cadre de la Convention précitée. Le texte de l'article 2 de cette Convention n'envisage pas le cas où l'enfant, ayant quitté un Etat contractant, serait accueilli dans un Etat tiers, et par là non tenu au respect de la Convention. L'étude envisagera d'une part, le Mali et le Sénégal comme pays d'origine et, d'autre part, la France, Etat également partie à la Convention de La Haye de 1993, comme pays d'accueil. De plus, la Convention prend indirectement partie sur la qualification des rapports adoptifs : ils doivent "établir un lien de filiation", ce qui exclut toute référence à des placements ou recueils nourriciers, y compris la " kafala islamique " (article 2, alinéa 2) et l'adoption-protection malienne. Cette dernière ne sera donc abordée ici que pour mettre en lumière le contraste qui existe entre les demandes d'adoption internationale et les demandes d'adoption nationale. La réalisation de l'adoption internationale implique avant tout la mobilisation d'un certain nombre de principes directeurs considérés comme les fils rouges de l'adoption internationale (chapitre 1). Le respect de ces principes directeurs est incontestablement gage d'une décision d'adoption internationale respectueuse des droits de l'enfant (chapitre 2).

## Chapitre 1. Les principes directeurs de l'adoption internationale

### **624 - Intérêt supérieur de l'enfant et subsidiarité de l'adoption internationale.**

L'admission de l'adoption internationale est justifiée par le principe sacro-saint de l'intérêt primordial de l'enfant. Les différentes initiatives prises tant au plan interne qu'international pour réglementer l'adoption internationale tentent de faire de cette notion d'intérêt de l'enfant la finalité de l'adoption internationale. Si nul ne conteste de cette réalité théorique universelle, la pratique de l'institution internationale nous invite à relativiser cette perception universelle de l'intérêt de l'enfant comme but unique et finalité première de l'adoption internationale. C'est à l'aune des principes de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la subsidiarité de l'adoption internationale que nous tenterons, d'abord, de mettre en exergue les insuffisances des droits malien et sénégalais relatifs à l'adoption internationale avant de suggérer par la suite, des solutions pour remédier à ces insuffisances. En effet, l'effectivité des deux principes visés pose problème au Mali et au Sénégal. Certains de ces problèmes relèvent de l'ambivalence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (section 1) et d'autres, de l'ambiguïté du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale (section 2).

### **Section 1. L'ambivalence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant**

**625 - Généralités.** Le recours constant et généralisé à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant comporte l'avantage non négligeable de rappeler le fondement premier de l'adoption internationale : donner une famille à un enfant qui en est privé dans son pays d'origine. Ce sont réellement les besoins de l'enfant qui doivent être à l'origine de toute décision en matière d'adoption. Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant remplit une double fonction<sup>698</sup> : d'une part, la fonction d' " intérêt factuel ", c'est-à-dire, la prise en considération d'éléments de fait que le juge prend en compte pour apprécier souverainement si une décision peut être adoptée

---

<sup>698</sup> CHABERT (C.), L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois, thèse, Univ. Aix-Marseille III, 2000, n°37 et s., Éd. Presses Univ. Aix-Marseille, 2001, 632 p. ( L'auteur prévoit une troisième acception qu'il qualifie d'intérêt " conflictuel ". Il s'agit de prendre en considération l'intérêt de l'enfant lors de la création, soit d'une décision individuelle, soit d'une règle de conflit de lois, en tenant spécialement compte de la portée de la règle de rattachement et de la spécificité du conflit de juridictions. En ce sens, il conviendrait de statuer de manière à sauvegarder l'unité du statut personnel, la permanence de l'état de la personne et la sécurité juridique, critères pouvant influencer le choix du facteur de rattachement afin de s'assurer de l'effectivité de la décision de justice à l'étranger. Cependant, cette dernière acception ne fera pas l'objet d'une étude spécifique dans cette partie. V. op. cit., n° 173 et s.)

à l'égard d'un enfant. D'autre part, la fonction d' " intérêt substantiel "<sup>699</sup>, c'est-à-dire, un objectif que le législateur a en vue lorsqu'il établit une règle qui affecte l'enfant. Dans le premier sens, l'intérêt apparaît au moment de l'adoption d'une décision individuelle et, dans le second sens, au moment de l'adoption d'un acte normatif. Il revient au législateur de prévoir que, lorsqu'il décide, le juge statue dans l'intérêt de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant devient dès lors à la fois un leitmotiv du législateur dans l'élaboration de normes relatives à l'adoption internationale ( paragraphe 1) et un guide pour le juge dans ses prises de décisions en matière d'adoption internationale (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, un leitmotiv du législateur**

**626 - Justification.** En affirmant que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue un leitmotiv du législateur, nous souhaitons inviter les législateurs malien et sénégalais à tenir davantage compte de ce principe cardinal dans l'élaboration des normes en matière d'adoption internationale. Les droits malien et sénégalais font allégeance à l'intérêt supérieur de l'enfant, du moins à sa substance (A). Toutefois, l'absence d'une définition objective de ce principe freine son effectivité (B).

#### **A. L'allégeance législative au principe**

**627 - Justifications.** L'évolution des droits malien et sénégalais est dominée par la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette évolution rend compte du fait que les législateurs des deux pays susvisés sont guidés par la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment en matière d'adoption. Cette évolution a été inspirée à la fois par des textes nationaux et supra-nationaux (1). Toutefois, la question de la qualification de l'intérêt supérieur de l'enfant demeure incertaine (2).

#### **1. Les références normatives**

**628 - Normes d'origine interne et internationale.** "Si l'on donne foi à certaines opinions, les législations contemporaines auraient pour trait dominant "la défense de l'intérêt des enfants

---

<sup>699</sup> CHABERT (C.) définit l'intérêt substantiel comme "l'intérêt abstrait de l'enfant, obéissant à une logique juridique, et qui se compose de droits consacrés par le législateur ou en voie de l'être et se prête à une approche globale" (cf CHABERT (C.), thèse précit., p. 30, n° 68.).

(qui) est primordiale"<sup>700</sup>. Autrement dit, l'intérêt de l'enfant est au-dessus de tout et guide toutes les démarches.

"Presque mythique"<sup>701</sup>, l'intérêt de l'enfant exprime assurément l'un "des rares consensus de la société occidentale"<sup>702</sup>, "sinon de la planète"<sup>703</sup>. Principe directeur et dénominateur des législations familiales européennes<sup>704</sup>, il se retrouve dans les textes internes des continents sud<sup>705</sup> ou nord-américain<sup>706</sup>, asiatique<sup>707</sup> et africain<sup>708</sup> et peut désormais être considéré comme unanimement partagé en raison du nombre de signataires de la Convention de New York du 26 janvier 1990<sup>709</sup>.

**629 - Les textes maliens et sénégalais.** La référence à l'intérêt de l'enfant est ancienne dans les textes maliens et sénégalais. Toutefois, l'affirmation du caractère primordial de ce principe

---

<sup>700</sup> CHABERT (C.), "L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois", thèse, Université de droit, d'économie et des sciences d'AIX-Marseille III, PU d'AIX-Marseille-PUAM, 2001, p. 78, n°119.

<sup>701</sup> RUBELLIN-DEVICHI (J.), "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises", JCP 1994, I 3739, et sp. n°1.

<sup>702</sup> LEQUETTE (Y.), note ss. CA Paris, 18 décembre 1973 et 1er juillet 1974, JDI 1975, p. 525, et sp. p. 532.

<sup>703</sup> SOIRAT (F.), Les règles de rattachement à caractère substantiel, Thèse dactyl., Paris II, 1995, sp. n°716, p. 364. Pour un exposé exhaustif des conventions et des projets intéressants de près ou de loin les droits de l'enfant (MOULAY ARCHID (A.), "Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans", RCADI 1997, vol. 268, pp. 9 et s., et sp. n°77 et s., pp. 56 et s.).

<sup>704</sup> BOULANGER (F.), Droit civil de la Famille. Aspects comparatifs et internationaux, Tome II, Economica, 1994, sp. n°238 et s., pp. 268 et s.; GRATALOUP (S.), L'enfant et sa famille dans les normes européennes, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 290, 1998, sp. n°184 et s., pp. 117 et s. Même en Europe centrale, comme en témoignent les articles 106, 109, 113 et 119 du Code civil polonais de 1966 (Code de famille et de tutelle de la République populaire de Pologne, Varsovie, 1966).

<sup>705</sup> Pour quelques exemples (LISBONNE (J.), Juris-Classeur de droit comparé, Argentine, 1987, sp. n°169, p. 11; n° 238, p. 15; GUERREIRO LOPES (M.), Juris-Classeur de droit comparé, Brésil, fascicule 1, 1999, sp. n° 87 et s., p. 17; n°101, p. 18; LISBONNE (J.), Juris-Classeur de droit comparé, Mexique, 1999, sp. n° 244, p. 12; LISBONNE (J.), Juris-Classeur de droit comparé, Pérou, 1986, sp. n° 71, p. 6).

<sup>706</sup> HERZOG (P.), Juris-Classeur de droit comparé, Etats-Unis d'Amérique, fascicule 1, 1998, sp. n°79, p. 20; n°84, p. 21; n° 128, p.30. On ajoutera les articles 177, 196, 252, 495, 514, 543, 568, 573 et 574 du Code civil du Québec (Code civil du Québec, Editions Yvon Blais, 1997-1998).

<sup>707</sup> CHUNLONG (C.), Juris-Classeur de droit comparé, Chine, 1993, sp. n° 73, p. 16.

<sup>708</sup> Pour les législations musulmanes (KHODARI (T.), Le statut juridique du mineur né de père musulman dans les unions mixtes, Thèse dactyl., Paris II, 1996, sp. pp. 106 et s.; LOUTFI (M.-H.), Juris-Classeur de droit comparé, Egypte, fascicule 1, 1996, sp. n° 13, p. 5; n° 16, p. 6; FSAREHANE, Juris-Classeur de droit comparé, Maroc, fascicule 2-1, 1999, sp. n°31, p. 7; n° 44, p.8; n°269-270, p. 25; n° 277-278, p. 26) ou non (E. KAHN, Juris-Classeur de droit comparé, Afrique du sud, 1996, sp. n° 36, p. 12; POUGOUE (P.-G.) et ANOUKAHA (F.), Juris-Classeur de droit comparé, Cameroun, fascicule 2, 1996, sp. n° 64, p. 11; IDOT (L.), Juris-Classeur de droit comparé, Côte d'Ivoire, 1987, sp. n° 103, p. 18; n° 112, p. 20; ou encore les articles 294, 450, 462, 502, 517 de la loi gabonaise du 29 juillet 1972, Code civil du Gabon, Libreville, 1972).

<sup>709</sup> A ce jour, sur les 197 Etats souverains et indépendants reconnus par les Nations Unies, 193 ont ratifiés la Convention, soit la quasi-totalité des Etats. Deux l'ont seulement signé (les Etats-Unis et la Somalie) et deux ne l'ont pas encore ratifié ni signé (le Soudan du sud et la Palestine).

dans ces deux pays est relativement récente puisqu'elle n'intervient qu'à partir de leur adhésion à la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant de 1989.

Le législateur sénégalais a prévu à l'article 223, alinéa 2, de la loi N° 72 – 61 du 12 juin 1972 portant Code de la Famille au Sénégal<sup>710</sup>, que " l'adoption ne peut être prononcée que pour *justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté* ". Son homologue malien a repris la même formulation dans l'article 59, alinéa 1 de l'ordonnance N° 73-036 CMLN du 31 juillet 1973 portant Code de la Parenté au Mali<sup>711</sup>.

Au Mali, l'ordonnance n°02-062/P-RM du 05 juin 2002 portant code de protection de l'enfant mérite d'être soulignée. L'article 10 de ce texte prévoit que : " Tout enfant séparé de ses parents ou de l'un d'eux, a le droit de rester en contact de façon régulière, et de garder des relations personnelles avec ses deux parents ainsi qu'avec les autres membres de sa famille, sauf si le tribunal compétent en décide autrement compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ".

Le Mali a connu une réforme de sa législation avec l'adoption en 2011 de la loi n° 11-080/AN-RM du 2/12/2011 portant Code des Personnes et de la Famille du Mali. L'article 523, alinéa 1 de ce texte prévoit que " Toute adoption est faite uniquement en tenant compte de *l'intérêt supérieur de l'Enfant* ".

**630 - Les textes supra-nationaux.** L'intérêt de l'enfant occupe une place centrale dans le droit international. Le concept d'" *intérêt supérieur de l'enfant* " n'est pas nouveau. Il est de fait antérieur à la Convention des Nations unies de 1989 et était déjà consacré dans la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 (par. 2) et dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 (art. 5 b) et 16, par. 1 d)), ainsi que dans des instruments régionaux et dans nombre de lois nationales et d'instruments internationaux.

**631 - Un engouement législatif certes, mais insuffisant dans la détermination de l'intérêt de l'enfant.** Face à l'internationalisation croissante de l'adoption et aux abus que celle-ci peut entraîner, la communauté internationale s'est également dotée de textes de plus en plus précis visant à protéger l'intérêt de l'adopté. Le 3 décembre 1986, l'Assemblée générale des Nations

---

<sup>710</sup> J.O.S. 1972, p. 192.

<sup>711</sup> J.O. du 15 septembre 1973, p. 665 et s. Il faut préciser que ce texte a été abrogé et remplacé par un Code des personnes et de la famille au Mali en 2011.

Unies adopta une « Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur le plan national et international<sup>712</sup> ». Sans imposer l'existence de l'institution adoptive dans chaque législation nationale, cette déclaration propose, dans le cadre de l'aide aux familles, du placement familial et de l'adoption, des garanties de respect des intérêts des mineurs. En son article 5, elle précise que " Pour toutes questions relatives au placement de l'enfant auprès de personnes autres que ses parents naturels, l'intérêt bien compris de l'enfant, en particulier son besoin d'affection et son droit à la sécurité et à des soins continus, doit être la considération primordiale ". Son article 9 ajoute que le besoin de l'enfant placé dans une famille nourricière ou adopté de connaître ses antécédents familiaux doit être reconnu par les personnes qui le prennent en charge, à moins que cela n'aille à l'encontre de ses intérêts. Enfin son article 13 stipule que le but premier de l'adoption est de procurer une famille permanente à l'enfant que ses parents naturels ne peuvent prendre en charge.

**632 - La convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant.** Cette convention, signée le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990, stipule en son article 3, alinéa 1 que : " Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ".

Ainsi, selon cette convention l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la mesure et la limite de toute décision privée ou publique relative à la situation de l'enfant (article 3). L'importance de ce principe se manifeste dans l'invocation qui en est faite dans plusieurs articles de la Convention (9, 18, 37 à 40) et dans sa promotion en considération primordiale à propos de toute décision relative à l'enfant. Il ne s'agit pas d'une simple référence générale, voire platonique. L'intérêt supérieur de l'enfant, malgré l'absence de définition ne se confond guère avec l'intérêt des parents, de la famille ou de l'Etat. Il doit résulter de la conjonction de plusieurs éléments ayant pour finalité exclusive l'épanouissement de l'enfant. Il s'agit par conséquent d'un principe dynamique et fonctionnel qu'il est possible de moduler en essayant d'influencer les valeurs sociales, culturelles ou religieuses de chaque Etat. En tout état de

---

<sup>712</sup> Doc. A/ RES/41/85 ; ci-après « Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies du 3 décembre 1996 »

cause, le respect de ce principe postule de recueillir l'avis de l'enfant à propos de toute décision susceptible d'influer sur son avenir.

**633 - La Convention de la Haye du 29 mai 1993.** Cette convention, adoptée à la dix-septième session de la conférence de la Haye et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1995 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. Son article 1<sup>er</sup>, a) illustre bien ces propos. Selon lui, " la Convention a pour objet *d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international ;...* ". Son article 4 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, au travers d'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 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 des liens, rendant possible un éventuel retour en famille.

**634 - La Charte Africaine des Droits et du bien-être de l'Enfant.** Au plan régional africain, la Charte Africaine des Droits et du bien-être de l'Enfant de 1990 (adoptée par la 25<sup>e</sup> Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA à Addis-Abeba (Ethiopie) prévoit que « Les Etats parties qui reconnaissent le système *de l'adoption veillent à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant prévale dans tout les cas...* » (article 24).

**635 - Remarques générales.** La Convention internationale sur les Droits de l'Enfant de 1989 et la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale parlent « *d'intérêt supérieur de l'enfant* ». 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. Afin d'en éclairer la substance, cette convention énonce certains principes tels que : « *l'enfant doit grandir en milieu familial* »<sup>713</sup> ; « la permanence est préférable aux mesures temporaires »<sup>714</sup> ; « *l'adoption internationale peut offrir à l'enfant les avantages d'une famille permanente lorsqu'une famille appropriée ne peut être trouvée dans son pays d'origine* »<sup>715</sup>. De ces différentes assertions découle un autre principe, celui de la double subsidiarité de l'adoption internationale<sup>716</sup>, qui signifie que l'adoption nationale est la première solution à laquelle il faut songer lorsqu'un enfant ne peut être réinséré au sein de sa famille et qu'ensuite, si cette dernière n'est pas possible, il faut alors pouvoir organiser l'adoption internationale pour tel enfant déterminé qui en a besoin.

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 l'égard de cet article, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est encore renforcé ; il ne doit pas être simplement « **une** considération primordiale », mais « **la** considération primordiale »<sup>717</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant doit, de fait, être le facteur déterminant dans les décisions relatives à l'adoption, mais aussi dans d'autres domaines.

Si ce critère est expressément utilisé par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 et la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale, il résulte parfois, uniquement de l'application que les juridictions font de certains textes par ailleurs silencieux sur le sujet, tant la notion est difficile à appréhender juridiquement. Par ailleurs, les textes maliens et sénégalais ne qualifient pas l'intérêt de l'enfant. Or, pour que la notion soit opérationnelle, il nous semble important de la qualifier.

---

<sup>713</sup> Préambules de la Convention de la Haye et de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

<sup>714</sup> « Rapport et conclusion de la deuxième commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale » (17-123 septembre 2005), en ligne : [http://www.hcch.net/upload/wop/adop2005\\_rtp\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2005_rtp_f.pdf) (19 février 2007), p.19, §31 ; art.20, §3, de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

<sup>715</sup> Préambule de la Convention de La Haye, qui reprend à grand trait le préambule de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

<sup>716</sup> Article 4, b, de la Convention de La Haye ; voir également les articles 4 et 17 de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international (Recueil des textes relatifs aux Droits de l'Enfant au Sénégal, Tome 1, éd. Décembre 2008, p.10).

<sup>717</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur, op. cit., 2013.



## **2. La qualification de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**636 - Utilité.** Pour résoudre les conflits d'intérêts au sein de l'institution de l'adoption, il est nécessaire de qualifier la notion d'intérêt de l'enfant. La considération de l'intérêt primordial de l'enfant doit être entendue au regard de la notion d'intérêt de l'enfant elle-même. Il convient de juger de ce qui est le meilleur in concreto pour un enfant, en se référant à un intérêt de l'enfant idéal pour tout enfant in abstracto. Ainsi, la notion de primauté de l'intérêt de l'enfant ne doit pas tendre à supplanter les autres intérêts en présence. Ils ne doivent pas être évincés mais doivent être considérés comme des éléments de référence pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Il est primordial de qualifier l'intérêt supérieur de l'enfant dans les droits malien et sénégalais afin de déterminer la place à donner au bien-être de l'enfant par rapport aux autres intérêts en présence. L'ambivalence des finalités de l'adoption en effet, est telle, qu'il convient de déterminer la situation de l'intérêt de l'enfant pour l'apprécier vis-à-vis des autres considérations en présence. La qualification du concept d'intérêt supérieur de l'enfant va donc permettre de déterminer la place de la considération de l'intérêt de l'enfant au cœur des conflits d'intérêts en présence. Faut-il comprendre par intérêt de l'enfant que ce dernier doit l'emporter systématiquement sur celui des adultes (parents par le sang ou adoptants potentiels) ou sur d'autres considérations économiques ou culturelles ? Ou faut-il comprendre que par intérêt de l'enfant, il convient de dépasser les contingences actuelles afin d'estimer le meilleur avenir de l'enfant ?

Les articles relatifs à l'intérêt de l'enfant contenus dans les Codes malien et sénégalais de la famille ne précisent pas la qualification de cet intérêt. De même, nos investigations ne nous ont pas permis de connaître une jurisprudence, dans ces deux pays, qui qualifie la notion d'intérêt de l'enfant lorsqu'elle l'invoque. Mais il ressort implicitement que la considération primordiale gouverne également le droit de l'adoption dans ces pays. Afin d'en déterminer la valeur, conviendrait-il, de se référer aux différentes conventions internationales contenues dans les droits positifs malien et sénégalais.

**637 - Les déclarations des Nations unies sur les droits de l'enfant.** La déclaration des droits de l'enfant proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1959 rappelle que l'enfant a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux en raison de son manque de maturité, notamment d'une protection juridique appropriée. Faisant référence à la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant de 1924 et à la Déclaration universelle des droits de l'Homme, elle considère que l'humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur

d'elle-même. Elle tend à établir des principes de protection de l'enfant. Cette Déclaration souligne dans son principe 2 que dans "l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante", mais elle ne se réfère pas expressément à l'institution de l'adoption.

**638 - La déclaration onusienne de 1986.** Dans la déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur le plan national et international, adoptée par l'Assemblée des Nations Unies le 3 décembre 1986<sup>718</sup>, il est précisé dans l'article 4 que "l'intérêt bien compris de l'enfant(...) doit être la considération primordiale". Cette Déclaration rappelle la précédente déclaration de 1959, et a pour but de l'élargir à l'institution de l'adoption.

**639 - La Convention sur les droits de l'enfant de 1989.** La qualification de "considération primordiale" a été conservée par la Convention relative aux droits de l'enfant acceptée en mars 1989 par la Commission des Droits de l'Homme, puis par le Conseil économique et social de l'O.N.U, enfin adoptée par acclamation à New York le 26 janvier 1990. Elle reprend à son compte les termes des différentes déclarations relatives à la protection des enfants et parfois élargit certains droits reconnus aux enfants. La Convention internationale sur les droits de l'enfant a également une vocation universelle. Elle est rédigée davantage comme une déclaration de droits que comme un instrument obligatoire ayant force obligatoire. Il est intéressant de noter la volonté d'une meilleure protection de l'intérêt de l'enfant du fait que la considération qui doit être portée à cet intérêt ait vu le qualificatif " primordial " substitué à celui de " déterminante ". Le terme "primordial" a pris dans l'usage commun une valeur hiérarchique qui signifie "de première importance ", "essentiel ", donc l'intérêt de l'enfant est devenu la considération la plus haute. Le mot "déterminant" n'était pas très explicite de la place à accorder à l'intérêt de l'enfant. M. ZANI estime que l'on a voulu conférer à la notion d'intérêt de l'enfant une définition qu'il qualifie d'"apodictique"<sup>719</sup>. Pour certains commentateurs, la Convention a substitué le régime de sujet de droits à celui de protection de l'enfant. L'intérêt de l'enfant doit donc, si l'on s'attache aux termes de la CIDE, être considéré comme supérieur et primordial.

---

<sup>718</sup> Résolution 4185 de l'AG des NU.

<sup>719</sup> ZANI (M.), "la Convention internationale des droits de l'enfant: portée et limites", Publisud 1996, p. 5.

Après avoir recherché la qualification de l'intérêt de l'enfant au regard des textes onusiens, il convient de déterminer sa place au sein de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

**640 - La qualification de l'intérêt de l'enfant dans la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990.** La Charte Africaine des Droits et du bien-être de l'Enfant de 1990 (adoptée par la 25<sup>e</sup> Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA à Addis-Abeba (Ethiopie) prévoit que « Les Etats parties qui *reconnaissent le système de l'adoption veillent à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant prévale dans tout les cas...*» (article 24). En outre, contrairement à la CIDE qui emploie l'expression "**une** considération primordiale", l'article 4 de cette Charte stipule que: "dans toute action concernant un enfant, entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt supérieur de l'enfant sera **la** considération primordiale".

**641 - Proposition d'introduction de texte.** Pour permettre aux législateurs malien et sénégalais de résoudre les conflits d'intérêt au sein de l'institution de l'adoption, il nous semble indispensable de qualifier la notion d'intérêt de l'enfant. A ce titre, nous proposons de définir ce principe comme étant " la considération prédominante déterminant la continuité de la procédure d'adoption, tant nationale qu' internationale ".

## **B. L'effectivité du principe freinée par l'absence d'une définition objective**

**642 - Les controverses doctrinales.** La doctrine est partagée sur la nécessité ou non de définir l'intérêt supérieur de l'enfant. Certains auteurs pensent que la définition de la notion aura plus d'avantage pour l'enfant, d'autres pensent le contraire. Il serait pourtant faux de croire qu'aucune tentative n'a été entreprise. Au contraire, de nombreuses études s'y sont astreintes. Mais leurs conclusions ont souvent été exposées avec forte précaution pour les plus réservées ou au prix d'un démenti jurisprudentiel pour les plus audacieuses. Il conviendrait donc de se pencher sur la controverse doctrinale sur la nécessité ou non de définir la notion (1) avant de voir les essais de définition de la notion (2).

### **1. La controverse doctrinale sur l'absence de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant**

**643 - Les différents arguments.** Pour mieux apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant, l'un des premiers réflexes du juriste consiste à chercher le secours d'une définition. Ce faisant, il se peut qu'aucune ne lui soit offerte. Cette hypothèse est précisément la nôtre, puisque la

doctrine voit généralement dans l'intérêt concret de l'enfant, une " notion-clé, notion passe-partout de la législation moderne, (qui) se dérobe aux définitions "<sup>720</sup>. Or, la définition de l'" intérêt supérieur de l'enfant " permettrait son application plus précise, plus effective. En outre, elle éviterait l'arbitraire des juges dans la prise de décisions en matière d'adoption internationale. Toutefois, face aux avantages d'une définition se dressent également des difficultés. Celles-ci trouvent leur fondement dans la nécessité de maintenir l'adaptabilité de la notion<sup>721</sup>.

**644 - Les arguments favorables à l'imprécision de la notion.** Pour les défenseurs de cette thèse, toute tentative de définir l'intérêt de l'enfant présente un risque. A cet égard, un auteur affirme que circonscrire la notion d'intérêt supérieur de l'enfant à certains critères serait " en contrariété avec l'esprit même des notions à contenu variable "<sup>722</sup>. Or, l'intérêt supérieur de l'enfant est habituellement classé dans les notions à contenu variable ou notions standards. Donner du contenu à la notion supposerait donc de revenir sur cette qualification de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Professeur FULCHIRON fait observer dans cet esprit que : « la question de la définition est un faux problème car la subjectivité et la relativité qui entourent le concept en constitueraient la force »<sup>723</sup>. Préciser la notion d'intérêt supérieur de l'enfant lui ferait perdre toute sa dynamique<sup>724</sup>. Les défenseurs de cette thèse mettent également en avant la diversité des domaines d'application de l'intérêt supérieur de l'enfant. A cet égard, un auteur s'interroge " *comment une définition générale de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait être adaptée à différentes subdivisions du droit de la famille, telle que l'autorité parentale, ou encore l'adoption, la filiation. L'intérêt supérieur de l'enfant peut-il revêtir les mêmes exigences selon que les faits présentés relèvent de l'exercice de l'autorité parentale ou de la filiation ?* "<sup>725</sup>. Par ailleurs, un autre auteur<sup>726</sup> met en avant l'argument selon lequel la double relativité de l'intérêt supérieur de l'enfant (relativité dans le temps et relativité dans l'espace)

---

<sup>720</sup> CARBONNIER (J.), "Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille", in Les notions à contenu variable en droit, PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R.) (ss. dir.), Bruylant, 1984, pp. 99 et s., et sp. p. 103; COET (Ph.), Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legal, PA 1986, n°91, pp. 39 et s.; n°92, pp. 25 et s.

<sup>721</sup> BONFILS (Ph.) et GOUTTENOIRE (A.) - Droit des mineurs, 2ème éd. Dalloz, 2014, p. 65, n° 95.

<sup>722</sup> POMART (C.), La magistrature familiale, thèse dactyl., 2002, p. 136.

<sup>723</sup> FULCHIRON (H.), « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », Gaz. Pal. 8 déc. 2009, n° 342, p. 15.

<sup>724</sup> FULCHIRON (H.), Ibid.

<sup>725</sup> HUBERT-DIAS (G.), L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé, thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014, p. 60.

<sup>726</sup> ZERMATTEN (J.), « L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique », Working Report, Institut international des droits de l'enfant, , 3-2003, p. 12.

constitue un obstacle à toute tentative de définition. Pour cet auteur, la relativité dans le temps signifie que l'intérêt supérieur de l'enfant est amené à évoluer au cours des années. Quant à la relativité dans l'espace, elle signifie que l'intérêt supérieur de l'enfant est influencé par les différentes normes des ordres juridiques étatiques. Dans le même sens, le Professeur FULCHIRON souligne que l'intérêt de l'enfant est " en effet marqué par la relativité. Relativité dans l'espace et dans le temps car la notion se nourrit des données propres à chaque époque et à chaque société ; elle est liée à une culture, à des savoirs, à une conception de la personne, de l'enfant et de la famille "<sup>727</sup>. A ces difficultés, s'ajoute la subjectivité de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Cette subjectivité est à la fois collective et individuelle. A cet égard, le Professeur FULCHIRON fait remarquer que la subjectivité individuelle renvoie à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par ses père et mère, par l'enfant lui-même et par le juge, tandis que la subjectivité collective est liée à l'image qu'une société se fait de ce qu'est l'intérêt de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même<sup>728</sup>. Pour cet auteur, " construire du droit, peut-être même construire le droit, sur des bases aussi mouvantes, ôte à la règle juridique toute prévisibilité "<sup>729</sup>. Malgré les difficultés relevées, certains auteurs pensent qu'il est nécessaire de définir l'intérêt supérieur de l'enfant.

**645 - Les arguments défavorables à l'imprécision de la notion.** Le doyen CARBONNIER ne fut pas le seul à porter un regard très critique sur l'imprécision de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Pour lui, l'absence de définition de la notion favorise l'arbitraire judiciaire en la matière<sup>730</sup>. Ainsi, peut-on citer de façon non exhaustive, les Professeurs GOUTTENOIRE et BONFILS qui affirmaient, avec juste raison, que l'imprécision de la notion reviendrait même " à bouleverser l'ordonnement juridique "<sup>731</sup>. D'après ces auteurs, l'absence de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de contourner la législation : " Le principe supra-législatif de la primauté de l'intérêt de l'enfant autorise - voire contraint - en effet le juge à écarter la loi au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant "<sup>732</sup>. A l'appui de cet argument, les auteurs invoquent les décisions du Conseil d'Etat, particulièrement un arrêt du 7

---

<sup>727</sup> FULCHIRON (H.), préc., p. 2.

<sup>728</sup> FULCHIRON (H.), *ibid.*

<sup>729</sup> FULCHIRON (H.), *ibid.* p. 5.

<sup>730</sup> CARBONNIER (J.), note sous CA Paris, 10 avr. 1959, D. 1960. p. 673.

<sup>731</sup> GOUTTENOIRE (A.), " Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant ", LPA 7 oct. 2010, n° 200, p. 24. V. également BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.) - Droit des mineurs, 2ème éd. Dalloz, 2014. p. 72, n° 107.

<sup>732</sup> BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.), *ibid.* p. 73, n° 107.

juin 2006. En l'espèce, les juges refusent l'application aux mineurs des dispositions des décrets du 28 juillet 2005 relatifs à l'accès à l'aide médicale de l'Etat en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant. L'absence de définition de la notion permet ici à la juridiction d'écarter l'application des décrets précités<sup>733</sup> ". Le Professeur HAUSER soulignait que " l'expression est devenue plus un rituel commode et décoratif qu'une notion véritablement opérationnelle "<sup>734</sup>. Mme GOBERT qui désignait l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant "propre à favoriser l'arbitraire judiciaire"<sup>735</sup> ou encore comme "ouvrant la porte à toutes les interprétations"<sup>736</sup>, chaque juge risquant de rendre sa décision au regard de sa personnalité et non de l'intérêt réel de l'enfant. Le Professeur RUBELLIN-DEVICHI écrivait par ailleurs que " donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit "<sup>737</sup>. Le Professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ indique quant à elle que l'intérêt de l'enfant s'apparente à "une boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver"<sup>738</sup>, sans oublier Mme THERY qui qualifiait en 1985 la notion " d'insaisissable, fuyante, changeante "<sup>739</sup>. Toutes ces réserves émises au sujet de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'ont rien d'une spécificité nationale. En effet, des juristes étrangers relaient le même type de critiques, et pour ne citer que l'un d'entre eux, M. BILL HILTON, tout premier spécialiste américain de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980<sup>740</sup>, relève que " l'intérêt de l'enfant, c'est un

---

<sup>733</sup> BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.) - *ibid.* p. 73 n° 108.

<sup>734</sup> HAUSER (J.), " Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse ", RLDC 2011, n° 87, p. 66 et s.

<sup>735</sup> Lors du Colloque devant la Cour de cassation, 9<sup>ème</sup> conférence "Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation", 11 déc. 2006.

<sup>736</sup> Lors du colloque Sciences Po Paris, pour l'anniversaire de la CIDE, 18 nov. 2009.

<sup>737</sup> RUBELIN-DEVICHI (J.), citée par A. Cornec dans "Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants: un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant", p. 1; document présenté le 20 nov. 2010 au Palais Bourbon lors de la journée d'étude organisée par DEI-France, et consultable en ligne:

[http://www.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc\\_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain\\_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980\\_13p.pdf](http://www.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980_13p.pdf)

<sup>738</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), «Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», RTD Civ., 1995, p. 249, spéc. p. 265

<sup>739</sup> BOURGUIGNON (O.), RALLU (J.-L.), THERY (I.), «Du divorce et des enfants», INED, 1985, p. 34, par I. Théry

<sup>740</sup> Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, 25 oct. 1980, [http://hcch.e-vision.nl/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=24](http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=24)

morceau de caoutchouc ; le juge tire dessus pour lui donner la forme qu'il souhaite <sup>741</sup>. Puisque l'absence de définition objective permet au juge de prendre sa décision de façon très, voire trop libre, émerge l'idée qu'on peut faire dire tout et son contraire à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

## 2. Les essais de définition de la notion

**646 - Une définition " synthétique ".** Un auteur a proposé une définition synthétique de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour cet auteur, l'intérêt supérieur de l'enfant signifierait, pour l'enfant, " *l'intérêt de vivre, de s'épanouir pleinement et de s'intégrer dans un milieu familial et un entourage serein et matériellement convenable, de ne pas voir sa santé, son équilibre psychologique et moral compromis, de recevoir une éducation appropriée, d'être préparé à sa vie d'adulte et de voir son patrimoine préservé* " <sup>742</sup>. Cette définition est intéressante car elle regroupe les différents critères d'appréciation de la notion, mais elle reste encore trop générale pour être efficace. Elle renvoie surtout à des éléments devant être appréciés concrètement par le juge au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. La généralité des éléments relevés n'offre cependant pas suffisamment de substance à la notion.

**647 - Une définition fonctionnelle.** M. ZERMATTEN, s'appuyant sur les termes de l'article 3-1 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989, propose la définition suivante : " L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence " <sup>743</sup>. A la différence de la proposition susmentionnée, cette définition se situe au-delà des éléments de contenu de la notion. Il s'agit d'une définition fonctionnelle qui renvoie aux fonctions de l'intérêt supérieur

---

<sup>741</sup> CORNET (A.), in " Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant ", Journal du droit des jeunes, consacré à la journée d'étude organisée par DEI-France et l'Association française Janusz Korczak, p. 1, 2010. En ligne [http://old.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc\\_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain\\_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980\\_13p.pdf](http://old.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980_13p.pdf) (consulté le 15 janvier 2014).

<sup>742</sup> SANDRAS (C.), L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille, Thèse dactyl., 2000, p. 381.

<sup>743</sup> ZERMATTEN (J.), « L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique », Working Report, 3-2003, Institut international des droits de l'enfant, p. 15.

de l'enfant telles que précisées par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989.

**648 - Une définition technique.** Un auteur a donné une définition technique à l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour cet auteur, la notion renferme " non seulement des droits énumérés dans la Convention internationale des droits de l'enfant - libertés et droits fondamentaux de la personne humaine et droits de l'enfant - mais aussi la prise en compte du bien-être de l'enfant et de ses besoins fondamentaux, au sens de la Convention, à la fois physiques, mentaux, intellectuels, moraux, affectifs, sociaux et spirituels "<sup>744</sup>. Ce faisant, l'auteur rend compte de la dissociation opérée " entre les cas dans lequel l'intérêt supérieur de l'enfant fonde un droit de celui dans lequel il introduit une exception "<sup>745</sup>. Par exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant repose sur le droit pour celui-ci de maintenir des relations personnelles avec ses parents, mais il peut aussi commander la rupture de ces relations. L'article 9-3 de la Convention prévoit que : " Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ".

**649 - Les précisions offertes par le Comité des droits de l'enfant des nations unies.** D'après ce Comité, le concept d'intérêt supérieur de l'enfant vise à assurer tant la réalisation complète et effective de tous les droits reconnus dans la Convention que le développement global de l'enfant<sup>746</sup>. Comme le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies l'a déjà souligné<sup>747</sup> « l'appréciation de l'intérêt supérieur d'un enfant par un adulte ne peut primer l'obligation de respecter tous les droits de l'enfant reconnus par la Convention ». Il rappelle qu'il n'y a pas de hiérarchie des droits dans la Convention ; tous les droits qu'elle énonce sont dans l'« intérêt supérieur de l'enfant » et aucun droit ne saurait être compromis par une interprétation négative de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La pleine application du concept d'intérêt supérieur de l'enfant passe par l'élaboration d'une approche fondée sur les droits de l'homme, impliquant tous les acteurs, afin de garantir dans

---

<sup>744</sup> BRUNETTI- PONS (C.), « L'intérêt supérieur de l'enfant une définition possible ? », RLDC 2011, p. 27 et s.

<sup>745</sup> BRUNETTI- PONS (C.), *ibid.*

<sup>746</sup>Le Comité attend des États qu'ils interprètent le terme «développement» en tant que «concept global, embrassant le développement physique, mental, spirituel, moral, psychologique et social» (Observation générale n° 5, par. 12).

<sup>747</sup>Observation générale n° 13 (2011) sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence, par. 61.



sa globalité l'intégrité physique, psychologique, morale et spirituelle de l'enfant et de promouvoir sa dignité humaine.

**650 - Les précisions apportées par le Haut-commissariat aux réfugiés.** Le Haut-commissariat aux réfugiés fait remarquer que : "*l'expression " intérêt supérieur "* renvoie de manière générale au bien-être de l'enfant, expression qui dépend de différentes circonstances particulières telles que son âge et sa maturité, la présence ou l'absence de ses parents, l'environnement dans lequel il vit son histoire personnelle"<sup>748</sup>. L'institution onusienne relève en cela différentes circonstances qui doivent être prises en compte pour déterminer la notion : l'âge de l'enfant, sa maturité, son histoire personnelle. Le Haut Commissariat aux réfugiés y ajoute la prise en compte du contexte dans lequel évolue l'enfant.

**651 - Notre position.** L'absence de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant entraîne deux constats diamétralement opposés : d'une part, dans une acception positive, ce flou permet de se distancier d'une application trop mécanique et théorique de la loi pour permettre d'aboutir à des solutions humanisées, rappelant ainsi à ceux qui l'auraient oublié que le droit fait partie des sciences humaines ; d'autre part, cette fois dans son acception plus négative, l'absence de définition objective de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît critiquable puisque chacun peut l'appréhender à sa manière, selon ses propres convictions, sa propre personnalité. En effet, la subjectivité de chacun est alors mise en exergue et peut conduire à autant de réponses différentes que de juges ayant à se prononcer. Si chaque juge peut aboutir à une décision différente de celle d'un pair, le danger est grand de verser dans l'arbitraire, et par ricochet dans l'insécurité juridique pour les enfants concernés par ladite décision. Cette crainte n'est pas nouvelle : ce risque a été dénoncé depuis longtemps par d'éminents juristes. Parmi eux, on se doit de citer en tout premier lieu le Doyen CARBONNIER, qui dès 1960 écrivait<sup>749</sup> : " C'est la notion magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable et il faudrait que le juge décide de l'intérêt de l'enfant !" ; ou encore " l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre

---

<sup>748</sup> HUBERT-DIAS (G.), L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, op. cit. p. 68.

<sup>749</sup> CARBONNIER (J.), note sous CA Paris, 30 avr. 1959, D. 1960, p. 673

superflues toutes les institutions de droit familial " ; on lui doit également l'affirmation selon laquelle l'intérêt de l'enfant est une notion à " contenu variable "<sup>750</sup>.

## **Paragraphe 2. L'intérêt supérieur de l'enfant, un guide pour le juge**

### **652 - L'appréciation de l'intérêt de l'enfant par rapport aux autres intérêts en présence.**

Le rôle du juge est de sauvegarder les intérêts en présence au cours de la procédure d'adoption et plus particulièrement l'intérêt primordial du mineur. Le juge est l'ultime garant de l'intérêt de l'enfant quel que soit le type d'adoption, qu'il soit en présence d'une adoption nationale ou internationale, d'une adoption hétéro familiale ou d'une adoption intrafamiliale, ou encore pour les droits malien et sénégalais, d'une adoption plénière ou d'une adoption simple. Il lui appartient d'évaluer les intérêts en présence mais il doit toujours veiller à promouvoir l'intérêt de l'enfant. Il vérifie ainsi le respect des conditions légales de l'adoption et décide de l'opportunité de l'adoption. A cet égard, le juge dispose de pouvoirs lors du prononcé d'une adoption qui lui permettent d'évaluer l'opportunité de l'adoption principalement au regard de l'intérêt de l'enfant (A). Mais le juge peut également refuser de prononcer une adoption alors que toutes les conditions sont remplies au regard des intérêts en présence (B).

### **A. Les pouvoirs du juge de prononcer une adoption aux regards des intérêts en présence**

**653 - La balance des intérêts.** Lors de son contrôle des conditions légales de l'adoption demandée, le juge doit statuer sur l'opportunité de prononcer une adoption en effectuant la balance des intérêts en présence. Il établit alors une pondération entre l'intérêt de l'enfant, combiné avec celui de ses parents par le sang, préféré par rapport à celui des candidats à l'adoption et enfin au regard de l'intérêt de l'Etat. Il peut ainsi prononcer, en France par exemple, une adoption bien que les consentements requis ne soient pas donnés lorsqu'il estime qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'être adopté<sup>751</sup>. Au-delà de son pouvoir de prononcer une adoption dans l'intérêt de l'enfant (1), le juge devrait, lors du prononcé de l'adoption, se référer aux intérêts concret et abstrait de l'enfant (2)

---

<sup>750</sup>CARBONNIER (J.), "Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille", in PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R.), "Les notions à contenu variable en droit" Bruxelles 1984, p. 99, spéc. p. 104.

<sup>751</sup> V. art. 348-6 du Code civil qui dispose que : "Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité. Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille ".

## **1- Les pouvoirs du juge de prononcer une adoption dans l'intérêt de l'enfant**

**654 - Une évaluation judiciaire au cas par cas par le juge.** " La notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne préexiste pas à son application, sa véritable intégration à l'ordre légal n'acquiert une réalité que par l'intermédiaire du juge. L'intérêt n'est pas à proprement parler une notion indéterminée : sa virtualité tient à son caractère variable dans l'espace et dans le temps "<sup>752</sup>. Il s'agit là de l'intérêt factuel nécessitant une évaluation judiciaire au cas par cas.

**655 - Une référence normative pour le juge.** L'intérêt de l'enfant constitue à la fois une référence normative sur laquelle le juge peut s'appuyer pour fonder son interprétation d'un texte, pour éventuellement en écarter l'application ou bien encore pour interpréter une catégorie juridique. Si l'on évoque la question de la référence normative, il est bien-sûr essentiel de rappeler que sa consécration dans un traité international en 1989 lui a conféré une valeur supra-législative, d'abord devant les juridictions administratives et plus tard dans l'ordre judiciaire<sup>753</sup>. Outre la diversité des modes formels d'insertion de la notion, les juridictions lui font jouer des rôles distincts vis-à-vis des droits en présence : parfois en lui assignant une fonction arbitrale entre plusieurs revendications, d'autres fois en l'opposant à l'exercice d'un droit. Dans tous les cas, l'intérêt de l'enfant recouvre des réalités variées tant en ce qui concerne la pondération de l'intérêt en cause que l'identification "de" ou "des" enfants concerné(s).

**656 - Une double approche de l'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence française.** Lorsque l'intérêt de l'enfant est confronté à une norme générale, les modalités de son appréciation jurisprudentielle pourraient également emprunter cette même dichotomie, mais avec quelques précautions également. En effet, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre une mesure réglementaire, il est tentant d'affirmer que l'examen de sa conformité avec l'intérêt de l'enfant - mobilisé par exemple à travers la référence à l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant - relève d'une appréciation in abstracto au sens où ce sont des normes caractérisées par un niveau de généralité élevé : le juge procède donc à une confrontation des dispositions générales sur la base d'une

---

<sup>752</sup> TRIBES (A.), *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse dactyl.; 1975. p. 327.

<sup>753</sup> Nous ne distinguons pas ici entre « intérêt de l'enfant » et « intérêt supérieur de l'enfant ». Nous postulons que les différences conceptuelles éventuelles qui existent entre ces notions ne préexistent pas à leur application dans la mesure où c'est l'autorité d'application de la notion qui en déterminera la signification. Contra : LEBRETON (G.), « Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur » », art. préc. Il critique, dans l'essor de l'intérêt supérieur de l'enfant, une dérive individualiste du droit français.

interprétation de chacune d'entre elles. Cependant, ce niveau de généralité du contentieux n'exclut pas une prise en compte des faits.

En France, dans l'arrêt du Conseil d'Etat relatif au décret sur le fonctionnement des établissements d'accueil des enfants de moins de six ans<sup>754</sup>, le juge administratif évoque des conditions d'accueil " satisfaisantes ". Cela résulte bien du rapport d'un fait (considéré d'un point de vue général certes) à une norme d'évaluation<sup>755</sup>.

**657 - Perspectives de solutions au Mali et au Sénégal.** L'alternative généralement proposée entre une appréciation in concreto et une appréciation in abstracto pour rendre compte de l'approche d'une situation individuelle par le juge est susceptible de générer des confusions sur la réalité de l'activité juridictionnelle. Evoquer une appréciation in concreto laisse entendre qu'une autorité d'application, notamment le juge, tient compte des faits en dehors de tout jugement de valeur, ce qui paraît peu réaliste : les faits font d'abord l'objet d'une représentation mentale puis sont soumis à une évaluation. En ce sens, l'appréciation des faits présuppose l'existence d'une norme d'évaluation<sup>756</sup>. Ainsi, plutôt que de distinguer deux types d'appréciations, l'une abstraite et l'autre concrète, il serait peut-être plus éclairant de différencier deux types de normes mobilisées par le juge dans son approche d'un cas d'espèce : d'un côté, une norme relative à l'intérêt de l'enfant, présente sous la forme d'une maxime explicite ou implicite relative à ce qui est bon pour l'enfant de manière générale et, d'un autre côté, une norme d'évaluation également ordonnée autour de l'intérêt de l'enfant, mais de manière plus diffuse, et qui est nécessairement mobilisé dans l'appréciation des faits. Le juge mentionne ainsi parfois les conditions d'accueil, le niveau de revenus des parents ou des candidats à l'adoption, etc. Mais ces éléments, censés constituer des éléments de faits, des critères plus objectifs d'appréciation, parfois d'ailleurs mis en exergue par la doctrine pour souligner que le juge procède ainsi à une appréciation in concreto, ne sont pas des faits bruts, mais font l'objet d'une évaluation, au regard de présupposés normatifs (sur les conditions d'accueil "convenables", "satisfaisantes", etc.) relatifs à l'intérêt de l'enfant.

---

<sup>754</sup> CE, 25 janvier 2012, Association nationale des psychologues de la petite enfance et autres, req. n° 342210.

<sup>755</sup> Sur ce sujet, de manière plus générale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on pourra se référer notamment à : PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, 2001.

<sup>756</sup> Sur ce point, voir not. : TROPER (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, spéc. p. 78.

**658 - Illustration jurisprudentielle.** Cette distinction entre deux registres d'appréciation est parfaitement illustrée par l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers de janvier 2011 qui accorde le droit pour les grands parents d'une enfant née sous X de solliciter l'ouverture d'une tutelle sur cette enfant. La Cour raisonne en deux temps : d'abord, en se fondant sur l'article 3-1 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, elle énonce qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de vivre auprès de sa famille ; puis, dans un second temps, elle considère que les grands-parents remplissent les conditions d'accueil et d'éducation favorables à l'intérêt de l'enfant<sup>757</sup>.

**659 - Remarques.** Indépendamment de son insaisissabilité conceptuelle, l'intérêt de l'enfant demeure la notion " magique " évoquée à titre de préliminaire, magie qu'elle peut en partie emprunter à l'autorité de l'expertise, mais surtout magie propre aux notions qui recueillent un assentiment inconditionnel de la part de la société toute entière. En ce sens, l'étude de l'intérêt de l'enfant s'inscrit dans une perspective plus large d'analyse de l'ordre juridique. En ce sens, son inscription dans le droit positif renvoie souvent à la place croissante accordée par le droit à la parole des experts, ainsi qu'à la redéfinition des interdits, des limites, en des termes qui empruntent à la rhétorique de l'humanisme. L'intérêt de l'enfant fait donc l'objet d'usages juridiques très disparates, tout en constituant une notion dont la légitimité paraît indiscutable<sup>758</sup>. En somme, la notion d'intérêt de l'enfant peut être interprétée de façon dualiste in abstracto ou in concreto. L'interprétation abstraite de la notion consiste à estimer l'intérêt de l'enfant par rapport à un exemple préétabli. Il incombe alors au législateur d'évaluer un intérêt moyen de l'enfant qui sert de référence de base. Pour une partie minoritaire de la doctrine, une interprétation abstraite s'impose en matière de statut familial<sup>759</sup>. Cette interprétation de l'intérêt de l'enfant propose une vision globale qui opère par abstraction, alors qu'une interprétation concrète de l'intérêt de l'enfant nécessite une perception au cas par cas. L'une est générique, l'autre est factuelle<sup>760</sup>.

---

<sup>757</sup> Cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01139.

<sup>758</sup> Elle est à ce titre comparable à d'autres notions, telles que celle de dignité humaine (v. infra) ou de République (A ce propos, v. BRUNET (P.), « Le concept de République dans le droit public français », in KRULIC (B.) (dir.), La République en perspectives, 2009).

<sup>759</sup> LEGUY (Y.), "L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales", thèse dactyl. Rennes, 1973, p. 23.

<sup>760</sup> CHABERT (C.), op. cit., p. 51.

## **2. La prise en compte souhaitable des deux modes d'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge**

**660 - L'appréciation in concreto de l'intérêt de l'enfant.** Selon la doctrine de l'appréciation concrète, l'intérêt<sup>761</sup> de l'enfant dans l'adoption est une notion particulièrement subjective qui dépend des faits de chaque espèce, donc de chaque enfant. Il doit être considéré que "la formule "intérêt de l'enfant" est emprunte de personnalisme, d'existentialisme même plutôt que de rigidité, de classification et de normalisation"<sup>762</sup>. Aussi, convient-il d'apprécier ce concept in concreto.

**661 - Les éléments intrinsèques d'appréciation de l'intérêt de l'enfant.** Les éléments propres à l'enfant diffèrent pour chaque enfant. Ils s'évaluent au moment où un projet d'adoption est formulé et il convient de tenir compte d'éléments adéquats. Ainsi, afin de déterminer si une adoption est conforme au bien-être de l'enfant, il convient d'apprécier un certain nombre de critères comme son âge<sup>763</sup>, son environnement affectif<sup>764</sup> (ses liens avec sa famille proche ou éloignée, son intérêt à être coupé ou non de cette famille proche ou éloignée), sa maturité<sup>765</sup> (afin de déterminer si l'adoption est une solution psychologiquement adéquate), son environnement religieux<sup>766</sup>. Il est donc tenu compte d'un certain nombre d'éléments d'appréciation propres à l'enfant. Mais si certains enfants peuvent se satisfaire d'un intérêt dit classique, d'autres ont besoin d'un intérêt particulier<sup>767</sup>.

**662 - Illustration.** L'exemple des enfants à besoins spéciaux souligne à quel point une appréciation in concreto de l'intérêt de l'enfant est nécessaire. Tous les enfants ne peuvent se satisfaire de critères préconçus, même s'il serait sans doute plus aisé d'instituer des critères prédéterminés afin d'estimer l'intérêt de l'enfant in abstracto. Mais il est douteux que l'on puisse en la matière trouver des modèles satisfaisants applicables à chaque enfant. Comme le souligne M. DONNIER " il est extrêmement dangereux de poser ici des règles abstraites et a

---

<sup>761</sup> FREUD (A.), GOLDSTEIN (J.), SOLNIT (A.), "Beyond the Best Interest of the Child", The Free Press, 1979.

<sup>762</sup> GROUDEL (H.), "l'intérêt de l'enfant et le rôle du juge en matière de filiation", thèse dactyl. Nantes, 1968, p. 620.

<sup>763</sup> Sur les adoptions tardives voir pour le droit français: rapport MATTEI, précité.

<sup>764</sup> V. LAMMERANT (I.), "La loi française n°96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frère et soeur" Droit en quart monde, sept. 1997, n° 16, p. 38-51.

<sup>765</sup> Pour le droit français, voir: MATOCQ (O.) & DUPRE (T.), "La parole de l'enfant en justice après la Convention de New York", P.U.S. 1994. ; MATTEI (E.), "La parole et les nouveaux droits de l'enfant en justice", P.U.L. 1996, p. 447.

<sup>766</sup> Dans la mesure du possible et si l'intérêt de l'enfant ne postule pas le contraire, les enfants de religion particulière devraient être placés chez des adoptants de religion identique.

<sup>767</sup> Il s'agit là des "enfants à particularités" ou les "enfants à besoins spéciaux"

priori. Nécessairement, en effet, les circonstances de la vie se chargeront de mettre en défaut la règle la mieux pensée et le juge devra alors soit violer la règle, soit vider de sa substance la notion même d'intérêt de l'enfant. Une appréciation in concreto apparaît donc infiniment préférable malgré tout ce qu'elle peut avoir d'imprécis, de contingent et de variable <sup>768</sup>.

Outre des éléments propres à l'enfant, il convient d'étudier des éléments extérieurs à l'enfant afin de déterminer si son adoption est conforme ou non à son intérêt.

**663 - Les éléments extrinsèques d'appréciation de l'intérêt de l'enfant.** Les éléments extrinsèques sont de même nature que les éléments intrinsèques, mais ne sont plus appréhendés cette fois-ci sous l'angle de l'enfant mais au regard de son entourage. Ainsi, il peut être tenu compte de son environnement affectif avec ses parents, ses collatéraux, ses grands-parents, de son environnement patrimonial, de son cadre de vie. Il faut alors faire la balance entre les intérêts perdus et les intérêts gagnés afin de déterminer si l'adoption est favorable à l'enfant. Ces intérêts peuvent être de plusieurs ordres. En matière d'adoption, il convient d'évaluer les avantages psychologiques, c'est-à-dire, de vérifier que l'adoption va apporter un équilibre psychique à l'enfant, mais il est nécessaire de tenir compte également des avantages affectifs, il faut donc que l'adoption ne tende pas à priver l'enfant de l'amour de ses parents par le sang. Enfin, il convient d'évaluer les avantages éducatifs, sanitaires, financiers ou domiciliaires. Toutefois, seuls les enfants en réel manque d'amour font l'objet d'une adoption, un avantage purement financier ne pouvant heureusement la justifier.

**664 - Une appréciation in abstracto.** L'appréciation par abstraction est commune en droit civil. Ainsi, le législateur et la coutume font référence à la notion abstraite du " bon père de famille " qui représente la conduite qu'une personne raisonnable devrait adopter. Cette notion est appréciée en fonction des cas de chaque espèce mais par rapport à ce que l'on attend d'un comportement moyen. Est-ce qu'un parallèle pourrait être fait avec l'institution de l'adoption ? Pourrait-on décemment faire référence à une notion abstraite d'un intérêt de l'enfant moyen qui pourrait servir de modèle de base au bien-être de chaque enfant ? Peut-on parler d'intérêt universel de l'enfant qui serait une entité commune dans chaque partie du monde pour chaque enfant ? Comment pourrait-on apprécier cet intérêt abstrait ?

**665 - Position du problème en France et dans les deux pays.** En France, la loi du 5 juillet 1996 a donné lieu à de nombreux débats quant à l'intérêt abstrait de l'enfant. Par exemple, sur

---

<sup>768</sup> DONNIER (M.), "L'intérêt de l'enfant", D 1959, chr. 179. op. cit. p. 180.

la question du secret des origines, le Professeur MATTEI estimait que les solutions proposées étaient respectueuses des " intérêts de la mère et de l'enfant " <sup>769</sup>. Les législateurs font donc référence à un intérêt de l'enfant commun, abstrait qui doit être entendu au même titre que les autres intérêts en présence à savoir l'intérêt de sa mère et l'intérêt des adoptants. Mais en règle générale, les droits positifs malien et sénégalais ne prédéterminent pas un intérêt abstrait de l'enfant, un intérêt moyen qui serait entendu pour chaque enfant.

**666 - Le dilemme anglo-saxon.** Les craintes vis-à-vis de l'absence de définition objective de l'intérêt supérieur de l'enfant ont également eu cours à l'étranger. L'exemple des pays de droit anglo-saxon est intéressant, car ils ont imaginé un outil dont l'objectif est d'écarter le risque de subjectivisme dans les décisions des juges, en guidant leur réflexion. Cet outil, appelé " BIC questionnaire ", reposant sur le " Best Interest of the Child Model " <sup>770</sup>, est composé d'un ensemble de quatorze thèmes correspondants à l'environnement familial et social de l'enfant. Chacun de ces thèmes recouvre en réalité ce que la société perçoit comme indispensable à la protection et au bon développement des enfants. Chaque thème est donc décliné en un ensemble de conditions de vie auxquelles doit répondre la situation de l'enfant, conditions assorties du ou des article (s) de la CIDE qui seraient violé (s) dans le cas contraire. En effet, si les conditions de vie sont présentes de façon constante, sur un laps de temps conséquent, on peut raisonnablement penser que l'enfant est protégé et que son développement va se poursuivre correctement. Dans le cas contraire, si le juge constate une absence prolongée des conditions de vie protégeant l'enfant, il pourra selon ce questionnaire, déterminer que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas respecté, ce qui lui donnera la légitimité pour prendre une décision permettant de rétablir cet intérêt.

Cet questionnaire a le mérite de rassurer les détracteurs de l'absence de définition objective de l'intérêt de l'enfant, mais il présente dans le même temps le risque d'être trop réducteur, limitant ainsi les possibilités de réflexion et de réponse des juges. Car comment être sûr que les questions couvrent réellement et efficacement l'ensemble des situations dans lesquelles l'intérêt d'un enfant peut être bafoué ?

**667 - Notre position.** Il nous paraît plus souhaitable de conjuguer les deux approches de l'intérêt de l'enfant, l'approche abstraite et l'approche concrète. Nous reprenons cette

---

<sup>769</sup> Débat Assemblée Nationale, J.O. CR Séance du 16 janvier 1996, p. 15.

<sup>770</sup> Document consultable en ligne:

[http://www.deifrance.org/lettres\\_divers/2009/Best%20Interest%20Child.pdf](http://www.deifrance.org/lettres_divers/2009/Best%20Interest%20Child.pdf)



excellente idée du Professeur GOUTTENOIRE qui souligne que " l'intérêt de l'enfant constitue en premier lieu une norme générale et abstraite, une référence applicable à l'ensemble des enfants...Cette définition abstraite de l'intérêt de l'enfant évolue en fonction des conceptions éducatives et morales. En second lieu, l'intérêt de l'enfant correspond à une appréciation concrète d'une situation précise..."<sup>771</sup> . Il en résulte pour le législateur de poser des critères préétablis pour le bien-être de l'ensemble des enfants. Toutefois, le bien-être de l'enfant doit être défini au cas par cas, en fonction des faits de l'espèce, car chaque situation est différente et peut difficilement entrer dans des critères généraux préétablis.

A notre avis, il serait souhaitable de préétablir des critères permettant d'apprécier objectivement l'intérêt de l'enfant. Ce dernier devant être appliqué tout au long de la procédure d'adoption, dans un premier temps par l'autorité centrale, puis dans un second temps par le tribunal. Toutefois, le concept de l'intérêt de l'enfant ne peut être quantifié, il convient donc de déterminer l'intérêt de l'enfant en tenant compte des circonstances de l'espèce. Il nous semble qu'au travers d'un ensemble de critères abstraits, il faille juger du bien-être de l'enfant, en tenant toujours compte de critères concrets. De nombreuses considérations entrent en ligne de compte : l'âge de l'enfant, son statut juridique et au regard de ces considérations, le juge estime si l'intérêt de l'enfant en question est équivalent à celui de tout enfant. Si tel n'est pas le cas, l'adoption peut être envisagée comme une solution pour sauvegarder le bien-être de l'enfant.

**668 - Proposition.** Pour une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant, conviendrait-il pour les législateurs malien et sénégalais, de définir un intérêt abstrait de l'enfant sur la base d'un certain nombre de critères. Ces critères seront une référence de base pour le juge, lorsqu'il est appelé à statuer sur le sort d'un enfant. A cet égard, ils peuvent adopter la solution admise par le législateur anglais. D'après l'article 1 (3) du Children Act anglais de 1989, le juge doit tenir compte d'une série d'éléments pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Il s'agit : (a) des souhaits et sentiments exprimés de l'enfant (eu égard à son âge et à sa capacité de discernement) ; (b) de ses besoins propres qu'ils soient d'ordre physique, affectif ou scolaire ; (c) des conséquences éventuelles d'un changement des conditions de vie de l'enfant ; (d) de l'âge de l'enfant, de son sexe, son environnement et ses antécédents, ainsi que de tout autre élément pertinent se rapportant à l'enfant ; (e) de tout dommage subi ou risquant d'être subi par l'enfant ; (f) de l'aptitude de ses parents ou de toute autre personne qui en a la charge à

---

<sup>771</sup> BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.) - Droit des mineurs, op. cit. p. 66, n° 96.

pourvoir aux besoins propres de l'enfant ; (g) du champ des pouvoirs propres attribués au juge par la loi dans les procédures en cours.

