



UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Monsieur le Conseiller fédéral

Beat Jans

Par e-mail : zz@bj.admin.ch

Le 17 octobre 2024

Procédure de consultation relative à la modification du code civil (Adoption facilitée de l'enfant du conjoint ou du partenaire)

Prise de position

D'une manière générale, **le projet de révision est bienvenu et dans ce sens est à saluer ; ne sont repris ici que les points qui méritent encore à notre sens d'approfondir la réflexion :**

- Le projet vise à faciliter l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire qui vit dès sa naissance avec un parent juridique et son autre parent, appelé parent d'intention. Il s'agit de situations dans lesquelles l'enfant est né dans le cadre d'un projet parental commun, grâce à un don de sperme privé, à un don de sperme (éventuellement anonyme) ou par d'autres méthodes de procréation médicalement assistée autorisées à l'étranger, y compris la gestation pour autrui. Est avant tout ciblée la durée de la procédure jusqu'au prononcé de l'adoption (actuellement 2 ans au moins, en raison en particulier de l'année de soins exigée par l'art. 264 al. 1 CC, ce qui ne répond pas à l'exigence d'une procédure effective et rapide voulue par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) cf. Avis consultatif du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, Demande n° P16-2018-001) ; l'enfant, dont un seul parent est juridiquement reconnu, n'est pas pleinement protégé pendant cette période.
- A cet effet, **l'art. 264c^{bis} AP-CC**, selon une formulation assez complexe, permet aux couples faisant ménage commun au moment de la naissance de l'enfant d'adopter, ce sans exigence d'un lien nourricier préalable, mais **seulement dès que le ménage commun a duré 3 ans et que les autres conditions de l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire sont réunies.**
 - Partant, l'exigence du lien nourricier demeure pour les couples qui ont deux ans ou moins de ménage commun.
 - L'exigence d'une durée de vie commune de 3 ans peut selon les circonstances du cas d'espèce repousser le prononcé de l'adoption et donc maintenir l'insécurité juridique dans laquelle se trouve l'enfant par rapport au parent d'intention, sans offrir une procédure effective et rapide.

- Les conséquences d'un projet parental commun pour l'enfant ne devraient pas dépendre de la vie commune des parents, compte tenu du besoin de sécurité juridique de l'enfant.
 - À cet effet, **l'art. 268 al. 2^{bis} AP-CC** permet de déposer la requête d'adoption avant la réalisation de toutes les conditions
 - Il n'en demeure pas moins que la condition des 3 ans de vie commune doit être réalisée au plus tard au moment de l'adoption.
 - De surcroît, **l'obstacle de la séparation du couple demeure.**
- En effet, autre obstacle de taille, **la séparation du couple ne permet plus l'adoption co-parentale**, alors même que l'enfant a été conçu dans le cadre d'un projet parental commun. L'enfant ne conservera qu'un seul parent juridiquement reconnu, ce qui prétérira sa sécurité juridique et n'est pas conforme à son bien.
 - **L'art. 268 al. 2^{bis} AP-CC** introduit certes une **clause d'exception** pour atténuer des situations très choquantes pouvant se présenter dans les cas où le ménage commun qui avait duré trois ans n'existe plus au moment du dépôt de la requête d'adoption.
 - Cette exception, dont **les contours apparaissent flous**, n'est pas davantage explicitée dans le Rapport explicatif. Faut-il en déduire qu'une vie commune de 3 ans permet de déposer une requête d'adoption après la séparation du couple chaque fois qu'il en va de l'intérêt de l'enfant ?
 - Il est douteux qu'une telle exception se justifie uniquement dans le cadre de la requête d'adoption facilitée. Il faudrait également la prévoir dans le cadre des autres types d'adoption.
- L'**art. 264c^{bis} AP-CC** en renvoyant aux autres conditions de l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire implique **un contrôle des capacités éducatives du parent d'intention (cf. art. 264 al. 1 CC)**.
 - la procédure d'adoption requiert un contrôle des capacités éducatives afin de s'assurer que l'établissement des liens de filiation est dans l'intérêt de l'enfant, alors que les parents continuent de s'occuper de l'enfant au quotidien (le ménage commun est en principe nécessaire au dépôt de la requête *cf. supra*). Il y a ici une **ambiguïté intrinsèque** qui questionne l'adéquation de la procédure d'adoption, même si certes la CourEDH, dans son Avis consultatif du 10 avril 2019 (Demande n° P16-2018-001), a admis que « vu la marge d'appréciation dont disposent les États s'agissant du choix des moyens, d'autres voix que la transcription, notamment l'adoption par la mère d'intention, peuvent être acceptables dans la mesure où les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 55).

