



Le 28 février 2014

Procédure de consultation relative à une modification du code civil (droit de l'adoption)

Prise de position

D'une manière générale, le projet de révision est fort bienvenu et dans ce sens est à saluer, dont la souplesse introduite dans l'avant-projet, en particulier :

- l'introduction de justes motifs pour déroger en fonction du cas particulier à une règle établie (par ex. art. 264a al. 2 AP-CC) ;
- l'abaissement de l'âge minimal pour adopter à 28 ans avec la possibilité d'y déroger. Il s'agit ici d'une réelle urgence dans la mesure où la limite de 35 ans actuelle est un record européen absolu qui exclut de nombreux candidats à l'adoption ;
- la possibilité de déroger à la différence d'âge minimale, règle qui n'autorise actuellement aucune exception, et pose problème en particulier lorsqu'il s'agit d'adopter plusieurs enfants d'une même fratrie.

Est également à saluer :

- l'abaissement à trois ans de la durée requise du mariage ;
- l'octroi de la possibilité d'adopter l'enfant du partenaire enregistré, qui consolide la situation juridique de l'enfant. L'interprétation de l'art. 28 LPart, selon laquelle même l'adoption par une personne seule est interdite une fois le partenariat conclu, n'est au demeurant guère compatible avec le respect des droits fondamentaux (*cf. infra*) ;
- le renvoi aux art. 270-327c par analogie, la question plus large de la justification d'une loi à part pour les partenaires enregistrés se posant néanmoins ;
- l'octroi de la possibilité d'adopter l'enfant du partenaire dans les communautés de vie de fait, conséquence au demeurant de l'ACEDH Emonet c. Suisse, qui ressort de la variante et exige une adaptation des art. 264c et 267 AP-CC ;
- la possibilité d'adopter pour une personne seule, indépendamment de son état civil ;
- la possibilité d'adopter un enfant majeur en présence de descendants du ou des adoptants ;

- la possibilité pour les parents biologiques de prendre contact avec l'enfant à la condition que celui-ci soit majeur et ait donné son accord, de même que le droit des parents biologiques à obtenir des informations non identifiantes sous réserve des intérêts de l'enfant ;
- l'art. 268d relatif au service cantonal d'information ;
- de même que l'art. 268e encadrant les services de recherche ;
- la possibilité d'entretenir des relations personnelles avec les parents biologiques, qui permet de traiter les parents biologiques d'une manière plus favorable que par le biais de la disposition permettant à un tiers d'obtenir un droit de visite (cf. art. 274a CC), dont l'interprétation par la jurisprudence est très restrictive.

Il conviendra en outre de faire attention à ce que :

- l'introduction de la limite d'âge supérieure fixée à 45 ans dans le Code civil, et non plus seulement dans l'ordonnance, auquel il peut certes être dérogé pour de justes motifs, n'amène pas en pratique un durcissement de l'interprétation y relative, qui serait en outre contraire à la souplesse introduite dans le nouveau droit de l'adoption ;
- l'audition des parents biologiques de la personne majeure adoptée soit mise en parallèle avec la jurisprudence admettant que ceux-ci n'ont pas à consentir à l'adoption de leur enfant devenu majeur ;
- la possibilité pour l'enfant mineur d'obtenir des informations non identifiantes indépendamment d'une pesée des intérêts - il s'agit donc de l'octroi d'un droit absolu - soit clarifiée. La question de la capacité de discernement pour ce faire pourrait ainsi être abordée dans la loi, si on entendait en particulier réserver ce droit aux enfants capables de discernement. La définition des informations non identifiantes est également floue et s'il s'agit des informations concernant les circonstances de l'abandon par exemple, il faudrait s'assurer que l'enfant ait la maturité et l'équilibre psychologique suffisants pour y faire face ;
- l'enfant incapable de discernement soit au moins entendu dans le cadre de l'octroi de relations personnelles avec les parents biologiques, un deuxième alinéa dans ce sens à l'art. 268f pourrait être utile, ce d'autant que l'avant-projet est beaucoup plus détaillé que le droit actuel.

Il n'est enfin pas convainquant :

- de ne pas relever que la CourEDH a laissé ouverte la question d'un droit d'adopter contenu à l'art. 8 CEDH pris isolément (par ex. ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 43 et 46 ; voir également : ACEDH Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, par. 72), alors qu'un tel droit pourrait en être déduit prochainement. Or, la déduction d'un droit d'adopter de l'art. 8 CEDH est apte à ouvrir la voie à l'adoption pour un couple non marié (cf. Papaux, Familles et CEDH : Incidence en droit de la filiation, *in* Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011, p. 23 et 26) ;
- de refuser l'adoption conjointe aux concubins hétérosexuels, de peur d'être sanctionné par la CourEDH eu égard au traitement discriminatoire réservé aux couples de partenaires de même sexe, pour lesquels il n'est pas envisagé de leur accorder cette possibilité ;
- non plus la crainte d'un contournement de l'interdiction de l'adoption conjointe par des couples non mariés au moyen d'une adoption par une personne seule suivie par l'adoption de l'enfant du partenaire, crainte qui indique également qu'il convient de reconsidérer l'interdiction ; l'interprétation de l'art.