Par ailleurs, le juge doit pouvoir refuser une adoption au regard des intérêts en présence.

## **B. Le pouvoir du juge de refuser une adoption au regard des intérêts en présence**

**669 - L'état de la question.** Dans les droits malien et sénégalais, le tribunal a le pouvoir de ne pas prononcer une adoption alors même que les candidats ont été déclarés aptes à adopter et que l'enfant est adoptable. Le prononcé de l'adoption est en effet laissé à la libre appréciation des juges du fond. Le refus peut ainsi être basé sur les considérations des intérêts parents/enfants (1) et sur la considération de l'intérêt particulier de l'Etat (2).

### **1. Le refus au regard des intérêts du "triangle adoptif"**

**670 - Le refus au regard de l'intérêt de l'enfant.** Le refus du juge peut être fondé sur l'intérêt de l'enfant de ne pas être adopté par des candidats au regard des rapports effectués par les travailleurs sociaux, qui démontrent une mésentente entre le mineur et les adoptants potentiels. Dans ce cas, l'enfant est bien adoptable et les adoptants ont été déclarés aptes à adopter, mais les candidats et le mineur ne sont pas en harmonie. Aussi, est-il préférable que l'adoption ne soit pas prononcée. D'où l'intérêt du placement préadoptif. L'enfant est alors remis à l'agence d'adoption qui l'avait placé ou à la personne qui l'avait préalablement recueilli. Si le juge estime que l'enfant peut être maintenu chez les adoptants potentiels mais sans qu'une adoption ne soit prononcée, car il n'est pas de l'intérêt de l'enfant d'être coupé de sa famille biologique, il est souhaitable qu'il prononce une adoption-protection en lieu et place de l'adoption plénière sollicitée.

**671 - Etat de la question en France.** En France, la jurisprudence s'est parfois fondée sur des considérations douteuses pour justifier le refus de prononcer une adoption. Ainsi, dans une espèce de 1972<sup>772</sup>, les juges du fond avaient refusé de prononcer une adoption au motif que l'adoption aurait pour conséquence d'affubler l'enfant d'un nom patronymique ridicule, à savoir Trognon. L'adoption ayant pour effet de remplacer le nom de l'enfant par celui de l'adoptant, il a été jugé que l'enfant qui portait avant l'adoption un nom patronymique sans connotation ridicule, ne devait être affublé d'un nom estimé ridicule par les juges. Cette

---

<sup>772</sup> Paris, 22 septembre 1972, D. 1974. 199, note C1. FOULON-PIGANIOL (I.). V. sur la même affaire, HENRY (X.), s. dir., Code civil, 114ème éd. Dalloz, 2015, p. 592.

décision, que nous estimons déshonorante au regard des candidats à l'adoption qui sont tournés en ridicule par le tribunal, a été annulée par la Cour de cassation. La Cour estime que l'inconvénient relatif au port d'un nom difficile, est hors de proportion avec l'avantage tiré pour un pupille de l'Etat de rentrer dans un foyer honorable où il va trouver des conditions d'existence favorables à son épanouissement. Par ailleurs, la Cour de cassation française a opposé aux grands-parents d'un enfant un refus d'adoption au motif que l'adoption demandée n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant<sup>773</sup>.

**672 - Le refus au regard de l'intérêt des adoptants potentiels.** L'adoption peut être également refusée dans l'intérêt des candidats à l'adoption. Lorsque les adoptants sollicitent une adoption, il peut sembler paradoxale qu'elle soit refusée dans leur intérêt, puisqu'ils sont à même de juger de leur intérêt à adopter. Cependant, en application de l'article 353 alinéa 2 du Code civil français, "dans le cas où l'adoptant a des descendants, le tribunal vérifie en outre si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale"<sup>774</sup>. La notion de descendant doit être entendue dans un sens large et englobe l'enfant adopté des candidats<sup>775</sup>. Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si l'adoption est de nature à compromettre la vie familiale de l'adoptant. L'adoption doit être refusée si elle engendre un risque de confusion. Ainsi, la Cour d'appel de Poitiers<sup>776</sup> a rejeté la demande d'adoption d'un homme qui souhaitait adopter les petites-filles de son épouse, alors qu'il venait d'adopter ses trois fils, car l'adoption aurait créé un risque de confusion dans les liens de parenté entre oncle et nièces. De même la Cour d'appel de Paris<sup>777</sup> a écarté la demande d'un homme qui voulait adopter le fils de sa deuxième femme, au motif qu'il n'exerçait pas son droit de visite à l'encontre de sa propre fille légitime, laquelle aurait pu souffrir de la préférence de son père à l'égard d'un autre enfant.

---

<sup>773</sup> V. Civ. 1ère, 6 mars 2013 : Bull. Civ. I, n° 35 ; D. 2013. 706 ; AJ fam. 2013. 229, obs. SALVAGE-GEREST (P.) ; Dr. fam. 2013, n° 67, obs. NEIRINCK (C.)

<sup>774</sup> V. Cour d'appel Orléans Chambre de la famille, 22 Octobre 2013, n° 12/02300, 452, JurisData n° 2013-024792. (Refus d'une demande d'adoption au motif que "... l'adoption est de nature à compromettre la vie familiale de l'adoptant et de son entourage " ).

<sup>775</sup> Paris, 8 janvier 1981, Gaz.Pal. 1981, 2. 252, note VIATTE (J.). V. sur la même affaire, HENRY (X.), s. dir., Code civil, ibid. p. 593. V. également, COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.) - Droit de la famille, 6ème éd. Dalloz, 2013, p. 447, n° 1197.

<sup>776</sup> CA Poitiers 10 mars 1998, JCP éd. G. 1999, IV, n° 2173.

<sup>777</sup> CA Paris, 26 février 1985: J.C.P. 1986. II. 20561 (1ère espèce) note BOULANGER (F.).

Ainsi, il peut être de l'intérêt de l'adoptant<sup>778</sup>, ou à tout le moins de l'intérêt de sa vie familiale, que l'adoption ne soit pas prononcée.

**673 - Le refus de l'adoption dans l'intérêt des parents d'origine.** L'adoption peut être refusée dans l'intérêt des parents d'origine. Ainsi, en droit anglais sous l'empire de la loi de 1976 lorsque les parents par le sang avaient émis un souhait quant à une adoption de leur enfant, généralement au regard de la religion<sup>779</sup> de leur enfant, le juge pouvait refuser de prononcer l'adoption dès lors que la volonté des parents n'était pas respectée.

Il reste relativement rare que l'adoption ne soit pas prononcée lorsque l'enfant est adoptable et que les candidats à l'adoption sont agréés ou déclarés aptes à adopter. On estime donc qu'il est préférable que l'enfant soit adopté plutôt que de rester en institution ou dans une situation précaire. Ainsi, l'adoption ne peut être refusée arbitrairement, en principe, si les conditions légales relatives à l'enfant et à l'adoptant sont réunies. En revanche, lorsque toutes les conditions légales sont réunies mais que l'adoption contredit l'intérêt de l'Etat, il convient de refuser l'adoption par principe. L'intérêt de l'enfant entre alors en balance avec l'intérêt de l'Etat.

## **2. Le refus au regard de l'intérêt de l'Etat**

**674 - Le respect de l'ordre public.** L'intérêt de l'Etat n'est pas négligeable. Il doit être respecté pour éviter tout abus de l'institution de l'adoption. Il appartient au juge d'être vigilant et de s'assurer que l'adoption sera prononcée dans le respect de l'intérêt de l'Etat, c'est-à-dire que l'adoption ne contredit pas l'ordre public local. Cependant, en la matière, il convient d'interpréter la pratique au regard des intérêts en présence car ce qui est interdit à un moment donné peut être autorisé plus tard. La notion même d'ordre public évolue dans le temps et fluctue d'un pays à l'autre.

L'ordre public peut être bafoué par une fraude à l'adoption ou par un détournement de la finalité<sup>780</sup> de l'adoption. Mais ce qui est constitutif d'un détournement ou d'une fraude quelque part ne le sera pas forcément ailleurs. L'examen de l'ordre public est donc une notion variable et sa violation nécessite d'être prouvée, ce qui n'est pas toujours chose aisée.

---

<sup>778</sup> Nul doute que si l'adoption était prononcée malgré tout et que la vie familiale de l'adoptant en pâtissait, ce dernier aurait davantage conscience de son intérêt à ce que l'adoption ne soit pas prononcée.

<sup>779</sup> BARRALET v. ATTORNEY GENERAL (1980) 3 All. E. R. 918, 924.

<sup>780</sup> V. HAUSER (J.), "le droit de la famille et l'utilitarisme" in l'avenir et le droit, Mélanges en l'honneur de TERRE (F.), Dalloz, PUF 1999 p. 441.

Il ressort de l'analyse ainsi faite que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant demeure un principe ambivalent, un principe qui mériterait d'être défini afin de prévenir l'arbitraire du juge. A cette fin, la recherche de solutions pour remédier à cette carence et assurer une meilleure garantie de l'intérêt de l'enfant devient une nécessité. Une des solutions pour atteindre cet objectif serait, à notre sens, l'intégration, dans les droits malien et sénégalais, de l'obligation de motivation des décisions d'adoption. Cette dernière constitue un remède à tout ce qui a été dit précédemment sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**675 - Proposition. L'obligation de motivation protectrice du risque de dérive.**

L'obligation pour les juges de motiver leurs décisions est un élément procédural dont le respect est crucial pour prétendre au bon fonctionnement de la justice. Il est certain qu'à défaut de motivation, le doute serait tout à fait permis quant aux raisons réelles ayant poussé le juge à se prononcer dans un sens ou dans l'autre. Aujourd'hui, ce sont véritablement les obligations procédurales qui sont les garde-fous de possibles dérives. Les juges ont pour devoir de se questionner sérieusement et sereinement au regard de chaque situation à traiter, tout en ayant constamment à l'esprit l'obligation d'apporter une justification réelle et claire aux raisons ayant déterminé leur choix. Il est nécessaire d'ailleurs de bien garder à l'esprit qu'il est impossible de donner une définition objective de l'intérêt supérieur de l'enfant : cela reviendrait à considérer que l'intérêt est identique quel que soit l'enfant concerné, alors même que chaque enfant est unique et vit dans un contexte familial et social qui lui est propre. Donner une définition objective de cet intérêt reviendrait donc à créer une sorte de catalogue de réponses préconçues, identiques quelle que soit la situation concrète, ce qui est inconcevable en pratique au vu de la multitude de situations rencontrées par les juges. Ceux-ci doivent donc, à défaut d'une définition objective qui ne serait pas pertinente, s'appliquer à rechercher l'intérêt de l'enfant. Cela peut découler d'un questionnement sur la situation de ce dernier, de façon concrète, mais également éthique, comme le conçoivent les rédacteurs de l'annexe 3 du rapport de DEI-France (Défense des Enfants International-France), au Comité des Nations Unies<sup>781</sup>. Selon eux, la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant par les magistrats correspond à des "obligations procédurales et questions préalables incontournables, c'est-à-dire (...) une sorte de questionnement éthique et de cheminement déontologique qui présideraient aux décisions ; les réponses à apporter à ces questionnements étant, elles, éminemment différentes selon les situations". Cette recommandation montre bien l'importance

---

<sup>781</sup> [http://www.dei-france.org/rapports/2008/RA\\_DEI\\_PBL.pdf](http://www.dei-france.org/rapports/2008/RA_DEI_PBL.pdf) oct. 2008, p. 139 et s

de la réflexion profonde que doit mener chaque magistrat. C'est elle, à l'aide des exigences procédurales de motivation, qui sera garante d'une prise de décision la moins subjective possible. Ainsi évite-t-on les écueils et dérives craints par les éminents juristes que nous évoquions plus tôt<sup>782</sup>. On peut dès lors considérer que, bien plus que de dévoiler le subjectivisme dont pourraient faire preuve les magistrats, l'appréciation souveraine de l'intérêt supérieur de l'enfant par ces derniers illustre davantage le fait que les situations auxquelles ils sont confrontés nécessitent une appréciation in concreto, chaque situation traitée étant unique. Il sera impératif de s'assurer que les juges ont répondu à l'obligation de vérifier avant toute prise de décision, si celle-ci sera compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges devront également être en mesure de justifier cette compatibilité, et c'est bien la motivation de leur décision qui le permettra alors. C'est au travers de ces exigences procédurales absolument primordiales que nous pourrions être assurés que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été bafoué, et au contraire réellement pris en compte et protégé par le juge, le moins subjectivement possible.

**676 - Proposition d'introduction d'un texte.** Les législateurs malien et sénégalais pourraient introduire dans leurs lois un article intitulé " motivation des décisions d'adoption ". Le contenu de cet article serait ainsi rédigé : " Les décisions d'adoption doivent être motivées en tenant compte de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant " .

En effet, cette obligation de motivation des jugements répond à une triple finalité. Elle oblige le juge au raisonnement juridique, c'est-à-dire à la confrontation du droit et des faits. Elle constitue ensuite pour le justiciable la garantie que ses prétentions et ses moyens ont été sérieusement et équitablement examinés. En cela, elle est aussi un rempart contre l'arbitraire du juge ou sa partialité. Elle permet enfin à la juridiction supérieure d'exercer son contrôle et d'expliquer sa jurisprudence. En motivant sa décision, le juge s'explique, justifie sa décision, la met en mouvement en direction des parties et des juridictions supérieures pour la soumettre à leur critique et à leur contrôle. Il ne s'agit donc pas d'une exigence purement formelle mais d'une règle essentielle qui permet de vérifier que le juge a fait une juste application de la loi dans le respect des principes directeurs de l'adoption, notamment celui du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par ailleurs, si la subsidiarité de l'adoption internationale semble faire l'unanimité au sein de l'opinion nationale et internationale, il n'en demeure pas moins que sa mise en œuvre révèle

---

<sup>782</sup> V. supra, p. 341, n° 645.

des incohérences quant à sa pertinence au Mali et au Sénégal face au peu d'engouement des maliens et des sénégalais pour l'adoption de leurs propres enfants placés dans des institutions.

## **Section 2. L'ambiguïté du principe de subsidiarité de l'adoption internationale**

**677 - Les ambivalences du principe.** L'un des principes centraux de l'adoption internationale est le principe de subsidiarité. Ce principe est la clé pour garantir que l'adoption internationale soit une institution au service des enfants et non des adoptants. La formulation essentielle de ce principe est définie dans les trois instruments de référence au Mali et au Sénégal : la Convention de New York sur les droits de l'enfant de 1989, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990 et la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale. Cependant, l'application stricte de ce principe porte souvent préjudice à l'enfant. Après avoir constaté l'existence d'un contraste entre la théorie de la subsidiarité et sa mise en pratique (paragraphe 1), il conviendrait de proposer des solutions de réaménagement de ce principe fondamental de l'adoption internationale (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. L'existence d'un contraste entre la théorie de la subsidiarité et sa mise en pratique**

**678 - Un principe ambivalent.** Le principe de la subsidiarité de l'adoption posé par les textes internationaux et nationaux est un principe tout à fait conforme à l'intérêt de l'enfant. Toutefois, la systématisation de son application peut heurter l'intérêt de l'enfant. Après une approche théorique du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal (A), il conviendra de s'interroger sur la pratique du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale dans les deux pays (B).

#### **A. L'approche théorique du principe de la subsidiarité**

**679 - Généralités.** Partant du constat que l'adoption internationale est unanimement reconnue comme subsidiaire à l'adoption nationale, il importe de s'interroger sur le sens de ce concept. Le vocable de subsidiarité est souvent employé par la jurisprudence, par la doctrine et par le justiciable, mais plus pour décrire une technique juridique que pour révéler un principe juridique. Or, c'est bien un principe juridique qu'il faut dès à présent mettre en lumière (1) pour mieux la transposer dans les normes du droit international de l'adoption (2).

## 1. L'appréhension du principe de subsidiarité

**680 - Dualité du terme subsidiaire.** A l'origine, le nom *subsidium* désigne plusieurs éléments : la ligne de réserve ou troupe de réserve d'une armée et le renfort ou l'assistance<sup>783</sup>. Il en ressort que le terme subsidiaire ne se comprend que dans sa relation d'opposition avec le terme principal. La troupe n'est, en ce sens, subsidiaire que parce qu'une troupe principale existe. Cette recherche étymologique révèle également la dualité du terme subsidiaire. Le premier sens du mot évoque l'idée de secondaire<sup>784</sup>. L'élément dit subsidiaire devant laisser sa place à l'élément dit principal : la troupe de réserve reste en retrait, tandis que la troupe principale agit. Le second sens du mot implique l'idée de secours, de suppléance<sup>785</sup>. Il a d'ailleurs la même origine que le terme *subside*<sup>786</sup>, employé aujourd'hui pour désigner l'aide matérielle octroyée à la mère d'un enfant par les pères potentiels<sup>787</sup>. Il se dégage cette fois une idée d'intervention : la troupe de réserve agit lorsque survient une défaillance de la troupe principale.

**681 - Complémentarité des deux sens du terme.** Ces deux sens, bien qu'en apparence contradictoires, doivent coexister pour donner toute l'ampleur de la subsidiarité. Pour Mme MILLON-DELSOL, si l'idée de secondaire et l'idée de secours se contredisent, la première appelant le devoir de non-ingérence et la seconde, à l'inverse, supposant l'ingérence, " la

---

<sup>783</sup> REY (A.), "Subsidiaire", Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 2010.

<sup>784</sup> PONTIER (J.-M.), "La subsidiarité en droit administratif", RDP 1986, p. 1515, spéc. p. 1516; DELCAMP (A.), Définition et limites du principe de subsidiarité, ouvrage rédigé pour le Comité Directeur des autorités locales et régionales du Conseil de l'Europe, in *Communes et régions d'Europe*, n° 55, Conseil de l'Europe, 1994, p. 10; CLERGERIE (J.-L.), *Le principe de subsidiarité*, Le droit en questions, éd. Ellipses, 1997, p.7.

<sup>785</sup> Ibid. Dans cette fonction de suppléance, le subsidiaire se rapproche du supplétif, dont il partage d'ailleurs la racine "sub", mais il ne doit pas être confondu avec lui. Certes, on retrouve une partie du sens de la subsidiarité: ce qui va remédier à la défaillance du principal. Mais, il n'en reste pas moins que la notion de supplétif est plus restrictive que celle de subsidiarité. En effet, elle entend conférer aux sujets de droit une certaine liberté tout en constituant la norme qui s'impose à eux en dernier ressort. C'est d'ailleurs en matière d'adoption internationale qu'elle est la plus développée. Ainsi, les Etats disposent-ils d'une grande liberté dans le choix de faire adopter leurs enfants ou non, par leurs propres ressortissants ou par des étrangers. Mais dans la plus part des cas, les adoptions internationales s'imposent sur celles nationales, c'est le cas notamment dans la majorité des pays africains qui connaissent cette institution. Le législateur prévoit donc de suppléer au défaut de prise en charge d'un enfant dans son propre pays. On parle alors de loi supplétive. Dans cette situation, le supplétif n'est pas second par nature, il peut être premier lorsqu'il est choisi par l'Etat ou les parents qui choisissent volontairement de faire adopter leur enfant à l'étranger, à la différence du subsidiaire qui est bien second par nature.

<sup>786</sup> REY (A.), "Subside", op. cit.

<sup>787</sup> Article 342 et suivants du Code civil français.



subsidiarité réunit ces antithèses, et les affirme conjointement. Elle est le lieu d'un paradoxe, qu'elle assumera et elle n'existe que parce que ce paradoxe existe <sup>788</sup>.

**682 - La subsidiarité comme principe de régulation des compétences de l'Eglise.** Le principe de subsidiarité fut incontestablement un principe religieux avant d'être laïcisé à partir du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>789</sup>. C'est pour l'Eglise catholique un moyen de trouver un principe d'organisation permettant de déterminer ses relations avec les églises locales. Si l'on peut trouver les prémices de ce principe dans de nombreux textes antérieurs<sup>790</sup>, c'est dans l'encyclique *Quadragesimo Anno* du 15 mai 1931 que ce dernier est explicitement énoncé pour la première fois. Le Pape Pie XI y déclare : " ce serait commettre une injustice, en même tant que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social que de retirer aux regroupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes. L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social, et non pas de les détruire ni de les absorber <sup>791</sup>. Ce texte est confirmé par l'article 7 de la Déclaration de Vatican II sur la liberté de religion rédigé en ces termes : " la subsidiarité doit non seulement servir à défendre les églises locales face à l'Eglise universelle, elle doit aussi protéger l'individu contre les dangers d'une intervention trop poussée de l'Etat. Autrement dit, une société d'ordre supérieur ne doit pas intervenir dans la vie interne d'une société d'ordre inférieur en lui enlevant ses compétences, mais elle doit plutôt la soutenir en cas de nécessité et l'aider à coordonner son action avec celle des autres éléments qui composent la société, en vue du bien commun <sup>792</sup>. Les deux versants du principe de subsidiarité, déjà révélés par l'étude étymologique du terme, se retrouvent dans ces textes. Celui-ci repose sur un versant

---

<sup>788</sup> MILLON-DELSOL (C.), *L'Etat subsidiaire*, Léviathan, PUF, 1992, p. 8. C'est ainsi que l'on peut considérer que le droit se révèle subsidiaire à la vie. En effet, "les relations que les hommes entretiennent entre eux au quotidien ne s'embarrassent pas d'un scrupuleux respect des règles juridiques que leur quantité rend d'ailleurs inaccessibles au plus grand nombre. La morale, les mœurs constituent autant de systèmes normatifs qui suffisent, le plus souvent, à régler les rapports humains. Le recours au droit n'est pas pour autant exclu, mais il n'est envisagé qu'à titre subsidiaire, en tant que solution ultime, lorsque les règles de conduite qui ont prévalu jusque-là ne suffisent pas", CASSON (PH.), "Le subsidiaire et le droit privé", RRR 2001-1, spéc. p. 147.

<sup>789</sup> CLERGERIE (J.-L.), op. cit.; MILLON-DELSOL (C.), op. cit., p. 12 s.; LOURAU (R.), *Le principe de subsidiarité contre l'Europe, La politique éclatée*, PUF, 1997, p. 8.

<sup>790</sup> L'Eglise catholique s'est inspirée du principe défini par les philosophes tels qu'Aristote ou Saint Thomas d'Aquin, cf. MILLON-DELSOL (C.), op. cit., p. 13; BRAULT (PH.), RENAUDINEU (G.) et SICARD (F.), *Le principe de subsidiarité, Etudes de la documentation française*, Paris, 2005, p. 11; SANTER (J.), "Quelques réflexions sur le principe de subsidiarité", in *Subsidiarité: défi du changement, actes du colloque DELORS (J.)*, 1991, Institution Européenne d'Administration publique, Maastricht, 21 et 22 mars 1991, p. 21, spéc., p. 22.

<sup>791</sup> *QUADRAGESIMO (Anno), APOSTOLICAE SEDIS (Actae)*, XXIII, 1931, p. 203, § 126-127.

<sup>792</sup> Catéchisme de l'Eglise catholique, Rome, 1992, p. 395.

négatif de non-ingérence - la collectivité supérieure ne doit pas s'arroger ce dont la collectivité inférieure est capable - et sur un versant positif d'intervention - la collectivité supérieure doit venir assister la collectivité inférieure si cela est nécessaire. L'équilibre de ce principe réside dans la tension entre ces deux versants qui favorise l'autonomie du niveau inférieur<sup>793</sup>.

**683 - D'un principe général de régulation vers un principe adapté au droit de l'adoption internationale.** Pour l'Eglise catholique, le principe de subsidiarité est apparu comme un véritable principe général de régulation des compétences. On retrouve aujourd'hui cette approche de la subsidiarité dans d'autres situations, notamment en matière d'adoption. Il est alors permis de se demander s'il est possible de le transposer en droit international de l'adoption afin qu'il serve à réguler les concours entre les normes de droit interne de l'adoption (adoption nationale) et de droit international de l'adoption (adoption internationale).

## **2. La transposition du principe de subsidiarité en matière d'adoption internationale**

**684 - Un principe d'utilisation large.** Le principe de subsidiarité est un principe général qui permet la régulation des compétences institutionnelles et matérielles.

Le principe de subsidiarité en tant que principe institutionnel tient une place importante en droit international de l'adoption. Il est employé dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant. Mais, l'illustration la plus connue de son application reste la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale où il soulève de nombreux débats qui en révèlent toute son ambiguïté.

**685 - Un principe interprétatif.** Le principe de subsidiarité signifie, selon les termes du Comité des droits de l'enfant, "que l'adoption internationale doit être considérée, conformément à l'article 21, comme une mesure de dernier ressort"<sup>794</sup>. Cette définition reprend l'article 24 (b) de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant qui stipule également que l'adoption internationale doit être utilisée en "dernier ressort". Pour le Bureau permanent de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, "subsidiarité" signifie que : ... l'Etat partie à la Convention reconnaît qu'un enfant doit être élevé par sa famille biologique ou sa famille élargie, dans la mesure du possible. Si cela n'est pas possible, ni

---

<sup>793</sup> METZ (R.), "La subsidiarité, principe régulateur des tensions dans l'Eglise", Revue de droit canonique, t. XXII, 1972, p. 155, spéc. p. 159.

<sup>794</sup> V. Comité CRC, Conclusions Brésil, (novembre 2004), §47

applicable, d'autres formes de prise en charge familiale permanentes dans le pays d'origine doivent être considérées. Ce n'est qu'après avoir consciencieusement étudié les solutions nationales qu'une adoption internationale peut être considérée, et uniquement si cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>795</sup>.

**686 - Remarques.** A partir de cet extrait, il est possible de conclure qu'il existe un certain degré de disparité dans la façon d'envisager ce principe de subsidiarité dans la Convention de New York sur les droits de l'enfant et la Charte africaine sur les droits de l'enfant d'une part, et dans la Convention de La Haye de 1993 d'autre part. Cette disparité semble évoquer l'idée selon laquelle les anciens instruments donnent la priorité aux solutions nationales et que la Convention de La Haye de 1993 est davantage favorable aux solutions reposant sur la famille, même si ladite famille se trouve hors du pays d'origine de l'enfant. D'après le préambule de la Convention de La Haye de 1993, « *l'adoption internationale peut offrir à l'enfant les avantages d'une famille permanente lorsqu'une famille appropriée ne peut être trouvée dans son pays d'origine* »<sup>796</sup>. De cette assertion découle le principe de la double subsidiarité de l'adoption internationale<sup>797</sup>, qui signifie que l'adoption nationale est la première solution à laquelle il faut songer lorsqu'un enfant ne peut être réinséré au sein de sa famille et qu'ensuite, si cette dernière n'est pas possible, il faut alors pouvoir organiser l'adoption internationale pour tel enfant déterminé qui en a besoin.

**687 - Un principe laissé à la libre appréciation de chaque Etat.** La question de savoir comment on pouvait déterminer qu'une adoption "interne" ou "nationale" n'était pas possible n'a pas été éclairée par la XVIIème session de la Conférence de La Haye en 1993. C'est donc à l'Etat d'origine qu'il incombe de faire respecter le principe de la subsidiarité consacré par la Convention. Dans le Document de travail n°51, présenté par la Pologne, il était suggéré d'ajouter à l'alinéa b les mots "et est admissible", l'idée étant que les conditions de l'adoption internationale peuvent différer de celles des adoptions internes. Toutefois, conformément au Règlement intérieur, la proposition n'a pas été prise en considération en seconde lecture faute d'avoir obtenu un appui suffisant. La raison qu'il y a de confier cette responsabilité à l'Etat d'origine est que, d'ordinaire, celui-ci sera à même le mieux à déterminer qu'il n'existe pas de

---

<sup>795</sup> Bureau permanent, Guide des bonnes pratiques (2008), 29.

<sup>796</sup> Préambule de la Convention de La Haye, qui reprend à grand trait le préambule de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

<sup>797</sup> Article 4, b, de la Convention de La Haye ; voir également les articles 4 et 17 de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international (Recueil des textes relatifs aux Droits de l'Enfant au Sénégal, Tome 1, éd. Décembre 2008, p.10)

solution " nationale " ou " interne " pour l'enfant dont il s'agit dans un cas d'espèce. L'Etat d'accueil a néanmoins un droit de regard en la matière, son Autorité centrale ayant la faculté d'accepter ou non que la procédure en vue de l'adoption se poursuive ou non, aux termes de l'article 17, alinéa c<sup>798</sup>.

**688 - Le principe de subsidiarité tempéré par l'intérêt de l'enfant.** Bien que le principe de subsidiarité ait été expressément accepté, il a été convenu que, dans certaines circonstances, l'intérêt de l'enfant peut exiger à ce qu'il soit placé en vue d'être adopté à l'étranger, bien qu'une famille existe dans l'Etat d'origine, par exemple si l'enfant est affligé d'un handicap spécial et ne peut recevoir des soins adéquats dans l'Etat d'origine. Selon l'alinéa b de l'article 4, le principe de subsidiarité de l'adoption internationale doit répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant, principe déjà exprimé au quatrième alinéa du préambule et à l'article premier, alinéa a. A cet égard, comme on l'a déjà souligné, il doit être bien compris que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale, conformément aux principes directeurs énoncés par l'article 21, premier alinéa de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, selon lequel "les Etats parties qui admettent et/ ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale..."

**689 - Un principe irréaliste au Mali et au Sénégal.** Le principe de subsidiarité qui nécessite généralement que l'adoption internationale soit une mesure de dernier ressort, reste un principe difficile d'application dans les pays africains, en général, et au Mali et au Sénégal, en particulier. Dans ces pays, l'insuffisance du nombre de demandes d'adoptions nationales fait que l'adoption internationale reste une solution prioritaire quoique regrettable. Néanmoins, l'adoption internationale est plus pratiquée que l'adoption interne dans ces pays depuis des années<sup>799</sup>.

## **B. L'approche pratique du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale**

**690 - Une adoption internationale plus pratiquée : une remise en cause du principe ?** Au Mali et au Sénégal, il existe un véritable contraste entre la pratique de l'adoption internationale et la place réservée à cette dernière en droit interne. La fréquence du recours à

---

<sup>798</sup> D'après cette disposition de la Convention de La Haye de 1993, " Toute décision de confier un enfant à des futurs parents adoptifs ne peut être prise dans l'Etat d'origine que ... c) si les Autorités centrales des deux Etats ont accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive.."

<sup>799</sup> Cf. les tableaux statistiques de l'adoption dans les deux pays, infra, p. 340 et s.

l'adoption internationale par rapport à l'adoption nationale est l'illustration la plus parfaite de ce contraste. Cette situation se présente donc comme une remise en cause de la subsidiarité de l'adoption internationale. Cette dernière étant priorisée dans la pratique, l'adoption interne se trouve être reléguée de fait, comme une adoption subsidiaire. Alors que le recours à l'adoption internationale apparaît très important au Mali et au Sénégal, leur législation reste silencieuse face à cette forme d'adoption et aux problèmes juridiques qu'elle suscite. Ainsi, aucune disposition légale ne lui est consacrée dans le droit interne de ces pays, exceptée l'adhésion de ces deux pays à la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale. L'état de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal est en décalage avec les dispositions qui lui sont applicables dans ces deux pays.

**691 - Les statistiques.** Aujourd'hui par exemple au Mali, sur 100 adoptions annuelles réalisées, plus de 80 sont internationales.<sup>800</sup> Il ressort des statistiques publiées par l'Agence Française de l'Adoption (AFA) qu'une centaine d'enfants maliens ont été adoptés par des français chaque année (depuis 2003)<sup>801</sup>. Ainsi, la France se classe premier devant d'autres pays comme l'Italie, la Belgique, le Cameroun, les Etats-Unis, le Canada... en matière d'adoption au Mali. Le constat est le même au Sénégal. En effet, selon une statistique fournie par M. SIDIME : depuis 1971, sur sept adoptions prononcées, quatre le furent au profit d'une famille étrangère dont trois familles françaises et une famille étrangère ; En 1972, sur 9 adoptions prononcées, 7 le furent au profit de familles étrangères dont 6 familles françaises et 1 famille italienne ; En 1973, sur 11 adoptions prononcées, 5 le furent au profit de familles étrangères dont une famille danoise, une famille togolaise et trois familles françaises ; En 1974, sur 8 adoptions prononcées, 6 le furent au profit de familles étrangères dont une famille gabonaise, une famille canadienne, une famille camerounaise et trois familles togolaises<sup>802</sup>.

**692 - Un constat.** La France apparaît comme le premier pays adoptant dans ces deux pays, lorsqu'on se réfère aux différentes statistiques sus évoquées. A notre avis, les raisons principales qui expliquent ce phénomène actuel de l'augmentation de la demande d'adoption internationale d'enfants maliens et sénégalais sont doubles. En premier lieu, la diminution du nombre d'enfants abandonnés en France ou d'enfants adoptables, alliée au souci d'adopter des enfants jeunes et parfois d'éviter les lenteurs et les blocages de la procédure d'adoption en

---

<sup>800</sup> Entretien avec Mme BOUARE Fatoumata Koné, représentante de l'Autorité Centrale en matière d'adoption internationale au Mali.

<sup>801</sup> Voir site AFA en ligne.

<sup>802</sup> SIDIME (L.), op. cit. p.377

France, justifient le recours massif à l'adoption internationale<sup>803</sup>. En second lieu, la meilleure connaissance par chacun de la misère dans ces pays et des dures conditions de vie endurées par les enfants de ces pays figure parmi les motivations des adoptants. Ainsi, comme l'adoption est un substitut à la filiation biologique, l'adoption internationale semble être un substitut à l'adoption interne dans ces deux pays. A titre illustratif, il nous paraît nécessaire de voir l'aperçu global de la situation de l'adoption au Sénégal (1), et au Mali (2).

### 1. Aperçu global de la situation de l'adoption au Sénégal (Evolution statistique récente)

**693 - Tableau Statistique des Adoptions au Sénégal 2008<sup>804</sup>.** ( Nombre total : 54 adoptions réalisées en 2008 )

#### **a. Adoption Plénière**

Nombre d'Adoptions plénières faites par les Couples	Nombre d'Adoptions Individuelles		Adoptions Nationales	Adoptions Internationales
	Femmes	Hommes		
15	11	02	14	14
<b>Total des adoptions plénières réalisées en 2008=41</b>				
Total des demandes d'adoption plénière rejetées en 2008=05				

<sup>803</sup> Par exemple, une jeune française ne parvenant pas à faire aboutir sa démarche d'adoption auprès des organismes officiels avait eu recours à un intermédiaire clandestin au Viêt-nam dans une espèce jugée le 29 septembre 1998 par la cour d'appel de Paris, D, 98. IR. 241. (Source, FINE (A.) et NEIRINCK (C.), op. .cit. p.228

<sup>804</sup> Source : Tribunal régional hors classe de Dakar. Cf. également les décisions d'adoption en annexe de cette thèse.

### **b. Adoption limitée**

Nombre d'Adoptions limitées faites par les Couples	Nombre d'Adoptions Individuelles		Adoptions Nationales	Adoptions Internationales
	Femmes	Hommes		
06			06	07
	02	05		
<b>Total des adoptions limitées réalisées en 2008= 13</b>				
Total des demandes d'adoption limitée rejetées en 2008= 0				

**694 - Tableau Statistique des Adoptions au Sénégal 2009.** ( Nombre total : 51 adoptions réalisées en 2009 )

### **a. Adoption Plénière**

Nombre d'Adoptions plénières faites par les Couples	Nombre d'Adoptions Individuelles		Adoptions Nationales	Adoptions Internationales
	Femmes	Hommes		
24			09	33
	15	03		
<b>Total des adoptions plénières réalisées en 2009 = 42</b>				
Total des demandes d'adoption plénière rejetées en 2009 = 01				

### **b. Adoption limitée**

Nombre d'Adoptions limitées faites par les Couples	Nombre d'Adoptions Individuelles 06		Adoptions Nationales	Adoptions Internationales
03	Femmes	Hommes	04	05
	03	03		
<b>Total des adoptions limitées réalisées en 2009 = 09</b>				
Total des demandes d'adoption limitée rejetées en 2009 = 0				

## **2. Aperçu global de la situation de l'adoption au Mali (Evolution statistique récente)**

**695 - Tableau Statistique des Adoptions au Mali 2008<sup>805</sup>.** ( Nombre total : 126 adoptions réalisées en 2008 )

### **a. Adoption-filiation**

Nombre d'Adoptions filiations faites par les Couples	Nombre d'Adoptions Individuelles 27		Adoptions Nationales	Adoptions Internationales
67	Femmes	Hommes	10	84
	27	00		
<b>Total des adoptions plénières réalisées en 2008=94</b>				
Total des demandes d'adoption plénière rejetées en 2008=06				

<sup>805</sup> Cf. Tribunal de première instance de la commune V du District de Bamako.



## **b. Adoption -protection**

Nombre d'Adoptions-protections faites par les Couples	Nombre d'Adoptions Individuelles 18		Adoptions Nationales	Adoptions Internationales
14	Femmes	Hommes	00	32
	13	05		
<b>Total des adoptions limitées réalisées en 2008= 32</b>				
Total des demandes d'adoption limitée rejetées en 2008= 0				

**696 - Tableau Statistique des Adoptions au Sénégal 2009.** ( Nombre total : 142 adoptions réalisées en 2009 )

## **1. Adoption -filiation**

Nombre d'Adoptions-filiations faites par les Couples	Nombre d'Adoptions Individuelles 38		Adoptions Nationales	Adoptions Internationales
74	Femmes	Hommes	12	100
	38	00		
<b>Total des adoptions plénières réalisées en 2009 = 112</b>				
Total des demandes d'adoption plénière rejetées en 2009 = 05				

## **2. Adoption -protection**

Nombre d'Adoptions-protections faites par les Couples	Nombre d'Adoptions Individuelles 13		Adoptions Nationales	Adoptions Internationales
17	Femmes	Hommes	07	23
	09	04		
Total des adoptions limitées réalisées en 2009 = 30				
Total des demandes d'adoption limitée rejetées en 2009 = 0				

L'ensemble de ces constats militent donc en faveur d'un réaménagement du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale dans une perspective tournée vers la protection de l'enfant et dans un souci de cohérence même du droit de l'adoption.

### **Paragraphe 2. Le réaménagement souhaitable du principe de subsidiarité**

**697 - La nécessité d'une réforme.** Le réaménagement souhaité ne pourra se réaliser qu'à travers deux séries de réformes: la " contextualisation " du principe pour une meilleure protection des enfants (A) et sa relativisation pour une solution adaptée à l'intérêt de l'enfant (B).

#### **A. La "contextualisation" du principe pour une meilleure protection des enfants**

**698 - L'importance de "contextualiser" le principe de subsidiarité.** L'application du principe de subsidiarité en rapport avec les réalités sociales de l'adoption au Mali et au Sénégal est importante pour de nombreuses raisons. Premièrement, elle permet aux enfants de rester dans leur famille d'origine. Elle contribue à réaffirmer l'assertion selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être avec ses parents, autant que faire ce peut. Deuxièmement, ce principe favorise également la promotion de l'identité culturelle de l'enfant. Troisièmement,

l'application de ce principe offre une opportunité aux autorités des deux pays de l'enfant de répondre aux besoins de leurs enfants en priorité. En tant qu'autorités chargées d'offrir des services de protection des enfants, elles sont le mieux placées pour analyser et répondre aux besoins des enfants au sein de leur juridiction.

**699 -Des exemples en Afrique.** En Afrique, il n'existe pas de nombreux exemples, en particulier de bons, sur la conceptualisation et l'application du principe de subsidiarité. Néanmoins, certains valent la peine d'être mentionnés.

**700 - Madagascar.** S'agissant précisément de la nationalisation du principe de subsidiarité, la loi sur l'adoption de Madagascar<sup>806</sup> permet une adoption internationale, uniquement si celle-ci est considérée comme répondant à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela sera déterminé après avoir exploré les possibilités de placements adéquats au niveau national, telles que l'adoption<sup>807</sup>.

**701 - Togo.** Le montant des frais exigés pour les adoptions nationales, rendant inaccessible aux résidents une adoption dans leur pays, pourrait contribuer à la violation du principe de subsidiarité. Par exemple, dans le cas du Togo, le comité des droits de l'enfant a souligné que, tandis que l'Etat adhérent avait indiqué que " le comité national d'adoption appliquait strictement le principe de subsidiarité ", il a dit craindre que " les frais imposés pour l'adoption nationale la rende presque inaccessible aux ressortissants "<sup>808</sup>. En conséquence, l'Etat adhérent a été exhorté " à envisager de diminuer les frais d'adoption afin de veiller à ce que la préférence soit effectivement donnée à l'adoption nationale par rapport à l'internationale, et que les meilleurs intérêts de l'enfant demeurent primordiaux en matière d'adoption "<sup>809</sup>.

**702 - Malawi.** Au Malawi, le principe de subsidiarité ne trouve son expression que par la jurisprudence. Ainsi, le juge dans l'affaire Infant CJ High Court a souligné qu'au titre de l'article 24 (b) de la charte africaine, "de toute évidence l'adoption internationale est censée

---

<sup>806</sup> La loi n° 2005-14 du 07 septembre 2005 relative à l'adoption (J.O. n° 3022 du 3 avril 2006, p. 1917 à 1925).

<sup>807</sup> Cf. Article 32 de la loi précitée qui dispose que : L'adoption internationale n'est permise que si, après avoir dûment examiné les possibilités de placement national ou d'adoption nationale, elle répond à l'intérêt supérieur de l'enfant

<sup>808</sup> Comité des droits de l'enfant, Conclusions d'observations : Togo, février 2012, paragraphe. 47.

<sup>809</sup> Comité des droits de l'enfant, Conclusions d'observations : Togo, février 2012, paragraphe. 48.

être une alternative de dernier ressort"<sup>810</sup>. Pour le Juge, le nourrisson était correctement traité dans un orphelinat, les termes "<sup>811</sup>de manière appropriée" faisant référence au style de vie de la population indigène voire proche de celle de l'enfant depuis sa naissance"<sup>812</sup>. Toutefois, en appel, le SCA était en désaccord avec l'appréciation de la juridiction inférieure du principe de subsidiarité. En vertu de la loi sur l'adoption, le SCA a écrit, "nous ne pensons pas que... l'adoption internationale soit une alternative de dernier ressort". Il a été en effet reconnu que, s'il n' y avait non seulement eu aucune famille au Malawi venue adopter le nourrisson, il n' y avait pas non plus eu de tentative par quiconque de le placer dans une famille d'accueil. Ce qui, de l'avis de la Cour, n'a laissé que deux options - l'enfant "peut soit rester dans l'orphelinat de Kondanani sans vie de famille du tout, ou il peut être adopté par l'appelant et grandir dans une famille que celui-ci offre"<sup>813</sup>. En adoptant cette approche, le SCA a affiché la juste appréciation sur laquelle l'application du principe de subsidiarité repose quant aux options qui sont en fait disponibles comme protection de remplacement.

**703 - Afrique du Sud.** En Afrique du Sud, la loi sur les enfants rend obligatoire, avant de décréter qu'un enfant peut être adopté à l'international, de faire figurer son nom au registre des enfants adoptables et adoptifs potentiels pendant au moins 60 jours<sup>814</sup>. De plus, on doit prouver, pendant ces 60 jours, qu' " aucun parent prêt à adopter l'enfant et qui corresponde aux critères requis " n'est disponible en Afrique du Sud pour l'adopter. Au sujet de l'affaire AD v DW, l'amicus curiae a soulevé à juste titre que " la subsidiarité n'était pas un principe passif "<sup>815</sup>. Par conséquent, ce qui est envisagé dans la Loi sur les enfants à travers le CRCAP<sup>816</sup> est de prévoir un laps de temps limité, pendant lequel de vrais efforts seront entrepris, en Afrique du Sud, afin d'établir s'il existe d'autres options de placement local

---

<sup>810</sup> The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", 2012, p. 29. En ligne : <https://www.childwatch.uio.no/news/2012/africa---the-new-frontier-for-intercountry-adoption---french.pdf> (consulté le 25 décembre 2014).

<sup>811</sup> The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", *ibid.* p.30.

<sup>812</sup> The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", *ibid.*

<sup>813</sup> The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", *préc.* p. 30

<sup>814</sup> The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", *ibid.*

<sup>815</sup> The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", *ibid.*

<sup>816</sup> Il s'agit là du registre des enfants adoptables et des futurs parents adoptifs (CRCAP) en Afrique du Sud.

convenant à un enfant. Le CRCAP, comme une base de données bien gérée centralisée, comble le fossé qui existait dans le passé pour établir la disponibilité des familles locales au-delà des contrôles informels par les agences et les travailleurs sociaux d'adoption. Le fait que la Loi sur l'enfance requiert que l'Autorité centrale gère le CRCAP présente un certain nombre d'avantages, cet arrangement : ...crée les conditions pour que l'Autorité centrale vérifie si des mesures adéquates ont été prises pour aider la famille d'origine à réintégrer l'enfant, à le placer dans les familles d'accueil ou autres placements dans le pays. Tout ceci confère un contrôle à l'Autorité centrale quant à l'application pratique du principe de subsidiarité dans les cas individuels d'adoption.

**704 -Proposition d'intégration de la solution sud-africaine au Mali et au Sénégal.** Les législateurs malien et sénégalais pourront s'inspirer de l'exemple sud-africain pour intégrer dans leur législation la solution sud-africaine. Cette dernière nous paraît moralement juste et respectueuse de l'intérêt de l'enfant. Dans le cas *AD v DW*, la Cour constitutionnelle a examiné le principe de subsidiarité en détail. Un point majeur de discordance dans ce cas était de savoir comment appliquer ce principe dans le cas de *Baby R*<sup>817</sup>, qui avait déjà des liens très forts avec les requérants étrangers, alors qu'il allait avoir presque trois ans. Ainsi, la Cour constitutionnelle a jugé d'après le point de vue par la majorité du SCA<sup>818</sup>, que le principe de subsidiarité avait fait totalement obstruction à l'octroi, par la haute Cour, d'une ordonnance de garde et de tutelle exclusives, en faveur des requérants étant une proposition... exprimée dans des termes trop abrupts, et a donc décidé que le principe de subsidiarité devait être respecté en tant que " facteur essentiel " régissant les adoptions internationales, bien que cela ne soit pas " l'ultime facteur les régissant "<sup>819</sup>. Tout en étant conscient "qu'il existe de grandes considérations favorisant le fait que les enfants adoptés grandissent dans leurs pays et communauté d'origine ", la Cour constitutionnelle a indiqué que "le principe de subsidiarité lui-même devait être considéré comme subsidiaire au principe prépondérant"<sup>820</sup>. Outre l'allusion à la primauté du principe de l'intérêt supérieur, la Cour a poursuivi en soulignant que "déterminer les meilleurs intérêts de l'enfant ne peut être circonscrit par des formules juridiques mécaniques ni par l'intermédiaire de classement hiérarchique rigide d'options de

---

<sup>817</sup> . *AD v DW* case, para. 38, in The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", préc. Ibid. p. 30

<sup>818</sup> Cour d'appel suprême en Afrique du Sud.

<sup>819</sup> *AD v DW* case, para. 49, in The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", préc. Ibid. p. 30.

<sup>820</sup> *AD v DW* case, para. 55. in The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", préc. Ibid. p. 30.

soins"<sup>821</sup>. On a donc recommandé "une enquête contextuelle au cas par cas ... afin de trouver la meilleure solution pour l'enfant...". Dans ce cas, le fait que la Cour constitutionnelle mette l'accent sur le meilleur intérêt de l'enfant comme l'emportant sur le principe de subsidiarité est une bonne chose. L'application de la loi ne devait pas de façon générale être perçue comme limitant la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant à des fins juridiques. En outre, la Cour constitutionnelle a critiqué le " classement hiérarchique rigide d'options de soins " par rapport au " classement général hiérarchique d'options de soins " (qui, par définition, admet des exceptions), étant non seulement autorisé, mais également important. Cette position de la Cour constitutionnelle sud-africaine peut être perçue comme une invitation à la relativisation du principe de la subsidiarité dans une perspective de sauvegarde de l'intérêt de l'enfant.

### **B. La relativisation du principe pour une solution adaptée à l'intérêt de l'enfant**

**705 - Le bien-fondé.** La subsidiarité de l'adoption internationale veut que cette dernière ne soit considérée que si la situation présente de l'enfant l'oblige. Toutefois, le terme " subsidiaire " ne doit pas être interprété de manière négative. Nous estimons que la subsidiarité de l'adoption s'entend par rapport au maintien de l'enfant dans sa famille par le sang dans de bonnes conditions. Si l'enfant peut rester dans sa famille biologique, cette solution sera préférée à une adoption. Mais nul doute que l'adoption sera privilégiée à un placement en famille d'accueil ou à une garde en institut social. Il ne faut donc pas interpréter le terme subsidiarité de manière négative et penser que l'adoption est une solution de dernier recours pour l'enfant. Au contraire, l'adoption est une opportunité, une seconde chance pour l'enfant<sup>822</sup>. L'adoption internationale ne doit pas représenter une " échappatoire pour des gouvernements qui trouveraient dans cette institution un moyen facile de ne mener aucune politique familiale ou plus largement de bien-être familial et de lutte contre l'abandon ". Inversement, il faut éviter que certains pays défavorisés sacrifient ses orphelins en refusant systématiquement le principe de l'adoption étrangère, au nom d'une prétendue cause politique ou religieuse et de l'image qu'ils veulent donner d'eux-mêmes. Il convient dès lors d'envisager une utilisation raisonnée du principe de subsidiarité en tenant surtout compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

---

<sup>821</sup> AD v DW case, para. 50. in The African Child Policy Forum (ACPF), Rapport sur " L'Afrique : une nouvelle frontière pour l'adoption internationale ", préc. Ibid. p. 30.

<sup>822</sup> TIZARD (B.), "adoption a second chance", éd. London, 1977.

**706 - Une utilisation raisonnée du principe de subsidiarité.** En règle générale, il est préférable que l'enfant grandisse au sein de sa famille biologique. Cela implique que l'adoption d'un enfant ne devra être envisagée, a fortiori à l'étranger, que si toutes les autres options (y compris la prise en charge alternative) permettant de laisser l'enfant au sein de sa famille ont été épuisées et prouvées inefficaces ou impossibles. A cet égard, le principe de subsidiarité requiert que les Etats proposent des services qui promeuvent la prise en charge familiale, la prévention de la séparation familiale et la réintégration au sein de la famille, conformément aux directives des Nations Unies relatives aux solutions de prise en charge alternative des enfants<sup>823</sup>. Une fois la séparation des enfants et de leurs familles effective, des mesures doivent être prises pour réunir la famille, si c'est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La hiérarchie générale appliquée dans le cadre de l'adoption nationale aux options de prise en charge alternative disponibles est la moins critiquée. Si l'adoption nationale constitue une solution locale, un placement permanent et, en outre, offre un environnement familial, elle sera prioritaire devant les autres options. De plus, il est prouvé, que dans les pays où l'adoption est bien établie, le niveau de réussite pour les placements permanents est élevé, notamment lorsque les décisions de justice ont été prises conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant et que celui-ci a été adopté très jeune.

**707 - Le principe de la subsidiarité mis en mal par le placement en institution.** Dans les cas où les adoptions nationales n'ont pas la priorité et que beaucoup d'enfants sont toujours placés dans des institutions, il est possible de conclure à une éventuelle violation du principe de subsidiarité. Une des stratégies visant à promouvoir les adoptions nationales inclut, entre autres, des campagnes de sensibilisation et une réglementation qui favorise l'accès à l'adoption, comme la gratuité ou les coûts réduits pour les documents nécessaires au processus de l'adoption. Les familles d'accueil, selon les circonstances d'accueil de l'enfant, peuvent être une solution alternative à l'adoption, l'adoption internationale et, très exceptionnellement, l'institutionnalisation. Par exemple, son caractère non permanent (contrairement à l'adoption) en fait une option alternative au placement institutionnel des enfants qui sont véritablement privés de leur environnement familial. Cependant, si la privation de cet environnement familial est temporaire, et que la réunification de la famille est possible et prévue, l'adoption

---

<sup>823</sup> Pour une information détaillée sur les lignes directrices des Nations unies relatives à la protection de remplacement de l'enfant, voir le lien suivant : <http://iss-ssi.org/2009/assets/files/guidelines/ANG/UN-Guidelines-French.pdf> (consulté le 21 janvier 2014).

(tant nationale qu'internationale) doit être secondaire par rapport à l'option d'une famille d'accueil.

**708 - Rôle des institutions de prise en charge des enfants.** La reconnaissance des institutions dans la Convention de New York sur les droits de l'enfant et dans la Charte africaine sur les droits de l'enfant est représentative du fait qu'elles pourraient (et parfois devraient) jouer un certain rôle dans la prise en charge des enfants. Lorsque les enfants sont privés de leur environnement familial, il existe une période de transition entre le moment de la privation de leur environnement familial et celui de leur placement dans une solution de prise en charge alternative, telle que l'adoption et les familles d'accueil. Dans de telles circonstances, le rôle des institutions est crucial pour garder les enfants hors des rues et dans un environnement qui répond à leurs besoins élémentaires, tels qu'un logement, des vêtements, de la nourriture et des soins de santé. En d'autres termes, pour bien comprendre le principe de subsidiarité, notamment dans le contexte du placement en institution, il est essentiel d'apprécier la distinction entre les besoins de placement à long et court terme de l'enfant. Par conséquent, il est impossible de nier que, dans des circonstances très exceptionnelles, des institutions peuvent aussi œuvrer en faveur de l'intérêt supérieur à long terme de l'enfant.

**709 - Une interprétation raisonnable de l'expression "dernier recours".** En ce qui concerne l'adoption internationale, analysée comme une mesure de dernier ressort, elle doit être soumise uniquement aux exceptions nécessaires exigées par une situation particulière. En outre, il est important de comprendre que l'expression "en dernier ressort" est relative, et qu'elle dépend des options de prise en charge alternative réellement disponibles. Il convient donc d'appliquer une interprétation de l'expression "dernier ressort" ne faisant pas obstacle à un placement rapide légalement justifiable. La solution alternative doit être considérée comme constituant un principe actif qui requiert des efforts raisonnables visant à trouver un placement national approprié pour l'enfant et faire de l'adoption internationale une mesure de dernier ressort.

**710 - Solutions prospectives.** Le Mali et le Sénégal devraient reconnaître que l'utilisation de l'adoption internationale comme mesure de dernier ressort requiert la mise en place de mesures législatives, administratives et de toute autre mesure ou travail dont le but est de garantir la promotion de la préservation de la famille, de la réunification familiale, ainsi que



de toute mesure nationale adaptée telle que l'adoption nationale et le système des familles d'accueil.

Les deux Etats concernés devraient reconnaître que l'adoption (ou toute autre option de soins de remplacement adaptée) ne doit être envisagée que si toutes les autres options ayant pour but de maintenir l'enfant au sein de sa famille ont été dûment considérées et se sont avérées inefficaces ou impossibles.

Ils doivent s'assurer que le principe de subsidiarité est perçu comme constituant un principe actif qui requiert des efforts raisonnables pour faire en sorte de trouver des solutions de placement national adéquates pour l'enfant et de faire de l'adoption internationale une mesure de dernier ressort si l'intérêt supérieur de l'enfant le justifie.

Les deux Etats devraient également prendre toutes les mesures nécessaires afin de s'assurer que les frais et les lourdes procédures requises pour les mesures nationales appropriées telle que l'adoption nationale ne contribuent pas à violer le principe de subsidiarité, lorsque ces procédures rendent les options nationales inaccessibles aux résidents.

Ils doivent établir un fichier national des enfants adoptables qui servirait de base de données centrales contenant l'histoire, le profil, les détails personnels et autres particularités de tout enfant adoptable.

Ils devraient enfin s'assurer qu'un tel fichier créera les conditions nécessaires pour que les Autorité centrales puissent vérifier si des mesures appropriées ont été prises afin de soutenir la famille d'origine, de réintégrer l'enfant, de placer l'enfant au sein de la famille élargie ou de trouver des placements nationaux alternatifs, conférant ainsi à l'Autorité centrale le pouvoir de contrôler l'application pratique du principe de subsidiarité.

## CONCLUSION CHAPITRE PREMIER

**711 - Sur le principe d'intérêt (supérieur) de l'enfant.** L'analyse de cette notion nous a permis de démontrer que l'incertitude qui l'entoure peut et doit être traduite en un avantage pour une protection efficace des droits de l'enfant. En effet, de nos jours, la notion d'intérêt de l'enfant a atteint une autorité telle qu'elle est devenue un concept essentiel du droit de la famille et notamment du droit de l'adoption, ce, dans sa double fonction de critère de contrôle de légalité et d'opportunité. Critère de contrôle de légalité: c'est à l'aune de cet intérêt que le législateur confie au juge le soin de contrôler la légalité de l'adoption projetée. Critère de contrôle de l'opportunité: c'est en considération de l'intérêt de l'enfant que le juge décide ou non de prononcer une adoption, et plus généralement, qu'il tranche ou arbitre toutes les questions relatives à la protection de l'enfant. Aussi, pour une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant, conviendrait-il pour les législateurs malien et sénégalais, de définir un intérêt abstrait de l'enfant sur la base d'un certain nombre de critères, à l'image de ceux prévus par le droit anglais. Ces critères seront une référence de base pour le juge, lorsqu'il est appelé à statuer sur le sort d'un enfant. Il pourra se référer à ces critères standards pour ensuite apprécier concrètement l'intérêt particulier de tel ou tel enfant. Nous souhaitons donc que le juge saisi d'une demande d'adoption puisse mobiliser à la fois l'appréciation in abstracto et l'appréciation in concreto de l'intérêt de l'enfant.

**712 - Sur le principe de la subsidiarité de l'adoption internationale,** notre réflexion nous a permis d'identifier l'existence d'un contraste entre la théorie de la subsidiarité de l'adoption internationale telle que prônée par les textes internationaux relatifs à l'adoption et la réalité de l'adoption dans les deux pays étudiés. Ce contraste se traduit notamment par une pratique plus importante de l'adoption internationale au détriment de l'adoption nationale. Il y a là, nous semble-t-il, une remise en cause du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale. Ce

constat nous a amené à faire une proposition de réaménagement du principe de subsidiarité axé sur la " contextualisation " et la relativisation du principe pour une meilleure protection des enfants. Ainsi, nous pensons que la prévention des risques liés à l'adoption internationale ne réside pas en la fermeture de l'adoption internationale. Elle doit viser plutôt une application raisonnée du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale dans une perspective résolument tournée vers la défense primordiale de l'intérêt des enfants maliens et sénégalais en situation de privation familiale.

Le respect des deux principes étudiés dans ce chapitre est un préalable déterminant pour le prononcé d'une décision d'adoption internationale respectueuse des droits de l'enfant.



## **Chapitre 2. La décision de l'adoption internationale**

**713 - Etat des lieux.** En droit malien et en droit sénégalais, il n'existe aucune loi interne spécifique à l'adoption internationale. Si le Sénégal a posé quelques règles de conflit de lois en la matière, le Mali, en revanche n'en a prévu aucune. L'absence ou une prise en charge insuffisante des conflits de lois en matière d'adoption internationale dans les deux pays nous amène à porter une analyse, dans un premier temps, sur le cadre conventionnel existant, notamment la Convention de La Haye de 1993 dont la vocation n'est pas d'établir des règles de conflit de lois, mais plutôt une coopération entre les Etats dans le but de garantir la moralité des adoptions internationales (Section 1), avant de suggérer, dans un second temps, aux législateurs des deux pays, la création de normes de conflit dans une perspective tournée vers la prise en compte primordiale de l'intérêt des enfants maliens et sénégalais (section 2).

### **Section 1. Le prononcé de l'adoption internationale dans le cadre conventionnel**

**714 - Conditions.** L'absence d'un cadre juridique adéquat pour la prise en charge des conflits au Mali et au Sénégal ne donne d'autres choix à ces deux pays qu' à recourir à la Convention de La Haye 1993 afin de réaliser une adoption internationale conforme à des standards minimums de respect des droits de l'enfant. L'adoption-protection malienne n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention de La Haye de 1993, l'étude de cette partie ne portera que sur l'adoption-filiation malienne et les adoptions limitée et plénière du droit sénégalais. Les conditions de fond et les conditions procédurales de l'adoption internationale telles qu'elles ont été présentées dans la Convention de La Haye de 1993, font l'objet de chapitres distincts. La difficulté tenait, selon un auteur, "à la nature juridique complexe de ces dispositions, qui mêlent tout à la fois des normes de droit matériel et une répartition des

compétences, dans la préparation de l'adoption, entre les autorités des deux Etats concernés et leurs systèmes juridiques respectifs"<sup>824</sup>. Au-delà de ces considérations textuelles, le contrôle strict qu'effectuent les autorités compétentes assure, en principe, le respect des droits fondamentaux de l'enfant abandonné et de sa famille d'origine. Ce contrôle porte sur les conditions de fond (paragraphe 1) et sur les conditions procédurales et les effets de l'adoption internationale (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. L'appréciation des conditions de fond de l'adoption internationale**

**715 - Responsabilité conjointe des pays d'origine et d'accueil.** Afin de garantir le succès de l'adoption, l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil de l'enfant se partagent la responsabilité de vérifier que les conditions de fond de l'adoption sont bien remplies. Ces conditions constituent des garanties minimales qui peuvent être aménagées selon la législation du pays d'accueil de l'adopté potentiel. Ainsi, chaque Etat intervient selon le lieu de résidence habituelle des personnes concernées par l'adoption. Tantôt le contrôle des conditions de fond repose sur les autorités de l'Etat d'origine (A), tantôt il repose sur les autorités de l'Etat d'accueil du mineur (B).

