



Mariage pour tous: état des lieux et perspectives

- ▶ Prof. Dr Philippe Meier, av., FDCA/UNIL
- ▶ Soirée d'études juridiques, Lausanne 7.12.21

Plan de l'exposé

- ▶ Survol historique
- ▶ Mariage pour tous/toutes dès le 1.7.2022: les modifications du CC
- ▶ Mariage pour tous/toutes dès le 1.7.2022: les autres modifications légales
- ▶ Le sort du partenariat enregistré
- ▶ Mariage pour tous et filiation
- ▶ Perspectives
 - ▶ Un PACS à la Suisse?
 - ▶ La révision du droit de la filiation
- ▶ Ce dont on ne parlera pas: DIP, art. 9g Tit. fin. CC

I. Survol historique (1)

- ▶ 1995: pétition (85'000 signatures) en faveur des mêmes droits pour les couples de même sexe
- ▶ 1998: interventions parlementaires, notamment Iv.Pa. Jean-Michel Gros (98.443) et Iv.Pa. Ruth Genner 98.453.
- ▶ 06.1999: Rapport de l'OFJ sur «La situation juridique des couples homosexuels en droit suisse»
 - ▶ **4 solutions possibles**: 1) modifications législatives ponctuelles, 2) contrat de partenariat avec effets à l'égard de tiers, 3) institution d'un statut de partenariat enregistré, 4) ouverture du mariage aux couples homosexuels.
 - ▶ l'OFJ estime que la Constitution garantit l'existence du mariage en tant qu'institution juridique qui doit répondre à certains principes (par ex. mariage hétérosexuel).
 - ▶ selon le Prof. J.-F. Aubert, la constitution garantit le droit au mariage, et non pas une certaine institution du mariage.

I. Survol historique (2)

- ▶ 1999: le Conseil national donne suite à l'Iv.Pa. Gros concernant le partenariat enregistré, mais refuse l'Iv.Pa. Genner qui demande l'ouverture du mariage aux couples de même sexe
- ▶ LPart du 18.06.2004, e.v. 1.1.2007 (MCF FF 2003 1192; référendum 5.6.2005, 58 % de oui): pas un mariage light, mais un **doublon du mariage du CC**
- ▶ En parallèle, lois cantonales avec effets limités: GE 2001 et NE 2004, homo- et hétérosexuels; ZH 2003, homosexuels. Les travaux législatifs cessent ailleurs.
- ▶ **Evolution internationale:** NL (2001), B (2003), E (2005), N (2009), S (2009), P (2010), Isl (2010), DK (2012), F (2013), Angleterre/Pays de Galles (2013), Lux (2015), Irl (2015), D (2018), A (2019); USA (Cour Suprême 2015), etc.
- ▶ Arrêt Chapin et Charpentier c. France du 09.06.2016: l'exigence d'hétérosexualité est conforme à la CEDH si un autre type d'union existe

I. Survol historique (3)

- ▶ 2013: Iv.Pa. Vert Libéraux 13.468 « Mariage civil pour tous »
- ▶ 2016: Rejet de l'initiative populaire du PDC «Non à la pénalisation du mariage», qui aurait défini le mariage dans la Constitution comme l'union d'un homme et d'une femme
- ▶ 2016: [Nouveau droit de l'adoption](#) (e.v. 01.01.2018), avec adoption de l'enfant du partenaire de même sexe
- ▶ 2016: Dans un avis de droit, l'OFJ arrive à la conclusion que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe est possible par une simple modification législative
- ▶ 2019: La CAJ-N adopte le projet de mariage civil pour tous. La majorité de la commission se prononce contre la possibilité pour les couples de femmes mariées de recourir au don de sperme LPMA (FF 2019 8127 ss)

I. Survol historique (4)

- ▶ 29.01.2020: Le Conseil fédéral se rallie à la CAJ-N qui estime que l'ouverture du mariage est possible par voie législative (FF 2020 1223 ss).
- ▶ 11.06.2020: Le Conseil national approuve le mariage pour tous, avec le don de sperme pour les couples de femmes mariées
- ▶ 13.11.2020: La CAJ-E décide que le mariage civil pour tous peut se faire par la voie législative.
- ▶ 01.12.2020: Le Conseil des États approuve le mariage pour tous, avec le don de sperme LPMA pour les couples de femmes mariées
- ▶ 18.12.2020: Le projet est adopté par les Chambres en votation finale.
- ▶ 26.09.2021: La population accepte le «mariage pour tous», avec une majorité de 64,1 % des voix (après une campagne portant essentiellement sur la situation des enfants: pour le reste, respect de la liberté individuelle et adaptation aux réalités sociales). 29^{ème} pays.

