

**La situation juridique  
des couples homosexuels  
en droit suisse**

**Problèmes et propositions de solution**

**Office fédéral de la justice**

**Juin 1999**

# 1 Introduction

## 11 En général

L'homosexualité existe dans toutes les cultures et dans toutes les formes de société. Par le passé, elle a été plus ou moins taboue. Ce n'est que ces dernières décennies que l'opinion sur les couples homosexuels s'est modifiée. Aujourd'hui, les problèmes, notamment juridiques et pratiques, de ces couples font l'objet d'une vaste discussion. La nouvelle constitution fédérale de la Confédération suisse, adoptée par le peuple et les cantons le 18 avril 1999, prévoit expressément à l'article 8, alinéa 2, que nul ne doit subir de discrimination du fait de son mode de vie. Le changement dans la société s'était par ailleurs déjà manifesté lors de la révision des dispositions relatives aux infractions d'ordre sexuel, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1992, et qui traite de la même manière les comportements hétérosexuel et homosexuel<sup>1</sup>.

Plusieurs faits sont à l'origine de cette évolution. Il y a d'une part une modification générale des structures de la société, qui a entraîné l'apparition d'une multitude de formes de vie en commun<sup>2</sup>. Il y a d'autre part une plus grande ouverture et plus de tolérance à l'égard du mode de vie des individus, qui peuvent être attribuées à une interprétation plus large du principe fondamental de la liberté personnelle<sup>3</sup>. Parallèlement, les concepts moraux de la société se sont modifiés. Enfin, l'évolution est sans doute aussi l'expression d'un mouvement d'émancipation homosexuelle (mot-clé: "coming out"), c'est-à-dire d'une modification de la perception de soi et de la confiance en soi des personnes concernées, ainsi que le fruit du travail constant d'information et de lobbying des organisations défendant leurs intérêts. S'agissant du nombre d'homosexuels, on peut estimer qu'ils représentent environ 5% de la population.<sup>4</sup>

La tolérance croissante de la société envers les homosexuels n'est pas une spécificité suisse; elle se constate également dans les autres pays européens et extraeuropéens. L'évolution internationale a été marquée notamment par la suppression définitive, en 1993, de l'homosexualité dans le registre des maladies de l'OMS.

Plusieurs pays étrangers ont déjà adopté des lois spécifiques sur les unions homosexuelles; d'autres sont en train d'élaborer des projets législatifs ou prévoient de le faire.<sup>5</sup> En Suisse, la question du statut juridique des couples

---

<sup>1</sup> Cf. message du Conseil fédéral du 26 juin 1985, FF 1985 II 1103 s.

<sup>2</sup> Cf. T. Fleiner-Gerster/P. Gilliard/K. Lüscher (Ed.), Familien in der Schweiz, Freiburg i.Ue. 1991; Office fédéral de la statistique, Haushalte und Familien: die Vielfalt der Lebensformen, Berne 1996.

<sup>3</sup> Des discussions ont lieu également au sein des Eglises. En ce qui concerne la discussion dans le domaine de l'éthique sociale évangélique cf. W. Lienemann, Die Vielfalt der Lebensgemeinschaften, Zwischen Gleichstellungsgebot und Diskriminierungsverbot, Zeitschrift für Evangelische Ethik, 39. Jg., p. 279 ss.

<sup>4</sup> Lors des débats sur la révision totale de la constitution fédérale, le Conseiller national Thür a parlé de 5 à 10%; cf. BO 1998 N 658. R. Schimmel, Eheschliessung gleichgeschlechtlicher Paare?, Berlin 1996, p. 40, écrit, sur la base de recherches menées aux USA et en Allemagne, que 4 à 5% des hommes et 1 à 3% des femmes sont exclusivement ou presque exclusivement homosexuels.

<sup>5</sup> Cf. chiffre 2.

homosexuels se pose également. Depuis un certain temps, cette question est régulièrement soulevée dans la presse<sup>6</sup>, la doctrine et la politique<sup>7</sup>.