#### **A. Les conditions de fond sous contrôle des autorités maliennes et sénégalaises**

**716 - Etats d'origine.** Les autorités compétentes maliennes et sénégalaises, pays de la résidence habituelle de l'enfant, doivent vérifier que sont satisfaites les conditions relatives à l'adopté potentiel (1) et celles relatives aux consentements des personnes qui le représentent<sup>825</sup> (2).

#### **1. Les conditions relatives à l'adopté potentiel**

**717 - Deux exigences à respecter.** Afin que l'enfant bénéficie des garanties optimales, il doit faire l'objet d'une protection particulière que les autorités centrales de son pays d'origine mettent en place lorsqu'elles déterminent son adoptabilité (a). Dans le même temps, elles tentent de respecter la parole de l'adopté (b).

---

<sup>824</sup> MEYER-FABRE (N.), La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale: Rev. crit. DIP 1994, p. 268.

<sup>825</sup> Tel est l'objet de l'article 4 de la Convention de La Haye, qui ne fait qu'appliquer les principes directeurs posés à l'article 21, alinéa a et b, de la Convention des Nations Unies de 1989.

## **a- L'adoptabilité de l'enfant**

**718 - En théorie.** Les pays d'origines sont les plus à même de contrôler les conditions liées à l'enfant puisqu'ils sont les mieux placés pour apprécier son bien-être et son intérêt. De ce fait, les parents biologiques, les dirigeants d'institutions ou encore les autres intervenants, qui se situent en amont de la procédure d'adoption, détiennent les clés de l'avenir de l'enfant. La notion d'adoptabilité n'a pas été définie par la Convention qui a préféré laisser chaque Etat libre d'appliquer sa propre règle de conflit afin de désigner la loi applicable. Elle a été envisagée de façon générale et abstraite, c'est-à-dire comme visant non seulement le principe même de l'adoption, mais aussi les conditions de l'adoption requise en la personne de l'adopté. L'article 4 de la Convention précise bien que "les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes ont établi que l'enfant est adoptable". Chaque Etat d'origine a ainsi le devoir, par l'intermédiaire des autorités centrales ou compétentes, de déterminer les critères d'adoptabilité d'un enfant. Dès lors, cette disposition traduit le souci de protéger le lien familial de l'enfant.

**719 - Critique des législations malienne et sénégalaise sur les conditions d'adoptabilité de l'enfant.** L'analyse des droits positifs malien et sénégalais, laisse percevoir une double critique sur les conditions d'adoptabilité de l'enfant. La première est relative à l'absence de dispositions favorables à l'adoptabilité des enfants "à besoins spéciaux" et la seconde a trait à la participation limitée de l'enfant à sa propre adoption.

**720 - Absence de dispositions favorables à l'adoptabilité des enfants "à besoins spéciaux"<sup>826</sup>.** La dégradation de l'état physique ou mental de l'enfant est un obstacle de fait à son adoptabilité. Sur ce plan, les textes malien et Sénégalais semblent être neutres. Cette neutralité favorise malheureusement une discrimination entre les enfants physiquement et mentalement bien portants, et ceux présentant des particularités dues soit à leur état physique soit à leur état mental en s'abstenant de prendre des mesures juridiques pour corriger cette inégalité. La neutralité des textes relatifs à l'adoption au Mali et au Sénégal, se traduit également, par des violations des droits fondamentaux de l'enfant. Parmi ces violations, on peut noter un manque de volonté des deux législateurs à prendre des mesures pour favoriser l'adoption de certains enfants "à particularités", d'où une violation apparente du principe de

---

<sup>826</sup> L'expression " enfants à besoins spéciaux " désigne également les " enfants à particularités ". La première expression est d'origine anglaise tandis que la seconde est d'origine française. Nous utiliserons indistinctement ces deux expressions pour désigner les enfants présentant des spécificités médicales ou sociales par rapport aux autres enfants.

non-discrimination à l'égard de ces enfants. Cette neutralité appelle donc à la nécessaire institution d'une discrimination positive en faveur des enfants " à particularités " dont l'adoptabilité n'est pas juridiquement remise en cause.

**721 - En pratique. L'inadoptabilité de certains enfants dits à « besoins spéciaux ».** Dans l'imaginaire collectif suivi par la pratique, il existe des enfants " inadoptables ", parce qu'ils ne correspondent pas à la philosophie dominante du bonheur social, qui suppose l'absence de contrainte et d'anormalité<sup>827</sup>. L'adoption des enfants dits " à besoins spéciaux ou à particularités ", au cœur des débats actuels de l'adoption, soulève de nombreuses interrogations, à commencer par la définition de ces besoins spéciaux. La Conférence de la Haye a tenté de donner la définition suivante de l'enfant qui a des besoins spéciaux: « Les enfants qui ont des besoins spéciaux sont ceux : qui souffrent de troubles du comportement ou d'un traumatisme ; ou ont une incapacité physique ou mentale ; ou sont plus âgés (généralement plus de 7 ans); ou font partie d'une fratrie. »<sup>828</sup> En faveur de ces enfants, doit jouer le principe de non-discrimination avec ses deux variantes, l'égalité de tous les enfants quels qu'ils soient par rapport aux droits reconnus et garantis par la Convention des droits de l'enfant de 1989 et l'engagement de l'Etat à combattre toute forme de discrimination à l'égard des enfants. Ce principe se traduit par l'interdiction de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre situation de l'enfant, de ses parents ou représentants légaux<sup>829</sup>. Avec ce principe il est interdit à tout Etat partie de porter atteinte à l'un quelconque des droits de l'enfant et mieux, il lui est fait obligation de prendre toutes les mesures appropriées afin d'assurer à chaque enfant relevant de sa juridiction la jouissance et l'exercice de tous les droits qui lui sont reconnus. La protection des droits de l'enfant en vertu de ce principe est d'autant plus efficacement assurée que les discriminations visées par l'article 2 de cette convention sont indicatives.

**722 - Le principe d'égalité entre enfants exceptionnellement tempéré.** Des distinctions entre les individus ne sont possibles que lorsqu'elles sont légitimes et proportionnées. En matière d'adoption, des discriminations entre les enfants peuvent survenir selon qu'ils

---

<sup>827</sup> V. DOURIS (M.), " L'enfant à particularités ", thèse, Centre du droit de la famille, Université Lyon 3, 2006, p. 58

<sup>828</sup> Voir, le Guide de bonnes pratiques n°1 pour la mise en œuvre et le fonctionnement de la convention de la Haye de 1993 sur l'adoption internationale, disponible sur le site :

[http://www.hcch.net/upload/adoguide\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/adoguide_f.pdf) (site consulté le 17 mars 2014).

<sup>829</sup> Art. 2 de la convention sur les droits de l'enfant.



bénéficient d'une adoption nationale ou internationale, dans ou hors du cadre de la Convention de la Haye par l'intermédiaire d'un organisme d'adoption ou de manière indépendante, hétéro ou intrafamiliale. Le principe de non-discrimination impose par ailleurs de compenser certains déséquilibres sociaux à l'origine d'inégalités en favorisant expressément les enfants « à besoins spéciaux » dans le cadre des adoptions<sup>830</sup>. C'est ce dernier point qui retiendra notre attention compte tenu du nombre élevé d'enfants se trouvant dans cette situation au Mali et au Sénégal. En effet, cette dernière source de discrimination en matière d'adoption réside dans la différence des chances à être adopté qu'ont les enfants « à particularités » par rapport aux enfants dits normaux, en particulier parce qu'ils ne correspondent pas aux désirs des candidats adoptants. Il s'agit des enfants plus âgés, porteurs d'une maladie ou d'un handicap, placés depuis longtemps, particulièrement marqués par leur passé et présentant des troubles comportementaux ou encore ceux vivant dans une fratrie que l'on ne peut séparer.

**723 - Un témoignage poignant.** Lors de nos visites dans les différentes pouponnières du Mali et du Sénégal, nous avons pu noter la présence d'enfants handicapés physique ou mentale ainsi que d'enfants séropositifs.

A la pouponnière d'Etat de Bamako (Mali), l'aîné des enfants d'une fratrie, une fille âgée de seize (16) ans (à la date de décembre 2013) avait un double handicap : physique et mentale. Ces enfants « à particularités » grandissent dans ces centres d'accueil sans faire l'objet d'un projet d'adoption de la part des Etats concernés. Toute chose qui constitue une violation du principe de non-discrimination prôné par les textes internationaux notamment le principe 5 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 qui stipule que « *l'enfant physiquement, mentalement ou socialement désavantagé doit recevoir le traitement, l'éducation et les soins spéciaux que nécessite son état ou sa situation* ».

**724 - Une situation appelant à une obligation pour les Etats d'agir.** Les Etats malien et sénégalais doivent, dans ces cas, prendre des mesures positives pour compenser ces inégalités de fait, en donnant à ces enfants un traitement adapté afin d'augmenter leurs chances de vivre dans un environnement familial stable et adéquat<sup>831</sup>. En effet, dans ces pays, les services

---

<sup>830</sup> SSI/CIR, « Un enfant égal un enfant : le principe de non discrimination appliqué à l'adoption », Bulletin mensuel, n°2/2005, [http://iss-ssi.org/Ressource\\_centre/Tronc\\_DI/documents/Edito.2005.2.fra\\_000.pdf](http://iss-ssi.org/Ressource_centre/Tronc_DI/documents/Edito.2005.2.fra_000.pdf), février 2005.

<sup>831</sup> BEDORET (M.), Ouvrage collectif : « Les nouveaux aspects juridiques de l'adoption : quelques thématiques spécifiques ». Groupe de Boeck., éd. Larcier, 2009, P.386.

chargés de l'adoption doivent tout mettre en œuvre pour sensibiliser les parents candidats à l'adoption afin d'amener ceux-ci à dépasser leur désir d'adopter un enfant idéal au profit du désir d'adopter un enfant réel avec ses particularités. Les candidats dont le désir de " parentalité " a déjà été comblé par un ou plusieurs enfants et qui se situent plus dans l'optique de donner une famille à un enfant que de trouver un enfant pour leur famille vont sans doute plus facilement répondre positivement à ce travail. Il faut toutefois veiller à ne pas tomber dans le travers de l'humanitarisme ou de la bonne action. Les parents seront particulièrement encadrés et suivis ; et l'enfant ne leur sera confié que s'ils sont vraiment capables d'adopter ce type d'enfant en particulier et si cet apparemment semble le plus adéquat compte tenu des caractéristiques de chacun et dans l'intérêt de l'enfant.

Aux termes de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 "des efforts doivent être accomplis afin de trouver, pour les enfants présentant les déficiences physiques ou mentales ou dont les antécédents familiaux constituent un obstacle à leur adoption, des familles adoptives dans *leur pays d'origine*". Au demeurant, l'enfant qu'il soit en bonne santé ou malade, a besoin de vivre au sein d'une famille capable de lui apporter une certaine sécurité affective et juridique.

**725 - La part de responsabilité des adoptants.** Les adoptants, quant à eux, cherchent un enfant à choyer, aimer et élever. La santé de celui-ci ne devrait donc pas, en théorie, être un obstacle à l'adoption, car l'enfant malade appelle plus de soins et d'attention que celui qui est en bonne santé. Les parents biologiques donnent naissance à des enfants qu'ils n'ont pas, par essence, choisis. Ils les acceptent comme ils naissent. La question de la santé permet donc de prendre conscience de la dimension plus ou moins " eugéniste "<sup>832</sup> de l'adoption. En ce sens, l'état de santé de l'adopté et celui de l'adoptant ne sont jamais indifférents. Gageons seulement que les efforts des divers partenaires de l'adoption dans ces pays continuent à rappeler aux futurs adoptants que recueillir un enfant, c'est en quelque sorte lui " redonner " naissance. Ne serait-ce qu'en lui attribuant une nouvelle famille, un nouveau nom, un patrimoine différent ; et qu'en définitive, il n'est pas forcément vrai que seul le " bon sang ne peut mentir "<sup>833</sup>.

**726 - Solutions prospectives.** Nous pensons que pour inverser une telle violation des droits des enfants « à besoins spéciaux », il faut élaborer et mettre en œuvre une législation favorable à la réalisation de leur droit à être adoptés comme tout autre enfant. Nous sommes

---

<sup>832</sup> Le dictionnaire français Larousse définit l'eugénisme comme une théorie cherchant à opérer une sélection sur les collectivités humaines à partir des lois de la génétique.

<sup>833</sup> FINE (A.) et NEIRINCK (C.), op. Cit., p.256.

persuadés que la loi doit mettre l'enfant à l'abri des discriminations qui pourraient résulter de sa situation physique ou sanitaire. D'où la nécessité d'assurer l'égalité entre tous les enfants par le droit.

**727 - La nécessaire institution d'une discrimination positive en faveur des enfants « à besoins spéciaux ».** L'un des plus grands défis de l'adoption au Mali et au Sénégal réside certainement dans la recherche de familles appropriées pour les enfants à besoins spéciaux, car à situations d'enfants différents, mesures législatives différentes.

**728 - L'expérience anglaise.** A titre illustratif, l'Angleterre a toujours souhaité développer les adoptions des enfants dits non adoptables et leur a refusé la fatalité des institutions ( il s'agit là des institutions d'accueil pour enfants en difficulté familiale). Ainsi, elle a mis en place des programmes de publicité télévisée en vue de trouver des candidats à l'adoption pour un enfant déterminé. Cette médiatisation des adoptions d'enfants à besoins spéciaux permet de lever les appréhensions. Mais lorsque les candidats à l'adoption sont prêts psychologiquement, il reste parfois un obstacle financier car il est vrai que l'adoption d'une fratrie ou d'un enfant handicapé demande un investissement financier plus important qu'une adoption traditionnelle. L'Angleterre a ainsi créé l'adoption "subsidée" qui donne droit à des subsides aux adoptants qui accueillent un enfant "difficile à placer" ou aux parents nourriciers qui adoptent l'enfant qui leur était confié.

**729 - L'expérience française.** La France aussi semble être inscrite dans cette logique depuis la loi du 5 juillet 1996 qui prévoit des subsides pour les familles d'accueil qui souhaitent adopter l'enfant recueilli<sup>834</sup>. Ainsi, l'adoption d'enfants difficiles à placer est valorisée et favorisée en France. Ces mesures françaises moins médiatisées que les mesures anglaises, ont permis de placer de nombreux enfants dits " à particularités "<sup>835</sup>.

**730 - La situation désespérante au Mali et au Sénégal.** Le sort de ces enfants a été moins pris en charge au Mali et au Sénégal. Ces pays, nous semble-t-il, sont relativement fatalistes quant au devenir des enfants à besoins spéciaux qui demeurent catalogués de fait, non adoptables, dès lors qu'ils s'éloignent de l'enfant tant convoité. Le sort de ces enfants relève pourtant d'un intérêt particulier et il nous semble qu'une appréciation in concreto de l'intérêt de l'enfant soit donc préférable, car elle répond davantage à la promotion de leur bien-être. Si

---

<sup>834</sup> En application de l'article 63-3 du Code de la famille et de l'action sociale.

<sup>835</sup> V. Observatoire national de l'enfance en danger, " La situation des pupilles de l'Etat, enquête au 1er décembre 2009 ".

En ligne : [http://www.onéd.gouv.fr/system/files/publication/rapport\\_pupilles\\_20091231\\_5.pdf](http://www.onéd.gouv.fr/system/files/publication/rapport_pupilles_20091231_5.pdf)

un effort particulier n'est pas fait pour placer ces enfants en vue de leur adoption, il est sûr qu'ils ne seront jamais adoptés, car combien de candidats à l'adoption internationale sont prêts à adopter une fratrie de plusieurs enfants, ou un enfant de plus de cinq ans, ou encore un enfant trisomique ? Il faut pour ce type d'adoption, un suivi psychologique et un encadrement tout particulier, pour s'assurer de la réelle motivation des candidats et du sérieux de leur démarche, pour mettre toutes les chances du côté de la réussite de l'adoption. Mais il faut également un effort de communication, d'information du public et de formation de professionnels pour que ces adoptions deviennent une réalité et non une exception. M. ALINGRIN<sup>836</sup>, fondateur d'un organisme français dont la finalité est le placement en vue de leur adoption d'enfants handicapés physiques ou mentaux, parle "d'adoption à l'endroit", car le but de ces adoptions est de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu et non un enfant à une famille.

**731 - Solutions prospectives.** Les législateurs malien et sénégalais pourraient s'inspirer de cette solution anglaise pour encourager et faciliter l'accès aux enfants à besoins spéciaux à une famille de substitution comme tout autre enfant en situation de privation familiale.

**732 - Proposition d'introduction d'article.** Les enfants à particularités pourraient être proposés à l'adoption internationale lorsque cela va dans leur intérêt. Les législateurs de ces deux pays pourront inscrire dans leur loi interne la disposition selon laquelle, " l'adoption internationale des enfants à particularités doit être favorisée toutes les fois que, en l'absence d'un projet d'adoption nationale plus approprié, cette mesure contribue à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné et à assurer son bien-être physique et mental ".

Il en est de même lorsque l'enfant a le droit, eu égard à son âge et à sa maturité, de formuler des souhaits et avis qui doivent être pris en considération.

#### **b- Le respect de la parole de l'enfant**

**733 - En théorie.** Dans un souci permanent de placer l'enfant au centre de l'adoption internationale, la Convention de La Haye aménage alternativement la possibilité au mineur de donner son avis sur l'adoption projetée ou encore celle de consentir personnellement à son adoption, sous réserve que son consentement soit requis<sup>837</sup>. Certes, cette disposition n'est pas

---

<sup>836</sup> LAMMERANT (I.), in " L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé ", op. cit. p. 109.

<sup>837</sup> A ce titre, le droit de l'enfant à consentir à son adoption n'est pas une règle de droit matériel. Aucune disposition de la Convention n'oblige l'autorité compétente à recevoir le consentement du mineur. En revanche, si la loi du pays d'origine de l'enfant l'impose, l'autorité compétente doit le recueillir.

une innovation en la matière puisque la Convention des Nations unies de 1989 avait déjà consacré, en son article 12, le droit à la parole de l'enfant, mais elle a tout de même le mérite de rappeler que le mineur est en droit de participer à la procédure d'adoption<sup>838</sup> le concernant. Il est tout à fait louable d'associer l'enfant à une décision dont les effets se répercuteront sur sa vie entière.

**734 - Modalités de participation de l'enfant.** A supposer que le consentement de l'enfant soit nécessaire, il doit être recueilli dans les conditions légales prévues par sa législation nationale<sup>839</sup>. La forme écrite est privilégiée par la Convention car elle est considérée comme plus fiable. A ce titre, elle en fait une obligation. Mais, tous les enfants ne bénéficient pas de cette mesure. Seuls les mineurs dont le discernement est jugé suffisant pourront participer à la réalisation de leur adoption<sup>840</sup>. Aucun âge minimum, à partir duquel la participation du futur adopté à la procédure est possible, n'est retenu afin de respecter le droit interne des Etats d'origine.

**735 - Le consentement de l'enfant.** Afin de donner un consentement libre et éclairé, l'adopté potentiel doit être conseillé et informé sur les conséquences de l'adoption projetée<sup>841</sup>. En effet, il doit connaître les tenants et les aboutissants d'une telle procédure. Ainsi les autorités compétentes doivent se placer à la portée de l'enfant afin qu'il puisse saisir la teneur de l'information donnée. Dans le même temps, l'adopté potentiel doit être informé sur les avantages que l'adoption peut lui procurer. Un juste équilibre doit être recherché afin de ne pas l'influencer dans un sens ou dans un autre. Bien que la Convention n'en dise rien, il semble que l'enfant ne soit consulté qu'en vue d'une adoption précise et non sur le principe de l'institution<sup>842</sup>.

Par ailleurs, la non implication ou une implication très limitée de l'enfant à son projet d'adoption peut compromettre son intérêt supérieur, fondement premier de l'adoption.

---

<sup>838</sup> NEIRINCK (C.), L'enfant et la procédure civile: Petites affiches 3 mai 1995, p. 76. - V. également, la nouvelle Convention européenne relative à l'exercice des droits de l'enfant de 1996 qui organise, notamment, l'intervention du mineur. (art. 1-2). A ce propos, v. PETTITI (L.), Le projet de Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant : Petites affiches 3 mai 1995, p. 31. - A. ISOLA, La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant in L'enfant et les Conventions internationales, op. cit., p. 83.

<sup>839</sup> art. 4 d) 3°. Comp. C. civ., art. 348-3.

<sup>840</sup> art. 4 d), Convention de La Haye de 1993.

<sup>841</sup> Conv. préc., art. 4 d) 1°.

<sup>842</sup> En ce sens, rapp. sur l'avant-projet PARRA-ARANGUREN: Document préliminaire n° 7, sept. 1992, n° 93, 118.

**736 - La pratique : une participation limitée de l'enfant à sa propre adoption.** La nécessité de prendre en compte l'avis de l'enfant est importante dans toute procédure le concernant et la procédure d'adoption internationale n'y fait pas exception. Celle-ci doit néanmoins être conciliée " avec la nécessité d'une protection du mineur qui ne saurait être privé de son enfance et être contraint à prendre lui-même des décisions ou à opérer des choix trop lourds pour lui "<sup>843</sup>. Cette nécessité de protection du mineur a souvent servi de prétexte pour l'écarter ou du moins pour minimiser son rôle dans les procédures le concernant. Pourtant, il serait souhaitable de parvenir à mieux faire entendre l'avis du mineur, notamment au moment de déterminer son adoptabilité. Cette mesure présente plus d'intérêt lorsque l'adoption projetée est de type " adoption filiation du Mali " ou " adoption plénière du Sénégal ". Car, l'adoption-protection malienne n'entre pas dans le champ d'application de la Convention. Toutefois, cela n'empêche pas qu'elle face l'objet d'une décision ayant une portée internationale. Par ailleurs, la proposition est inopportune pour l'adoption limitée sénégalaise. S'agissant donc de ces deux dernières formes d'adoption (adoption-protection et adoption limitée), les législateurs maliens et sénégalais offrent la possibilité aux enfants d'un certain âge de pouvoir décider personnellement de leur adoptabilité<sup>844</sup>. Mais, il n'en demeure pas moins que le problème reste entier dans les deux types d'adoption toutes les fois que l'adopté n'a pas atteint l'âge minimum légal pour consentir à son propre adoption. Pour remédier à cette carence, les législateurs malien et sénégalais pourraient s'inspirer de l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 dont le premier alinéa prévoit que " les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ". Cette disposition pourraient servir dès lors de fondement à la rédaction de dispositions spécifiques à l'adoption, lesquelles concerneraient à la fois l'audition de l'adopté et son consentement.

**737 - L'audition de l'adopté** - L'audition de l'adopté pourrait être fondée sur l'alinéa premier de l'article 12 de la convention précitée. L'adopté âgé de moins de 13 ans au Mali et de moins de 15 ans au Sénégal pourrait ainsi être entendu en application de cette disposition, l'adoption

---

<sup>843</sup> Rénover le droit de la famille-propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, ss. dir. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, novembre 1999, p. 100 et s.

<sup>844</sup> Au Sénégal, l'article 231 du Code de la famille dispose que "L' enfant âgé de plus de 15 ans doit consentir personnellement à son adoption". Au Mali, l'article 527 du Code des personnes et de la famille prévoit que "si l'adopté est âgé de plus de 13 ans, il doit consentir personnellement à son adoption".

étant une procédure qui le concerne directement. Toutefois, cette audition ne serait possible qu'à la seule condition que l'enfant soit capable de discernement, c'est à dire qu'il soit en mesure de " distinguer le bien du mal " <sup>845</sup>, " " d'exprimer librement ses sentiments " <sup>846</sup> et qu'il ait la " la faculté de juger sainement " <sup>847</sup>. Ce droit de l'enfant d'être entendu nous paraît fondamental, l'enfant étant sur le point d'être donné à une nouvelle famille. Avec une telle réforme, l'enfant n'aurait pas l'obligation de parler et pourrait préférer se taire, mais, en revanche, il ne serait plus possible de le considérer comme un être muet et passif, un objet de l'adoption, mais comme un vrai acteur de son adoption, un artisan de son propre adoption. Comme l'a dit un auteur, à juste raison, l'enfant pourrait parler si tel est son désir <sup>848</sup>. Ce droit à l'audition suppose par ailleurs que l'enfant reçoive au préalable toute information pertinente tant sur l'adoption projetée sous sa forme " modeste " ou " jalouse " que sur les conséquences éventuelles de son opinion. Outre le droit à l'audition, la participation de l'enfant à son propre adoption n'est entière que si l'enfant a la possibilité de donner son consentement. L'audition et le consentement constituent deux formes distinctes et complémentaires de la participation de l'enfant à la procédure. Le consentement résulte simplement d'une réponse du mineur, tandis que l'audition implique un dialogue.

Même si le consentement de l'enfant est dans certains cas requis, il n'est cependant pas une condition suffisante à la validité de son adoption. En effet, dans la mesure où l'institution a pour finalité de former un lien de filiation avec les adoptants, il convient de s'assurer que les parents biologiques ou les représentants légaux ont bien donné leur consentement et souhaitent réellement se séparer de leur progéniture.

## **2. Les conditions relatives aux représentants de l'adopté potentiel**

**738 - Le respect du consentement des parents par le sang.** Dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993, ce sont les autorités centrales du pays d'origine <sup>849</sup> de l'adopté potentiel

---

<sup>845</sup> CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, V° Discernement. p. 350.

<sup>846</sup> GOUTTENOIRE (A.) "Statut de l'enfant. Audition de l'enfant : discernement et influence parentale, comm. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 2014, n° 13-13.530, inédit ", La Semaine Juridique éd. G. n° 38, 15 Septembre 2014, doct. 953

<sup>847</sup> Le petit Larousse 2013 .

<sup>848</sup> MOREAU (Th.) L'autonomie du mineur en justice, in " L'autonomie du mineur", ss. dir. DADOUL (P.), SAMBON (J.), VAN KEIRSBLICK (B.) FUSL, 1998, p. 161 et s., spéc. p. 204.

<sup>849</sup> La compétence donnée à la loi de l'adopté pour déterminer les conditions de son consentement ou de sa représentation est acquise depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 8 décembre 1977. Dès lors, elle est devenue la solution de principe. - V. CA Paris, 8 déc. 1977: D. 1978, jur. p. 235, note POISSON-

qui doivent déterminer les personnes habilitées à consentir à son adoption (a). Dans le même temps, elles doivent s'assurer de la régularité du consentement au regard des formes requises (b).

#### **a- Les personnes habilitées à consentir**

**739 - Identification de ces personnes.** En principe, ce sont les père et mère biologiques de l'enfant qui ont le pouvoir de consentir à l'adoption de leur enfant. A défaut des parents par le sang, seules certaines personnes, désignées par la loi de l'Etat d'origine de l'adopté potentiel, sont habilitées à donner leur consentement à l'adoption internationale. En d'autres termes, il peut s'agir du représentant légal, du Conseil de famille ou encore de l'institution qui a en charge l'enfant dans le pays d'origine<sup>850</sup>.

**740 - Au Mali.** Les parents par le sang de l'enfant ne peuvent consentir à l'adoption plénière de leur enfant. Par conséquent, seules la personne ou l'institution publique ou privée d'accueil de l'enfant de filiation inconnue, désignées comme titulaires de l'autorité parentale, peuvent consentir à l'adoption filiation de cet enfant<sup>851</sup>

**741 - Au Sénégal.** Sont adoptables au Sénégal, les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption<sup>852</sup>. Le consentement familial est alors non seulement un élément constitutif de l'acte juridique d'adoption, mais encore et surtout,

---

DROCOURT (E.); Rev. crit. DIP 1978, p. 684, note FOYER (J.). - Egalement, TGI Paris, 23 avr. 1979; Rev. crit. DIP 1979, p. 809, note POISSON-DROCOURT (E.). - Cass. 1ère civ., 7 nov. 1984, préc. - Cass. 1ère civ., 31 janv. 1990, préc.

<sup>850</sup> art. 4 c) 1°.

<sup>851</sup> Cf. article 538 du Code malien des personnes et de la famille "Tout enfant recueilli par une institution publique ou privée, ou par un individu, dont les parents, tuteurs ou toute autre personne chargée de sa garde se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an, peut être déclaré abandonné par le Tribunal civil. Le Tribunal délègue par la même décision l'exercice de l'autorité parentale soit, à la personne, soit à l'Institution publique ou privée d'accueil"

<sup>852</sup> V. par exemple les articles 229, alinéa 1<sup>er</sup> et 245 combinés. Le premier article dispose que : " Peuvent être adoptés: - Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ". Le second article intitulé Conditions et procédure, dispose que : " Les articles 224 à 228, 229 alinéa 1, 230 à 233, 233 à 238 et 240 sont applicables à l'adoption limitée. Toutefois lorsque le futur adoptant désire que l'adoption limitée n'ouvre aucune vocation successorale entre lui et l'adopté et ses descendants, il doit en informer les personnes dont le consentement est requis. Le consentement exprimé doit préciser qu'il est donné après acceptation de cette condition. La même mention doit être portée dans la requête aux fins d'adoption et dans le jugement qui y fait droit ".



d'une manifestation d'abandon de l'enfant<sup>853</sup>, donc de disponibilité à l'adoption. Ce consentement est exigé ad validitatem et ad probationem.

**742 - Critique du consentement donné par certains représentants légaux de l'enfant.** S'il ne fait aucun doute que, lorsque le consentement familial est demandé au conseil de famille parce que les parents de l'enfant sont décédés ou sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou sont déchus de la puissance paternelle, l'enfant appartient à une famille dont certains membres sont appelés à siéger au conseil de famille qui, émanation de la famille, mérite alors pleinement son nom et le rôle qui lui est confié, on ne peut plus en dire autant, lorsque le consentement à l'adoption est sollicité du conseil de famille parce que la filiation de l'enfant n'est pas établie. Il s'agit alors d'un enfant qui n'a pas de famille, ayant généralement été abandonné à la naissance dans la nature. Ces enfants abandonnés et généralement recueillis à la pouponnière des Sœurs Franciscaines de Dakar n'ont pas de famille, dès lors, on ne voit pas quel conseil de famille digne de ce nom pourrait être réuni pour valablement consentir à leur adoption.

En bonne logique, seuls les mineurs rattachés à une famille, à des parents, peuvent faire reposer leur aptitude à l'adoption sur le consentement de la famille ou du conseil de famille ; lorsque l'enfant n'a pas de rattachement parental, il n'a pas de famille. Pour un tel enfant faire reposer l'adoption sur le consentement du " conseil de famille ", révèle l'artifice juridique. En effet, l'expression " conseil de famille " paraît incongrue concernant un enfant qui, par hypothèse est dépourvu de rattachements familiaux.

**743 - Un mode discutable de désignation du conseil de famille.** Il est sans doute vrai, que le législateur sénégalais paraît se contenter de peu de chose pour la composition du conseil de famille, puisqu'il admet dans l'article 311, alinéa 3 du Code des personnes et de la famille, que le juge choisit les membres dudit conseil parmi les parents ou alliés du père ou de la mère de l'enfant, mais aussi, il peut appeler toute personne s'intéressant à l'enfant. C'est sur le fondement de ce texte, qu'à la justice de paix de Dakar, pour consentir à l'adoption d'un enfant dont la filiation n'est pas établie, le juge, qui ne peut faire autrement, se contente de réunir un conseil de famille formé des seuls assistants sociaux et de quelques greffiers. Il faut reconnaître qu'une telle assemblée ne mérite pas le nom de famille et la disposition de l'article 230, alinéa 2 in fine, qui prévoit de requérir le consentement du conseil de famille pour les

---

<sup>853</sup> Les parents ont la faculté de se rétracter pendant un certain délai avant l'expiration duquel l'enfant ne peut plus être placé aux fins d'adoption ( 3 mois pour le Sénégal, article 232 alinéa 2 )

enfants qui n'ont pas de filiation établie, est illogique, irréaliste et mériterait d'être abandonné<sup>854</sup>.

**744 - Conséquences.** On le sait, le consentement familial emporte de lourdes conséquences telles que : l'anéantissement des liens parentaux d'origine de l'enfant, la constitution de nouvelles relations familiales ; dès lors, est-il normal de demander un tel consentement à des personnes étrangères à l'enfant ? N'est-il pas préférable, de soumettre dans ce cas l'adoption de l'enfant à la déclaration judiciaire de délaissement ? Cette dernière nous paraît une solution satisfaisante. Elle est plus logique et elle permet d'alléger la procédure de l'adoption. Les inconvénients de la solution actuelle sont d'autant plus graves que la plupart des enfants adoptés sont de cette catégorie c'est-à-dire celle pour laquelle la procédure du consentement familial est appliquée.

**745 - La solution ivoirienne.** C'est sans doute pour éviter de recourir à ce type de conseil de famille artificiel, que le législateur ivoirien a, quant à lui, adopté une règle semblable à la solution que nous proposons. En effet, il résulte de l'article 7 de la loi n° 64-378 du 7 octobre 1964 relative à l'adoption que : " Si la personne à adopter a encore ses père et mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des père et mère est décédé, inconnu ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. Si les père et mère sont tous deux décédés, inconnus ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le tribunal se prononce après enquête, le tuteur de l'enfant et le ministère public entendus ". L'alinéa 3 de ce texte est donc précis : l'aptitude à l'adoption de l'enfant, qui n'a pas de famille ou dont la famille ne peut manifester sa volonté, relève de l'autorité du tribunal. Cette solution est plus logique, elle offre des garanties certaines quant à la réalité de l'abandon de l'enfant et elle est d'une grande simplicité, car, ou bien l'enfant à adopter a de la famille capable d'exprimer une volonté alors celle-ci consent à son adoption, ou bien il n'a pas de famille capable de manifester une volonté alors, c'est au tribunal que revient le pouvoir de déclarer l'enfant adoptable. Il n'est nul besoin de solliciter la volonté d'un conseil de famille artificiel.

**746 - La solution malienne.** La défiance à l'égard du conseil de famille, lorsque l'enfant n'a pas de famille est également exprimée dans l'article 538 du code malien des personnes et de la

---

<sup>854</sup> Cette règle a été reprise du droit français (article 348-2 alinéa 2ème in fine) dans lequel elle peut se justifier en raison de l'existence d'un conseil de famille pour les pupilles de l'Etat parmi lesquels peuvent se trouver des enfants n'ayant pas de filiation établie. D'ailleurs n'a-t-on pas déjà signalé la décadence du conseil de famille signe de la désintégration de la famille cf. CARBONNIER, "Famille, législation et quelques autres in Mélanges SAVATIER. Voy. aussi DURRY (G.) et GOBERT (M.), réflexions sur la réforme de la tutelle et de l'administration légale, RTD. Civ. 1966 page 5 et spécialement page 7.

famille qui, ne va pas toutefois jusqu'à consacrer la solution ivoirienne d'une intervention judiciaire. En effet aux termes de cet article, " Tout enfant recueilli par une institution publique ou privée, ou par un individu, dont les parents, tuteurs ou toute autre personne chargée de sa garde se sont manifestement désintéressés depuis *plus d'un an, peut être* déclaré abandonné par le Tribunal civil. Le Tribunal *délègue par la même décision l'exercice de l'autorité parentale soit, à la personne, soit à l'Institution publique ou privée d'accueil* ". A la lumière de ce texte, il apparaît que l'enfant dont les parents sont inconnus soit parce qu'il n'a pas de filiation établie soit pour une autre raison, ne demande pas l'habilitation à une famille qui n'existe pas mais de façon plus réaliste à la personne ou à l'institution à la garde de qui il est confié. A notre avis, il y a défiance à l'égard du conseil de famille puisque de façon curieuse, le gardien de l'enfant semble être privilégié par rapport à un conseil de famille artificiel. Mais la solution malienne n'encourt-elle pas un reproche ? Est-il raisonnable de demander le consentement parental de l'enfant à son gardien (personne ou institution) ? Si ce gardien est étranger à l'enfant, à quel titre peut-il être autorisé à consentir à l'adoption de celui avec qui il n'est pas apparenté, d'ailleurs, n'est-il pas généralement celui-là même qui sollicite l'adoption, dès lors, comment peut-on lui demander de consentir à l'adoption de celui qu'il veut adopter ? Le recours à l'autorité judiciaire comme le prévoit le législateur ivoirien aurait permis aux auteurs du code malien d'éviter le reproche qui vient ainsi d'être adressé à leur œuvre.

**747 - Remarques.** Il convient de faire remarquer, avant de terminer sur cette question, qu'en aménageant le rôle du conseil de famille dans l'article 230, alinéa 2 in fine<sup>855</sup>; le législateur sénégalais veut sans doute manifester son attachement à la prééminence de la famille dans les domaines touchant l'enfant et notamment dans celui de l'adoption. Malheureusement, en permettant l'intervention d'un conseil de famille artificiel par sa composition, le législateur dessert sa propre cause. Il reste, qu'en l'état actuel des textes et avant toute suppression éventuelle de l'article 230, alinéa 2 in fine, le juge sénégalais peut parfaitement user de l'article 294 du Code sénégalais de la famille dont la formulation très large permet de l'appliquer non seulement aux enfants qui ont des parents mais aussi à ceux qui n'en ont pas.

---

<sup>855</sup>Le législateur sénégalais n'est pas seul à consacrer Cette règle puisque l'article 459 du code civil gabonais dispose: "lorsque les père, et mère de l'enfant sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou s'ils ont perdu leurs droits de puissance paternelle, le consentement est donné par le Conseil de famille après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant. Il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie".

**748 - Une illustration jurisprudentielle en France.** D'ailleurs, commentant un arrêt de la Cour de cassation française<sup>856</sup> relatif à la question du consentement donné par un conseil de famille ad hoc en matière de kafala obtenue à l'étranger, M. FARGE a souligné, à juste titre, l'ambivalence du procédé qui consiste à réunir un conseil de famille ad hoc pour consentir à l'adoption en vertu de l'article 348-2 du Code civil. Selon le commentateur, le procédé peut être approuvé dans l'hypothèse où " en présence d'un enfant sans famille d'origine, la décision du conseil de famille doit pouvoir produire effet, car il est souhaitable que les organes assurant sa protection actuelle puissent consentir à son adoption "<sup>857</sup>. Mais le procédé peut également choqué, selon l'auteur, dans l'hypothèse où la famille d'origine de l'enfant existe. Il " conduit, en quelque sorte, à une adoption consentie à soi-même. Dans cette perspective, la Cour de cassation a condamné le recours à un conseil de famille ad hoc lorsqu'il a été utilisé pour se substituer au consentement de la famille d'origine "<sup>858</sup>. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation constate qu'aucune des circonstances exigées par l'article 348-2 du Code civil n'était réunie dès lors que l'enfant avait une filiation établie à l'égard de sa mère, que celle-ci n'avait pas consentie à son adoption, que le jugement attribuant la kafala, aux époux désirant désormais l'adopter, avait seulement déclaré l'enfant « délaissé » faute pour sa mère de pouvoir subvenir à ses besoins et non en raison d'un désintérêt volontaire de celle-ci à l'égard de l'enfant. Et, la Cour de conclure que « la mère n'ayant pas perdu ses droits d'autorité parentale, le conseil de famille ne pouvait, faute de constatation de l'impossibilité pour celle-ci de manifester sa volonté, valablement consentir à l'adoption de l'enfant ». Ainsi, les futurs adoptants qui auraient obtenu une décision leur conférant autorité sur l'enfant dans son pays d'origine, ne pourraient pas bénéficier en France, d'une mesure de tutelle en vue de recueillir un consentement à l'adoption en vertu de l'article 348-2 du Code civil. Malgré tout, ils pourraient être considérés comme les tuteurs ou représentants légaux du mineur, conformément au principe de reconnaissance de plein droit des jugements étrangers. Mais, cette qualité ne leur donne pas le droit de solliciter l'ouverture d'une tutelle.

La finalité de cette mesure est d'éviter qu'il ne soit consenti trop facilement à l'adoption du mineur et surtout que la volonté des parents biologiques soit réellement respectée.

---

<sup>856</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.161; [Juris-Data n° 2013-027970](#), note M. FARGE.

<sup>857</sup> FARGE (M.), *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2014, comm. 19 " La réunion d'un conseil de famille ad hoc ne permet pas toujours de métamorphoser une kafala en adoption "

<sup>858</sup> FARGE (M.), *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2014, comm. 19, préc.

**749 - Proposition de réécriture de l'article 538 de la loi malienne et de l'article 230 de la loi sénégalaise. Article nouveau relatif au consentement de la famille d'origine.** " Si la personne à adopter a encore ses père et mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des père et mère est décédé, inconnu ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. Si les père et mère sont tous deux décédés, inconnus ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le tribunal se prononce après enquête, le tuteur de l'enfant et le ministère public entendus. L'adoption de l'enfant est soumise dans ce cas à la déclaration judiciaire de délaissement " .

Par ailleurs, la gravité de l'acte d'adoption nécessite toutes les précautions nécessaires quant à son obtention. C'est la raison pour laquelle le consentement doit revêtir certaines formes particulières.

#### **b- Les formes requises du consentement**

**750 - Un consentement non vicié.** Le recueil du consentement est un point essentiel de la procédure dans la mesure où il peut être source d'abus. Afin d'éviter que le consentement soit vicié, la Convention prescrit qu'il soit "donné librement dans les formes légales requises, et (qu'il soit) donné ou constaté par écrit "<sup>859</sup>. En d'autres termes, le consentement donné par les parents par le sang ou par les représentants légaux doit être à la fois libre et éclairé.

**751 - La Liberté de consentement.** S'agissant de l'existence d'un consentement libre, la Convention de La Haye prévoit qu'il ne peut être donné qu'après la naissance de l'enfant<sup>860</sup>. L'objectif d'une telle disposition est de protéger la liberté de consentement de la mère biologique, lorsqu'il est requis. De ce fait, l'adoption anté-natale n'est pas autorisée<sup>861</sup>. Elle pourrait, en effet, inciter des femmes dans le besoin à procréer moyennant finance. Or, une compensation, de quelque ordre que ce soit, aurait pour conséquence de vicier le consentement donné. Cette mesure vise donc à prévenir les abus et trafics illicites d'enfants que suscitent les adoptions internationales en exigeant que les Etats d'origine s'assurent de l'intégrité du consentement recueilli. Dans un même esprit de liberté, l'obtention de l'accord

---

<sup>859</sup> art. 4 c) 2°.

<sup>860</sup> Conv. préc., art. 4 c. Le délai dans lequel le consentement de la mère peut être révoqué relève de la loi locale. Par ailleurs, cette mesure permet que la mère donne son accord qu'une fois son état physique et psychologique rétabli.

<sup>861</sup> MARMIER-CHAMPENOIS (M.-P.), Les données sociologiques générales in L'adoption d'enfants étrangers, op.cit. p. 7.

est une condition nécessaire à tout contact entre les adoptants potentiels et les parents de l'enfant ou toute autre personne le représentant<sup>862</sup>.

**752 - La preuve du consentement.** Quant à la preuve du consentement, il peut, selon la tradition locale du pays d'origine, être recueilli par écrit ou par oral. Mais compte tenu de l'importance d'une telle décision, une forme écrite de l'accord doit être obtenue. A titre illustratif, en France, il faut souligner qu'à défaut d'un tel document, établissant qu'un consentement a été donné au prononcé de l'adoption, les requérants sont invités par le Parquet, à entreprendre les démarches nécessaires à son obtention<sup>863</sup>. Toutefois, une certaine prudence sera de mise à l'égard des pays où les intermédiaires non agréés auront à intervenir dans le recueil des consentements des parents biologiques ou de leurs représentants. Effectivement, certains de ces intermédiaires sont corrompus et ils n'hésitent pas à utiliser des moyens frauduleux pour soustraire aux parents le consentement à l'adoption. Dès lors, les autorités devront vérifier que les accords n'ont pas été viciés par l'erreur, le dol ou encore la violence, à défaut de quoi la protection de l'enfant et de la famille d'origine ne serait plus assurée<sup>864</sup>. Par

---

<sup>862</sup> art. 29. Conv. de La Haye de 1993. A noter que le consentement est donné en blanc, c'est-à-dire que les parents biologiques ne savent pas quelle sera la personne à qui l'on confiera leur enfant. L'absence de relation, antérieure au consentement, entre les adoptants potentiels et la famille biologique permet d'éviter tout marchandage sur l'enfant.

<sup>863</sup> V. Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale, parag. 1.2.2.3. JORF n°78 du 2 avril 1999 page 4930. Cette circulaire prévoit que " Compte tenu de l'importance du document étranger établissant qu'un consentement a été donné au prononcé d'une adoption, et lorsque la teneur du consentement ne ressort pas du jugement étranger lui-même, les parquets doivent veiller à ce que cette pièce soit versée au dossier par les requérants. Lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de la produire, ils doivent être invités à entreprendre les démarches nécessaires à son obtention. Le contenu du document ainsi obtenu devra en outre permettre de déterminer s'il a été consenti à une adoption assimilable à l'adoption simple ou à l'adoption plénière du droit français. Dans un grand nombre de cas, les enfants dont l'adoption est sollicitée en France ont déjà fait l'objet d'une adoption dans leur pays d'origine. Il y a lieu, dès lors, d'examiner les conséquences qui peuvent résulter aussi bien des décisions rendues en France que des décisions étrangères ".

<sup>864</sup> A noter que la France a émis, à la date du 6 janvier 2014, trois Déclarations, notamment sur les articles 22, 25, et 45 en ces termes :

-Conformément à l'article 22-4, la France déclare que les adoptions d'enfants dont la résidence habituelle est située en France ne peuvent avoir lieu que si les fonctions conférées aux Autorités centrales sont exercées par des autorités publiques ou des organismes agréés conformément au chapitre 3 de la Convention.

-Conformément à l'article 23, la France déclare que la Mission de l'adoption internationale est l'autorité compétente pour délivrer les certificats visés à l'article 23-1 de la Convention quand l'adoption a lieu en France ou lorsqu'une décision d'adoption étrangère a fait l'objet, en France, d'une conversion en vertu de l'article 27 -2.

-Conformément à l'article 25, la France déclare qu'elle ne sera pas tenue de reconnaître en vertu de la Convention les adoptions faites conformément à un accord conclu en application de l'article 39, paragraphe 2. Conformément à l'article 45, la France déclare que la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République française à l'exception des territoires d'outre-mer ". (V. le site officiel de la Conférence de La Haye de droit international privé - hcch, consulté le 22 mars 2015).

ailleurs, le contenu du document relatif aux consentements à l'adoption de l'enfant est primordial en ce sens qu'il permettra d'établir dans quelles conditions il a été obtenu, donnant ainsi des éclaircissements sur sa portée.

**753 - L'exigence d'un consentement éclairé.** A cet égard, l'autorité centrale de l'Etat d'origine de l'enfant doit s'assurer<sup>865</sup> que les consentements visés à l'article 4 ont été obtenus afin de poursuivre le processus adoptif. Plus précisément, les personnes dont le consentement est requis doivent être informées des conséquences de leur décision, notamment sur l'éventualité d'une rupture des liens entre l'enfant et sa famille biologique. En effet, de nombreux adoptants étrangers souhaitent réaliser une adoption avec rupture totale de liens de filiation avec la famille d'origine de l'enfant. La fascination pour l'adoption plénière s'explique par le fait qu'elle entraîne une rupture irrévocable des liens entre l'adopté et sa famille d'origine ainsi qu'une intégration totale de l'enfant dans sa famille adoptive. Or, à la différence du Sénégal, le Mali a fermé les portes de cette forme d'adoption aux candidats étrangers. En conséquence, par crainte, qu'à un consentement donné à une adoption sans rupture de liens par les parents biologiques, ne vienne se substituer un consentement avec rupture irrévocable des liens<sup>866</sup>, la Convention de La Haye exige que le consentement soit donné au regard des deux formes d'adoption, selon qu'elle a ou non pour effet de rompre le lien de filiation préexistant.

Dans la pratique, l'acte de consentement à l'adoption au Sénégal est établi par acte notarial. Au Mali, il est établi par acte sous seing privé par la personne ou l'institution publique ou privée gardienne de l'enfant.

## **B. Les conditions de fond sous contrôle des autorités de l'Etat d'accueil**

**754 - Obligations de l'Etat d'accueil.** Le pays d'accueil s'engage envers l'adopté étranger à ce qu'il accède, à travers l'adoption, à un bien-être et à un épanouissement affectif au sein de sa famille de substitution. A ce titre, c'est au pays d'accueil qu'incombe la tâche de déterminer les conditions que doivent satisfaire les adoptants potentiels (1). Les autorités centrales doivent également s'assurer que les futurs adoptants ont reçu toutes les informations et les conseils nécessaires à la démarche entreprise (2).

---

<sup>865</sup> Conv. préc., art. 16-1, c.

<sup>866</sup> La jurisprudence française a longtemps œuvré en faveur de la reconnaissance d'une adoption plénière d'un enfant dont la loi d'origine ne connaît pas les effets.

## **1. Les conditions tenant à la personne des adoptants**

**755 - Qualification et aptitude des adoptants.** Dès qu'elles sont saisies par les parents en recherche d'un enfant étranger, les autorités centrales du pays d'accueil doivent procéder à une enquête. La finalité de cette mesure est de vérifier d'une part, si les adoptants sont qualifiés, selon leur loi interne, à postuler à l'adoption internationale (a), d'autre part, s'ils sont aptes à adopter un enfant en provenance de l'étranger (b).

### **a- Les conditions de qualification**

**756 - Détermination des conditions.** L'Etat d'accueil doit vérifier que les adoptants sont qualifiés, c'est-à-dire remplissent les conditions juridiques de l'adoption selon la loi désignée par leur règle de droit international privé. La Convention ne donne aucune précision quant au contenu de la qualification. En fait, l'article 5 concerné n'établit qu'une norme minimale que l'Etat d'accueil peut librement aménager. Il peut ainsi imposer le respect de conditions supplémentaires.

**757 - L'âge et la situation matrimoniale de l'adoptant.** En principe, les conditions de qualification requises des adoptants potentiels concernent l'âge et la situation matrimoniale. En effet, l'âge est un facteur important dans le bon déroulement de l'adoption. Les futurs parents doivent avoir une certaine maturité pour faire face aux problèmes soulevés par l'adoption internationale. La différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté est aussi un élément essentiel dans le succès de l'adoption. Elle doit, en principe être raisonnable pour assurer une certaine similitude avec la famille par le sang.

S'agissant de la situation matrimoniale<sup>867</sup>, les couples mariés seront toujours prioritaires, face aux personnes célibataires, car ils sont plus à même d'apporter la sécurité dont a besoin l'enfant et qu'en période de forte demande, il faut bien opérer une sélection parmi les nombreuses candidatures déposées. Ainsi, certains organismes agréés pour l'adoption en France ne retiennent que celles des couples mariés, alors que la loi actuelle est plus souple. Néanmoins, les personnes seules sont aussi retenues, conformément à la législation en vigueur dans ce pays. La présence d'enfants légitimes au foyer n'est pas, en principe, un facteur de

---

<sup>867</sup> Le texte ne se réfère qu'aux parents adoptifs sans donner de précision sur leur statut matrimonial. Deux interprétations sont alors possibles. En faveur d'une acception large du texte qui viserait les couples mariés et les concubins, voire même les homosexuels, v. GRATELOUP (S.), op. cit., p. 149. - En faveur d'une acception stricte, v. notamment, MEYER-FABRE (N.), chron. préc., p. 265.



sélection, sous réserve que l'adoption d'un enfant étranger ne perturbe et ne compromette, d'aucune façon, l'harmonie de la vie familiale préexistante.

**758 - Proposition de réforme.** Même si les conditions de qualification sont remplies par les adoptants potentiels au regard de leur règle de conflit de lois, il se peut qu'elles ne correspondent pas aux conditions légales imposées par le pays d'origine de l'enfant. A cet égard, il serait souhaitable que les candidats à l'adoption internationale vérifient, lors du choix du pays dans lequel ils souhaitent entreprendre les démarches, qu'ils répondent aux exigences relatives aux adoptants imposées par la législation locale. Certains pourraient objecter que cette solution contredit le système de la Convention de La Haye de 1993, notamment son article 5 a). Toutefois, notre proposition présente l'avantage d'inciter les candidats à l'adoption à plus de prudence avant de se lancer dans une aventure. A titre illustratif, au Mali, pays ayant ratifié la Convention de La Haye, l'autorité centrale procède à une nouvelle vérification de l'aptitude des candidats à l'adoption internationale bien que ce contrôle ait été déjà effectué par les autorités du pays d'accueil.

**759 - Les exigences relatives aux adoptants imposées par les législations malienne et sénégalaise.** Au Sénégal, l'adoption plénière et l'adoption limitée partagent des conditions communes. Conformément à l'article 224 du Code sénégalais de la Famille, l'adoption peut être demandée dans différents cas : conjointement, après 5 ans de mariage, par deux époux non séparés de corps dont l'un au moins est âgé de 30 ans ; par un époux en ce qui concerne les enfants de son conjoint ; par toute personne non mariée âgée de plus de 35 ans<sup>868</sup>. Par ailleurs, sauf dispense du Président de la République, l'adoptant ne doit avoir au jour de la requête, ni enfant, ni descendants légitimes. Cependant, une exception est prévue à cet égard : en cas d'adoption conjointe par les deux époux ou d'adoption par un époux des enfants de son conjoint, il suffit qu'à la date, les époux n'aient pas eu d'enfant issu de leur union.

En outre, l'existence d'enfants adoptés ne fait pas obstacle à l'adoption, non plus que celle d'un ou plusieurs descendants nés postérieurement à l'accueil du foyer des époux de l'enfant ou des enfants à adopter<sup>869</sup>.

---

<sup>868</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement N° 1082 du 21 mai 2008, la requérante qui voulait adopter sa nièce a été déboutée de sa demande parce qu'elle est divorcée et est âgée de moins de 35 ans.

<sup>869</sup> Voir l'article 226 du Code sénégalais de la Famille

L'examen de la jurisprudence sénégalaise en matière d'adoption plénière semble conforme à la volonté du législateur à être plus attentif sur cette question. En témoignent les nombreux cas de rejets de demandes d'adoption enregistrés ces dernières années.<sup>870</sup>

Au Mali, l'adoption filiation ne pourra être demandée que : par un couple de nationalité malienne n'ayant ni enfant, ni descendant légitime, à condition que l'un d'eux ait au moins 30 ans ou par une personne de nationalité malienne célibataire, divorcée ou veuve qui n'a ni enfant ni descendant et qui est âgé d'au moins 30 ans.<sup>871</sup> Il résulte de ce texte qu'une personne seule ne peut adopter qu'autant qu'elle n'est pas mariée, elle doit être célibataire, divorcée ou veuve. Par ailleurs, l'adoptant ne doit avoir au jour de la requête ni enfant ni descendant légitime. En droit sénégalais, deux limites sont apportées à cette règle. La présence d'enfants ou de descendants n'exclut pas l'adoption en cas de dispense du Président de la République<sup>872</sup> et dans l'hypothèse de l'adoption conjointe ou de l'adoption par un conjoint des enfants de l'autre<sup>873</sup>.

En outre, nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. Toutefois en cas de décès de l'adoptant ou des deux adoptants une nouvelle adoption peut être prononcée<sup>874</sup>. Cette condition est salutaire car elle tend à mieux protéger l'enfant en tant que sujet de droit et non d'objet.

---

<sup>870</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement N°2376 du 17 décembre 2008 ( les requérants ont été déboutés de leur demande d'adoption plénière au motif qu'ils avaient un enfant et qu'il n'avaient pas justifiés avoir bénéficié de dispense du Président de la République (article 226 du C.F) ). Voir aussi, le jugement N°1567 DU 16 Juillet 2008 ( le requérant a été débouté de sa demande d'adoption plénière au motif qu'il n'a pas établi l'absence d'enfant biologique). Voir également le jugement N°360 du 19 février 2008 ( la requérante qui se trouvait être la grand-mère de l'enfant a été déboutée de sa demande d'adoption plénière pour non respect de l'article 226 du C.F).

<sup>871</sup> Voir art. 540 du Code des personnes et de la famille du Mali. Voir également l'article 522 qui dispose que « Toute personne de bonne vie et de bonne mœurs établies peut adopter un ou plusieurs enfants, soit pour assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin, soit pour se procurer une postérité.

Dans le premier cas, a lieu "l'adoption- protection" qui renforce ou crée entre l'adoptant et l'adopté des droits et obligations tels que prévus par le code des personnes et de la famille.

Dans le second cas, a lieu "l'adoption- filiation" qui institue des liens analogues à ceux résultant de la filiation légitime.

En aucun cas, un homosexuel n'est admis à adopter un enfant sous quelque régime que ce soit. »

<sup>872</sup> Article 226 alinéas 1 du Code sénégalais de la famille

<sup>873</sup> Article 226 alinéas 2 du Code sénégalais de la famille

<sup>874</sup> Cf., les articles 525 du Code malien de la famille et 227 du Code sénégalais de la famille.

La dernière condition requise par le législateur malien pour qu'une adoption filiation soit prononcée par le juge est que cette adoption présente des avantages pour l'enfant<sup>875</sup>. La même condition est posée par le législateur sénégalais<sup>876</sup>.

Contrairement à la législation malienne, la loi sénégalaise impose une différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté. C'est ainsi que l'adoptant doit avoir 15 ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Si ce dernier est l'enfant de son conjoint, la différence d'âge est réduite à 10 ans (article 225 du Code sénégalais de la famille).

A supposer que les candidats à l'adoption correspondent aux critères de qualification, il faut encore qu'ils soient jugés aptes à adopter un enfant étranger.

### **b- Les conditions d'aptitude**

**760 - Détermination des conditions d'aptitude.** La prise en charge de l'enfant d'autrui requiert, de façon générale, une certaine aptitude qui est plus exigeante lorsqu'il s'agit d'une adoption et de surcroît d'une adoption internationale. En effet, elle met en présence des parents et des enfants provenant d'origine et de culture différentes. C'est ainsi que les autorités compétentes du pays d'accueil de l'adopté potentiel doivent vérifier que les candidats à l'adoption internationale sont aptes à adopter, c'est-à-dire détiennent les qualités socio-psychologiques dont dépend la réussite de l'adoption. Outre une aptitude psychosociologique à l'adoption d'un enfant étranger, les futurs adoptants doivent pouvoir justifier d'une situation économique et financière stable dont l'adopté a besoin. Le souci majeur est d'éviter au mineur de retomber dans la précarité à laquelle on voulait initialement le soustraire. L'adopté doit, en effet, trouver dans l'adoption des conditions propices à son épanouissement affectif et matériel. Ainsi, la famille de substitution doit apporter la preuve d'un travail fixe ou de revenus suffisants pour assumer la charge de l'enfant. Néanmoins, il ne faudrait pas que cette condition exclue de l'adoption internationale certaines catégories socioprofessionnelles qui pourraient se révéler, par ailleurs, aptes à cette démarche. Pourtant, les études faites sur le sujet révèlent que l'adoption est bien souvent réservée à certaines catégories telles que les professions libérales, les personnes bénéficiant d'un statut de fonctionnaires, les industriels ou

---

<sup>875</sup> V. article 524 du Code malien des personnes et de la famille

<sup>876</sup> V., article 223 alinéas 2 Code sénégalais de la famille.

encore les commerçants<sup>877</sup>. En effet, l'adoption d'enfants étrangers est une adoption onéreuse en raison des frais de justice et de voyage<sup>878</sup>. Afin de réduire cet écart entre les catégories socioprofessionnelles, les Etats pourraient prévoir des mesures d'aide financière aux personnes qui en aurait besoin, tel un prêt<sup>879</sup> en vue de leur financer les déplacements à l'étranger, alors que ceux-ci occasionnent des frais importants. En conséquence, tout reposera sur l'appréciation que les autorités compétentes porteront à la situation.

Afin d'assurer le bon déroulement de l'adoption, les autorités du pays d'accueil doivent encadrer les candidats à l'adoption lors de leur démarche. A ce titre, elles sont tenues de leur transmettre les informations et les conseils nécessaires.

## **2. Les conditions tenant à la préparation des adoptants potentiels**

**761 - Les exigences de la Convention de La Haye de 1993.** Selon l'article 9 c) de la Convention, les autorités centrales du pays d'accueil doivent mettre en place des services de conseils et d'informations sur l'adoption internationale dans leur propre pays. Parallèlement, les parents adoptifs doivent être entourés de conseils afin de les préparer à l'après-adoption. Les auteurs de la Convention<sup>880</sup> ont pris conscience de l'importance de la préparation psychologique à donner aux adoptants potentiels compte tenu du fait de l'accroissement des échecs<sup>881</sup> liés à l'adoption internationale. L'enfant peut être porteur d'un passé très lourd, trop lourd, qui resurgira dans le temps<sup>882</sup>. Il se met alors, lui-même, en situation d'échec pour devenir non désirable et être rejeté en tant que tel. Le mineur renvoie alors "à l'angoisse de ne pouvoir se retrouver ou de trouver l'être aimé dans celui qui reste un étranger dans la maison et vient raviver la blessure narcissique de l'échec de la procréation"<sup>883</sup>. De même, il provoque

---

<sup>877</sup> V. RUDE-ANTOINE (E.), Adopter un enfant à l'étranger, op. cit., p. 32 et s. A noter que le niveau économique des familles adoptives "plénièrement" est supérieur à celles qui recourent à l'adoption simple.

<sup>878</sup> Le coût moyen d'une adoption d'un enfant étranger est de 6 000 euros.

<sup>879</sup> Ce système de prêt aux familles adoptantes aurait pu se révéler efficace dans la lutte contre les trafics d'enfants à l'étranger.

<sup>880</sup> L'article 5 b relatif aux conseils dont les futurs adoptants doivent être entourés, a été ajouté à la fin des négociations.

<sup>881</sup> Les raisons de cet échec ont été répertoriées par M. MATTEI qui l'explique, d'un point de vue de l'enfant, par son âge avancé qui l'empêche de s'intégrer dans sa famille.