II. Mariage pour tous/toutes: les modifications du CC

- ▶ Art. 94 nCC: Le mariage peut être contracté par deux personnes âgées de 18 ans révolus et capables de discernement.
- ▶ Art. 94 aCC: *Pour pouvoir contracter mariage, l'homme et la femme doivent être âgés de 18 ans révolus et capables de discernement.*
- ▶ + Droit de la filiation (cf. infra)
- ▶ ... et c'est tout!
- ▶ Exemples:
 - ▶ Effets personnels (union conjugale, nom), matériels (entretien) et procéduraux (MPUC): sans égard au sexe des époux (=LPart)
 - ▶ Régime matrimonial: idem, égalité de tous les couples et soumission au régime jugé le plus équitable par la plupart, la PAA (≠LPart)
 - ▶ Fiançailles désormais possibles (≠LPart!)

II. Mariage pour tous/toutes: les autres modifications

- ▶ Pas de modification de dispositions problématiques comme l'art. 13a al. 2 LPGA pour l'heure, qui assimile la partenaire enregistrée survivante à un veuf (FF 2019 8136)
- ▶ ... mais avec un mariage, égalité assurée pour la femme
 - ▶ inégalité AVS rente de veuve/rente de veuf ? Aff. 78630/12 B. c. Suisse (GC CEDH)
- ▶ **Naturalisation facilitée désormais possible**, sans plus de nécessité de modifier l'art. 38 Cst. féd. (nombreuses interventions parlementaires dans ce sens; cf. déjà art. 10 LN)

III. Le sort du partenariat enregistré (1)

- ▶ Ferait doublon avec le mariage: [la possibilité disparaît](#)
- ▶ La loi est totalement modifiée et ne traite plus que des partenariats passés (effets, dissolution, conversion), elle devient une réglementation «transitoire».
- ▶ 2007-2020: 11'551 partenariats conclus; en déduisant les dissolutions judiciaires et les décès: 19'000 personnes environ liées aujourd'hui par un partenariat.
- ▶ Un [droit](#) mais pas une obligation de convertir (art. 35 nLPart) - cf. art. 14 Cst. féd.
 - ▶ [Pas de délai](#)
 - ▶ Devant l'officier de l'état civil, avec comparution personnelle
 - ▶ Possibilité de demander les formes du mariage (salle des mariages, deux témoins capables de discernement), i.e. une [cérémonie](#)
 - ▶ Déroge aux pratiques de l'état civil (pas de cérémonie pour une reconnaissance ou l'inscription d'un décès; possibilité de cérémonie déjà donnée au moment du partenariat)
 - ▶ Mais valeur symbolique retenue par le Parlement

III. Le sort du partenariat enregistré (2)

► *Effets de la conversion (art. 35a LPart)*

- Dès que la déclaration de conversion est effectuée, les partenaires sont considérés comme mariés.
- Si une disposition légale fait dépendre des effets juridiques de la durée du mariage, il est tenu compte de la durée du partenariat enregistré qui l'a précédé.
 - Ex. art. 21 LN (naturalisation facilitée); art. 122 CC
 - Vaut aussi pour la jurisprudence (par ex. *Lebensprägung*, même si critère relativisé)

III. Le sort du partenariat enregistré (3)

- ▶ La participation aux acquêts est appliquée dès le moment de la conversion
 - ▶ pas d'effet rétroactif à la conclusion du partenariat (FF 2019 8143): jusque-là, en principe séparation des biens (art. 18 LPart)
 - ▶ sauf si une convention sur les biens (conclue pendant le partenariat) ou un contrat de mariage (conclu en vue de la conversion) prévoit un effet rétroactif
 - ▶ une convention sur les biens (art. 25 LPart) reste valable même après la conversion (par ex. paa ou séparation de biens *avec dispositions successorales*)
 - ▶ possibilité de conclure un contrat de mariage en vue de la conversion
 - ▶ nécessité d'une **information** vu effets sur régime
- ▶ Pas d'effet sur le nom, pas de nouveau droit de choix
- ▶ Pas d'effet sur le lien de filiation ou l'autorité parentale à l'égard des enfants de l'autre
- ▶ Quid des partenariats de droit cantonal?

