

Rapport explicatif
relatif à l'avant-projet de modification du code civil
(Droit de l'adoption)

Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du code civil (Droit de l'adoption)

Condensé

Le droit suisse de l'adoption a subi une refonte totale dans les années 70. La société a beaucoup évolué depuis. Les personnes menant de fait une vie de couple, qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles, sont de plus en plus nombreuses. Pourtant, le droit de l'adoption est fondé sur le principe selon lequel seules les personnes mariées peuvent adopter un enfant. La Cour européenne des droits de l'homme a formé au cours des dernières années plusieurs arrêts décisifs en matière de droit de l'adoption, qui ont rendu visible l'inadéquation de la législation suisse aux besoins actuels. Il s'avère donc nécessaire de procéder à une révision.

La présente révision consacre la volonté de mettre le bien de l'enfant au centre de la décision d'adoption. Elle donne une plus grande marge de manœuvre aux autorités en leur permettant de déroger à certaines conditions d'adoption si cela sert le bien de l'enfant. La décision relative à l'aptitude du ou des adoptants prend dès lors mieux en compte les circonstances du cas concret. Il sera possible de déroger pour de justes motifs à la condition de l'âge minimal, qui sera d'ailleurs porté de 35 à 28 ans. L'examen d'aptitude sera toujours effectué au cas par cas en fonction du bien de l'enfant. Le mécanisme sera le même pour la condition de la différence d'âge maximale de 45 ans, qu'il est prévu d'inscrire dans la loi.

La possibilité d'adopter l'enfant du partenaire que l'avant-projet institue revêt aussi une importance centrale pour le bien de l'enfant. Alors qu'actuellement, seules les personnes mariées depuis cinq ans au moins peuvent adopter l'enfant de leur conjoint, l'avant-projet propose de permettre aux personnes vivant en partenariat enregistré d'accéder à ce type d'adoption. Une telle démarche permettrait d'éliminer les inégalités de traitement et de faire reconnaître juridiquement les relations déjà établies entre un enfant et le partenaire de son père ou de sa mère. L'avant-projet prévoit comme variante de permettre aux personnes menant de fait une vie de couple d'accéder à l'adoption de l'enfant du partenaire. Dans tous les cas, il impose une durée de vie en ménage commun d'au moins trois ans.

Pour renforcer encore la position de l'enfant en cas d'adoption, il est proposé d'inscrire expressément dans la loi l'obligation d'entendre celui-ci avant l'adoption même s'il est encore incapable de discernement. Notamment pour l'adoption de l'enfant du partenaire, il faudra en outre vérifier au cas par cas s'il est nécessaire de nommer un représentant à l'enfant pour défendre ses intérêts dans la procédure.

Enfin, il s'agira de rendre le secret de l'adoption plus concret et de l'assouplir. Les parents biologiques obtiendront des informations sur l'identité de l'enfant une fois majeur si ce dernier y a consenti. Indépendamment de l'âge de l'enfant et de son consentement, ils auront le droit également d'obtenir des informations sur l'adoption qui ne permettent pas d'identifier l'enfant ni les parents adoptifs, si l'intérêt de l'enfant ne s'en trouve pas menacé. L'enfant mineur aura un droit équivalent eu égard à ses parents biologiques.

1 L'adoption en droit suisse

1.1 L'adoption avant l'entrée en vigueur du code civil (CC)¹

L'idée qu'une relation filiale puisse s'établir non pas par la naissance, mais artificiellement, par le biais d'un acte juridique, figurait déjà dans le droit romain². Le but de l'adoption a pourtant fondamentalement changé au cours des siècles. Alors qu'elle permettait à l'origine aux personnes sans enfants de poursuivre le culte des ancêtres et d'empêcher leur nom de famille de s'éteindre, elle est plus tard devenue principalement un moyen de conserver un héritier.

Le développement de l'*adoptio minus quam piena* (adoption simple) puis de l'*adoptio piena* (adoption plénière) dans le droit romain tardif est particulièrement déterminant pour le droit en vigueur. Ces formes d'adoption sont emblématiques des deux phases d'évolution de l'adoption jusqu'à nos jours, alors que cette institution juridique était quasiment oubliée au Moyen-âge. L'*adoptio minus quam piena*, qui préserve un lien entre l'enfant et sa famille biologique et ne le lie qu'en partie à sa famille adoptive, a été codifiée au cours du Siècle des Lumières dans le droit allemand (*Allgemeines Preussisches Landrecht*) en 1794, dans le *Code civil* français en 1804, dans le droit autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) en 1811, puis dans les codes civils adoptés tardivement, tels que le *Codice civile* italien en 1865 et le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand en 1896³. L'adoption a mis du temps à s'établir en Suisse. Jusqu'à l'entrée en vigueur du CC, seule une poignée de cantons l'avait inscrite dans la loi⁴.

1.2 L'adoption dans le CC de 1907

Le CC de 1907 soumettait l'adoption à des conditions strictes. Les parents adoptifs devaient être âgés d'au moins quarante ans, être dépourvus de descendants légitimes et avoir au moins 18 ans de plus que l'enfant. Seul un couple marié pouvait procéder à une adoption conjointe. Le CC laissait également transparaître une certaine retenue quant aux effets de l'adoption en ne permettant que l'adoption simple. L'enfant était par conséquent légitimé à hériter de ses parents, mais pas de leurs proches parents, sans perdre la capacité d'hériter des proches parents de ses parents biologiques. Les liens de filiation avec les parents biologiques demeuraient malgré l'adoption, si bien que ceux-ci conservaient un droit de visite et que l'enfant avait une obligation d'entretien à leur égard. Les parents biologiques et adoptifs pouvaient dissoudre l'adoption d'un commun accord.

L'adoption s'est établie dans le droit suisse, mais au fil du temps, il est apparu que les règles adoptées méritaient d'être révisées. Les conditions de l'adoption paraissaient trop strictes et il semblait insatisfaisant de voir l'enfant imparfaitement intégré dans la famille adoptive en raison, d'une part, de la persistance de liens avec la famille biologique et, d'autre part, de la limitation des effets de l'adoption. Enfin, la procédu-

1 RS 210

2 Cf. *Schwenzer/Bachofner*, 77 ss

3 Cf. *Schwenzer/Bachofner*, 81 ss

4 Message sur le droit de l'adoption, 1229; cf. également *Pfaffinger*, *Formen der Adoption*, ch. marg. 19 s

re d'adoption semblait laisser à désirer du fait de son manque de clarté et de sa complexité⁵.

Mais l'impulsion décisive a été donnée par le changement intervenu au fil du temps dans le rôle que devait remplir cette institution juridique. Alors qu'on voulait à l'origine essentiellement satisfaire les intérêts de l'adoptant, il est apparu rapidement que les parents adoptifs prenant en charge des enfants mineurs, sans familles ou issus de familles incomplètes, pouvaient aussi leur fournir « un foyer sûr »⁶. Les intérêts de la personne adoptée ont ainsi occupé progressivement un rôle central et le législateur contemporain n'a eu de cesse de vouloir favoriser le bien de l'enfant.

1.3 La grande révision de 1972

Le législateur suisse a réagi relativement tardivement à ces évolutions. Ce n'est que vers la fin des années 50 que le projet d'une révision échelonnée du droit de la famille a vu le jour⁷. La révision du droit de l'adoption (1957–1973⁸) en a constitué la première étape, suivie de la révision du droit de l'enfant (1957–1978), du droit matrimonial (1968–1988), du droit du divorce (1976–2000) et du droit de la tutelle (1993–2013).

Une commission d'étude instituée en 1957 a fourni en 1962 et en 1965 deux rapports concernant la révision du droit de la famille, qui ont donné lieu en 1971 à un message sur la révision du droit de l'adoption. Le nouveau droit de l'adoption est entré en vigueur le 1^{er} avril 1973⁹. La réforme majeure a constitué à institutionnaliser l'*adoption plénière*, de sorte que la personne adoptée n'ait plus de lien avec sa famille d'origine et soit intégrée dans sa famille adoptive comme si elle était un enfant biologique. Par ailleurs, on a accordé davantage de considération aux intérêts de la personne adoptée, en l'occurrence au *bien de l'enfant*. Comme corollaire à l'adoption plénière, on a instauré le *secret de l'adoption*, qui consolide la dissolution des liens de filiation et l'intégration dans la nouvelle famille.

1.4 Révisions du droit de l'adoption depuis 1972

Le droit en vigueur a vu le jour en grande partie lors de la révision de 1972. Outre quelques adaptations rédactionnelles lors de la révision du droit de l'enfant en 1976¹⁰ et du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte en 2008¹¹, le législateur a assoupli les conditions d'adoption de l'enfant du conjoint en 1998 dans le cadre de la révision du droit du divorce, tout en portant la durée du mariage de deux à cinq ans pour l'adoption de l'enfant du conjoint¹². En 2001, le législateur a en outre mis en œuvre les dispositions de la Convention de La Haye¹³ et fait passer de deux à un an la durée minimale pendant laquelle les adoptants doivent avoir prodigué des soins à un mineur avant de pouvoir l'adopter (art. 264 CC). Il a adopté dans le même temps un nouvel art. 268c CC, qui consacre dans la loi le droit de connaître l'identité de ses parents biologiques.

⁵ Message sur le droit de l'adoption, 1234 ss

⁶ Message sur le droit de l'adoption, 1235

⁷ Message sur le droit de l'adoption, 1226

⁸ Les années citées se réfèrent au début des travaux de révision et à l'entrée en vigueur.

⁹ RO 1972 2819

¹⁰ RO 1977 237

¹¹ RO 2011 725

¹² RO 1999 1118

¹³ RO 2002 3988; cf. 1.7.2

Il convient de citer enfin la loi sur le partenariat (LPart)¹⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, qui permet à deux personnes du même sexe de faire enregistrer officiellement leur partenariat. L'art. 28 LPart exclut l'adoption par une personne liée à une autre par un partenariat enregistré.

1.5 Dispositions régissant l'adoption

L'art. 122 de la Constitution (Cst.)¹⁵ est la base constitutionnelle qui autorise la Confédération à édicter les dispositions régissant l'adoption. Le droit matériel de l'adoption est réglé aux art. 264 à 269c CC, dans la deuxième partie du droit de la famille (Des parents), au chapitre IV du titre septième (De l'établissement de la filiation). Les art. 75 à 78 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)¹⁶, de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption (CLaH)¹⁷ et de la loi fédérale du 22 juin 2001 relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (LF-CLaH)¹⁸ sont en outre applicables aux adoptions internationales. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant¹⁹ et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁰ revêtent également de l'importance en la matière; la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg (Cedh) a publié au cours des dernières années différents arrêts dans lesquels l'interprétation donnée de la CEDH fera jurisprudence en matière de droit de l'adoption²¹. Le droit matériel de l'adoption est réglé surtout à l'échelon des lois et des traités internationaux. A l'échelon réglementaire, les textes principaux sont l'ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC)²² et l'ordonnance du 29 juin 2011 sur l'adoption (OAdo)²³, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, qui comporte des dispositions d'exécution sur la procédure de placement d'enfants en vue de l'adoption, sur l'autorisation de l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption et la surveillance de cette activité et sur les émoluments perçus par la Confédération en cas d'adoption internationale.

1.6 Contenu du droit de l'adoption

Le droit en vigueur distingue trois formes d'adoption, qui datent de la grande révision de 1972:

- *l'adoption conjointe (art. 264a, al. 1 et 2, CC)*: elle est réservée aux époux, qui doivent être mariés depuis cinq ans ou être âgés de 35 ans révolus;
- *l'adoption de l'enfant du conjoint (art. 264a, al. 3, CC)*: une personne peut adopter l'enfant de son conjoint si elle est mariée à ce dernier depuis cinq ans;

¹⁴ Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, RS 211.231.

¹⁵ RS 101

¹⁶ RS 291

¹⁷ Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, RS 0.211.221.311

¹⁸ RS 211.221.31

¹⁹ RS 0.107; cf. ch. 1.7.3

²⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101

²¹ Cf. ch. 1.7.4

²² RS 211.112.2

²³ RO 2011 3673, RS 211.221.36.

- *l'adoption par une personne seule (art. 264b CC)*: une personne non mariée ou une personne mariée lorsqu'une adoption conjointe se révèle impossible (p. ex. parce que le conjoint est devenu incapable de discernement de manière durable) peut adopter seule si elle a 35 ans révolus.

Pour *adopter un mineur*, les adoptants doivent lui avoir fourni des soins et avoir pourvu à son éducation pendant au moins un an (art. 264 CC). L'enfant doit en outre être d'au moins seize ans plus jeune que les parents adoptifs et avoir donné son consentement à l'adoption s'il est capable de discernement (art. 265 CC). De plus, l'adoption requiert le consentement du père et de la mère de l'enfant (art. 265a CC).

Indépendamment de cette condition, il importe toujours de vérifier au cas par cas si les circonstances permettent de prévoir que l'adoption servira le bien de l'enfant sans porter une atteinte inéquitable à la situation d'autres enfants des parents adoptifs (art. 264 CC; cf. également l'art. 3 OAdo, l'art. 4 CLaH et l'art. 21 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant)²⁴. Le Tribunal fédéral a noté à propos du bien de l'enfant qu'il n'était pas facile de vérifier si cette condition primordiale de l'adoption était remplie. L'autorité doit se demander si l'adoption envisagée est véritablement propre à assurer le meilleur développement possible de la personnalité de l'enfant et à améliorer sa situation, et ce sur tous les plans (affectif, intellectuel et physique)²⁵. Les parents adoptifs doivent en outre pouvoir offrir toute garantie « *par leurs qualités personnelles, leur état de santé, le temps dont ils disposent, leur situation financière, leurs aptitudes éducatives et leurs conditions de logement, que l'enfant bénéficiera de soins, d'une éducation et d'une formation adéquats* » (art. 5, al. 2, let. d, ch. 1, OAdo).

Pour *adopter une personne majeure*, les adoptants doivent être dépourvus de descendants (art. 266, al. 1, CC). Il faut de plus que l'une des trois conditions citées à cet alinéa soit remplie, c'est-à-dire:

- qu'elle souffre d'une infirmité physique ou mentale nécessitant une aide permanente et que les parents adoptifs lui aient fourni des soins pendant au moins cinq ans,
- que, durant sa minorité, les parents adoptifs lui aient fourni des soins et aient pourvu à son éducation pendant au moins cinq ans,
- ou qu'il y ait d'autres justes motifs et qu'elle ait vécu pendant au moins cinq ans en communauté domestique avec les parents adoptifs.

Au surplus, les dispositions sur l'adoption de mineurs s'appliquent par analogie (art. 266, al. 3, CC).

Comme cela a déjà été évoqué au ch. 1.4, l'art. 28 LPart interdit l'adoption aux personnes liées par un partenariat enregistré. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est abstenu de statuer sur la compatibilité de cette interdiction avec la Constitution et le droit international²⁶.

²⁴ Pour plus de détails concernant la notion de « bien de l'enfant » dans le contexte de l'adoption, cf. *Pfaffinger*, *Formen der Adoption*, ch. marg. 75 ss.

²⁵ ATF 125 III 161, 163.

²⁶ ATF 137 III 241, 242 s.

1.7 Droit international

Différents traités internationaux auxquels la Suisse est partie comprennent des dispositions qui influencent directement le droit de l'adoption²⁷.

1.7.1 Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants²⁸

En 1971, le Conseil fédéral a approuvé, en même temps que le message sur la révision du droit de l'adoption, le message relatif à l'approbation de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants²⁹. Une fois la révision achevée en 1972, le droit suisse correspondait aux prescriptions de la convention, si bien que la Suisse a pu la ratifier le 29 décembre 1972 et la faire entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1973 en même temps que le droit révisé de l'adoption. La convention n'a été ratifiée que par 18 Etats³⁰.

La convention contient avant tout une série de principes de droit matériel, que les parties s'engagent à respecter dans leur législation nationale. Le bien de l'enfant adopté constitue le dénominateur commun de ces principes et de la convention en général.

Le 27 novembre 2008, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté une *convention révisée*³¹ tenant compte des évolutions sociales et juridiques intervenues depuis l'élaboration de la convention d'origine et de la jurisprudence fixée depuis par la Cedh. Cette convention contient en particulier les principes suivants:

- consentement de la mère et du père à l'adoption (valable également pour le père d'un enfant naturel (art. 5, par. 1, let. a));
- consentement de l'enfant, s'il est capable d'en reconnaître la portée, et consultation de celui-ci même si son consentement ne constitue pas une condition formelle de l'adoption (art. 5, par. 1, let. b);
- possibilité pour les Etats parties d'étendre la convention aux couples homosexuels mariés ou liés par un partenariat enregistré (si ce dernier est reconnu par l'Etat en question) et aux couples hétérosexuels et homosexuels liés par un partenariat de fait (art. 7, par. 2);
- âge minimum des parents adoptifs compris entre 18 et 30 ans et de préférence différence d'âge d'au moins 16 ans entre eux et l'enfant (art. 9, par. 1).

La convention révisée est ouverte à la signature. Seize Etats membres du Conseil de l'Europe³² l'ont jusqu'ici signée, sept (le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la Norvège, les Pays-Bas, la Roumanie et l'Ukraine) l'ont ratifiée. La nouvelle convention est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011.

²⁷ Pour une liste complète des traités relatifs à l'adoption, cf. *Vité/Boéchat*, 7 ss; *Pfaffinger*, *Formen der Adoption*, ch. marg. 45 ss.

²⁸ STE n° 58; RS 0.211.221.310

²⁹ FF 1971 I 1208

³⁰ Etat le 4 septembre 2013

³¹ STE n° 202

³² Arménie, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Hongrie, Islande, Macédoine, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Serbie, Ukraine et Royaume-Uni (état le 4 septembre 2013)

1.7.2 Convention de La Haye sur l'adoption

La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption³³, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est avant tout un accord d'entraide judiciaire qui permet d'éliminer certains des problèmes apparaissant lors d'adoptions internationales. Venue remplacer la Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption³⁴, elle est actuellement en vigueur dans 90 Etats (état septembre 2013). Elle régit la coopération entre les autorités compétentes dans l'Etat d'origine et dans l'Etat d'accueil des enfants et comporte des dispositions visant à assurer le bien de ces derniers. Elle contient en particulier des prescriptions relatives à la procédure d'accueil d'enfants étrangers (art. 5, 15 et 18 ss CLaH) et aux tâches à accomplir par les autorités compétentes de l'Etat d'origine lorsque des requérants étrangers veulent adopter des enfants du pays (art. 4 et 16 s. CLaH). Conformément à l'art. 23, par. 1, CLaH, toute adoption prononcée dans un Etat partie à la convention est obligatoirement reconnue dans tous les autres Etats parties.

1.7.3 Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant³⁵

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 20 novembre 1989 la Convention relative aux droits de l'enfant, qui consacre les droits et les obligations relatifs à tous les domaines de la vie des enfants. Depuis, tous les Etats à l'exception des Etats-Unis, de la Somalie et du Soudan du Sud l'ont ratifiée. La convention est entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997.

Selon l'art. 21 de la convention, les Etats parties qui reconnaissent le système de l'adoption sont tenus d'accorder la priorité au bien de l'enfant. Cet article fixe pour la première fois des conditions d'adoption. Le préambule de la disposition dit que les Etats parties s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la « *considération primordiale* ».

A son art. 7, la convention mentionne que, dans la mesure du possible, l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Dans un arrêt de 2002, le Tribunal fédéral a qualifié cette disposition de directement applicable³⁶.