- L'art. 268a al. 3 AP-CC prévoit certes qu'en cas d'adoption facilitée de l'enfant du conjoint ou du partenaire, l'autorité compétente limite la portée de l'enquête et simplifie la procédure de manière à ce qu'un lien de filiation puisse être établi avec l'adoptant dans les six mois suivant le dépôt de la requête. L'ampleur de ce contrôle est toutefois peu claire, le Rapport explicatif laissant entendre que les autorités cantonales devront d'abord veiller à la célérité de la procédure, ce qui signifie de renoncer à un examen d'aptitude complet et à des évaluations sociales. Le contenu de l'enquête doit à notre sens être précisé davantage pour éviter qu'il s'agisse simplement d'une procédure qui vérifie tous les éléments des art. 264 ss CC de manière accélérée. Il suffit à notre avis de limiter l'enquête à la question de savoir si l'enfant est effectivement né à la suite d'un projet parental commun.
- Le projet **ne vise pas la situation de deux parents d'intention dans le cadre de la GPA** (à défaut d'un lien génétique avec l'un des parents), **renvoyés à la procédure d'adoption conjointe**, soumise depuis le 1^{er} janvier 2018 à la condition du ménage commun depuis au moins 3 ans ;
- **une séparation du couple fait ainsi également obstacle à l'adoption conjointe**
 - Seule l'adoption par une personne seule apparaît envisageable, tout en ne sécurisant juridiquement que partiellement la position de l'enfant.
 - **et seul un couple marié a accès à l'adoption conjointe**, ce qui ne correspond ni à l'évolution sociétale, ni à l'évolution législative, le présent projet en témoignant alors qu'il concerne différents modèles familiaux. Si les modifications du droit de l'adoption entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 visaient à adapter le droit de l'adoption aux exigences modernes, il convient de prolonger cette réflexion et de permettre l'adoption conjointe à d'autres modèles familiaux que le mariage, ouvert de surcroît aux couples de partenaires de même sexe depuis le 1^{er} juillet 2022.
- En matière de GPA, le projet **ne résout pas l'inégalité envers la mère génétique** renvoyée à la procédure d'adoption de l'enfant de son conjoint ou partenaire, en raison de l'absence d'une procédure de reconnaissance de filiation ouverte aux femmes selon le droit suisse. En effet, que la mère d'intention présente un lien génétique ou non avec l'enfant, elle doit recourir à la procédure d'adoption, alors que seul le père qui n'est pas génétiquement lié à l'enfant est renvoyé à la procédure d'adoption.
- Or, dans la mesure où un père d'intention lié génétiquement à un enfant né par GPA peut voir son lien de filiation inscrit à l'état civil sans délai et sans contrôle de ses capacités éducatives, alors qu'un tel droit est exclu pour une mère d'intention génétique, il en résulte une situation d'inégalité entre les parents d'intention.
 - La reconnaissance de l'enfant par la mère est une solution adéquate dans cette situation et devrait être prévue dans la prochaine révision du droit de la filiation.