IV. Mariage pour tous et filiation (1)

- ▶ *Rappel*: art. 28 aLPart: ni PMA ni adoption
- ▶ Adoption: FF 2003 1222: «si le législateur autorisait les couples homosexuels à adopter un enfant, les principes fondamentaux du droit de la filiation actuel seraient abandonnés. L'enfant aurait, du point de vue juridique, deux mères ou deux pères, ce qui serait contraire à l'ordre des choses. Il serait alors dans une situation exceptionnelle, qui serait difficile à justifier dans la société contemporaine.»
- ▶ Art. 28 nLPart (2018): possibilité d'adopter l'enfant du partenaire enregistré (art. 264c al. 1 ch. 2 CC)
- ▶ Avec le mariage pour toutes/tous, possibilité d'adopter un enfant externe, l'orientation sexuelle ne joue pas de rôle (art. 264a CC non modifié).
 - ▶ Recul drastique en Suisse (1980: 684, 2018: 117; 2019: 87; 2020: 68 adoptions par couples mariés, en principe adoptions internationales)
 - ▶ Ouverture en CH ne dit rien de l'étranger (pas d'enfant offert à ces couples)
 - ▶ Attention: art. 28 LPart reste en vigueur: il faut se marier!

IV. Mariage pour tous et filiation (2)

- ▶ PMA:
- ▶ Art. 119 al. 2 lit. c Cst. féd.: le recours à la PMA n'est autorisé que «lorsque la **stérilité** ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peuvent être écartés d'une autre manière ...»
- ▶ FF 2003 1226: « Il découle de la Constitution elle-même que les couples homosexuels n'ont pas la possibilité de recourir à la procréation médicalement assistée. (...). Dans le cas de deux femmes lesbiennes, (...), il pourrait être possible de recourir à un don de sperme. Toutefois, selon l'art. 119, al. 2, let. c, Cst., la stérilité est en principe l'une des conditions posées pour recourir aux méthodes de procréation assistée; en d'autres termes, il faut qu'il y ait une absence d'enfant non volontaire durant un temps déterminé malgré des relations sexuelles régulières non protégées. **Cette condition exclut dès lors les lesbiennes.** »
- ▶ Cf. aussi **art. 5 LPMA** (la PMA est admise si elle «permet de remédier à la stérilité d'un couple et les autres traitements ont échoué ou sont vains»).
- ▶ «Le sens des mots - ou les limites de l'interprétation dynamique» (avis de droit Ziegler Jusletter 08.04.2019 vs. avis de droit Häner/Bundi, Jusletter 06.09.2021)
- ▶ Principe de la PMA finalement admis pour couples lesbiens (cf. supra).



Ceci n'est pas une pipe.

IV. Mariage pour tous et filiation (3)

- ▶ Art. 255a al. 1 CC: présomption de «parentalité» de l'épouse si (comp. art. 255 CC)
 - ▶ 1) lien avec la mère qui accouche (art. 252 al. 1 CC)
 - ▶ 2) mariage
 - ▶ 3) naissance pendant le mariage (le partenariat, même converti ultérieurement, ne suffit pas)
 - ▶ 4) conception au moyen d'un don de sperme conformément à la LPMA
- ▶ Avec la «parentalité» de l'épouse de la mère dès la naissance, la condition de l'art. 3 al. 2 let. a LPMA (la PMA est réservée aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi au sens des art. 252 à 263 CC) est remplie.
 - ▶ Pas d'autre moyen: reconnaissance et action en «parentalité» exclues
- ▶ Il s'agit en réalité d'une **fiction légale**, non d'une présomption, car pas d'action en désaveu (cf. note marginale art. 256 CC et nouvelle formulation art. 23 LPMA)
- ▶ Réserver l'art. 88 CPC ou l'art. 42 CC pour faire constater la non-réalisation des conditions de la fiction ou rectifier l'inscription

IV. Mariage pour tous et filiation (4)

- ▶ Les questions techniques:
 - ▶ Si l'épouse de la mère décède ou est déclarée disparue, elle est considérée comme parent de l'enfant **si l'insémination a eu lieu avant son décès ou avant le moment** où elle était en danger de mort ou avant celui de la réception des dernières nouvelles la concernant (art. 255a al. 2 CC).
 - ▶ Seulement insémination? **Toute technique** (insémination, transfert de gamètes, FIV)
 - ▶ Imprégnation? **Implantation?** Nidation?
 - ▶ Les dons privés, les PMA étrangères et la conception naturelle avec un homme ne font pas naître la présomption (seul moyen: adoption de l'enfant du conjoint)
 - ▶ Motifs du législateur (CE): recherche des origines, art. 27 LPMA (or documentation possible pour un don privé aussi ...)