1.7.4 Convention européenne des droits de l'homme³⁷

Conditions d'adoption

La CEDH, en particulier son art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), qui a donné lieu dernièrement à plusieurs arrêts de la Cedh visant directement le droit de l'adoption³⁸, revêt un caractère déterminant. La Cedh a formulé le principe selon lequel « *l'adoption consiste à donner une famille à un enfant et non un enfant à une*

³³ RS 0.211.221.311

³⁴ Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, entrée en vigueur en Suisse le 23 octobre 1978. Cette convention a été dénoncée par la Suisse avec effet au 23 octobre 2003 suite à la ratification de la convention révisée de 1993.

³⁵ RS 0.107

³⁶ ATF 128 I 63, 71

³⁷ RS 0.101

³⁸ Cf. pour plus de détails *Meier*, 255 ss concernant la jurisprudence de la Cedh en rapport avec le droit de la filiation.

famille »³⁹. Elle a en outre souligné à plusieurs reprises que la CEDH ne consacrait aucun droit à l'adoption. Mais un Etat qui autorise l'adoption doit se tenir au principe de non-discrimination⁴⁰.

La Cedh a prononcé au cours des dernières années une série d'arrêts qui influencent le droit de l'adoption:

- Le 13 décembre 2007, la Cedh, dans le cas *Emonet et autres contre Suisse*⁴¹, a examiné un recours contre un arrêt du Tribunal fédéral. En l'espèce, il s'agissait d'une femme qui avait une fille d'un premier mariage qui s'était soldé par un divorce. Elle vivait en ménage avec sa fille et M. Emonet. Suite à une maladie grave, la fille, devenue paraplégique, était soignée par sa mère et M. Emonet. En mars 2001, le tribunal cantonal genevois a approuvé la demande faite par M. Emonet d'adopter la fille de sa partenaire. Une fois l'adoption approuvée, la mère a été informée que les liens de filiation entre elle et sa fille étaient rompus en conséquence de l'adoption (art. 267 CC). Les recours contre cette décision ont été rejetés.

La Cedh a indiqué que la rupture des liens de filiation antérieurs avec les parents en conséquence de l'adoption était inadaptée en l'espèce, c'est-à-dire dans le cas de l'adoption d'une personne mineure désireuse de former une famille commune avec les deux autres personnes. La Cedh a rejeté l'argument mis en avant par le gouvernement suisse selon lequel l'adoption de l'enfant du conjoint n'entraîne pas en ligne de compte puisque le couple n'était pas marié et qu'un couple marié serait plus à même de fournir à la personne adoptée des relations stables qu'un couple non marié vivant sous un même toit. La Cedh a vu dans la rupture des liens de filiation avec la mère biologique une atteinte injustifiable à la vie de famille, et partant une violation de l'art. 8 CEDH.

- Dans l'arrêt *Schwizgebel contre Suisse*⁴², la Cedh a rejeté une requête contre la Suisse en 2010. Il s'agissait en l'espèce d'une femme célibataire née en 1957 devenue mère par adoption en 2002. A l'âge de 47 ans, elle a demandé à adopter un deuxième enfant, demande qui a été rejetée en raison de son âge. Elle a interjeté recours contre cette décision, se sentant discriminée par rapport aux femmes plus jeunes. La Cedh a indiqué qu'en l'absence d'un consensus à l'échelon européen, les Etats jouissaient d'une marge importante dans la fixation des conditions à remplir par une personne seule. La Cour a noté que les autorités n'avaient pas appliqué le droit national de manière mécanique, mais avaient en l'espèce tenu compte des circonstances, de l'intérêt supérieur de l'enfant à adopter et de celui de l'enfant déjà adopté. Elle a considéré que l'argument de la différence d'âge entre l'adoptante et l'enfant adoptif, de même que les autres arguments avancés contre l'adoption, étaient motivés de manière nuancée et non arbitraire. Selon elle, la différence de traitement entre la requérante et des femmes plus jeunes n'était pas discriminatoire et ne représentait pas une violation de la convention.

³⁹ *Pini et autres contre Roumanie* (requête n° 78028/01 et 78030/01), § 156

⁴⁰ *Emonet et autres contre Suisse* (requête n° 39051/03), § 66; *E.B. contre France* (requête n° 43546/02), § 42; concernant toute la problématique, *Meier*, 274 ss

⁴¹ Requête n° 39051/03

⁴² Requête n° 25762/07

- Jusqu'ici, la Cedh ne s'est prononcée que ponctuellement sur la question de l'adoption par les couples de même sexe. Dans l'affaire *Fretté contre France*⁴³ en 2002, un homme célibataire s'est vu refuser l'adoption du fait de son orientation sexuelle, bien que les autorités compétentes aient confirmé son aptitude à l'adoption. Même si elle a constaté une inégalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, la Cedh n'y a pas vu de violation de la CEDH. Arguant que les répercussions sur un enfant d'une éducation par un ou deux parents homosexuels étaient encore controversées sur le plan scientifique, la Cour avait préféré laisser une marge d'interprétation conséquente aux Etats et ne pas infirmer la décision des tribunaux français.
- La Grande Chambre de la Cedh est parvenue à un autre résultat le 22 janvier 2008 dans son arrêt *E.B. contre France*⁴⁴. La requérante, alors qu'elle vivait avec sa partenaire, s'est vu refuser l'adoption en raison de l'absence d'une figure paternelle. Le tribunal français avait en outre estimé que la place qu'occuperait sa partenaire dans la vie de l'enfant adoptif n'était pas claire. La Cedh a quant à elle indiqué que les mêmes arguments s'appliqueraient dans le cas d'une adoption par une personne hétérosexuelle seule. Le fait que l'instance précédente n'ait pris ces circonstances en compte que pour des couples homosexuels entraînait selon elle une différenciation illicite fondée sur l'orientation sexuelle, qualifiée de discriminatoire en vertu de l'art. 14 en relation avec l'art. 8 CEDH.
- Enfin, le 15 mars 2012, la Cedh a tranché l'affaire *Gas et Dubois contre France*⁴⁵. Cette affaire concernait deux femmes vivant en couple depuis 1989. En l'an 2000, l'une d'entre elles a mis un enfant au monde après s'être fait inséminer en Belgique grâce à un don de sperme anonyme. En 2002, les deux femmes ont conclu un partenariat enregistré à la française (*pacte civil de solidarité, PACS*). Deux ans plus tard, la partenaire de la mère a demandé à pouvoir adopter l'enfant (*adoption simple*), pour fonder une relation parents-enfant et une autorité parentale conjointe. Les tribunaux français compétents ont rejeté la demande en 2006 au motif que, bien que les conditions formelles requises soient réunies, l'adoption n'était pas dans l'intérêt de l'enfant, puisqu'elle romprait les liens de filiation avec la mère biologique. La Cedh a confirmé cette décision, indiquant que toute analogie avec les couples mariés était exclue, puisqu'il ne s'agissait pas d'une situation comparable au mariage, ce d'autant plus que la jurisprudence de la Cedh n'oblige pas les Etats membres à donner accès à l'institution du mariage aux couples homosexuels. Lorsqu'un Etat prévoit une institution juridique particulière pour les couples homosexuels, il a par ailleurs une certaine marge de manœuvre pour ce qui est des droits associés. Le fait que l'Etat français ne garantisse une autorité parentale conjointe qu'aux couples mariés était par conséquent licite. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas de violation de la CEDH en l'espèce.
- L'arrêt le plus récent, *X contre Autriche*⁴⁶, en date du 19 février 2013, porte sur un couple de lesbiennes autrichiennes vivant depuis longtemps une relation stable. L'une d'entre elles voulait adopter le fils biologique de sa partenaire. Les autorités autrichiennes ont rejeté cette adoption bien que les deux femmes aient

43 Requête n° 36515/97

44 Requête n° 43546/02

45 Requête n° 25951/07

46 Requête n° 19010/07

élevé l'enfant conjointement. Dans son arrêt, la Grande chambre de la Cedh a indiqué que le législateur national n'était pas tenu de donner accès à l'institution du mariage aux couples homosexuels. S'il donne aux couples homosexuels la possibilité de conclure un partenariat enregistré, il dispose d'une grande latitude dans la définition des droits et devoirs liés à ce partenariat. Selon la Cour, il n'y a pas de discrimination par rapport aux couples mariés lorsqu'on n'autorise pas une personne homosexuelle vivant en partenariat enregistré à adopter l'enfant de son partenaire⁴⁷.

La Cour a par contre constaté une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels non mariés. Si un Etat, dans son ordre juridique, autorise un membre d'un couple hétérosexuel non marié à adopter l'enfant de son partenaire (ce qui est le cas en Autriche), il doit également donner accès à une telle adoption aux couples homosexuels afin d'éviter toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour a donc estimé qu'il était inadmissible d'interdire l'adoption de l'enfant du partenaire à une personne homosexuelle menant de fait une vie de couple. L'Autriche a adapté son droit de l'adoption suite à cet arrêt. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} août 2013⁴⁸.

Secret de l'adoption

La Cedh a déduit de l'art. 8 CEDH un droit de principe de connaître ses origines. Dans l'affaire *Jäggi contre Suisse*⁴⁹, la Cour a approuvé le 13 juillet 2006 un recours contre un arrêt du Tribunal fédéral⁵⁰. Dans cet arrêt, la plus haute cour de Suisse refusait à un homme de 60 ans la possibilité de faire vérifier par un test ADN si un homme décédé était son père. Ce dernier avait réussi à se dérober pendant des décennies à toute action en paternité. Après avoir confirmé sa jurisprudence, selon laquelle le droit de connaître son ascendance fait partie du droit au respect de la vie privée protégé par l'art. 8 CEDH, la Cour a précisé dans son arrêt qu'on ne saurait déduire de cet article un droit absolu. Elle a rappelé qu'il importait de tenir compte en permanence des intérêts des autres personnes concernées. Elle a cependant mis en avant l'importance primordiale pour une personne de connaître ses origines génétiques pour se construire une identité. Elle a affirmé le principe selon lequel l'âge avancé d'une personne n'altérerait en rien son intérêt à connaître son ascendance.

Dans un arrêt du 25 septembre 2012 prononcé dans l'affaire *Godelli contre Italie*⁵¹, la Cedh a tranché le cas d'une femme abandonnée par sa mère à la naissance, placée dans un orphelinat, puis adoptée par adoption simple. Cette dernière a appris à l'âge de dix ans que ses parents n'étaient pas ses parents biologiques. Malgré ses questions insistantes, elle n'a obtenu aucune information sur ses origines. Elle a retenté sa chance à l'âge de 63 ans, mais sa mère biologique avait fait inscrire expressément dans l'acte de naissance qu'elle refusait que son identité soit révélée. Le droit à l'anonymat de la mère étant protégé par le droit italien, tous les efforts de la requérante étaient voués à l'échec. La Cour, se référant à l'art. 8 CEDH, a constaté un déséquilibre entre les intérêts en présence, la législation italienne déniait tout accès aux informations relatives aux parents biologiques si ceux-ci en ont voulu ainsi. Elle y a vu une violation de l'art. 8 CEDH. Dans une autre affaire, *Odièvre contre Fran-*

⁴⁷ *X contre Autriche* (requête n° 19010/07), § 106

⁴⁸ BGBl. I Nr. 179/2013

⁴⁹ Requête n° 58757/00; extraits publiés dans la JAAC 2006, n° 116

⁵⁰ Pour la jurisprudence plus ancienne, cf. *Reusser/Schweizer*, 614 s

⁵¹ Requête n° 33783/09

*ce*⁵², jugée le 13 février 2003, la Cour a dû se prononcer sur la compatibilité de l'accouchement sous X avec l'art. 8 CEDH. Elle a écarté toute violation de cet article, un équilibre ayant été trouvé entre les intérêts en présence. La requérante avait obtenu certaines informations sur sa naissance et sur ses parents biologiques et ceux-ci avaient pu conserver l'anonymat.

2 Droit comparé

2.1 Conditions d'adoption

2.1.1 Age minimal et maximal, différence d'âge avec l'enfant

Dans certains Etats, il n'existe pas d'*âge minimal* pour adopter un enfant. Au Royaume-Uni, l'âge minimal est de 21 ans (art. 50 et 51 de l'*Adoption and Children Act 2002*). En Allemagne, l'âge minimal est fixé à 25 ans; dans les couples mariés, l'un des deux époux peut avoir un âge inférieur, mais doit être âgé d'au moins 21 ans (§ 1743 BGB). En Autriche, le père adoptif doit avoir au moins 30 ans, la mère adoptive au moins 28. Il est possible de déroger à ces âges minimaux en cas d'adoption conjointe par un couple marié ou en cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire s'il existe déjà entre l'enfant et les adoptants une relation semblable au lien existant entre des parents biologiques et leurs enfants (§ 180 ABGB). En France, l'adoption est permise à partir de 28 ans (art. 343 et 343-1 du *Code Civil*). Plusieurs Etats ont fixé un *âge maximal* pour adopter, en règle générale 40 ou 45 ans; c'est le cas en Allemagne, en Autriche, en Suède et en Norvège⁵³. D'autres Etats prévoient également une *différence d'âge* minimale (qui varie entre quatorze et 18 ans selon les ordres juridiques), parfois aussi maximale (entre 40 et 45 ans) entre les parents adoptifs et l'enfant⁵⁴.

2.1.2 Adoption par les couples homosexuels

En 2011, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a publié une étude exhaustive sur la situation des homosexuels en Europe, dans laquelle il évoquait l'adoption⁵⁵. La Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, la Suède et le Royaume Uni autorisent l'adoption de l'enfant du partenaire et l'adoption conjointe au sein des couples homosexuels; la Finlande et l'Allemagne n'autorisent que l'adoption de l'enfant du partenaire. En Autriche, les homosexuels n'ont pas le droit d'adopter l'enfant de leur partenaire, mais ont certains droits et devoirs de parents s'ils sont liés par un partenariat enregistré. En 2013, le Parlement français a adopté une loi qui autorise les couples homosexuels à se marier; cette loi leur confère les mêmes droits que les autres couples mariés en matière d'adoption.

2.1.3 Adoption de l'enfant du partenaire par les personnes menant de fait une vie de couple

La majorité des Etats européens réservent l'adoption de l'enfant du partenaire aux couples mariés. Dix Etats au moins permettent aux concubins d'adopter l'enfant de leur partenaire. C'est le cas de la Belgique, de l'Espagne, de l'Islande, des Pays-Bas,

⁵² Requête n° 42326/98

⁵³ Cf. le rapport du Conseil fédéral sur les adoptions en Suisse, 8.

⁵⁴ Cf. le tableau synoptique dans le rapport du Conseil fédéral sur les adoptions en Suisse, 8.

⁵⁵ La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe, Strasbourg 2011.

du Portugal, de la Roumanie, du Royaume Uni, de la Russie, de la Slovénie et de l'Ukraine⁵⁶.

2.2 Droit de connaître son ascendance

Le droit d'un enfant de connaître son ascendance est réglé de manières différentes selon les ordres juridiques⁵⁷. Il y a d'une part les Etats comme la Serbie, qui accordent ce droit aux enfants indépendamment de leur âge, ou la Suède, qui l'octroient aux enfants suffisamment mûrs. Aux Pays-Bas, les enfants ont un droit similaire, qui prime le droit des parents biologiques au secret de l'adoption. En Allemagne, le droit de l'enfant de connaître son ascendance est mis en balance avec le droit de la personnalité des parents dans le cadre d'une pesée des intérêts. A l'autre extrémité, il y a la Russie, où il n'existe aucun droit de connaître l'identité de ses parents. En France, il existe toujours la possibilité d'accoucher sous X; les enfants nés dans l'anonymat n'ont pas le droit de connaître l'identité de leurs parents⁵⁸. En cas d'adoption, de nombreux Etats européens donnent à l'enfant le droit d'obtenir des informations sur ses parents biologiques lorsqu'il atteint la majorité. C'est le cas en Angleterre et au Pays de Galles, en Belgique, en Bulgarie, au Danemark, en Espagne, en Finlande, en Grèce, à Malte, aux Pays-Bas et en Slovaquie⁵⁹.

3 Statistiques concernant l'adoption

Le nombre d'adoptions est en recul en Suisse depuis plusieurs années. Alors qu'il était de 1583 en 1980, il n'était plus que de 808 en 2000 et de 509 en 2011, année au cours de laquelle il y a eu 213 adoptions d'enfants du conjoint (42 %), 281 adoptions conjointes par des couples mariés (55 %) et 15 adoptions par une personne seule (3 %). Il est intéressant de constater que l'origine géographique des personnes adoptées a changé: 67 % d'entre elles étaient originaires de Suisse en 1980, tandis qu'en 2011, ce n'était plus le cas que pour 34 %, en faveur de personnes originaires d'Afrique (augmentation de 1 % à 27 % entre 1980 et 2011) ou d'Asie (de 11 % à 15 %).

4 Interventions parlementaires

4.1 Conditions d'adoption

Au cours des dernières années, plusieurs parlementaires ont déposé des interventions relatives au droit de l'adoption. Elles visaient pour la plupart les conditions d'adoption.

- La motion *Hubmann*⁶⁰, déposée en 2005, demandait l'abaissement de l'âge auquel des parents peuvent adopter et la fixation d'un âge limite jusqu'auquel ils peuvent le faire; elle demandait également la réduction de la durée de mariage exigée au moment de l'adoption. Enfin, elle chargeait le Conseil fédéral d'examiner la possibilité de prendre en compte la durée de vie commune d'un couple ayant vécu en union libre (concubinage). Cette motion, que le Conseil fédéral

⁵⁶ Ces indications proviennent d'une présentation synoptique demandée par la Cedh en rapport avec l'arrêt *X contre Autriche* (requête n° 19010/07), § 56 s.

⁵⁷ Cf. pour plus de détails *Lowe*, 24 ss.

⁵⁸ La Grande Chambre de la Cedh a protégé expressément l'anonymat de la mère dans un arrêt publié en 2003, *Odièvre contre France* (requête n° 42326/98).

⁵⁹ *Lowe*, 25

⁶⁰ 05.3135 « Conditions régissant l'adoption conjointe. Abaisser l'âge minimum des époux et la durée du mariage »

proposait de rejeter, a été classée en vertu de l'art. 119, al. 5, let. a, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement⁶¹ faute d'avoir été traitée par le Parlement dans les deux ans suivant son dépôt.

- L'initiative parlementaire *Roth-Bernasconi*⁶², déposée en 2009, visait une meilleure prise en compte du bien de l'enfant dans les cas d'adoptions internationales. Son auteur l'a retirée après que ses demandes ont été prises en compte dans l'ordonnance du 29 juin 2011 sur l'adoption (OAdo)⁶³, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.
- Le Conseil fédéral avait proposé d'accepter la motion *Prelicz-Huber* du 3 mars 2009⁶⁴, qui le chargeait de soumettre au Parlement une modification de l'art. 264a, al. 2, CC, de telle façon que l'adoption d'un enfant soit déjà possible à partir de 30 ans révolus. Le développement de la motion indiquait que l'âge minimal prévu en Suisse, particulièrement élevé par rapport aux autres pays, empêchait nombre de personnes parfaitement aptes à adopter de le faire.

Une fois adoptée par le Conseil national⁶⁵, la motion a été adoptée aussi par le Conseil des Etats avec la modification proposée par sa commission des affaires juridiques. Selon le nouveau texte, le Conseil fédéral est chargé d'abaisser l'âge minimum des parents adoptifs, d'accorder la possibilité d'adopter aux couples qui vivent en concubinage avéré, en particulier en ce qui concerne l'adoption de l'enfant du concubin et de limiter la condition relative à la durée du mariage ou du concubinage avéré avant l'adoption à trois ans maximum (critère pour l'appréciation de la stabilité d'une relation)⁶⁶. Le Conseil national a adhéré à cette nouvelle version⁶⁷. L'initiative parlementaire *John-Calame*⁶⁸, qui demandait que les conditions d'adoption en Suisse ne soient pas plus restrictives que celles de la France a été retirée par son auteur une fois ses demandes prises en compte dans la version modifiée de la motion *Prelicz-Huber*.