<sup>882</sup> Par ailleurs, la découverte par l'enfant de la différence existante entre son visage et celui de ses parents peut susciter un "sentiment de honte et de confusion, susceptible d'être à l'origine de troubles psychologiques graves". V. en ce sens, BERGER (M.), L'enfant et la souffrance de la séparation: Dunod 1997. V. également, CAMDESSUS (B.), L'adoption, une aventure familiale: 2ème éd., ESF, 1997.

<sup>883</sup> SOULE (M.) et NOEL (J.), « 156. L'adoption », Nouveau traité de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, Paris, PUF, 2004, p. 2679-2699. En ligne : [www.cairn.info/nouveau-traite-de-psychiatrie-de-l-enfant-et-de-](http://www.cairn.info/nouveau-traite-de-psychiatrie-de-l-enfant-et-de-)

chez ses parents adoptifs un tourment, face à de telles réactions de violence ou de mutisme. Ils ne savent plus s'ils sont les parents de cet enfant qui les rejette. Une telle situation peut alors dégénérer au point de rompre l'équilibre familial. Ainsi, des parents peuvent se séparer de leur enfant adoptif. En conséquence, la préparation des candidats à l'adoption d'un enfant " issu le plus souvent d'un milieu social et culturel très différent du leur a été considérée à juste titre comme une condition fondamentale du succès du projet d'adoption "<sup>884</sup>.

**762 - Illustration.** A titre illustratif, les autorités françaises font jouer ce rôle de préparation aux associations de parents adoptifs. Elles peuvent donner certains conseils, notamment, celui d'acquérir des connaissances relatives au pays d'origine de l'enfant et même celui d'envisager un " voyage découverte ", permettant à l'enfant, qui en manifeste le désir, de découvrir ses racines. Toutefois, les adoptants doivent éviter de développer, à outrance, les particularismes culturels de leur enfant afin de ne pas compromettre son intégration et son épanouissement dans leur famille de substitution. En effet, chaque fois que les parents ont trop respecté l'origine de l'enfant<sup>885</sup>, ils l'ont fait au détriment de l'établissement des liens d'appartenance. Un juste milieu est donc à trouver par les adoptants. Muni d'un agrément, les adoptants potentiels peuvent, selon les cas, engager une procédure à l'étranger en s'adressant soit à l'autorité centrale désignée, soit à un organisme autorisé pour l'adoption.

## **Paragraphe 2. Les conditions de forme et les effets de l'adoption internationale**

**763** - Après avoir analysé les exigences procédurales requises (A), il conviendrait de se pencher sur les effets de l'adoption internationale, tels que prévus dans la Convention de La Haye de 1993 (B).

### **A- Les conditions procédurales requises**

**764 - Trois catégories de conditions.** Dans l'intérêt de l'enfant à ne pas faire l'objet d'un quelconque trafic lors de son adoption, les autorités de l'Etat d'accueil (1) et les autorités de l'Etat d'origine de l'adopté potentiel doivent respectivement veiller au respect de leurs conditions procédurales (2). Mais un contrôle cloisonné de l'adoption ne saurait garantir à lui seul le bon déroulement de la procédure, à savoir le prononcé de l'adoption dans l'Etat d'accueil et sa reconnaissance dans l'Etat d'origine. Dès lors, les autorités centrales vont mener conjointement certaines étapes essentielles de l'adoption (3).

---

<sup>884</sup> MEYER - FABRE (N.), La Convention de La Haye du 23 mai 1993, chron. préc., p. 273.

<sup>885</sup> CAMDESSUS (V.B.), L'adoption, une aventure familiale, op. cit., p. 125.

## **1. Les conditions procédurales relevant du pays d'accueil**

**765 - Trois séries de conditions.** Dans le pays d'accueil, la procédure de l'adoption internationale doit, tout d'abord, respecter les conditions relatives à l'établissement d'un rapport sur les adoptants potentiels (a), puis celles relatives à l'autorisation pour l'adopté potentiel d'entrer et séjourner en permanence dans l'Etat d'accueil (b) et, enfin les conditions relatives aux mesures à mettre en place en cas d'échec du placement (c).

### **a- Le rapport sur les adoptants potentiels**

**766 - Modalités.** Lorsque l'autorité centrale de l'Etat d'accueil, constate que les adoptants potentiels sont "qualifiés et aptes à adopter", ils établissent un rapport sur ces derniers. Par la suite, il sera transmis à l'autorité centrale de l'Etat d'origine de l'adopté potentiel.

**767 - L'établissement du rapport.** Conformément à l'article 14 de La Convention de La Haye de 1993, "les personnes résidant habituellement dans un Etat contractant, qui désirent adopter un enfant dont la résidence habituelle est située dans un autre Etat contractant, doivent s'adresser à l'autorité centrale de l'Etat de leur résidence". Ainsi, toute procédure entrant dans le cadre de la présente Convention oblige les candidats à l'adoption à s'adresser à l'autorité centrale qui établira alors un rapport détaillé sur eux. La saisine de l'autorité centrale de l'Etat de résidence<sup>886</sup> des parents, en demande d'un enfant, est nécessaire pour toute procédure administrative à l'étranger. En effet, il leur est, désormais, interdit de s'adresser directement aux autorités de l'Etat d'origine ou de se déplacer eux mêmes, sans intermédiaire, à la recherche d'un enfant à adopter dans les orphelinats du pays d'origine ou encore d'adresser leur demande initiale à un intermédiaire non agréé<sup>887</sup>. De façon générale, l'autorité centrale détient les clefs de l'accès à l'enfant. Cette condition garantit un contrôle effectif par les autorités centrales ou compétentes du respect de la Convention afin de maîtriser les abus et trafics que l'initiative privée des candidats à l'adoption peut engendrer. De même, elle contribue à l'instauration d'un climat de confiance entre l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine de l'enfant, propice à son bien-être. Cette volonté de coopération transparaît aussi dans la mise en forme du rapport concernant les adoptants potentiels. En effet, il constitue un élément essentiel dans le choix du mineur.

---

<sup>886</sup>Le critère de la résidence habituelle des adoptants a été retenu et non celui de la nationalité par souci de réalisme. En effet, les requérants peuvent être des expatriés, ce qui compliquerait la tâche reconnue aux autorités centrales à l'occasion de l'enquête psychosociale menée à leur sujet.

<sup>887</sup> Conv. 1993, art. 14.

**768 - Une illustration.** L'élaboration du rapport revient, en principe, aux autorités centrales, mais cette tâche peut être déléguée à des autorités publiques ou à des organismes agréés. En vertu de l'article 6 du décret n° 98-863 du 23 septembre 1998<sup>888</sup> en France, la Mission de l'adoption internationale et les organismes autorisés à l'adoption, notamment ceux habilités à l'adoption internationale, peuvent établir un rapport détaillé sur les candidats à l'adoption, conformément à l'article 15 de la Convention.

**769 - Contenu du rapport.** Outre le fait de mentionner des renseignements sur l'identité des adoptants, leur situation familiale, médicale ou encore sociale, le rapport précise leur aptitude à assumer une adoption internationale. A cette fin, le rapport doit préciser des informations sur les enfants que les adoptants seraient aptes à prendre en charge. Ces renseignements<sup>889</sup> peuvent porter sur l'âge, le sexe, l'ethnie ou encore le nombre d'enfants susceptibles d'être accueillis au sein de cette famille. L'ensemble de ces questions doit permettre de mieux connaître les adoptants potentiels afin de mieux répondre à leur attente et de mieux protéger l'enfant qui leur sera remis<sup>890</sup>. En effet, plus l'enfant confié sera proche de l'enfant imaginé, plus les chances de réussite de l'adoption seront grandes. Ainsi, la prise en compte des souhaits émis par les postulants contribue-t-elle au succès de l'adoption. Dès que la rédaction du rapport est achevée, l'autorité centrale ou l'organisme autorisé à l'adoption le transmette aux autorités du pays d'origine concerné.

**770 - La transmission du rapport au pays d'origine.** Le rapport établi sur les adoptants potentiels est transmis par l'autorité centrale de l'Etat d'accueil à l'autorité centrale de l'Etat d'origine<sup>891</sup>. Cette disposition contraignante permet un meilleur contrôle du processus adoptif puisque l'ensemble des rapports est centralisé entre les mains d'une seule et même autorité. Toutefois, sa transmission et sa réception peuvent, éventuellement, se faire par l'intermédiaire d'autorités publiques, d'organismes agréés<sup>892</sup> ou non agréé<sup>893</sup>. Un tel aménagement de la règle est regrettable dans la mesure où il permet aux trafiquants d'échapper aux contrôles rigoureux imposés par l'article 15. L'intérêt de l'enfant risque de pâtir d'une telle délégation, propice aux

---

<sup>888</sup> Décret n°98-863 du 23 sept. 1998 relatif à l'autorité centrale pour l'adoption internationale, préc.

<sup>889</sup> A noter que le Saint-Siège avait souligné l'importance de mentionner des éléments d'ordre religieux, à propos des enfants et des adoptants. Seul l'article 16 tient compte de la religion des enfants adoptables.

<sup>890</sup> L'article 31 de la présente Convention exclut que les renseignements ainsi réunis sur les adoptants potentiels soient utilisés à d'autres fins que ceux de la réalisation d'un projet d'adoption.

<sup>891</sup> Conv. préc., art. 15-2.

<sup>892</sup> Conv. préc., art. 22-1

<sup>893</sup> Conv. préc., art. 22-2.

fraudes. Néanmoins, l'autorité centrale est responsable de l'ensemble des intervenants et elle devra répondre des irrégularités éventuelles.

**771 - Le choix de l'Etat destinataire du rapport.** Ce choix se fait en fonction des programmes d'action existants et des préférences exprimées par les adoptants potentiels. Ces derniers n'entrent jamais en contact avec un intermédiaire, ni même avec l'autorité centrale du pays d'origine de l'enfant. Les futurs parents ne peuvent pas, de leur propre initiative, transmettre le rapport établi à une autorité centrale d'un pays d'origine de l'enfant. Le souci de fermer la porte à tout abus, notamment, celui de falsifier le dossier<sup>894</sup>, a prévalu sur la lourdeur administrative que veut engendrer ce système. Ce contrôle administratif permet a priori de filtrer anonymement les demandes, avant même que le pouvoir judiciaire n'entre en jeu. En effet, ce pouvoir peut, dans certains pays pauvres comme le Mali et le Sénégal, se révéler corruptible et être à la source de détournements à l'encontre de l'enfance abandonnée. Même si contrôler le premier maillon de la chaîne de l'adoption est une garantie pour l'enfant, elle n'est pas absolue. En témoigne certains pays comme le Vietnam où le rapt et la vente d'enfants sévissaient alors que le Ministère du travail et des affaires sociales sélectionnait préalablement tous les dossiers de candidature en adoption<sup>895</sup>.

Sélectionner et établir des rapports sur les adoptants potentiels afin de leur confier un enfant est, certes, un grand pas vers le chemin qui mène à l'adoption, mais encore faut-il, une fois la décision de placement de l'adopté potentiel prise, organiser son déplacement d'un pays à l'autre.

## **b. Le déplacement de l'adopté potentiel**

**772 - Un encadrement rigoureux du déplacement de l'adopté.** L'improvisation n'est pas de mise en matière d'adoption internationale ; les personnes qui confient leurs enfants à des parents venant de l'étranger, souvent d'un autre continent, veulent leur assurer le meilleur avenir possible et sont, de ce fait, soucieux de leur intégration dans leur nouveau pays. Le déplacement de l'enfant est un évènement capital puisqu'il est difficilement réversible. C'est la raison pour laquelle l'article 5 c) de la Convention, énonce comme condition<sup>896</sup> que les autorités compétentes vérifient que l'enfant est bien autorisé à entrer et séjourner, de façon permanente, dans l'Etat d'accueil. Le contrôle préventif de son titre de séjour lui confère ainsi

---

<sup>894</sup> V. rapp. PARRA-ARANGUREN, op. cit., p. 127.

<sup>895</sup> TRILLAT (B.), L'adoption: essai sur les institutions, op. cit., p. 170, note 41.

<sup>896</sup> Cette condition est reprise dans la circulaire du 16 février 1999, en son § 1. 1.4., p. 756.



un statut certain. La finalité d'une telle disposition est de s'assurer qu'aucun empêchement apparent ne puisse survenir, ce qui garantit le bon déroulement de la procédure. A cette même fin, l'article 19 de la Convention de La Haye n'autorise le voyage de l'enfant, vers le pays de ses parents adoptifs ou futurs parents adoptifs, qu'une fois réunies les autorisations de circulations nécessaires. Par conséquent, lorsque le pays d'accueil accorde à un enfant étranger un visa d'établissement permanent sur son territoire, il s'engage solennellement devant le pays d'origine à se substituer dans son rôle de protecteur à l'égard de l'enfant concerné.

L'enfant ainsi transféré dans le pays d'accueil peut ne pas s'adapter au sein de son nouveau foyer. L'échec du processus d'intégration pose des problèmes complexes, tant pour l'adopté potentiel que pour les adoptants potentiels. Ainsi est-il nécessaire de mettre en place les mesures adéquates.

### **c. Les mesures prises en cas d'échec du placement**

**773 - Les mesures préconisées par la Convention de La Haye de 1993.** Les échecs de l'adoption internationale existent. Ils peuvent se révéler lors de la " période probatoire ", pendant laquelle l'enfant est placé auprès des adoptants potentiels ou postérieurement au prononcé de l'adoption. La Convention ne prévoit des dispositions qu'en cas d'échec du placement. Pour parer à cette éventualité, l'article 21 de la Convention prévoit des mesures à prendre dans l'Etat d'accueil, lorsque c'est dans cet Etat que l'adoption devait être prononcée. L'autorité centrale de l'Etat de destination doit tout d'abord retirer l'enfant aux adoptants potentiels. Dès lors, elle est chargée de prendre, provisoirement, soin de ce dernier. Puis, en consultation avec l'autorité centrale du pays d'origine, elle a l'obligation de mettre en place une solution de remplacement. Ainsi, l'autorité centrale du pays d'origine du mineur doit être associée à la procédure de tout nouveau placement, notamment lorsque le retour de l'enfant dans son pays est envisagé en dernier recours.

**774 - Le retrait de l'adopté potentiel aux adoptants potentiels.** La période probatoire pendant laquelle l'enfant est placé auprès de sa famille d'accueil peut révéler une inadaptation et une absence totale d'intégration de l'enfant auprès de ses futurs parents. Dès qu'il se révèle préjudiciable pour l'enfant d'être maintenu au sein de la famille adoptive, l'autorité centrale du pays d'accueil doit retirer l'enfant avant même d'avoir trouvé une nouvelle famille. Cette tâche incombe à l'autorité centrale qui prend alors les mesures utiles. Ces dernières impliquent une

prise en charge immédiate du mineur par l'autorité centrale qui doit, également, pallier le sentiment de désarroi dans lequel le mineur se trouve.

**775 - Modalités du retrait de l'enfant.** Le retrait de l'enfant implique que toutes les démarches accomplies jusque-là soient suspendues ou même annulées et que l'enfant concerné n'ait plus aucun contact avec sa famille d'accueil. L'autorité centrale du pays concerné doit avertir l'autorité centrale du pays d'origine afin d'envisager un nouveau placement<sup>897</sup> ou, à défaut une prise en charge alternative durable<sup>898</sup>. L'enfant retiré doit, en principe, être replacé sans délai dans une autre famille d'accueil qui répondra mieux à ses attentes et à ses besoins. Il se révèle important de prendre en compte tant les aptitudes et les capacités des adoptants potentiels que les besoins de l'enfant. En effet, il ne s'agit pas de trouver une famille à tout prix à un enfant. L'adoption n'est pas une fin en soi, elle est surtout un moyen pour assurer la meilleure protection que l'enfant est en droit d'espérer. Dans cette optique, la Convention se réfère à la nécessité, en cas d'échec du premier placement, de consulter le mineur et de recueillir son consentement à toute solution proposée, eu égard à son âge et à sa maturité<sup>899</sup>. Elle a ainsi le mérite de donner une solution rapide à l'échec des placements quand il apparaît. Néanmoins, cette disposition ne rendra pas la situation plus facile à vivre surtout si les autorités concernées envisagent le retour de l'enfant dans son pays d'origine. Heureusement, au Sénégal, la période probatoire du placement se réalise sur place avant que l'adoption ne soit prononcée au profit d'un candidat étranger. Par conséquent, cette hypothèse n'est pas envisageable au Sénégal. Néanmoins, cela ne nous empêche pas de développer l'hypothèse retenue par la Convention de La Haye de 1993.

**776 - Le retour possible de l'adopté potentiel dans son Etat d'origine.** Le retour du mineur dans son pays d'origine n'est envisagé qu'en ultime recours, si son intérêt l'exige. En effet, décider de renvoyer l'enfant dans son pays revient à constater l'échec de toute une coopération mise en œuvre par les pays d'origine et d'accueil de l'adopté potentiel. Néanmoins, il ne s'agirait que des cas extrêmes découlant d'une impossibilité absolue à trouver une solution en vue de sa protection dans le pays d'accueil.

---

<sup>897</sup> Conv. préc., art. 21-b.

<sup>898</sup> Il s'agit de l'hypothèse où le mineur ne peut pas être placé en vue d'une nouvelle adoption, ni retourner dans son pays d'origine, mais doit suivre, par exemple, un traitement médical ou des soins particuliers. Matériellement, ces enfants sont confiés aux services de l'Aide sociale à l'enfance, ou à une institution spécialisée, s'ils sont atteints d'une pathologie grave.

<sup>899</sup> A noter qu'il n'est pas fait référence aux parents biologiques de l'enfant pour ce nouveau placement.

A supposer que la décision de restituer le mineur à son Etat d'origine soit prise, l'autorité centrale du pays d'accueil doit naturellement en informer son homologue. Le retour de l'enfant doit être entouré de toutes les garanties relatives à tout déplacement conformément à l'article 19 de la Convention. Afin de préserver les données personnelles concernant l'adopté potentiel et les adoptants potentiels, des mesures sont prises<sup>900</sup>. Ainsi, le retour du mineur doit s'accompagner, en principe, de la restitution des rapports établis.

Si la Convention organise le retour de l'enfant, elle ne prévoit pas les conditions dans lesquelles ce dernier sera accueilli dans son pays d'origine. Or, l'enfant n'aura très certainement plus sa place parmi les siens. Le problème de la réinsertion du mineur dans son milieu d'origine n'est pourtant pas envisagé par la Convention. Cet état de fait devrait inciter le pays d'accueil à s'assurer, avant le départ du mineur, de son avenir.

Si la protection de l'intérêt de l'enfant passe par un contrôle des procédures dans le pays d'accueil, il en est de même dans le pays d'origine.

## **2- Les conditions procédurales relevant du pays d'origine**

**777 - Détermination.** Dans le pays d'origine, la procédure de l'adoption internationale doit tout d'abord, respecter les conditions relatives à l'établissement d'un rapport sur l'adopté potentiel (a) avant d'envisager un placement conforme à son intérêt supérieur (b).

### **a- Le rapport sur l'adopté potentiel**

**778 -** Dans l'Etat d'origine, un rapport doit être établi sur l'enfant à partir du moment où l'autorité centrale considère qu'il est adoptable. Ensuite, ce rapport sera transmis à l'autorité centrale de l'Etat d'accueil de l'adopté potentiel.

**779 - L'établissement du rapport.** Le fait que l'autorité centrale doive établir un rapport indépendamment de la réception d'une demande d'adoption révèle bien la finalité de l'adoption: donner une famille à un enfant qui en a besoin et non l'inverse. De ce fait, les candidats à l'adoption ne sont pas à l'origine du déclenchement de la procédure. Cette mesure a le mérite d'éviter à certains intermédiaires du pays d'origine de se prêter à des manœuvres illicites tendant à rendre un enfant adoptable.

---

<sup>900</sup> Conv. préc., art. 19-3.

En outre, le rapport doit contenir "des renseignements sur l'identité de l'enfant, son adoptabilité, son milieu social, son évolution personnelle et familiale, son passé médical et celui de sa famille, ainsi que sur ses besoins particulières"<sup>901</sup>. L'identité précise de l'enfant est un moyen d'éviter les fraudes ou encore les substitutions d'enfants. En revanche, l'identité des parents biologiques, s'ils sont connus, n'est révélée que si la législation du pays d'origine de l'enfant le permet<sup>902</sup>. Quant aux renseignements portant sur le milieu social du mineur, ils doivent permettre de mieux appréhender les raisons qui ont conduit la famille d'origine à abandonner leur enfant et de cerner ainsi les conditions de vie et d'éducation<sup>903</sup> de ce dernier. Enfin, les informations relatives à la santé, notamment, permettent aux autorités d'accueil de pouvoir trouver à l'enfant la famille de substitution la plus adaptée à ses besoins. L'ensemble de ces informations est nécessaire afin que les adoptants potentiels puissent donner leur accord en connaissance de cause<sup>904</sup>.

Dans le même esprit de servir aux mieux l'intérêt de l'enfant, le rapport doit mentionner son origine ethnique, religieuse et culturelle<sup>905</sup>. En effet, il est nécessaire d'attirer l'attention sur ces éléments car ce sont eux qui rendent difficile, en matière d'adoption internationale, l'intégration de l'enfant dans sa famille de substitution. Leur exactitude doit être vérifiée par l'autorité centrale du pays d'origine.

Une fois le rapport établi, l'autorité centrale doit tenter, tout d'abord, de placer l'enfant dans son pays<sup>906</sup>. Ce n'est que si aucune solution interne n'est possible<sup>907</sup> que l'autorité envisagera l'adoption internationale dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dès lors, les autorités centrales du pays d'origine doivent agir rapidement et prendre directement contact avec leurs homologues du pays d'accueil afin que le mineur ne stagne pas trop longtemps dans des orphelinats ou des fondations aux conditions de vie souvent précaires.

Ce n'est qu'à partir de la réception du rapport par l'autorité centrale du pays d'origine que le matching ou l'apparementement entre l'adopté potentiel et l'adoptant potentiel peut se faire. Ce apparementement se traduit par une confrontation entre le rapport sur les futurs parents adoptifs

---

<sup>901</sup> Conv. préc., art. 16-1, a. A noter que cette liste est non exhaustive.

<sup>902</sup> A rappr., art. 30 et 31 de la Convention de 1993.

<sup>903</sup> Conv. préc., art. 16-1, b.

<sup>904</sup> En effet, certains enfants nécessiteront un traitement médical lourd. Il faut que les adoptants soient préparés psychologiquement à l'accueil de l'enfant afin d'assumer au mieux leur tâche.

<sup>905</sup> Conv. préc., art. 16-1, b.

<sup>906</sup> Il s'agit de l'application du principe de subsidiarité.

<sup>907</sup> Tel est en particulier le cas au Brésil pour les enfants noirs qui ne trouvent pas de place au sein de leur propre communauté ou encore en Roumanie pour les enfants tziganes.

et celui sur l'enfant. L'autorité centrale de l'Etat d'origine s'assure que les aptitudes et qualités de la famille d'accueil pourront répondre aux besoins et aux attentes de l'enfant. Dès qu'elle constate qu'il y a adéquation entre l'enfant et les adoptants et que le placement envisagé est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, elle transmet à l'autorité centrale du pays d'accueil le rapport sur l'enfant.

**780 - La transmission du rapport au pays d'accueil.** La Convention charge l'autorité centrale de l'Etat d'origine de transmettre le rapport établi sur l'enfant, la preuve des consentements requis et les motifs du constat sur le placement, à l'autorité centrale de l'Etat de résidence des adoptants potentiels. Néanmoins, elle permet aussi aux Etats de déléguer cette compétence aux autorités publiques et aux organismes agréés ou non. En conséquence, les organismes ou les personnes privées non agréés échapperont à la surveillance des autorités étatiques, ce qui contredit, par ailleurs, l'esprit de la Convention qui entend lutter contre les trafics<sup>908</sup>.

Outre le fait d'établir et de transmettre le rapport sur l'enfant à l'autorité centrale du pays de résidence des adoptants potentiels, l'autorité centrale du pays d'origine prend la décision de placer l'enfant.

#### **b- La décision de placement de l'adopté potentiel**

**781 - Procédure.** Avant de confier l'enfant à ses futurs parents, l'autorité centrale du pays d'origine doit contrôler l'accord des adoptants potentiels et doit délivrer au mineur une autorisation de quitter son pays d'origine.

**782 - Le contrôle de l'accord des adoptants potentiels.** Le placement de l'enfant est une étape essentielle de la procédure<sup>909</sup>. C'est la raison pour laquelle, il est nécessaire de vérifier qu'il correspond bien à la volonté des adoptants potentiels conformément à l'article 17, a, de la Convention susvisée.

L'accord exigé des futurs parents est une mesure destinée à s'assurer qu'ils ont eu connaissance du dossier de l'enfant et qu'ils ont fait leur choix de façon éclairée. Cet accord est obligatoire et doit être non équivoque. Il doit être recueilli et transmis par l'autorité centrale du pays de résidence des adoptants potentiels à l'autorité centrale du pays d'origine. Toutefois, la vérification de cet accord peut aussi être accomplie par les autorités publiques ou

---

<sup>908</sup> Conv. préc., art. 22-1, 22-2.

<sup>909</sup> A noter que le terme de placement ne se réfère pas à la notion juridique, mais à la remise physique de l'enfant.

organismes agréés ainsi que par les organismes ou personnes non agréées, à la condition que l'Etat d'origine le permette<sup>910</sup>.

Dès que l'Etat d'origine a pris la décision de confier effectivement l'enfant à ses futurs parents adoptifs et qu'il s'est assuré de l'aboutissement de la procédure engagée, il délivre au mineur une autorisation pour quitter son pays.

**783 - L'autorisation de sortie de l'adopté potentiel.** La décision de transférer l'enfant dans un autre pays afin d'être remis effectivement aux adoptants potentiels implique celle d'autoriser l'enfant à se déplacer et à quitter son pays d'origine. Par conséquent, ce dernier doit remplir les formalités nécessaires à ce déplacement afin de rassurer les autorités compétentes du pays d'accueil sur le bon déroulement de la procédure d'adoption. Toutefois, ce déplacement ne peut avoir lieu que lorsque l'autorisation d'entrée et de séjour dans l'Etat d'accueil est délivrée. Réciproquement, l'autorité centrale d'origine doit avoir l'assurance qu'aucun obstacle apparent ne s'opposera à l'accomplissement de la procédure<sup>911</sup>.

En pareil cas, il appartient aux autorités centrales des deux pays de veiller à ce que le voyage s'effectue en toute sécurité et, si possible, en compagnie des parents ou futurs parents adoptifs<sup>912</sup>.

Jusqu'à la décision de placement de l'adopté potentiel, chaque Etat accomplit séparément les différentes missions imposées par la Convention. Elle met ainsi en place un système de responsabilités partagées. Mais, les règles conventionnelles mises en œuvre dans chaque Etat ne constituent qu'un ensemble de garanties minimales qui n'assurent aucunement l'aboutissement du projet d'adoption. En effet, une "telle segmentation"<sup>913</sup> du contrôle de chaque Etat peut être à l'origine de discordances dans l'appréciation des conditions requises par chacun des pays et conduire à un placement d'enfant dont l'adoption ne sera pas susceptible d'être prononcée ou d'être reconnue dans l'un des deux Etats. Il devient alors nécessaire, à ce stade de la procédure, d'orchestrer une phase de gestion conjointe entre les autorités centrales afin que chacune puisse s'assurer, au regard de sa propre législation, du bon déroulement de la procédure en cause et de l'efficacité internationale de l'adoption projetée.

---

<sup>910</sup> Conv. préc., art. 22-1 et 22-2.

<sup>911</sup> Comparer avec l'art. 28 qui permet que l'adoption ait lieu dans l'Etat d'origine si la législation de cet Etat s'oppose au placement de l'enfant dans l'Etat d'accueil avant son adoption.

<sup>912</sup> Conv., art. 19-2. A titre d'exemple, le Mali et le Sénégal requièrent la présence physique des futurs parents adoptifs pendant toutes les formalités.

<sup>913</sup> L'expression est empruntée à STURLESE (B.), La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, chron. préc., p. 429.

### **3- Les conditions procédurales relevant de la gestion conjointe des deux pays**

**784 - Détermination desdites conditions.** Les deux autorités centrales concernées par le projet d'adoption doivent gérer conjointement le placement de l'adopté potentiel (a) car il s'agit d'une étape essentielle dans le prononcé de l'adoption. En effet, elle est déterminante dans la réussite de l'adoption elle-même. Si la période probatoire pendant laquelle se déroule le placement s'avère être un échec, les autorités centrales devront administrer ensemble cette crise afin de trouver la solution la plus protectrice des intérêts de l'enfant (b).

#### **a- La gestion conjointe du placement**

**785 - Modalités.** L'article 17 de la Convention vise à organiser une gestion conjointe et responsable du placement effectif de l'enfant par les deux autorités centrales concernées. La finalité d'une telle concertation est d'une part, d'amener les autorités centrales à comparer leurs solutions afin de retenir celle qui est jugée la meilleure dans l'intérêt supérieur de l'adopté potentiel et d'autre part, de responsabiliser les autorités quant à l'issue juridique du projet d'adoption.

C'est ainsi qu'avant toute décision de l'autorité centrale du pays d'origine de confier l'enfant aux adoptants potentiels, il convient de s'assurer de l'accord préalable des requérants et de l'autorité centrale de l'Etat d'accueil<sup>914</sup>, lorsque la loi le requiert. Dans le même esprit que précédemment, la décision de remettre l'enfant doit s'accompagner de l'accord des deux autorités centrales pour poursuivre l'adoption projetée<sup>915</sup>. L'appréciation faite par les autorités est différente selon que l'adoption sera prononcée dans le pays d'origine ou dans le pays d'accueil. Ainsi, les deux autorités doivent s'assurer qu'aucune difficulté juridique apparente ne peut troubler le prononcé de l'adoption ou sa reconnaissance au regard du système juridique en cause, selon le lieu où elle est réalisée. Dès que toutes les garanties sont réunies, la remise de l'enfant aux adoptants peut être organisée officiellement. Cet accord est essentiel en ce qu'il permet aux requérants d'engager une instance en adoption.

Cette démarche a l'avantage de sécuriser l'adoption à venir dans l'intérêt de l'enfant et à prévenir tout risque ultérieur lié aux décisions de refus de prononcer l'adoption ou de refus de reconnaissance. C'est donc par le biais de cette concertation que la Convention permet de

---

<sup>914</sup>Conv. préc., art. 17-b. - V. également, MEYER-FABRE (N.), La Convention de La Haye, chron. préc., p. 283.

<sup>915</sup>Conv. préc., art. 17-c. Cette responsabilité peut, malgré la complexité et la portée de la mission, être déléguée à des organismes ou personnes non agréés.

résoudre les questions complexes de conflits de juridictions et de lois<sup>916</sup>. Par la suite, elles se tiennent informées sur la procédure d'adoption et les mesures prises pour la faire aboutir et sur le déroulement de la période probatoire quand celle-ci est requise.

Au terme de cette cogestion du placement de l'enfant, il se peut qu'il échoue. C'est alors aux deux autorités centrales impliquées de se concerter et de trouver la solution adéquate.

### **b- La gestion conjointe en cas d'échec du placement**

**786 - Modalités de la gestion.** La Convention envisage, en son article 21-1, b, une gestion conjointe des autorités centrales en cas d'échec du placement de l'enfant dans le pays d'accueil. En effet, si seule l'autorité centrale du pays d'accueil peut décider de retirer l'enfant de sa famille d'accueil, elle doit, néanmoins, en informer l'autorité centrale du pays d'origine afin d'envisager un nouveau placement. Il leur appartient de trouver, dans les meilleurs délais, une nouvelle famille pour assurer le placement de l'enfant.

Encore faut-il que cette solution soit adaptée au mineur. D'où la nécessité d'impliquer l'autorité centrale du pays d'origine de l'enfant dans la recherche de nouveaux adoptants potentiels. Dans cette perspective, l'autorité centrale du pays d'accueil devrait lui transmettre le rapport établi sur les postulants à l'adoption afin "d'apparenter" au mieux l'enfant à sa nouvelle famille adoptive. Ainsi, la présence de l'enfant sur le territoire de l'Etat d'accueil ne met-il pas fin à l'intervention des autorités centrales de son pays d'origine. Toutefois, il faudrait éviter que le temps nécessaire à un tel matching ne soit trop long compte tenu du fait que l'intérêt du mineur requiert une solution rapide.

Après avoir traité, en amont, les conditions dans lesquelles le projet d'adoption devait se dérouler afin de satisfaire l'intérêt de l'enfant et de sa famille d'origine, la Convention s'attache, en aval, à conférer à la décision d'adoption une portée internationale afin d'assurer une certaine cohérence au statut de l'adopté.

### **B. La portée internationale de l'adoption**

**787 - Reconnaissance de plein droit de l'adoption et ses corollaires.** Cette convention, en plus d'avoir prévu la reconnaissance de plein droit dans les Etats contractants des adoptions réalisées en conformité avec ses prescriptions, a aussi institué un régime simplifié de reconnaissance des décisions étrangères avec la mise en place d'un certificat de conformité

---

<sup>916</sup> VAN LOON (H.), Les Conventions de La Haye in L'enfant et les conventions internationales, op.cit., p. 61.



d'adoption<sup>917</sup>. La Convention de La Haye de 1993 affirme donc le principe de reconnaissance de plano de l'adoption internationale<sup>918</sup> (1). Elle va même plus loin puisque cette reconnaissance ne peut être mise en échec que pour une violation manifeste de l'ordre public. Le grand libéralisme dont fait preuve la Convention est la contrepartie de la rigueur des conditions de fond et des conditions procédurales à laquelle la réalisation de l'adoption a été soumise. Mais, la reconnaissance de plein droit ne suffit pas à assurer la cohérence internationale du statut de l'adopté. Ainsi, est-il nécessaire d'harmoniser les effets de la reconnaissance de la décision étrangère d'adoption sur les liens de filiation ainsi créés (2). Somme toute, la bienveillance législative à l'égard du modèle plénier règne même si la Convention demeure respectueuse de la diversité des législations internes.

### **1- La reconnaissance de plein droit de la décision d'adoption internationale**

**788 - Les conditions de la reconnaissance.** Il s'agit là de la reconnaissance des décisions d'adoption dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale. La reconnaissance de plein droit, aussi appelée reconnaissance de plano de l'adoption internationale, est soumise à une condition fondamentale qui est celle de l'établissement d'un certificat de conformité délivré dans l'Etat où l'adoption a lieu<sup>919</sup> (a). Seule une contrariété manifeste de l'adoption à l'ordre public<sup>920</sup> de l'Etat requis peut justifier un refus de reconnaissance à moins que l'intérêt supérieur de l'enfant n'en décide autrement (b).

#### **a- L'établissement du certificat de conformité**

**789 - Conformité de l'adoption prononcée à la Convention de La Haye de 1993.** Mme le professeur MUIR-WATT soulignait que la reconnaissance du jugement étranger est complexe

---

<sup>917</sup> V. article 23 de la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale

<sup>918</sup> Aux termes de l'article 23 "une adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'Etat contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants".

<sup>919</sup> En effet, l'adoption peut être prononcée soit dans le pays d'origine soit dans le pays d'accueil de l'enfant. La détermination du lieu du prononcé de l'adoption a de tout temps fait l'objet de nombreux débats. D'un côté, les pays d'accueil qui, par souci de mieux protéger les adoptants, sollicitent que le jugement d'adoption soit prononcé sur leur territoire. D'un autre côté, les pays d'origine qui, par souci de préserver leur souveraineté, revendiquent le prononcé de l'adoption par leurs propres autorités. Afin de régler ce conflit, la Convention laisse les autorités compétentes libres de déterminer la loi applicable (art. 2 et 28).

<sup>920</sup> V. article 24 de la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale

en raison " de l'absence d'universalité de l'institution même de l'adoption, qui connaît autant de variantes que de législations qui la consacrent "<sup>921</sup>.

Bien souvent, le prononcé d'une adoption à l'étranger n'est pas la finalité de la procédure d'adoption internationale mais n'en est que la première étape. Les parents adoptifs souhaitent voir reconnaître le jugement étranger sur leur propre territoire, de façon plus rare ils souhaitent le remettre en cause. La seule exigence imposée pour la reconnaissance de plein droit de l'adoption est l'établissement d'un certificat attestant que l'adoption est conforme à la Convention<sup>922</sup>. En conséquence, sa délivrance devrait être entourée de garanties optimales puisque son rôle est de dispenser l'adoption internationale de toute vérification ultérieure dans les pays contractants. Ainsi, le certificat dit de conformité constitue-t-il une présomption quasi-irréfragable de la régularité de l'adoption au regard de la Convention.

Malgré tout, la Convention de La Haye de 1993, en son article 23-2, laisse les Etats-membres libres de désigner eux-mêmes l'autorité compétente<sup>923</sup>, judiciaire ou administrative, en vue de l'établissement et de la délivrance du document. On ne peut que regretter une telle latitude, même si elle fait preuve d'une grande souplesse à l'égard des Etats concernés<sup>924</sup>. En effet, l'autorité qualifiée à délivrer le certificat assume une grande responsabilité à l'égard des Etats contractants, compte tenu de la force probante de ce document. Cette disposition risque de

---

<sup>921</sup> MUIR-WATT (H.) "les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la 'substitution' des modèles français aux institutions étrangères", in Colloque L'adoption internationale en droit comparé organisé par l'association Louis CHATIN, 25-26 avril 2003, p. 139.

<sup>922</sup>La portée internationale d'une adoption plénière prononcée en Roumanie dans les conditions de la Convention de La Haye a été reconnue par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mai 2005.<sup>922</sup> Rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel, la première chambre civile a considéré, à juste titre, que « l'arrêt a relevé que le certificat de conformité des autorités roumaines atteste que l'adoption a été prononcée suivant les dispositions de la Convention de la Haye du 29 mai 1993, que la Roumanie connaît une adoption plénière qui emporte les mêmes conséquences que l'adoption plénière française mais qui peut être révoquée dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La cour d'appel en a exactement déduit qu'en application de l'article 26-2 de la Convention de La Haye, l'enfant bénéficiait d'une adoption produisant une rupture du lien de filiation préexistant et donc en France d'une adoption plénière, sans que le fait que cette adoption puisse être révoquée soit susceptible d'entraîner une modification de cette qualification. La révocation intervenue en Roumanie à la seule demande des adoptants ne peut produire effet en France compte tenu de la portée internationale de l'adoption reconnue dans les conditions de la Convention de La Haye ».

<sup>923</sup> Les autorités compétentes sont celles de l'Etat où la décision d'adoption est prise, qu'il s'agisse de l'Etat d'origine ou de l'Etat d'accueil. En France, c'est le Ministère des Affaires Etrangères qui est compétent en la matière.

<sup>924</sup> En ce sens, STURLESE (B.), La Convention de La Haye (...), chron. préc., p. 431. MEYER-FABRE (N.), La Convention de La Haye (...), chron. préc., p. 287. -Egalement, POISSON-DROCOURT (E.), L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye, chron. préc., p. 726.

porter atteinte à la crédibilité et à l'efficacité de l'acte, au détriment de l'intérêt de l'enfant, si des irrégularités étaient constatées ultérieurement.

**790 - Conditions de présentation du certificat.** Quant aux conditions de forme et de fond dans lesquelles le certificat doit être présenté, elles ne sont pas envisagées par le texte. L'article 23-1 dispose seulement que le certificat doit indiquer "quand et par qui les acceptations visées à l'article 17, lettre c, ont été données"<sup>925</sup>. Il s'agit de faire figurer sur le certificat de conformité un maximum de renseignements<sup>926</sup> afin de renforcer la crédibilité du document.

En définitive, le certificat de conformité prouve que le prononcé de l'adoption a été fait dans le respect de la Convention. A ce titre, il doit assurer sa reconnaissance automatique à l'étranger<sup>927</sup>. En pareil cas, il évite aux adoptants d'avoir recours à de nouvelles procédures en vue d'adapter l'adoption obtenue à l'étranger au droit du pays d'accueil. Il contribue donc à un allègement des formalités administratives et juridiques en vue de l'intégration de l'enfant dans sa nouvelle famille. Cependant, le régime de faveur institué peut être écarté dans l'hypothèse des adoptions faites conformément à un accord dérogatoire. Mais, la France ne reconnaît pas les adoptions faites en application de l'article 39-2 de la Convention<sup>928</sup>.

Par ailleurs, le régime privilégié de la reconnaissance de l'adoption internationale dans le cadre de la Convention de La Haye est subordonné à l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public du pays de la reconnaissance.

#### **b. L'absence de contrariété manifeste à l'ordre public**

**791 - Le bien-fondé de cette règle.** Dans la mesure où l'adoption, telle qu'elle est conçue par la Convention de La Haye de 1993, est le résultat d'une coopération entre les Etats concernés, elle aurait dû écarter l'intervention de l'ordre public ou tout au moins en limiter le champ

---

<sup>925</sup> A noter qu'en vertu de l'article 42 de la Convention, le secrétaire général de la conférence de La Haye a convoqué la commission du 17 au 24 octobre 1994, notamment pour proposer un formulaire simplifié du certificat de conformité.

<sup>926</sup> Parmi ces renseignements, on peut trouver ceux relatifs à l'origine de l'adoption, c'est-à-dire si elle a été prononcée par une autorité judiciaire ou administrative ou encore les effets liés à l'adoption prononcée.

<sup>927</sup> Sauf si l'adoption entraîne une exécution forcée auquel cas l'exequatur sera nécessaire.

<sup>928</sup> Selon cette disposition, "Tout Etat contractant pourra conclure avec un ou plusieurs autres Etats contractants des accords en vue de favoriser l'application de la Convention dans leurs rapports réciproques. Ces accords ne pourront déroger qu'aux dispositions des articles 14 à 16 et 18 à 21. Les Etats qui auront conclu de tels accords en transmettront une copie au dépositaire de la Convention."

d'application<sup>929</sup>. En effet, les pays concernés ayant œuvré ensemble à la réalisation de la présente adoption, cette dernière ne devrait plus être contraire à l'ordre public. Néanmoins, les auteurs de la Convention ont préféré retenir son intervention dans la procédure de reconnaissance de l'adoption internationale afin de convaincre les plus récalcitrants à respecter la norme internationale.

Selon l'article 24 de la Convention, seule l'exception d'ordre public peut mettre en échec la reconnaissance de l'adoption. Il doit s'agir d'une violation flagrante des valeurs et principes fondamentaux de l'Etat requis<sup>930</sup>. Hors cette situation extrême, la contrariété manifeste à l'ordre public est atténuée au regard de l'intérêt de l'enfant.

En définitive, la Convention assouplit considérablement le mécanisme d'intervention de l'ordre public et ne l'admet qu'en terme "très restrictif"<sup>931</sup>, compte tenu de la coopération mise en place et de l'intérêt de l'enfant.

Dès lors, l'intérêt de l'enfant de trouver à l'étranger la famille qu'il ne peut avoir dans son pays d'origine peut prévaloir sur l'application de l'ordre public, à condition que la contrariété ne soit pas manifeste. En effet, il semble bien que la violation de l'ordre public doive être tempérée au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme le souligne M. STURLESE<sup>932</sup> "il faudra (donc) conjuguer la défense de valeurs collectives avec l'appréciation d'un élément subjectif individuel", sachant que la finalité de la Convention sus visée est de faire produire des effets à la décision étrangère d'adoption.

## **2. Les effets de la reconnaissance de plein droit**

**792 - Difficultés.** Assurer la reconnaissance de la décision d'adoption étrangère n'est pas suffisant pour garantir la cohérence internationale du statut de l'adopté. Il faut que les effets du lien ainsi créé soient équivalents dans les Etats qui sont appelés à le reconnaître. Dès lors, une difficulté majeure apparaît. En effet, l'institution de l'adoption revêt des aspects différents selon les législations en cause. Fort peu de législations connaissent une adoption emportant rupture des liens de l'enfant avec sa famille d'origine et une intégration complète et définitive

---

<sup>929</sup> En ce sens, v. rapport PARRA-ARANGUREN, op. cit., p. 167.

<sup>930</sup> Il en serait ainsi s'il était établi que les consentements à l'adoption aient été extorqués ou que l'adoption relevait d'un enlèvement d'enfants.

<sup>931</sup> MEYER-FABRE (N.), La Convention (...), chron. préc., p. 288. - En ce sens, STURLESE (B.), La Convention (...), chron. préc., p. 432.

<sup>932</sup> B. STURLESE (B.), *ibid.*, p. 432.

de l'enfant dans sa famille adoptive. Le plus souvent, certains effets prévus par la loi du pays d'origine ressemblent davantage à ceux produits par l'adoption simple. Il arrive, même, que ces effets ne ressemblent ni à ceux produits par l'adoption plénière, ni à ceux d'une adoption simple. Compte tenu de la diversité des lois internes, il est avant tout nécessaire de qualifier l'adoption prononcée à l'étranger (a) avant de déterminer ses effets sur le statut de l'adopté (b).

**a). La qualification.**

**793 - Modalités.** Face aux difficultés rencontrées par le droit commun de l'adoption internationale, les rédacteurs de la Convention ont pris conscience que le recours à la méthode de conflit de lois serait vain. C'est la raison pour laquelle, la Convention se borne à établir des règles matérielles garantissant une équivalence minimale des effets de l'adoption.

Pour permettre d'atteindre cette équivalence, l'article 26 de la Convention confère à la décision d'adoption, une fois revêtue de son certificat de conformité, un minimum d'effets quant au contenu du lien adoptif ainsi créé. Il dispose ainsi que la reconnaissance de l'adoption emporte automatiquement établissement d'un lien de filiation entre l'adopté et les adoptants<sup>933</sup>, ainsi que "la responsabilité parentale"<sup>934</sup> de ces derniers. En effet, l'adoption a pour finalité de donner à un enfant une famille de substitution qui le prendra pour l'un des siens en jouant pleinement son rôle de parents.

Par ailleurs, une distinction s'impose entre les adoptions qui ont pour effet de détruire les liens avec la famille d'origine et les adoptions qui ne connaissent pas une telle rupture. A ce propos, l'article 26-1, c de la Convention pose le principe de la reconnaissance de droit des effets de l'adoption rompant les liens préexistants de filiation, dans les pays contractants, si l'adoption prononcée entraîne la rupture avec la famille biologique dans le pays où elle est intervenue. Cette reconnaissance s'impose même pour les Etats contractants qui ne connaissent pas l'institution de l'adoption plénière. Ainsi, une telle adoption ne peut-elle être remise en cause dans l'Etat requis. En pareil cas, l'enfant doit pouvoir jouir "de droits équivalents"<sup>935</sup> à ceux d'une adoption plénière<sup>936</sup>. Si l'objectif visé est de conférer à l'enfant le statut le plus favorable, il met à mal l'intérêt de l'enfant de conserver ses origines.

---

<sup>933</sup> Conv. préc., art. 26-1, a).

<sup>934</sup> Conv. préc., art. 26-1, b).

<sup>935</sup> Conv. préc., art. 26-2.

<sup>936</sup> V. STURLESE (B.), *chron. préc.*, p. 432.

**794 - Difficultés de la solution retenue.** La solution retenue soulève des difficultés dans les Etats qui, tout en reconnaissant l'adoption plénière, en retiennent une définition différente. Il en est ainsi par exemple, de la France qui ne qualifie de plénière que les adoptions qui consacrent une rupture totale et irrévocable avec la famille d'origine alors que la Convention n'entend pas faire de l'irrévocabilité un critère absolu de qualification de l'adoption plénière. En effet, elle considère que la simple éventualité d'une révocation ne doit pas avoir de conséquences sur la qualification d'adoption plénière. Or, en droit commun français par exemple, une adoption qui entraîne une rupture totale, mais révocable, du lien préexistant de filiation ne peut pas produire les effets d'une adoption plénière en France<sup>937</sup>. En conséquence, la Convention instaure un régime dérogatoire au droit commun français quant à la portée des décisions étrangères d'adoption. Cette dérogation est pourtant confirmée par la circulaire précitée de 1999<sup>938</sup> qui assimile à l'adoption plénière de droit français, les adoptions prononcées dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993, en application, d'une loi étrangère qui prévoit normalement une adoption assimilable à l'adoption simple du droit français, mais auxquels les effets de l'adoption plénière doivent être reconnus conformément à l'article 26, alinéa 2, de la Convention. Dès lors ne se dirige-t-on pas vers une seule et unique forme d'adoption révocable ?

Des difficultés surgissent aussi dans le cas où l'Etat dans lequel l'adoption est prononcée ne connaît que l'adoption simple. En pareille hypothèse, la réciprocité ne joue pas. En effet, l'article 26-2 de la Convention ne paraît pas applicable. On doit alors respecter les effets d'une adoption sans rupture dans l'intérêt de l'adopté à connaître sa famille par le sang et son pays d'origine.

**795 - Possibilité de convertir l'adoption simple en adoption plénière.** L'adoption sans rupture des liens d'origine de l'enfant n'a pas la faveur des adoptants dans la mesure où ceux-ci ne peuvent pas prétendre à un lien de filiation pleinement reconnu dans ses effets. La révocabilité de l'adoption sans rupture des liens d'origine est vécue comme une menace pour la réussite de l'adoption, ce qui conduit les adoptants potentiels à solliciter une adoption plénière dans le pays d'accueil. Cette pratique est entérinée par l'article 27 de la Convention

---

<sup>937</sup> V. article 370-5 du Code civil français qui dispose que : " L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. A défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ".

<sup>938</sup> Circ. 1999, préc., § 2.1.2.2.

qui prévoit la conversion des adoptions sans rupture en adoptions avec rupture des liens préexistants de filiation. Une telle conversion doit être acceptée par la loi de l'Etat d'accueil et satisfaire les exigences relatives aux consentements à l'adoption. En effet, il est essentiel d'obtenir le consentement éclairé des parents biologiques en vue d'une telle conversion. En revanche, l'Etat d'origine n'est pas sollicité en cas de conversion<sup>939</sup>. En conséquence, la bienveillance législative à l'égard du modèle plénier de l'adoption trouve son expression dans cette conversion<sup>940</sup>.

#### **b. Au regard de l'état civil.**

**796 - Les hypothèses.** L'adoption d'un enfant sénégalais, par exemple, par un français ou par un étranger résidant en France n'a pas systématiquement pour effet de modifier ou d'établir un acte d'état civil, selon qu'il s'agit d'une adoption plénière ou d'une adoption simple. Alors qu'en cas d'adoption plénière, la filiation d'origine de l'enfant est gommée au profit d'une nouvelle filiation, en cas d'adoption simple, le mineur adopté conserve les liens qui l'unissent juridiquement à ses parents par le sang, liens auxquels se greffe la filiation adoptive. Dans un tel contexte, il est normal que la dualité de filiation ait des répercussions sur l'acte d'état civil.

---

<sup>939</sup> Pour une critique, v. STURLESE (B.), *chron. préc.*, p. 432. L'auteur parle, à propos de la conversion, "d'impérialisme" de l'adoption plénière.

<sup>940</sup> V. BARRIERE-BROUSE (I.), *Rejet d'une demande de conversion d'une adoption simple en adoption plénière pour irrégularité de l'acte constatant le consentement des parents par le sang*, *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2013, comm. 11., arrêt de la Cour de cassation, Civ. 1ère, 28 novembre 2012, n° 11-28.646, *JurisData* n° 2012-027904. V. Dans le même sens ALMA-DELETTRE (S.), "La conversion de l'adoption simple étrangère : pas si simple !", *Droit de la famille* n° 3, Mars 2013, étude 4. V. par ailleurs, Cour d'appel de Rennes, chambre 6 A du 1er avril 2014, n° 249, 13/07702, *JurisData* : 2014-006769. Dans cet arrêt, la cour ordonne la conversion d'un jugement d'adoption prononcée au Nigéria en adoption plénière française le fondement de l'article 370-5 du Code civil. "Le jugement des autorités judiciaires nigérianes prononçant l'adoption de l'enfant nigérian au profit des époux français produit en France les effets d'une adoption plénière". V. dans le même sens, Cour d'appel Fort-de-France, Chambre civile, 10 Janvier 2014, N° 13/00139, *JurisData* : 2014-010404. Dans cette affaire, la requérante a demandé la conversion de l'adoption simple en adoption plénière de l'enfant né en Haïti. Au jour des débats, la loi haïtienne ne reconnaissait pas l'adoption plénière (reconnue par une [loi du 15 novembre 2013](#)). En revanche, l'adoption simple peut être reconvertie en adoption plénière si la teneur du consentement représentant l'enfant le permet. L'enfant est né de père et mère inconnus. L'absence de référence dans le certificat de consentement à adoption du maire de Port au Prince en sa qualité de représentant légal des mineurs de parents biologiques inconnus, à la rupture complète et irrévocable d'un lien de filiation, en l'espèce inexistant, est sans conséquence sur la conversion de l'adoption simple en adoption plénière. Par ailleurs, sont produites deux attestations de la directrice d'une crèche qui a accueilli l'enfant et qui a donné son consentement à l'origine de la procédure d'adoption, attestations aux termes desquelles il est précisé qu'il a été consenti, sans équivoque, à une adoption plénière selon la loi française. Il est fait droit à la requête dès lors qu'une adoption plénière permettra de créer le lien de filiation jusqu'alors existant, le caractère irrévocable de la mesure apparaissant conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant abandonné.

**797 - Première hypothèse.** Lorsqu'il s'agit d'une adoption prononcée à l'étranger, en général, et au Sénégal en particulier, qui est assimilable à une adoption plénière de droit français, les adoptants peuvent demander la transcription directe de la décision sur les registres de l'état civil français à Nantes. Cette possibilité de la transcription directe est la conséquence du principe de reconnaissance de plein droit des décisions étrangères en matière d'état des personnes<sup>941</sup>. C'est alors au procureur de la République, chargé du service central de l'état civil à Nantes, d'en requérir la transcription sur les registres du service central de l'état civil, après vérification de la régularité internationale et de la portée de la décision étrangère. Si la décision prononcée à l'étranger concerne un enfant né à l'étranger, la transcription ne sera effectuée que si l'enfant est devenu français pour avoir été adopté plénièrement par un français<sup>942</sup>. L'acte de transcription de la décision d'adoption, établi sur un registre de l'état civil français, tient lieu d'acte de naissance de l'enfant<sup>943</sup> et lui confère la nationalité française. Après avoir opéré la transcription, le service central de l'état civil inscrit l'enfant sur le livret de famille des parents adoptifs, comme s'il s'agissait d'un enfant par le sang ou d'un enfant adopté en France. Dès lors, elle entretient l'illusion d'une filiation biologique qui est toute relative eu égard aux différences ethniques qui distinguent enfant adopté et parents adoptifs.

**798 - Deuxième hypothèse.** Lorsqu'il s'agit d'une décision étrangère assimilable à l'adoption simple de droit français d'un enfant étranger, né à l'étranger, le recours à la transcription directe est exclu. En pareil cas, la décision étrangère ne donne pas lieu à la transcription valant acte de naissance, quand bien même elle serait revêtue de l'exequatur. Cependant, la décision étrangère d'adoption simple qui a reçu l'exequatur peut toujours être transcrite sur le registre spécial de l'état civil à Nantes, dans la mesure où les actes de naissance de ces enfants ne sont pas conservés sur des registres français<sup>944</sup>. Mais, cette transcription ne tient pas lieu d'acte de naissance de l'adopté. Par ailleurs, aucune transcription, ni mention d'adoption simple prononcée à l'étranger ne peut être réalisée si l'adopté, né à l'étranger, demeure de nationalité étrangère. Il s'ensuit que l'adopté simple devra s'adresser aux services de son pays d'origine pour se voir délivrer des documents officiels relatifs à son état civil. En revanche, si

---

<sup>941</sup> Néanmoins, la décision directement transcrite, parce qu'elle reste étrangère, présente l'inconvénient de pouvoir faire l'objet d'une action en inopposabilité. Afin de pallier ce danger, il est possible de saisir le tribunal en vue d'une reconnaissance ou d'un exequatur.

<sup>942</sup> Circ., § 2.2.2.1.

<sup>943</sup> C. civ., art. 354, al. 4. A noter que la transcription doit indiquer, notamment le lieu réel de la naissance de l'enfant. En ce sens, v. **Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mercredi 24 septembre 2014, N° de pourvoi: 13-24583, inédit.**

<sup>944</sup> En effet, l'enfant n'est pas né en France et n'a pas la nationalité française.



l'enfant adopté simplement a acquis préalablement la nationalité française<sup>945</sup>, la décision est mentionnée ou transcrite sur les registres de l'état civil à la requête du procureur de la République. La mention de l'adoption simple est alors portée en marge de l'acte de naissance de l'adopté, dressé sur un registre français. En pareille hypothèse, l'adopté pourra figurer sur le livret de famille de ses parents adoptifs<sup>946</sup>.

**799 - Remarques.** L'ensemble de ces dispositions révèle les disparités qui existent entre le statut de l'adopté plénier et le statut de l'adopté simple face aux mesures de publicité. Une unification de ces mesures permettrait d'éviter, dans certains cas, que les parents adoptifs qui ont obtenu à l'étranger une adoption assimilable à une adoption simple ne présentent, en France, une requête en adoption plénière. Une telle disposition serait favorable au prononcé de l'adoption simple des enfants nés à l'étranger.

Toutefois, la Convention n'a qu'un domaine limité dans l'espace et ne s'applique pas à toute adoption présentant un élément d'extranéité dans la mesure où seules les adoptions impliquant un déplacement de l'adopté de l'Etat de sa résidence vers l'Etat de la résidence des parents adoptifs relèvent de ce texte. Le cas échéant, les candidats à l'adoption devront engager la procédure hors du cadre de la Convention de La Haye. Or, l'adoption internationale envisagée dans cette dernière hypothèse se heurte à l'absence, au Mali et au Sénégal, d'un cadre juridique adéquat pour la prise en charge des conflits.

## **Section 2. La création de règles de conflits de lois maliennes et sénégalaises**

**800 - Une double utilité.** Dans ce passage, nous nous plaçons en dehors du champ d'application de la Convention de La Haye de 1993. Les règles de conflit de lois que nous proposons ici vont être utiles aussi bien pour les adoptions couvertes par la Convention de La Haye de 1993 que pour les adoptions en dehors de cette convention. En effet, la Convention de La Haye de 1993 ne fixe pas de règles de conflits.

---

<sup>945</sup> Il faut alors que le jugement étranger soit revêtu de l'exequatur.

<sup>946</sup> D'après la Circulaire de 1999, préc., § 2.2.2. " L'adoption d'un enfant étranger par un Français ou par une personne étrangère résidant en France n'entraîne pas dans tous les cas la modification ou l'établissement d'actes de l'état civil. Sous certaines conditions, toutefois, l'adoption pourra avoir des incidences en matière d'acte de naissance et de livret de famille ".

**801 - Absence de règles de conflit en matière d'adoption au Mali et au Sénégal.** Le système juridique malien est marqué par l'absence de dispositions relatives aux conflits de lois en matière d'adoption. Or, l'adoption internationale est au cœur de conflits de lois au sens fort du terme. Les règles de droit internationale privé - la reconnaissance des décisions étrangères, la loi applicable à l'adoption prononcée au Mali restent des espaces vides. Or, les questions du droit international privé sont aussi des questions de conflits de lois. Lorsqu'il y a un élément d'extranéité dans une situation juridique, plusieurs lois peuvent avoir vocation à s'appliquer. Ce qui pose la question de savoir quelle loi il faut retenir. Une autre difficulté que soulève le droit international privé a trait à la question de l'efficacité des décisions étrangères. Dans le cadre de notre réflexion, nous retiendrons deux questions essentielles : la compétence législative et l'efficacité internationale des décisions. Aussi, conviendrait-il, de se pencher, dans un premier temps, sur la compétence législative, c'est-à-dire quelle loi le juge local doit appliquer lorsqu'on lui présente un dossier d'adoption d'un enfant Malien et Sénégalais, et l'efficacité internationale des décisions rendues dans ces deux pays à l'étranger (paragraphe 1), et, dans un second temps, sur le prononcé à l'étranger de l'adoption d'enfants maliens et sénégalais et l'efficacité au Mali et au Sénégal, de la décision qui a pu être prononcée à l'étranger (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. L'adoption internationale prononcée au Mali et au Sénégal**

**802 - Généralités.** La question de la compétence législative et de l'efficacité internationale des décisions rendues au Mali et au Sénégal n'est pas simple et se caractérise par un certain flou. Le droit international privé, au Mali et au Sénégal, est un droit qui n'est pas codifié. Pourtant, à propos de l'adoption internationale, il serait souhaitable que les législateurs malien et sénégalais y consacrent, dans leur Code de la famille une section entière intitulée " conflits de lois relatifs à l'adoption internationale ". Cela leur permettra de marquer ainsi leur intérêt pour cette matière dont l'importance et les multiples enjeux expliquent probablement la diversité d'approches et de solutions constatées en droit comparé<sup>947</sup>. Il convient de voir successivement la loi applicable à l'adoption internationale (A) et la reconnaissance à l'étranger des décisions rendues au Mali et Sénégal (B).

---

<sup>947</sup> Pour une vue d'ensemble de la question, v. BOULANGER (F.), *Enjeux et défis de l'adoption. Etude comparative et internationale*, Paris, Economica, 2001; OPPERTI BADAN (D.), "L'adoption internationale", *Rec. Cours. La Haye*, 1983, II, t. 180, pp. 295 et s.; GROFFIER (E.), "L'adoption en droit international privé comparé", *R.C.D.I.P.*, 1976, pp. 603 et s.