Cependant, l'évolution décrite ne devrait ni être surestimée ni conduire à la conclusion trop hâtive que l'homosexualité est aujourd'hui largement acceptée par la société. La réalité est bien plutôt que les homosexuels sont quotidiennement l'objet de méfiance et de rejet ainsi que de sarcasmes et même de violences physiques<sup>8</sup>.

## 12 Interventions parlementaires et pétitions

Le Conseil fédéral a eu à traiter la question des couples homosexuels, la première fois en 1994, dans le cadre de la question ordinaire du Conseiller aux Etats Petitpierre (94.1027). En considération des législations relativement nouvelles adoptées par le Danemark, la Norvège et la Suède, le Conseil fédéral était invité à s'exprimer sur sa volonté d'approfondir l'étude de la question des couples homosexuels et de faire part de ses intentions en la matière. Le Conseil fédéral a répondu qu'à son avis le sujet ne devait pas être réglé dans le cadre de la révision du droit de la conclusion et de la dissolution du mariage, même si cette proposition a été faite par quelques participants à la procédure de consultation. La situation des couples homosexuels devait faire l'objet d'une étude approfondie. La même année, la Conseillère nationale Grendelmeier a déposé un postulat (94.3439) demandant de mettre sur pied une protection juridique des relations homosexuelles, auquel il n'a cependant pas été donné suite et qui, entretemps, a été classé.

Le 9 janvier 1995, le comité "Les mêmes droits pour les couples de même sexe" a déposé une pétition signée par 85'181 personnes, dont le texte est le suivant:

"Les soussignés invitent l'Assemblée fédérale à supprimer la discrimination juridique dont les couples de même sexe font l'objet. Les couples de même sexe qui construisent une relation durable doivent pouvoir obtenir fondamentalement les mêmes droits que ceux conférés aux couples hétérosexuels par le mariage. En particulier, le droit au séjour pour la partenaire étrangère/le partenaire étranger et l'égalité de traitement par rapport à un conjoint en cas de maladie ou de décès doivent être assurés."

Les motifs à l'appui de cette pétition ont particulièrement mis en évidence les difficultés rencontrées par les couples bi-nationaux, mais aussi les problèmes juridiques en cas de maladie ou de décès d'un partenaire, qui constituent un exemple de discrimination juridique. La pétition propose des solutions, telles que l'adaptation ponctuelle de lois ou l'introduction d'un statut de partenariat légalement enregistré, sur le modèle adopté par certains pays étrangers, qui

---

<sup>6</sup> Sur la manière parfois discutable dont la presse traite la question de l'homosexualité, cf. K. Küchler, *Lesben in den Medien*, in: H. Puff (Ed.), *Lust, Angst und Provokation - Homosexualität in der Gesellschaft*, Göttingen/Zurich 1993, p. 147 ss.

<sup>7</sup> Cf. chiffre 12.

<sup>8</sup> Cf. B. Gerber/N. Herz, *Toleriertes Unrecht - Die Diskriminierung von Lesben und Schwulen in der Schweiz*, Berne 1997.

- à l'exception du droit de la filiation et du droit de l'adoption - produit les mêmes effets que le mariage.

L'Union démocratique fédérale (UDF) a, de son côté, lancé une pétition intitulée "Pour une famille saine et contre l'égalité juridique des couples homosexuels", qui a abouti le 6 septembre 1995 avec 88'098 signatures. Le texte de la pétition est le suivant:

"1. Par la présente, les soussignés demandent au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale de ne pas céder aux sirènes d'une petite minorité exigeant un statut d'égalité juridique entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels.

2. Les cellules de base de la société que sont le couple naturel et la famille méritent notre plus grande attention et les valeurs qu'elles représentent doivent être promues."

Cette pétition fait valoir que même si les personnes homosexuelles méritent notre respect, il est toutefois inacceptable d'admettre leur prétention à obtenir un statut juridique identique à celui du couple naturel. Elle ajoute que la promotion d'une famille saine est un investissement vital pour notre avenir et que l'Etat doit par conséquent clairement privilégier la famille sur les plans juridique et financier, plutôt que de l'affaiblir encore plus en lui opposant d'autres formes de partenariat.