- Le 15 novembre 2011, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-CE) a déposé une motion⁶⁹ dans laquelle elle exigeait que « *toute personne adulte, quel que soit son état civil ou son mode de vie, puisse adopter un enfant, en particulier celui de son ou sa partenaire, si l'adoption constitue la meilleure solution pour le bien-être de l'enfant* ». Dans le développement, la commission indiquait qu'il importait de mettre les couples qui ont conclu un partenariat enregistré et les couples mariés sur un pied d'égalité s'agissant des droits de parentalité et d'adoption. Le Conseil fédéral, ne jugeant pas opportun d'ouvrir l'adoption sans restriction aux partenaires enregistrés, a proposé le rejet de la motion. Pour justifier son avis, il s'est référé à l'acceptation à 58 % de la LPart par le peuple lors du référendum du 5 juin 2005, rattachant ce plébiscite au fait que la loi supprimait la discrimination des personnes homosexuelles sans pour autant ouvrir la voie de l'adoption et de la reproduction médicalement assistée aux partenaires enregistrés. Il considérait en revanche qu'il était indiqué,

61 Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale, LParl, RS **171.10**

62 09.427 « Adoptions internationales. Pour une meilleure prise en charge »

63 RS **211.221.36**

64 09.3026 « Droit à l'adoption à partir de 30 ans révolus »

65 BO **2009** N 1281

66 BO **2011** E 196

67 BO **2011** N 2092

68 09.520 « Adoption. Assouplir les conditions »

69 11.4046 « Droit de l'adoption. Mémes chances pour toutes les familles ».

dans l'intérêt de l'enfant, de permettre aux personnes formant un couple homosexuel d'adopter l'enfant de leur partenaire afin de mettre sur le même plan les enfants qui grandissent au sein de partenariats enregistrés et ceux qui sont élevés par des couples mariés. Après l'adoption de la motion par le Conseil des Etats à 21 voix contre 19, le Conseil national en a modifié le texte pour réduire son objet à l'adoption de l'enfant du partenaire. Suite à cette modification, l'enfant ne pourra plus être adopté que par la personne menant de fait une vie de couple avec sa mère ou son père, qu'il s'agisse d'un couple hétérosexuel ou homosexuel. Le Conseil des Etats a adopté la motion modifiée le 4 mars 2013.

- Les motions *Prelicz-Huber*⁷⁰ et *Fehr*⁷¹ déposées plus tôt et réclamant toutes deux la suppression de l'interdiction d'adopter inscrite à l'art. 28 LPart – demande semblable à celle exprimée dans la motion de la CAJ-CE⁷² – ont été classées en vertu de l'art. 199, al. 5, let. a, LParl, après que le Conseil fédéral avait proposé de les rejeter. La motion *Amherd*⁷³, qui demandait la révision totale du droit de l'adoption, a été retirée par son auteur durant la session d'hiver 2012.

4.2 Secret de l'adoption

En dehors des conditions d'adoption, une autre intervention parlementaire, la motion *Fehr*⁷⁴, déposée le 9 décembre 2009, portait sur le secret de l'adoption et demandait qu'on prenne en compte le souhait des parents biologiques d'obtenir des informations sur l'enfant donné à l'adoption. Plus exactement, la motion demandait qu'on donne le droit aux parents biologiques d'un enfant adopté d'apprendre son identité lorsqu'il atteint la majorité, pour autant qu'il y consente⁷⁵. Dans le développement de sa motion, l'auteur indiquait que jusqu'en 1982, de nombreuses femmes tombées enceintes hors mariage ont été placées dans des établissements par décision administrative et ont dû de ce fait donner leurs enfants à l'adoption. L'auteur de la motion estimait qu'il fallait donner à ces femmes la possibilité de connaître l'identité de leurs enfants et le lieu où il se trouvent. Après que le Conseil fédéral a proposé l'acceptation de la motion le 24 février 2010, les deux conseils l'ont adoptée sans proposition contraire⁷⁶.

5 Objectifs de la révision

5.1 Généralités

Le projet de révision consacre la volonté de mettre le bien de l'enfant au centre de la décision d'adoption et tient en cela pleinement compte des prescriptions de l'art. 21 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Il importe en particulier d'éviter autant que possible qu'on agisse de manière schématique en ce qui concerne les conditions d'adoption. Le droit en vigueur se caractérise justement par son *manque de flexibilité*; il ne prévoit pas partout une marge de manœuvre permet-

⁷⁰ 10.3444 « Lever l'interdiction d'adopter un enfant pour les personnes qui vivent en partenariat enregistré »

⁷¹ 10.3436 « Possibilité pour les couples homosexuels d'adopter l'enfant de son partenaire »

⁷² 11.4046 « Droit de l'adoption. Mêmes chances pour toutes les familles »

⁷³ 11.3372 « Révision totale du droit de l'adoption »

⁷⁴ 09.4107 « Secret de l'adoption »

⁷⁵ La motion correspond pour l'essentiel à la motion *Zapfl* 06.3268 « Secret de l'adoption », classée après deux ans en vertu de l'art. 119, al. 5, let. a, LParl.

⁷⁶ BO 2010 N 551; BO 2011 E 197.

tant de s'adapter aux exigences du cas et de trouver une solution prenant en compte le bien de l'enfant⁷⁷.

Le projet de révision met fin à l'interdiction systématique faite à certaines personnes ou groupes de personnes d'adopter. La *vérification au cas par cas* de l'adéquation de l'adoption au bien de la personne à adopter doit plus que jamais devenir la règle. Comme l'a montré la condamnation de la Suisse dans l'affaire *Emonet*, les règles strictes en vigueur – en l'occurrence le principe de la rupture des liens de filiation entre l'enfant et les parents biologiques, mais cela vaut également pour les autres conditions d'adoption – ne permettent pas au cas par cas de satisfaire les droits fondamentaux des personnes concernées. La Suisse risquerait donc, si elle les maintenait, d'être condamnée une nouvelle fois⁷⁸.

5.2 Age minimal et maximal des parents adoptifs: plus de flexibilité

On pourrait permettre à toutes les personnes majeures, indépendamment de leur âge et de la différence d'âge avec l'enfant, d'adopter. L'autorité compétente devrait vérifier au cas par cas l'aptitude des candidats à l'adoption. La loi pourrait définir les critères de l'examen d'aptitude (âge du candidat à l'adoption, différence d'âge entre celui-ci et la personne à adopter, situation personnelle et style de vie des personnes concernées, etc.). Sur le plan législatif, il serait relativement facile de réaliser cette solution, mais les autorités compétentes devraient assumer toute la responsabilité de l'acceptation ou du refus de la demande d'adoption. On ne pourrait d'ailleurs exclure que les convictions personnelles des personnes chargées de prendre les décisions d'adoption influencent sensiblement leur pratique. Il en résulterait des différences d'application des critères et des inégalités de traitement. Pour éviter ces problèmes d'application, il semble approprié de recourir à un autre concept normatif. Il doit subsister dans la loi des conditions formelles telles que l'âge minimal et la différence d'âge maximale, qui permettent de *supposer* qu'une adoption est contraire au bien de l'enfant si elles ne sont pas remplies. Mais il doit dans certains cas être possible, au vu des circonstances et en présence de motifs suffisants, liés notamment au bien de l'enfant, d'y déroger et de permettre l'adoption malgré tout. Cette manière de procéder enlèverait une partie de la responsabilité aux autorités compétentes. Elle garantirait dans une certaine mesure l'uniformité de l'application et se rattacherait à la conception existante du droit de l'adoption.

5.2.1 Abaissement de l'âge des parents adoptifs

Selon le droit en vigueur, les époux ne peuvent adopter conjointement que s'ils sont mariés depuis cinq ans ou s'ils sont âgés de 35 ans révolus (art. 264a, al. 2, CC). Ces chiffres servent d'indicateurs de la stabilité du couple. Les deux parents doivent satisfaire la condition de l'âge minimal⁷⁹. De même, une personne ne peut adopter seule que si elle a 35 ans révolus (art. 264b, al. 1 et 2, CC). Conformément à l'art. 266, al. 3, CC, cette condition doit également être remplie en cas d'adoption de personnes majeures⁸⁰.

⁷⁷ Cf. *Pfaffinger*, Formen der Adoption, ch. marg. 71.

⁷⁸ Également dans ce sens *Schürmann*, 265.

⁷⁹ *Basler Kommentar-Breitschmid*, art. 264a n° 5.

⁸⁰ *Basler Kommentar-Breitschmid*, art. 266 n° 14.

La motion 09.3026 *Prelicz-Huber*, en exécution de laquelle l'avant-projet a été élaboré, demandait dans une première version qu'on abaisse l'âge minimal à 30 ans. La version modifiée par le Parlement et transmise au Conseil fédéral ne comporte plus aucune limite d'âge, mais demande uniquement l'abaissement de l'âge minimal requis pour adopter. Elle se rapproche notamment de l'initiative parlementaire 09.520 *John-Calame* (finalement retirée), dont l'auteur demandait qu'on puisse adopter à partir de 28 ans. Les deux interventions indiquaient expressément que la réglementation en vigueur en Suisse était particulièrement stricte par rapport à l'étranger et qu'elle excluait de nombreux candidats à l'adoption. L'examen de droit comparé montre que la limite de 35 ans est effectivement exceptionnellement élevée et n'est plus conforme aux règles qui prévalent à travers le monde⁸¹.

On peut s'interroger sur le bien-fondé du maintien d'un âge minimal. De même que pour la procréation médicalement assistée, on pourrait permettre à toute personne majeure d'adopter et fonder les exceptions au cas par cas sur la garantie insuffisante du bien de l'enfant.

Le Conseil fédéral estime qu'il est matériellement fondé de continuer de lier l'adoption à la condition d'un âge minimal. La prise en charge d'un enfant requiert un style de vie relativement stable, qu'il est plus fréquent de trouver chez les personnes ayant déjà atteint un certain âge. Même s'il est vrai qu'on peut devenir parent biologique à un jeune âge, le droit de l'adoption doit assurer que les liens de filiation créés artificiellement se fondent sur des conditions optimales pour l'enfant. De plus, l'adoption d'un enfant place les parents adoptifs face à un défi de taille que des personnes expérimentées pourront vraisemblablement relever plus facilement que de très jeunes parents. L'adoption est en cela très différente de la procréation médicalement assistée qui, on le suppose, crée des liens de filiation identiques à ceux qui s'établissent en cas de procréation naturelle⁸². En considération de tous ces motifs, le Conseil fédéral propose de fixer un âge minimal de 28 ans pour les candidats à l'adoption, âge auquel ils devraient avoir acquis une certaine maturité. Pour éviter les cas extrêmes, il suggère néanmoins qu'on puisse déroger à cet âge minimal au cas par cas si le bien de l'enfant l'exige.

5.2.2 Différence d'âge minimale et exceptions

L'art. 265, al. 1, CC prescrit que l'enfant doit être d'au moins seize ans plus jeune que les parents adoptifs. Il s'agit d'une règle stricte, qui n'autorise pas d'exceptions.

Il est prévu de conserver cette différence d'âge minimale. Des exceptions seront toutefois possibles s'il existe de justes motifs, pour trouver une solution appropriée au cas par cas dans le cadre d'un examen global et en particulier pour le bien de l'enfant. On peut penser à la situation dans laquelle une personne souhaiterait adopter simultanément plusieurs enfants de son conjoint ou partenaire. Il se pourrait que l'adoption échoue pour un enfant car la différence d'âge entre lui et l'adoptant n'est pas suffisante. Il en résulterait une inégalité de traitement entre les enfants de la famille. La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant condamne d'ailleurs ce genre de situations, puisqu'elle consacre à son al. 2 le principe de l'égalité de traitement entre les membres d'une fratrie.

⁸¹ Basler Kommentar-*Breitschmid*, art. 264a n° 5; *KuKo-Pfaffinger*, art. 264a n° 5.

⁸² Cf. message LPMA, 229 et les références citées.

5.2.3 Age maximal des parents adoptifs ou différence d'âge maximale

Le droit suisse ne fixe pas d'*âge maximal pour les parents adoptifs*. Par contre, l'art. 5, al. 4, OAdo (ordonnance entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012) prévoit une différence d'âge maximale de 45 ans entre l'enfant et les parents adoptifs, des exceptions étant expressément permises⁸³. L'âge maximal des parents adoptifs dépend donc de l'âge de la personne à adopter, soit environ 45 ans s'il s'agit d'un bébé et environ 55 ans s'il s'agit d'un enfant de dix ans.

L'avant-projet ne fixe toujours pas d'âge maximal pour les parents adoptifs. En prévoyant une différence d'âge maximale entre les parents adoptifs et l'enfant, il met l'accent sur les besoins de ce dernier (son âge détermine l'âge maximal des parents) et non sur les besoins des parents adoptifs comme ce serait le cas si l'on fixait un âge maximal pour l'adoption. Cette manière de procéder est matériellement fondée, car il est beaucoup moins problématique que les parents adoptifs aient un âge déjà avancé si l'enfant est déjà grand ou adulte que s'il s'agit d'un enfant en bas âge. Dans son message de 1972 déjà, le Conseil fédéral soulignait que « la raison d'être de l'adoption aux fins d'éducation exige (...) que l'enfant reçoive des parents adoptifs dont l'âge corresponde à peu près à celui des parents naturels »⁸⁴. Le Tribunal fédéral considère lui aussi cette solution comme appropriée: les futurs parents adoptifs doivent avoir les capacités nécessaires non seulement au moment où ils présentent leur requête, mais aussi, pour autant qu'on puisse le prévoir, durant toute la période où l'enfant est mineur⁸⁵. Ce principe figure aujourd'hui à l'art. 3, al. 2, let. b, LPMA. Il est prévu dans l'avant-projet de l'inscrire dans le code civil (cf. art. 264, al. 2, AP-CC).

Les dispositions en vigueur du code civil ne prévoient pas de *différence d'âge maximale* entre les parents adoptifs et l'enfant. Une telle différence d'âge ne figure qu'à l'art. 5, al. 4, OAdo. Le texte de l'ordonnance ne précise pas si les deux futurs parents adoptifs ou l'un d'entre eux seulement doit avoir dépassé la limite d'âge maximale pour que les requérants soient déclarés inaptes. Cette réglementation accorde aux autorités chargées d'autoriser l'adoption une marge de manœuvre suffisante pour s'adapter aux circonstances du cas concret. Mais elle fixe également des limites claires: si les deux conjoints dépassent la différence d'âge maximale de 45 ans avec l'enfant, les autorités doivent en principe émettre un avis négatif. Si un seul des futurs parents adoptifs la dépasse, on fixera des exigences plus strictes concernant l'aptitude. Si les futurs parents n'ont pas d'expérience en matière d'éducation (p. ex. des enfants d'une relation précédente, un autre enfant adopté), une appréciation positive n'est possible que dans des cas exceptionnels. L'idée que l'enfant qui a déjà connu une rupture de ses relations proches doit pouvoir bénéficier d'un lien familial aussi durable que possible domine⁸⁶. En cas d'adoption conjointe, l'enfant construit une relation avec les deux parents; il semble donc préférable qu'ils puissent tous deux suivre l'enfant activement le plus longtemps possible, c'est-à-dire jusqu'à l'âge

⁸³ Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'OAdo, l'art. 11b, al. 3, let. a de l'ordonnance du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants (RS 211.222.338) fixait la différence d'âge maximale à 40 ans.

⁸⁴ Message sur le droit de l'adoption, 1242

⁸⁵ ATF 125 III 161, 167 s.; du même avis, CHK-Biderbost, art. 264 n° 16

⁸⁶ Urwyler, 2011, 361 ss

adulte et au-delà. Ce n'est pas toujours le cas lorsque les parents adoptifs atteignent l'âge de la retraite alors que l'enfant est adolescent.

Il paraît matériellement fondé d'inscrire la différence d'âge maximale dans le CC et pas seulement dans l'ordonnance, du fait que cette condition restreint matériellement l'accès à l'adoption. Il convient de préciser que, pour le bien de l'enfant, il est possible dans des circonstances particulières de déroger à la condition de la différence d'âge maximale pour l'un voire les deux parents. Il en est ainsi lorsque les futurs parents adoptifs ont déjà établi des liens étroits avec l'enfant en lui prodiguant des soins (cf. art. 5, al. 4, OAdo).

5.3 Abaissement de la durée de mariage requise

Selon le texte de la motion 09.3026 Prelicz-Huber transmis au Conseil fédéral après adoption par les deux conseils, il faut « *limiter la condition relative à la durée du mariage ou du concubinage avéré avant l'adoption à trois ans maximum* ». La durée du mariage est un indicateur de la stabilité d'une relation et à la fois un pronostic sur la durabilité du mariage, qui peut garantir avec une certaine sécurité le bien de l'enfant à adopter⁸⁷. En fixant une durée minimale pour le mariage, le législateur a fourni aux autorités d'adoption un critère objectif permettant d'établir la stabilité et la durabilité du couple. La durée de la relation restera dans le nouveau droit un critère important pour autoriser l'adoption: elle est un indicateur de stabilité et permet d'estimer si la relation sera durable, une question qui revêt une certaine importance pour l'enfant adoptif et évite qu'on le fasse entrer par un acte juridique dans une famille qui est sur le point de s'effondrer. Le pronostic de durabilité est établi sur la base de l'ensemble des circonstances et en particulier de la durée passée du mariage et de la stabilité qu'on peut en déduire. Lors de l'examen d'une demande d'adoption, on tiendrait compte de cet aspect même si la durée minimale du mariage n'était pas fixée dans la loi. En vue de l'examen d'aptitude, l'exigence selon laquelle la relation doit avoir duré un certain temps pour que la demande d'adoption soit approuvée demeure néanmoins un indicateur important de la stabilité du couple. La durée du mariage sera abaissée à trois ans dans les nouvelles dispositions, comme l'a exigé le Parlement.

5.4 Cas spécifique de l'« adoption de l'enfant du conjoint »

Durant une longue période, l'adoption de l'enfant du conjoint a eu un statut juridique particulier. Jusqu'à l'an 2000, elle a été privilégiée en vue de favoriser une intégration rapide de l'enfant dans sa nouvelle famille. Il suffisait alors que le couple concerné ait été marié pendant deux ans (au lieu de cinq ans dans les autres cas) pour qu'une personne désireuse d'adopter l'enfant de son conjoint puisse le faire. Suite à plusieurs réserves exprimées au sujet de l'adoption de l'enfant du conjoint, la durée minimale du mariage dans ce cas précis est passée de deux à cinq ans au 1^{er} janvier 2000.

L'un des problèmes de l'adoption de l'enfant du conjoint est qu'il s'agit dans la plupart des cas d'enfants de parents divorcés. Il en résulte la rupture des liens de filiation avec l'un des parents biologiques. L'enfant doit donc en quelque sorte subir un second « divorce »: au divorce de ses parents fait suite une rupture définitive avec l'un d'entre eux. Pour l'enfant, l'adoption par le nouveau conjoint d'un des parents a

⁸⁷ Message sur le droit de l'adoption, 1243

des conséquences psycho-sociales plus graves que l'adoption par des personnes sans lien du sang, cas dans lequel il n'existe généralement pas de lien étroit avec les parents biologiques. L'enfant perd des grands-parents, des tantes, des oncles et d'autres proches du côté du parent avec lequel les liens de filiation sont rompus. Il existe même un risque latent que l'un des parents utilise l'adoption par son nouveau conjoint pour chasser l'autre parent de la vie de son enfant⁸⁸.