## **A. La loi applicable à l'adoption**

**803 - Conditions.** La générosité sincère de la démarche des adoptants ne doit pas masquer le caractère très délicat de l'adoption internationale. En effet, la question de l'adoption internationale est " à la fois sensible humainement, délicate diplomatiquement et complexe juridiquement "<sup>948</sup>. Elle se situe " au confluent de relations inter-étatiques et de relations privées et le droit, dans sa rigueur, doit embrasser de manière réductrice des rapports humains chargés d'affectivité "<sup>949</sup>. Parce que l'adoption internationale concerne des acteurs de nationalités différentes, un conflit peut surgir entre la loi nationale de l'adopté et celle de l'adoptant, c'est-à-dire le plus souvent la législation nationale et la loi étrangère, lesquelles ont toutes deux vocation à s'appliquer. En raisonnant avec le mécanisme du conflit de lois, l'hésitation naît de la recherche d'un rattachement approprié. Faut-il choisir la loi de l'adoptant ou celle de l'adopté ? Doit-on, au contraire, faire une application cumulative ou distributive des deux lois ? Faut-il préserver une place à la loi de la résidence habituelle de l'enfant ? Bref, l'adoption internationale devrait exiger, pour son prononcé dans ces deux pays, la recherche de rattachements appropriés non seulement pour ses conditions de fond (1) et de procédure (2), mais également pour ses effets (3).

### **1. Le rattachement des conditions de fond de l'adoption internationale**

**804 - Une certitude et une incertitude .** Il n'est pas contesté en droit international privé sénégalais qu'en tant qu'élément du statut personnel familial, les conditions de validité de l'adoption internationale relèvent de la compétence de la loi personnelle, en l'occurrence la loi nationale. Une incertitude apparaît en revanche en cas de différence de nationalités de l'adoptant et de l'adopté. Face à cette hypothèse, la doctrine internationale<sup>950</sup> permet de dégager deux grandes tendances : la tendance moniste et la tendance dualiste.

**805 - La tendance moniste.** Elle consiste à appliquer la loi de l'une des parties au lien de filiation adoptive. En faveur de la loi de l'adopté<sup>951</sup>, on fait valoir que le statut personnel de

---

<sup>948</sup> SALVAGE-GEREST (P.), La circulaire "Guigou" du 16 février 1999: quelles perspectives pour l'adoption internationale?, Droit de la famille 1999, chr. n° 14.

<sup>949</sup> ABOUT (N.), Rapport à la commission des lois du Sénat, sur la proposition de loi relative à l'adoption internationale, rapport n° 164 (2000-2001) (Annexe au procès verbal de la séance du 20 décembre 2000).

<sup>950</sup> HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et de LA PRADELLE (G.), Droit international privé, Paris, Masson, 1987, pp. 550-551; AUDIT (B.), Droit international privé, Paris, Economica, 7e éd., 2013, n° 751, pp. 650-651.

<sup>951</sup> Cette solution a été consacrée par certaines décisions françaises anciennes. v. par exemples: Paris, 16 nov. 1967, R.C.D.I.P., 1970, p. 293, note POISSON; TGI Beauvais, 12 oct. 1972, R.C.D.I.P., 1973, p. 703, 2e esp., note Foyer; TGI Avesnes-sur-Helpe, 21 mars 1975, R.C.D.I.P., 1975, p. 623, note LAGARDE.

l'adopté est le plus directement en cause, car c'est pour lui que l'adoption entraîne la transformation la plus profonde en créant une rupture plus ou moins radicale des liens avec son milieu d'origine<sup>952</sup>. En faveur de la loi de l'adoptant, on fait valoir que cette loi permet l'unité de la loi applicable lorsqu'une personne adopte des enfants de nationalité différente ; et que l'adopté vivra le plus souvent dans le pays de l'adoptant, dont il prendra fréquemment la nationalité<sup>953</sup>.

Mais les enjeux de l'adoption internationale sont, aujourd'hui, si grands et si divers que le choix de l'une ou de l'autre loi dépend en définitive d'autres considérations moins objectives, en tous cas, moins "neutres"<sup>954</sup>, que celles avancées ci-dessus. Il dépend en fait du statut de "donneur"<sup>955</sup> d'enfants adoptables, ou alors de celui de "demandeur" d'enfants adoptables de l'Etat qui élabore la règle de conflit<sup>956</sup>.

Les Etats "donneurs" d'enfants adoptables revendiquent très souvent l'application de la loi personnelle de l'enfant aux conditions de l'adoption et souvent le prononcé de celle-ci dans leurs pays<sup>957</sup>.

Les Etats "demandeurs" d'enfants adoptables souhaitent, quant à eux, l'application de la loi personnelle des adoptants, et souvent, la compétence de leurs tribunaux. La France en est une illustration parfaite<sup>958</sup>. Pour ce pays dans lequel environ quatre cinquièmes des adoptions prononcées concernent des enfants étrangers; pour ce pays classé, depuis quelques années

---

<sup>952</sup> HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et G. de La PRADELLE, op. cit., p. 550; AUDIT (B.), op. cit., n° 751, p. 650.

<sup>953</sup> HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et G. de La PRADELLE, op. cit., p. 550; AUDIT (B.), ibid., p. 551 et n°751, p. 651.

<sup>954</sup> Par exemple, on a pu relever, et à juste titre, que la compétence donnée par le droit français à la loi des adoptants conduisait presque toujours à la loi française et que "sous le couvert d'une règle neutre se dissimule une solution qui favorise la réalisation des adoptions souhaitées". Cf. ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006, p. 522; LAGARDE (P.), "La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification", R.C.D.I.P., 2001, p. 293.

<sup>955</sup> Cette expression est empruntée à AUDIT (B.), in Droit international privé, op. cit., n° 749, p. 649.

<sup>956</sup> Il a été démontré que si les pays de l'Afrique noire, les pays de l'Europe de l'Est, de l'Asie et de l'Amérique latine peuvent être considérés principalement comme des pays d'origine des enfants à adopter, les pays de l'Europe de l'Ouest et de l'Amérique du Nord peuvent quant à eux, être considérés principalement comme des pays d'accueil de ces enfants, avec en tête les Etats-Unis, suivis de la France. Cf. BOULANGER (F.), op. cit., pp. 17-21.

<sup>957</sup> BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), Traité de droit international privé, t. 2, 7<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 467; POISSON-DROCOURT (E.), "L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", préc., pp. 708-709.

<sup>958</sup> DANGLEHANT (C.), L'adoption par un couple ou un célibataire français d'un enfant à l'étranger, thèse, Lille 2, 1993.

déjà, deuxième mondial, après les Etats-Unis<sup>959</sup>, sous le critère du nombre d'enfants étrangers adoptés par an<sup>960</sup>, avec 2500 à la fin des années 80, 4136 en 2005, 3162 en 2007, 3017 en 2009<sup>961</sup>, quoi de plus normal que de hisser en premier plan la loi nationale de l'adoptant en cantonnant la loi nationale de l'adopté à un rôle dérisoire ? Tel était la démarche de la Cour de cassation dans l'affaire Torlet<sup>962</sup>: "Les conditions comme les effets de l'adoption sont régis, lorsque l'adoption est demandée par une seule personne, par la loi nationale de l'adoptant, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté"; ou encore, dans l'affaire Pistre<sup>963</sup>: "le contenu même du consentement de l'adoption - savoir s'il a été donné en vue de l'adoption simple ou d'une adoption plénière - doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté expresse ou présumée de la personne qui a consenti". De même dans sa législation ultérieure aux arrêts Torlet et Pistre, la Cour de cassation affirme, sur le fondement de l'article 370-3, alinéa 1er du Code civil, que : "Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant et, si l'adoption est le fait de deux époux, à la loi des effets de leur union".

**806 - Remarques et solutions prospectives.** Dans la classification des Etats du monde en "donneurs" ou "demandeurs" d'enfants adoptables, le Mali et le Sénégal font manifestement parties de la première catégorie : d'une part, pour une raison "théorique" tenant au fait qu'ils sont des pays d'Afrique Noire et qu'on a constaté, ces dernières années, une progression significative des adoptions africaines par les Etats "demandeurs" d'enfants adoptables<sup>964</sup>, et d'autre part, pour une raison "pratique" tenant à l'existence de quelques décisions jurisprudentielles maliennes et sénégalaises qui se prononcent en faveur de l'adoption d'enfants de ces deux pays par des Européens<sup>965</sup>, ou par des Maliens et Sénégalais demeurant

---

<sup>959</sup> LAROCHE-GISSEROT (F.), "L'adoption ouverte (open adoption) aux Etats-Unis: Règles, Pratiques, Avenir en Europe", R.I.D.C., 4- 1998, pp. 1095-1123.

<sup>960</sup> BOULANGER (F.), op. cit., p. 18.

<sup>961</sup> L'on attribue cette baisse apparente, ces dernières années, à des conditions trop contraignantes. Cf. AUDIT (B.), op. cit., note 2, p. 648. Pour plus de détails sur les statistiques de la Mission sur l'adoption internationale (Ministère de la Justice) en France, v. <http://www.France.diplomatie.fr/MAI/stat.html> ou [www.diplomatie.gouv.fr/mai/ind\\_last.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/mai/ind_last.html).

<sup>962</sup> Cass. civ. 1re, 7 nov. 1984, D., 1985, p. 459, note POISSON-DROCOURT, R.C.D.I.P., 1985, p. 533, 1re esp., note SIMON-DEPITRE, CLUNET, 1985, p. 434, note GAUDEMET-TALLON, Répert. Defrénois, 1985, p. 1006, obs. MASSIP.

<sup>963</sup> Cass. civ. 1re, 31 janv. 1990, R.C.D.I.P. 1990? P. 519, note POISSON-DROCOURT, JCP, 1991, II, 21635, note MUIR WATT, Gaz. Pal., 1990, 2, p. 481, note SURLESE, Répert. Defrénois, 1990, p. 961, obs. MASSIP.

<sup>964</sup> BOULANGER (F.), op. cit., p. 20.

<sup>965</sup> Cf. pour le Mali, Trib. De 1<sup>re</sup> inst. De la Commune V de Bamako, Jugement n° 201 du 19 mars 2007 où des époux de nationalité commune italienne demeurant en Italie adoptent un garçon malien de 2 ans); V. également

en Europe, notamment en France<sup>966</sup>. Fort du constat ainsi dégagé, on s'attendrait logiquement à ce que le Mali et le Sénégal soient plus favorables à la loi nationale de l'adopté.

**807 - Le rejet du monisme.** En l'absence d'un choix clair, et eu égard aux inconvénients avérés de l'application exclusive de la loi nationale de l'adopté<sup>967</sup>, comme de la loi nationale de l'adoptant<sup>968</sup>, il est préférable d'abandonner purement et simplement la voie moniste, car l'adoption étant par vocation un " lien " entre deux personnes physiques (l'adoptant et l'adopté) ou, éventuellement, entre deux personnes morales (le pays d'origine et d'accueil de l'adopté), il se révèle impossible de ne pas tenir compte de leurs lois respectives, même si c'est à des degrés variables. Ainsi se trouvent pleinement justifiés les exemples d'Etats cités plus haut pour illustrer la tendance moniste, qui, bien que marquant, selon leur statut de " donneurs " ou de " demandeurs " d'enfants adoptables, leur préférence pour la loi de l'adopté, dans le

---

Trib. De 1<sup>re</sup> inst. De la Commune V de Bamako, adoption plénière de l'enfant R. par les époux X et Y, de nationalité française demeurant en France, adoptent une petite fille de 3 ans, audience du 09 avril 2009; Tribunal de première instance de la Commune V du District de Bamako : jugement N°345 du 23 mars 2009 (adoption filiation) ; affaire les époux Carpentier et Claudine /contre la DNPEF . En l'espèce, il s'agissait de l'adoption plénière (par un couple français sans enfant biologique) d'une fille âgée de moins de 15 mois environ née à Bamako de parents inconnus ; Voir aussi, jugement N°327 du même tribunal , du 12 avril 2010 , affaire Dame C. Dumas / C. DNPEF ( adoption filiation de l'enfant K. par une française) ;

Cf. pour le Sénégal, Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement N° 1082 du 21 mai 2008 (adoption d'une fille sénégalaise de 2 ans par un couple de nationalité espagnole demeurant en Espagne); V. aussi, Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement N°2376 du 17 décembre 2008 ( adoption d'un enfant sénégalais de 5 ans par une Française établie en France). Voir dans le même sens, le jugement N°1567 DU 16 Juillet 2008 ( adoption d'un enfant sénégalais par un couple de nationalité Belge ).

<sup>966</sup> Pour le Mali, Voir jugement N°024 du tribunal de 1<sup>re</sup> instance de la Commune V de Bamako, audience du 09 janvier 2006, affaire les époux X et Y /C. DNPEF (adoption filiation de l'enfant Z par un couple malien établi en France);

Pour le Sénégal, voir Tribunal de première instance de Saint-Louis, 25-11-1975, adoption par les époux Diallo, Recueil de jurisprudence statut personnel, T..., credila, Dakar, p.211 ; V. aussi adoption plénière de Mariama Raphaëlle par les époux Cissé (établis en France), Trib. De 1<sup>re</sup> instance de Dakar, 9 février 1980, inédit., V. également Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, les jugements N°2129 du 02 septembre 2009 ; N° 2165 du 23 août 2009 ; N°2571 du 04 novembre 2009 ;N° 467 du 11 février 2009.

<sup>967</sup> Il a été reproché à l'application exclusive de la loi nationale de l'adopté, outre le risque d'entraîner une distorsion entre la loi applicable au prononcé de l'adoption et celle applicable aux effets dans la mesure où l'adopté a vocation à prendre la nationalité de l'adoptant, le fait de fermer hermétiquement la porte de l'adoption aux enfants de statut personnel prohibitif. Cf. MUIR WATT (H.), "Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale", préc.; HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et G. de G. de La PRADELLE, op. cit., p. 551; AUDIT (B.), op. cit., n° 751, p. 650.

<sup>968</sup> Il a été reproché à l'application exclusive de la loi nationale de l'adoptant, outre le sacrifice de l'intérêt de l'adopté défendu par sa loi nationale, le fait de favoriser des adoptions boiteuses au cas où la loi nationale de l'enfant ignore l'institution. Cf. HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et G. de G. de La PRADELLE, op. cit., p. 551; AUDIT (B.), op. cit., n° 751, p. 651.

premier cas, et pour la loi de l'adoptant, dans le second cas, prennent nécessairement en compte la loi de l'autre partie. En retenant notre proposition d'article relative à l'exigence d'une équivalence de normes maliennes et sénégalaises avec les normes du pays d'accueil de l'enfant, les législateurs de ces deux pays prendront en compte cette nécessité sus évoquée et préserveront les enfants maliens et sénégalais de tout risque de subir une adoption boiteuse à l'avenir.

**808 - La tendance dualiste.** Elle est celle qui exige l'application des deux lois nationales en présence. A priori, notre préférence porte sur cette tendance, mais il reste encore à opérer un choix entre l'application cumulative, qui consiste à appliquer conjointement les deux lois en présence et à n'admettre l'adoption internationale que si la loi de l'adopté et celle de l'adoptant l'admettent et dans les mêmes conditions, et l'application distributive, qui consiste à appliquer à chaque partie sa loi nationale.

**809 - L'application cumulative des lois en présence.** Elle a l'avantage d'empêcher une contrariété de statut, mais comme elle entraîne, en définitive, l'application de la loi la plus sévère, c'est-à-dire la plus restrictive, si chacune des deux lois se montre tour à tour la plus restrictive, on aboutira en fait à en fabriquer une troisième plus stricte que celles en présence, au détriment de l'adoption qui implique, on le sait, une diversité de conditions. L'application principalement cumulative des lois en présence n'est donc pas très compatible avec le statut de " donneur " d'enfants adoptables du Mali et du Sénégal, car elle risquerait de dissuader bon nombre de " demandeurs " d'enfants de ces deux pays.

**810 - L'application distributive des deux lois nationales<sup>969</sup>.** Elle s'avère ainsi plus opportune<sup>970</sup>. Dès lors, la loi de l'adoptant s'appliquerait aux conditions requises de l'adoptant

---

<sup>969</sup> V. partiellement en ce sens, l'article 844 du Code sénégalais de la famille qui, dans la solution hybride qu'il consacre, retient l'application distributive des lois de l'adoptant et de l'adopté aux conditions de l'adoption, la loi de l'adoptant pour les effets; et pour l'adoption par deux époux, la loi des effets du mariage pour les conditions et les effets de l'adoption. Cet article 844, intitulé, " Matières relatives au livre III" dispose que: "... Les conditions de l'adoption exigées de l'adoptant et de l'adopté sont régies par leur loi nationale respective. Ils doivent satisfaire aux conditions établies par l'une et l'autre loi lorsqu'elles les concernent tous les deux. Lorsque l'adoption est demandée par deux époux, les conditions exigées des adoptants sont régies par la loi qui gouverne les effets du mariage. Les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de l'adoptant et, lorsqu'elle a été consentie par deux époux, par la loi qui gouverne les effets du mariage."

<sup>970</sup> En dépit de l'exigence de l'équivalence de normes dans les pays d'origine et d'accueil de l'enfant que nous préconisons et qui pourrait à tort, croyons-nous, être interprétée comme la consécration de l'application cumulative des lois en présence.

(âge, statut matrimonial, etc.), et la loi de l'adopté déterminerait s'il est adoptable<sup>971</sup>. Mais pour les conditions bilatérales qui concernent de manière indivisible l'adoptant et l'adopté, comme la différence d'âge exigée entre les deux parties, la solution la plus apte à maintenir l'équilibre entre les deux lois nationales en présence serait de recourir à une application cumulative<sup>972</sup>, en dépit du grief de "rigorisme" qui lui est opposé, l'avantage ultime étant d'éviter des adoptions "boiteuses"<sup>973</sup>, ou des adoptions qui s'apparenteraient à des "enlèvements d'enfants"<sup>974</sup>, ou pire, à des "ventes d'enfants"<sup>975</sup>.

### **811 - Proposition d'introduction de textes.**

**Article 1** " L'adoption internationale ne peut être prononcée que si l'enfant est adoptable dans les conditions prévues par sa loi nationale et si la loi des adoptants est prise en considération ".

**Article 2** " L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée que si sa loi personnelle admet non seulement l'adoption, mais également autorise la forme d'adoption requise et la qualité des postulants à l'adoption. Toutefois, le respect de ces conditions ne doit en aucune manière porter atteinte à l'ordre public *national et aux bonnes mœurs* ".

Quid du rattachement de la procédure de l'adoption internationale ?

## **2. Le rattachement de la procédure de l'adoption internationale**

**812 - Compétence juridictionnelle.** Par transposition sur le plan international des règles ordinaires internes de compétence territoriale résultant de l'article 24 du Code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali<sup>976</sup> et de l'article 236<sup>977</sup> du Code sénégalais de la

---

<sup>971</sup> L'exception d'ordre public devant d'ailleurs jouer pour évincer la loi nationale étrangère qui heurte les conceptions fondamentales du for en matière d'adoption ou de mariage.

<sup>972</sup> On pourrait aussi, dans cette hypothèse, rompre l'équilibre entre la loi de l'adopté et celle de l'adoptant en faisant primer cette dernière. V. par exemple l'article 370-3, al. 1er du Code civil français.

<sup>973</sup> C'est-à-dire des adoptions internationalement non reconnues.

<sup>974</sup> AUDIT (B.), op. cit., n° 752, p. 652.

<sup>975</sup> Cf. TRILLAT (B.) et NABINGER (S.), "Adoption internationale et trafic d'enfants: mythes et réalités", Revue Internationale de Police criminelle (INTERPOL), 46, n° 428, janv.-fév. 1991, pp. 18-25; V. EGEEA, "Le déplacement illicite d'enfants", in LEBORGNE (A.) et BARRIERE-BROUSSE (I.) (ss. dir.), Actualité du droit international privé de la famille, PUAM, 2009, pp. 125-141.

<sup>976</sup> Cet article 24 (Décret n°99-254/P. RM du 15/09/1999 portant Code de Procédure Civile, Commerciale et Sociale du Mali, dispose que: "La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur. Le lieu où demeure le défendeur s'entend: s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où elle a son domicile ou sa résidence; s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie ou du lieu où est établie une succursale importante "

<sup>977</sup> Article 236, intitulé " Dépôt de la requête" dispose que "La requête aux fins d'adoption est présentée par la personne qui se propose d'adopter au tribunal de première instance de son domicile où si elle est domiciliée à



famille, les tribunaux maliens et sénégalais sont compétents lorsque la personne dont l'adoption est demandée, ou à défaut, le requérant, demeure selon les cas, au Mali ou au Sénégal. La consécration d'un tel privilège de juridiction fondé sur la nationalité malienne ou sénégalaise du demandeur ou du défendeur, traduit la vision restrictive de l'adoption internationale dans ces deux pays où l'adoptant est vu, à tort, forcément et exclusivement comme un étranger résidant à l'étranger et l'adopté forcément et exclusivement un Malien ou Sénégalais résidant dans l'un ou l'autre de ces pays. Ainsi, le tribunal territorialement compétent est généralement celui de la résidence de l'adopté, c'est-à-dire, en réalité, la résidence des parents de l'enfant (ou de ceux qui en tiennent lieu) ou celle du centre ou de l'organisme qui s'occupe de l'enfant.

**813 - Les règles processuelles.** La procédure de l'adoption internationale souffre d'une absence de réglementation dans les codes de la famille des deux pays. Seule la Convention de la Haye de 1993, ratifiée par le Mali et le Sénégal, a établi des règles procédurales propres à l'adoption internationale. Ainsi, en l'absence d'une réglementation interne propre à la procédure de l'adoption internationale dans ces deux pays, toutes les personnes qui se proposent d'adopter un enfant au Mali<sup>978</sup> et au Sénégal<sup>979</sup> doivent, se soumettre aux formalités requises par les lois maliennes et sénégalaises - dont il faut, le cas échéant, coordonner les dispositions avec celles de l'Etat d'origine ou de la résidence de l'adoptant -, en ce qui concerne notamment : les pièces à fournir, l'enquête sociale, les formes du consentement et le placement, etc.

Dans tous les cas, l'adoption est prononcée selon la *lex fori* malienne ou sénégalaise, c'est-à-dire selon la procédure judiciaire malienne et sénégalaise. Quid du rattachement des effets de l'adoption internationale ?

### **3. Le rattachement des effets de l'adoption internationale**

**814 - Deux thèses opposées.** L'adoption internationale, une fois prononcée, produit des effets pour lesquels il faut déterminer un rattachement approprié. A ce sujet, deux thèses s'opposent

---

l'étranger, du domicile de l'adopté; à défaut de tout autre tribunal, le Tribunal régional de Dakar est compétent. Il est obligatoirement joint à la requête un extrait de l'acte de naissance de l'enfant et une expédition du ou des consentements requis, sauf application des dispositions de l'article 233. Ceux qui ont consenti à l'adoption sont avertis de la date de l'audience, dans le délai d'ajournement augmenté, s'il y a lieu, du délai de distance."

<sup>978</sup> Il faut rappeler que l'article 540 du Code malien de la famille ne permet pas aux étrangers de solliciter une adoption plénière au Mali.

<sup>979</sup> Quelle que soit leur nationalité.

généralement. La première thèse prône le rattachement des conditions et des effets de l'adoption à la même loi. Elle se fonde sur le souci de respecter, dans le règlement des conflits de lois, le lien, très étroit en matière d'adoption, entre la sévérité des conditions et l'étendue de ses effets, ainsi que sur la réalisation par cette solution d'une véritable unité du statut législatif de l'adoption<sup>980</sup>. La deuxième thèse relativise, quant à elle, le caractère nécessaire du lien entre les conditions et les effets de l'adoption, et est donc favorable à la dissociation des règles de rattachement<sup>981</sup>. Cette deuxième thèse qui a déjà fait ses preuves dans d'autres domaines, notamment en matière de mariage<sup>982</sup> ou de filiation par le sang<sup>983</sup>, et qui est par ailleurs très courante à l'étranger, sans qu'on y signale de difficultés particulières<sup>984</sup>, est celle qui emporte notre conviction pour les contextes malien et sénégalais. Le rattachement des conditions de l'adoption internationale ayant déjà été déterminé plus haut, il reste, pour ses effets, à choisir entre la loi de l'adopté<sup>985</sup>, en faveur de laquelle est généralement invoqué l'intérêt de l'enfant adoptif, et la loi de l'adoptant plus fréquemment admise<sup>986</sup>. Bien que pour la majorité des adoptions internationales prononcées au Mali et au Sénégal, la loi de l'adoptant conduira nécessairement à une loi étrangère, la soumission des effets de l'adoption à cette loi semble devoir s'imposer par le fait que c'est dans le milieu social de l'adoptant que l'adoption va dérouler pleinement ses effets, l'adopté étant appelé à s'intégrer plus ou moins totalement dans la famille de l'adoptant dont il prendra fréquemment la nationalité.

---

<sup>980</sup> En ce sens v. ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., p. 522, AUDIT (B.), op. cit., n° 756, p. 658.

<sup>981</sup> En ce sens v. MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, 11ème éd., LGDJ, 2014, p. 461, n° 635.

<sup>982</sup> Où l'on distingue la loi applicable aux conditions de formation du mariage de celle applicable à ses effets.

<sup>983</sup> Où l'on distingue la loi applicable à l'établissement de la filiation de celle applicable à ses effets.

<sup>984</sup> LAGARDE (P.), "La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification", préc., p. 292, citant, par exemple, au Portugal, l'art. 60 et 57 du code civil, prévoyant, en cas d'adoption par deux époux de nationalité différente et sans résidence habituelle commune, la loi du pays avec lequel la vie du couple a les liens les plus étroits pour les conditions de l'adoption et la loi nationale de l'adopté pour les effets; en Grèce, la loi du 30 déc. 1996, prévoyant l'application distributive des lois de l'adopté et des adoptants aux conditions de l'adoption et l'application en première ligne de la loi nationale des adoptants aux effets; en Slovénie, la loi sur le droit international privé et la procédure du 30 juin 1999, prévoyant l'application cumulative des lois nationales des adoptants et de l'adopté aux conditions de l'adoption et la loi de la résidence commune de l'adoptant et de l'adopté aux effets, en cas de nationalité différente; en Espagne, les articles 9-5 et 9-4 du code civil, prévoyant respectivement l'application de la loi espagnole aux conditions de l'adoption et l'application de la loi personnelle de l'adopté aux effets.

<sup>985</sup> Exemple, art. 9-4 du code civil espagnol; art. 60 et 57 du code civil portugais.

<sup>986</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et P. De VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10ème éd., Dalloz 2013, p. 481, n° 359-2, et p. 488, n° 360-7 ; Cass. civ. 1re, 7 nov. 1984, affaire Torlet préc.; Cass. civ. 1re, 12 nov. 1986, Clunet, 1987, p. 332, note GAUDEMET-TALLON, R.C.D.I.P., 1987, p. 557, note POISSON-DROCOURT ; loi grecque du 30 déc. 1996.

**815 - Proposition de texte.** Aussi pouvons-nous conclure que les effets de l'adoption internationale sont ceux de la loi malienne/sénégalaise. Toutefois, ils pourront être soumis, par le juge et lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le requiert, à la loi nationale de l'adoptant, s'il est seul, et à la loi des effets du mariage, en cas d'adoption par un couple marié, c'est-à-dire à la loi nationale commune des parents adoptifs, et à défaut, à la loi du domicile commun.

La loi des effets de l'adoption internationale ainsi retenue déterminera en premier lieu les effets propres de celle-ci : ses conséquences sur les liens de l'adopté avec sa famille d'origine (en précisant selon qu'elle opère ou non une rupture totale de l'enfant avec sa famille d'origine et qu'elle réalise ou non une assimilation complète avec le statut de l'enfant légitime), sa durée, sa transformation ou révocation éventuelle, les liens qu'elle crée avec la famille de l'adoptant. Elle déterminera en second lieu les conséquences du fait qu'il s'agit d'un lien de filiation, c'est-à-dire les rapports personnels et patrimoniaux entre adoptant et adopté.

## **B. La reconnaissance à l'étranger des décisions rendues au Mali et au Sénégal**

**816 - Adoption prononcée au Mali et au Sénégal et invoquée à l'étranger.** Il s'agit là du problème de l'efficacité internationale des décisions locales à l'étranger. Compte tenu de la diversité des pays intervenants dans l'adoption internationale d'enfants maliens et sénégalais, nous prenons la France comme pays étranger de référence. Ce choix se justifie doublement : le Mali fait partie des cinq premiers pays dont sont originaires les enfants adoptés en France. Près d'une centaine d'enfants maliens de moins de cinq ans, abandonnés, sans filiation connue ou déclarés pupilles, étaient accueillis tous les ans en France<sup>987</sup>; par ailleurs, la France présente la spécificité de travailler avec un nombre important de pays d'origine (une soixantaine) et elle a réalisé en 2009, 991 adoptions en Afrique<sup>988</sup>. Dans l'hypothèse d'une adoption avec création des liens de filiation entre les deux pays et la France, c'est la Convention de La Haye de 1993 qui s'applique. En revanche, lorsque l'adoption n'est pas couverte par ladite convention, telle que l'adoption-protection du droit malien, le problème de la reconnaissance d'une telle adoption à l'étranger se pose. Cette dernière hypothèse constitue le fondement de la présente question consacrée à la reconnaissance à l'étranger des décisions rendues au Mali et au Sénégal.

---

<sup>987</sup> Cf. VASSALLO (B.), "La réception en France des décisions étrangères d'adoption", in *Droit international privé*, revu, éd. PEDONE (A.), années 2010-2012, communication du 28 janvier 2011, p. 66.

<sup>988</sup> V. VASSALLO (B.), *ibid.* p. 52.

Pour l'aspect qui intéresse cette partie, à savoir la reconnaissance en France d'une décision d'adoption prononcée au Mali et au Sénégal, il faut observer qu'en ce domaine, les principes sont bien établis mais c'est plutôt un problème de cohérence qui se pose. En cette matière, le principe est simple et surprend quand on l'énonce. Les décisions d'adoption prononcées à l'étranger produisent immédiatement tous leurs effets en France sans qu'il soit nécessaire de leur accorder un exequatur<sup>989</sup>, c'est l'effet immédiat de plein droit des décisions étrangères rendues en matière d'état des personnes, cela veut donc dire qu'une décision d'adoption prononcée à l'étranger produit, sans qu'on ne la soumette à un contrôle juridictionnel quelconque en France, des effets de plein droit et cela, dès son prononcé à l'étranger, indépendamment de toute mesure de transcription ou de publicité.

Evidemment, cette efficacité immédiate est subordonnée à la régularité internationale de la décision<sup>990</sup>. On va s'interroger si le juge était bien internationalement compétent, on va s'interroger sur le point de savoir si cette décision ne heurte pas l'ordre public, on va s'interroger sur le point de savoir si la loi appliquée était bien la loi compétente, s'il n'y a pas eu de fraude. Mais ce contrôle de la régularité de l'adoption internationale n'intervient que si quelqu'un le provoque, c'est-à-dire que si quelqu'un a intérêt à démontrer que la décision est irrégulière sur le plan international. Donc, si personne ne bouge, la décision produit ses effets en France, immédiatement dès son prononcé à l'étranger et c'est seulement le jour où quelqu'un peut y avoir un vice d'irrégularité internationale qu'il pourra introduire une action en inopposabilité, par exemple, pour démontrer que les conditions de régularité internationale ne sont pas remplies. Le contrôle de régularité est important dans la mesure où la décision étrangère va pénétrer l'ordre juridique français sans aucun contrôle a priori. Par ailleurs, une autre question est de savoir quels effets la décision étrangère ainsi reconnue en France va-t-elle entraîner ?

**817 - Adoption plénière ou simple ?** C'est là où les difficultés commencent, cette décision étrangère ne va provoquer en France que les effets qui lui sont propres. Elle ne peut pas produire plus d'effets qu'elle n'en produirait dans l'Etat d'origine, donc il va falloir s'interroger sur le type d'adoption que le juge étranger a voulu prononcer puisqu'en France, il existe deux

---

<sup>989</sup> V. en ce sens SALVAGE-GEREST (P.), " Adoption internationale ", in Droit de la famille, 6ème éd. Dalloz, 2013, op. cit. p. 831. note 224.71.

<sup>990</sup> V. SALVAGE-GEREST (P.), *ibid.* p. 832, note 224.71. Pour l'auteur, les décisions étrangères ne peuvent néanmoins " produire tous leurs effets en France qu'après que leur opposabilité y aura été contrôlée. Il serait surprenant, par exemple, que soit conférée à l'enfant la nationalité française à partir d'une décision étrangère non vérifiée ".

type d'adoption: l'une est simple et l'autre est plénière. Il va falloir opérer une opération de qualification, mettre en transparence l'adoption prononcée à l'étranger et les deux types d'adoption françaises pour voir à quoi correspond l'adoption qui a été prononcée à l'étranger. Cela est une opération extrêmement délicate à faire sur le plan intellectuel et l'on s'aperçoit que très souvent cette opération conduit à décider que l'adoption qui a été prononcée à l'étranger n'est en fait, en France, équivalente qu'à une adoption simple, voire à une simple délégation d'autorité parentale. La raison tient au fait que la France a une conception extrêmement exigeante de l'adoption plénière : couper irrévocablement et définitivement, les liens de l'enfant avec sa famille d'origine. Afin d'éviter toute incertitude sur les effets de la décision étrangère en France, les adoptants introduisent soit une action en reconnaissance ou en exequatur<sup>991</sup>, soit une requête en adoption plénière<sup>992</sup>. Dès lors, il est fait droit à la volonté d'éradiquer les parents biologiques de la vie des enfants adoptés.

**818 - Critique.** Si l'adoption prononcée à l'étranger est qualifiée "d'adoption plénière", l'enfant étranger, adopté par un parent français est depuis sa naissance, sans aucune formalité, français. Cet effet attributif de plein droit de la nationalité française est critiquable, surtout lorsque l'on sait que l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption qualifiée "d'adoption simple" à l'étranger ne pourra devenir français qu'une fois obtenu l'exequatur de cette décision d'adoption. Il y a donc une espèce de rupture d'égalité, il n' y a pas de symétrie entre l'acquisition et l'attribution de la nationalité française.

Par ailleurs, à propos de la conversion d'une décision d'adoption prononcée à l'étranger en une adoption simple ou plénière, le juge français s'est plusieurs fois prononcé contre, chaque fois que la décision d'adoption étrangère ne créait pas un lien de filiation, comme contraire à la conception française de l'adoption.

**819 - La position de la jurisprudence française.** En effet, dans une décision<sup>993</sup> relative à l'adoption internationale d'un enfant malien, le juge s'est prononcé non seulement sur la

---

<sup>991</sup> V. Cour d'appel de Versailles Chambre 1, section 1, 20 Mars 2014 , N° 13/03655, JurisData : 2014-006136.

<sup>992</sup> Sur le choix entre les deux procédures, v. POISSON-DROCOURT (E.), L'adoption internationale, chron. préc., p. 673.

<sup>993</sup> Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 janvier 2011, 09-68.504, Publié au Bulletin 2011, I, n° 6. Voy. Commentaire FARGE (M.), "Quel effet produit un jugement adoption-protection de droit malien déclaré exécutoire en France ?" Droit de la famille n° 3, Mars 2011, comm. 46. L'auteur affirme, dans son commentaire, que cette forme d'adoption malienne est " Stimulante pour ceux qui réfléchissent en France à un statut du tiers éduquant l'enfant, pareille institution étrangère pose de sérieuses difficultés lorsqu'il s'agit de l'accueillir en

conversion de l'adoption, mais également a posé le problème de l'exequatur des décisions étrangères en France. Cette jurisprudence française révèle qu'une décision étrangère ne peut produire en France plus d'effets qu'elle n'en a dans son pays d'origine. Une fille de treize ans, de nationalité malienne, avait fait l'objet d'une adoption-protection par l'épouse de son père selon un jugement prononcé au Mali en 2005. Cette épouse avait saisi le juge français de l'exequatur auquel elle avait demandé de dire que le jugement malien serait exécutoire en France et y produirait les effets d'une adoption simple. Cette transformation de l'adoption-protection en adoption simple est refusée par le juge en application du droit interne français. La question était de savoir si ce jugement malien pouvait avoir les effets d'une adoption simple en France. Ce type de question est très courant en matière d'adoption internationale. La Cour de cassation a donné une réponse négative. Selon elle, l'institution malienne en question ne peut entrer dans la catégorie des adoptions françaises, « faute de créer un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant », lequel est « de l'essence de l'adoption en droit français »<sup>994</sup>. M. FARGE, critiquant cette décision, s'est posée les questions suivantes : " quels seront, alors, les effets du jugement étranger en France ? Introduit-il sur notre territoire une institution juridique non identifiée ou doit-on l'assimiler, faute de mieux, à la délégation d'autorité parentale de droit français ? " Pour l'auteur, " cette dernière solution avait été retenue par les juges du fond conformément à une jurisprudence déjà éprouvée en matière de kafala ". Le Code Civil français précise que les effets de l'adoption prononcée à l'étranger sont ceux de la loi française en matière d'adoption simple si le lien de filiation préexistant n'est pas rompu<sup>995</sup>. Il résulte donc de l'arrêt commenté que, même si le jugement malien a été déclaré exécutoire en France en vertu d'un accord franco-malien de 1962, les juges ont rappelé que l'adoption-protection du droit malien ne crée pas de lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté , le jugement ne peut dans ces conditions que produire les effets d'une délégation de l'autorité parentale<sup>996</sup> et non d'une adoption simple. Selon le Code malien des personnes et de la famille, l'adoption-protection a pour objet d'assurer l'entretien, l'éducation, la protection matérielle et morale de l'enfant. Elle opère transfert de l'autorité parentale, de la résidence de l'enfant mais elle ne confère aucunement comme en France le nom de l'adoptant (art. 363 C.

---

France. Elle n'est, en effet, pas assimilable à nos catégories parce qu'elle penche vers la parenté par ses effets (obligation alimentaire, succession) mais relève dans son essence de la parentalité car elle ne crée pas un lien de filiation."

<sup>994</sup> FARGE (M.), *ibid.*

<sup>995</sup> V. article 370-5 du Code Civil français

<sup>996</sup> V. art. 371-1 s. et 372 s. C. civ.

civ.). Pour la Cour de cassation, l'adoption-protection de droit malien ne crée pas de droit de filiation, elle doit donc être assimilée à une délégation d'autorité parentale.

**820 - Remarques.** L'ensemble de ces démarches permet de qualifier l'adoption prononcée à l'étranger et ainsi de déterminer certains effets qu'elle est susceptible de produire notamment, sur la nationalité et l'état civil de l'adopté. Ils sont révélateurs également de la volonté d'effacer l'altérité de l'enfant étranger adopté.

## **Paragraphe 2. L'adoption prononcée à l'étranger**

**821 - Adoptions prononcées en France et leur reconnaissance au Mali et au Sénégal.** L'étude s'intéresse à l'hypothèse où l'adoption a été rendue en dehors du cadre de la Convention de La Haye de 1993 puisque dans l'hypothèse contraire c'est la Convention de La Haye de 1993 qui s'applique. Il convient de voir successivement le prononcé en France de l'adoption d'enfants Maliens et Sénégalais (A) et la reconnaissance au Mali et au Sénégal des décisions rendues en France (B).

### **A. L'adoption d'enfants Maliens et Sénégalais prononcée en France**

**822 - Evolution.** Depuis longtemps la question soulève des débats en France. Avant la loi du 6 février 2001<sup>997</sup>, il existait un certain flou et un certain relativisme sur cette problématique en France. En l'absence d'un droit international codifié, la doctrine exerçait cependant une influence certaine sur les milieux décisionnels. Il était revenu à la doctrine d'esquisser des solutions. Mais la jurisprudence aussi a contribué à alimenter les débats. Pour répondre à la problématique posée, il y avait donc peu de ressources dans le droit français, peu de ressource également dans la loi internationale. Il existait des traités divers dont la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant. Toutefois, cette convention n'apportait pas de réponse précise aux questions qui se posent autour de l'adoption.

Les difficultés juridiques tenaient essentiellement au fait que les spécialistes étaient obligés, dans le domaine de l'adoption d'enfants étrangers, d'articuler des législations extrêmement dissemblables. La filiation adoptive française est très particulière. Elle n'est pas un type

---

<sup>997</sup> Pour des commentaires sur cette loi, voir notamment BOULANGER (F.), Une réforme médiatique mais porteuse de controverses : la codification de l'adoption internationale, D. 2001, point de vue, p. 708 ; BARRIERE-BROUSSE (I.), La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, RRJ 2001-4, p. 1299 ; DONNIER (J-B.), " Actualité de l'adoption internationale ", in Actualité du droit international privé de la famille, PUAM, 2009, p. 45

universel, car il y a autant d'adoptions que de pays, que de législations. Or, ce qu'attendaient les parents français, c'était une adoption française avec des caractéristiques françaises.

Bien souvent, la législation nationale de l'enfant prévoit une adoption qui est fort différente de l'adoption plénière française. En même temps, certains pays ignorent, voire prohibent, la création d'un lien de filiation adoptif ou du moins, lorsqu'ils reconnaissent l'adoption plénière, l'interdisent aux étrangers, c'est le cas du Mali depuis l'adoption de la loi de 2011.

**823 - Avant la loi du 6 février 2001.** Les Solutions qui avaient cours en France avant la loi du 6 février 2001 avaient été fixées par la doctrine et par la jurisprudence. Plus précisément, la Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises et de façon assez ferme, à deux reprises, en 1984 et en 1990. En France, depuis l'intervention des arrêts Torlet et Pistre<sup>998</sup>, il est acquis que la loi de l'adopté doit être consultée pour déterminer les conditions du consentement et de la représentation de l'adopté. C'est donc à la loi nationale de l'adopté de déterminer les personnes aptes à consentir. Ce consentement ne constitue pas un cadre vide, une simple formalité dont la finalité serait seulement d'obtenir un visa de sortie. Il est le sésame qui permet à un français d'adopter un enfant sénégalais sous la forme simple ou plénière.

Il avait été décidé que le juge français devait appliquer la loi de l'adoptant en ce qui concerne les conditions de l'adoption, de même d'ailleurs que les effets de cette adoption. Cela revenait à dire, schématiquement, que la loi française régit les conditions et les effets de l'adoption d'un enfant étranger, mais, en même temps, on a voulu tenir compte des conditions juridiques du pays d'origine de l'enfant et il a été réservé une certaine place à la loi nationale de l'adopté. Les modalités du consentement et la représentation de l'adopté sont régies par la loi nationale de l'adopté.

Donc, il y a une compétence de principe de la loi de l'adoptant pour déterminer les conditions et les effets de l'adoption et une compétence résiduelle de la loi nationale de l'adopté pour définir les modalités de consentement ou la représentation de l'enfant. Ce qui veut dire que l'adoption va être régie par une loi unique en ce qui concerne la création du lien et les effets de ce lien. Mais en même temps, la loi de l'adopté doit être observée. Les personnes qui doivent consentir à l'adoption de l'enfant et les formes de ce consentement sont régies par la loi de l'adopté. Lorsqu'un dossier d'adoption d'un enfant étranger est présenté en France, il

---

<sup>998</sup> MUIR-WATT (H.) in Rapport pour le Conseil d'Etat préc., p. 10.



doit y avoir un consentement à l'adoption, donné par les personnes qui ont compétence à consentir selon la loi nationale de l'enfant et ce consentement doit être donné dans les formes locales, c'est-à-dire dans les formes prévues par la loi nationale de l'adopté.

Cette solution entraîne une difficulté car elle suscite la question suivante: " que fait-on lorsqu'on est en présence d'un enfant qui est ressortissant d'un pays dont la loi interdit l'institution même de l'adoption ? " Les pays du Maghreb, à l'exception de la Tunisie, interdisent la création d'un lien de filiation adoptive.

A propos, deux courants s'opposaient. Celui favorable au prononcé de l'adoption en présence d'un enfant de statut prohibitif et celui opposé à cette forme d'adoption.

**824 - Le courant favorable à l'adoption.** Ce courant opte pour un rôle prééminent de la loi française, désignée à titre de loi d'un ou des adoptants. Ce choix s'appuie sur "une certaine favor adoptionis, érigée en principe parce qu'identifiée d'avance au plus grand intérêt de l'enfant"<sup>999</sup>. Cette option permet d'écarter les différences existant avec le pays d'origine de l'enfant, qui est considéré, quelle que soit sa nationalité, comme adoptable sous la forme simple ou plénière. Cette option repose ainsi sur une adoptabilité ouverte : l'adoptabilité est influencée par les effets de l'adoption recherchée, généralement l'adoption plénière. C'est le courant qui voudrait consacrer un droit à l'adoption ; ce courant invoque la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant. D'après ce courant, lorsque l'application de la loi de l'adopté conduit à l'impossibilité de prononcer l'adoption, on n'applique plus la loi de l'adopté et on revient à la loi de l'adoptant pour prononcer l'adoption, car il est de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il ait une famille adoptive et il est de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il puisse s'insérer convenablement dans son pays d'accueil. Donc il faut pouvoir prononcer l'adoption même lorsque l'on est en présence d'un enfant qui est ressortissant d'un pays qui interdit l'adoption.

**825 - Le courant défavorable à l'adoption.** D'après ce courant, on ne peut pas ignorer la loi du pays d'origine de l'enfant. Prononcer une adoption, au mépris de la loi nationale de l'adopté, revient à lui faire un cadeau empoisonné parce que le lien qui sera créé en France n'aura aucun effet dans son pays d'origine. On créerait ainsi un lien de filiation boiteux. C'est ce qu'on appelle une situation familiale boiteuse, il sera réputé être l'enfant des parents adoptifs en France mais restera rattaché à ses parents biologiques dans son pays d'origine

---

<sup>999</sup> CARBONNIER (J.), Droit civil - La famille, PUF, Thémis, droit privé, t.2, 21ème éd., 2002, p. 501, n°369.

parce que, par exemple, les autorités algériennes refuseront de reconnaître une décision ayant prononcée une adoption d'un enfant algérien en France. Pour ce courant, une intervention accrue de la loi de l'enfant en matière d'adoptabilité permettrait, à l'inverse, que ce soit l'adoptabilité de l'enfant qui conditionne les effets de l'adoption finalement prononcée. Cette autre option reposerait sur une adoptabilité ciblée : qualifiée de simple, elle ne permettrait que le prononcé d'une adoption simple ; qualifiée de plénière, elle ne permettrait que le prononcé d'une adoption plénière.

La nécessité d'une adoptabilité ciblée résulte ainsi d'une critique de la prééminence de la loi étrangère (française) en matière d'adoptabilité et d'une démonstration du caractère justifié d'une intervention accrue de la loi nationale de l'enfant en matière d'adoptabilité.

Entre ces deux courants, les tribunaux et les cours français étaient partagés de sorte qu'il est apparu à la juridiction unificatrice, à savoir la Cour de cassation, de dire le droit puisque le législateur ne voulait pas assumer cette tâche.

**826 - La solution retenue par la Cour de cassation.** Dès la fin des années 80, la Cour de cassation avait élaboré une jurisprudence plutôt tolérante à la suite des arrêts Torlet<sup>1000</sup>, Pistre<sup>1001</sup>, Moreau<sup>1002</sup> et Fanthou<sup>1003</sup>. Le résultat a été la possibilité de prononcer l'adoption d'enfants "confiés" aux demandeurs par les autorités judiciaires ou administratives de leur pays, alors même que ces autorités agissaient au nom d'un système juridique prohibant ou ignorant l'adoption<sup>1004</sup>.

---

<sup>1000</sup> Cass. 1ère Civ., 7 novembre 1984, n° 83-12.897, Bull., I, n° 294 ; Rev. crit. DIP 1985, p. 533, note SIMON-DEPITRE ; D. 1985, 459, note POISSON-DROCOURT (E.) ; Clunet, 1985, 434, note GAUDEMET-TALLON.

<sup>1001</sup> BOULANGER (F.), Adoption plénière : rôle du ministère public et loi applicable au consentement à l'adoption d'un enfant étranger, D. 1991 p. 105 ; HAUSER (J.), Conditions de l'adoption : droit interne et international, RTD Civ. 1991 p. 308 ; RUBELIN-DEVICHI (J.), Pour l'abandon partiel de la fiction créée par l'adoption, D. Civ. 1990 p. 263).

<sup>1002</sup> Cass. 1ère Civ., 1er juin 1994, n° 92-18.057, Bull. civ. I, n° 196, Rev. crit. DIP 1994, p. 654, note MUIR-WATT (H.) ; D. 1995, jur., p. 261, note POISSON-DROCOURT (E.), Adoption internationale : la recherche de la volonté exprimée par les personnes ayant consenti à l'adoption doit s'opérer par référence aux termes employés dans les actes dressés en application de la loi nationale de l'adopté.

<sup>1003</sup> Cass. 1ère Civ., 10 mai 1995, n° 93-17.634, Bull., I, n° 198, obs. LARRIBEAU-TERNEYRE, Rejet de la requête en adoption plénière d'un enfant marocain, sa loi nationale ne connaissant pas une telle institution, D. 1995 p. 544 ; obs. MONEGER (F.), Adoption internationale. Loi personnelle de l'enfant adopté prohibant l'adoption, RTD. sanit. soc. 1995 p. 606 ; obs. MUIR-WATT (H.), De l'adoption d'un enfant que sa loi personnelle prohibe, Rev. crit. DIP, 1995 p. 547.

<sup>1004</sup> V. Cass. 1re civ., 1er juill. 1997, Lorre : Dr. famille 1997, comm. 119 et nos obs. ; JCP G 1997, II, 22916, note GARE (T.) ; D. 1998, jurispr. p. 187, note POISSON-DROCOURT (E.) ; Rev. crit. DIP 1997, p. 706, (1re esp.), Note MUIR-WATT (H.) ; JDI 1997, p. 973, note MONEGER (F).

Les solutions à cette question relative à l'admissibilité d'un enfant qui est ressortissant d'un pays qui a une attitude restrictive, prohibitive à l'égard de l'adoption, n'était pas établie avant la loi du 6 février 2001<sup>1005</sup>. Toutefois, depuis l'avènement de loi du 6 février 2001 en France, le problème a été résolu.

**827 - Avec l'avènement de la loi du 6 février 2001.** L'attendu de principe énoncé par la Cour de cassation dans l'arrêt Fanthou du 10 mai 1995 qui permet de prononcer l'adoption par des français, d'un enfant dont la loi personnelle prohibe l'adoption, enfant marocain en l'occurrence, suscitait beaucoup de débats. L'une des questions était celle de la conformité d'une telle solution avec les conventions internationales ratifiées par la France, la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et la convention de La Haye du 29 mai 1993 en matière d'adoption internationale<sup>1006</sup>.

Les multiples hésitations de la jurisprudence<sup>1007</sup> ont provoqué l'intervention d'une loi du 6 février 2001 fixant un régime introduit aux articles 370-3 à 370-5 du Code civil. Cette loi distingue deux séries de cas selon que la loi de l'enfant prohibe l'adoption ou non.

**828 - Cas où la loi de l'enfant prohibe l'adoption.** Dans ce cas, l'enfant n'est purement et simplement pas adoptable : " l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution " (art.370-3 al.2). Certains droits (marocain et algérien notamment) connaissant une institution proche, dite kafala, la Cour de cassation a été appelée à en examiner la nature : elle a jugé qu'il ne s'agit que d'une prise en charge et protection de l'enfant, sans lien de filiation (du point de vue successoral notamment), de sorte que l'adoption

---

<sup>1005</sup>La Cour de cassation a tout d'abord admis dans l'arrêt Torlet qu'une adoption plénière pouvait être prononcée malgré l'ignorance de cette forme d'adoption par la loi de l'adopté. La Cour a néanmoins jugé le contraire dans l'arrêt Pistre et dans un nouvel arrêt du 1er juin 1994 (Cass. 1re civ. : Rev. crit. DIP, p. 547, note MUIR WATT (H.)). La Cour semble être revenue une nouvelle fois sur sa position en estimant le 10 mai 1995 qu'il était possible d'établir un lien de filiation adoptive avec un enfant dont le statut personnel l'interdisait (Cass. 1re civ., 10 mai 1995 : Rev. crit. DIP 1995, p. 547, note MUIR WATT (H.)). Néanmoins la Cour de cassation ne semble plus cautionner cette interprétation dans la mesure où elle vient récemment de juger que "les dispositions du Code Marocain du statut personnel (étant) applicables, une cour d'appel décide à bon droit que ces dispositions, qui prohibent l'adoption, ne sont pas contraires à l'ordre public international" (Cass. 1re civ., 19 oct. 1999 : Bull. civ. I, n° 282, p. 184).

<sup>1006</sup> Sur cette question de l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle interdit l'adoption, V. MUIR-WATT (H.) : Rev. crit. DIP 1999, p. 469. — FAVIER (Y.), L'adoption de l'enfant étranger : statut de l'enfant et portée de sa loi personnelle : Dr. famille 1999, chron. n° 9.

<sup>1007</sup> Admettant parfois la possibilité d'adopter ces enfants avec le consentement éclairé de son représentant légal (Civ. 1re, janvier 1990, D. 1991.105, note BOULANGER. - 10 mai 1995, Bull. civ. I. n°98; D. 1995.544, note LARRIBAU-TERNEYRE), puis la refusant (Civ. 1re, 1er juillet 1997, JCP 1997.II.22916, note GARE), puis l'admettant de nouveau (Civ. 1re, 16 décembre 1997, JCP 1998.II.10816, note GARE).

des enfants en provenance de ces pays n'est pas permise<sup>1008</sup>, sans que cela ne heurte la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. La "doctrine" de la Cour de cassation est désormais clairement établie. Des cours d'appel ayant prononcé l'adoption d'un mineur maghrébin confié en Kafala se sont vu censurées pour violation de l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil : en statuant ainsi, alors qu'il ressort de leurs propres constatations, que la loi étrangère interdit l'adoption, que la Kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, le mineur n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, ces cours ont violé l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil<sup>1009</sup>.

Le texte prévoit cependant une exception, pour le cas où l'enfant "est né et réside habituellement en France" : il est alors adoptable malgré sa loi nationale, ce qui démontre que ce qui est en cause, c'est l'interdiction d'adopter des enfants en provenance de pays ignorant l'adoption, plutôt que le respect de la loi de leur nationalité.

**829 - Cas où la loi de l'enfant, sans pour autant prohiber l'adoption, l'interdit aux étrangers.** L'exemple le plus illustratif se trouve dans le Code malien des personnes et de la famille. Ce texte en son article 540, interdit l'adoption filiation aux étrangers.

**830 - Critique de la disposition prohibitive malienne.** La position malienne aboutit à une appréciation abstraite et définitive des situations qui marquent une méfiance à l'égard de la médiation du juge. Des grands principes sont mis en avant : souveraineté des États, moralisation de l'adoption internationale et respect de la culture d'origine. Ceux-ci ne sont pas en eux-mêmes contestables. Mais la raideur de l'application vient bafouer la réalité des pratiques. Manifestement, le législateur a du mal à articuler deux impératifs : le collectif et l'individuel ; l'action politique et l'effet concret de certaines décisions. La primauté a été accordée à une approche abstraite des questions d'adoption internationale. Reste à savoir si cette position résistera à la situation concrète des nombreux enfants maliens en besoin d'adoption mais non adoptés faute de demandeurs maliens.

Ainsi, il faut s'interroger sur l'opportunité et même sur l'efficacité de cette prohibition dans la mesure où elle peut être contournée par des étrangers, grâce au droit de la nationalité, après

---

<sup>1008</sup> Civ. 1re, 10 octobre 2006, Bull. civ. I n°431 et 432; JCP 2007. II. 10072, note FARGE (M.).

<sup>1009</sup> MURAT (P.), Droit de la famille, in La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala n°1, janvier 2009, dossier 8.

avoir obtenu une adoption-protection<sup>1010</sup>. A titre d'illustration, des candidats français à l'adoption pourraient utiliser une jurisprudence française qui s'est développée sur la kafala<sup>1011</sup> pour contourner la prohibition de l'article 540 du droit malien. Cette jurisprudence sur la kafala a été approuvée en 2012 par un arrêt de la Cour européenne, " arrêt Harroudj "<sup>1012</sup>. En effet, en prenant la France comme exemple, l'article 21-12 du Code civil de ce pays permet notamment à l'enfant qui, depuis au moins cinq ans, a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française, de réclamer la nationalité française. L'élément d'extranéité ainsi éliminé ramènerait la situation dans l'orbite du droit interne français. Une partie de la doctrine s'est tout de même interrogée sur le caractère frauduleux de l'opération et semble conclure par la négative<sup>1013</sup>. Une réponse ministérielle du 21 août 2008 énonce en effet : « dès lors que l'enfant a été élevé pendant cinq ans en France par des Français, la nationalité française peut lui être accordée, selon les conditions fixées par l'article 21-12 du Code civil. La loi française lui étant alors applicable, l'enfant devient adoptable ». On trouvait d'ailleurs une suggestion identique un an plus tôt<sup>1014</sup>: les dispositions en cause « prennent fin le jour où le mineur acquiert la nationalité française postérieurement à son arrivée en France, dans les conditions de l'article 21-12 du Code civil. ». Une voie de transformation de l'adoption-protection en une véritable " adoption à la française " apparaît donc. En résumé donc, pour contourner la prohibition de l'article 540 du Code malien des personnes et de la famille, il suffirait pour un étranger, de procéder à l'adoption-protection d'un enfant malien, de l'amener ensuite en France, d'attendre un délai de cinq ans pour enfin transformer une adoption-protection en adoption plénière. Dans ces conditions, on peine à comprendre une prohibition

---

<sup>1010</sup> Néanmoins, lorsque notre proposition de réserver l'adoption-protection au seul cadre intrafamilial est suivie, le problème de contournement de la loi ne se posera plus, puis qu'il n' y aura plus d'adoption-protection au profit des étrangers.

<sup>1011</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 2009, Bull. Civ. I, n° 41 ; D. 2009. 730, obs. EGEA (V.), et 1918, obs. GOUTTENOIRE (A.) et BONFILS (P.) ; AJF. 2009. 170, obs. BOICHE (A.) ; RTD civ. 2009. 308, obs. HAUSER (J.) ; Gaz. Pal 2009, n° 120, note GUERCHOUN (F.) ; Dr. fam., 2009, com. 82, obs. FARGE (M.) ; JCP G, 2009, II, 10072, note GOUTTENOIRE (A.) ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2010, n° 09-10.439; Juris-Data n° 2010-023881, Dr. fam., avril 2011, com. 62, obs. FARGE (M.) ; Dalloz actualité, 11 janvier 2011, obs. SIFFREIN-BLANC (C.).

<sup>1012</sup> CEDH, 4 oct. 2012, n° 43631/09, Harroudj c/France : Dr. fam. 2012, comm. 187, FARGE ( M. ) ; Procédures 2012, comm. 327, FRICERO (N.) ; JCP G 2012, 1145, G. GONZALEZ (G.) ; Lettre CREDOF, 8 oct. 2012, obs. HERVIEU (N.) ; AJF 2012, 546, obs. BOICHE ; RDLF 2012/25, obs. SIFFREIN-BLANC (C.) ; Rev. crit. DIP 2013, p. 146, note CORNELOUP (S.) ; RTD civ. 2013, 105, obs. HAUSER (J.) ; RLDC 2012, n° 99, p. 41, obs. POULIQUEN (E.) ; RJPF 2012-11/34, obs. GARE (TH.) ; JCP G 2013, doct. 64, n° 17, obs. SUDRE (F.).

<sup>1013</sup> V. FARGE (M.), notes préc. ss. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 oct. 2006 et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2008

<sup>1014</sup> Rép. min. Justice n° 00078 et 00293 : JO Sénat, 30 août 2007, p. 1545.

qui ne sert pas du tout l'intérêt de l'enfant et ouvre la porte à toute sorte de fraude à la loi<sup>1015</sup>. Quel sens a une interdiction qui ne dure que le temps pendant lequel l'enfant aurait le plus intérêt à ce qu'elle n'existe pas<sup>1016</sup> ? En fin de compte, le droit positif, avec son principe prohibitif aboutirait seulement à différer l'adoption. Cette solution est-elle bien conforme aux droits de l'enfant ?

Des juridictions dissidentes n'ont pas manqué d'exploiter la non-conformité d'un refus d'adoption aux prescriptions de la CIDE, notamment à l'article 3 qui exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toute décision concernant les enfants<sup>1017</sup>. Aussi, conviendrait-il d'observer que l'intérêt de l'enfant ne trouve guère en effet son compte dans le système actuel. Si une appréciation in abstracto de l'intérêt de l'enfant peut valablement conduire à une politique de hiérarchie des solutions qui donne à l'adoption internationale le dernier rang parmi les possibilités envisageables, en revanche, une appréciation in concreto a plus de poids lorsqu'il s'agit de situations déjà constituées : il n'est guère contestable, lorsque l'enfant est abandonné, sans filiation connue, qu'il est de son intérêt de bénéficier dans son milieu d'éducation ou à défaut à l'étranger du statut le plus stable et le plus protecteur que constitue l'adoption, fut-elle internationale.

**831 - Les effets de la qualification sur la nationalité de l'adopté.** A la suite du prononcé de l'adoption, un lien de filiation est créé entre l'enfant adopté et ses parents adoptifs. Ce changement d'état est indépendant du lieu du prononcé du jugement. Que la décision soit française ou étrangère, les effets de l'adoption sur l'adopté sont les mêmes. En revanche, ils diffèrent selon que l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière ou d'une adoption simple. Le lien de filiation qui reliait le mineur à ses parents par le sang peut ainsi être conservé ou effacé. Cette disparité est à l'origine, notamment, de l'engouement des futurs adoptants pour le modèle plénier.

**832 - La nationalité, élément de souveraineté des Etats.** Dans la mesure où la nationalité intéresse la souveraineté de l'Etat, il appartient à chacun d'eux de la conférer à ses nationaux<sup>1018</sup>. Dès lors, la loi des effets de l'adoption n'intervient pas en ce domaine<sup>1019</sup>. Ces derniers sont nécessairement définis par la loi française, lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions d'attribution ou d'acquisition de la nationalité française. L'acquisition de la

---

<sup>1015</sup> L'acquisition de la nationalité suivie de l'adoption est possible et pas l'inverse.

<sup>1016</sup> SALVAGE-GEREST (P.) in Droit de la famille, op. cit., n° 224-32, p. 681

<sup>1017</sup> V. notamment V. CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, préc

<sup>1018</sup> BOUREL (P.), LOUSSOUARN (Y.) et VARIELLES-SOMMIERES (P.), op. cit., n° 522.