En février 1996, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a traité les deux pétitions et décidé, après une discussion approfondie, de déposer un postulat demandant au Conseil fédéral d'examiner "quelles seraient les possibilités d'éliminer les problèmes juridiques que rencontrent les couples de même sexe et à quels droits et obligations une telle institution devrait être soumise". Le Conseil national a transmis le postulat au Conseil fédéral le 13 juin 1996 par 68 voix contre 61 et a classé la pétition "Les mêmes droits pour les couples de même sexe"<sup>9</sup>. En considération de la pétition de l'UDF, le Conseil national a décidé, le même jour, conformément aux propositions de sa Commission des affaires juridiques, de prendre acte du chiffre 1, sans y donner suite, et de transmettre le chiffre 2 au Conseil fédéral pour qu'il en prenne acte<sup>10</sup>.

Le 19 juin 1997, le Conseil des Etats a classé la pétition "Les mêmes droits pour les couples de même sexe" en raison du postulat transmis par le Conseil national. La proposition d'une minorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats de transmettre un postulat identique à celui transmis par la Commission des affaires juridiques du Conseil national a été rejetée<sup>11</sup>. A l'instar du Conseil national, le Conseil des Etats a pris acte de la première partie de la pétition de l'UDF sans y donner suite et a transmis la deuxième proposition au Conseil fédéral pour qu'il en prenne acte<sup>12</sup>.

Le 16 mars 1998, le Groupe libéral du Conseil national a déposé un autre postulat (98.3104) priant le Conseil fédéral d'examiner de manière approfondie la situation juridique des couples homosexuels. Vu les interventions déjà

---

<sup>9</sup> Cf. BO 1996 N 911 ss.

<sup>10</sup> Cf. BO 1996 N 914 s.

<sup>11</sup> Cf. BO 1997 E 700 ss.

<sup>12</sup> Cf. BO 1997 E 702 s.

transmises dans ce domaine et en prévision du présent rapport, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter le postulat, qui a été transmis le 26 juin 1998<sup>13</sup>.

Le 30 novembre 1998, le Conseiller national Jean-Michel Gros a déposé une initiative parlementaire (98.443), cosignée par 21 parlementaires, rédigée sous la forme d'une demande conçue en termes généraux. L'initiative demande de prendre les mesures législatives nécessaires pour permettre à deux personnes désirant vivre durablement ensemble d'enregistrer leur statut de partenaires<sup>14</sup>. Une autre initiative parlementaire (98.453) a été déposée le 18 décembre 1998 par la Conseillère nationale Ruth Genner. Selon cette initiative, il convient de modifier le code civil, la loi sur la nationalité et l'ordonnance sur l'état civil de manière à permettre le mariage entre personnes de même sexe. Les deux initiatives n'ont pas encore été traitées.

Enfin, la Conseillère aux Etats Vreni Spoerry a déposé le 9 décembre 1998 une question ordinaire (98.1186), demandant au Conseil fédéral quand il entendait présenter le rapport annoncé sur les problèmes juridiques des couples homosexuels et les solutions envisageables. Dans sa réponse du

---

<sup>13</sup> Cf. BO 1998 N 1530 s.

<sup>14</sup> L'initiative a la teneur suivante:

*"Me fondant, d'une part, sur l'art. 93, 1<sup>er</sup> al., de la constitution, et d'autre part, sur l'art. 21bis de la loi sur les rapports entre les conseils, je dépose l'initiative suivante, rédigée sous la forme d'une demande conçue en termes généraux:*

*Les mesures législatives nécessaires sont prises de façon à permettre à deux personnes désirant vivre durablement ensemble d'enregistrer leur statut de partenaires. Ces mesures devront en particulier permettre:*