IV. Mariage pour tous et filiation (5)

- ▶ Les questions techniques (suite):
 - ▶ Quelles conditions de la LPMA doivent-elles être remplies/vérifiées:
 - ▶ Intérêt de l'enfant (art. 3 al. 1 et al. 2 lit. b LPMA)?
 - ▶ Consentement (art. 5b LPMA)?
 - ▶ Information (art. 6-6a LPMA)?
 - ▶ Autorisation de pratique (art. 8-9, art. 20 LPMA)?
 - ▶ Le projet d'OEC: un certificat médical confirmant la conception par un don de sperme selon la LPMA doit systématiquement être présenté
 - ▶ Quel médecin?
 - ▶ Contenu du certificat?
 - ▶ La nécessité de se limiter aux conditions formelles?
 - ▶ Sans autorisation, ne peut être conforme à la LPMA (comp. art. 23 al. 2 LPMA) - mais quid de l'ignorance du couple?

IV. Mariage pour tous et filiation (6)

- ▶ Les questions techniques (suite):
- ▶ Le **consentement vicié ou non éclairé de l'épouse au moment de la conception**
 - ▶ Pas d'action - lacune improprement dite (comp. art. 256 al. 3 CC pour le mari)?
 - ▶ La comparaison avec la conception naturelle ?
- ▶ Le **consentement inexistant de celle qui est l'épouse au moment de la naissance** (cas du remariage)
 - ▶ Faut-il une égalité parfaite avec l'art. 255 CC?
 - ▶ Ne devrait-on pas exiger que l'art. 255a CC ne s'applique que si la participante à la PMA est l'épouse au moment de la naissance (ratio legis)?
- ▶ Problématique du **conflit de présomptions** en cas de veuvage et de mariage avec une autre femme ... ou un homme (art. 255a al. 2 et art. 255a al. 1, cf. art. 257 CC)

IV. Mariage pour tous et filiation (7)

- ▶ Divers autres points
 - ▶ En cas d'annulation du mariage, l'art. 109 al. 3 CC ne s'applique pas par analogie
 - ▶ La problématique terminologique
 - ▶ «parenté» vs «parentalité» (art. 255a + notes marginales art. 255 et 256)
 - ▶ mère vs. «autre parent»

V. Quelques perspectives (1)

- ▶ Et le PACS à la Suisse? (Po.15.3431 et Po.15.4082)
 - ▶ Le rapport de 2015 sur la révision générale du droit de la famille
 - ▶ Le raout de 2017
 - ▶ L'occasion manquée du mariage pour tous/toutes
 - ▶ la question de savoir si le législateur suisse souhaite introduire en plus du mariage un lien plus faible peut être tranchée indépendamment de la question de l'ouverture du mariage. **Priorité à l'ouverture du mariage!** (FF 2019 8134)
 - ▶ partenariat léger ou lourd?
 - ▶ «opting-in» ou «opting-out»?

V. Quelques perspectives (2)

- ▶ La révision générale du droit de la filiation
 - ▶ Po.18.3714 «Examen du droit de la filiation» de la CAJ-E
 - ▶ Commission d'experts et recommandations/rapport juin 2021
 - ▶ Publication CF décembre 2021
 - ▶ Quelques points discutés
 - ▶ La généralisation de la présomption à tous les couples mariés?
 - ▶ Ou l'abandon général de la présomption?
 - ▶ Un système permettant de traiter aussi des dons de sperme privés?
 - ▶ La connaissance de ses origines - un registre spécifique?
 - ▶ Parenté ou parentalité?
 - ▶ Des formes de «vraie» multiparenté?

Merci de votre attention!

Pour toute question ou référence: philippe.meier@unil.ch