Par ailleurs, l'enfant est dans ce cas moins tributaire d'une adoption qu'un enfant extérieur, car il jouit d'une meilleure situation sous l'angle du droit de la famille. Il est l'enfant biologique de l'un des membres du couple et l'allié du nouveau conjoint de celui-ci (art. 21 CC). Le nouveau conjoint est tenu d'assister le père ou la mère de l'enfant de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien (art. 278, al. 2, CC), mais aussi dans l'exercice de l'autorité parentale (art. 299 CC). Dans un autre cas d'adoption, l'enfant a, avant que l'adoption soit prononcée, uniquement le statut bien moins favorable d'enfant placé en vue de l'adoption.

Dans son message de 1995 sur la révision du droit du divorce, le Conseil fédéral a fait part dans le détail de ses inquiétudes concernant l'adoption de l'enfant du conjoint, tout en se prononçant en faveur de son maintien. Il a toutefois précisé que le traitement privilégié de l'adoption de l'enfant du conjoint par rapport à l'adoption d'un enfant avec lequel il n'existe aucun lien du sang ne se justifiait plus. Il a donc proposé une durée minimale du mariage de cinq ans également pour l'adoption de l'enfant du conjoint, pour autant que la personne à adopter n'ait pas encore atteint l'âge de 35 ans⁸⁹. Le Conseil fédéral voulait éviter que la situation juridique du parent biologique dépourvu de l'exercice de l'autorité parentale ne puisse être modifiée trop rapidement. Il a estimé que lorsqu'un mariage a duré cinq ans, « *on peut en apprécier la solidité* »⁹⁰. Le Parlement a suivi cette proposition et la nouvelle réglementation est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

Il ne s'agit pas, dans le cadre de la présente révision, de remettre en question cette réglementation relativement récente et plus stricte de l'adoption de l'enfant du conjoint. Mais il convient de veiller à ce qu'elle n'ait pas un statut juridique plus défavorable que l'adoption conjointe d'un enfant avec lequel il n'y a pas de lien du sang, ce d'autant plus que le Parlement, en adoptant la motion 11.4046, a chargé le Conseil fédéral d'étendre le champ d'application de ce type d'adoption⁹¹. Les inquiétudes évoquées plus haut n'ont pas lieu d'être si l'enfant n'avait qu'un seul parent avant l'adoption par le conjoint, parce que son autre parent est mort ou inconnu ou parce que l'enfant avait au préalable été adopté dans le cadre d'une adoption par une personne seule. On peut penser également aux cas de procréation médicalement assistée dans lesquels le père est un donneur de sperme anonyme. Bien que le droit suisse ne donne pas accès à la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels, il est aisé de contourner cette interdiction en recourant à de telles prestations à l'étranger⁹². Pour l'enfant, les conséquences d'une adoption par le conjoint sont en règle générale positives. Par contre, dans un partenariat, si le partenaire a assumé la

⁸⁸ Concernant toute la problématique, cf. le message sur le droit du divorce, 159; *Frank*, 1695.

⁸⁹ Message sur le droit du divorce, 160; ces craintes ont conduit à l'abandon de l'adoption de l'enfant du conjoint dans le *Model Family Code*, cf. *Schwenzer*, 115 et 123

⁹⁰ Message sur le droit du divorce, 158 ss; *Schwenzer/Bachofner*, 89 s. et les références citées

⁹¹ Cf. ch. 5.5.3 et 5.6.2

⁹² Concernant toute la problématique, cf. *Dethloff*, 197.

responsabilité de l'enfant et qu'il décède ou que le partenariat est rompu, l'enfant n'aura pas une situation sûre. L'adoption par le partenaire permettrait d'établir une situation juridique plus stable. De plus, par l'adoption, l'enfant acquerrait un droit à l'entretien, un droit de succession, un droit à une rente pour enfant et à une rente d'orphelin vis à vis du ou de la partenaire de son père ou de sa mère, ce qui est aussi dans son intérêt.

5.5 Egalité de traitement pour les couples homosexuels en partenariat enregistré

5.5.1 Adoption interdite sous l'empire du droit en vigueur

Le droit en vigueur autorise les personnes homosexuelles ne vivant pas en partenariat enregistré à adopter seules un enfant (art. 264b CC). Il interdit par contre l'adoption aux personnes vivant en partenariat enregistré (art. 28 LPart). Ces règles concernent les trois formes d'adoption: adoption par une personne seule, adoption de l'enfant du conjoint et adoption conjointe. Les personnes mariées ont quant à elles accès aux trois formes d'adoption.

Historiquement parlant, le droit d'adopter n'a pas été inscrit dans la LPart notamment pour accroître l'acceptation générale de la loi et pour limiter le risque de référendum. Les opposants ont effectivement demandé le référendum et le thème de l'adoption a été brandi durant la campagne. En l'absence de preuve, on ne peut que supposer que c'est parce que le droit d'adopter ne figure pas dans la loi qu'elle a été acceptée par le peuple le 5 juin 2005. Par contre, les sondages montrent que les partenariats homosexuels ont été de mieux en mieux acceptés au cours des dernières années. On constate par ailleurs une augmentation des relations homosexuelles vécues au grand jour, avec des couples qui élèvent des enfants en commun, ce qui donne un éclairage positif supplémentaire sur ces partenariats.

Un sondage récent effectué auprès de la population suisse témoigne lui aussi d'une attitude positive vis-à-vis des partenariats homosexuels. Il montre qu'une majorité des personnes interrogées est en faveur de l'adoption par les couples homosexuels. Plus précisément, ce sondage, réalisé par l'institut GALLUP TELEOmnibus en juin 2010 indique que 86,3 % des personnes interrogées estiment que les enfants qui vivent dans des familles ayant à leur tête des partenaires homosexuels devraient bénéficier des mêmes conditions juridiques que les enfants d'autres familles. A la question de la possibilité pour les homosexuels vivant en couple d'adopter l'enfant de leur partenaire, les personnes interrogées ont été 65,8 % à répondre oui et 30 % à répondre non. L'approbation est la plus faible lorsqu'il est question d'adoption conjointe (pour: 53 %, contre: 44,3 %). En d'autres termes, les enfants qui grandissent avec des personnes de référence homosexuelles doivent bénéficier des mêmes conditions juridiques que les autres enfants, mais lorsqu'il s'agit de la conception concrète de ces conditions, l'approbation des personnes interrogées a tendance à diminuer, même nettement sur certains points. Par contre, la tendance enregistrée dans les pays qui ont instauré le partenariat légal, voire le mariage, pour les couples homosexuels, va nettement dans le sens d'une ouverture au moins partielle de l'adoption à ces couples⁹³.

⁹³ Communiqué de l'Organisation suisse des lesbiennes LOS et de PINK CROSS du 14 juin 2010 (<http://pinkcross.blog.tdg.ch/archive/2010/06/14/sondage-isopublic-sur-l-homoparentalite.html>)

Vu l'évolution rapide de la perception des partenariats homosexuels par l'opinion publique suisse, il est justifié de se demander comment le législateur doit en tenir compte.

5.5.2 Adoption par une personne seule dans un partenariat enregistré

Le droit en vigueur autorise l'adoption par une personne seule homosexuelle, pour autant qu'elle ne soit pas liée à une autre personne par un partenariat enregistré. Si elle souscrit un tel partenariat, l'art. 28 LPart lui interdit l'adoption. Cette restriction n'est plus soutenable aujourd'hui, car elle implique une inégalité de traitement par rapport aux personnes mariées, fondée uniquement sur l'orientation sexuelle. La Cedh, dans son arrêt *E.B. contre France*⁹⁴, a relevé que les personnes homosexuelles ne pouvaient être exclues de l'adoption individuelle du seul fait de leur orientation sexuelle⁹⁵. L'adoption par une personne homosexuelle seule doit donc être autorisée sans restriction. Cette position correspond également à la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁹⁶. Un examen s'impose au cas par cas pour savoir si l'adoption est réellement compatible avec le bien de l'enfant.

5.5.3 Adoption de l'enfant du partenaire dans un partenariat enregistré

En transmettant la motion 11.4046 au Conseil fédéral, le Parlement a chargé ce dernier de permettre aux personnes vivant en partenariat enregistré d'adopter l'enfant de leur partenaire. Dans son avis du 22 février 2012, le Conseil fédéral avait déjà relevé qu'on tiendrait compte de la sorte du fait que beaucoup d'enfants grandissent déjà au sein de partenariats de ce type, sans bénéficier pour autant de la même protection juridique que les enfants nés de couples mariés. Il n'est guère soutenable qu'un enfant subisse des inconvénients juridiques ou de fait parce que sa mère, au lieu de vivre avec un autre homme, vit désormais avec une femme ou que son père a choisi de vivre avec un homme. L'adoption de l'enfant du partenaire doit donc être autorisée principalement pour permettre une égalité de traitement entre les enfants et éviter qu'ils subissent des préjudices.

Pour les adoptions d'enfants du partenaire comme pour toutes les autres adoptions, il faudra vérifier si le bien de l'enfant est assuré (art. 264, al. 1, AP-CC). Comme cela a été mentionné plus haut, l'adoption de l'enfant du conjoint est très controversée dans certains cas⁹⁷ et parfois problématique. Néanmoins, elle s'avère dans de nombreux cas être dans l'intérêt de l'enfant. Pour que le nouveau conjoint puisse adopter l'enfant, il faut comme dans toute autre adoption que les parents biologiques (art. 265a, al. 1, CC) et l'enfant, s'il est capable de discernement (art. 265, al. 2, CC) donnent leur consentement. Il est exclu que le nouveau conjoint d'une femme divorcée adopte l'enfant de cette dernière contre la volonté du père biologique, à moins que les conditions de l'art. 265c CC (disposition du consentement) soient remplies.

⁹⁴ Cf. ch. 1.7.4

⁹⁵ Explicitement *Sandoz*, Adoption et couples de même sexe, ch. marg. 9

⁹⁶ Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, art. 27

⁹⁷ Cf. ch. 5.6.2

Les inquiétudes exprimées quant au développement d'un enfant n'ayant de liens de filiation avec aucun des deux partenaires en cas d'adoption conjointe par un couple homosexuel n'ont pas réellement lieu d'être en cas d'adoption de l'enfant du partenaire, puisque celui-ci vit déjà dans le giron du couple et continuerait de le faire même s'il n'était pas adopté. Il ne s'agit en l'occurrence que de *consolider la situation juridique* de l'enfant vis-à-vis du partenaire de son parent biologique⁹⁸. Le bien d'un enfant qui grandit auprès d'un couple homosexuel n'est guère menacé, puisqu'il obtient un père ou une mère supplémentaire pour sa propre sécurité au regard du droit.

En autorisant l'adoption de l'enfant du partenaire pour les couples vivant en partenariat enregistré, on supprime en outre une autre inégalité de traitement. Nombreux sont en effet les Etats qui autorisent déjà ce type d'adoption. Or un couple homosexuel qui a adopté un enfant à l'étranger peut, si toutes les conditions sont réunies, demander que leur parentalité commune soit reconnue en Suisse. L'opinion dominante n'y voit aucune atteinte à l'*ordre public* suisse⁹⁹. De ce fait, il existe déjà des cas où un ou plusieurs enfants grandissent avec des couples homosexuels et où les partenaires sont considérés comme leurs parents.

5.5.4 Adoption conjointe par des personnes vivant en partenariat enregistré?

Plusieurs Etats ont au cours des dernières années rendu possible l'adoption conjointe par des personnes vivant en partenariat enregistré, mettant les couples en question à quasi-égalité avec les couples mariés.

Une partie de la population reste néanmoins opposée à cette ouverture. Ces personnes déplorent que l'enfant adopté n'ait pas de figure de l'autre sexe alors qu'elles estiment qu'il est important pour l'éducation de l'enfant que les deux sexes soient représentés dans sa famille proche. Il est à noter à ce sujet que le droit en vigueur permet l'adoption par une personne seule, qui symbolise l'acceptation de l'absence de l'autre sexe dans l'environnement proche de l'enfant¹⁰⁰. Rien ne prouve d'ailleurs que les enfants qui ne grandissent pas auprès de leur père et de leur mère subissent des influences négatives ou sont différents. Une étude menée en 2007 et en 2008 en Allemagne sur la situation des enfants élevés par des partenaires enregistrés visait à vérifier si le bien de l'enfant y était assuré de la même manière dans les familles arc-en-ciel que dans les familles hétérosexuelles. L'étude concluait sur le constat qu'il y avait peu de différences dans le développement des enfants et des adolescents et qu'en cas de différences, celles-ci étaient plutôt positives. Plus que la situation familiale, c'est la qualité des relations au sein de la famille qui est apparue comme déterminante¹⁰¹. Même si les préjugés ont la vie dure, ils ne reposent sur aucun fondement scientifique¹⁰².

⁹⁸ Dethloff, 197

⁹⁹ Circulaire du 20 décembre 2006 de l'Office fédéral de l'état civil aux autorités cantonales de surveillance (« Couples de personnes de même sexe; reconnaissance d'adoptions étrangères »), <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/rechtsgrundlagen/rechtsaenderungen/06-12-20-f.pdf>; Basler Kommentar-Urwyler/Hauser, art. 78 LDIP n° 17

¹⁰⁰ Cf. *E.B. contre France* (requête n° 43546/02), § 49 et 94

¹⁰¹ Rupp, 306

¹⁰² Dethloff, 199 et les références citées; Nay, 1 ss

Par ailleurs, de nombreux Etats qui autorisent l'adoption par des ressortissants suisses ne connaissent pas le partenariat enregistré et sont généralement hostiles aux communautés de vie homosexuelles. L'adoption d'un enfant étranger par un couple homosexuel s'avère fréquemment impossible parce que les instances compétentes dans l'Etat d'origine de l'enfant refusent l'adoption¹⁰³. Mais là non plus, le législateur ne doit pas tomber dans le piège du maintien de la discrimination du fait que sa suppression entraînerait des difficultés dans les faits.

Bien qu'il existe de bonnes raisons de permettre l'adoption à tout le monde, quelle que soit le mode de vie, le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas opportun, dans l'avant-projet, de proposer l'adoption conjointe par des couples vivant en partenariat enregistré. Son appréciation repose sur les réserves émises par la population, sur les arguments avancés lors de la votation relative à la LPart (la LPart, qui exclut l'adoption et la procréation médicalement assistée, n'est pas une institution dont le but est de fonder une famille) et du mandat que lui a attribué le Parlement pour la présente révision.

5.6 Adoption par des personnes menant de fait une vie de couple?

5.6.1 Contexte

On parlait traditionnellement du principe que le mariage est le seul garant de la stabilité d'une relation. Ce point de vue a évolué fondamentalement au cours des dernières années. On le voit également dans la jurisprudence de la Cedh, qui précise qu'«[...] *aux yeux de la Cour, l'argument du Gouvernement [suisse] 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*»¹⁰⁴. Au lieu du critère formel du mariage, on pourrait donc se concentrer sur le bien de l'enfant au cas par cas. Si la situation générale indique qu'un couple est apte à adopter, l'adoption doit être possible; l'examen d'aptitude prendra en compte les aspects déterminants pour le bien de l'enfant dans le respect des dispositions légales.

5.6.2 Adoption de l'enfant du partenaire pour les personnes menant de fait une vie de couple

Dans la version transmise au Conseil fédéral, la motion 09.3026 *Prelicz-Huber* adoptée par le Parlement exige « *d'accorder la possibilité d'adopter aussi aux couples qui vivent en concubinage avéré, en particulier en ce qui concerne l'adoption de l'enfant du concubin* ». De même, la motion 11.4046 de la CAJ-CE telle qu'adoptée par les deux conseils charge le Conseil fédéral de permettre « *que toute personne adulte, quel que soit son état civil ou son mode de vie, puisse adopter l'enfant de son ou sa partenaire* ».

Si l'on veut maintenir le principe de l'adoption par le conjoint tel que décrit au ch. 5.4, il paraît logique de rendre l'adoption de l'enfant du partenaire accessible non seulement aux couples mariés et aux couples en partenariat enregistré, mais aussi aux autres couples ayant une certaine stabilité. Si l'enfant du partenaire s'est intégré dans la nouvelle famille, il en est résulté une relation familiale de fait que le droit ne

¹⁰³ Message LPart, 1222

¹⁰⁴ *Emonet et autres contre Suisse* (requête n° 39051/03), § 81

devrait pas empêcher, mais soutenir de la meilleure manière possible en permettant qu'elle soit légalement reconnue. On supprimerait ainsi l'inégalité de traitement qu'induit le droit en vigueur en ne permettant l'adoption de l'enfant du partenaire que si le couple est marié. L'enfant ne doit pas subir d'inconvénients du fait que ses nouveaux parents ne souhaitent pas (ou plus) se marier. L'accession des couples non mariés à l'adoption de l'enfant du partenaire sert essentiellement le bien de l'enfant¹⁰⁵. Il faut tenir compte des inquiétudes liées à l'adoption de l'enfant du partenaire en examinant au cas par cas si celle-ci est réellement en faveur du bien de l'enfant. Il faut toujours vérifier s'il faut désigner un représentant à l'enfant¹⁰⁶. Dans le cas de l'adoption de l'enfant du partenaire, il convient de faire preuve de la plus grande retenue dans l'application de l'exception statuée à l'art. 265c, ch. 2, CC, qui permet de renoncer au consentement d'un des parents à l'adoption lorsqu'il ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant¹⁰⁷.

Il y aura quelques questions à résoudre si on permet l'adoption de l'enfant du partenaire non plus uniquement aux personnes mariées, mais aussi à celles vivant en partenariat enregistré ou menant de fait une vie de couple.

- Le législateur devra déterminer combien de temps une vie de couple doit avoir duré pour qu'elle puisse être mise à égalité avec le mariage sur le plan de la stabilité. Le Parlement a déjà pris une décision de principe à ce sujet. Selon la motion 09.3026 *Prelicz-Huber* adoptée par le Parlement, il faut « *limiter la condition relative à la durée [...] du concubinage avéré avant l'adoption à trois ans maximum* ».
- Il conviendra de définir par ailleurs, et c'est là la tâche la plus difficile, quelles conditions matérielles une vie de couple de fait doit remplir pour être considérée comme égale au mariage sur le plan de la stabilité. Un couple qui conclut un mariage ou un partenariat enregistré témoigne vis-à-vis des autres de sa volonté de passer sa vie ensemble. On peut déduire de ce changement objectif de statut que les candidats à l'adoption ont une relation relativement stable. Pour les personnes menant de fait une vie de couple, il n'y a pas d'acte formel. On pourrait néanmoins *se reporter au critère de la durée* pour déterminer la stabilité de la relation. Il se trouve que ce critère est très imprécis et qu'il dépend de l'estimation subjective du couple qui demande à adopter. Il paraît impossible en pratique de demander à l'autorité d'adoption de constater rétrospectivement dans le cadre de la procédure d'octroi de l'autorisation combien de temps a duré la relation entre deux personnes, car il n'existe pratiquement pas de critères objectifs permettant de vérifier les déclarations des personnes en question. Plutôt que de s'appuyer sur la durée de la relation, il est préférable de tenir compte de la *durée de vie commune*, qui peut être mesurée objectivement. Les contrats de locations, déclarations d'impôts et attestations de domicile en sont autant de preuves. Etant donné que les futurs parents adoptifs vivent souvent ensemble dans un ménage commun avec l'enfant, la durée de vie commune est en outre un meilleur indicateur de la stabilité de la relation que la durée de la relation. Conformément aux instructions du Parlement, l'avant-projet fixe une durée de vie en ménage commun d'au moins trois ans. Par ailleurs, et cela transparaît dans la formulation de l'art. 264c AP-CC, l'adoption sera limitée à l'enfant du

¹⁰⁵ *Schwenzer/Bachofner*, 95; *Copur*, 190 ss; *Dethloff*, 197 s.

¹⁰⁶ Cf. ch. 5.6.3.