<sup>1019</sup> D'autres effets de l'adoption échappent à la loi de l'adoptant. Il en est ainsi des empêchements à mariage et des effets successoraux. V. BOUREL (P.) in J. -Cl. préc., n° 218 et 219-222.

nationalité relève d'un certain privilège accordé à l'enfant adopté qui déroge aux règles de droit commun. Elle est conforme à l'intérêt de l'enfant dans la mesure où elle permet une plus grande intégration de l'enfant dans sa famille adoptive.

En France, on distingue selon que l'adoption est prononcée en faveur d'adoptants dont l'un au moins est français ou en faveur d'adoptants étrangers.

**833 - L'adoption prononcée en faveur d'adoptants dont l'un au moins est français.** Il s'agit de l'hypothèse la plus fréquente où un français ou un couple dont l'un des deux membres est français, adopte un enfant à l'étranger. Cette adoption a des répercussions différentes sur la nationalité de l'adopté selon qu'elle est plénière ou simple.

L'adoption plénière est un cas d'attribution de la nationalité française d'origine aux mêmes conditions que pour les enfants par le sang. Conformément à l'article 20 du Code civil, l'enfant qui se voit attribuer la nationalité française dans ces conditions est réputé avoir été français dès sa naissance. On applique alors les règles relatives au jus sanguini formulées par l'article 18 du Code civil. De plus, l'article 22-1 du Code civil<sup>1020</sup> dispose que " l'enfant adopté plénièrement par une personne qui acquiert la nationalité française devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou réside alternativement avec lui en cas de séparation ou de divorce ".

Toutefois, cette attribution de plein droit de la nationalité française n'est pas fixée définitivement, afin de mettre éventuellement, en accord le droit et les faits. La source d'attribution de la nationalité peut, en effet, paraître faible et ne plus correspondre à la réalité si la famille est installée à l'étranger. Ainsi aux termes de l'article 18-1 du Code civil relatif aux enfants légitimes et naturels, transposable aux enfants ayant fait l'objet d'une adoption plénière, l'enfant né à l'étranger d'un parent français et d'un parent étranger a la faculté de " répudier la qualité de français dans les six mois précédant sa majorité et dans les douze mois la suivant ". Néanmoins, cette faculté de répudiation se perd " si le parent étranger ou apatride acquiert la nationalité française " durant la minorité de l'enfant. De même, elle ne peut être exercée si l'autre parent adoptif n'a pas de nationalité ou a une nationalité non susceptible d'être transmise<sup>1021</sup> afin d'éviter tout risque d'apatridie de l'adopté.

---

<sup>1020</sup> C. civ., art. 22-1 issu L. n° 98-170, 16 mars 1998.

<sup>1021</sup> C. civ., art. 20-3.

S'agissant de l'adoption simple, elle ne présente pas les mêmes facilités quant à l'obtention de la nationalité française. Selon l'article 21 du Code civil, " l'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté ". Cette solution est justifiée par le maintien des droits de l'enfant adopté à l'égard de sa famille d'origine. C'est la raison pour laquelle, elle ne favorise pas l'intégration totale de l'enfant à sa nouvelle famille. Toutefois, pour atténuer la sévérité d'une telle règle, le législateur permet à l'adopté de réclamer, jusqu'à sa majorité, la nationalité française par simple déclaration devant le juge d'instance, à la condition qu'il réside en France au moment de la déclaration<sup>1022</sup>. Dans un même esprit de bienveillance du législateur à l'égard de l'adopté simple, la condition de résidence de l'adopté a été supprimée lorsque l'adoptant de nationalité française n'a pas sa résidence habituelle en France<sup>1023</sup>.

En pareil cas, lorsque l'adoption simple a été prononcée à l'étranger, il est alors nécessaire d'obtenir l'exequatur du jugement d'adoption. Cette nouvelle étape est longue, coûteuse et même aléatoire alors que le bénéfice retiré n'est pas pleinement satisfaisante pour les parents adoptifs. En effet, l'enfant aura toujours un statut inférieur à celui qu'il aurait eu s'il avait été adopté plénièrement. Toutefois, que l'adoption soit simple ou plénière, les adoptants français peuvent transmettre leur nationalité à l'enfant adopté. Il peut en être de même lorsque l'adoption est prononcée en France en faveur d'adoptants étrangers, notamment maliens ou sénégalais.

#### **834 - L'adoption prononcée en France en faveur d'adoptants maliens ou sénégalais.**

L'hypothèse consiste à déterminer selon quel critère, on doit fixer la nationalité de l'adopté né en France. Dans le droit positif, deux critères coexistent : le jus sanguinis qui conduit à tenir compte de la filiation, et le jus soli qui se fonde sur le lieu de naissance. Par conséquent, il faudra retenir le critère du jus soli pour attribuer la nationalité française à l'enfant adopté plénièrement par des maliens ou sénégalais.

Conformément à l'article 20, alinéa 2, du Code civil, la nationalité française de l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière pendant sa minorité est soumise aux mêmes règles que celles qui s'appliquent aux enfants légitimes ou naturels nés de " parents français par la naissance en France ". Ainsi, l'enfant né en France et adopté par des ressortissants maliens ou sénégalais peut être français d'origine sous réserve que certaines conditions soient remplies.

---

<sup>1022</sup> C. civ., art. 21-12, al. 1. - V. également, C. nat., art. 55, al. 1er. L'adoption simple n'est qu'une cause d'acquisition de la nationalité française de son parent adoptif.

<sup>1023</sup> C. civ., art. 21-12, al.2, issu L. 16 mars 1998.



En effet, la naissance en France n'est à elle seule une cause d'attribution de la nationalité française que si elle constitue le seul rattachement de l'enfant à un Etat. Elle lutte, de ce fait, contre l'apatridie. Il en est ainsi lorsque les adoptants sont dépourvus de nationalité ou si leur nationalité ne se transmet pas<sup>1024</sup> à l'enfant adopté. C'est la raison pour laquelle, si l'adopté déclaré français se voit transmettre, au cours de sa minorité, la nationalité étrangère, acquise ou possédée, de l'un de ses parents, il perd rétroactivement la qualité de Français<sup>1025</sup>. Le cas échéant, la nationalité française n'est retenue que parce qu'elle confirme un autre lien avec la France. Il s'agit de l'hypothèse où l'un des adoptants est né en France<sup>1026</sup>.

Quant à l'enfant né en France<sup>1027</sup> qui a fait l'objet d'une adoption simple, il conserve sa nationalité, dans la mesure où cette forme d'adoption n'entraîne aucun effet sur elle, sous réserve de la loi nationale de l'adoptant étranger, en l'occurrence, malien ou sénégalais.

Fort de l'ensemble de ces propos, l'enfant adopté plénièrement aura toujours un statut supérieur à celui qui est adopté simplement, même s'il est intégré à la communauté française compte tenu du fait que ce dernier ne sera jamais assimilé à un enfant légitime des adoptants.

## **B. La reconnaissance au Mali et au Sénégal de l'adoption prononcée à l'étranger**

**835 - Intérêt.** L'étude concerne uniquement l'hypothèse où la Convention de La Haye n'est pas applicable. Il faut préciser d'emblée que l'hypothèse est extrêmement rare, mais cette rareté ne signifie pas que son étude soit dénué de tout intérêt. En effet, rien n'empêche qu'un jour de telles hypothèses se présentent. A cet égard, contrairement au législateur sénégalais qui a envisagé une solution à cette éventualité dans l'article 854 du Code de la famille<sup>1028</sup>, son homologue malien quant à lui reste muet sur la question.

---

<sup>1024</sup> C. civ., art. 19-1. Ce texte est applicable à l'adoption par renvoi de l'article 20, alinéa 2. Il s'agit de l'hypothèse où la loi étrangère ne confère pas à l'adoption des effets sur la nationalité. Cependant, la règle d'attribution de la nationalité française est provisoire dans la mesure où la nationalité étrangère acquise ou possédée par l'un des adoptants lui serait transmise. Il serait alors réputé n'avoir jamais été français.

<sup>1025</sup> V. art. 19-1 in fine, issu L. préc. 1998.

<sup>1026</sup> Circ., préc., § 2.2.1.1. - C. civ., art. 19-3 applicable à l'adoption par renvoi de l'article 20, alinéa 2. On considère que "cette double naissance" sur le territoire français peut laisser à penser à un établissement à long terme de la famille sur le territoire

<sup>1027</sup> Dans l'hypothèse où l'enfant est né en France de parents inconnus, il est Français. V. C.civ., art. 19, al. 1er.

<sup>1028</sup> D'après cette disposition : "Les jugements étrangers n'ont force exécutoire au Sénégal que s'ils ont été revêtus de l'exequatur conformément aux articles 788 et suivants du Code de Procédure Civile et sous réserve des traités d'assistance judiciaire et autres conventions diplomatiques. Cependant, les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets au Sénégal indépendamment de toute décision d'exequatur, sauf dans le cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution."

A l'instar de ce que faisait le juge français avant l'intervention de la loi n° 2013 - 404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, il ne serait pas étonnant que le Mali et le Sénégal opposent le respect de leur ordre public en refusant de reconnaître l'adoption prononcée à l'étranger en faveur des personnes de même sexe. A titre illustratif, en France , un jugement anglais avait prononcé l'adoption d'un enfant, né au Pays-de-Galles, par les deux demandeurs, l'un né en France, l'autre au Royaume-Uni. Les adoptants, agissant tant en leur nom personnel qu'en leur qualité de représentants légaux de l'enfant, avaient sollicité l'exequatur de cette décision en France. La Cour de cassation était entrée en voie de cassation, au visa de l'article 509 du Code de procédure civile et de l'article 310 du Code civil, au motif qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents de même sexe<sup>1029</sup>.

**836 - Proposition d'introduction d'article dans le droit malien.** Comme toute décision rendue en matière d'état et de capacité des personnes, une décision d'adoption internationale intervenue à l'étranger doit normalement être reconnue " de plein droit " au Mali et au Sénégal. Le législateur malien pourrait s'inspirer de son homologue sénégalais et intégrer dans son code de la famille la disposition selon laquelle, *" les jugements étrangers n'ont force exécutoire au Mali que s'ils ont été revêtus de l'exequatur conformément au présent Code de procédure civile, commerciale et sociale et sous réserve des traités d'assistance judiciaire et autres conventions diplomatiques. Cependant, les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets au Mali indépendamment de toute décision d'exequatur, sauf dans le cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution."*<sup>1030</sup>

Il n'est donc pas nécessaire d'exiger préalablement l'exequatur de la décision en cause<sup>1031</sup>. Toutefois, eu égard au statut de " donneur " d'enfants adoptables du Mali et du Sénégal, sans

---

<sup>1029</sup> Cour de cassation, Chambre civile 1 du 7 juin 2012, n° 11-30.261, 755 (Cassation). Toutefois, il faut souligner un revirement jurisprudentiel, sur la même affaire, depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Cf. Cour d'appel Versailles, Chambre 1, section 1, 20 Mars 2014 , N° 13/03655, JurisData : 2014-006136. Inédit. V. dans le même sens HENRY (X.), s. dir., Code civil, 114ème éd. Dalloz, 2015, art. 310, p. 529.

<sup>1030</sup> Cette proposition s'inspire de l'article 854 du Code sénégalais de la famille, précité. Elle permettra de combler, en partie, le vide juridique en matière de règles de droit international privé au Mali.

<sup>1031</sup> Cette solution prévaut également en droit français (V. par exemple: Jugement civ. n° 971 du 28 déc. 2007 du Tribunal Régional Hors Classe de Dakar. Ce jugement a été reconnu de plein droit en France sans l'exequatur

aller jusqu'à enfreindre cette règle générale en exigeant de manière systématique l'exequatur<sup>1032</sup>, le contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères d'adoption devrait être très minutieux, très rigoureux, notamment pour vérifier l'absence de fraude à la loi, et surtout, de contrariété à l'ordre public international malien et sénégalais. Il faut en effet éviter que des décisions étrangères prononçant des adoptions par des concubins<sup>1033</sup>, des pacsés ou des homosexuels<sup>1034</sup>, ne produisent leurs effets au Mali et au Sénégal.

**837 - L'absence de contrariété manifeste à l'ordre public et la fraude à la loi.** Il s'agit là de l'ordre public en tant que mécanisme d'éviction des décisions étrangères<sup>1035</sup>.

Pour qu'une adoption prononcée à l'étranger puisse être reconnue dans le pays d'accueil, il est nécessaire que l'adoption réalisée ne soit pas contraire à l'ordre public du pays dans lequel elle doit être reconnue<sup>1036</sup>.

En droit sénégalais, les conditions de la régularité internationale des décisions étrangères d'adoption relèvent du droit commun. Pour être reconnu de plein droit, la décision étrangère ne doit pas porter atteinte à l'ordre public et il ne doit pas y avoir fraude à la loi sénégalaise.

---

pourtant sollicité par les parties, par le jugement du TGI de Pontoise du 5 oct. 2010, inédit), mais il a été constaté que les adoptants, soucieux d'obtenir une légitimité renforcée de l'adoption obtenue à l'étranger, intentent fréquemment une action en exequatur en France (HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et G. de G. de La PRADELLE, op. cit., p. 554; AUDIT (B.), op. cit., n° 758, p. 660.

<sup>1032</sup> En France par exemple, l'effet attributif de la nationalité française d'une décision étrangère d'adoption est systématiquement subordonné à un exequatur. V. Cour d'appel de Versailles Chambre 1, section 1, 20 Mars 2014, préc.

<sup>1033</sup> V. sur ce point MONEGER (F.), "L'adoption internationale et les concubins", in Mélanges RUBELLIN-DEVICHI, Paris, 2002, pp. 572 et s.

<sup>1034</sup> Cette solution a prévalu en France avant l'adoption de la loi de 2013 sur le mariage entre personnes de même sexe. Cf. D. BUREAU et H. MUIR-WATT, Droit international privé, t. 2, op.cit., n° 797, p. 193; AUDIT (B.), op.cit., n° 753, p. 654; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et P. De VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., n° 360-3, p. 482; Nancy, 21 déc. 2000, D., 2001, p. 1575, note PIASTRE (R.); Rev. trim. dr. civ., 2002, p. 496, obs. HAUSER; CE, 5 juin 2002, Rev. trim. dr. civ., 2002, p. 496, obs. HAUSER; CE, 22 janv. 2008, JCP, 2008, II, 10071, note GOUTTENOIRE-CORNUT et SUDRE; Rev. trim. dr. civ., 2008, p. 249, obs. MARGUENAUD (J.-P.); LE BOURSICOT (M.-C.), "Précisions sur la capacité et l'aptitude à adopter après l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'adoption par les homosexuels", R.J.P.F., 2002, p. 20; MURAT (P.), "Vers la famille homosexuelle par adoption", Droit de la famille, avril 2000, pp. 4 et s. Notons toutefois qu'avec la promulgation, le 18 mai 2013, par le Président de la République française, de la loi sur le "mariage pour tous", couplé à l'adoption plénière "pour tous", il y a eu un revirement de jurisprudence sur la question.

<sup>1035</sup> KANTE (A.). L'ordre public économique dans un pays en développement : l'exemple du Sénégal, thèse, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1998, p. 15.

<sup>1036</sup> Cf. par exemple, en France, où dans une décision rendu le 26 janvier 2004, le juge français a affirmé que l'adoption prononcée au profit d'un couple non marié, était contraire aux exigences de la loi française: CA de Pau, 26 janvier 2004, in Dr. de la Fam., n° 11, novembre 2004 Comm. 214, par FARGE (M.) .

L'article 851 du Code de la famille, intitulé " Ordre public et fraude à la loi " dispose que : "*La loi sénégalaise se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente lorsque l'ordre public sénégalais est en jeu ou lorsque les parties ont, par une utilisation volontaire des règles de conflit, intentionnellement rendu la loi sénégalaise incompétente. Un droit acquis à l'étranger ne peut avoir effet au Sénégal que s'il ne s'oppose pas à l'ordre public.*" Cet article a vocation à s'appliquer pour toutes les adoptions prononcées à l'étranger.

**838 - Proposition d'introduction d'article dans le droit malien.** En droit malien, le législateur n'a pas expressément prévu de telles dispositions dans son Code de la famille. Toutefois, il serait nécessaire qu'il y insère des dispositions relatives aux règles de conflit de juridictions en matière d'état des personnes. Par exemple, en matière d'adoption internationale, le législateur malien pourrait prévoir que " l'adoption prononcée à l'étranger ne sera reconnue si elle viole *la conception malienne de l'ordre public et des bonnes mœurs* ". Il appartiendra au juge de vérifier si l'ordre public est respecté. Cependant, au nom du principe de primauté, l'intérêt de l'enfant doit prévaloir sur l'intérêt de l'Etat, ce n'est donc qu'en cas de violation avérée et insurmontable de l'ordre public que l'adoption ne sera pas reconnue. Si la violation n'est pas substantielle, l'intérêt de l'enfant prime alors l'ordre public et l'adoption est accueillie. Il est en effet, très délicat de retirer un enfant à des adoptants qui ont, en fraude à la loi amené un enfant de l'étranger. Dans l'intérêt de l'enfant, le juge doit fermer parfois les yeux sur les méfaits des adultes.

**839 - L'intérêt supérieur de l'enfant comme élément d'appréciation de l'exception d'ordre public.** La Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption évoque cette exception en des termes qui se distinguent légèrement de ceux utilisés le plus souvent, par le droit international privé, puisque, à propos de la reconnaissance d'une décision étrangère, le motif de refus de l'ordre public se définit " compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant " (art. 24)<sup>1037</sup>. C'est dire que le législateur international voit dans l'exception d'ordre public un moyen efficace pour assurer la force opérationnelle du concept de l'intérêt supérieur de l'enfant. En pareil cas, la finalité de l'exception d'ordre public est soit d'évincer la loi étrangère normalement compétente lorsqu'il s'agit de la création d'un droit au Sénégal, soit d'éviter la production d'effets d'un droit acquis à l'étranger lorsqu'il s'agit de sa reconnaissance. Par conséquent, en matière de reconnaissance d'un jugement d'adoption étranger, l'exception d'ordre public se manifeste contre l'effet au Sénégal d'une situation juridique établie à

---

<sup>1037</sup> Sur ce lien entre ordre public et intérêt de l'enfant, voir BUCHER (A.), "La famille en droit international privé", Rec. cours Ac. dr. int., t. 283, 2000, p. 78; CHABERT (C.), précité, n° 930 et s.

l'étranger. Il pourra ainsi refuser tout effet au Sénégal à la situation créée à l'étranger. Toutefois, il peut aussi admettre les effets au Sénégal de la situation créée à l'étranger alors même qu'il se serait opposé à sa naissance au Sénégal. C'est ce que l'on appelle l'effet atténué de l'ordre public en matière de droit acquis, à condition toutefois que ce droit ait été créé sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi compétente<sup>1038</sup>. En définitive, la régularité internationale du jugement est contrôlée, notamment au regard de l'ordre public : il ne doit pas porter atteinte aux principes fondamentaux des droits malien et sénégalais. La décision étrangère ne doit pas avoir été obtenue par suite d'une fraude à la loi.

---

<sup>1038</sup> Cass. civ., 11 avril. et 1er mai 1945: D. 1945, jur. p. 245, note P. LP.; S. 1945, I, 121, note H. BATIFFOL (H.); JCP G 1953, II, 2895, obs. SAVATIER (R.). - V. également, Cass. 1ère civ., 17 avr. 1953 (RIVIERE): JCP G 1953, II, 7863, obs. BUCHET (J.); Rev. crit. DIP 1953, p. 412, note BATIFFOL (H.); JDI 1953, p. 860, note PLAISANT (R.).

## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

**840 - L'adoption prononcée dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993.** Au sens de la Convention de La Haye de 1993, l'adoption internationale est celle qui implique, non pas une différence de nationalité entre adoptant et adopté, mais un déplacement de l'enfant. Elle est conçue comme celle qui bénéficie à un enfant résidant hors du pays d'origine des candidats à son adoption. Dans le but de moraliser l'adoption internationale et d'éviter les trafics d'enfants ou les pressions exercées sur les familles d'origine, la Convention de La Haye fait intervenir plusieurs acteurs institutionnels : elle impose ainsi la mise en place dans chaque pays contractant d'une Autorité centrale, tenue de définir les grandes lignes de la politique de coopération internationale en matière d'adoption internationale d'enfants. Au-delà, l'Autorité centrale du pays d'origine des futurs adoptants se charge de vérifier la qualification et l'aptitude à adopter de ces derniers. Elle dresse un rapport qu'elle transmet à l'Autorité centrale du pays de résidence du futur adopté, laquelle doit vérifier l'adoptabilité de celui-ci. La Convention de La Haye interdit toute démarche individuelle des adoptants.

Les jugements d'adoption internationale prononcés dans les pays d'origine bénéficient en principe d'une reconnaissance automatique à l'étranger, sauf s'ils portent atteinte à l'ordre public du pays d'accueil.

**841- Proposition de règles de conflit de lois au Mali et au Sénégal.** Les règles de conflits proposées sont applicables aussi bien, lorsque l'adoption entre dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993 que lorsqu'elle n'entre pas dans le cadre de cette Convention. Aussi, conviendrait-il d'avoir une définition large de l'adoption internationale qui serait formulée de la façon suivante : "L'adoption internationale est la procédure judiciaire permettant qu'un enfant "Malien" et/ou "Sénégalais" puisse bénéficier d'un nouveau lien de filiation au profit d'un couple ou d'une personne de nationalité malienne et ou sénégalaise ou étrangère, résidant habituellement au Mali et/ou au Sénégal ou dans un pays étranger appelé pays d'accueil ". Cette définition a le mérite d'alerter les autorités des deux pays sur les inconvénients de retenir à l'avenir, une conception très restrictive de l'adoption internationale dans laquelle l'adopté serait forcément un Malien ou un Sénégalais et l'adoptant forcément et

exclusivement un étranger, résidant, de surcroît, dans son pays d'origine. Elle s'oppose également à la conception restrictive adoptée par la Convention de La Haye de 1993 retenant uniquement le critère de déplacement de l'adopté.

S'il est vrai qu'en la matière, l'élément d'extranéité tient fréquemment à la différence de nationalité, donc de loi personnelle, entre le ou les adoptants et l'adopté, il ne fait aucun doute qu'il peut aussi, entre autres, tenir au fait que le ou les adoptants résident dans un pays autre que celui de leur nationalité. Par ailleurs, l'adoption internationale n'entraîne pas toujours et nécessairement le déplacement de l'adopté vers le pays étranger de l'adoptant. Pourtant, la Convention de La Haye de 1993 n'a envisagé que l'adoption qui implique un déplacement international d'enfants et, au surplus, dans un sens unique, du Mali et /ou du Sénégal vers l'étranger. Ce faisant, elle a occulté la question essentielle et délicate de la loi applicable. Aussi, nous incombe-t-il de proposer une solution conflictuelle appropriée. Une telle solution passerait, nous semble-t-il, par le dépassement de la conception actuelle publiciste et donc unilatéraliste du rattachement en matière d'adoption internationale (axée sur une série de règles qui organisent de manière substantielle, voire administrative, le déplacement vers l'étranger d'un enfant Malien et /ou Sénégalais adopté dans l'un ou l'autre de ces deux pays et qui précisent les conditions à remplir par l'adoptant et par l'adopté, les pièces à fournir, la procédure à suivre, etc.) au profit d'une conception privatiste de l'adoption qui commande l'élaboration de règles claires, à la fois pour le prononcé de l'adoption au Mali et au Sénégal et pour la reconnaissance au Mali et au Sénégal des adoptions étrangères.

## CONCLUSION DU TITRE SECOND

**842 -Les principes directeurs de l'adoption internationale. L'incertitude entourant la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.** Il ressort de notre démonstration que l'adoption internationale est un lieu de conflits d'intérêts entre ses différents acteurs. Face à cette réalité, il nous a semblé nécessaire de qualifier la notion d'intérêt de l'enfant afin de déterminer sa place au regard des autres intérêts en présence. Le juge est garant dans les droits malien et sénégalais des intérêts en présence et il veille à respecter ces différents intérêts tout en gardant à l'esprit la primauté de l'intérêt de l'enfant. Ce dernier étant une notion difficile à cerner, nous proposons que dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, le juge cherche toujours à savoir ce qui est le meilleur in concreto pour un enfant, en se référant à un intérêt de l'enfant idéal pour tout enfant in abstracto au regard des textes nationaux et internationaux relatifs à la protection des droits de l'enfant. Par ailleurs, il serait souhaitable que les législateurs malien et sénégalais imposent aux juges une obligation de motiver les décisions d'adoption. Celles-ci doivent être motivées en tenant compte de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les enjeux de la motivation d'une décision d'adoption sont cruciaux. Moralement, l'obligation de motivation constitue une garantie contre l'arbitraire du juge, mais ses vertus sont aussi d'ordre rationnel, intellectuel, car motiver sa décision impose au juge la rigueur d'un raisonnement, la pertinence de motifs dont il doit pouvoir rendre compte. Par ailleurs, l'obligation pour les juges du fond de motiver les décisions d'adoption permettrait éventuellement aux cours suprêmes maliennes et sénégalaises d'exercer leur contrôle sur ces décisions et d'expliquer leur jurisprudence.

**843 - L'application difficile du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale.** La Convention de La Haye pose un principe de subsidiarité de l'adoption internationale dans l'intérêt même de l'enfant : primo, il y a lieu de tout mettre en œuvre pour aboutir à une solution dans le pays d'origine afin qu'un déracinement géographique et culturel ne s'ajoute pas au déracinement familial ; secundo, si cette solution est impossible, l'adoption internationale a vocation à satisfaire l'intérêt de l'enfant.



L'adoption est une mesure de protection subsidiaire utile pour l'enfant privé de famille. A cet égard, l'enfant privé de famille doit pouvoir être adopté à l'étranger toutes les fois qu'il y va de son intérêt.

**844 - L'adoption internationale envisagée sous l'angle conventionnel.** L'adoption internationale se trouve enfermée dans un cadre très strict en vue de prévenir les trafics d'enfants. La Convention de La Haye de 1993 oblige les autorités chargées de prononcer l'adoption de s'entourer d'un maximum de garanties afin que l'enfant puisse être accueilli dans les meilleures conditions. Il est ainsi mis en place une autorité centrale dans chaque Etat signataire. Mais, une participation séparée de chacun d'eux, si elle est nécessaire, n'est pas suffisante pour assurer le bon déroulement du processus adoptif. Seule une coopération internationale entre les Etats peut offrir un espace propice à la réalisation du projet d'adoption. Ainsi, le concours des autorités des deux Etats intervient au stade du placement effectif du mineur chez ses futurs parents adoptifs. A partir du moment où la décision de confier l'enfant aux adoptants potentiels est prise dans l'Etat d'origine, les autorités centrales des deux côtés doivent accepter la poursuite de la procédure en vue de l'adoption. Cette collaboration permet de résoudre, en partie, les questions délicates de conflits de juridictions et de lois. Elle est aussi le fondement du système simplifié de reconnaissance des décisions d'adoption étrangères.

**845 - La création de normes de conflit relatives à l'adoption internationale.** Le Mali et le Sénégal doivent se munir d'un cadre juridique adéquat pour la prise en charge d'éventuels conflits de lois. Un tel cadre juridique pourrait se traduire par l'élaboration et la création d'une loi spécifique sur l'adoption internationale. Cette loi doit permettre de définir, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le prononcé de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal, d'une part, et, d'autre part, la reconnaissance au Mali et au Sénégal des décisions d'adoption rendues à l'étranger dans des Etats tiers à la Convention de La Haye de 1993.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

**846 - Adoption internationale.** Cette seconde partie, consacrée à l'adoption internationale, nous a permis dans un premier temps de réfléchir sur l'institutionnalisation de l'adoption internationale et dans un second temps sur la réalisation de l'adoption internationale.

**847 - L'institutionnalisation de l'adoption internationale.** Fruit de divers facteurs, à la fois internationaux et nationaux et de diverses mutations à la fois sociales et culturelles, l'adoption internationale a été admise au Mali et au Sénégal depuis les premières années de l'indépendance de ces pays. Mais elle n'a émergé véritablement dans ces pays qu'à partir des années 1990 à la faveur de la pauvreté grandissante dans ces pays, de l'effritement des valeurs de solidarité familiale traditionnelle et surtout du manque crucial d'enfants adoptables dans les pays occidentaux face à une augmentation sans cesse des demandes d'adoption dans ces pays occidentaux. Cette situation, entraînant souvent des abus, des violations des droits de l'enfant, la communauté internationale va progressivement tenter d'encadrer juridiquement le phénomène en vue de minimiser les risques liés à son développement. Puis conscients de l'ampleur du phénomène, le Mali et le Sénégal vont emboîter les pas de la communauté internationale pour prendre des mesures allant dans le sens d'une certaine régulation et d'une certaine moralisation de l'adoption internationale. Une de ces mesures phares constitue sans doute, la ratification, par ces deux Etats, de la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale. Toutefois, si cette ratification est utile, elle n'est pas pour autant suffisante pour régler tous les problèmes que suscite l'adoption internationale. Ainsi, des insuffisances quant à l'effectivité des dispositions de ladite convention demeurent au Mali et au Sénégal. Il s'agit notamment de la portée limitée de cette Convention au Mali depuis l'adoption en 2011 et l'entrée en vigueur du nouveau Code des personnes et de la famille dont l'article 540 interdit l'adoption filiation aux étrangers, et l'ineffectivité de la Convention de 1993 au Sénégal.

Au demeurant, le Mali et le Sénégal, ont mis en place des institutions chargées du contrôle de la légitimité et de la régularité de l'adoption internationale. Il s'agit notamment de l'institution administrative, incarnée par l'Autorité centrale et de celle judiciaire, incarnée par l'autorité

judiciaire. Ces deux institutions sont, à notre sens, garantes à la fois de la légitimité et de la légalité de l'adoption internationale. Elles jouent un rôle crucial dans le processus de l'adoption internationale. Ainsi, l'institution administrative, intervient au début et à la fin de l'adoption internationale. A ce titre, elle apprécie à la fois l'aptitude des personnes souhaitant adopter un enfant malien ou sénégalais et l'adoptabilité de ces derniers par des candidats étrangers, le suivi des enfants adoptés à l'étranger après le prononcé de l'adoption au Mali et au Sénégal.

Parallèlement, l'autorité judiciaire, intervient également à la fois pour apprécier l'adoptabilité de l'enfant, l'aptitude des adoptants potentiels, et l'opportunité et la légalité de la mesure projetée.

**848 - La réalisation de l'adoption internationale.** La décision de l'adoption internationale est précédée par le respect d'un certain nombre de principes qui guident l'adoption internationale que nous avons nommé " principes directeurs de l'adoption internationale". Ces principes sont principalement de deux sortes: le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et celui de la subsidiarité de l'adoption internationale. Tous deux formulés par les textes internationaux et régionaux auxquels le Mali et le Sénégal sont parties, ces principes, au-delà, de l'autorité qu'ils ont acquise au plan international, demeurent des principes difficiles à appliquer dans ces pays. La pratique, dans ces deux pays, révèle parfois des contradictions avec la théorie de ces principes. Ce qui dénote le flou qui entoure l'opérationnalisation de ces principes au Mali et au Sénégal.

Quant à la décision proprement dite de l'adoption internationale, il faut observer que envisagée sous l'angle conventionnel, l'adoption internationale se trouve être régie par la Convention de La Haye de 1993 du moins en ce qui concerne le Mali, puisque cette convention n'est pas encore effective au Sénégal.

Envisagée hors du cadre conventionnel, le Mali et le Sénégal, en l'absence d'une législation interne spécifique à l'adoption internationale, nous avons suggéré aux législateurs malien et sénégalais, un cadre juridique adéquat pour la prise en charge d'éventuels conflits de lois en matière d'adoption internationale. Concrètement, nous suggérons que ces deux pays élaborent et adoptent une loi spécifique sur l'adoption internationale. Cette loi devant permettre de définir, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la compétence législative et l'efficacité au Mali et au Sénégal des décisions d'adoption rendues à l'étranger dans des Etats non parties à la Convention de La Haye de 1993.

## CONCLUSION GENERALE

**849 - Identification des lacunes et propositions de remèdes.** L'analyse faite au cours de la présente étude nous a permis de déceler les lacunes des législations malienne et sénégalaise relativement à l'adoption et de proposer des solutions afin de remédier à ces lacunes. A cet égard, nous avons centré notre réflexion sur les deux aspects du droit de l'adoption: l'aspect interne du droit de l'adoption, dans un premier temps et, l'aspect international du droit de l'adoption dans un second temps.

**850 - La reconstruction du droit interne de l'adoption au Mali et au Sénégal.** La reconstruction des droits internes malien et sénégalais de l'adoption telle que suggérée dans la présente étude vise d'un côté, à remodeler les institutions héritées du droit français (adoption plénière/adoption simple), et de l'autre, à valoriser les institutions locales propres à ces deux pays. Par conséquent, elle aboutit à un droit de l'adoption rénové qui institue une triple forme d'adoptions : à côté du modèle dual de l'adoption, tel que inspiré de la législation française (adoption plénière et adoption simple), il existerait désormais une forme d'adoption non créatrice de lien de filiation et fondée sur les coutumes locales (adoption-protection). Une telle réforme présente l'avantage de rendre cohérent le droit et la pratique de l'adoption au Mali et au Sénégal. Cette cohérence se traduisant à la fois par le rééquilibrage du modèle dual de l'adoption (la détermination du caractère nécessaire ou non du maintien du lien de filiation entre l'enfant et sa famille par le sang et, partant, la forme de l'adoption à prononcer) et par la valorisation des institutions locales par l'assouplissement du régime actuel de l'adoption-protection malienne afin qu'elle soit plus accessible aux populations locales. Cet assouplissement passe ainsi par une "déjudiciarisation" de l'adoption-protection au profit d'une déclaration de l'adoption-protection devant un officier d'état civil, notamment le Maire.

**851 - La construction espérée du droit de l'adoption internationale.** L'étude de cette seconde partie, nous a permis de nous pencher à la fois sur l'institutionnalisation et sur la réalisation de l'adoption internationale.

Par rapport à l'institutionnalisation de l'adoption internationale, nous avons démontré que l'adoption internationale a fait son apparition d'abord en Occident avant de voir le jour, ensuite, en Afrique en général et au Mali et au Sénégal en particulier. Son émergence a été favorisée par un certain nombre de facteurs liés à la fois par un contexte international marqué principalement par des conflits ayant fait des orphelins et par un contexte national marqué principalement par la pauvreté, l'abandon d'enfants, l'effritement des valeurs de solidarité familiale traditionnelle et surtout du manque crucial d'enfants adoptables dans les pays occidentaux face à une augmentation sans cesse des demandes d'adoption dans ces pays occidentaux. La ferveur pour l'adoption internationale et les risques encourus par les enfants ont conduit la communauté internationale à mettre en place des règles pour encadrer le phénomène, d'abord au niveau régional, ensuite au niveau international avec la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale et enfin au niveau national avec la réception dans les droits internes malien et sénégalais des dispositions de la Convention de La Haye de 1993 précitée. Pour exercer un contrôle rigoureux de l'adoption internationale et répondre ainsi au besoin de protection de l'enfant tel que prôné par la Convention de La Haye de 1993, le Mali et le Sénégal, ont mis en place des institutions chargées du contrôle de la légitimité et de la régularité de l'adoption internationale. Il s'agit notamment de l'Autorité centrale et de l'autorité judiciaire. Ces deux institutions sont des maillons essentiels et indispensables pour la garantie des droits de l'enfant dans l'adoption internationale.

Quant à la réalisation de l'adoption internationale, il convient de souligner que la décision de l'adoption internationale ne doit être prononcée qu'après s'être assuré que les principes directeurs de l'adoption internationale, préalablement définis, sont respectés. Ces principes sont notamment, celui de l'intérêt supérieur de l'enfant et celui de la subsidiarité de l'adoption internationale. Toutefois, la très grande allégeance faite à ces principes par la communauté internationale ne doit pas faire perdre de vue les difficultés et les contradictions qu'ils suscitent dans la pratique, d'où notre proposition de se réapproprier et de relativiser ces principes dans une perspective de meilleure protection des enfants maliens et sénégalais. Quant à la décision proprement dite de l'adoption internationale, après avoir analysé le prononcé de l'adoption internationale selon les règles établies par la Convention de La Haye de 1993, nous avons suggéré aux législateurs malien et sénégalais, l'adoption de règles de conflits de lois en matière d'adoption internationale. Ces dernières permettront de déterminer la compétence législative et l'efficacité au Mali et au Sénégal des décisions d'adoption rendues à l'étranger dans des Etats tiers à la Convention de La Haye de 1993.



## **ANNEXES**

## **ANNEXE 1**

### **DROITS POSITIFS MALIEN ET SENEGALAIS DE L'ADOPTION**

#### **I. Droit positif sénégalais de l'adoption**

##### **Chapitre II. De l'adoption**

###### **Article 223 Principe.**

L'adoption crée, par l'effet de la loi, un lien de filiation indépendant de l'origine de l'enfant. Plénière ou limitée, elle ne peut avoir lieu que s'il y a de justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté.

##### **Section première - de l'adoption plénière**

###### **Paragraphe 1. Conditions requises**

###### **Article 224 Qui peut la demander**

L'adoption peut être demandée: - conjointement, après 5 ans de mariage, par deux époux non séparés de corps dont l'un au moins est âgé de 30 ans. Par un époux en ce qui concerne les enfants de son conjoint; Par toute personne non mariée âgée de plus de 35 ans.

###### **Article 225 Différence d'âge**

L'adoptant doit avoir 15 ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Si ce dernier est l'enfant de son conjoint, la différence d'âge est réduite à 10 ans.

###### **Article 226 Absence d'enfant de l'adoptant**

Sauf dispense du Président de la République, l'adoptant ne doit avoir au jour de la requête, ni enfant, ni descendant légitime. Toutefois en cas d'adoption conjointe par deux époux ou d'adoption par un époux des enfants de son conjoint, il suffit qu'à la même date, les époux n'aient pas eu d'enfant issu de leur union. L'existence d'enfants adoptés ne fait pas obstacle à



l'adoption, non plus que celle d'un ou plusieurs descendants nés postérieurement à l'accueil du foyer des époux de l'enfant ou des enfants à adopter.

### **Article 227 Nombre d'adoptants**

Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est pas deux époux. Toutefois en cas de décès de l'adoptant ou des deux adoptants une nouvelle adoption peut être prononcée.

### **Article 228 Conditions d'âge de l'adopté**

L'adoption n'est permise qu'en faveur des mineurs accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins un an.

### **Article 229 Qui peut être adopté**

Peuvent être adoptés: - Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption;

- Les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 294.

## **Paragraphe II - Forme et procédure**

### **Article 230 Consentement de la famille d'origine**

Lorsque la filiation d'un enfant, est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou s'il a perdu ses droits de puissance paternelle, le consentement de l'autre suffit. Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, celui-ci donne le consentement à l'adoption. Lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou s'ils ont perdu leurs droits de puissance paternelle, le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui, en fait, prend soin de l'enfant. Il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie. Les père et mère ou le conseil de famille peuvent consentir à l'adoption de l'enfant en laissant le choix de l'adoptant à un service public spécialisé ou à l'œuvre d'adoption autorisée qui recueillerait provisoirement l'enfant.

### **Article 231 Consentement de l'enfant**

L' enfant âgé de plus de 15 ans doit consentir personnellement à son adoption.

### **Article 232 Modes de consentement Rétractation**

Le consentement à l'adoption est donné par acte authentique devant le juge de paix du domicile ou de la résidence de la personne qui consent, ou devant un notaire sénégalais ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires sénégalais. Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant 3 mois et il est donné avis de cette possibilité par l'autorité qui le reçoit à celui qui l'exprime. Mention de cet avis est portée à l'acte. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à l'autorité qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande, même verbale, vaut également preuve de la rétractation. Si à l'expiration du délai de 3 mois le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption, ou que la requête aux fins d'adoption n'ait pas encore été déposée. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le Président du Tribunal régional qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement donné à l'adoption.

### **Article 233 Refus abusif de consentement**

Lorsque l'adoption est rendue impossible par le refus abusif de consentement d'un des parents qui s'est notoirement désintéressé de l'enfant au risque d'en compromettre la moralité, la santé ou l'éducation, et que l'autre parent consent à l'adoption, ou bien est décédé ou est inconnu, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, la personne qui se propose d'adopter l'enfant peut, en présentant la requête d'adoption, demander au tribunal de passer outre et d'autoriser celle-ci. Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille.

### **Article 234 Placement en vue de l'adoption**

Le placement en vue de l'adoption est décidé par le Président du Tribunal régional de la résidence de l'enfant sur requête présentée par les personnes désignées à l'article 230, par le futur adoptant, par le service spécialisé ou par l'œuvre d'adoption agréée ayant recueilli l'enfant, par un service social ou par le ministère public. Le placement est réalisé par la

remise effective au futur adoptant d'un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption, ou d'un enfant déclaré abandonné par décision judiciaire. Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de 3 mois à compter du jour où l'enfant a été recueilli. Le placement ne peut avoir lieu lorsque les parents ont demandé la restitution de l'enfant tant qu'il n'a pas été statué sur le bien-fondé de cette demande à la requête de la partie la plus diligente. La requête n'est recevable que sur présentation: - De l'extrait de l'acte de naissance de l'enfant; - Du ou des actes de consentement à l'adoption ou de la décision judiciaire déclarant l'abandon. - D'une attestation fournie par le greffier indiquant qu'aucune demande de restitution de l'enfant n'a été formulée. - De la justification de ce que l'enfant a été recueilli depuis plus de 3 mois lorsque sa filiation n'est pas établie. La requête est communiquée au procureur de la République.

L'ordonnance doit énoncer les pièces produites. Elle est immédiatement exécutoire nonobstant opposition ou appel.

### **Article 235 Effets du placement**

Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à la famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance. Une expédition de l'ordonnance est délivrée d'office au Procureur de la République aussitôt qu'elle est rendue et avant même les formalités d'enregistrement et de timbre. Le Procureur de la République enjoint sans délai à l'officier de l'état civil compétent et, le cas échéant, au dépositaire des doubles des registres, d'en faire mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Si le placement en vue de l'adoption cesse ou si le tribunal a refusé de prononcer l'adoption, les effets du placement sont rétroactivement résolus. Le ministère public d'office, lorsque la décision de rejet n'est plus susceptible de voies de recours, où dès qu'il est informé de la fin du placement prescrit la mention rectificative de la mention marginale opérée sur l'acte de naissance de l'enfant.

### **Article 236 Dépôt de la requête**

La requête aux fins d'adoption est présentée par la personne qui se propose d'adopter au tribunal de première instance de son domicile où si elle est domiciliée à l'étranger, du domicile de l'adopté; à défaut de tout autre tribunal, le Tribunal régional de Dakar est compétent. Il est obligatoirement joint à la requête un extrait de l'acte de naissance de l'enfant

et une expédition du ou des consentements requis, sauf application des dispositions de l'article 233.

Ceux qui ont consenti à l'adoption sont avertis de la date de l'audience, dans le délai d'ajournement augmenté, s'il y a lieu, du délai de distance.

### **Article 237 Procédure**

L'instruction de la demande et, le cas échéant, les débats ont lieu en chambre du conseil, le Procureur de la République entendu. Le Tribunal, après avoir, s'il y a lieu fait procéder à une enquête par toute personne qualifiée et, après avoir vérifié si toutes les conditions de la loi sont remplies, prononce, sans énoncer de motifs, qu'il y a lieu à adoption. S'il est appelé à statuer sur les nom et prénoms de l'adopté le Tribunal décide dans la même forme. Le dispositif du jugement indique les nom et prénoms anciens et nouveaux de l'adopté et contient les mentions devant être transcrites sur les registres de l'état civil. Le jugement n'est susceptible que d'appel par toutes les parties en cause et le ministère public. L'appel doit être interjeté dans le mois qui suit le jugement. La cour instruit la cause et statue dans les mêmes formes et conditions que le Tribunal de première instance. Le jugement ou l'arrêt qui admet l'adoption est prononcé en audience publique. La tierce opposition à l'encontre du jugement ou de l'arrêt d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants.

### **Article 238 Décès de l'adoptant en cours d'instance**

Si l'adoptant vient à décéder après la présentation de la requête aux fins d'adoption, l'instruction est continuée et l'adoption prononcée s'il y a lieu. Dans ce cas elle produit ses effets au moment du décès de l'adoptant. Les héritiers de l'adoptant peuvent s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au ministère public tous mémoires et observations à ce sujet.

### **Article 239 Transcription et mention à l'état civil**

Dans le délai de quinzaine à compter du jour où la décision n'est plus susceptible de voie de recours, le ministère public près la juridiction qui l'a prononcée se conforme aux dispositions de l'article 58, alinéa 1 à 4.

## **Paragraphe III - Effets**

### **Article 240 Dates des effets**

L'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption. L'adoption n'est opposable aux tiers qu'à partir de l'accomplissement, sur les deux exemplaires des registres des naissances, des formalités prévues à l'article 58.

#### **Article 241 Filiation substituée**

L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine; l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang sous réserve des prohibitions au mariage.

#### **Article 242 Droits et obligations de l'adopté**

L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime.

#### **Article 243 Irrévocabilité**

L'adoption plénière est irrévocable.

### **Section II - de l'adoption limitée**

#### **Paragraphe premier Conditions, forme et procédure**

##### **Article 244 Age et consentement de l'adopté**

L'adoption limitée est permise sans conditions d'âge en la personne de l'adopté. Si l'adopté est âgé de plus de 15 ans, il doit consentir personnellement à l'adoption.

##### **Article 245 Conditions et procédure**

Les articles 224 à 228, 229 alinéa 1, 230 à 233, 233 à 238 et 240 sont applicables à l'adoption limitée. Toutefois lorsque le futur adoptant désire que l'adoption limitée n'ouvre aucune vocation successorale entre lui et l'adopté et ses descendants, il doit en informer les personnes dont le consentement est requis. Le consentement exprimé doit préciser qu'il est donné après acceptation de cette condition. La même mention doit être portée dans la requête aux fins d'adoption et dans le jugement qui y fait droit.

##### **Article 246 Mentions à l'acte de naissance**

Dans le délai de quinzaine à compter du jour où la décision n'est plus susceptible de voies de recours, le ministère public près la juridiction qui l'a prononcée se conforme aux dispositions de l'article 58, alinéa 1 et 5.

## **Paragraphe II - Effets**

### **Article 247 Juxtaposition des liens de famille**

L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires. Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté.

### **Article 248 Prohibitions au mariage**

Les prohibitions au mariage subsistent entre l'adopté et sa famille d'origine. Le mariage est en outre prohibé entre: - l'adoptant, l'adopté et ses descendants; - l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté; - les enfants adoptifs du même adoptant; - l'adopté et les enfants de l'adoptant.

### **Article 249 Puissance paternelle, administration légale, obligation alimentaire**

Les règles de l'exercice de la puissance paternelle sur l'adopté et de l'administration de ses biens et de sa personne sont indiquées aux chapitres 1 et 2 du titre 1 du livre V. Les dispositions concernant l'obligation alimentaire entre

l'adoptant, l'adopté et sa famille d'origine sont précisées à l'article 263. L'adoptant, ou celui des adoptants, qui exerce les droits de la puissance paternelle, consent au mariage de l'adopté.

### **Article 250 Adoption sans vocation successorale**

S'il a été stipulé que l'adoption était pratiquée sans bénéfice de vocation successorale, l'adopté et ses descendants n'ont aucun droit dans la succession de l'adoptant. Si l'adopté meurt sans descendants, sa succession entière est dévolue à sa famille d'origine. Nonobstant la stipulation de l'exclusion du bénéfice de vocation successorale, l'adoptant peut gratifier l'adopté et ses descendants par donations et legs.

### **Article 251 Adoption avec vocation successorale**

A défaut de la stipulation indiquée à l'article 250, l'adopté et ses descendants succèdent à l'adoptant ou, en cas d'adoption conjointe, à chacun des adoptants, avec les mêmes droits qu'un enfant légitime ou ses descendants. Sont applicables pour le surplus les dispositions régissant les successions, nonobstant les articles 540 et 541.

### **Article 252 Liens postérieurs de filiation**

L'adoption conserve tous ses effets nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation.

### **Article 253 Révocation**

L'adoption peut être révoquée, s'il est justifié de motifs graves, par une décision du Tribunal rendue à la demande de l'adoptant ou de l'adopté et, si ce dernier est encore mineur, du Procureur de la République. Néanmoins aucune demande de révocation d'adoption n'est recevable lorsque l'adopté est encore âgé de moins de 15 ans révolus. Le jugement rendu par le Tribunal compétent en vertu du droit commun, à la suite de la procédure ordinaire, après audition du ministère public, doit être motivé. Dès qu'il n'est plus susceptible de voies de recours, le ministère public procède aux formalités prévues par l'article 58, alinéas 1 et 5 pour mention complémentaire en marge de l'acte de naissance. La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption. Les biens donnés à l'adopté par l'adoptant font retour à celui-ci ou à ses héritiers dans l'état où ils se trouvent à la date de la révocation, sans préjudice des droits acquis par les tiers.

## **Section II - application de la loi et conflits de lois dans l'espace**

### **Article 840 Jouissance des droits**

Au même titre que les nationaux, les étrangers jouissent au Sénégal des droits résultant du présent Code. La jouissance d'un droit peut leur être expressément refusée par la loi ou être subordonnée à la réciprocité, sous réserve des dispositions des traités diplomatiques et des conventions d'établissement.

### **Article 841 Exercice des droits**

Les droits résultant du présent Code sont exercés suivant les dispositions de la loi sénégalaise ou d'une loi étrangère dans les rapports ayant un élément de rattachement avec un système juridique étranger. Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire sénégalais. Il en est ainsi notamment des dispositions du présent Code relatives: - à l'organisation de l'Etat civil; - à la détermination du domicile pour l'attribution de la compétence judiciaire; - à l'obligation alimentaire, la parenté et l'alliance; - à la protection de la personne et des biens des incapables; - à toutes les mesures provisoires imposées par l'urgence. Sont soumises aux règles de la loi nationale les règles relatives à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux et aux successions, suivant les distinctions et sous les réserves indiquées aux articles ci-après.

### **Article 842 Matières relatives au livre I**

Relèvent de la loi nationale les dispositions relatives au nom et à la protection de celui-ci, à l'objet et à la charge de la preuve en matière d'état des personnes. L'admissibilité des moyens de preuve de l'état des personnes et leur force probante sont déterminées par la loi du tribunal saisi, sauf au plaideur à invoquer la loi du lieu où l'acte ou le fait juridique est intervenu.

### **Article 843 Matières relatives au livre II**

Les conditions de fond du mariage sont appréciées selon la loi relativement à l'annulation du mariage et à ses effets. Tant pour les nationaux que pour les étrangers, la loi du lieu où le mariage est intervenu est compétent pour déterminer la forme du mariage. Le mariage peut également être célébré en la forme diplomatique ou consulaire selon la loi dont ressortissent ces autorités. Les effets extra patrimoniaux du mariage sont régis par la loi nationale des époux, et en cas de nationalités différentes, par la loi du pays où ils ont leur domicile commun, ou à défaut leur résidence commune, ou à défaut par la loi du for. Le divorce ou la séparation de corps sont régis par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune et, en cas de nationalité différente, par la loi du pays où ils ont leur domicile lors de la présentation de la demande; à défaut de preuve de l'existence d'un domicile commun, par la loi de la juridiction saisie. Cette loi est compétente pour les différentes modalités, la détermination des causes et des effets du divorce ou de la séparation de corps.

En cas de changement de nationalité de la personne dont la loi est compétente, la loi applicable est celle de la nationalité nouvelle.

### **Article 844 Matières relatives au livre III**

La filiation légitime et la légitimation sont régies par la loi qui gouverne les effets du mariage. La filiation naturelle est régie par la loi nationale de la mère et, en cas de reconnaissance, par celle du père. En cas de nationalité différente de l'enfant et de ses parents prétendus, la loi applicable est celle de l'enfant. En cas de changement de nationalité de l'enfant devant résulter de l'établissement de sa filiation, celui-ci peut se placer au moment qui lui est le plus favorable pour déterminer la loi applicable. Les conditions de l'adoption exigées de l'adoptant et de l'adopté sont régies par leur loi nationale respective. Ils doivent satisfaire aux conditions établies par l'une et l'autre loi lorsqu'elles les concernent tous les deux. Lorsque l'adoption est demandée par deux époux, les conditions exigées des adoptants sont régies par la loi qui gouverne les effets du mariage. Les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de



l'adoptant et, lorsqu'elle a été consentie par deux époux, par la loi qui gouverne les effets du mariage.

#### **Article 845 Matières relatives au livre V**

La capacité des personnes et la sanction des incapacités qui peuvent les frapper sont déterminées par la loi nationale de l'incapable. L'incapacité de l'une des parties résultant, soit de la loi nationale, soit d'un jugement, pourra être déclarée inopposable au co-contractant étranger qui l'a

ignorée en contractant sans imprudence dans un Etat dont la loi n'admet pas cette incapacité.

#### **Article 846 Matières relatives au livre VI**

Les effets patrimoniaux sont régis par la loi nationale des époux et, en cas de nationalités différentes, par la loi du pays où ils ont leur domicile commun, ou à défaut leur résidence commune ou à défaut par la loi du for.

#### **Article 847 Matières relatives au livre VII**

Les questions relatives à la dévolution successorale concernant la désignation des successeurs, l'ordre dans lequel ils sont appelés, la transmission de l'actif et du passif à chacun d'entre eux, sont régies par la loi nationale du défunt. Sont régies par la loi du lieu d'ouverture de la succession les opérations concernant l'option successorale, la mise en possession des héritiers, l'indivision successorale, le partage de l'actif et le règlement du passif. En cas de succession portant sur des immeubles et des fonds de commerce, la transmission de la propriété de ceux-ci est régie par la loi de leur situation.

#### **Article 848 Matières relatives au livre VIII**

Le testament est régi quant à sa forme par la loi du lieu où il a été rédigé, mais il peut également être établi conformément à toute autre loi expressément choisie par le testateur. La dévolution successorale par testament s'opère conformément à la loi nationale du défunt. Le règlement de la succession est régi par la loi du lieu d'ouverture de la succession. La donation est régie quant à la forme par la loi du lieu où l'acte est intervenu mais elle peut être faite conformément à toute autre loi expressément choisie par les parties.

Les effets de la donation sont, dans le silence de l'acte, régis par la loi du lieu d'exécution de la libéralité. La quotité disponible et le droit à réserve des héritiers se déterminent selon la loi

nationale du défunt. Le mode et l'ordre de réduction des libéralités sont régis par la loi du lieu d'ouverture de la succession.

#### **Article 849 Détermination de la loi nationale**

Le Sénégalais est soumis à sa loi nationale, même s'il est considéré par un autre Etat comme ayant une autre nationalité. Lorsqu'une personne ne possède pas la nationalité sénégalaise, seule et prise en considération la nationalité qu'elle possède en fait, compte tenu de sa résidence, du siège de ses affaires, de ses attaches familiales. L'apatride est régi par la loi du domicile et, à défaut de domicile, par celle de la résidence et, à défaut de résidence, par la loi sénégalaise.

#### **Article 850 Preuve de la loi étrangère et défaillance de celle-ci**

Le contenu de la loi étrangère est établi devant les juridictions sénégalaises, par tous moyens, par le plaideur qui s'en prévaut et, au besoin, à la diligence du juge. Ce dernier peut faire état de sa connaissance personnelle d'une loi étrangère considérée comme un fait général accessible à tous.

Les juges du fond vérifient le sens et la portée des lois étrangères. En cas de défaillance de la loi étrangère parce qu'elle ne peut être prouvée, ou que les parties y renoncent, la loi sénégalaise reçoit application.

#### **Article 851 Ordre public et fraude à la loi**

La loi sénégalaise se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente lorsque l'ordre public sénégalais est en jeu ou lorsque les parties ont, par une utilisation volontaire des règles de conflit, intentionnellement rendu la loi sénégalaise incompétente. Un droit acquis à l'étranger ne peut avoir effet au Sénégal que s'il ne s'oppose pas à l'ordre public.

**Article 852** Si la loi étrangère applicable renvoie à la loi sénégalaise, il est fait application de celle-ci.

### **Section III - Conflit de juridictions**

#### **Article 853 Compétence internationale des tribunaux sénégalais**

Les tribunaux sénégalais sont compétents pour connaître de toute action dans laquelle le demandeur ou le défendeur a la nationalité sénégalaise au jour de l'introduction de l'instance.

Il est fait exception à cette règle lorsque le jugement rendu s'exécutera nécessairement à l'étranger ou lorsque les parties renoncent au privilège de juridiction que leur accorde la loi. Le tribunal territorialement compétent est déterminé par les règles sénégalaises de compétence territoriale. Les tribunaux sénégalais sont également compétents dans les litiges entre étrangers lorsque le défendeur est domicilié au Sénégal ou lorsque l'élément de rattachement auquel se réfèrent les articles 34 à 36 du Code de Procédure Civile pour donner compétence à un tribunal déterminé se trouve situé au Sénégal. Le tout sous réserve des règles relatives aux immunités des agents diplomatiques, des souverains et états étrangers et des traités concernant la compétence judiciaire.

#### **Article 854 Effet international des jugements**

Les jugements étrangers n'ont force exécutoire au Sénégal que s'ils ont été revêtus de l'exequatur conformément aux articles 788 et suivants du Code de Procédure Civile et sous réserve des traités d'assistance judiciaire et autres conventions diplomatiques. Cependant, les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets au Sénégal indépendamment de toute décision d'exequatur, sauf dans le cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution

## **II. DROIT POSITIF MALIEN DE L'ADOPTION**

### **Chapitre I. Dispositions communes**

**Article 522 :** Toute personne de bonne vie et de bonne mœurs établies peut adopter un ou plusieurs enfants, soit pour assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin, soit pour se procurer une postérité.

Dans le premier cas, a lieu "l'adoption- protection" qui renforce ou crée entre l'adoptant et l'adopté des droits et obligations tels que prévus par le présent code.

Dans le second cas, a lieu "l'adoption- filiation" qui institue des liens analogues à ceux résultant de la filiation légitime.

En aucun cas, un homosexuel n'est admis à adopter un enfant sous quelque régime que ce soit.

**Article 523 :** Toute adoption est faite uniquement en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'Enfant.

Elle doit résulter d'une décision du Tribunal civil.

La demande d'adoption est adressée soit aux services chargés de la promotion de l'Enfance, en cas d'adoption au plan interne ; soit à l'Autorité Centrale chargée de la mise en œuvre de l'adoption internationale, en cas d'adoption internationale.

Après enquête, ces services ou l'Autorité centrale saisit le Tribunal civil compétent.

Le jugement est rendu en audience publique, après débats en chambre du conseil, le Ministère Public entendu ; et en présence de l'adoptant et celle du représentant du service chargé de la promotion de l'enfance.

Le service chargé de la promotion de l'enfance est partie à tout jugement d'adoption. En cette qualité, il peut exercer toute voie de recours.

**Article 524 :** L'adoption doit présenter des avantages pour l'enfant et il doit exister de justes motifs.

**Article 525 :** Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par des époux au sens du présent Code.

Toutefois, en matière d'adoption protection, en cas de décès de l'adoptant ou des adoptants, une nouvelle adoption peut être prononcée.

## **Chapitre II : De L'adoption-protection**

**Article 526 :** Les époux, sous réserve du respect des prescriptions portées à l'article 522 ci-dessus peuvent adopter un ou plusieurs enfants mineurs en état d'abandon matériel ou moral ou qui lui sont simplement remis par les parents.

Il est de même pour la femme célibataire jouissant d'une bonne moralité et de revenu suffisant.

L'homme célibataire jouissant d'une bonne moralité et de revenu suffisant ne peut adopter qu'un enfant de sexe masculin âgé de treize (13) ans au moins.

L'adoption a lieu sans égard au nombre d'enfants.

**Article 527 :** L'adoption- protection est permise quel que soit l'âge de l'adopté.

Si l'adopté est âgé de plus de 13 ans, il doit consentir personnellement à l'adoption.

**Article 528 :** Les père et mère de l'adopté ou l'un des deux si l'autre est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, doivent y consentir personnellement, sauf à produire un acte authentique ou un acte légalisé constatant ce consentement.

Si l'adopté n'a ni père ni mère, ou si ceux-ci sont inconnus, ou s'ils sont l'un et l'autre dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement de la personne ou de l'institution qui assure la garde de l'enfant est nécessaire et, s'il y a lieu, celui du conseil de famille.

**Article 529 :** L'adoption- protection met à la charge de l'adoptant l'obligation de nourrir, loger, entretenir, élever l'adopté et de préparer son établissement.

**Article 530 :** Les droits relevant de l'autorité parentale tels que réglés par le présent code sont exercés par le ou les adoptants dans les mêmes conditions qu'à l'égard de l'enfant légitime. Les règles de la tutelle de l'enfant légitime s'appliquent à l'enfant adopté.

**Article 531 :** L'adopté doit des aliments à l'adoptant lorsque celui-ci se trouve dans le besoin.

**Article 532 :** L'adoption- protection est sans effet sur les attributs de la personne de l'adopté, excepté le domicile légal.

**Article 533 :** L'adoption- protection n'ouvre droit à la succession que dans les conditions prévues au présent code relatif aux successions.

**Article 534 :** Les donations faites entre vifs par l'adoptant à l'adopté ou inversement, sont soumises aux règles prévues par le présent code.

**Article 535 :** L'adoption -protection peut être révoquée à tout moment dans l'intérêt de l'enfant ou pour des motifs graves.

La révocation de l'adoption se fait dans les mêmes conditions de forme que celles prévues pour la procédure d'adoption.

**Article 536 :** L'action en révocation de l'adoption- protection est ouverte aux personnes ci-après :

-l'adoptant ;

- l'adopté à condition qu'il ait au moins quinze (15) ans ;
- les personnes ou l'institution dont le consentement est requis ;
- le ministère public ;
- aux délégués à la protection de l'enfance ;
- et à toute personne qui y a intérêt.