- 1. par une révision du Code civil suisse*
  - *l'enregistrement par un officier d'état civil de la volonté exprimée par deux partenaires;*
  - *d'étendre les clauses de nullité du mariage au partenariat;*
  - *d'étendre aux partenaires les notions d'assistance mutuelle et de responsabilité solidaire à l'égard de tiers des dettes contractées par l'un des partenaires;*
  - *de régler le régime des biens acquis par les partenaires pendant la durée de la vie commune;*
  - *de régler la dissolution du partenariat.*
- 2. par une révision de la législation fiscale (LIFD et LHID)*
  - *la taxation commune des partenaires;*
  - *le traitement identique par les cantons des conjoints et des partenaires.*
- 3. par une révision du droit des successions*
  - *de faire du partenaire survivant un héritier légal.*
- 4. par une révision de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers*
  - *l'obligation pour le partenaire étranger d'un permis de séjour, moyennant l'existence réelle d'une vie commune.*
- 5. par une révision de la législation sur les assurances sociales (LAVS ET LPP)*
  - *de régler pour les partenaires les conditions d'octroi des rentes avant et après le décès d'un des partenaires.*
- 6. par une adaptation du droit de bail*
  - *les mêmes droits pour les conjoints et les partenaires.*

*Il n'y aura par contre pas lieu de permettre l'adoption ou l'accès aux techniques de procréation assistée aux partenaires."*

1<sup>er</sup> mars 1999<sup>15</sup>, le Conseil fédéral a annoncé que le rapport serait publié avant les vacances d'été 1999.

### **13 Contenu, structure et terminologie du présent rapport**

Suite à la transmission, le 13 juin 1996, du postulat de la Commission, l'Office fédéral de la justice a été chargé d'élaborer le présent rapport, qui doit, d'une part, analyser la situation juridique actuelle des couples homosexuels et, d'autre part, proposer des solutions possibles. L'analyse de la situation juridique actuelle en Suisse sera précédée d'un bref aperçu de droit comparé, qui, en raison de l'évolution rapide en cette matière, ne saurait être considéré comme exhaustif.

Conformément au postulat de la Commission, le rapport ne traite pas la question de savoir si et dans quelle mesure l'ordre juridique devrait également prendre spécialement en considération les personnes hétérosexuelles vivant en concubinage et les autres communautés de vie, comme par exemple le fait pour des frère et soeur ou des personnes âgées de partager de manière durable le même appartement. Les personnes hétérosexuelles vivant en concubinage se distinguent fondamentalement des couples homosexuels par le fait qu'elles peuvent en principe se marier pour éviter tous les éventuels problèmes juridiques, alors qu'une protection institutionnelle du partenariat des couples homosexuels n'existe pas actuellement.

Le présent rapport ne traite pas non plus les désavantages factuels subis par les couples homosexuels qui ne sont pas des conséquences directes d'une réglementation ou d'une absence de réglementation, bien qu'au quotidien ils n'en sont souvent pas moins lourds pour les personnes concernées<sup>16</sup>.

Afin d'éviter des malentendus, le présent rapport n'utilise la notion de concubinage que pour les personnes hétérosexuelles vivant en concubinage. Par couple il désigne deux personnes vivant en une communauté de vie complète.

Dans le souci de faciliter la lecture du rapport, il a été renoncé à l'utilisation systématique de la forme masculine et féminine.

Le présent rapport a été terminé en avril 1999. Par la suite, seules quelques modifications mineures lui ont été apportées<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> BO E 1999 287.

<sup>16</sup> Cf. Gerber/Herz, op. cit.

<sup>17</sup> Il s'agit des indications de droit comparé relatives à la France et au Danemark qui ont été complétées en raison de modifications récentes jusqu'à la fin du mois de mai 1999.

## 2 Evolution juridique à l'étranger (état jusqu'en avril 1999)<sup>18,19</sup>

### 21 Pays nordiques

#### 211 En général

Les pays nordiques ont sans conteste une position de pionnier en ce qui concerne l'égalité des couples homosexuels par rapport aux autres couples. Ainsi, le Danemark, la Norvège, la Suède et l'Islande ont adopté des lois nationales qui permettent aux couples homosexuels de faire enregistrer leur partenariat et qui lui confèrent des effets largement identiques à ceux du mariage. En Finlande, le Parlement a, en 1997, chargé le Gouvernement d'élaborer une loi dont le but est de supprimer toute discrimination envers les couples homosexuels.