¹⁰⁷ *Frank*, 1695.

partenaire. La communauté de vie doit donc être semblable au mariage. Les communautés de vie fondées sur des liens de fraternité ou d'amitié seront exclues.

Si l'on donne accès à l'adoption de l'enfant du partenaire aux personnes menant de fait une vie de couple et qu'on prend comme critère d'appréciation de la stabilité de la relation la durée du ménage commun, on peut se demander s'il ne faudrait pas également prendre pour critère la durée de vie commune pour les couples mariés et les couples en partenariat enregistré, plutôt que de se reporter à la durée du mariage ou du partenariat enregistré. Cette question revêt une grande importance du fait notamment que de nombreux couples vivent ensemble pendant un long moment avant le mariage ou la conclusion du partenariat enregistré. Si l'on continuait de se référer à la durée du mariage pour les couples mariés et qu'on se référerait à la durée du ménage commun pour les personnes menant de fait une vie de couple, il y aurait de gros problèmes de définition des durées imputables, par exemple si un couple se marie après deux ans de vie commune et que deux ans plus tard, l'un des conjoints veut adopter l'enfant de l'autre conjoint. Dans un tel cas, il serait matériellement infondé de refuser l'adoption au couple alors qu'elle aurait été possible s'il ne s'était pas marié. Il paraît donc logique, pour l'adoption de l'enfant du partenaire, de se reporter à la durée du ménage commun indépendamment de l'état-civil et de prévoir dans tous les cas la même durée. Le Conseil fédéral propose que la durée du ménage commun soit de trois ans quelle que soit la relation de couple (couple marié, couple en partenariat enregistré ou couple de fait).

Le Parlement demande qu'on autorise l'adoption, et en particulier l'adoption de l'enfant du partenaire, à *toute personne adulte, quel que soit son état civil ou son mode de vie*. Les hétérosexuels et homosexuels menant de fait une vie de couple doivent obtenir la possibilité d'adopter l'enfant de leur partenaire (motion 11.4046). La nécessité de cette réforme ressort également de la jurisprudence de la Cedh. Dans l'affaire *X contre l'Autriche*, la Cour a noté que si on permet aux hétérosexuels menant de fait une vie de couple d'adopter l'enfant de leur partenaire, il faut impérativement pour des questions d'égalité en faire de même pour les couples homosexuels. En agissant différemment, on produirait une discrimination illicite¹⁰⁸.

L'adoption de l'enfant du partenaire (en l'occurrence du conjoint) ayant été critiquée, le Conseil fédéral se pose néanmoins la question du bien-fondé de l'extension de cette forme d'adoption à tous les partenariats. Il propose donc, en s'écartant de la décision du Parlement¹⁰⁹, de faire une variante de l'adoption de l'enfant du partenaire dans les communautés de vie de fait.

La possibilité d'adopter l'enfant du partenaire sera limitée dans cette variante aux communautés de vie de fait au sens de relations stables et étroites entre des personnes de même sexe ou de sexes différents, c'est-à-dire des relations semblables à celles qu'ont les couples mariés. L'adoption de l'enfant du partenaire vise à fonder une famille dans laquelle la personne qui adopte prend le rôle du second parent. Cette définition exclut qu'une femme vivant avec sa sœur dans un même ménage adopte son neveu.

¹⁰⁸ Cf. ch. 1.7.4

¹⁰⁹ Décision du Parlement concernant la motion CAJ-CE 11.4046 « *Droit de l'adoption. Mêmes chances pour toutes les familles* »

5.6.3

Pas d'adoption conjointe pour les personnes menant de fait une vie de couple

La motion 11.4046, dans sa version d'origine, posait déjà la question de l'extension de l'adoption conjointe aux personnes menant de fait une vie de couple. Selon le droit en vigueur, l'adoption conjointe est réservée aux couples mariés (art. 264a, al. 2, CC). La question de l'extension se pose également en relation avec la jurisprudence de la Cedh, selon laquelle le mariage n'offre plus aujourd'hui davantage de sécurité qu'une vie de couple de fait¹¹⁰. On pourrait en tirer la conclusion que les couples non mariés caractérisés par une certaine stabilité devraient pouvoir adopter conjointement.

Pourtant, il n'y a pas de mandat direct du Parlement en faveur d'une telle évolution du droit de l'adoption puisque le Conseil national a modifié la motion de la CAJ-CE et l'a adoptée sans permettre l'adoption conjointe. De plus, si l'on autorisait l'adoption conjointe pour les hétérosexuels menant de fait une vie de couple, il faudrait en faire de même pour les couples homosexuels. La Cedh a indiqué dans son arrêt *X contre Autriche* qu'il était licite de donner des droits particuliers aux couples mariés. Si ces mêmes droits ne sont pas octroyés aux couples non mariés, on ne peut en déduire une inégalité de traitement discriminatoire au vu de la position particulière du mariage dans l'ordre juridique¹¹¹. De l'avis de la Cour, il est par contre illicite de traiter différemment les communautés de vie de fait hétérosexuelles et homosexuelles si cette inégalité de traitement n'est motivée que par l'orientation sexuelle du couple¹¹².

Le Conseil fédéral a conscience que l'accession des couples homosexuels à l'adoption conjointe serait hautement controversée. Il estime qu'elle ne serait pas opportune à l'heure actuelle, comme il l'a fait savoir dans son avis du 22 février 2012 concernant le motion 11.4046. L'avant-projet ne comporte donc aucune proposition en ce sens.

5.7

Participation de l'enfant

Le droit en vigueur prescrit l'obtention du consentement de l'enfant s'il est capable de discernement (art. 265, al. 2, CC)¹¹³. Selon la jurisprudence, tel est le cas dans les circonstances habituelles lorsque l'enfant atteint quatorze ans¹¹⁴, certains enfants étant capables de discernement plus tôt¹¹⁵. La doctrine est unanime sur le fait qu'il faut associer les enfants plus jeunes à la procédure de manière appropriée, même si leur consentement ne constitue pas aux yeux de la loi une condition de validité de l'adoption¹¹⁶. Ce principe sera à l'avenir inscrit dans la loi.

L'art. 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant exige qu'on décerne un représentant à l'enfant pour défendre ses intérêts. Il ne semble pas

¹¹⁰ Cf. ch. 5.6.1

¹¹¹ *X contre Autriche* (requête n° 19010/07), § 106

¹¹² *X contre Autriche* (requête n° 19010/07), § 130

¹¹³ Concernant toute la problématique *Pfaffinger*, *Formen der Adoption*, ch. marg. 252.

¹¹⁴ ATF 119 II 4; 107 II 22; cf. également l'art. 5, al. 1, let. b de la Convention européenne du 27 septembre 2008 en matière d'adoption des enfants (révisée).

¹¹⁵ Dans son arrêt *Pini et autres contre Roumanie* (requêtes n° 78028/01 et 78030/01), § 145, la Cedh a déclaré qu'un seuil de dix ans à partir duquel un enfant doit donner son consentement à l'adoption n'était pas déraisonnable.

¹¹⁶ *CHK-Biderbost*, art. 265 n° 3; *Basler Kommentar-Breitschmid*, art. 265 n° 8

nécessaire de le faire *automatiquement*, surtout si l'enfant, adopté à l'étranger, est encore très jeune. Par contre, lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant du partenaire, il y a souvent des situations de conflit et de pression intenses entre les parents biologiques et entre eux et l'enfant. Dans ces cas-là, il semble juste de décerner un représentant ou au moins de vérifier sérieusement dans tous les cas s'il faut le faire.

5.8 Facilitation de l'adoption des adultes: prise en considération de l'opinion des enfants des adoptants et des parents biologiques

L'adoption de personnes adultes est aujourd'hui considérée comme une exception. Le droit en vigueur ne l'autorise qu'à des conditions très strictes. Notamment, elle ne peut avoir lieu qu'en l'absence de descendants (art. 266, al. 1, CC). L'adoption d'adultes peut revêtir une certaine importance lorsque les parents biologiques ont refusé l'adoption alors que l'enfant était mineur et que les conditions permettant de renoncer à leur consentement n'étaient pas remplies (art. 265c CC). En tel cas, l'adoption ne peut avoir lieu qu'une fois la personne majeure, puisque selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un tel consentement n'est pas nécessaire pour l'adoption d'un adulte¹¹⁷. Il n'y a pas de contre-indication à ce que les futurs parents adoptifs adoptent une personne mineure tant que l'adoption ne porte pas une atteinte inéquitable à la situation d'autres enfants des parents adoptifs (art. 264 CC); ce principe devrait également s'appliquer à l'adoption de personnes adultes. Il faudra de ce fait renoncer à la condition de l'absence de descendance. Pour compenser, on entendra les personnes concernées, en particulier les autres enfants des futurs parents adoptifs. De plus, la durée pendant laquelle les futurs parents adoptifs devront avoir fourni des soins et pourvu à l'éducation de l'enfant devenu adulte passera de cinq à trois ans comme pour les autres formes d'adoption. Il n'y a aucune raison que cette durée soit plus longue pour l'adoption d'un adulte que pour l'adoption d'un mineur.

5.9 Assouplissement du secret de l'adoption pour les parents biologiques

5.9.1 Principe

Lors d'une adoption se pose toujours la question de la manière dont on peut et dont on doit tenir compte des besoins individuels des personnes concernées, que ce soit la personne adoptée, les parents biologiques ou les parents adoptifs. Les intérêts de ces protagonistes s'opposent et il faut décider si l'intérêt d'une partie au maintien du secret prime l'intérêt de l'autre partie à obtenir des informations.

Pendant de longues années, le droit de l'adoption n'a pas réglé cette question explicitement. Il appartenait aux autorités de clarifier la situation, avec un succès mitigé¹¹⁸. La création de l'art. 268b en 1972 et de l'art. 268c en 2001 a permis d'inscrire dans le CC les principes déterminants du secret de l'adoption, mais n'a pas permis d'éliminer toutes les lacunes, d'autant qu'une partie de ces principes sont aujourd'hui remis en question.

¹¹⁷ ATF 137 III 1 ss

¹¹⁸ A ce sujet *Werro*, 359 ss

5.9.2

Droit de l'enfant adopté d'obtenir des informations

Le droit en vigueur statue un droit de l'enfant adopté d'obtenir des informations. L'art. 268c CC, adopté lors de la révision de 2001, lui attribue le droit d'obtenir les données relatives à l'identité de ses parents biologiques¹¹⁹. Ce droit se fonde sur un autre droit, celui de *connaître son ascendance*, déduit de l'art. 10, al. 2, Cst.¹²⁰. Aux termes de l'art. 268c CC, l'enfant adopté jouit d'un *droit inconditionnel d'obtenir les données relatives à ses parents biologiques* à partir de 18 ans révolus, que ces derniers s'opposent ou non à tout contact personnel¹²¹. Le CC exige uniquement qu'on informe les parents biologiques avant de communiquer les données demandées à l'enfant et qu'on informe l'enfant si ses parents biologiques refusent de le rencontrer (art. 268c, al. 2, CC)¹²². En faisant primer les intérêts de l'enfant sur ceux des parents biologiques et de la famille adoptive en cas de conflits, la loi évite toute pesée d'intérêts¹²³. L'enfant doit par contre faire valoir un intérêt légitime s'il souhaite obtenir des informations sur ses parents biologiques avant d'avoir atteint la majorité.

On peut déduire de la formulation de l'art. 268c CC, qui n'attribue le droit d'obtenir des informations qu'à l'enfant adopté, qu'à contrario, les parents biologiques, les éventuels frères et sœurs (également biologiques), les parents adoptifs et les descendants de la personne adoptée ne jouissent pas d'un tel droit¹²⁴.

5.9.3

Droit des parents biologiques d'obtenir des informations

Au contraire de l'art. 268c CC, l'art. 268b CC proscrit la révélation de l'identité des parents adoptifs aux parents biologiques tant que les premiers n'ont pas donné leur consentement. La réglementation du secret de l'adoption à l'art. 268b CC est visiblement lacunaire¹²⁵, puisqu'elle ne vise que les parents biologiques. On peut néanmoins déduire du but de la disposition que le secret de l'adoption s'applique non seulement vis-à-vis des parents biologiques, mais aussi vis-à-vis de tiers¹²⁶. Le législateur a intégré ce principe dans la loi sous le titre « Secret de l'adoption » à l'occasion de la grande révision de 1972, cela pour parvenir à imposer l'adoption plénière, qui se caractérise par la rupture de tous les liens avec les parents biologiques, et pour empêcher que ces derniers ne s'immiscent dans les relations entre les parents adoptifs et l'enfant. On craignait à l'époque que les contacts entre les parents biologiques et les enfants et ses parents adoptifs « compromettent ou entravent la réussite sociale de l'adoption »¹²⁷. Cette réglementation correspond également aux prescriptions de l'art. 20, ch. 1, de la Convention européenne de 1967 en matière

¹¹⁹ Cf. *Premand*, 21

¹²⁰ ATF 128 I 69 ss; les enfants nés d'une procréation médicalement assistée ont un droit analogue, cf. les art. 119, al. 2, let. g, Cst. et 27 LPMA; concernant toute la problématique, cf. *Reusser/Schweizer*, 619 s.; *Cottier*, 43 s.

¹²¹ Concernant toute la problématique, cf. *Büchler*, 11; *Premand*, 33; *Meier/Stettler*, ch. marg. 373, 397.

¹²² Concernant le détail de la procédure, cf. la circulaire du 21 mars 2003 de l'Office fédéral de l'état civil aux autorités cantonales de surveillance de l'état civil.

¹²³ Concernant les raisons de ce choix, cf. *Reusser*, 139 s.

¹²⁴ *CHK-Biderbost*, art. 268c n° 4

¹²⁵ *KuKo-Pfaffinger*, art. 268b n° 3

¹²⁶ *Cottier*, 33; *Werro*, 359; *BK-Hegnauer*, art. 268b n° 4

¹²⁷ Message sur le droit de l'adoption, 1260; concernant le principe, *Pfaffinger*, *Formen der Adoption*, ch. marg. 102 ss et les critiques dument motivées de l'argumentation du Conseil fédéral aux ch. marg. 118 ss

d'adoption des enfants. Plus récemment, des discussions ont eu lieu dans de nombreux Etats concernant la suppression ou du moins l'assouplissement du caractère absolu de l'adoption plénière. Les discussions ont porté également sur le secret de l'adoption, un des points de vue défendus étant qu'il était préférable pour l'intérêt de l'enfant qu'il garde des contacts avec ses parents biologiques ou d'autres proches (p. ex. les grands-parents biologiques) malgré l'adoption.

L'avant-projet prévoit, en exécution du postulat 09.4107 *Fehr*, qu'on autorise les parents biologiques à accéder à des informations relatives à l'identité de l'enfant à partir de sa majorité et avec son consentement. De plus, pour faire suite à une position avancée dans la doctrine¹²⁸, il accorde aux parents biologiques le *droit d'obtenir des informations sur la situation de l'enfant qui ne permettent pas d'identifier l'enfant ni les parents adoptifs* et ce indépendamment de l'âge de l'enfant et de son consentement, pour autant qu'il n'en résulte pas d'atteinte à ses intérêts. On tient compte de la sorte, au moins en partie, de la position exprimée dans la doctrine¹²⁹ selon laquelle il faut intégrer les droits de la personnalité des parents biologiques dans la pesée des intérêts.

On maintiendra pour autant – bien qu'il y ait une certaine incohérence¹³⁰ – la réglementation existant à l'art. 268c CC, selon laquelle l'enfant majeur a un droit *inconditionnel* de connaître *son ascendance*, tandis que les parents biologiques, n'ont qu'un droit *restreint* (bien que renforcé par l'avant-projet) de connaître l'identité de l'enfant adopté. La suprématie du bien de l'enfant justifie d'une part cette inégalité de traitement; celle-ci s'explique d'autre part par le fait que la Constitution ne confère aux parents biologiques, au contraire de l'enfant adopté, aucun droit d'obtenir les données qui leur permettraient une prise de contact. Il ne peut donc être tenu compte dans l'avant-projet de la critique exprimée dans la doctrine quant au droit absolu de l'enfant adopté devenu majeur et en particulier l'objection selon laquelle l'art. 268c CC est une entrave disproportionnée aux intérêts des parents biologiques¹³¹. L'art. 21 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, qui prône l'intérêt supérieur de l'enfant, est également propice au maintien de la solution existante.

Certains auteurs de doctrine exigent que le système actuel de l'adoption plénière soit remplacé par un système d'adoption semi-ouverte voire ouverte¹³². Il importe de préciser à cet égard que le droit en vigueur autorise les adoptions ouvertes si les personnes concernées y consentent¹³³. L'avant-projet propose que les parents adoptifs conviennent avec les parents biologiques que ces derniers puissent entretenir des relations personnelles indiquées par les circonstances avec l'enfant adopté, cette convention ne pouvant pas être annulée unilatéralement; il reviendra à l'autorité de protection de l'enfant de prendre une décision en cas de problèmes. L'avant-projet est également un pas vers l'adoption semi-ouverte du fait qu'il rend possible la transmission d'informations qui ne permettent pas d'identifier l'enfant ou les parents

¹²⁸ *Cottier*, 33; *Werro*, 359; *BSK-Breitschmid*, art. 268b n° 7; *BK-Hegnauer*, art. 268b n° 17

¹²⁹ *Cottier*, 50; *Werro*, 364; *Leukart*, 587

¹³⁰ *Cottier*, 49

¹³¹ *Leukart*, 595

¹³² *Pfaffinger*, *Formen der Adoption*, ch. marg. 230; *Pfaffinger*, *Geheime und (halb-)offene Adoptionen*, 20 s. et les références citées

¹³³ Pour plus de détails *Pfaffinger*, *Formen der Adoption*, ch. marg. 181 ss.

adoptifs¹³⁴. La solution avancée dans l'avant-projet est celle déployée dans de nombreux pays européens¹³⁵.

5.10 Service cantonal d'information et services de recherche

L'avant-projet doit contenir des dispositions permettant de mettre en œuvre les nouveaux droits instaurés afin que l'enfant puisse effectivement obtenir des informations relatives à son ascendance et que les parents biologiques puissent en obtenir sur l'enfant adopté. Il comporte d'une part un article sur le service cantonal d'information et sur le droit d'être conseillé. L'avant-projet comprend également un article sur les services de recherche, aux prestations desquels on fait déjà appel aujourd'hui, du fait que souvent, le service cantonal d'information ne permet pas de retrouver les personnes recherchées lorsque la recherche s'avère compliquée. Ces services de recherche seront mandatés par l'autorité centrale cantonale en matière d'adoption pour retrouver les parents biologiques ou l'enfant donné à l'adoption. Ils feront l'objet d'une réglementation à l'échelon fédéral et seront soumis à l'obligation de garder le secret car ils ont affaire à des données très personnelles et délicates. En échange, et s'ils le demandent expressément, les services reconnus par la Confédération obtiendront le droit de transmettre les données personnelles qu'ils doivent fournir pour remplir leur mandat légal et qui sont enregistrées dans les systèmes d'information de la Confédération.

6 Commentaire des dispositions

6.1 Code civil (CC)

6.1.1 De l'adoption

A. Adoption de mineurs

I. Conditions générales

Art. 264

¹ Un enfant mineur peut être adopté si le ou les adoptants lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins un an et si toutes les circonstances permettent de prévoir que l'établissement d'un lien de filiation servira le bien de l'enfant sans porter une atteinte inéquitable à la situation d'autres enfants du ou des adoptants.

² En particulier, une adoption n'est possible que si le ou les adoptants, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même de prendre l'enfant en charge jusqu'à sa majorité.

³ Les conditions d'adoption doivent être réunies au moment où le ou les adoptants déposent leur demande. Font exception les conditions auxquelles il peut être dérogé pour de justes motifs si le bien de l'enfant ne s'en trouve pas menacé.