- Le **parent d'intention** reste dans une **position fragile**, dans la mesure où le parent juridique peut refuser de consentir à l'adoption de son enfant, même si celui-ci est issu d'un projet parental commun,
 - o ce alors même que la mère d'intention peut avoir un lien génétique avec l'enfant.
 - o On rappellera que l'art. 265c CC relatif au renoncement au consentement ne prévoit plus que des motifs objectifs ; demeure certes l'interdiction de l'abus de droit qui pourra le cas échéant être développée par le biais de la jurisprudence.
- S'agissant de l'**art. 266 al. 3 AP-CC**, une **distinction est faite entre la vie de couple de fait ou le ménage commun**.
 - o « Si les conditions applicables à l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire réglées à l'art. 264c étaient réunies quand la personne qui fait l'objet d'une demande d'adoption était mineure, une adoption peut être prononcée même si le mariage, le partenariat enregistré ou la vie de couple de fait entre la mère ou le père et l'adoptant ou le ménage commun a pris fin ».
 - Ne faut-il pas supprimer « ou le ménage commun » ou remplacer la vie de couple de fait par le ménage commun ?
 - Cette distinction ne paraît en tout cas **pas claire**.
 - o Dans l'idée du législateur de l'avant-projet, la condition d'un lien nourricier d'un an est nécessaire pour permettre l'adoption à l'âge adulte (Rapport explicatif 2.1.2). Il serait plus clair de l'indiquer dans l'art. 266 al. 3 AP-CC ; la formulation « *Au surplus* » *ab initio* de l'al. 2 peut laisser penser que l'al. 3 est indépendant. De surcroît, pour l'enfant mineur, l'essence de l'avant-projet est de supprimer l'exigence du lien nourricier d'un an dans le cadre de l'art. 264c^{bis} AP-CC.
 - o L'art. 266 al. 3 AP-CC renvoie certes exclusivement à l'art. 264c CC et non à l'art. 264c^{bis} AP-CC
 - Or, l'avant-projet ne résout pas la question de la séparation du couple, hormis le cas exceptionnel, peu clair *cf. supra*, prévu à l'art. 268 al. 2^{bis} CC.
 - La séparation du couple continue à faire obstacle au dépôt de la requête d'adoption à défaut de ménage commun. L'absence de renvoi à l'art. 264c^{bis} AP-CC paraît signifier que cela n'est pas rattrapable à l'âge adulte, contrairement aux procédures d'adoption non facilitées de l'enfant du conjoint ou du partenaire.
 - o La modification proposée de l'art. 266 al. 3 AP-CC permet à l'âge adulte de rattraper une adoption qui n'aurait pas pu être prononcée pendant la minorité en raison de la cessation du ménage commun. Or, selon les circonstances, il pourrait ne pas être raisonnable ni justifié et ainsi non conforme au bien de l'enfant de devoir attendre ses 18 ans pour s'affranchir de la condition du ménage commun, alors que l'intérêt de l'enfant est un des principes au poids particulier selon la CourEDH dans son Avis consultatif du 10 avril 2019 (Demande n° P16-2018-001 ; § 37).

- Selon l'**art. 268a al. 3 AP-CC**, l'autorité compétente est appelée à limiter la portée de l'enquête et à simplifier la procédure de manière à ce qu'un lien de filiation puisse être établi **dans les 6 mois suivant le dépôt de la requête**.
 - Pour 1^{er} rappel, la Suisse a fait l'objet d'une condamnation par la CourEDH en raison de la durée de la procédure d'adoption (plus de 7 ans) due en partie au fait que le couple d'hommes a dû attendre l'entrée en vigueur de la révision du Code civil ouvrant l'adoption aux couples de même sexe pour lancer ladite procédure, cf. CourEDH D.B. et autres c. Suisse du 22 novembre 2022 (requêtes nos 58817/15 et 58252/15).
 - **En pratique, 6 mois devrait tendre à être le maximum.**
 - Limiter la portée de l'enquête et simplifier la procédure ne nous paraissent pas comme des indications claires à l'attention de l'autorité compétente *cf. supra*.
 - La force contraignante de cette disposition sur l'autorité compétente n'est pas davantage très précise, ni ses conséquences en cas de non-respect. Il semble qu'il s'agisse d'un délai d'ordre.
 - Les cantons sont en tous cas impliqués et peuvent anticiper du travail supplémentaire, car ils devront mettre en place cette procédure facilitée.
- Il faut enfin garder en tête que **l'adoption, même facilitée, reste une procédure intentée par le parent d'intention** et que le renvoi à cette procédure peut être problématique si l'enfant est amené à ne pas correspondre aux attentes du ou des parents (notamment l'enfant en situation de handicap) qui pourraient alors renoncer à l'adoption.
 - **L'adéquation de la procédure d'adoption, même facilitée, reste sujette à caution.**

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, nous vous prions de recevoir,
Monsieur le Conseiller fédéral, nos salutations les plus respectueuses



Marie-Laure Papaux van Delden
Professeure au Département de droit civil
Directrice du département de droit civil



Michelle Cottier
Professeure au Département de droit civil
Directrice du Centre d'étude, de technique
et d'évaluation législatives