#### 212 Danemark<sup>20</sup>

Le Danemark est le premier Etat européen à avoir adopté, en 1989, une loi sur le partenariat enregistré des couples homosexuels<sup>21</sup>. Les dispositions matérielles de cette loi ne représentent que cinq paragraphes. Les conditions de l'enregistrement sont conformes aux dispositions relatives à la conclusion du mariage, à la différence toutefois que dans le cas du partenariat l'un des partenaires au moins doit être danois et avoir son domicile au Danemark<sup>22</sup>. Cette loi va cependant être modifiée en date du 1<sup>er</sup> juillet 1999. Des personnes qui n'ont pas la nationalité danoise pourront également faire enregistrer leur partenariat, si elles vivent au Danemark depuis deux ans au moins. A la différence des couples hétérosexuels, les couples homosexuels ne pourront cependant pas célébrer un mariage religieux.

Le partenariat enregistré a, en principe, les mêmes effets juridiques qu'un mariage, excepté en ce qui concerne le droit de l'adoption et le droit de garde commun<sup>23</sup>. Toutefois, les dispositions ont été assouplies dans ce domaine. Dès le 1<sup>er</sup> juillet 1999, l'un des partenaires aura la possibilité d'adopter l'enfant de l'autre ("adoption de l'enfant du conjoint"). L'enregistrement a pour conséquence que toutes les dispositions du droit se rapportant au mariage ou aux époux s'appliquent par analogie aux partenariats enregistrés et aux partenaires enregistrés<sup>24</sup>. Ainsi, les effets de l'enregistrement s'étendent au-delà du droit de la famille et s'appliquent également à d'autres domaines du

<sup>18</sup> Cf. toutefois la remarque à la note 17.

<sup>19</sup> Les informations ont été fournies en partie par l'Institut de droit comparé à Lausanne.

<sup>20</sup> Cf. pour la situation juridique au Danemark C. Forder, Civil law aspects of emerging forms of registered partnerships, Legally regulated forms of non-marital cohabitation and registered partnerships, Fifth European Conference on Family Law, The Hague, 15-16 March 1999, National report on Denmark; A. Wacke, Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Dänemark, FamRZ 1990, p. 347 ss; S. Grib, Die gleichgeschlechtliche Partnerschaft im nordischen und deutschen Recht, Deutsche Hochschul-edition, volume 51, Neuried 1996, p. 16 ss.

<sup>21</sup> La réglementation n'est pas applicable aux personnes hétérosexuelles vivant en concubinage.

<sup>22</sup> S'agissant de la nature de l'obligation relative à la nationalité et au domicile, cf. B. Verschraegen, Gleichgeschlechtliche "Ehen", Vienne 1994, p. 112 ss.

<sup>23</sup> Cf. Grib, op. cit., p. 59.

<sup>24</sup> Il existe une exception pour les réglementations liées en particulier au sexe d'un époux.

droit, comme par exemple à la législation sociale. Le renvoi au droit du mariage a pour conséquence, entre autres, que les partenaires enregistrés se doivent assistance mutuelle et que, conformément à la loi sur les régimes matrimoniaux, ils sont soumis à la communauté de biens.

La dissolution du partenariat est soumise en principe aux mêmes règles que le divorce. Chaque partenaire peut demander la dissolution du partenariat lorsque le couple vit séparé depuis au moins deux ans en raison d'une mésentente, de trahison, de comportement violent de l'un des partenaires ou de "bigamie". Chaque partenaire peut également demander la dissolution du partenariat après une séparation officielle d'une année<sup>25</sup>. Si les deux partenaires sont d'accord de dissoudre le partenariat, ils peuvent le faire après une séparation de six mois. A certaines conditions, une obligation d'entretien peut être fixée pendant les 10 ans au maximum qui suivent la dissolution du partenariat.

Enfin, sur la base d'une loi de 1997, il est interdit aux hôpitaux publics et cliniques privées d'appliquer les méthodes de procréation médicalement assistée à des couples de lesbiennes.