Remarque liminaire: Les notions de « parents adoptifs » et d'« enfant adoptif » méritent une clarification. Elles ne sont utilisables qu'une fois que l'adoption a été

¹³⁴ Solution préconisée également par Pfaffinger, Geheime und (halb-)offene Adoptionen, 44

¹³⁵ Cf. Lowe, 24 ss

prononcée. De plus, la notion de « parents adoptifs » désigne un couple, ce qui n'est pas compatible avec l'adoption par une personne seule ni avec l'adoption de l'enfant du conjoint. C'est pourquoi elle est remplacée dans l'avant-projet par « le ou les adoptants », qui convient aussi bien pour une personne seule que pour un couple et qui montre qu'on décrit la situation avant que l'adoption ait été prononcée.

Al. 1: Pour plus de clarté, on indique à l'al. 1 qu'il s'agit de l'adoption d'une personne mineure.

Al. 2: S'agissant de l'âge maximal des parents adoptifs et de la différence d'âge maximale entre ceux-ci et l'enfant¹³⁶, il semble approprié de reprendre dans le droit de l'adoption et d'inscrire expressément dans la loi la condition énoncée à l'art. 3, al. 2, let. b, LPMA, selon laquelle les parents doivent paraître être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité. Même si la loi ne fixe pas de limite d'âge absolue, l'âge des parents adoptifs revêt une grande importance dans la décision de l'autorité.

Al. 3: Il arrive souvent dans la pratique que les adoptants, du fait de la longueur de la procédure, essaient de déposer une demande avant même de remplir toutes les conditions d'adoption. L'al. 3 indique expressément qu'ils doivent remplir les conditions dès l'instant où ils déposent leur demande. Cette règle ne s'appliquera pas si les adoptants font valoir de justes motifs qui permettent de déroger à certaines conditions (cf. art. 264a, al. 2). Leur demande d'adoption devra alors mentionner les motifs en question.

II. Adoption
conjointe

Art. 264a

¹ Des époux peuvent adopter un enfant conjointement s'ils sont mariés depuis au moins trois ans et qu'ils sont tous deux âgés de 28 ans au moins.

² Il peut être dérogé pour de justes motifs à la condition de l'âge minimal fixé à l'al. 1 si cela ne menace pas le bien de l'enfant.

Al. 1: L'avant-projet maintient l'exclusivité des époux pour l'adoption conjointe. Il pose deux conditions, un *âge minimal*, d'une part, et une certaine *stabilité relationnelle* d'autre part. Contrairement à la réglementation en vigueur, qui demande *soit* que les époux aient atteint un âge minimal, *soit* que le mariage ait duré au moins cinq ans (art. 264a, al. 2, CC), les conditions de l'adoption – âge minimal et durée minimale de la relation – devront être remplies *cumulativement*. Pour le bien de l'enfant, la maturité des parents adoptifs, indiquée par l'âge minimal, et la stabilité de la relation, caractérisée par la durée du mariage, constituent deux conditions différentes, qui doivent chacune être remplies.

1. La durée du mariage exigée pour une adoption conjointe sera réduite à trois ans, comme l'exigeait la motion 09.3026 *Prelicz-Huber*.

2. La motion 09.3026 *Prelicz-Huber* exige qu'on abaisse l'âge minimal pour les parents adoptifs. L'avant-projet propose un âge minimal de 28 ans; le texte de loi énonce clairement que les *deux* adoptants doivent remplir ces conditions.

¹³⁶ Cf. ch. 5.2.

Al. 2: Alors qu'il est possible de déroger à la condition de l'âge minimal selon les cas pour le bien de l'enfant, celle de la durée du mariage ne souffre pas d'exception. Il n'est pas possible de jauger d'une autre manière la stabilité de la relation; l'adoption reste donc exclue tant que cette condition n'est pas remplie. Elle n'est pas exclue de manière générale, mais reportée à plus tard si le mariage n'a pas duré trois ans au moins.

Enfin, l'adoption de l'enfant du conjoint, aujourd'hui réglée à l'art. 264a, al. 3, CC, sera déplacée dans un nouvel art. 264c CC (cf. plus bas), car il ne s'agit pas matériellement d'une adoption conjointe¹³⁷. Les motifs qui avaient présidé à l'inscription de ce type d'adoption dans l'article sur l'adoption conjointe – qui consistaient à dire que l'adoption de l'enfant du conjoint crée un lien de filiation conjoint marital¹³⁸ – ne sont plus convaincants aujourd'hui.

III. Adoption par
une personne seule

Art. 264b

¹ Une personne peut adopter seule si elle a 28 ans au moins.

² Il peut être dérogé pour de justes motifs à la condition d'âge minimal si le bien de l'enfant ne s'en trouve pas menacé.

³ L'opinion du conjoint, de la personne avec laquelle l'adoptant est lié par un partenariat enregistré ou avec laquelle il mène de fait une vie de couple doit être prise en considération avant l'adoption.

Al. 1: Selon le droit en vigueur, une personne seule ne peut adopter que si elle n'est pas mariée. Des exceptions sont possibles lorsqu'une adoption conjointe se révèle impossible (art. 264b, al. 2, CC).

L'avant-projet rend l'adoption accessible à toute personne seule. L'âge minimal est fixé à 28 ans, comme c'est le cas à l'art. 264a AP-CC.

On renonce au principe selon lequel l'adoption par une personne seule n'est accessible à une personne mariée que si une adoption conjointe se révèle impossible (art. 264b, al. 2, CC). L'adoption par une personne seule repose à l'origine sur l'idée d'un accès réservé aux personnes non liées. Cela dit, pour préserver cette conception, il faudrait l'interdire aux personnes formant une communauté de vie institutionnalisée (mariage, partenariat enregistré) ou une communauté de vie de fait avec une autre personne. Etant donné les réflexions faites jusqu'ici, une telle solution ne semble pas matériellement fondée. Toute personne doit avoir la possibilité d'adopter seule, qu'elle soit célibataire, qu'elle vive en partenariat enregistré ou dans les liens du mariage, ou qu'elle mène de fait une vie de couple. Selon la conception de l'avant-projet, un examen au cas par cas de la situation concrète devra permettre de préserver le bien de l'enfant et d'empêcher que l'interdiction de l'adoption conjointe par des couples non mariés puisse être contournée au moyen d'une adoption par une personne seule suivie par l'adoption de l'enfant du partenaire. Il faut rappeler que l'adoption par une personne seule a un caractère exceptionnel. L'institution de l'adoption consiste sur le principe à donner des parents à un enfant, comme dans une filiation naturelle. On ne peut exclure pleinement que des personnes menant de fait une vie de couple utilisent cette voie pour contourner l'interdiction d'adopter conjointement

¹³⁷ CHK-Biderbost, art. 264a n° 4; Pfaffinger, Adoption durch eine Einzelperson, 152

¹³⁸ BK-Hegnauer, art. 264a n° 9

dont elles font l'objet. Néanmoins, s'il y a des doutes à ce sujet, on peut faire toutes les vérifications qui s'imposent lors de l'examen de la demande d'adoption.

Al. 2: Il sera possible également de déroger pour de justes motifs à la condition de l'âge minimal en cas d'adoption par une personne seule, pour autant que le bien de l'enfant ne s'en trouve pas menacé. Il n'y a aucune raison de concevoir cette forme d'adoption de manière moins flexible que l'adoption conjointe.

Al. 3: Lors de l'examen relatif au bien de l'enfant, il importe bien évidemment de prendre en considération l'opinion du conjoint de l'adoptant, de la personne avec laquelle il est lié par un partenariat enregistré ou de la personne avec laquelle il mène de fait une vie de couple.

IV. Adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire enregistré **Art. 264c**

Une personne peut adopter l'enfant de son conjoint ou de la personne avec laquelle elle est liée par un partenariat enregistré si le mariage ou le partenariat enregistré a été conclu au moins trois ans avant l'adoption.

L'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire enregistré, en tant que cas particulier de l'adoption, est réglée dans un article séparé. La maturité de l'adoptant est là aussi une condition importante, dont la réalisation sera contrôlée en vertu de l'art. 268a. A l'art. 264c, on renoncera à toute limite d'âge car l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire enregistré ne consiste pas à créer juridiquement des liens de filiation entre des personnes totalement étrangères l'une à l'autre, mais à garantir une certaine sécurité juridique à la relation telle qu'elle est vécue en réalité dans les familles recomposées.

Il faudra vérifier tout aussi consciencieusement pour ce type d'adoption que pour les autres que l'adoption sert le bien de l'enfant. L'art. 264 s'applique par analogie à l'adoption de l'enfant du conjoint.

¹ La différence d'âge entre l'enfant et le ou les adoptants ne peut pas être inférieure à seize ans ni supérieure à 45 ans. Il peut être dérogé à cette règle pour de justes motifs si le bien de l'enfant ne s'en trouve pas menacé.

² L'enfant est entendu personnellement et de manière appropriée par l'autorité compétente ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Si l'enfant est capable de discernement, son consentement à l'adoption est requis.

³ Au besoin, l'autorité compétente ordonne la représentation de l'enfant et désigne comme curateur une personne expérimentée en matière d'assistance et dans le domaine juridique.

⁴ Lorsque l'enfant est sous tutelle, le consentement de l'autorité de protection de l'enfant à l'adoption est requis, même si l'enfant est capable de discernement.

Al. 1: Cet alinéa réunit les règles sur la différence d'âge de l'art. 265 CC et de l'art. 5, al. 4, OAdo. Il précise en outre qu'il est possible de déroger pour de justes motifs à la différence d'âge minimale et maximale, si le bien de l'enfant ne s'en trouve pas menacé. La différence d'âge minimale et maximale a pour but d'instaurer entre le ou les parents adoptifs et l'enfant une situation semblable à une filiation naturelle. En règle générale, seize ans au moins séparent le ou les parents de leur enfant, avec souvent une différence d'âge bien plus importante. La différence d'âge maximale de 45 ans, équivalente à la limite actuelle, correspond à la majorité des filiations, même s'il existe des cas où cette différence d'âge est supérieure. D'ailleurs, le nouvel art. 265 n'exclut pas une différence d'âge supérieure en cas d'adoption. Cela dit, l'idée sous-jacente est que l'enfant puisse dans la mesure du possible compter sur ses parents adoptifs jusqu'à sa majorité. Si la différence d'âge est plus grande, non seulement on se rapproche de la différence d'âge entre un enfant et ses grands-parents, mais en plus, on augmente le risque de décès d'un ou des parents adoptifs avant que l'enfant soit adulte. Les règles fixées à l'art. 265 réduisent ce risque tout en amenant une certaine flexibilité.

Al. 2: Cet alinéa indique expressément que l'enfant doit être entendu avant l'adoption, même s'il n'est pas encore capable de discernement et n'est pas encore tenu de consentir formellement à l'adoption. La formulation correspond à l'art. 298, al. 1, du code de procédure civile¹³⁹, qui retient le même principe pour les procédures de droit matrimonial.

Al. 3: L'art. 12 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant exige qu'on désigne un représentant à l'enfant à chaque fois que cela s'avère nécessaire. Cela peut être le cas notamment lors de l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire enregistré s'il devient évident que les parents ne préservent pas suffisamment les intérêts de l'enfant.

Al. 4: L'al. 4 correspond à l'al. 3 en vigueur, sous une forme légèrement différente.

V. Consentement des parents. **Art. 265a, al. 3**

1. Forme

³ Il est valable, même s'il ne nomme pas le ou les adoptants ou si ce dernier ou ces derniers ne sont pas encore désignés.

L'expression « les futurs parents adoptifs » est remplacée par « le ou les adoptants » et la phrase adaptée en conséquence (cf. la remarque liminaire à l'art. 264 AP-CC).

b. Décision **Art. 265d, al. 1**

¹ Lorsque l'enfant est placé en vue d'une future adoption et que le consentement d'un des parents fait défaut, l'autorité de protection de l'enfant du domicile de l'enfant décide, sur requête d'un organisme de placement ou du ou des adoptants, et en règle générale avant le début du placement, si l'on peut faire abstraction de ce consentement.

L'expression « des parents adoptifs » est remplacée par « du ou des adoptants » (cf. la remarque liminaire à l'art. 264 AP-CC).

B. Adoption de majeurs **Art. 266, al. 1, 2 et 2^{bis}**

¹ Une personne majeure peut être adoptée:

1. lorsqu'elle souffre d'une infirmité physique ou mentale nécessitant une aide permanente et que le ou les adoptants lui ont fourni des soins pendant au moins trois ans;
2. lorsque, durant sa minorité, le ou les adoptants lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins trois ans;
3. pour d'autres justes motifs, lorsqu'elle a vécu pendant au moins trois ans en communauté domestique avec le ou les adoptants.

² Un époux ou une personne liée à une autre par un partenariat enregistré ne peuvent être adoptés sans le consentement respectif du conjoint ou du partenaire.

^{2^{bis}} Avant l'adoption, les parents biologiques de la personne qui fait l'objet de la demande d'adoption et les descendants du ou des adoptants sont entendus.

Al. 1: Il demeurera possible d'adopter des personnes majeures. Selon cette nouvelle disposition, même les parents adoptifs qui ont déjà des enfants pourront le faire si toutes les autres conditions de l'art. 266 CC sont remplies. Pour homogénéiser l'adoption de personnes majeures avec celle des personnes mineures, la durée pendant laquelle les adoptants devront avoir fourni des soins et pourvu à l'éducation de la personne en question avant l'adoption passera de cinq à trois ans.

Al. 2: La disposition est complétée par le partenariat enregistré.

Al. 2^{bis}: En cas d'adoption d'une personne majeure, les personnes suivantes auront la possibilité de s'exprimer sur l'adoption:

1. les parents biologiques, en vue d'assurer un traitement identique aux enfants du ou des adoptants et aux parents biologiques de la personne à adopter;
2. les éventuels descendants du ou des adoptants, ce par analogie avec l'art. 268a, al. 3, CC, qui contient la même exigence en cas d'adoption d'une personne mineure.

C. Effets
I. En général

Art. 267, al. 1, 2 et 3

¹ L'enfant acquiert le statut juridique d'un enfant du ou des adoptants.

² Les liens de filiation antérieurs sont rompus, sauf à l'égard:

1. du conjoint de l'adoptant;
2. de la personne avec laquelle l'adoptant est lié par un partenariat enregistré.

³ Un nouveau prénom peut être donné à l'enfant mineur lors de l'adoption conjointe ou de l'adoption par une personne seule s'il existe des motifs légitimes. L'enfant est entendu personnellement et de manière appropriée par l'autorité compétente ou un tiers nommé à cet effet avant le changement de nom, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Si l'enfant est capable de discernement, son consentement au changement de nom est requis.

Al. 1: L'expression « de ses parents adoptifs » est remplacée par « du ou des adoptants » (cf. la remarque liminaire à l'art. 264 AP-CC).

Al. 2: Puisqu'il est prévu de permettre aux personnes vivant en partenariat enregistré d'adopter l'enfant de leur partenaire, il faut adapter l'art. 267, al. 2, CC en conséquence¹⁴⁰.

Al. 3: Cet alinéa permet de clarifier la question du prénom: la possibilité de donner un nouveau prénom à l'enfant (réglée aujourd'hui à l'art. 267, al. 3, CC) ne sera accordée qu'en cas d'adoption conjointe ou d'adoption par une personne seule et uniquement s'il existe des motifs légitimes, mais pas en cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire ni en cas d'adoption d'une personne adulte. Les règles du changement de nom en cas d'adoption seront donc en adéquation avec la nouvelle teneur de l'art. 30 CC. L'enfant devra donner son consentement au changement de nom s'il est capable de discernement et sinon, il devra au moins être entendu. Le changement de nom sera dans la pratique vraisemblablement fonction de l'âge de l'enfant au moment de l'adoption. Un enfant plus âgé voudra sans doute conserver son prénom, qui représente davantage pour lui que ce n'est le cas pour un petit enfant.

¹⁴⁰ Cf. la proposition en ce sens de *Sandoz*, Adoption d'un majeur, 1489

II. Droit de cité

Art. 267a, al. 1

¹ L'enfant mineur acquiert, en lieu et place de son droit de cité cantonal et communal antérieur, celui de l'adoptant dont il porte le nom.

A l'al. 1, l'expression « du parent adoptif » est remplacée par « de l'adoptant » (cf. la remarque liminaire à l'art. 264 AP-CC).

D. Procédure
I. En général

Art. 268, al. 1

¹ L'adoption est prononcée par l'autorité cantonale compétente du domicile du ou des adoptants.

A l'al. 1, l'expression « des parents adoptifs » est remplacée par « du ou des adoptants » (cf. la remarque liminaire à l'art. 264 AP-CC).

II. Enquête

Art. 268a, al. 2 et 3

² L'enquête devra porter notamment sur la personnalité et la santé du ou des adoptants et de l'enfant, leur convenance mutuelle, l'aptitude du ou des adoptants à éduquer l'enfant, leur situation économique, leurs mobiles et leurs conditions de famille, ainsi que sur l'évolution du lien nourricier.

³ Lorsque le ou les adoptants ont des descendants, leur opinion doit être prise en considération.

A l'al. 2, l'expression « des parents adoptifs » est remplacée par « du ou des adoptants », à l'al. 3, « les parents adoptifs » par « le ou les adoptants » (cf. la remarque liminaire à l'art. 264 AP-CC).

Art. 268b

¹ Si l'enfant adopté est mineur, les informations permettant d'identifier l'enfant ou les parents adoptifs ne peuvent être révélées aux parents biologiques ou à des tiers que si les parents adoptifs y ont consenti préalablement. Avant que ces informations ne soient communiquées, l'enfant est entendu personnellement et de manière appropriée par l'autorité compétente ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Si l'enfant est capable de discernement, son consentement à la communication des informations est requis.

² Si l'enfant adopté est majeur, les informations sur son identité sont communiquées aux parents biologiques à condition que l'enfant adopté ait donné son consentement exprès.

³ Les parents biologiques ont le droit d'obtenir des informations sur l'enfant quel que soit son âge, et que l'enfant y ait consenti ou non, lorsque ces informations ne permettent pas d'identifier les parents adoptifs ni l'enfant et que les intérêts de ce dernier ne s'en trouvent pas compromis.

Al. 1: La disposition concernant le secret de l'adoption est complétée de manière à préserver l'identité de l'enfant mineur et du ou des parents adoptifs tant vis-à-vis des parents biologiques que de tiers. Comme dans le droit en vigueur, les parents adoptifs devront pouvoir consentir à la révélation d'informations relatives à leur identité; si le consentement ne serait-ce que d'un parent adoptif fait défaut, aucune information ne pourra être communiquée. Si l'enfant est capable de discernement, il devra également donner son consentement. S'il n'en est pas capable, il devra au moins être entendu. L'expression « informations permettant d'identifier » désigne des informations autorisant des déductions directes. Il peut s'agir de données personnelles ou d'autres données grâce auxquelles on peut découvrir simplement qui est la personne que l'on recherche. Par exemple, si le parent adoptif est médecin dans un village et qu'on indique à l'auteur de la demande le nom du village et la profession du père adoptif, il est aisé de découvrir son identité. Par « informations qui ne permettent pas d'identifier l'enfant ni le ou les parents adoptifs », on entend des informations qui donnent une idée sur la situation de vie de l'enfant, de son ou ses parents adoptifs ou des parents biologiques, par exemple que l'enfant est bon élève ou qu'il aime faire du sport.