- 28 LPart faisant obstacle à toute possibilité de créer un lien de filiation une fois le partenariat conclu, source d'une forme de discrimination à rebours, est aussi fondée sur la crainte du contournement de la loi, laquelle n'est pas bonne conseillère ;
- de ne pas tenir compte dans le débat de la possibilité accordée par l'art 3 LPMA pour les couples de fait d'avoir accès aux méthodes de PMA (sous réserve de l'insémination hétérologue, art. 3 al. 2 et 3 LPMA réserve sur laquelle il conviendrait également de réfléchir à nouveau, cf. Papaux op. cit., p. 30) ;
 - de ne pas tenir compte de la jurisprudence de la CourEDH, laquelle, dans son ACEDH Emonet, indique que « l'argument du Gouvernement selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours » (par. 81) ; la Cour est de surcroît « d'avis qu'il n'appartient pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter » (par. 82) ;
 - de n'admettre la solidité d'un ménage commun de trois ans que s'agissant de l'adoption de l'enfant du concubin, du conjoint et du partenaire enregistré, étant précisé que le ménage commun hors des liens du mariage et du partenariat enregistré est comptabilisé dans le cadre de l'art. 264c al. 1 variante AP-CC ;
 - de refuser l'adoption conjointe aux partenaires de même sexe, alors que la possibilité d'adopter par une personne seule leur est ouverte, avec également ici la tentation de contourner la loi en procédant à une adoption par une personne seule suivie d'une adoption de l'enfant du partenaire, au risque sinon d'offrir à l'enfant une situation juridique moins consolidée ;
 - de rappeler le caractère exceptionnel de l'adoption par une personne seule, alors que celui-ci ne ressort pas de la législation actuelle mais de la jurisprudence y relative sur laquelle une réflexion devrait avoir lieu ;
 - de refuser une dérogation pour des justes motifs à la condition de la durée du mariage de trois ans (cf. art. 264a al. 2 AP-CC), alors que le couple selon les circonstances peut être apte à prouver un concubinage potentiel de plusieurs années antérieures à la date du mariage et que la vie en commun de fait est comptabilisée s'agissant de l'adoption d'un enfant du conjoint ou du partenaire enregistré dans le cadre de la variante AP-CC ;
 - de traiter dans le même alinéa la question du prénom et du nom de l'enfant, à moins qu'il ne s'agisse que de la question du prénom et dans ce cas le texte légal proposé prête à confusion. La question du nom pourrait faire l'objet d'un quatrième alinéa à l'art. 267 AP-CC. Il sera toutefois relevé que la disposition proposée s'agissant du nom de famille va à l'encontre du Rapport de la CJ-CN relatif au nouvel art. 270b CC selon lequel cette disposition ne signifie pas que l'enfant adoptif de 12 ans doit consentir spécialement au changement de nom lorsqu'il est adopté par des tiers, alors qu'il s'agit d'une conséquence impérative de l'adoption plénière par laquelle l'enfant est intégré dans la nouvelle famille, le Rapport concluant à la nécessité de recourir à une procédure de changement de nom au sens de l'art. 30 CC pour conserver le nom actuel ; le Rapport admet en revanche que le nouvel art. 270b, en vertu de l'art. 267 CC, est applicable par analogie aux cas d'adoption de l'enfant du conjoint si l'enfant a porté jusqu'ici le nom du parent qui est marié avec l'adoptant et que les parents désirent qu'il porte désormais le nom de ce dernier ;
 - l'art. 270abis AP-CC ne traite au demeurant pas la question du consentement au changement de nom de l'enfant à partir de 12 ans ; il s'agit de l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré, et dans ce cadre le consentement de

l'enfant capable de discernement est requis, ce qui pourrait être indiqué pour plus de clarté ;

- d'exiger le consentement à l'adoption de l'enfant majeur de l'époux ou du partenaire enregistré de celui-ci, alors que la jurisprudence renonce au consentement des parents biologiques au nom du respect des droits de la personnalité de l'adopté qui, devrait l'emporter également par rapport à un veto de l'époux ou du partenaire enregistré ; le droit d'être entendu pourrait en revanche leur être octroyé ;
- de ne pas se poser la question de l'accès à la procréation médicalement assistée pour une personne seule, alors que l'adoption lui est ouverte (question qui se poserait également dans la mesure où l'on entre en matière sur la possibilité d'une adoption conjointe pour les partenaires de même sexe) ;
- de traiter uniquement la question de la contribution d'entretien pour les parents d'un enfant commun suite à l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré, alors que cette question se pose également suite à la dissolution d'une union de fait dans lequel les concubins seront parents en commun.

Marie-Laure Papaux van Delden
Professeure à la Faculté de droit
Département de droit civil