### **Chapitre III : De l'adoption- filiation**

**Article 537:** Ne peuvent faire l'objet de l'adoption- filiation que des enfants abandonnés, ou dont les parents sont inconnus.

L'adoption n'est cependant permise que pour les enfants âgés de moins de 5 ans.

**Article 538 :** Tout enfant recueilli par une institution publique ou privée, ou par un individu, dont les parents, tuteurs ou toute autre personne chargée de sa garde se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an, peut être déclaré abandonné par le Tribunal civil.

Le Tribunal délègue par la même décision l'exercice de l'autorité parentale soit, à la personne, soit à l'Institution publique ou privée d'accueil.

**Article 539 :** Est considéré comme enfant trouvé, le nouveau-né recueilli par un individu, une Institution publique ou privée et dont les père et mère n'ont pu être identifiés.

**Article 540 :** Sous réserve du respect des prescriptions portées à l'article 522 ci-dessus, l'adoption-filiation peut être demandée :

- soit par un couple de nationalité malienne n'ayant ni enfant, ni descendant légitime, à condition que l'un d'eux ait au moins 30 ans ;
- soit par une personne de nationalité malienne célibataire, divorcée ou veuve qui n'a ni enfant ni descendant et qui est âgé d'au moins 30 ans.

**Article 541 :** La filiation adoptive crée entre l'adoptant et l'adopté les mêmes droits et obligations que ceux résultant de la filiation légitime.

L'adopté prend le nom de l'adoptant.

**Article 542 :** La filiation adoptive est irrévocable.

# **DROITS PROSPECTIFS MALIEN ET SENEGALAIS**

## **CHAPITRE 1. Les règles internes de l'adoption**

### **Article 1 Définition de l'adoption**

" L'adoption est une institution juridique permettant soit de substituer à la défaillance parentale, soit de consolider les liens existants entre des proches. Il existe deux catégories d'adoption : l'adoption filiative et l'adoption sans effet sur la filiation ".

### **Article 2. Finalité de l'adoption**

" Toute adoption est faite uniquement en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce principe doit être la considération prédominante déterminant la continuité de la procédure d'adoption, tant nationale qu' internationale ".

### **Section 1. L'adoption filiative**

#### **Article 3. Adoption filiative simple et adoption filiative plénière**

" L'adoption filiative crée, par l'effet de la loi, un lien de filiation indépendante de l'origine de l'enfant. Cette forme d'adoption peut être simple ou plénière. Elle résulte d'une décision du Tribunal civil ".

#### **Paragraphe 1. Adoption filiative simple**

#### **Article 4. Définition**

" L'adoption filiative simple est la forme d'adoption filiative de droit commun. Elle permet une coexistence de deux liens de filiations. Tout en créant un nouveau lien de filiation entre adoptant et adopté, elle laisse subsister des liens juridiques entre l'adopté et sa famille d'origine ".

#### **A. Conditions, forme et procédure**

#### **Article 5. Conditions de fond**

" L'adoption filiative simple n'est permise que dans un cadre hétérofamilial. Toutefois, lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le justifie, elle peut être prononcée en faveur du conjoint

*du père ou de la mère de l'enfant, ou au profit du conjoint d'ascendant ou parent à condition qu'il n'y ait pas de lien de sang entre l'adoptant et l'adopté "*.

#### **Article 6. L'adoption filiative simple conjointe**

" L'adoption filiative simple peut être demandée conjointement, après 3 ans de mariage, par des époux hétérosexuels unis et non séparés de corps dont l'un au moins est âgé de 30 ans. Ils *doivent fournir une attestation de bonne vie et de bonne mœurs "*.

#### **Article 7. L'adoption filiative simple individuelle**

" L'adoption filiative simple par une personne seule est prononcée en faveur *"des enfants à besoins spéciaux"* et en faveur du conjoint du père ou de la mère de l'enfant, ou du conjoint d'ascendant ou parent à condition qu'il n'y ait pas de lien de sang entre l'adoptant et l'adopté "

#### **Article 8. Différence d'âge entre adoptant et adopté**

" L'adoptant seul, ou l'un des époux, en cas d'adoption conjointe doit être âgé d'au moins 10 ans de plus et d'au maximum 55 ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Toutefois, cette condition de limite d'âge n'est pas exigée en cas d'adoption d'enfant *"à besoins spéciaux"*.

#### **Article 9. Age et consentement de l'adopté**

" L'adoption simple est ouverte aux enfants âgés de moins de dix huit (18) ans. *L'adopté de moins de treize ans, capable de discernement doit consentir à son adoption ou tout au moins, être auditionné lors du prononcé de l'adoption. En tout état de cause, le consentement de l'adopté de plus de treize ans est requis "*.

#### **Article 10. Modes de consentement et Rétractation**

"Le consentement à l'adoption filiative simple est donné par acte authentique devant le tribunal civil du domicile ou de la résidence de la personne qui consent, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires maliens/sénégalais à l'étranger. Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant 6 mois et il est donné avis de cette possibilité par l'autorité qui le reçoit à celui qui l'exprime. Mention de cet avis est portée à l'acte. La rétractation doit être faite par *lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à l'autorité qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande, même verbale, vaut également preuve de la rétractation. Si à l'expiration du délai de 6 mois le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de*



*l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption, ou que la requête aux fins d'adoption n'ait pas encore été déposée. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le Président du Tribunal civil compétent qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement donné à l'adoption ".*

#### **Article 11. Accueil préalable**

*" L'adoption filiative simple est précédée de l'accueil de l'adopté potentiel au foyer de ou des adoptants potentiels. La durée de ce placement pré adoptif est de six mois. Cette phase pré-adoptive permet au juge d'apprécier la capacité d'accueil de l'adoptant potentiel ".*

#### **Article 12. Mentions à l'acte de naissance**

*" Dans le délai de quinzaine à compter du jour où la décision n'est plus susceptible de voies de recours, le ministère public près la juridiction qui l'a prononcée enjoint à l'officier de l'état civil compétent, de transcrire le jugement sur le registre des actes de l'état civil ".*

### **B. Effets**

#### **Article 13. Effet sur le nom**

*" L'adopté filiative simple conserve son nom d'origine. Il peut, si cela va dans son intérêt, ajouter, à son nom d'origine, le nom de l'adoptant. Toutefois, l'adoption simple ne doit en aucune manière, permettre de dissimuler l'identité ou l'origine de l'adopté ".*

#### **Article 14. Effet sur la Succession**

*" L'adopté simple a dans la famille de l'adoptant les mêmes droits qu'un enfant légitime. L'adoptant également hérite de l'adopté. Toutefois, sont exclues du bénéfice de ce droit, la famille d'origine de l'adopté et celle de l'adoptant.*

*L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires. Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté ".*

#### **Article 15. Prohibitions au mariage**

*" Les prohibitions au mariage subsistent entre l'adopté et sa famille d'origine. Le mariage est en outre prohibé entre :*

*- l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;*

- *l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté*; - les enfants adoptifs du même adoptant ;

- *l'adopté et les enfants de l'adoptant* ".

#### **Article 16. Autorité parentale, administration légale, obligation alimentaire**

" L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, mais celui-ci en conserve l'exercice.

Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les mêmes conditions qu'à l'égard de l'enfant légitime.

Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté.

L'adopté doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté.

L'obligation de se fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère. Cependant les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant ".

#### **Article 17. Liens postérieurs de filiation**

" *L'adoption conserve tous ses effets nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation* ".

#### **Article 18. Révocation de l'adoption filiative simple**

" *L'adoption peut être révoquée dans l'intérêt de l'enfant ou s'il est justifié de motifs graves, par une décision du Tribunal civil rendue à la demande de l'adoptant ou de l'adopté et, si ce dernier est encore mineur, du Procureur de la République ou des membres de la famille par le sang de l'adopté. Néanmoins aucune demande de révocation d'adoption par l'adoptant n'est recevable lorsque l'adopté est encore âgé de moins de 13 ans révolus. Le jugement rendu par le Tribunal compétent en vertu du droit commun, à la suite de la procédure ordinaire, après audition du ministère public, doit être motivé. Dès qu'il n'est plus susceptible de voies de recours, le ministère public procède aux formalités prévues pour mention complémentaire en marge de l'acte de naissance. La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption. Les biens donnés à l'adopté par l'adoptant font retour à*

celui-ci ou à ses héritiers dans l'état où ils se trouvent à la date de la révocation, sans préjudice des droits acquis par les tiers ".

## **Paragraphe 2. Adoption filiative plénière**

### **Article 19. Définition.**

" L'adoption filiative plénière ne permet aucun partage entre la famille adoptive et la famille d'origine de l'enfant. A l'opposé de la forme simple, elle rompt tout lien de filiation entre l'enfant et sa famille par le sang. Elle n'est permise qu'en faveur des enfants délaissés et de parents inconnus. En tout état de cause, il ne peut exister un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté ".

### **A. Conditions requises**

#### **Article 20. Les catégories d'enfants adoptables**

" L'adoption plénière n'est permise qu'aux seuls enfants de moins de cinq ans, délaissés et de parents inconnus ".

#### **Article 21. L'aptitude à adopter**

" L'adoption peut être demandée par un couple hétérosexuel uni depuis 5 ans par le mariage et non séparé de corps dont l'un des membres est âgé d'au moins 30 ans ".

#### **Article 22. Absence ou présence d'enfant de l'adoptant**

" L'adoption plénière étant une mesure permettant de donner une famille à un enfant qui en est dépourvue, la présence ou l'absence d'enfants dans le foyer du demandeur est sans effet sur le prononcé de l'adoption plénière ".

#### **Article 23. Consentement de la famille d'origine**

" Si la personne à adopter a encore ses père et mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des père et mère est décédé, inconnu ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. Si les père et mère sont tous deux décédés, inconnus ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le tribunal se prononce après enquête, le tuteur de l'enfant et le ministère public entendus. L'adoption de l'enfant est soumise dans ce cas à la déclaration judiciaire de délaissement ".

## **B. Forme et procédure**

### **Article 24. Déclaration judiciaire de délaissement d'enfant sans filiation connue**

*" l'enfant de moins de cinq ans, qui n'a pas bénéficié de la part de ses parents d'actes ou de relations nécessaires à son développement physique, psychologique et affectif, sans que ces derniers en aient été empêchés par un tiers, est déclaré judiciairement délaissé et donc adoptable sous la forme plénière conformément à son intérêt "*.

### **Article 25. Placement en vue de l'adoption**

*" Le placement en vue de l'adoption est décidé par le Président du Tribunal civil de la résidence de l'enfant sur requête présentée par le futur adoptant, par l'autorité centrale désignée, ou par le ministère public. Le placement est réalisé par la remise effective au futur adoptant d'un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement déclaré délaissé et sans filiation connue par décision judiciaire. Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de 3 mois à compter du jour où l'enfant a été recueilli. Le placement ne peut avoir lieu lorsque les parents ont demandé la restitution de l'enfant tant qu'il n'a pas été statué sur le bien-fondé de cette demande à la requête de la partie la plus diligente. La requête n'est recevable que sur présentation: - De l'extrait de l'acte de naissance de l'enfant; - De la décision judiciaire déclarant le délaissement. - D'une attestation fournie par le greffier indiquant qu'aucune demande de restitution de l'enfant n'a été formulée. - De la justification de ce que l'enfant a été recueilli depuis plus de 3 mois lorsque sa filiation n'est pas établie. La requête est communiquée au procureur de la République .*

*L'ordonnance doit énoncer les pièces produites. Elle est immédiatement exécutoire nonobstant opposition ou appel "*.

### **Article 26. Effets du placement**

*" Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à la famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance. Une expédition de l'ordonnance est délivrée d'office au Procureur de la République aussitôt qu'elle est rendue et avant même les formalités d'enregistrement et de timbre. Le Procureur de la République enjoint sans délai à l'officier de l'état civil compétent et, le cas échéant, au depositaire des doubles des registres, d'en faire mention en marge de l'acte de naissance de*

*l'enfant. Si le placement en vue de l'adoption cesse ou si le tribunal a refusé de prononcer l'adoption, les effets du placement sont rétroactivement résolus. Le ministère public d'office, lorsque la décision de rejet n'est plus susceptible de voies de recours, où dès qu'il est informé de la fin du placement prescrit la mention rectificative de la mention marginale opérée sur l'acte de naissance de l'enfant ".*

#### **Article 27. Dépôt de la requête**

*" La requête aux fins d'adoption plénière est présentée par la personne qui se propose d'adopter au tribunal de première instance de son domicile où si elle est domiciliée à l'étranger, du domicile de l'adopté. Il est obligatoirement joint, dans la mesure du possible, à la requête un extrait de l'acte de naissance de l'enfant .*

*L'autorité centrale est avertie de la date de l'audience, dans le délai d'ajournement augmenté, s'il y a lieu, du délai de distance ".*

#### **Article 28. Procédure**

*" L'instruction de la demande et, le cas échéant, les débats ont lieu en chambre du conseil, le Procureur de la République entendu. Le Tribunal, après avoir, s'il y a lieu fait procéder à une enquête par toute personne qualifiée et, après avoir vérifié si toutes les conditions de la loi sont remplies, prononce, sans énoncer de motifs, qu'il y a lieu à adoption. S'il est appelé à statuer sur les nom et prénoms de l'adopté, le Tribunal décide dans la même forme. Le dispositif du jugement indique les nom nouveaux de l'adopté et contient les mentions devant être transcrites sur les registres de l'état civil. Le jugement n'est susceptible que d'appel par toutes les parties en cause et le ministère public. L'appel doit être interjeté dans le mois qui suit le jugement. La cour instruit la cause et statue dans les mêmes formes et conditions que le Tribunal de première instance. Le jugement ou l'arrêt qui admet l'adoption est prononcé en audience publique. La tierce opposition à l'encontre du jugement ou de l'arrêt d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants ".*

#### **Article 29. Décès de l'adoptant en cours d'instance**

*" Si l'adoptant vient à décéder après la présentation de la requête aux fins d'adoption, l'instruction est continuée et l'adoption prononcée s'il y a lieu. Dans ce cas elle produit ses effets au moment du décès de l'adoptant. Les héritiers de l'adoptant peuvent s'ils croient*

*l'adoption inadmissible, remettre au ministère public tous mémoires et observations à ce sujet* ".

### **Article 30. Transcription et mention à l'état civil**

*" Dans le délai de quinzaine à compter du jour où la décision n'est plus susceptible de voie de recours, le ministère public près la juridiction qui l'a prononcée, enjoint à l'officier de l'état civil compétent, de transcrire le jugement sur le registre des actes de l'état civil "*.

## **C. Effets**

### **Article 31. Dates des effets**

*" L'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption. L'adoption n'est opposable aux tiers qu'à partir de l'accomplissement des formalités prévues à l'article 30 "*.

### **Article 32. Filiation substituée**

*" L'adoption plénière confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine ; l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang "*.

### **Article 33. Droits et obligations de l'adopté**

*" L'adopté-plénière a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime "*.

### **Article 34. Révocabilité de l'adoption plénière**

*" La révocation de l'adoption plénière obéit à des conditions spécifiques liées à la qualité des demandeurs à l'action en révocation et à la légitimité de l'action en révocation de l'adoption plénière.*

*L'action en révocation de l'adoption plénière est ouverte, à l'exclusion du ou des adoptants, à l'adopté ou à l'institution qui avait consenti à l'adoption, au ministère public.*

*Toutefois, l'action en révocation de l'adoption plénière doit être impérativement fondée sur des motifs graves mettant en danger l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle ne fait pas obstacle au prononcé d'une nouvelle adoption adaptée à sa situation spécifique "*.

### **Article 35. Effets de la révocation**

" La révocation de l'adoption plénière à l'égard du ou des adoptants met définitivement fin, pour l'avenir, aux relations adoptives. Toutefois, lorsque l'intérêt de l'ex-adopté l'exige, celui-ci pourra conserver le nom de son ex-adoptant. Le tribunal peut condamner l'ex-adoptant, soit à subvenir à l'entretien de l'ex-adopté lorsque celui-ci se trouve dans le besoin, soit à octroyer des dommages-intérêts lorsque la rupture du lien d'adoption est de nature à compromettre l'avenir de l'enfant. Lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le permet, la révocation de l'adoption plénière ne fait pas obstacle au prononcé d'une nouvelle adoption " .

## **Section 2. L'adoption sans effet sur la filiation**

### **Article 36. Définition**

" L'adoption sans effet sur la filiation est la forme d'adoption qui s'inspire des traditions locales. Elle permet à toute *personne de bonne vie et de bonne mœurs établies et ayant un lien de parenté ou d'alliance avec un ou plusieurs enfants, de pouvoir les adopter, pour assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle et morale dont ils ont besoin.* Elle ne crée aucun lien de filiation juridique entre l'adoptant et l'adopté. Elle est sans effet sur les attributs de la personne de l'adopté, excepté le domicile légal. Cette forme d'adoption est désignée sous le vocable "adoption-protection " .

### **A. Conditions, forme et procédure**

#### **Article 37. Conditions**

" L'adoption sans effet sur la filiation, ci-après dénommée " adoption-protection " est l'engagement d'une personne majeure de recueillir un ou plusieurs enfants issus d'un lien de parenté ou d'alliance et d'assurer à ceux-ci l'entretien, l'éducation, la protection matérielle ou morale dont ils ont besoin. Elle résulte d'une déclaration devant l'officier de l'état civil territorialement compétent " .

#### **Article 38. Aptitude à adopter**

" L'adoption-protection est accessible à toute *personne de bonne vie et de bonne mœurs établies, âgée d'au moins 18 ans, de nationalité malienne/sénégalaise et ayant un lien de parenté ou d'alliance avec l'enfant qu'il se propose d'adopter.*

La vocation à l'adoption-protection appartient aussi bien à l'homme qu'à la femme. Le parent adoptant peut être marié ou divorcé, veuf ou célibataire ".

#### **Article 39 Absence ou existence d'enfants de l'adoptant**

" L'existence d'autres enfants (adoptifs ou biologiques) de l'adoptant ne fait pas obstacle à l'accès à l'adoption-protection ".

#### **Article 40. Catégories d'enfants adoptables**

" L'adoption-protection est ouverte aux enfants ayant une famille, au sens large, qui y consent à l'exclusion des enfants délaissés et sans famille connue ".

#### **Article 41. Âge et consentement de l'adopté**

" L'adoption-protection n'est permise qu'aux enfants de moins dix huit (18) ans. *L'adopté de moins de treize ans, capable de discernement doit consentir à son adoption ou tout au moins, être auditionné par l'officier de l'état civil avant la déclaration d'adoption. En tout état de cause, le consentement de l'adopté de plus de treize ans est requis* ".

#### **Article 42. Consentement parental**

" *Les père et mère de l'adopté ou l'un des deux si l'autre est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, doivent y consentir personnellement, sauf à produire un acte authentique ou un acte légalisé constatant ce consentement* ".

#### **Article 43. Déclaration d'adoption-protection**

" L'adoption-protection est réalisée devant un officier de l'état civil au moyen d'une déclaration d'adoption ".

#### **Article 44. Procédure de déclaration de l'adoption-protection devant l'officier de l'état civil.**

" L'adoptant doit constituer un dossier qui servira entre autre de preuve. Il s'agit de retirer et de remplir un imprimé d'acte d'adoption-protection en double exemplaire auprès de sa mairie. L'acte doit comporter l'identité de toutes les personnes en cause, leur domiciliation, le consentement de l'enfant, au cas échéant, celui des parents biologiques ou du conseil de famille ainsi que la vérification des autres conditions de fond exigées par la loi.



Le conseil de famille doit être représenté, lorsque le lien de parenté existant entre l'enfant et les personnes qui se proposent de l'adopter sont lointains, par deux témoins majeurs tous issus de la grande famille de l'adopté et de l'adoptant. Celles-ci servant de témoins pendant le prononcé de l'adoption-protection par l'officier de l'état civil, doivent également fournir leurs pièces d'identité.

Ensuite, l'acte doit être signé par les deux familles, puis être déposé à la mairie territorialement compétente par le ou les adoptants.

Les personnes qui doivent comparaître sont: la personne à adopter si elle a plus de dix ans, l'adoptant, les personnes qui ont consenti à l'adoption-protection, sauf si leur consentement a été recueilli par acte authentique ou authentifié.

Enfin, l'acte doit faire l'objet d'une publication dans les mairies respectives du lieu de résidence habituelle des deux familles.

Le délai de publication doit être le même que celui de la publication des bans de mariage. Si aucune opposition n'est reçue pendant ce délai, l'Officier de l'état civil compétent recouvre l'acte de la solennité ultime en prononçant l'adoption-protection. A partir de cet instant, l'acte d'adoption-protection devient opposable aux tiers. Un exemplaire de l'acte est remis à l'adoptant et aux parents biologiques de l'adopté ou de leur représentant et l'autre est consigné dans les registres d'état civil de la mairie ".

#### **Article 45. L'acte d'adoption-protection**

" L'acte d'adoption-protection dressé par l'Officier d'état civil, doit indiquer trois éléments essentiels. Tout d'abord, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de l'adoptant. Ensuite, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de l'adopté. Et enfin, les nom, prénom, date et lieu de naissance, filiation, profession et résidence habituelle de chacun des témoins ".

#### **B. Effets de l'adoption-protection**

##### **Article 46. Effets sur la Succession**

" L'enfant conserve ses droits successoraux dans sa famille biologique, sans en acquérir dans sa famille adoptante, sauf donations et legs en sa faveur. Toutefois, lorsque l'adoptant n'a pas d'héritier, l'adopté pourra lui succéder ".

#### **Article 47. Effets sur la filiation**

" L'adoption-protection consacre une parenté plurielle qui réside dans l'adjonction à la famille biologique d'une famille sociale, sans que cela ait une quelconque influence sur la filiation de l'enfant. L'adoption-protection ne crée pas un lien de filiation ".

#### **Article 48. Effets sur le Nom**

" L'adopté-protection conserve son nom d'origine ".

#### **Article 49. Effets sur les prérogatives parentales**

" Les adoptants accomplissent tous les actes usuels relatifs à la personne de l'enfant, toutefois, l'accord des parents par le sang est requis pour les actes graves.

Lorsque l'enfant a été confié à un tiers ou a été adopté en adoption-protection, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant est confié ou qui l'a adopté, accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

En outre, une obligation d'entretien pèse sur l'adoptant en faveur de l'adopté. Le non respect de cette obligation, justifié par la mauvaise foi de l'adoptant, pourra être considéré comme un motif grave justifiant la révocation de l'adoption-protection par le juge compétent.

Sont concernés : les adoptés mineurs (s'ils ne disposent pas de revenus eux-mêmes), les adoptés ayant atteint la majorité après l'adoption si certaines conditions sont remplies : poursuite d'études conduites avec sérieux et entreprises avec chance de succès dans le but d'obtenir une qualification professionnelle afin d'accéder à l'indépendance financière par l'exercice d'une profession, ou trouver un emploi dans un délai raisonnable après la fin des études.

Exceptée cette dernière condition, l'obligation d'entretien prend fin de plein droit lorsque l'adopté devient majeur. Le comportement indigne ou désagréable de l'adopté pourra, le cas échéant, être considéré comme un motif grave susceptible de mettre fin à l'obligation d'entretien. L'obligation d'entretien n'est pas réciproque en ce sens qu'elle vise uniquement à assurer le bien-être et l'avenir de l'enfant ".

#### **Article 50. Révocation**

" L'adoption-protection peut être révoquée ou annulée pour des motifs graves. L'appréciation de ces motifs graves et au-delà, la décision éventuelle de révocation ou la nullité de l'adoption-protection relèvent de la compétence de l'autorité judiciaire ".

## **Article 51. Action en révocation**

" L'action en révocation d'adoption, personnelle et incessible, insaisissable et intransmissible est ouverte en premier lieu à l'adopté. En cas de minorité de ce dernier, c'est le ministère public, censé représenter l'intérêt de l'enfant qui doit la demander, et enfin, les parents biologiques de l'adopté ou à défaut un membre de sa famille élargie. Cette action peut également être exercée par l'adoptant.

La personne qui désire intenter une action en révocation d'une adoption-protection doit saisir le tribunal selon les règles de procédure de droit commun. Le jugement de révocation de l'adoption-protection n'est pas rétroactif. Une copie de la décision de révocation de l'adoption est transmise à l'Officier de l'état civil pour transcription. La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption. L'opposabilité aux tiers, de la révocation de l'adoption-protection, intervient à compter du jour de sa transcription à l'état civil.

Par ailleurs, les parties, toute personne qui y a intérêt ainsi que le ministère public peuvent demander devant les autorités judiciaires compétentes la nullité de l'adoption-protection pour inobservation des règles de fond ou de forme.

## **CHAPITRE 2. Règles spécifiques à l'adoption internationale**

### **Section 1. Généralités**

#### **Article 52. Définition de l'adoption internationale**

"L'adoption internationale est la procédure judiciaire permettant qu'un enfant puisse bénéficier d'un nouveau lien de filiation au profit d'un couple ou d'une personne résidant habituellement sur le territoire national ou dans un pays étranger appelé pays d'accueil ".

#### **Article 53 La motivation des décisions d'adoption**

" Les décisions d'adoption doivent obligatoirement être motivés en tenant compte de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant ".

#### **Article 54 Adoption d'enfants à particularités**

" L'adoption internationale des enfants à particularité doit être favorisée toutes les fois que, en l'absence d'un projet d'adoption nationale plus approprié, cette mesure contribue à la

protection de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné et à assurer son bien-être physique ou mental ".

## **Section 2. Règles de conflits en matière d'adoption internationale**

### **Paragraphe 1. Les condition de l'adoption internationale**

#### **Article 55. Le prononcé de l'adoption internationale**

" L'adoption internationale ne peut être prononcée que si l'enfant est adoptable dans les conditions prévues par sa loi nationale et si la loi des adoptants est prise en considération ".

#### **Article 56. L'adoption d'un mineur étranger sur le territoire national**

" L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée que si sa loi personnelle admet non seulement l'adoption, mais également autorise la forme d'adoption requise et la qualité des postulants à l'adoption. Toutefois, le respect de ces conditions ne doit en aucune manière *porter atteinte à l'ordre public national et aux bonnes mœurs* ".

### **Paragraphe 2. Les effets de l'adoption internationale**

#### **Article 57. Effets des adoptions prononcées au Mali/Sénégal**

" Les effets de l'adoption internationale sont ceux de la loi malienne/sénégalaise. Toutefois, ils pourront être soumis, par le juge et lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le requiert, à la loi nationale de l'adoptant, s'il est seul, et à la loi des effets du mariage, en cas d'adoption par un couple marié, c'est-à-dire à la loi nationale commune des parents adoptifs, et à défaut, à la loi du domicile commun ".

#### **Article 58 Effets des jugements étrangers**

" *Les jugements étrangers n'ont force exécutoire sur le territoire national que s'ils ont été revêtus de l'exequatur et sous réserve des traités d'assistance judiciaire et autres conventions diplomatiques. Cependant, les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets dans le pays indépendamment de toute décision d'exequatur, sauf dans le cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution* ".

## **Article 59. Ordre public et fraude à la loi**

*" La loi nationale se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente lorsque l'ordre public local est en jeu ou lorsque les parties ont, par une utilisation volontaire des règles de conflit, intentionnellement rendu la loi nationale incompétente. Un droit acquis à l'étranger ne peut avoir effet dans le pays que s'il ne s'oppose pas à l'ordre public.*

Cependant, au nom du principe de primauté, l'intérêt de l'enfant doit prévaloir sur l'intérêt de l'Etat, ce n'est donc qu'en cas de violation avérée et insurmontable de l'ordre public que l'adoption ne sera pas reconnue. Si la violation n'est pas substantielle, l'intérêt de l'enfant prime alors l'ordre public et l'adoption est accueillie ".

### **Paragraphe 3. Institutions spécialisées dans l'adoption internationale**

#### **A. Institutions administratives**

#### **Article 60 Conseil supérieur de l'adoption**

" Il est créé, auprès du Premier ministre, un Conseil supérieur de l'adoption. Il est composé de 20 membres ayant une expérience avérée en matière d'adoption. Il s'agit de deux parlementaires, de deux représentants de l'Association des Maires, de deux représentants de l'Etat, de deux magistrats, de deux représentants des centres d'accueil pour enfants en privation familiale, de deux représentants des associations de familles adoptives, de deux représentants des personnes adoptées et de pupilles de l'Etat, de deux représentants de l'ordre des Avocats, de deux représentants des services de police, de deux représentants de l'autorité centrale en matière d'adoption internationale.

Il se réunit à la demande de son président, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre chargé de la famille, du ministre des affaires étrangères ou de la majorité de ses membres, et au moins une fois par semestre.

Le Conseil supérieur de l'adoption émet des avis et formule toutes propositions utiles relatives à l'adoption, y compris l'adoption internationale. Il est consulté sur les mesures législatives et réglementaires prises en ce domaine.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret ".

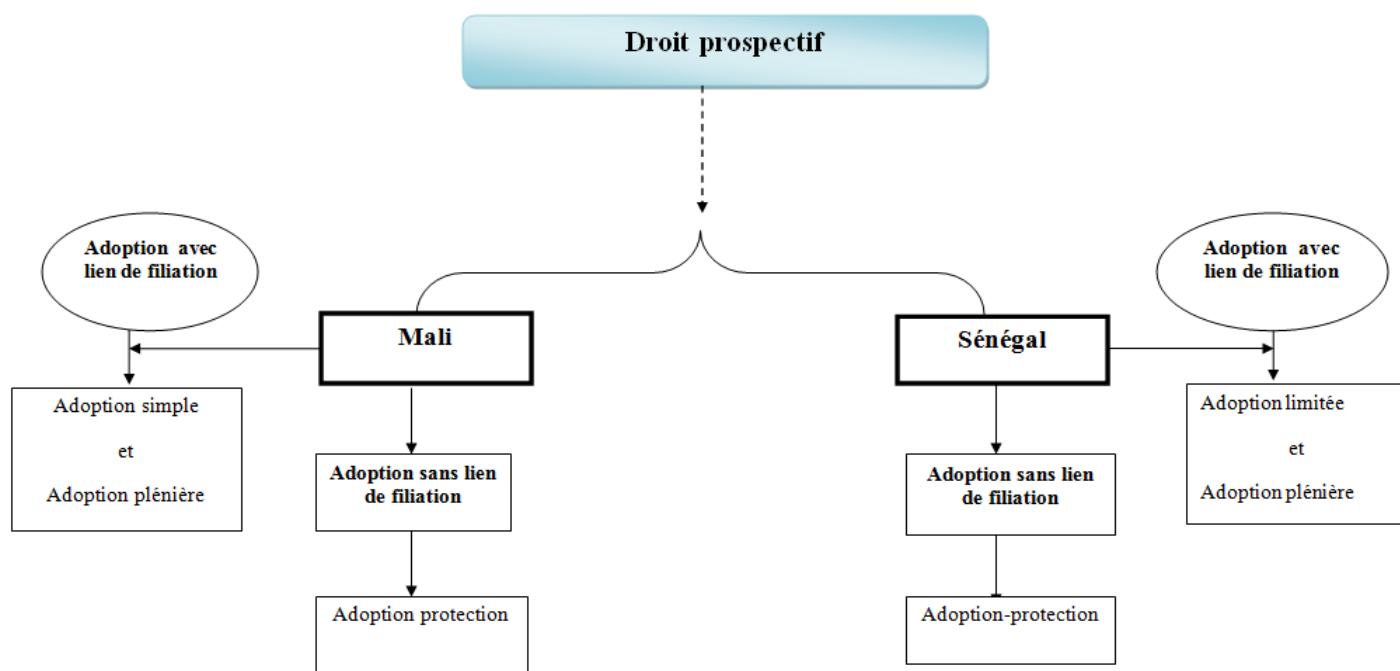
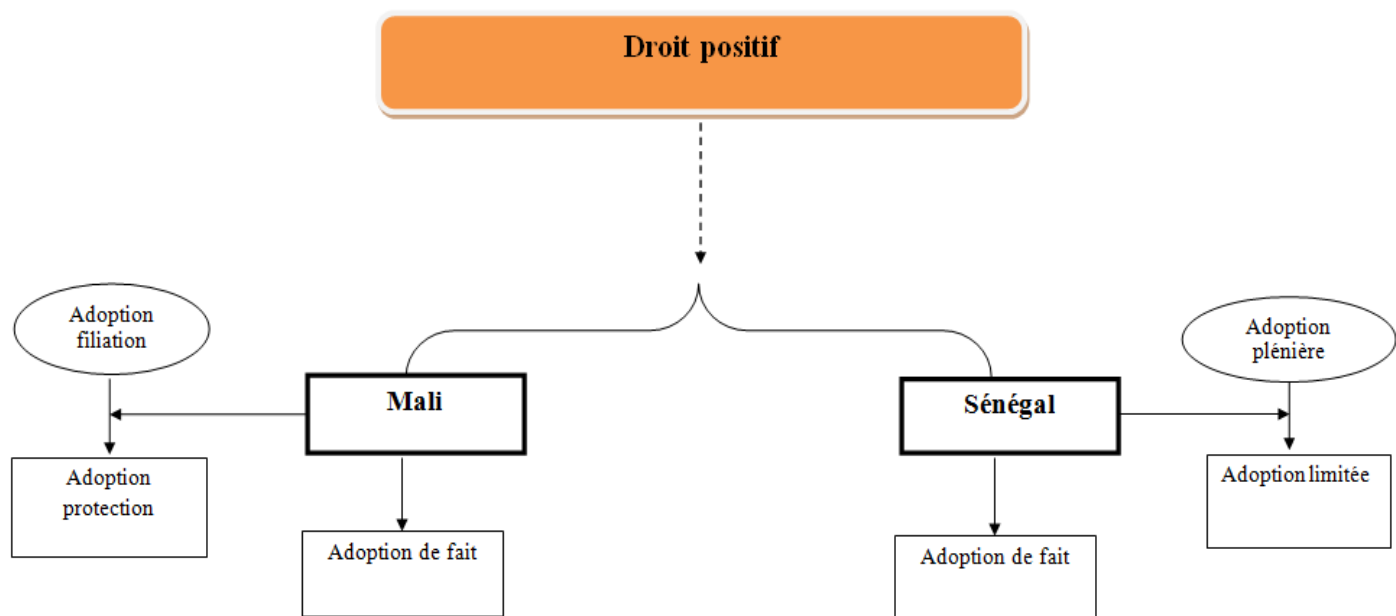
**Article 61. Autorité centrale**

" L'autorité centrale pour l'adoption est composée de représentants de l'Etat, des personnes qualifiées en matière d'adoption, ainsi que de représentants des centres d'accueil pour enfant en privation familiale et des associations de familles adoptives, ces derniers ayant voix consultative ".

**B. Institutions judiciaires****Article 62. Les tribunaux spécialisés en matière d'adoption internationale**

" Il est créé des tribunaux spécialisés en matière d'adoption internationale, notamment un tribunal spécialisé dans le ressort de chaque cour d'appel ".

## ANNEXE 2: SCHEMAS DES DROITS POSITIFS ET PROSPECTIFS DE L'ADOPTION



# BIBLIOGRAPHIE

## I. OUVRAGES GENERAUX

**ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.)** - Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris, Dalloz, 5e éd., 2006.

**AUDIT (B.)** - Droit international privé, Paris, Economica, 7e éd., 2013.

**BATIFOL (H.) et LAGARDE (P.)** - Traité de droit international privé, t. 1, 8e éd., Paris, LGDJ, 1993.

**BATTEUR (A.)** - Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, Paris, LGDJ, 7e éd., 2013.

**BÉNABENT (A.)** - Droit de la famille, Paris, LGDJ, 2014.

**BOULANGER (F.)** - Droit civil de la famille, t. 2, Aspects comparatifs et internationaux, Economica, 1994.

**CARBONNIER (J.)** - Droit civil - La famille, l'enfant, le couple, PUF, Thémis, droit privé, t. 2, 21<sup>e</sup> éd., 2002.

**CARBONNIER (J.)** - Droit et passion du Droit sous la Ve République, Flammarion, 1996.

**CARBONNIER (J.)** - Flexible Droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10e éd., 2001.

**CARBONNIER (J.)** - Sociologie juridique Montchrestien, PUF, Paris 1978.

**CORNU (G.)** - Droit civil – La famille, 9<sup>e</sup> éd., " Domat ", Montchrétien, 2006.

**CORNU (G.)** - Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 10e éd., 2014.

**COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.)** - Droit de la famille, Dalloz, 6e éd., 2013.

**DEBARD (T.) et GUINCHARD (S.)** - Lexique des Termes Juridiques, Paris, Dalloz, 20e éd., 2013.



**GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), et avec le concours de FABRE-MAGNAN (M.)** - Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4e éd. 1994.

**GRANET-LAMBRECHTS (F.) et HILT (P.)** - Droit de la famille, 5e éd., 2015.

**GUTMANN (D.)** - Droit international privé, Paris, Dalloz, 6e éd., 2009.

**HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.)** - La famille - Fondation et vie de famille, L.G.D.J., 2e éd., 1993.

**HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et de La PRADELLE (G.)** - Droit international privé, Paris, Masson, 1987.

**LANORE (Y.- B.)** - Droit civil, 1<sup>ère</sup> année, Armand Colin/Masson, 10e éd., 1997.

**LE TOURNEAU (PH.)** - (ss.dir.) Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, ouvrage collectif (ss. dir.), Dalloz, 10e éd., 2014.

**MALAURIE (PH.) et FULCHIRON (H.)** - Droit civil, La famille, 4e éd., Defrénois, 2011.

**MAYER (P.) et HEUZE (V.)** - Droit international privé, LGDJ, 11e éd., 2014.

**MAZEAU (H.), (L.) et (J.), et CHABAS (F.)** - Leçons de droit civil -, La famille, t. I, vol. 3, Montchretien, 8<sup>e</sup> éd., 1995.

**MURAT (P.),** (ss. dir.) - Droit de la famille, Dalloz, 6e éd., 2013.

**SIDIBE (A.-S.)** - Droit Civil, Droit sénégalais, Introduction à l'étude du droit, état des personnes, famille., CREDILA, 2014.

**TERRE (F.) et FENOUILLET (D.)** - Droit civil. La famille, " Précis ", Dalloz, 8e éd., 2011.

## II. - Ouvrages Spéciaux, Monographies, Thèses, Cours et Travaux Collectifs

**ALTIPARMAKIAN (M.- S.)** - Aspects juridiques de l'enlèvement d'enfants par un parent, thèse de doctorat en droit, Faculté de droit de l'Université de Fribourg (Suisse), 1999, Imprimerie Saint-Paul, Fribourg, 2001.

**ATEMENGUE (J-N.)** - La police administrative au Cameroun: Recherches sur le maintien de l'ordre public, thèse de droit public, Université Lyon 3, 1995.

**BEDORET (M.)** - ouvrage collectif (ss. dir.) - Les nouveaux aspects juridiques de l'Adoption : quelques thématiques spécifiques, Larcier, 1ère éd., 2009.

**BERGER (M.)** - L'enfant et la souffrance de la séparation, Paris, Dunod, 1997.

**BONFILS (PH.) et GOUTTENOIRE (A.)** - Droit des mineurs, Dalloz, 2e éd., 2014.

**BOULANGER (F.)** - Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales, Economica, 1998.

**BOULANGER (F.)** - Enjeux et Défis de l'Adoption. Etude comparative et internationale, Economica, 2001.

**BRUNET (L.)** - Heurts et malheurs de la famille recomposée en droit français, in MEUDLERS-KLEIN (M.T. )et THERY (I.) (ss. dir.), Les recompositions familiales aujourd'hui, Nathan, Paris, 1993.

**CALLENNEC (S.)** - L'Adoption : du projet à l'enfant, Vuibert, 3e éd., 2006.

**CAMDESSUS (B.)** - L'adoption, une aventure familiale : ESF, 2e éd., 1997.

**CAMPBELL (K.)** - La protection juridique et sociale de l'enfant, Bruyant, 1993.

**CARBONNIER (J.)** - Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in Les notions à contenu variable en droit, PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R.) (ss. dir.), Bruylant, 1984.

**CHABERT (C.)** - L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois, thèse, PUAM, 2001.

**CHABIB ZIDANI (F.)** - *L'Enfant né hors mariage en Algérie*, Alger, ENAP, 1992.

**COHEN (H.-F.)** - Adopter ces enfants nés ailleurs, Pascal, 2012.

**CORBIER (M.)** - Adoption et Fosterage, Paris, De Boccard, 1999.

**COULIBALY (M.)** - Les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale: cas du Mali et du Sénégal, Mémoire de Master II Recherche, UCAD (Sénégal), 2011.

**CRINE (A.-M)** - Désir d'enfant, adoption et pouvoirs publics, In One- Adoption(éd.), Parlons d'adoption. Propos et points de vue, Bruxelles, 2003.

**CRONE (R.), REVILLARD (M.), GELOT (B.)** - L'adoption : Aspects internes et internationaux, Defrénois, 2006.

**DANGLEHANT (C.)** - L'adoption par un couple ou un célibataire français d'un enfant à l'étranger, thèse, Lille 2, 1993.

**DELECOURT (F.)** - L'Enfant dans les recompositions familiales, thèse, Tomes I et II ; Université de Lille II, 1994.

**DELFOSSÉ-CICILE (M.-L.)** - Le lien parental, Thèse, Préf. TERRE (F.), Université Panthéon-Assas (Paris II), LGDJ, 2003.

**DEPRET (L.)** - L'enfant noir, in Mélanges Danielle Huet-Weiller, LGDJ, 1994.

**DOURIS (M.)** - L'enfant à particularités, thèse, Centre du droit de la famille, Université Lyon 3, 2006.

**DIALLO (M.)** - L'adoption au Sénégal, mémoire de maîtrise, UCAD (Sénégal), 1999.

**DIOP (A.)** - L'Adoption internationale, mémoire de Maîtrise, UCAD (Sénégal), 2008.

**ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DE L'AFRIQUE** - Droit des personnes et de la famille, tome 6, Les nouvelles Editions Africaines, 1982.

**ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DE L'AFRIQUE** - Droit des contrats et de la responsabilité, t. 9, Les nouvelles Editions Africaines, 1982..

**ERNY (P.)** - L'enfant et son milieu en Afrique noire L'Harmattan, 1987.

**FARGE (M.)** - Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle. éd. L'Harmattan, 2003.

**FINE (A.) et NEIRINCK (C.)** - Parents de Sang Parents Adoptifs : Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption, L.G.D.J, E.J.A, vol. 29, 2000.

**FENET (P. A.)** - Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome premier, imprimeur Videcoq, Paris, 1836.

**FOUCAULT (M.)** - " La gouvernementalité ", in Dits et écrits, volume III, Paris, Gallimard/Seuil, 1993.

**FREUD (A.), GOLDSTEIN (J.), SOLNIT (A.)** - " Beyond the Best Interest of the Child ", The Free Press, 1979.

**FULCHIRON (H.)** - Autorité parentale et familles recomposées, Mélanges Liber Amicorum Danièle HUET-WEILLER, L.G.D.J., PUS, 1994.

**GALLIARD (C.)** - Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution, thèse, Grenoble II, 2003.

**GAUDEMET-TALLON (H.)** - L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple de la Convention de La Haye) in L'internationalisation du droit, Mélanges LOUSSOUARN, Dalloz, 1994.

**GENE (E.- P.)** - Défis contemporains de la Parenté, ouvrage collectif, éd. de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2009.

**GIBIRILA (D.)** - Le don d'enfants en société traditionnelle africaine, in L'enfant et les familles nourricières en droit comparé. Institut de droit comparé . Presses de l'Université des sciences sociales, Toulouse, 1997.

**GODET (M.), SULLEROT (E.)** - La famille, affaire privée et publique. La Documentation française, Paris 2007.

**GONIDEC (P.-F.)** - Les droits africains, Paris, LGDJ, 1968.

**GORE (C.)** - « L'adoption », Adoptables, adoptés, quelles sont les réalités de l'adoption ? Sa place en lien avec les évolutions de la parentalité ? Son devenir institutionnel ? Armand Colin, Paris, 2007.

**GRATALOUP (S.)** - L'enfant et sa famille dans les normes européennes, thèse, Université Jean Moulin-Lyon 3, 1996.

**GROUDEL (H.)** - L'intérêt de l'enfant et le rôle du juge en matière de filiation, thèse dactyl. Nantes, 1968.

**GURVITCH (G.)** - Théorie pluraliste des sources du droit positif, Ann. Inst. int. phil. dr. 1934.

**GURVITCH (G.)** - L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit », Paris, Pedone, 1935.

**HIRSOUX (E.)** - La volonté individuelle en matière de filiation, thèse, Paris 2, 1989.

**HOUNGBEDJI (A.)** - Le Droit de la famille dans les coutumes du Bas Dahomey (Goun et Fon), thèse, Faculté de droit, 1967.

**HUBERT-DIAS (G.)** - L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé, thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014.

**KANTE (A.)** - L'ordre public économique dans un pays en développement : l'exemple du Sénégal, thèse, UCAD (Sénégal), 1998.

**KHODARI (T.)** - Le statut juridique du mineur né de père musulman dans les unions mixtes, Thèse dactyl., Paris II, 1996.

**KOUASSIGAN (G.-A.)** - Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone, Paris, Pédone, 1974.

**LALLEMAND (S.)** - La circulation des enfants en société traditionnelle: prêt, don, échange; L'Harmattan, Coll. Connaissances des hommes, 1993.

**LAMBERT (E.)** - Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, thèse Université Robert Schuman de Strasbourg, 1998.

**LAMBERT-GARREL (L.)** - L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre, PUAM, 2003.

**LAMMERANT (I.)** - L'Adoption et les Droits de l'Homme en droit comparé thèse L.G.D.J 2001.

**LAPORTE-LECONTE (S.)** - Principes et réalités du droit international de l'enfance, thèse, Université de Nantes, 2006.

**LAROCHE-GISSEROT (F.)** - L'adoption ouverte (open adoption) aux Etats-Unis : Règles, Pratiques, Avenir en Europe, R.I.D.C., 4- 1998.

**LAVALLEE (C.)** - L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption : Regard sur le droit français et le droit québécois, éd. Wilson et Lafleur Itée, 2005.

**LEBLIC (I.)** - De l'adoption : Des pratiques de filiation différentes, Presses universitaires Blaise Pascal, 2004.

**LEGUY (Y.)** - L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales, thèse dactyl. Rennes, 1973.

**LEQUETTE (Y.)** - De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille in Mélanges LOUSSOUARN, Dalloz, 1994.

**LEVI-STRAUSS (C.)** - Les structures élémentaires de la parenté, Paris, PUF, 1949.

**LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.)** - Droit international privé, 6<sup>e</sup> éd. 1999.

**LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.) et De VAREILLES-SOMMIERES (P.)** - Droit international privé, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013.

**MAHILLON (P.)** - L'adoption simple, parente pauvre de l'adoption plénière ?, Mélanges offerts à Robert PIRSON, Bruyant, Bruxelles, 1989.

**MARMIER (M-P.)** - L'adoption, Armand Colin, Paris, 1972.

**MATTEI (E.)** - La parole et les nouveaux droits de l'enfant en justice, P.U.L., 1996.

**MATOCQ (O.) & DUPRE (T.)** - La parole de l'enfant en justice après la Convention de New York, P.U.S. 1994.

**M'BAYE (K.)** - Le Droit de la famille en Afrique Noire et à Madagascar, G.P Maisonneuve et Larose, 1968.

**MECARY (C.)** - Droit et homosexualité, Dalloz, coll. Etats de droits, 2000.

**MECHRI (F.)** - L'enfant objet et sujet d'affection : Approche juridique et juristique des rapports parents-enfant en droit tunisien et en droit comparé, Publisud-C.P.U. 2006.

**MEULDERS-KLEIN (M.T.)** - Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant, in Mélanges Danièle HUET-WEILLER, LGDJ, 1994.

**MICALEFF (D.- M.)** - Mon enfant en terre lointaine : Une adoption ouverte, Pivat, 2009.

**MILLON-DELSOL (C.)** - L'Etat subsidiaire, Léviathan, PUF, 1992.

**MIREILLE DELMAS-MARTY** - Pour un droit commun, Paris, seuil, 1994.

**MONEGER (F.)** - L'adoption internationale et les concubins, in Mélanges RUBELLIN-DEVICHI, Paris, 2002.

**MOREAU (Th.)** - (ss. dir.), L'autonomie du mineur en justice, in « *L'autonomie du mineur* », JADOUL (P.), SAMBON (J.), VAN KEIRSBLICK (B.) FUSL, 1998.

**MORIN (G.)** - La révolte des faits contre le code, Paris, Grasset, 1922.

**MORIN (G.)** - La révolte des faits contre le code, Paris, Sirey, 1945.

**MOULAY ARCHID (A.)** - Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans, RCADI 1997.

**MOUTOUH (H.)** - « Pluralisme juridique », Dictionnaire de culture juridique, D. Alland & S. Rials (dir.), PUF, 2003.

**MOWBRAY (P.)** - « A comme Adoption » : La rencontre d'un désir et d'un droit, Pascal, 2011.

**MURAT (P.)** - L'autonomie de la volonté et le pouvoir du juge dans la formation des liens de famille, Thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 1991.

**NEIRINCK (C.)** - La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, Paris, L.G.D.J., 1984.

**NEIRINCK (C.)** - Homoparentalité et adoption, in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001.

**NEIRINCK (C.)** - Le droit de l'enfance après la Convention des Nations unies, Encyclopédie Demas, 1993.

**NIEMIEC (A.)** - La déclaration judiciaire d'abandon, mémoire de master recherche, Université de Lille 2, 2006.

**OLAWALE (E.)** - La nature du droit coutumier africain, Paris, Présence Africaine, 1961.

**PARDINI (J.-J.)** - Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France, Économica-PUAM, 2001.

**PESLE (O.)** - *L'Adoption en droit musulman*, thèse, Alger, 1919.

**PORQUERES (G.-E.)** - Les Défis contemporains de la parenté, ouvrage collectif, l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2009.

**PRUVOST (L.)** - L'établissement de la filiation en droit tunisien, Thèse dactyl., Paris II, 1977.

**REVILLARD (M.)** - Droit international privé et pratique notariale, 4e éd., Defrénois, 1998.

**SAVATIER (R.)** - Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 3e éd., 1964.

**SENGHOR (L.S.)** - Négritude, arabisme francité, Dar al-Kitab Allubnani, Beyrouth, 1967.

**Richard Crône Mariel Revillard, Bertrand GELOT** - L'adoption : aspects internes et internationaux,, Defrénois, 2006.

**ROBERT-LAMBLIN (J.)** - L'adoption ou la circulation des enfants chez les Inuits, in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Presses Universitaires des Sciences Sociales de Toulouse, 1997.

**ROMAN (E.)** - Le lien de filiation non biologique, thèse, Université de TOULON ET DU VAR, ANRT, 2000.

**ROY (A.)** - Droit de l'adoption, 2e éd., coll. « Bleue », Wilson et Lafleur, Montréal, 2010.

**SACLIER (C.)** - préface à l'ouvrage, *International and inter country adoptions laws*, Kluwer, 1996.

**SAMBUC (M.)** - De la condition juridique des enfants nés en Afrique occidentale française de parents légalement inconnus, Recueil Dareste, 1931.



**SELLENET (C.)** - Souffrances dans l'adoption, 1<sup>ère</sup> éd, De bœck, 2009.

**SIDIME (L.)** - L'établissement de la filiation en Droit sénégalais depuis le Code de la Famille, thèse, UCAD (Sénégal) 1980.

**SIDIBE (A. Sow)** - Le pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais, Paris, LGDJ, 1991.

**SIFFREIN-BLANC (C.)** - La parenté en droit civil français : étude critique, thèse, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, PUAM-2009.

**SOIRAT (F.)** - Les règles de rattachement à caractère substantiel, Thèse dactyl., Paris II, 1995.

**SPRING-DUVOISIN (D.)** - L'Adoption internationale : que sont-ils devenus? Lausanne : Advimark, 1986.

**TERRASSON DE FOUGERES (A.)** - Le modèle dans le Droit de la famille notions et fonctions (Essai de droit comparé interne), thèse, Paris II, 1994.

**THERY (I.)** - Le démariage, Justice et vie privée, Odile Jacob, 2001.

**THOMAS (L.-V.)** - La parenté au Sénégal. Le Droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, MBAYE (K.) (ss. dir.), Paris, Maisonneuse et Larose, 1968.

**TRIBES (A.)** - Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, Thèse dactyl., 1975.

**TRILLAT (B.)** - L'Adoption, Essai sur les institutions, PUL, 1995.

**TROPER (M.)** - Une théorie réaliste de l'interprétation, in La théorie du droit, le droit, l'État, PUF, 2001.

**VANDERLINDEN (J.)** - Le Pluralisme juridique, essai de synthèse, in John Gilissen (ss. dir.), Le Pluralisme juridique, ULB, Bruxelles, 1972.

**VOISIN (V.)** - L'Adoption en droit français et anglais comparés, Thèse, Université Paul Césanne-AIX-Marseille III, PUAM, 2004.

**WAHL (J.)** - Les Philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique, Les empêcheurs de penser en rond, Le Seuil, Paris, 2005.

**WALINE (M.)** - L'individualisme et le droit, Montchrestien, Paris, 1945.

### III. - Articles, Etudes, Chroniques, Communications

**ABOUT (N.)** - Rapport à la commission des lois du Sénat, sur la proposition de loi relative à l'adoption internationale, rapport n° 164 (2000-2001) (Annexe au procès verbal de la séance du 20 décembre 2000).

**ACOUETHEY (J.)** - Unité ou dualité de statuts dans le Droit de la famille au Togo, Rev. jur. et pol. Indépendance et coopération, n° 1, 1967.

**ACTES** - Actes du séminaire Nathalie-Masse, " L'adoption des enfants étrangers ", du 25 au 27 mai 1992, Centre International de l'Enfance-Paris, 1992.

**ALMA-DELETTRE (S.)** - La conversion de l'adoption simple étrangère : pas si simple !, Dr. fam. n° 3, Mars 2013, étude 4.

**ALLIOT (M.)** - *Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats de l'Afrique francophone et à Madagascar*, Etudes de droit africain et de droit malgache, Paris, Cujas, 1965.

**AUSTRUY (J.)** - Existe-t-il un mode obligé de la croissance économique ?, in Revue d'économie politique, n° 1, 1961.

**BANDIARE (A.)** - *L'enfant dans la société nigérienne*, Rev. Jur. et pol. Indépendance et coopération, n°2, 1977.

**BARRAUD (E.)** - Adoption et kafala  *dans l'espace migratoire franco-maghrébin*, L'Année du Maghreb, 2008.

**BATTEUR (A)** - *L'interdit de l'inceste – Principe fondateur du droit de la famille*, RTD. Civ. 2000.

**BLOCHE (P.) et PECRESSE (V.)** - *L'enfant d'abord : 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille. Rapport N°2832 T. 1 et 2 de la Mission d'Information sur la famille et les enfants de l'Assemblée Nationale française*, février 2006.

**BINET (J-R.)** - PMA, GPA : l'impuissance des lois face au mouvement continu de la vie, in Dr. fam., n° 1-janvier 2015.

**BONNET (C.)** - Ces femmes dans l'ombre, in Abandon et adoption, liens du sang, liens d'amour. Coll. Autrement, n° 96, 1988.

**BONI (A.)** - La mise en pratique des lois dans les nations en voie de développement , Penant, 1963.

**BOULANGER (F.)** - *La toile de Pénélope ou le dernier visage de l'adoption, après la loi du 22 décembre 1976*, JCP, 1977, I, 2845.

**BOULANGER (F.)** - La loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, *Le bilan mitigé d'une réforme*, D. 1996.

**BOURGEAULT-COUDEVILLE (D.)** - *Les relations de l'enfant avec d'autres personnes que ses père et mère* : Dr. et patrimoine sept. 2000.

**BRAULT (PH.), RENAUDINEU (G.) et SICARD (F.)** - Le principe de subsidiarité, *Etudes de la documentation française*, Paris, 2005.

**BRUNETTI- PONS (C.)** - *L'intérêt supérieur de l'enfant une définition possible ?*, RLDC 2011.

**BUFIKI (S.)** - *L'adoption en droit burundais*, Rev. Jur. et pol. Indépendance et coopération, n°2, 1977.

**CASSON (PH.)** - Le subsidiaire et le droit privé, RRJ, 2001-1.

**CHARLES (M.-N.)** - L'enfant et les familles nourricières en droit comparé, étude (ss. dir.) de POUSSON (J.), Presses Universitaires des Sciences sociales de Toulouse, 1997.

**CHARLES (M.-N.)** - De la famille Fa'a'amu en Polynésie française à la nécessité d'un statut de la famille nourricière, in *L'enfant et les familles nourricières*, *Etudes (ss. dir.) de POUSSON (J.)*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse. 1997.

**CHARLES (M.-N.), RIBOT-ASTIER (S.-F.)** - Le placement en vue de l'adoption des enfants de Polynésie française est-il conforme au droit français ? Etude JCPN/1998/n°20-JCP 1997/II/4073.

**CHATUE (B.- D.)** - Les conflits de lois dans l'avant-projet de code camerounais des personnes et de la famille, *Vers une réforme conséquente ?* L'Harmattan, 2013.

**CLERGERIE (J.-L.)** - Le principe de subsidiarité, *Le droit en questions*, Ellipses, 1997.

**COET (Ph.)** - Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legal, PA 1986.

**CORNELOUP (S. et V.)** - Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire ? Rev. crit. DIP 2000.

**CORNET (A.)** - Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant, *Journal du droit des jeunes*, p. 1, 2010.

**COULIBALY (L.)** - Les traits principaux du droit ivoirien de la famille, Rev. Jur. et pol. indépendance et coopération, n°1, 1967.

**DAUBIGNY (C.)** - Origines personnelles, entre mémoire, solidarité et avenir, Revue Le Coq-Héron, n°175, Erès 2002.

**DAVID (R.)** - La refonte du Code civil dans les Etats africains, Annales africaines, n° 1, 1962.

**DECOTTIGNIES (R.)** - *L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais*, Annales africaines, 1964 ; « Requiem pour la famille africaine », Annales africaines, 1965 ; « Prière à Thémis pour l'Afrique », Revue sénégalaise de droit, n° 1, 1967.

**DEFOSSEZ (F.- D.)** - Rapport : Rénover le Droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps. Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation Française, 1999.

**DEFOSSEZ (F.- D.)** - Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, RTD. Civ. 1995.

**DELCAMP (A.)** - Définition et limites du principe de subsidiarité, ouvrage rédigé pour le Comité Directeur des autorités locales et régionales du Conseil de l'Europe, in Communes et régions d'Europe, n° 55, Conseil de l'Europe, 1994.

**DESMOTTES (G.)** - *Vers un droit européen de l'adoption* : RTD sanit. Soc. 1967.

**DIALLO (S.- S.)** - Les droits de la famille dans la coutume mossi, Penant, 1967.

**DONNIER (M.)** - L'intérêt de l'enfant, , chr. XXVI, D., 1959.

**DURRY (G.) et GOBERT (M.)** - Réflexions sur la réforme de la tutelle et de l'administration légale, RTD. Civ. 1966.

**FARGE (M.)** - Quel effet produit un jugement d'adoption-protection de droit malien déclaré exécutoire en France ? Dr. fam. 2011- n° 3, p. 41-42.

**FAVIER (Y.)** - L'adoption de l'enfant étranger : statut de l'enfant et portée de sa loi personnelle : Dr. fam. 1999, chron. n° 9.

**FAVIER (Y.)** - *Les échecs de l'adoption : les paradoxes de l'adoption plénière*, CNAF, Informations sociales 2008, n°146.

**FOURNIÉ (A.-M.)** - *De l'abandon à l'adoption plénière : le contentieux de l'abandon*, JCP éd. G ; I. 2640, n° 1 1974.

**FULCHIRON (H.)** - Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, Gaz. Pal., n° 342, 08 décembre 2009.

**FULCHIRON (H.)**- *L'autorité parentale rénovée* – Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, Defrénois 2002.

**GALAP (J.)** - L'enfant paquet, dysfonctionnement en milieu antillais migrant: de l'adoption temporaire intrafamiliale, in *Adoption et culture*, 1996.

**GOUTTENOIRE-CORNUT (A.)** - La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002, *Dr. fam* 2002, chr. n° 24.

**GOUTTENOIRE (A.)** - Statut de l'enfant. Audition de l'enfant : discernement et influence parentale. *La Semaine Juridique*, éd. G. n° 38, 15 Septembre 2014.

**GRANET (F.)** - Les motifs de révocation d'une adoption simple, *AJ fam.* 2002.

**GRILLET-PONTON (D.)** - Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison... , *chron. n°2, Dr. fam.* 1999.

**GROFFIER (E.)** - L'adoption en droit international privé comparé, *Rev. crit. D.I.P.*, 1976.

**GUINCHARD (S.)** - Réflexions critiques sur les grandes orientations du Code sénégalais de la famille, *Penant*, 1978.

**GUTMANN (D.)** - *Le sentiment d'identité*-Etude de droit des personnes et de la famille, *L.G.D.J.*, p. 148, n° 157, 2000.

**HABIMANA (B.)** - *L'enfant dans la société rwandaise*, *Rev. Jur. et pol. Indépendance et coopération*, n° 2, 1977.

**HAUSER (J.)** - *L'adoption à tout faire*, chr., n° 6, *D.*, 1987.

**HAUSER (J.)** - Des petits hommes ou des petits d'hommes ?, in *L'enfant et les conventions internationales*, RUBELLIN-DEVICHI (J.) et FRANK (R.) (ss. dir.), *P U L*, 1996.

**HAUSER (J.)** - Le Droit de la famille et l'utilitarisme, in *l'avenir et le droit, Mélanges en l'honneur de TERRE (F.)*, Dalloz, PUF 1999.

**HAUSER (J.)** - *Révocation d'adoption* : bilan, *RTD. Civ.* 2000.

**HERITIER (F.)** - Masculin-Féminin. La pensée de la différence, O. Jacob, 1996.

**HERLEM, (C.- F.)** - *L'adoption*, Paris, Le cavalier Bleu / Idées reçues, 2002. P. 115

**IACUB (M.)** - Homoparentalité et ordre procréatif, in BORRILO (D.) éd. Fassin, (ss dir.), *Au delà du Pacs, l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF 1999.