Al. 2: En exécution de la motion 09.4107 *Fehr*, les parents biologiques auront la possibilité de prendre contact avec l'enfant qu'ils ont donné à l'adoption, à la condition qu'il soit majeur et qu'il ait consenti expressément à la transmission des informations nécessaires. La motion en question, et partant l'avant-projet, sont restrictives en comparaison du droit de l'enfant d'obtenir des informations sur ses parents biologiques (art. 268c CC): pas d'exception possible en cas de demande d'informations avant la majorité de l'enfant et transmission effective d'informations uniquement si l'enfant adopté a consenti à la prise de contact après demande de l'autorité centrale

cantonale en matière d'adoption. Cette solution est considérée comme matériellement fondée par la doctrine¹⁴¹.

Al. 3: La loi prévoira un droit pour les parents biologiques d'obtenir des informations concernant l'adoption qui ne permettent pas d'identifier l'enfant ni les parents adoptifs, et ce quel que soit l'âge de l'enfant et indépendamment de son consentement, pour autant que cela ne viole pas ses intérêts. Les informations en question permettront aux parents biologiques de s'imaginer dans quelles conditions vit l'enfant et par exemple de savoir s'il va bien ou quel genre de formation il suit¹⁴².

D^{ter}. Informations
sur les parents
biologiques

Art. 268c

¹ L'enfant mineur a le droit d'obtenir des informations sur ses parents biologiques lorsque ces informations ne permettent pas de les identifier. Il n'a le droit d'obtenir des informations sur leur identité que s'il peut faire valoir un intérêt légitime.

² L'enfant majeur peut obtenir en tout temps les informations relatives à l'identité de ses parents biologiques.

³ *Abrogé*

Al. 1: L'art. 268c, al. 1, CC est complété par un droit de l'enfant mineur d'obtenir des informations qui ne permettent pas d'identifier ses parents biologiques.

Al. 2: Cet alinéa consacre le droit absolu de l'enfant majeur de connaître l'identité de ses parents biologiques. Les consignes adressées à l'autorité qui fournit des informations (avis à l'enfant si les parents biologiques refusent de le rencontrer), jusqu'ici contenues à l'al. 2, sont transférées à l'art. 268d, al. 2, AP-CC.

Al. 3: Les règles contenues à l'al. 3 en vigueur sont transférées à l'art. 268d, al. 3, AP-CC.

¹⁴¹ *Cottier*, 49; *Werro*, 368; *Pfaffinger*, *Formen der Adoption*, ch. marg. 324

¹⁴² Concernant toute la problématique, *Cottier*, 50; *Werro*, 359

Art. 268d

¹ L'autorité cantonale qui, au moment de l'adoption, était l'autorité cantonale unique compétente lorsqu'un enfant est placé en vue de son adoption, communique les informations relatives aux parents biologiques ou à l'enfant.

² Avant de communiquer ces informations, elle avise les personnes recherchées qu'elle a reçu une demande d'information les concernant et requiert au besoin leur consentement pour la communication des informations aux auteurs de la demande.

³ Si les parents biologiques refusent de rencontrer l'enfant, il doit en être avisé et être informé des droits de la personnalité de ceux-ci.

⁴ Les cantons désignent un service approprié qui conseille la personne adoptée ou les parents biologiques à leur demande.

Al. 1: Pour faciliter l'accès aux informations relatives à une adoption, il sera utile de mettre sur pied un service cantonal d'information détenteur des documents nécessaires. L'autorité cantonale unique instituée à l'art. 316, al. 1^{bis}, CC, soit le service central cantonal en matière d'adoption, est la mieux à même d'assumer cette tâche. Ce service est doté dans chaque canton de collaborateurs familiers des situations psychologiquement difficiles dans lesquelles se trouvent les enfants adoptés ou les parents biologiques qui recherchent des informations. Une autorité centrale cantonale qui recevrait une demande d'information qui ne lui est pas destinée devrait la transmettre à l'autorité compétente et informer l'auteur de la demande d'informations en conséquence.

Al. 2: Cet alinéa indique quelles démarches le service cantonal d'information devra engager s'il reçoit une demande d'information.

Al. 3: Cet alinéa correspond au droit en vigueur (art. 268c, al. 2, CC). L'enfant adopté jouit d'un droit absolu de connaître ses origines. Il a le droit d'obtenir les informations qu'il demande même si ses parents biologiques ne désirent pas avoir de contacts avec lui. Cette règle découle de l'art. 268c AP-CC, qui correspond au droit en vigueur. Si par contre l'enfant refuse tout contact avec ses parents biologiques alors que ceux-ci en font la demande, aucune information ne pourra leur être transmise (cf. art. 268b AP-CC).

Al. 4: Cette disposition est semblable à l'art. 268c, al. 3, CC en vigueur. Son contenu est intégré à une nouvelle disposition qui permettra tant aux enfants adoptés à la recherche de leurs origines qu'aux parents biologiques à la recherche d'informations sur les enfants donnés à l'adoption de bénéficier de conseils.

Art. 268e

¹ S'il n'est pas possible d'établir un contact avec la ou les personnes recherchées, le service cantonal d'information charge un service spécialisé de les retrouver si l'auteur de la demande d'information le désire.

² Le service de recherche est soumis dans le cadre de son mandat à l'obligation de garder le secret.

³ Le canton participe aux frais de recherche en cas de doutes fondés que le parent biologique qui recherche son enfant n'a pas consenti à l'adoption ou que ce consentement a été donné sous la pression d'une autorité.

⁴ Le Conseil fédéral édicte des prescriptions d'exécution et règle la prise en charge des frais.

Al. 1: La nouvelle disposition de l'art. 268b, al. 2, qui veut que les parents biologiques n'obtiennent des informations sur l'identité de l'enfant majeur que si celui-ci y consent risque d'avoir pour effet que la demande soit rejetée s'il n'est pas possible de prendre contact d'emblée avec l'enfant. Contrairement à l'enfant adopté, les parents biologiques ne bénéficient pas d'un droit absolu d'obtenir des informations. L'art. 268e, al. 1, AP-CC prescrit de ce fait que l'autorité centrale cantonale mandate un service de recherche spécialisé si l'auteur de la demande d'informations le désire. Aujourd'hui, il existe déjà divers services de ce type, qui font en sorte gratuitement ou contre une somme modique qu'un contact puisse s'établir. On peut citer à titre d'exemple les services de recherche de la Croix-Rouge et de l'Armée du salut, les services de recherche des origines de la Fondation suisse du service social international et de la Schweizerische Fachstelle für Adoption et le service de recherche des personnes disparues de fedpol.

Al. 2: Les services de recherche seront soumis à l'obligation de garder le secret de manière à préserver le secret de l'adoption, qui continue d'ailleurs de s'appliquer vis-à-vis de tiers. L'alinéa formule l'intention de donner en échange aux services de recherche qui tentent de retrouver un enfant adopté ou des parents biologiques la possibilité de déposer une demande écrite dûment motivée auprès de l'Office fédéral des migrations ou de l'office de l'état civil compétent en vue d'obtenir les données personnelles dont ils ont besoin.

Al. 3: L'al. 3 concerne en priorité les personnes visées par la motion Fehr¹⁴³, principalement des femmes placées administrativement dans des établissements spécialisés avant 1982 en raison d'une grossesse hors mariage, dont les enfants ont de ce fait été donnés à l'adoption. Les parents biologiques d'enfants donnés à l'adoption sans consentement ou sous la pression d'une autorité ont droit également à un soutien financier s'ils tentent de retrouver leurs enfants.

Al. 4: Le Conseil fédéral édictera les prescriptions d'exécution nécessaires dans une ordonnance et définira en particulier quelles informations peuvent être communiquées aux services de recherche sur demande et dans quel but elles peuvent être

¹⁴³ 09.4107 « Secret de l'adoption »

communiquées. Il règlera en outre la prise en charge et la répartition des frais en rapport avec l'al. 3.

D^{sexies}. Relations
personnelles avec
les parents
biologiques

Art. 268f

Les parents adoptifs et les parents biologiques peuvent convenir que ces derniers ont le droit d'entretenir avec l'enfant mineur des relations personnelles indiquées par les circonstances. Si l'enfant est capable de discernement, son consentement est requis. Cette convention ne peut être ni modifiée ni annulée unilatéralement. En cas de divergence, l'autorité de protection de l'enfant statue.

Cet article régit les situations dans lesquelles les parents biologiques et les parents adoptifs se connaissent (adoption ouverte) ou dans lesquelles les parents adoptifs ont consenti à la révélation d'informations sur leur identité, si bien qu'il y a eu des contacts entre eux et les parents biologiques. Si les parents adoptifs consentent à ce qu'il y ait des contacts personnels entre l'enfant et ses parents biologiques, ils ne pourront plus annuler cette convention unilatéralement. S'ils sont d'avis que le bien de l'enfant est mis en danger par les contacts personnels qu'il entretient avec les parents biologiques ou si les parents biologiques estiment que les parents adoptifs ne respectent pas la convention passée ou qu'ils l'appliquent d'une mauvaise façon, ils devront informer l'autorité de protection de l'enfant. Cette dernière décidera si la convention doit être maintenue et sous quelle forme. En tous les cas, l'enfant devra impérativement consentir à des contacts personnels s'il est capable de discernement. Même si une convention est en place, il ne sera pas obligé d'entretenir des contacts avec ses parents biologiques s'il ne le veut pas. Si l'enfant n'est pas capable de discernement, il devra au moins être entendu.

6.1.2

Des effets de la filiation

III. Enfant adopté
par l'autre partenaire
dans un partenariat
enregistré

Art. 270a^{bis}

¹ Si l'un des partenaires enregistrés adopte l'enfant de l'autre et que les partenaires portent des noms différents, ils décident lequel de leurs noms l'enfant portera après l'adoption.

² L'enfant de partenaires enregistrés qui portent un nom de famille commun acquiert ce nom.

Si les personnes vivant en partenariat enregistré obtiennent la possibilité d'adopter l'enfant de leur partenaire, le droit de l'enfant devra contenir une disposition sur le nom de famille que l'enfant portera après son adoption par le ou la partenaire enregistré(e) de son père ou de sa mère. Selon l'art. 12a LPart, chacun des partenaires conserve son nom. Ils peuvent aussi choisir de porter le nom de l'un ou de l'autre comme nom commun. En fonction de leur choix, l'enfant portera soit l'un des deux noms de familles soit le nom commun que les partenaires ont choisi.

Les enfants naturels qui ne sont pas adoptés par la personne liée au père ou à la mère par un partenariat enregistré, par exemple parce que l'autre parent biologique refuse de donner son consentement à l'adoption, conserveront leur nom.

IV. Consentement de l'enfant **Art. 270b Titre marginal**

La numérotation du titre marginal de l'art. 270b sera adaptée.

6.1.3 Titre final

2. Procédures pendantes

Art. 12b

L'ancien droit est applicable aux procédures d'adoption pendantes lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale du [...]

L'art. 12b tit. fin. CC, privé de fonction, sera abrogé. Il sera remplacé par une disposition indiquant que l'ancien droit s'applique aux procédures d'adoption pendantes au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.

3. Soumission au nouveau droit

Art. 12c

Les dispositions relatives au secret de l'adoption, à la communication d'informations sur les parents biologiques, aux services de recherche et à la possibilité de convenir de relations personnelles entre les parents biologiques et l'enfant adopté s'appliquent également aux adoptions prononcées avant l'entrée en vigueur de la loi et aux procédures pendantes lors de son entrée en vigueur.

Les possibilités d'obtenir des informations sur le secret de l'adoption (art. 268c à 268e AP-CC) et de convenir de relations personnelles entre les parents biologiques et l'enfant adopté (art. 268f AP-CC) existeront également pour les adoptions prononcées selon l'ancien droit.

L'art. 12c tit. fin. CC n'a plus aucune portée puisque les délais prévus par les dispositions de la loi de 1972 pour demander l'adoption d'une personne majeure ou interdite (art. 12c, al. 3, tit. fin. CC) sont échus.

Art. 12c^{bis}

Abrogé

L'art. 12c^{bis} tit. fin. CC, privé de fonction, sera abrogé.

6.2 Variante: adoption de l'enfant du partenaire par des personnes menant de fait une vie de couple

6.2.1 Généralités

La variante à l'avant-projet ouvre la discussion sur l'adoption de l'enfant du partenaire par des personnes menant de fait une vie de couple. Il serait pour ce faire nécessaire de modifier les adaptations des art. 264c et 267 AP-CC proposées au ch. 6.1.1

et de compléter les dispositions sur l'autorité parentale¹⁴⁴. Les autres adaptations (ch. 6.1, 6.3 et 6.6) resteraient inchangées.

6.2.2 De l'adoption

IV. Adoption de l'enfant du partenaire **Art. 264c nouveau**

¹ Une personne peut adopter l'enfant :

1. de son conjoint;
2. de la personne avec laquelle elle est liée par un partenariat enregistré;
3. de la personne avec laquelle elle mène de fait une vie de couple.

Le couple doit avoir vécu en ménage commun pendant au moins trois ans avant le dépôt de la demande d'adoption.

² Les personnes qui mènent de fait une vie de couple ne peuvent pas être liées à un tiers ni par le mariage ni par un partenariat enregistré.

Pour éviter des problèmes complexes d'imputabilité, on ne se reportera plus uniquement à la durée du mariage ou du partenariat enregistré, mais à la durée de vie en ménage commun. On pourra de la sorte créer une base commune pour tous les types d'adoption de l'enfant du conjoint (au sein de couples mariés, de partenariats enregistrés ou de communautés de vie de fait).

Al. 1: En lui transmettant la motion 11.4046, le Parlement a chargé le Conseil fédéral de permettre l'adoption de l'enfant du partenaire à toutes les communautés de vie semblables au mariage. Les personnes hétérosexuelles ou homosexuelles menant de fait une vie de couple auraient ainsi la possibilité d'adopter l'enfant de leur partenaire. Pour les communautés de vie de fait se pose en rapport avec l'adoption la question de la stabilité. Alors que les documents de l'état civil sont déterminants pour évaluer la stabilité d'un mariage ou d'un partenariat enregistré, il faut se reporter pour les personnes menant de fait une vie de couple à la durée passée en ménage commun. Concernant la notion de ménage commun, on se reportera aux explications données plus haut¹⁴⁵. Si l'on prenait pour référence la durée du ménage commun, un couple marié pourrait déposer une demande d'adoption après un an de mariage seulement s'il a vécu en concubinage durant plusieurs années auparavant. Si par contre on prenait la durée du mariage ou du partenariat enregistré pour référence pour les couples mariés et ceux vivant en partenariat enregistré, ces derniers pourraient être désavantagés par rapport aux couples en union libre, surtout qu'il n'est pas rare de vivre ensemble pendant de nombreuses années avant de décider de se marier ou de conclure un partenariat enregistré et de fonder une famille. On ne saurait exclure que les couples ne vivant pas sous le même toit puissent faire de bons parents, mais on peut se demander si, dans ce cas, l'adoption servirait réellement le bien de l'enfant.

Au demeurant, on conservera la pratique relative à l'art. 264a, al. 3, CC.

¹⁴⁴ Ces propositions se fondent sur la modification du code civil (autorité parentale) du 21 juin 2013 (FF 2013 4229 ss).

¹⁴⁵ Cf. ch. 5.6.2

Al. 2: Pour qu'une adoption de l'enfant du partenaire puisse avoir lieu, il faut que ni la personne qui adopte ni le parent biologique ne soient liés à un tiers par le mariage ou par le partenariat enregistré. L'adoption de l'enfant du conjoint n'établit pas un lien de filiation naturel avec un parent biologique. Elle consiste pour une personne à prendre volontairement le rôle de parent d'un enfant auquel il n'est pas lié par le sang.

C. Effets
I. En général

Art. 267

- ¹ L'enfant acquiert le statut juridique d'un enfant du ou des adoptants.
- ² Les liens de filiation antérieurs sont rompus, sauf à l'égard:
 1. du conjoint de l'adoptant;
 2. de la personne avec laquelle l'adoptant est lié par un partenariat enregistré;
 3. de la personne avec laquelle l'adoptant mène de fait une vie de couple.
- ³ Un nouveau prénom peut être donné à l'enfant mineur lors de l'adoption conjointe ou de l'adoption par une personne seule s'il existe des motifs légitimes. L'enfant est entendu personnellement et de manière appropriée par l'autorité compétente ou un tiers nommé à cet effet avant le changement de nom, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Si l'enfant est capable de discernement, son consentement au changement de nom est requis.

En rapport avec l'adoption de l'enfant du partenaire par une personne menant de fait une vie de couple, il suffit d'ajouter un ch. 3 à l'al. 2. Au demeurant, on se reportera au commentaire de l'art. 267 au ch. 6.1.1.

6.2.3 De l'autorité parentale

L'adoption de l'enfant du partenaire vise l'établissement d'un lien de parenté à part entière, qui implique également une autorité parentale conjointe. Les parents n'auront pas à faire de déclaration commune; leur volonté aura déjà été exprimée au moins implicitement au moment du dépôt de la demande d'adoption. Tout cela vaut indépendamment de l'état civil de l'adoptant.

A^{quinquies}. Faits
nouveaux après
adoption de l'enfant
du partenaire lorsque
deux personnes
mènent de fait une
vie de couple

Art. 298e

Si une personne a adopté l'enfant de la personne avec laquelle elle mène de fait une vie de couple et que des faits nouveaux importants surviennent, la disposition sur les faits nouveaux en cas de reconnaissance de l'enfant et de jugement de paternité s'applique par analogie.

L'adoption de l'enfant du partenaire dans les unions libres donnera lieu à la parentalité d'un couple qui, bien que vivant en ménage commun, n'est ni marié ni lié par un partenariat enregistré. Si les conditions de vie changent, il faudra le cas échéant adapter l'autorité parentale. Il est nécessaire de renvoyer à l'art. 298d CC pour per-

mettre une telle adaptation. Cette disposition s'adresse aux parents biologiques non mariés d'un enfant, de même qu'à l'enfant lui-même. Il n'est pas important de savoir s'ils forment un ménage commun ou non.

A^{sexies}. Beaux-
parents

Art. 299 Titre marginal

A^{septies}. Parents
nourriciers

Art. 300 Titre marginal

L'ajout d'un art. 298e AP-CC requiert l'adaptation des titres marginaux des art. 299 et 300 CC.

6.3

Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)¹⁴⁶

Art. 14 Communication de données personnelles

L'ODM peut, au cas par cas et sur demande écrite dûment motivée, communiquer des données personnelles enregistrées dans le système d'information à d'autres autorités et aux services de recherche au sens de l'art. 268e CC¹⁴⁷ lorsqu'ils en ont besoin pour accomplir les tâches qui leur incombent en vertu de la loi.

L'art. 14 LDEA indique qui est autorisé, suite à une demande écrite dûment motivée, à obtenir des informations relatives aux données personnelles enregistrées dans le système d'information. Les services de recherche, en qualité d'organisations privées, ne sont pas couvertes par la notion d'« autorités », mais en raison du mandat légal qui leur est attribué par l'art. 268c AP-CC, elles peuvent avoir besoin d'obtenir des données personnelles issues des domaines des étrangers et de l'asile. Il faut donc une autorisation pour qu'un service de recherche reconnu par la Confédération, en qualité d'organisation privée, puisse obtenir les données nécessaires.

¹⁴⁶ RS 142.51

¹⁴⁷ RS 210

En cas d'accession des couples unis par un partenariat enregistré à l'adoption de l'enfant du partenaire, il faudra adapter la loi sur le partenariat.

Art. 13, al. 1^{bis}

^{1bis} Au demeurant, les art. 163 à 165 du code civil (CC)¹⁴⁹ concernant l'entretien de la famille s'appliquent par analogie.

Le partenariat enregistré a été conçu pour deux personnes qui continuent à vivre la même vie que précédemment après l'enregistrement; il n'a pas été conçu comme une institution du droit de la famille puisqu'il est jusqu'à aujourd'hui impossible pour des personnes liées par un partenariat enregistré de devenir parents en commun en vertu du droit suisse (cf. à ce sujet l'art. 28 LPart). L'accession des couples en partenariat enregistré à l'adoption de l'enfant du partenaire changera la donne: les membres du partenariat seront les parents communs de l'enfant et devront s'entendre sur leurs rôles respectifs au sein de la communauté, comme le feraient des époux. Le renvoi aux articles correspondants du CC permettra d'établir ce lien.

Art. 17, al. 3^{bis}

^{3bis} Lorsque l'un des partenaires a adopté l'enfant de l'autre et que l'enfant est mineur, le juge ordonne les mesures nécessaires conformément aux art. 270 à 327c CC¹⁵⁰.

Dans sa conception, l'art. 17 correspond à l'art. 176 CC, mais sans l'al. 3 sur les enfants mineurs. Le fait que la LPart ne fasse pas référence à cet article ou ne contienne pas de réglementation propre a été motivé par la vocation de la loi de régler non pas la vie commune d'une famille, mais la vie commune de deux personnes sans enfants communs. Une disposition régissant la relation avec un ou plusieurs enfants communs en cas de séparation deviendra nécessaire si l'on permet aux couples en partenariat enregistré d'accéder à l'adoption de l'enfant du partenaire. L'al. 3^{bis} est l'équivalent de la disposition correspondante du droit matrimonial (art. 176, al. 3, CC).

Art. 25, al. 1, deuxième phrase

¹ ... Ils peuvent notamment convenir que les biens seront partagés conformément aux art. 196 à 219 CC¹⁵¹.

La deuxième phrase est adaptée pour unifier la manière de renvoyer à d'autres actes.

¹⁴⁸ Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, RS 211.231

¹⁴⁹ RS 210

¹⁵⁰ RS 210

¹⁵¹ RS 210

Art. 27a *Adoption par un partenaire de l'enfant de l'autre*

Lorsque l'un des partenaires a adopté l'enfant de l'autre, les art. 270 à 327c CC¹⁵² sont applicables par analogie.

Les enfants ne figurent pas dans la LPart en vigueur, sauf aux art. 27 et 28. Le nouvel art. 27a LPart permettra de garantir que les dispositions du CC relatives aux effets de la filiation seront applicables aux enfants dont les parents vivent en partenariat enregistré.

Art. 28 *Adoption et procréation médicalement assistée*

Les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas autorisées à adopter un enfant conjointement ni à recourir à la procréation médicalement assistée.

L'avant-projet vise à lever l'interdiction totale d'adopter pour les personnes vivant en partenariat enregistré, mais l'adoption conjointe restera hors de portée des couples homosexuels.

Art. 34, al. 4 *Contributions d'entretien*

⁴ Au demeurant, les art. 125, al. 2 et 3, et 126 à 134 CC¹⁵³ concernant l'entretien après le divorce sont applicables par analogie.

Si les partenaires enregistrés sont les parents d'un enfant commun, il faudra veiller à ce qu'en cas de dissolution du partenariat enregistré, les contributions d'entretien soient versées comme elles le seraient en cas de divorce. La LPart en vigueur renvoie aux dispositions du CC sur le droit du divorce, mais pas à celles qui s'appliquent lorsque le couple marié a des enfants. Les renvois au droit du divorce seront donc complétés (ajout de renvois aux art. 125, al. 2, 133 et 134 CC) et les dispositions correspondantes seront déclarées applicables par analogie.

6.5 **Code de procédure civile (CPC)¹⁵⁴**

Titre précédant l'art. 307a

Chapitre 3 Procédure applicable aux enfants dans les affaires relatives à un partenariat enregistré

Art. 307a

Lorsqu'une personne a adopté l'enfant de la personne avec laquelle elle est liée par un partenariat enregistré, les art. 295 à 302 sur la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille s'appliquent par analogie.

Le droit de la procédure civile devra refléter également l'évolution du partenariat enregistré d'une institution réglant uniquement les relations entre deux personnes

¹⁵² RS 210

¹⁵³ RS 210

¹⁵⁴ RS 272

adultes à une institution réglant l'éventuelle parentalité des partenaires enregistrés et les effets de celle-ci en cas de séparation du couple et de dissolution du partenariat enregistré. Le nouvel art. 307a CPC permettra de garantir grâce à des renvois que la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille sera applicable aux partenaires enregistrés qui ont des enfants communs.

6.6 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹⁵⁵

Art. 19a Partenaire enregistré survivant

L'art. 19 s'applique par analogie au partenaire enregistré survivant.

Il n'y a pas de lien direct entre la révision de l'art. 19a LPP et l'avant-projet, mais il y a un sens à faire cette adaptation dans le contexte de la révision du droit de l'adoption en raison du rapport étroit existant avec la LPart, qu'il faut en tous les cas adapter. Il faut une disposition spéciale indiquant qui a droit à une rente de survivant en cas de décès du partenaire. Le libellé de l'art. 19a LPP se fonde sur une réglementation qui n'existe plus telle quelle. Depuis le 1^{er} janvier 2005, la LPP garantit une rente de survivant tant à la veuve qu'au veuf, si les conditions nécessaires, les mêmes pour les deux sexes, sont remplies. La LPP ne contient donc (plus) de conditions différentes pour les rentes de veuf et de veuve. Au moment de l'élaboration de la LPart, la LPP ne garantissait une rente qu'à la veuve en cas de décès de son conjoint. Cette règle n'a pas pu être déclarée applicable aux partenaires enregistrés car il en serait résulté une inégalité de traitement entre les partenaires enregistrés hommes et femmes. En rapport avec l'avant-projet, il faudra adapter l'art. 19a. Il renverra à l'art. 19, qui régit de manière générale et sans distinction de sexe le droit à des prestations pour le conjoint survivant, droit dont jouissent également les partenaires enregistrés hommes et femmes.

7 Droit supérieur

7.1 Bases légales

La révision du droit de l'adoption se fonde sur la compétence de la Confédération d'élaborer la législation en matière de droit civil et de procédure civile en vertu de l'art. 122 Cst¹⁵⁶. Cette compétence englobe aussi bien les dispositions du CC sur l'adoption que la LPart.

7.2 Constitutionnalité des conditions d'adoption

Tout comme le droit en vigueur, l'avant-projet ne permet pas à toutes les personnes désireuses d'adopter d'accéder à toutes les formes d'adoption. Il faut noter en outre que les conditions d'adoption, et en particulier l'âge des adoptants et la différence d'âge avec l'enfant, constituent des obstacles supplémentaires qui font que toute personne qui souhaite adopter un enfant ne peut satisfaire son désir. Justement, le but de l'adoption n'est pas de donner vie aux souhaits des candidats à l'adoption et de les aider à se procurer un enfant, mais de donner des parents à un enfant qui n'en a pas. Le point de vue de l'enfant est déterminant et ses intérêts priment. Cette appro-

¹⁵⁵ RS 831.40

¹⁵⁶ RS 101

che justifie les principales restrictions inscrites dans le droit de l'adoption en vigueur et dans le droit de l'adoption révisé.

L'adoption conjointe et l'adoption par une personne seule créent artificiellement des liens de filiation et entraînent la prise en charge par une famille d'un enfant qui lui est étranger. Les conditions d'adoption doivent donc être de nature à garantir à l'enfant adopté les meilleures conditions qui soient dans sa nouvelle famille. L'âge minimal de 28 ans et la limitation de la différence d'âge à 45 ans constituent des critères propices à donner à l'enfant la stabilité requise à long terme. Les limitations d'âge vers le haut comme vers le bas sont la garantie d'une certaine maturité de l'adoptant; la différence d'âge maximale est quant à elle une garantie que l'enfant adopté pourra compter sur un environnement stable jusqu'à sa majorité. La possibilité donnée aux autorités de déroger à ces conditions d'adoption s'il existe de justes motifs rend le droit flexible et leur permet de s'adapter aux circonstances et au bien de l'enfant. L'absence d'âge minimal pour l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire permet de tenir compte du contexte. L'adoption ne consiste pas dans ce cas à créer des liens de filiation artificiels entre des personnes étrangères les unes aux autres, mais d'assurer une sécurité juridique dans une situation préexistante. L'examen de la demande d'adoption permettra en de tels cas de déterminer si le conjoint ou le partenaire remplit les conditions pour devenir parent adoptif. Cet examen a d'ailleurs la même fonction lorsqu'il s'agit d'une adoption conjointe ou d'une adoption par une personne seule. La durée du ménage commun exigée, soit trois ans, sera la même pour les deux formes d'adoption qui ont lieu dans le cadre d'une relation de couple. Cette exigence, comme les conditions d'âge, est appropriée pour déterminer selon des critères objectifs si la relation est suffisamment stable.

Les conditions d'adoption citées (âge minimal, différence d'âge maximale, durée de la relation) sont des moyens adaptés, proportionnés et impossibles à remplacer par des mesures moins strictes, d'évaluer l'aptitude de l'adoptant. Elles reposent sur une base légale suffisante (loi au sens formel). Elles ne servent cependant qu'à motiver, jusqu'à preuve du contraire, la stabilité d'une relation, la maturité du ou des adoptants et l'existence de perspectives à long terme (jusqu'à la majorité de l'enfant). Elles autorisent les autorités à faire le pari de donner une famille à un enfant et de permettre à des personnes de devenir des parents. Les conditions d'adoption sont des indicateurs pour les autorités chargées d'appliquer la loi. Seul l'examen au cas par cas leur permet de dire si le ou les adoptants sont aptes.

7.3 Rapport avec l'art. 8, al. 2, Cst.

Tout comme le droit en vigueur, l'avant-projet établit des distinctions entre différentes formes de couples. Les couples mariés, les couples vivant en partenariat enregistré et les couples en union libre n'ont pas accès de la même manière aux trois formes d'adoption:

- *adoption conjointe*: aux termes de l'avant-projet, seuls les couples mariés pourront adopter un enfant conjointement;
- *adoption par une personne seule*: conformément à l'avant-projet, elle sera accessible sans restriction aux personnes mariées; une personne liée à une autre par un partenariat enregistré pourra adopter un enfant seule aux mêmes conditions qu'une personne mariée; les personnes menant de fait une vie de couple pourront comme actuellement adopter seules;

- *adoption de l'enfant du partenaire*: selon l'avant-projet, elle sera accessible aux couples vivant en partenariat enregistré et, d'après la variante, aux personnes menant de fait une vie de couple.

En matière d'adoption conjointe, l'inégalité de traitement entre les personnes liées par un partenariat enregistré ou menant de fait une vie de couple et les personnes mariées sera maintenue. Il convient d'examiner cette inégalité de traitement à la lumière de l'art. 8, al. 2, Cst., qui consacre l'interdiction de la discrimination, notamment du fait du mode de vie (par exemple en partenariat enregistré ou en union libre). Il ne s'agit pas de rabaisser ni d'exclure les couples homosexuels ou les couples en union libre en leur interdisant l'adoption conjointe. Les différences instituées dans le droit de l'adoption relèvent bien plus du fait que l'interdiction de la discrimination n'oblige pas le législateur à offrir aux personnes ayant d'autres modes de vie le même traitement que celui accordé aux personnes mariées; ces différences s'expliquent d'autre part par la protection particulière dont jouit l'institution du mariage¹⁵⁷, qui est prise en compte dans l'interprétation de l'art. 8, al. 2, Cst.

7.4 Droit conventionnel

L'avant-projet respecte les principes et les engagements internationaux décrits au ch. 1.7. Il n'est pas contraire aux arrêts de la Cedh. Dans son arrêt *E.B. contre France*¹⁵⁸, la Cour avait affirmé que l'art. 8 CEDH ne consacrait pas de droit à l'adoption. Elle a indiqué que les Etats parties n'étaient pas tenus de donner un accès absolu à cette institution et de mettre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels sur un pied d'égalité en la matière. Les Etats parties conservent donc une certaine marge de manœuvre dans la conception des institutions juridiques spécifiques aux couples homosexuels et des droits associés (arrêt *Gas et Dubois contre France*¹⁵⁹). Si un Etat crée des institutions juridiques destinées aux couples homosexuels et qu'il ne leur attribue pas dans tous les domaines les mêmes droits qu'aux couples mariés, il n'est nullement tenu a fortiori de le faire pour les personnes menant de fait une vie de couple sans cadre juridique. L'avant-projet, et en particulier le fait que l'adoption conjointe demeure un droit réservé aux couples mariés, n'est pas contraire au droit international en général ni à la CEDH et à la jurisprudence de la Cedh en particulier.

L'avant-projet est également conforme à la CEDH en ce qui concerne l'accession des couples ayant d'autres formes de vie à l'adoption de l'enfant du partenaire, car la convention n'oblige pas les Etats parties à autoriser ce type d'adoption pour les couples non mariés. Il n'y aurait violation de l'art. 8 CEDH que si les couples non mariés hétérosexuels avaient accès à l'adoption de l'enfant du partenaire et que les couples non mariés homosexuels ne l'avaient pas¹⁶⁰.

8 Dénonciation de la Convention européenne du 24 avril 1967

La Convention européenne du 24 avril 1967 n'est plus au goût du jour; elle contredit d'ailleurs sur plusieurs points la CEDH en rapport avec l'interprétation des arrêts de la Cedh. Cela transparait dans le préambule de la convention révisée sur l'adoption

¹⁵⁷ Cf. le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF **1997 I** 156; BO 1998 (Conseil des Etats, tiré à part sur la réforme de la Constitution fédérale), pp. 41, 157 et 209 (interventions Inderkum concernant l'art. 12).

¹⁵⁸ Requête n° 43546/02

¹⁵⁹ Requête n° 25951/07

¹⁶⁰ *X et autres contre Autriche* (requête n° 19010/07)

(« reconnaissant que certaines dispositions de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 (STE n° 58) sont dépassées et incompatibles avec la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme »). Il paraît donc justifié de dénoncer la convention aussitôt que possible.

9 Ratification de la convention européenne révisée du 27 novembre 2008?

Enfin se pose la question de la position que la Suisse va adopter quant à la convention européenne révisée du 27 novembre 2008. Le droit suisse de l'adoption, dans sa forme actuelle, ne remplit pas la condition fixée à l'art. 9, par. 1, de la convention révisée, selon laquelle l'âge minimum de l'adoptant ne doit être ni inférieur à 18 ans ni supérieur à 30 ans. Le code civil demande un âge minimal de 35 ans, sauf si le couple candidat à l'adoption est marié depuis au moins cinq ans (art. 264a, al. 2, et art. 264b CC).

Si elle mettait en vigueur l'abaissement de l'âge minimal proposé aux art. 264a et 264b AP-CC, la Suisse se conformerait à cette condition, si bien qu'elle pourrait ratifier la convention révisée. Il s'imposera d'examiner en temps utile si une telle ratification est nécessaire.

Bibliographie

Biderbost Yvo, Kommentar zu Art. 264–269c ZGB, in: Breitschmid Peter et al. (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2^e éd., Zurich 2012.

Breitschmid Peter, Kommentar zu Art. 264–269c ZGB, in: Honsell Heinrich et al. (éd.), Basler Kommentar zum ZGB, 4^e éd., Bâle 2011.

Büchler Andrea, Das Recht auf Kenntnis seiner Abstammung, Fampra.ch 2009, 1–22.

Conseil de l'Europe, La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe, Strasbourg 2011.

Copur Eylem, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Berne 2008.

Cottier Michelle, Austausch von Informationen im Adoptionsdreieck – Das Adoptionsgeheimnis und die Macht der Leiblichkeit, in: Cottier Michelle et al. (éd.), Information & Recht, Bâle/Genève/Munich 2002, 31–55.

Dethloff Nina, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, ZRP 2004, 195–200.

Frank Rainer, Brauchen wir Adoption?, FamRZ 2007, 1693–1699.

Hegnauer Cyril, Berner Kommentar, vol. II, 2^e section, volume spécial: Die Adoption, Art. 264–269c ZGB und 12a–12c SchlT, Berne 1975.

Leukart Andreas, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung: welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht?, PJA 2009, 584–596.

Lowe Nigel, A Study into the Rights and Legal Status of Children being Brought up in Various Forms of Marital or Non-Marital Partnerships and Cohabitation, A Report for the Attention of the Committee of Experts on Family Law, septembre 1999.

Meier Philippe, L'enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, Fampra.ch 2012, 255–310.

Meier Philippe/Stettler Martin, Droit de la filiation, 4^e éd., Genève 2012.

Message du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996, 197 ss (cit. message LPMA).

Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I 1 ss (cit. message sur le droit du divorce).

Message du 29 novembre 2002 relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, FF 2003 1192 ss (cit. message LPart).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 12 mai 1971 concernant la révision du code civil suisse (Adoption et article 321 CC), FF 1971 I 1222 ss (cit. message sur le droit de l'adoption).

Nay Eveline Y., Forschungsergebnisse zu gleichgeschlechtlichen Familien/ «Regenbogenfamilien» (synthèse), Bâle 2011.

Pfaffinger Monika, Die Adoption durch eine Einzelperson, in: Schwenzer Ingeborg (éd.), Internationale Adoption, 151–156 (cit. *Pfaffinger*, Adoption durch eine Einzelperson).

- Pfaffinger Monika*, Geheime und offene Formen der Adoption: Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Zurich 2007 (cit. *Pfaffinger*, Formen der Adoption).
- Pfaffinger Monika*, Kommentar zu Art. 264–269c ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (éd.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Kurzkomentar, Bâle 2012 (cit. *KuKo-Pfaffinger*).
- Pfaffinger Monika*, Von geheimen und (halb-)offenen Adoptionen, Fampra.ch 2008, 1–47 (cit. *Pfaffinger*, Geheime und (halb-)offene Adoptionen).
- Premand Viviane*, Le droit de l'enfant à l'accès aux données relatives à ses parents biologiques dans le cas d'adoption et de don de sperme, in: Bord Mélanie et al., Le droit à la connaissance de ses origines, Genève 2006, 1–38.
- Rapport du Conseil fédéral sur les adoptions en Suisse (réponse au postulat *Hubmann* « Rapport sur l'adoption ») du 1^{er} février 2006.
- Reusser Ruth*, Neuerungen im Adoptionsrecht des Zivilgesetzbuches, RDT 2001, 133–143.
- Reusser Ruth/Schweizer Rainer J.*, Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, ZBJV 2000, 605–636.
- Rupp Marina* (éd.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, Cologne 2009.
- Sandoz Suzette*, Adoption d'un majeur par une personne seule ou «les vagues» de l'affaire Emonet, in: Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, 1485–1498 (cit. *Sandoz*, Adoption d'un majeur).
- Sandoz Suzette*, Adoption et couples de même sexe, Jusletter du 21 mai 2012 (cit. *Sandoz*, Adoption et couples de même sexe).
- Schürmann Frank*, Adoption im Konkubinatsverhältnis, ZBJV 2008, 262–267.
- Schwenzer Ingeborg*, Model Family Code, Anvers/Oxford 2006.
- Schwenzer Ingeborg/Bachofner Eva*, Familienbilder im Adoptionsrecht, Familienbilder im Adoptionsrecht, in: Schwenzer Ingeborg (éd.), Internationale Adoption, Berne 2009, 77–98.
- Tillmanns Kerstin*, Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, Festschrift für Rainer Frank, Berlin 2008, 271–280.
- Urwyler David*, Die neue Verordnung über die Adoption, ZEK 2011, 357 ss.
- Urwyler David/Hauser Sonja*, Kommentar zu Artikel 78 IPRG, in: Honsell Heinrich et al. (éd.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2^e éd., Bâle 2007.
- Vité Sylvain/Boéchat Hervé*, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 21: Adoption, Leiden/Boston 2008.
- Werro Franz*, Das Adoptionsgeheimnis – Ausgewählte Fragen, ZZW 1995, 359–372.