**LAGARDE (P.)** - La Xe session de la Conférence de La Haye de droit international privé : *Rev. Crit. DIP* 1965.

**LAGARDE (P.)** - La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification, *Rev. Crit. D.I.P.*, 2001.

**LAMPUE (P.)** - La diversité des statuts de droit privé dans les Etats africains, *Penant*, 1961.

**LAMPUE (P.)** - *Les sources du Droit de la famille dans les Etats d'Afrique*, *Rev. Jur. et pol. Indépendance et coopération*, n° 1, 1967.

**LAMPUE (P.)** - *L'évolution du droit de la filiation et de l'adoption en Afrique francophone*, Rev. Jur. et pol. Indépendance et coopération, n° 2, 1977.

**LAMPUE (P.)** - Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone, *Penant*, n° 763, 1979, p. 247.

**LAUNAY (C.), SOULE (M.), VEIL (S.)** - *L'Adoption, données médicales, psychologiques et sociales*, 5<sup>e</sup> éd., ESF, 1975.

**LE BIHAN-GUENOLE (M.)** - *La révocation de l'adoption*, J.C.P, I 3539, n°3, 1991.

**LEBORGNE (A.) et BARRIERE-BROUSSE (I.)** - Actualité du droit international privé de la famille : Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre KAYSER (Aix-en-Provence le 21 décembre 2007), PUAM, 2009.

**LEQUETTE (Y.)** - Recherches sur les modes de protection des incapables en droit international privé, sp. n° 256. D., 1976.

**LEROYER (A.-M.)** - *L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale* : RTD. Civ. 1998.

**LOMBARD (J.)** - Le collectivisme africain, *Présence africaine*, juin-juillet 1959.

**MALLET (E.)** - *Le nouveau droit de l'adoption issu de la loi du 5 juillet 1996*, JCP éd. N 1997. I.

**MASSIP (J.)** - *Les nouvelles règles de l'adoption (loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption)*, Petites affiches, , n° 32, 14 mars 1997.

**MATTEI (J. F.)** - *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs: L'adoption sans frontière*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Doc. Sénat, 1995-1996.

**MATTEI (J. F.)** - *Adoption : le cœur et la raison*, Les petites affiches, n° 53, 1995.

**MELONE (S.)** - La parenté et la terre dans la stratégie de développement (L'expérience camerounaise: étude critique), in *Structures sociales et institutionnelles de l'Afrique*, Klincksieck, Paris, 1972.

**METZ (R.)** - La subsidiarité, principe régulateur des tensions dans l'Eglise, *Revue de droit canonique*, t. XXII, 1972.

**MEYER-FABRE (N.)** - La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale : *Rev. crit. DIP*, 1994.

**MILLIOT (L.)** - *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Recueil Sirey, 1953.

**MIREILLE DELMAS-MARTY et JEAN-FRANÇOIS COSTE** - *Droits de l'homme : logiques non standard* , *Le Genre humain* , n° 33, 1998.

**MONERGER (F.)** - L'adoption internationale entre dans le code civil : L. n° 2001-111, 6 février 2001, JCP, éd. G., n°10, 7 mars 2001.

**MONEGER (F.)** - Loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, RTD sanit. soc., 1997.

**MONEGER (F.)** - *Regard critique sur la réforme de l'adoption*, RTD sanit. soc., 2001.

**MONREDON (E.)** - *L'adoption aujourd'hui*, J.C.P. I., 3607, 1992.

**MURAT (P.)** - *La loi du 6 juillet 1996 relative à l'adoption : une réforme technique dans la continuité de l'institution*, chron. n° 2 Dr. famille 1999.

**MURAT (P.)** - La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala Dr. fam., n°1, janvier 2009, dossier 8.

**NDIAYE (A.)** - *La condition de l'enfant dans la société contemporaine au Mali*, Rev. Jur. et pol. Indépendance et coopération, n° 2, 1977.

**NEIRINCK (C.)** - Filiation adoptive. Adoption simple, J.-Cl. Civ. , fasc. 30, n°2, 1996.

**NERSON (R.) et R UBELLIN -D EVICHI (J.)** - *La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 du Code civil*, RTD. Civ. 1980.

**OST (F.)** - Droit et intérêt, volume 2, entre droit et non-droit : l'intérêt, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990.

**OUELLETTE (F.-R.)** - *Les nouveaux usages sociaux de l'adoption*, 46 Revue Prisme, 2007.

**PAGEARD (R.)** - Le droit privé des Mossi, Tradition et évolution, CNRS, coll. Recherches voltaïques et Ouagadougou, Centre voltaïque de la recherche, 1969.

**PARCHEMINAL (H.)** - Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant (Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales), RTD sanit. soc. 1994.

**PATUREAU (Y.)** - L'adoption en présence de descendants, Chr. 260, D. , 1977.

**PHILIPPE (C.)** - *Les nouvelles règles de l'adoption : Dr. et patrimoine*, nov. 1996.

**PHILIPPE (C.)** - Les grands-parents sont-ils des ascendants privilégiés ?, RLDC, n° 19, septembre 2005.

**POIRIER (J.)** - *Les droits coutumiers dans la civilisation traditionnelle d'Afrique noire*, Aspects de la culture noire, Paris, Fayard, 1958.

**POIRIER (J.)** - *L'originalité des droits coutumiers de l'Afrique noire*, Mélanges Lévy-Bruhl, Paris, Sirey, 1959.

**POIRIER (J.)** - *Les catégories de la pensée juridique africaine et l'interprétation des droits coutumiers africains*, communication au VIe Congrès des sciences anthropologiques et ethnologiques, Paris, août, 1960.

**POUSSON –PETIT (J.)** - Les ambitions de la loi du 5 juillet 1996 : une adoption facilitée, in « Les filiations par greffe-Adoption et Procréation Médicalement Assistée », Colloque du



Laboratoire d'études et de recherche appliquées au droit privé, Université de Lille II, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd. 1997.

**RAPPORTS** - *Groupe de travail « Protection de l'Enfance et Adoption »* (ss. dir. GOUTTENOIRE A.), février 2014.

**RAPPORTS** - Atelier de travail francophone sur la convention de la Haye du 29 mai 1993 (ss. dir. GUILLAUME (A.E. D.) Assistant Légal.), tenu à Dakar, sur la protection des enfants *et la coopération en matière d'adoption internationale : rapport de voyage*. Institut du Bien-être Social et de Recherches. Dakar (Sénégal), Février 2013.

**RAPPORTS** - Groupe de travail Filiation, origines, parentalité, (ss. dir. Irène THERY) in *Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014.

**RAPPORTS** - *Mission d'Information sur la famille et les enfants de l'Assemblée Nationale française*, Rapport n°2832 Tomes 1 et 2, février 2006.

**RAPPORTS** - Pour une éthique de l'adoption internationale, La documentation française, Rapport au premier Ministre de Monsieur Gérard GOUZES, 2000.

**RAYNAUD (P.)** - L'enfant peut-il être objet de droit, chron. XVI, D 1988.

**REBOURG (M.)** - *La réforme de l'autorité parentale*, JCP G, Actualités 2002, p. 178.

**REFLEXION DE L'AUDITEUR DE JUSTICE** - *Le Droit de la famille au Mali*, 27 février-05 mars 1996, inédit.

**ROULAND (N.)** - Les dimensions culturelles de la parenté, RRJ, 1992.

**RUBELLIN- DEVICHI (J.)** - Droits de visite, RTD. civ. 326, 1988. RTD. civ. 263 ; 1990.

**RUBELLIN- DEVICHI (J.)** - Une filiation élective, Revue Autrement, « Abandon et Adoption », n° 96, 1988.

**RUBELLIN- DEVICHI (J.)** - *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption*, chr., D. 1991.

**RUBELLIN- DEVICHI (J.)** - Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises, JCP , I 3739, 1994.

**RUBELLIN- DEVICHI (J.)** - *Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996*, JCP éd. G, I. 3979. 1996.

**RUBELLIN- DEVICHI (J.)** - L'adoption de l'enfant du conjoint, RTD. civ. 1988.714.

**SALVAGE-GEREST (P.)** - *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint après la loi du 22 décembre 1976*, J.C.P. I 3071, n° 16, 1982.

**SALVAGE-GEREST (P.)** - La circulaire "Guigou" du 16 février 1999: quelles perspectives pour l'adoption internationale ?, Dr. fam 1999, chr. n° 14..

**SCHMITT (M.)** - *L'adoption de l'enfant par ses grands-parents*, AJ fam. 2001.

- SIDIBE (A. Sow)** - *L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone*, RID comp., vol 45, Année 1993.
- SMOLIN, (D.)** - *Enlèvement, vente et traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale*, Document d'information n° 1, juin 2010.
- THOMAS, (L.V.)** - Analyse dynamique de la parente sénégalaise. Bulletin de l'institut fondamental d'Afrique noire. Série b. Sciences humaines, vol. 30, no 3, p. p. 1005-1061, 1968.
- TIZARD (B.)** - *Adoption a second chance*, London, 1977.
- TRILLAT (B.)** - Abandon et adoption : liens du sang, liens d'amour, in revue *Autrement*, 1988.
- TRILLAT (B.)** - Une migration singulière : L'adoption internationale. Communication, Séminaire Nathalie-Masse sur l'adoption des enfants étrangers, Centre International de l'Enfance - Paris, 1992.
- TRILLAT (B.) et NABINGER (S.)** - Adoption internationale et trafic d'enfants : Rev. inter.pol.crim., février 1991.
- VASSALLO (B.)** - La réception en France des décisions étrangères d'adoption, in *Droit international privé*, A. PEDONE, années 2010-2012, communication du 28 janvier 2011.
- VERDIER (P.)** - *Pour une véritable réforme de l'adoption*, RJS, n° 253, mars 2006.
- ZANI (M.)** - La Convention internationale des droits de l'enfant: portée et limites, Publisud 1996.
- ZERMATTEN (J.)** - *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique*, Working Report, Institut international des droits de l'enfant, 3-2003.

#### IV. Répertoires

**CHUNLONG (C.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Chine, 1993, sp. n° 73.

**FSAREHANE** Juris-Classeur de droit comparé, Maroc, fascicule 2-1, 1999.

**GUERREIRO LOPES (M.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Brésil, fascicule 1, 1999, sp. n° 87.

**HERZOG (P.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Etats-Unis d'Amérique, fascicule 1, 1998, sp. n°79.

**IDOT (L.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Côte d'Ivoire, 1987, sp. n° 103.

**KAHN (E.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Afrique du sud, 1996, sp. n° 36.

**LISBONNE (J.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Pérou, 1986, sp. n° 71.

**LISBONNE (J.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Argentine, 1987, sp. n°169.

**LISBONNE (J.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Mexique, 1999, sp. n° 244.

**LOUTFI (M.-H.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Egypte, fascicule 1, 1996, sp. n° 13.

**POUGOUE (P.-G.) et ANOUKAHA (F.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Cameroun, fascicule 2, 1996, sp. n° 64.

**SAREHANE (F.)**, Juris-Classeur de droit comparé, Maroc, fascicule 2-1, 1999.

**V - Notes, Commentaires, Observations, jurisprudences inédites**

**BARRIERE-BROUSSE (I.)** - note sous TGI Nanterre, 21 janvier 1997, Les Petites Affiches, 17 avril 1998, n° 46, pp. 16-17.

**BARRIERE-BROUSE (I.)** - note sous Civ. 1ère, 28 novembre 2012, JDI, n° 2013-3.

**BARRIERE-BROUSE (I.)** - note sous Civ. 1ère, 22 septembre 2014, Avis. JDI, – n° 2015-1.

**BETANT-ROBET (S.)** - note sous Civ. 1ère, 3 août 1973 et 8 juin 1973, JCP 1974 II 17660.

**BERRY (B.)**- note sous Limoges, 26 novembre 1992, D 1994. 207.

**BLANC (A.-M.)** - note sous Civ. 1ère, 27 novembre 2001, RJPF 2002 2/32.

**BOULANGER (F.)** - note sous Paris, 26 février 1985, J.C.P. 1986. II. 20561.

**CARBONNIER (J.)** - note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, J.C.P. 1978 II 18833, 11 mai 1977.

**CATHERINE (PH.)** - note sous Paris, 10 février 1998, JurisData n° 1998-020403 ; JCP, 1998, II, 10130. 1431.

**CHENEDE (F.)** - note sous Civ. 1ère, 22 septembre 2014, Avis. AJF 2014, p. 555.

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL**, Marseille, Chambre 5, 27 février 2015 - n° 12MA03578, JurisData & Cours suprêmes, inédit.

**DUBOIS (M.)** - note sous Paris, 6 juin 2012, RG n° 06/16739

**FARGE (M.)** - note sous CA de Pau, 26 janvier 2004, in Dr. fam., n° 11, novembre 2004 Comm. 214.

**FARGE (M.)** - note sous Civ. 1ère, 10 octobre 2006, JCP 2007. II. 10072.

**FARGE (M.)** - note sous Civ. 1ère, 12 janvier 2011, Dr. fam., n° 3, p. 41-42.

**FAVIER (Y.)** - note sous Civ. 1ère, 19 décembre 2007, JCP - éd. G., n° 11, p. 38-41.

**FAVIER (Y.)** - note sous Civ. 1ère, 8 octobre 2008, JCP - éd. G., n° 4, p. 32-34.

**FAVIER (Y.)** - note sous TA de Besançon, 10 novembre 2009, JCP - éd. G., n° 48, p. 14.

**FAVIER (Y.)** - note sous Civ. 1ère, 24 octobre 2012, JCP - éd. G., n° 46, p. 2029.

**FOURNIE (A.-M.)** - note sous Paris, 6 janvier 1977, J.C.P. 1977 II 18762.

**FOURNIE (A.-M.)** - note sous TGI Paris, 2 juin 1978, Paris, 8 juin 1979, J.C.P. 1980 II 19297.

**FOYER (J.)** - note sous Paris, 14 décembre 1971 et TGI Beauvais, 12 octobre 1972, Rev. crit. dr. DIP 1973.703.

**GALLIARD (C.)** - note sous Aix-en-Provence, 5 mars 2002, Dr. fam., 2003, comm. n°117.

**GAUDEMET-TALLON (H.)** - note sous Civ. 1ère, 19 décembre 1995, Rev. crit. DIP 1996.714.

**SALVAGE-GEREST (P.)** - obs. sous Civ. 1ère, 6 mars 2013, n° 12-17.183, AJ fam. 2013., 229.

**GOUTTENOIRE-CORNUT (A.)** - note sous Civ.1ère, 23 février 1999, Dr. fam. 1999, comm. n° 146.

**GOUTTENOIRE-CORNUT (A.) et SUDRE (F.)** - note sous Cour EDH, 26 février 2002, Fretté c/France, J.C.P. 2002 II 10074.

**GOUTTENOIRE (A.)**, obs. sous Civ. 1ère, 12 avril. 2012, n° 11-20.357, inédit : D. 2012, p. 2267.

**GOUTTENOIRE (A.)** - note sous Civ. 1ère, 13 septembre 2013, Lexbase Hebdo - éd. G., n° 542, 2013.

**GOUTTENOIRE (A.)** - note sous Civ. 1ère, 4 décembre 2013, Lexbase Hebdo - éd. G., n° 556, 2013.

**GOUTTENOIRE (A.)** - note sous Civ. 1ère, 5 mars 2014, Lexbase Hebdo - éd. G., n° 566, 2014.

**GOUTTENOIRE (A.)** - note sous Avis Cour de cassation, 22 septembre 2014, Lexbase Hebdo - éd. G., n° 585, 2014.

**GOUTTENOIRE (A.)** - note sous CA de Rennes, 25 novembre 2014, Lexbase Hebdo - éd. G., n° 594, 2014.

**GOUTTENOIRE (A.)** - note sous Civ. 1ère, 3 décembre 2014, Lexbase Hebdo - éd. G., n° 13-24.268, 2014.

**GOUTTENOIRE (A.)** - note sous CEDH, 27 janvier 2015, Lexbase Hebdo - éd. G., n° 601, 2015.

**GRANET (F.)** - note sous TGI Paris, 10 mai 1995, D. 1996, Som. comm., p. 157.

**GRANET (F.)** -- note sous Cour EDH, 26 février 2002, Fretté c/France, D. 2002, Som. comm., p. 2024.

**GRANET (F.)** - note sous Rennes, 4 juillet 2002, D. 2002. 2902.

**GUERDER (P.)** - note sous Civ. 1ère, 9 mars 2001, RJPF 2001 4/38.

**HAUSER (J.)** - note sous Bordeaux, 21 janvier 1988, D. 1988.453.

**HAUSER (J.)** - obs. sous TGI Tarbes, 5 mai 1994, RTD. civ. 1998.91.

**HAUSER (J.)** - obs. sous TGI La Rochelle, 18 octobre 1995, RTD. civ. 1996. 594.

**HAUSER (J.)** - obs. sous TGI Pau, 14 janvier 1997, RTD. civ. 1997.394.

**HAUSER (J.)** - obs. sous TGI Paris, 27 juin 2001, RTD. civ. 2002.84.

**HAUSER (J.)** - obs. sous Cour EDH, Fretté c/France, 26 février 2002, RTD. civ. 2002.280.

**HENNERON (S.)** - obs. sous TGI Paris, 15 mars 2000, D. 2001, Som. comm., p. 280.

**HENNERON (S.)** - obs. sous TGI Poitiers, 3 e ch. civ., 29 mai 2001, D. 2002, Som. comm., p. 1874.

**HOLLEAUX (G.)** - note sous Civ. 1ère, 6 juillet 1960, D. 1960.510.

**KAHN (P.)** - note sous TGI Paris, 10 mars 1987, J.D.I. 1967, p. 643.

**LABROUSSE-RIOU (C.)** - note sous Civ. 1ère, 6 janvier 2004, JCP, II, 10 064, 2004.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.)** - note sous Pau, 30 mai 1990, D. 1991 20.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.)** - note sous Pau, 12 décembre 1994 et Civ. 1ère, 10 mai 1995, D. 1995.545.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.)** - note sous Pau, 26 juin 1995, D. 1996 214.

**LEGIER (G.)** - note sous Civ. 1ère, 15 mars 1988, Hug JDI 1989.

**LEQUETTE (Y.)** - note sous CA Paris, 18 décembre 1973 et 1er juillet 1974, JDI 1975.

**LOUSSOUARN (Y.)** - note sous TGI Paris, 10 mars 1987, Rev. crit. DIP 1968.317.

**MASSIP (J.)** - note sous Civ. 1ère, 7 mars 1989, Defrénois 1989, art. 34548, p. 690.

**MASSIP (J.)** - note sous Civ. 1ère, 28 février 2002, Petites Affiches, n° 43, p. 21.

**MELONES (S.)** - note sous C. sup. Cameroun, 20 décembre 1973, Rev. Camerounaise de Droit, 1976. p. 377 et s.

**MONEGER (F.)** - obs. sous Versailles, 9 décembre 1999, RTD. sanit. soc. 2000.437.

**MONEGER (F.)** - note sous Civ. 1ère, 3 octobre 2000, Dr. et patrimoine 2001, p. 121.

**MONEGER (F.)** - note sous TGI Paris, 1ère chambre, 1ère section, 27 juin 2001, RD. sanit. soc. 2002.121.

**MONEGER (F.)** - note sous Cour EDH, 26 février 2002, Fretté c/France, RTD. sanit. soc. 2002.347.

**MORENO (A.)** - note sous Civ. 1ère, 18 juillet 2000, J.C.P. 2001 II 10588.

**MUIR WATT (H.)** - note sous Civ. 1ère, 31 janvier 1990, J.C.P. 1991 II 21635.

**MUIR WATT (H.)** - note sous Civ. 1ère, 1er juillet 1997, Rev. crit. DIP 1997.705.

**MURAT (P.)** - note sous TGI La Rochelle, 18 octobre 1995, Dr. fam.1997, comm, n° 7.

**MURAT (P.)** - note sous Civ. 1ère, 16 juillet 1997, Dr. fam.1997, comm. n° 173.

**MURAT (P.)** - note sous Paris, 10 février 1998, Dr. fam.1998, comm. n° 83.

**MURAT (P.)** - note sous Civ. 1ère, 24 février 1998, Dr. fam.1998, comm. n° 134.

**MURAT (P.)** - note sous Civ. 1ère, 16 octobre 2001, Dr. fam.2002, comm. n° 41.

**NEIRINCK (C.)** - obs. sous Civ. 1ère, 20 mars 2013, n° 12-16.401 ; Dr. fam. 2013, comm. n° 67.

**NEIRINCK (C.)** - note sous Civ. 1ère, 22 septembre 2014, Avis. – n° 15010 P et Avis n° 15011 P, Dr. fam., 2014, comm. 160.

**NERSON (R.)** - obs. sous TGI Dijon, 4 décembre 1973, RTD. civ., 1974. 797.

**NERSON (R.)** - obs. sous CA Lyon, 18 octobre 1983, RTD. civ., 1983. 309.

**POISSON-DROCOURT (E.)** - note sous Civ. 1ère, 7 novembre 1984, D. 1985. 459.

**POISSON-DROCOURT (E.)** - note sous Civ. 1ère, 31 janvier 1990, Rev. crit. DIP 1990. 519.

**POISSON-DROCOURT (E.)** - note sous Civ. 1ère, 1er juillet 1997, D. 1998. 187.

**ROUAST (A.)** - note sous Civ. 1ère, 6 juillet 1960, J.C.P. 1960 II 11815.

**ROUJOU de BOUBEE (M.E.)** - note sous Civ. 1ère, 24 mars 1987, D. 1988. 153.

**RUBBELLIN-DEVICHI (J.)** - obs. sous Civ. 1ère, 24 mars 1987, RTD. civ. 1988. 708.

**RUBBELLIN-DEVICHI (J.)** - obs. sous CEDH, Fretté c/France, 26 février 2002, J.C.P. 2002 I 165, n° 6.

**SALVAGE-GEREST (P.)** - note sous Civ. 1ère, 24 mars 1987, J.C.P. 1988.II.21076.

**SIMON-DEPITRE (M.)** - note sous Civ. 1ère, 7 novembre 1984, Rev. crit. DIP 1985. 533.

**VAUVILLE (F.)** - obs. sous Paris, 10 novembre 1995, D. 1997 somm. P. 278.

**VISMARD (M.)** - note sous TGI Toulon, 18 décembre 1957, J.C.P. 1958 II 10398.

**VISMARD (M.)** - note sous Montpellier, 4 mars 1964, J.C.P. 1694 II 13641.

### **Jurisprudence française ( arrêts inédits)**

#### **Cour d'appel Fort-de-France**

- Arrêt Chambre civile, 10 Janvier 2014, N° 13/00139, JurisData n° 2014-010404. Inédit.

#### **Cour d'appel Versailles**

- Arrêt Chambre 1, section 1, 20 Mars 2014 , N° 13/03655, JurisData n° 2014-006136. Inédit.

#### **Cour d'appel Rennes**

- Arrêt Chambre 6 A du 1er avril 2014, n° 249, 13/07702, JurisData n° 2014-006769. Inédit.

- Arrêt Chambre 6 A, 9 décembre 2014 - n° 749, 13/08728, JurisData n° 2014-031034. Inédit.

#### **Cour de cassation**

-Arrêt Chambre civile 1, 7 juin 2012, n° 11-30.262 : JurisData n° 2012-011937. Inédit.

### **Cour de cassation**

-Arrêt Chambre civile 1, 7 juin 2012, n° 11-30.261 : JurisData n° 2012-011952. Inédit.

### **Cour de cassation**

-Arrêt Chambre civile 1 du 7 juin 2012, n° 11-30.261, 755 (Cassation)

### **Cour de cassation**

- **Arrêt Chambre civile 1, 24 septembre 2014 , N° de pourvoi: 13-24583. Inédit.**

- **Arrêt Chambre civile 1, 4 mars 2015, N° de pourvoi : 13 27757. Inédit.**

## **Jurisprudence malienne et sénégalaise (décisions inédites)**

### **Tribunal de première instance de la commune V du District de Bamako (Mali)**

- Jugement du 04 août 2008, affaire Mme x /c la DNPEF, n° 1185 ; n° 1184 ; n° 705.

- Jugement n° 287/JGT du 14 mai 2007, affaire Mme Y/c DNPEF ( Adoption protection par une femme )

- Jugement n°420/JGT du 10 juillet 2006, affaire les époux M et F /C DNPEF ( Adoption protection conjointe ).

- Jugement n°264/JGT du 23/6/2008, affaire M. R /c DNPEF ( Adoption protection par un homme seul ).

- Jugement n° 201 du 19 mars 2007 ( adoption d'un garçon malien de 2 ans par des époux de nationalité italienne demeurant en Italie ).

- Jugement n°345 du 23 mars 2009 (adoption filiation par les époux de nationalité française).

- Jugement n°327 du 12 avril 2010 , affaire Dame C. Dumas / C. DNPEF ( adoption filiation de l'enfant K. par une française).

- Jugement n°024 du 09 janvier 2006, affaire les époux X et Y /C. DNPEF (adoption filiation de l'enfant Z par un couple malien établi en France).

- Jugements n° 1185 ; n° 1184 et n° 705 du 04 août 2008 ( adoption filiation au profit des époux de nationalité française ).

- Jugement n° 287 du 14 mai 2007, ( adoption protection par une malienne établie à l'étranger ).

- Jugement n°420 du 10 juillet 2006, ( adoption protection conjointe ).



- Jugement n°264 du 23/6/2008, ( adoption protection par un homme seul ).

### **Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (Sénégal)**

- Jugement n° 1082 du 21 mai 2008 (adoption plénière d'une fille sénégalaise de 2 ans par un couple de nationalité espagnole demeurant en Espagne).

- Jugement n°2376 du 17 décembre 2008 ( adoption plénière d'un enfant sénégalais de 5 ans par une Française établie en France).

- Jugement n°1567 DU 16 Juillet 2008 ( adoption plénière d'un enfant sénégalais par un couple de nationalité Belge ).

- Jugement n°023 du 02 janvier 2008 (adoption plénière d'un enfant de 2 ans par un couple français).

- Jugement n°2376 du 17 décembre 2008 (adoption plénière au profit d'un couple Allemand).

- Jugements n°2129 du 02 septembre 2009 ; n° 2165 du 23 août 2009 ; n°2571 du 04 novembre 2009 ; n° 467 du 11 février 2009 (adoption plénière au profit des époux de nationalité française).

- Jugement n° 1082 du 21 mai 2008 , (refus d'adopter une nièce au motif que la requérante est divorcée et est âgée de moins de 35 ans ).

- Jugements n°2129 du 02 septembre 2009 ; n° 2165 du 23 août 2009 ; n°2571 du 04 novembre 2009 ; n° 467 du 11 février 2009 (adoption simple de l'enfant du conjoint).

### **Tribunal de première instance de Saint-Louis (Sénégal)**

- Jugement du 25-11-1975, adoption par les époux Diallo, Recueil de jurisprudence statut personnel, T..., credila, Dakar, p.211

## VI. Entretiens

- **DIAKITE (Traoré Eulalie)**, greffier en chef du Tribunal de la Commune V de Bamako (le 15 avril 2014)
- **KONE (Bouaré Fatoumata)**, représentante de l'autorité Centrale au Mali en matière d'adoption internationale, (le 18 avril 2014)
- **OUATTARA (Nènè)**, Directrice du Centre d'Accueil et de Placement Familial ( Pouponnière d'Etat) de Bamako, (le 19 octobre 2011)
- **SAM (Hamet)**, président du Tribunal de la Commune V du District de Bamako, (le 15 Octobre 2011)
- **SECK (Daouda)** coordinateur de l'AEMO Sénégal, (le 15 novembre 2011)
- **SŒUR (Justina)**, Pouponnière des Sœurs Franciscaines de la Médina (Dakar), (le 30 novembre 2013)
- **SOW (Lemou)**, responsable du bureau social des services de l'AEMO (Dakar), (le 15 novembre 2013)
- **SY (Awa Djigal )**, présidente du Tribunal pour enfant de Dakar, (le 21 novembre 2011)
- **TANGARA (Berthé Adiaratou)**, greffier au Tribunal de la Commune V de Bamako, (le 16 avril 2014)

## VII. Textes relatifs à l'adoption

### 1. Textes conventionnels

- Convention de La Haye, relative à la compétence des autorités, à la loi applicable et la reconnaissance des décisions rendue en matière d'adoption de 1965. En ligne : [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=75](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=75) (consulté le 23 février 2014).
- Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967. En ligne :
- [conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/058.htm](http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/058.htm)(consulté le 23 février 2014).
- Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant de 1989. En ligne : [www.francophonie.org/.../Convention\\_droits\\_de\\_l\\_enfant\\_N-Y\\_1989](http://www.francophonie.org/.../Convention_droits_de_l_enfant_N-Y_1989) (consulté le 23 février 2014).
- Charte Africaine des Droits et du bien-être de l'Enfant de 1990. Consultable en ligne : [acerwc.org/wp-content/uploads/2011/04/ACRWC-FR.pdf](http://acerwc.org/wp-content/uploads/2011/04/ACRWC-FR.pdf) (consulté le 23 février 2014).
- Convention de La Haye sur la protection de l'enfant en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993. En ligne : [www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=69](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=69). (consulté le 20 septembre 2012).

### 2. Textes législatifs et règlementaires

#### Textes maliens

- Code de la Parenté au Mali (Ordonnance n° 73- 036 CMLN du 31 juillet 1973), J.O. du 15 septembre 1973.
- Code de Procédure Civile, Commerciale et Sociale du Mali ( Décret n°99-254/P. RM du 15 septembre 1999 ), J.O. du 28 novembre 1999.
- Code des Personnes et de la Famille du Mali de 2011 ( Loi n° 11-080/AN-RM du 2 décembre 2011), J.O. du 6 février 2011.

- Code de la Protection de l'Enfant au Mali (Ordonnance n°02-062 PRM du 05 juin 2011), J.O. du 13 août 2011.
- Lettre n°0875/ MPFEF-SG du 28 sept. 2001 et lettre n° 938/MAEME du 29 octobre 2001 relative à la désignation de l'autorité centrale en matière d'adoption au Mali, Secrétariat général du gouvernement.

### **Textes sénégalais**

- Code de la Famille du Sénégal ( Loi n° 72- 61 du 12 juin 1972 ), J.O.S, 1972 ).
- Recueil des textes relatifs aux Droits de l'enfant au Sénégal, Tomes 1 et 2, textes internationaux, éd. Décembre 2008, Bibliothèque Universitaire de l'UCAD.

### **Autres textes africains**

- Code civil du Gabon de 1972 (Loi du 29 juillet 1972, JORG du 20 décembre 1972).
- Code des personnes et de la famille du Togo de 1980 (Ordonnance n° 80-16 du 31 janvier 1980, JORT, numéro spécial du 31 janvier 1980).
- Code de la famille du Burkina Faso de 1989 (Zatu n° AN. VII. 0013/FP/PRES du 16 novembre 1989).
- Code de la famille Algérie (Loi n° 84-11 09 juin 1984 modifiée et complétée par l'ordonnance n°5-02 du 18 moharram 1426 correspondant au 27 février 2005).
- Code du statut personnel tunisien (Décret du 13 août 1956, JO n° 104 du 28 décembre 1956).
- Dahir n° 1-02-172 du 1 rabii II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n°15-01 relative à la prise en charge (la kafala) des enfants abandonnés (Droit marocain).
- Loi n° 64-378 du 7 octobre 1964 relative à l'adoption en Côte d'Ivoire, modifiée et complétée par la loi n° 83-802 du 2 août 1983.

### **Textes français**

- Code civil (ss. dir. HENRY (X.), 114e éd. Dalloz, 2015.

- Loi n° 63-215 du 1er mars 1963 relative aux enfants maltraités ou moralement abandonnés, au placement des mineurs et à l'action éducative en milieu ouvert, JO 2 mars 1963 , p. 2091.
- Loi n° 66-500 du 11 juill. 1966 portant réforme de l'adoption, JO du 12 juillet 1966. p. 5956.
- Loi n° 76-1179 du 22 déc. 1976 modifiant certaines dispositions concernant l'adoption (simplification), JO du 23 déc. 1976, p. 7364.
- Loi du 24 juill. 1889 relative aux enfants maltraités ou moralement abandonnés, au placement des mineurs et à l'action éducative en milieu ouvert, JO 25 juill. 1889 , p. 3653.
- Loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.
- Loi n° 96 -604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption.
- Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale, JO 2 avril 1999, p. 4930-4938 ; J.C.P. 1999 II 200741, p. 755.
- Loi n° 2001-111, du 6 février 1999, relative à l'adoption internationale, JO 8 février 2001, pp. 2136-2137 ; D. 2001, Législation, p. 606 ; Rev. crit. DIP 2001.379, J.C.P. 2001, Act. n° 9, p. 411 et III 20437.
- Loi n° 2005-744 du 4 juill. 2005 portant réforme de l'adoption, JO 5 juill. 2005 , p. 11072.
- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3.

## VIII. Références numériques

**AHJUCAF.** Actes des conférences en promotion des droits de l'enfant " Adoption internationale ". Mis en ligne le 9 octobre 2009, (consulté le 25 janvier 2012). En ligne :

[http : // www.ahjucaf.org/Les-droits-de-l'enfant-au-Mali.html](http://www.ahjucaf.org/Les-droits-de-l'enfant-au-Mali.html).

**BARRAUD (E.).** " Adoption et kafala *dans l'espace migratoire franco-maghrébin* ", L'Année du Maghreb, IV, 2008. Mis en ligne le 27 janvier 2014, (consulté le 25 mars 2015). En ligne :

URL : <http://anneemaghreb.revues.org/476>.

**COORDINATION DES ONG POUR LES DROITS DE L'ENFANT.** " La recherche des origines par les enfants adoptés en communauté française, 2005 ". Mis en ligne le 15 mai 2011, ( consulté le 21 novembre 2012 ). En ligne :

[http://www.lacode.be/IMG/pdf/droit\\_origines.pdf](http://www.lacode.be/IMG/pdf/droit_origines.pdf)

**CORNEC (A.).** " Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants: un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant ". Mis en ligne le 06 juin 2010, (consulté le 21 mars 2013). En ligne:

[http://www.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc\\_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain\\_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye\\_1980\\_13p.pdf](http://www.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye_1980_13p.pdf).

**DAUBIGNY (C.).** « Origines personnelles, entre mémoire, solidarité et avenir », Revue Le Coq-Héron, n°175, Erès 2002, p. 11. Mis en ligne le 29 juillet 2003, (consulté le 6 novembre 2013). En ligne :

[http://egp.dreamhosters.com/encontros/mundial\\_rj/download/5c\\_Daubigny\\_13230703\\_fran.pdf](http://egp.dreamhosters.com/encontros/mundial_rj/download/5c_Daubigny_13230703_fran.pdf)

**DESPOUY (L.)**, " Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté, Rapport Final, 1996 ". Mis en ligne le 18 octobre 2009, (consulté le 14 décembre 2014). En ligne :

<http://www.cesr.org/downloads/dgps%20leaflet%20french.pdf>

**HCCH**. " Guide de bonnes pratiques n°1 pour la mise en œuvre et le fonctionnement de la convention de la Haye de 1993 sur l'adoption internationale ". Mis en ligne le 20 avril 2008, (consulté le 17 mars 2014). En ligne :

[http://www.hcch.net/upload/adoguide\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/adoguide_f.pdf)

**KLAJNBERG (M.)**. " France : le point de vue d'un juge des enfants ". Revue Quart Monde, N°11 - Année 2002. Mis en ligne le 12 octobre 2012, (consulté le 25 décembre 2013). En ligne :

<http://www.editionsquartmonde.org/rqm/document.php?id=4949>.

**LE MONDE**. " L'histoire de la dépénalisation de l'homosexualité en France ". Mis en ligne le 14 février 2014, (consulté le 28 janvier 2015). En ligne :

<http://www.lemonde.fr/afrique/article/2014/02/14>.

**MEZMUR (B.-D.)**. " Les péchés des sauveurs " : La traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale en Afrique, Conférence de La Haye de droit international privé, document d'information n°2, 2010. Mis en ligne le 18 février 2010, (consulté le 26/02/2015). En ligne :

[www.hcch.net/upload/wop/adop2010id02f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010id02f.pdf)

**MONTESQUIEU (Ch de S.)**. " Esprit des lois, livre 1, chapitre 3 ". Paris, éd. Gallimard, 1995, éd. électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, mis en ligne le 12 octobre 2013, (consulté le 5 février 2014). En ligne:

[http://www.institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/.../Montesquieu\\_esprit](http://www.institutdeslibertes.org/wp-content/uploads/2013/.../Montesquieu_esprit).

**NDIAYE (I.Y.)**, " Filiation de l'enfant naturel (né en dehors du mariage). Une identité incertaine, des droits non assurés ". Communication lors du symposium sur l'harmonisation du Code sénégalais de la famille avec la Constitution et les conventions internationales, Dakar, 2009. Mis en ligne le 31 juillet 2009, (consulté le 8 janvier 2014). En ligne :

<http://www.louxew.com/articles/Societe/dof/31-07-09/Filiation-Naturel-ne-en-dehors-du-mariage-Une-identite-inc>.

**OBSERVATOIRE NATIONAL DE L'ENFANCE EN DANGER.** " La situation des pupilles de l'Etat, enquête au 1er décembre 2009 ". Mis en ligne le 31 décembre 2009, (consulté le 4 janvier 2013).

En ligne :

[http://www.oned.gouv.fr/system/files/publication/rapport\\_pupilles\\_20091231\\_5.pdf](http://www.oned.gouv.fr/system/files/publication/rapport_pupilles_20091231_5.pdf).

**SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL.** Rapport : " Haïti " : accélérer les adoptions internationales suite à une catastrophe naturelle. Conférence de La Haye de droit international privé, document d'information n°4, 2010. Mis en ligne le 04 mars 2010, consulté le 26 février 2015). En ligne :

[www.hcch.net/upload/wop/adop2010id04f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010id04f.pdf).

**SIMONELLA (D.),** " Les politiques d'adoption internationale dans l'espace européen : complexité et débat ", Mémoire de Master au Centre International de Formation Européenne (Institut Européen), 2012. Mis en ligne le 10 octobre 2012, (consulté le 26 février 2015). En ligne :

[www.ie-ei.eu/IE-EI/Ressources/file/memoires/2012/DOMINGOS.pdf](http://www.ie-ei.eu/IE-EI/Ressources/file/memoires/2012/DOMINGOS.pdf).

**SSI/CIR.** « Un enfant égal un enfant : le principe de non discrimination appliqué à l'adoption », Bulletin mensuel, n°2/2005. Mis en ligne le 02 janvier 2005, (consulté le 05 novembre 2012). En ligne :

[http://iss-ssi.org/Ressource\\_centre/Tronc\\_DI/documents/Edito.2005.2.fra\\_000.pdf](http://iss-ssi.org/Ressource_centre/Tronc_DI/documents/Edito.2005.2.fra_000.pdf), février 2005.

**TOURE (S.).** " Le Projet de Code des personnes et de la famille du Mali ". Mis en ligne le 27 février 2009, (consulté le 18 décembre 2014). En ligne :

[http://www.infomatin.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1238:code-de-la-famille--la-position-du-haut-conseil-islamique&catid=27:politique&Itemid=87](http://www.infomatin.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1238:code-de-la-famille--la-position-du-haut-conseil-islamique&catid=27:politique&Itemid=87)



## INDEX ALPHABETIQUE

( les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes,

les chiffres en caractères gras indiquent les passages les plus importants,

les chiffres en caractères italiques indiquent que le mot indexé se trouve en note de bas de page )

### A

- Abandon d'enfant.....14, 103, 130, 278, 420, 486, 487, 489, 495, 497, 851.
- Acte de l'état civil.....796.
- Acte de naissance.....798, 835.
- Acte notarial.....753
- Adoption nationale.....26, 80, 308, 367, 447, 552, 599, 623, 652, 679, 690, 701, 706, 710, 731.
- Adoption internationale.....20, 40, 49, 50, 442, 443, 447, 473, 486, 500, 505, 524, 530, 559, 846.
- Adoption de fait.....16, 22, 39, 58, 236, 240, 248, 255, 258, 271, 299, 307, 332.
- Adoption filiation.....16, 134, 158, 218, 360, 388, 555, 568, 610, 736, 759, 847.
- Adoption protection.....16, 104, 305, 353, 370, 377, 388.
- Affective.....1, 16, 25, 31, 92, 113, 248, 260, 296, 330, 354, 364, 724.
- Afrique francophone.....14, 20, 31, 41, 43, 74, 300, 343, 411, 443, 486, 487.

### B

Bien-être.....22, 33, 415, 435, 436, 500, 519, 528, 531, 532, 535, 540, 637, 647, 650, 661, 664, 667, 668, 706, 732, 754, 767.

Biologique.....1, 3, 25, 55, 64, 76, 86, 93, 110, 126, 138, 158, 162, 169, 170, 180, 207, 242, 246, 289, 328, 360, 426, 432, 491, 512, 670, 692, 724, 797, 825.

Blieck (arrêt Blieck).....421.

## C

Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant..... 22, 528, 532, 549, 634, 639, 640, 677, 684, 685.

Code civil français.....15, 106, 116, 147, 177, 411, 435, 582, 585, 672, 819 et 218, 249, 499, 542, 545, 787, 937, 972, 995.

Code de la famille du Sénégal.....93, 174, 37, 39, 40, 41, 57, 130, 154, 185, 210, 211, 212, 215, 222, 225, 226, 228, 239, 240, 248, 251, 264, 265, 316, 329, 330, 331, 452, 483, 484, 485, 645, 650, 690, 869, 872, 873, 874, 876, 969, 1031.

Code des personnes et de la famille du Mali.....57, 69, 97, 119, 144, 150, 154, 184, 251, 309, 316, 443, 484, 485, 487, 488, 495, 498, 507, 508, 509, 510, 511, 517, 536, 539, 645, 647, 687, 851, 871.

Code de protection de l'enfance du Mali.....647

Code pénal du Sénégal.....209, 324.

Code pénal du Mali.....647, 208.

Conflit de lois.....21, 39, 503, 513, 540, 613, 698, 713, 758, 793, 800, 803, 841.

Convention relative aux droits de l'enfant.....22, 531, 635, 639.

Convention de La Haye de 1993.....22, 49, 442, 444, 541, 542, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 557, 558, 565, 566, 567, 621, 623, 635, 677, 684, 686, 690, 713, 714, 738, 758, 761, 763, 767, 773, 775, 787, 788, 789, 791, 794, 800, 813, 816, 821, 839, 840, 841, 844, 845, 847, 848, 851.

Conseil de famille.....192, 261, 359, 426, 430, 585, 604, 739, 741, 742, **743, 745, 746, 747, 748.**

## D

Déclarations des droits de l'enfant.....	21, 532, 541, 621, 630, 631, 637, 638, 639, 682, 723.
Déclaration judiciaire d'abandon.....	580, 581, 582, 584, 585, 586, 587, 588, 590, 591, 592, 596, 597, 599, 603, 619.
Déclaration judiciaire de délaissement.....	744, 749.
Droit comparé.....	42, 286, 802.
Droits de l'enfant.....	21, 22, 27, 28, 40, 41, 48, 51, 75, 82, 108, 121, 148, 152, 161, 221, 235, 280, 403, 443, 480, 500, 519, 529, 532, 538, 549, 553, 565, 571, 622, 629, 630, 649, 830, 833, 842, 847, 851.
Droit international privé.....	466, 506, 756, 801, 802, 804, 839.

## E

Effectivité.....	152, 403, 543, 550, 554, 558, 605, 624, 642.
Efficacité.....	34, 403, 425, 480, 507, 789, 816.
Egalité.....	60, 721, 722.
Exception d'ordre public.....	791, 839, 971.

## F

Favor adoptionis.....	824.
Filiation adoptive.....	1, 3, 66, 183, 431.
Fraude.....	228, 266, 316, 417, 589, 615, 674, 779, 816, 837.

## G

Génération.....	6.
Garantir ( les droits de l'enfant).....	8, 19, 44, 136, 126.

## H

Histoire (législative du Mali et du Sénégal).....	15.
---	-----

## I

Institutionnalisation.....	14, 39, 444, 445, 707, 847, 851.
Institutions administratives.....	576.

Institutions judiciaires.....577.

Intérêt supérieur de l'enfant.....624 à 676.

## J

Juge.....39, 99, 100, 104, 116, 127, 136, 138, 139, 148, 154, 159, 170, 177, 184, 191, 193, 196, 216, 217, 225, 228, 269, 328, 330, 339, 368, 375, 425, 435, 577, 580, 607, 608, 610, 636, 652, 653, 654, 655, 660, 667, 668, 669, 670, 674, 675, 676.

Jugements étrangers.....789, 802, 819.

Jurisprudence.....99, 127, 285, 287, 291, 292, 293, 330, 353, 421, 613, 656, 671, 676, 702, 759, 819, 822, 823, 826, 827, 830.

## K

Kafala.....10, 11, 26, 265, 267, 268, 269, 303, 461, 623, 748, 819, 828, 830.

## L

Lex fori.....510, 813.

Lex forisme.....511.

Loi étrangère.....794, 803, 814, 825, 828, 837, 839.

## M

Maghreb.....10, 11.

## N

Nationalité.....26, 218, 398, 417, 423, 447, 457, 509, 510, 512, 514, 555, 599, 614, 759, 797, 798, 803, 804, 805, 812, 814, 818, 819, 824, 828, 830, 831, 832, 833, 834, 840.

Novack (Affaire Novack).....**86, 591.**

## O

Obligation alimentaire.....135, 262, 333, 334, 373, 374, 377, 381, 408, 435, 525.

Obligation de motivation.....674, 675, 676, 842.

Ordre public.....161, 189, 310, 315, 316, 317, 390, 487, 609, 619, 674, 787, 788, 790, 791, 811, 816, 835, 836, 837, 838, 839.

## P

Principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	35, 625, 626, 635, 674, 848.
Principe de subsidiarité de l'adoption internationale.....	677, 688, 843.
Promotion des droits de l'enfant.....	41.
Protection des droits de l'enfant.....	41, 48, 52, 403, 442, 519, 529, 535, 552, 553, 721, 842.

## Q

Questions relevant d'une problématique de réforme de droit interne.....	45.
Questions relevant d'une problématique de réforme de droit international privé.....	49.

## R

Rapport de la brigade des mœurs du Mali.....	555.
Rapport interne DESPS du Sénégal.....	573, 640.
Rapport GOUTTENOIRE (A.).....	597.
Rapport GUINCHARD.....	614.
Rapport DEI-France.....	675.
Rapport THERY (I.).....	197.
Rapport AHJUCAF.....	359.
Rapport MATTEI (J.-F.).....	369.
Rapport GOUZES (G.).....	461, 555.
Rapport DEKEUWER-DEFOSSEZ.....	471.
Rattachement (critères).....	<b>510, 511, 513, 803, 812, 814, 834, 841.</b>
Règles de conflits.....	<b>550, 800, 841.</b>
Règles matérielle.....	503, <b>505</b> , 506, 512, 794.
Règlement (des conflits).....	<b>815.</b>

## S

Sécurité juridique.....	93, 308, 651, 698.
Statut personnel.....	390, 508, 510, 513, 804, 805.
Successions.....	15, 144, 148.

Sylla (Affaire des enfants Sylla).....215, 216, 422.

**T**

Traité.....546, 547, 548, 655, 822.

**U**

Universalisme.....76, 430.

Utilitarisme.....780.

**V**

Vocation successorale.....141, 142, 143, 144, 145, 147,  
191, 408.

## TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS -----	8
SOMMAIRE -----	11
INTRODUCTION-----	12
PREMIERE PARTIE -----	43
LA RECONSTRUCTION DU DROIT DE L'ADOPTION NATIONALE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT-----	43
TITRE 1. LE REMODELAGE DES INSTITUTIONS HERITEES DU DROIT FRANÇAIS -----	45
Chapitre 1. Réflexions sur la typologie législative de l'adoption-----	47
Section 1. La prépondérance discutable de la forme plénière des adoptions malienne et sénégalaise -----	48
Paragraphe 1. Le constat de la primauté de l'adoption plénière -----	49
A. La faveur incontestable pour la forme plénière de l'adoption-----	49
B. La défaveur pour la forme simple de l'adoption-----	51
Paragraphe 2. Une adoption en contradiction avec les réalités maliennes et sénégalaises ----	53
A. L'inadaptation des effets de l'adoption plénière au contexte local -----	53
B. La faveur des adoptants pour la forme plénière de l'adoption-----	57
Section 2. Le rééquilibrage nécessaire en faveur de l'adoption avec maintien du lien de filiation d'origine -----	59
Paragraphe 1. La désacralisation de l'adoption plénière -----	60
A. La remise en cause de la distribution actuelle des deux formes d'adoption-----	60
B. La remise en cause de l'irrévocabilité de l'adoption plénière -----	64
1. L'opportunité d'une adoption plénière révocable. -----	66
2. Les modalités d'une éventuelle révocation de l'adoption plénière dans l'intérêt de l'enfant -----	69
Paragraphe 2. Le renouveau souhaitable de la forme simple de l'adoption-----	74
A. L'intégration d'une adoption simple créatrice de lien de filiation au Mali.-----	74

B. La réhabilitation de la forme d'adoption simple sénégalaise-----	78
1. L'opportunité d'une réhabilitation de l'adoption simple-----	78
2. Propositions de solutions de réhabilitation de l'adoption simple-----	79
Chapitre 2. Réflexions sur l'application de l'adoption-----	94
Section 1. L'incongruité de l'adoption filiative intrafamiliale-----	94
Paragraphe 1. Les excès de l'adoption filiative au sein de la parenté-----	95
A. Adoption et famille nucléaire-----	95
1. Le prononcé contestable de l'adoption de son enfant naturel-----	96
2. Le prononcé contestable de l'adoption filiative de l'enfant du conjoint-----	98
B. Adoption et famille élargie-----	107
Paragraphe 2. Les remèdes aux excès de l'adoption filiative intrafamiliale-----	110
A. La mise à l'écart de l'adoption filiative-----	111
1. Solutions doctrinales en France-----	111
2. Proposition d'une solution intermédiaire-----	115
B. L'admission, à titre exceptionnel, de la forme simple de l'adoption de l'enfant du conjoint -----	117
Section 2. La consécration souhaitable de l'adoption filiative dans un cadre "extra-familial" -----	120
Paragraphe 1. Les conditions d'accès à l'adoption par un couple marié-----	120
A. Les conditions satisfaisantes posées pour l'accès d'un couple à l'adoption-----	120
1. L'éviction actuelle des couples homosexuels et de concubins hétérosexuels.-----	121
2. L'ouverture conséquente de l'adoption aux époux hétérosexuels-----	123
B. Les conditions non satisfaisantes relatives à l'accès d'un couple à l'adoption-----	125
1. La critique des conditions communes aux deux pays.-----	125
2. La critique d'une condition propre au Mali-----	127
Paragraphe 2. L'adoption par une personne seule-----	128
A. Un exposé critique de la situation actuelle-----	129
B. La remise en cause de l'adoption plénière par une personne seule-----	135



TITRE 2. LA VALORISATION DES INSTITUTIONS LOCALES-----	139
Chapitre 1. La nécessité d'une valorisation des institutions locales -----	140
Section 1. La difficile identification des adoptions de fait-----	140
Paragraphe 1. Essai de définition des adoptions de fait -----	140
A. Approche socio-anthropologique -----	140
1. Les réalités socioculturelles de l'adoption de fait -----	141
2. Les ambivalences de l' adoption de fait -----	143
B. Approche juridique comparative-----	151
1. L'adoption de fait et l'adoption légale-----	151
2. L'adoption de fait et la kafala du droit maghrébin -----	154
Paragraphe 2. Les modalités d'organisation de la famille adoptive de fait -----	156
A. La constitution de la famille adoptive de fait -----	156
1. L'adoption de fait soumise à l'accord de volonté des deux familles-----	157
2. La remise informelle de l'enfant -----	158
B. La vie de la famille adoptive de fait -----	160
1. La difficile appréhension de la famille adoptive de fait par le droit commun -----	160
2. Le recours possible à la délégation d'autorité parentale et de la puissance paternelle -----	165
Section 2. Opportunités d'une valorisation des institutions locales -----	167
Paragraphe 1. La conformité du droit aux réalités locales -----	167
A. La nécessaire adaptation du droit aux réalités socioculturelles -----	168
B. Le remède à la création de lien de filiation superflu -----	170
1. L'adoption de fait, une solution adaptée aux adoptions intrafamiliales -----	170
2. Un instrument de séduction pour d'autres systèmes en quête d'alternatives à l'adoption -----	177
Paragraphe 2. La consécration d'effets juridiques à l'adoption de fait -----	182
A. La consécration juridique d'effets patrimoniaux à l'adoption de fait -----	183
B. La consécration juridique d'effets extrapatrimoniaux à l'adoption de fait -----	184
Chapitre 2. L'habillage juridique de la valorisation des institutions locales -----	189

Section 1. L'adoption-protection malienne, une institution inspirée des traditions africaines	190
Paragraphe 1. Une institution aux caractéristiques singulières	190
A. La manifestation de la singularité en amont du prononcé de l'adoption-protection	190
B. La manifestation de la singularité en aval du prononcé de l'adoption-protection	199
1. L'adoption-protection, une institution aux effets adaptés aux réalités locales	200
2. L'absence de lien de filiation	204
Paragraphe 2. L'adoption-protection, une manifestation du pluralisme juridique ?	206
A. L'adoption-protection comme manifestation du pluralisme juridique	206
1. Analyse du concept de pluralisme juridique	207
2. Les manifestations concrètes du caractère pluraliste de l'adoption-protection	210
B. L'adoption-protection comme manifestation du syncrétisme juridique	212
1. La justification du caractère syncrétique de l'adoption-protection	212
2. La portée du syncrétisme dans le régime de l'adoption-protection	214
Section 2. Le remodelage de l'adoption-protection pour l'accueil des adoptions de fait	217
Paragraphe 1. La redéfinition du champ d'application de l'adoption-protection	218
A. Conditions de fond	218
1. L'accès à l'adoption-protection	218
2. L'adoptabilité de l'enfant	219
B. Conditions de forme	221
1. La simplicité et la rapidité comme garanties d'effectivité	221
2. La révocation ou la nullité de l'adoption-protection	223
Paragraphe 2. La délimitation de l'adoption-protection dans ses effets	225
A. Une consécration singulière de la parenté plurielle	225
B. Un transfert partiel des prérogatives parentales	226
SECONDE PARTIE	235
LA CONSTRUCTION DU DROIT DE L'ADOPTION INTERNATIONALE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT	235

TITRE 1. L'INSTITUTIONNALISATION DE L'ADOPTION INTERNATIONALE -----	238
Chapitre 1. L'émergence de l'adoption internationale -----	239
Section 1 L'origine de l'adoption internationale -----	239
Paragraphe 1: Des facteurs internationaux fondés sur des mutations diverses -----	239
A. Le contexte de l'émergence de l'adoption internationale -----	240
1. Les enjeux intemporels de l'adoption internationale -----	240
2. Les enjeux temporels de l'adoption internationale -----	242
B. Les conséquences de la ferveur pour l'adoption internationale -----	244
1. L'exposition des enfants adoptables à des risques de nature diverse -----	244
2. L'accentuation de risques spécifiques en périodes de crise -----	248
Paragraphe 2: Des facteurs nationaux fondés sur l'augmentation des abandons d'enfants ---	253
A. La stigmatisation sociale et culturelle de certains types de naissances -----	253
B. L'extrême pauvreté, un facteur déterminant dans les abandons d'enfants -----	255
Section 2. La régulation progressive de l'adoption internationale -----	259
Paragraphe 1. La régulation progressive de l'adoption internationale -----	259
A. Les prémices de la construction du droit international de l'adoption -----	260
1. Le tâtonnement des initiateurs du droit international de l'adoption -----	261
2. Le relatif échec des tentatives initiales -----	263
B. L'aboutissement de la construction du droit international de l'adoption -----	273
1. Des principes préalablement annoncés -----	273
2. Une construction finalisée par l'adoption consensuelle d'une Convention sur l'adoption internationale. -----	279
Paragraphe 2. La réception du droit international de l'adoption au niveau local -----	281
A. L'articulation du droit international de l'adoption et du droit interne -----	281
1. Une intégration du droit international de l'adoption dans l'ordre juridique national par la ratification des textes internationaux -----	281
2. Un encadrement enrichi par l'introduction de nouvelles règles par le législateur national en complément -----	284

B. Les obstacles à l'effectivité du droit de l'adoption internationale au Mali et au Sénégal -	288
1. Une effectivité atténuée par la restriction apportée par le législateur malien -----	288
2. Une effectivité retardée par le législateur sénégalais dans la mise en œuvre du droit de l'adoption internationale -----	290
Chapitre 2. Les institutions de l'adoption internationale -----	293
Section 1. L'institution administrative, garant de la légitimité de l'adoption internationale -	293
Paragraphe 1. La légitimité du contrôle administratif -----	294
A. L'appréciation de l'aptitude des personnes souhaitant adopter un enfant -----	294
B. La vérification de l'adoptabilité de l'enfant par décision administrative -----	295
Paragraphe 2. L'autorité centrale, clé de voûte du contrôle administratif -----	296
A. L'intervention de l'autorité centrale-----	296
B. Les failles du système de contrôle administratif de l'adoption -----	300
Section 2. L'institution judiciaire, garant de la légalité de l'adoption internationale-----	303
Paragraphe 1. L'intervention du juge dans la procédure d'adoptabilité de l'enfant -----	303
A. La déclaration judiciaire d'abandon-----	304
B. Le placement pré-adoptif -----	312
Paragraphe 2. L'intervention du juge dans la procédure d'adoption -----	316
A. La mission du Juge -----	317
B. Les voies de recours -----	322
TITRE 2. LA REALISATION DE L'ADOPTION INTERNATIONALE -----	328
Chapitre 1. Les principes directeurs de l'adoption internationale-----	329
Section 1. L'ambivalence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant-----	329
Paragraphe 1. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, un leitmotiv du législateur -----	330
A. L'allégeance législative au principe -----	330
1. Les références normatives-----	330
2. La qualification de l'intérêt supérieur de l'enfant.-----	336
B. L'effectivité du principe freinée par l'absence d'une définition objective -----	338

1. La controverse doctrinale sur l'absence de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant ---	338
2. Les essais de définition de la notion -----	342
Paragraphe 2. L'intérêt supérieur de l'enfant, un guide pour le juge -----	345
A. Les pouvoirs du juge de prononcer une adoption aux regards des intérêts en présence --	345
1- Les pouvoirs du juge de prononcer une adoption dans l'intérêt de l'enfant -----	346
2. La prise en compte souhaitable des deux modes d'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge -----	349
B. Le pouvoir du juge de refuser une adoption au regard des intérêts en présence -----	353
1. Le refus au regard des intérêts du "triangle adoptif" -----	353
2. Le refus au regard de l'intérêt de l'Etat -----	355
Section 2. L'ambiguïté du principe de subsidiarité de l'adoption internationale-----	358
Paragraphe1. L'existence d'un contraste entre la théorie de la subsidiarité et sa mise en pratique-----	358
A. L'approche théorique du principe de la subsidiarité -----	358
1. L'appréhension du principe de subsidiarité -----	359
2. La transposition du principe de subsidiarité en matière d'adoption internationale -----	361
B. L'approche pratique du principe de la subsidiarité de l'adoption internationale -----	363
1. Aperçu global de la situation de l'adoption au Sénégal-----	365
2. Aperçu global de la situation de l'adoption au Mali-----	367
Paragraphe 2. Le réaménagement souhaitable du principe de subsidiarité-----	369
A. La "contextualisation" du principe pour une meilleure protection des enfants -----	369
B. La relativisation du principe pour une solution adaptée à l'intérêt de l'enfant-----	373
Chapitre 2. La décision de l'adoption internationale-----	380
Section 1. Le prononcé de l'adoption internationale dans le cadre conventionnel -----	380
Paragraphe 1. L'appréciation des conditions de fond de l'adoption internationale -----	381
A. Les conditions de fond sous contrôle des autorités maliennes et sénégalaises-----	381
1. Les conditions relatives à l'adopté potentiel -----	381
2. Les conditions relatives aux représentants de l'adopté potentiel-----	390

B. Les conditions de fond sous contrôle des autorités de l'Etat d'accueil-----	398
1. Les conditions tenant à la personne des adoptants-----	399
2. Les conditions tenant à la préparation des adoptants potentiels -----	403
Paragraphe 2. Les conditions de forme et les effets de l'adoption internationale-----	404
A- Les conditions procédurales requises -----	404
1. Les conditions procédurales relevant du pays d'accueil-----	405
2- Les conditions procédurales relevant du pays d'origine -----	410
3- Les conditions procédurales relevant de la gestion conjointe des deux pays -----	414
B. La portée internationale de l'adoption-----	415
1- La reconnaissance de plein droit de la décision d'adoption internationale-----	416
2. Les effets de la reconnaissance de plein droit -----	419
Section 2. La création de règles de conflits de lois maliennes et sénégalaises -----	424
Paragraphe 1. L'adoption internationale prononcée au Mali et au Sénégal -----	425
A. La loi applicable à l'adoption-----	426
1. Le rattachement des conditions de fond de l'adoption internationale -----	426
2. Le rattachement de la procédure de l'adoption internationale-----	431
3. Le rattachement des effets de l'adoption internationale-----	432
B. La reconnaissance à l'étranger des décisions rendues au Mali et au Sénégal-----	434
Paragraphe 2. L'adoption prononcée à l'étranger-----	438
A. L'adoption d'enfants Maliens et Sénégalais prononcée en France -----	438
B. La reconnaissance au Mali et au Sénégal de l'adoption prononcée à l'étranger-----	448
CONCLUSION GENERALE -----	459
ANNEXES -----	462
BIBLIOGRAPHIE -----	495
INDEX ALPHABETIQUE -----	528
TABLE DES MATIERES -----	534