Selon les statistiques<sup>26</sup>, 3983 personnes, dont 2669 hommes et 1314 femmes, ont fait enregistrer un partenariat entre janvier 1990 et janvier 1997. Ces chiffres doivent toutefois être relativisés, dans la mesure où seuls les ressortissants danois sont compris dans les statistiques. Au cours de la même période, 225 partenariats entre des partenaires masculins ont pris fin, dont 220 pour cause de décès de l'un des partenaires. S'agissant des partenariats entre deux femmes, 180 ont pris fin, dont 27 pour cause de décès de l'une des partenaires.

Il convient encore de signaler que la loi danoise s'applique également au Groenland depuis le 26 avril 1996.

## 213 Norvège<sup>27</sup>

En Norvège, la loi sur le partenariat enregistré des couples homosexuels est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1993<sup>28</sup>. Cette réglementation correspond largement à la loi danoise et consiste essentiellement en des renvois. Les conditions de l'enregistrement correspondent à celles du droit du mariage, excepté qu'un des partenaires au moins doit être norvégien et qu'un des deux doit avoir son domicile en Norvège.

---

<sup>25</sup> Selon le droit danois, un partenaire qui ne veut pas poursuivre la vie commune a un droit à la séparation; celle-ci peut toutefois aussi être ordonnée à la demande des deux partenaires. En cas de consentement, la séparation fait l'objet d'une décision administrative et en cas de demande unilatérale d'un jugement. Pour plus de détails, cf. Grib, op. cit., p. 35 ss.

<sup>26</sup> Données selon Forder, op. cit., National report on Denmark, p. 15.

<sup>27</sup> S'agissant de la situation juridique en Norvège, cf. Forder, op. cit., National report on Norway; Grib, p. 239 ss; pour les aspects sociaux à l'arrière-plan, cf. R.S. Halvorsen/A. Prieur, Le droit à l'indifférence: le mariage homosexuel, in: Actes de la recherche en sciences sociales, no 113, Paris 1996, p. 6 ss.

<sup>28</sup> La loi n'est pas applicable aux personnes hétérosexuelles vivant en concubinage; ces personnes sont soumises à la loi de 1991 sur le ménage commun.

L'enregistrement doit être fait par un "notarius publicus", qui doit s'assurer de la réalisation des conditions. A l'exception du droit d'adoption<sup>29</sup> et du droit à un mariage religieux, les dispositions du droit de la famille sont applicables par analogie aux couples enregistrés<sup>30</sup>. Toutes les autres dispositions du droit concernant le mariage ou les époux s'appliquent par analogie aux couples enregistrés et aux partenaires<sup>31</sup>. Ainsi, l'égalité des couples s'applique aussi, entre autres, dans les domaines des successions, des assurances sociales et de la fiscalité.

La dissolution du partenariat se fait selon les mêmes règles que celles sur la dissolution du mariage. Un des époux peut demander la dissolution du mariage lorsque les époux ont vécu séparé pendant un an au moins. Le divorce est possible sans séparation préalable lorsque les époux ont vécu ensemble pendant moins de deux ans, lorsqu'un époux maltraite gravement son conjoint ou leurs enfants ou a proféré des menaces ou lorsque le mariage a été conclu en violation de la loi.

Selon l'annuaire statistique de Norvège pour l'année 1998, 136 partenariats ont été enregistrés en 1994 (dont 87 entre des hommes et 49 entre des femmes), 98 en 1995 (dont 64 entre des hommes et 34 entre des femmes) et 127 en 1996 (dont 80 entre des hommes et 47 entre des femmes)<sup>32</sup>. En 1998, 117 couples se sont fait enregistrés (l'indication sur la répartition par sexe n'était pas encore disponible). En 1997, le nombre de partenaires enregistrés s'élevait à 1022 personnes; 38 personnes se sont séparées et 6 ont "divorcé"; dans trois cas, le partenariat a pris fin en raison du décès d'un des partenaires<sup>33</sup>. Il n'existe pas de statistiques sur les "divorces".

## 214 Suède<sup>34</sup>

La Suède dispose d'une loi sur les partenariats enregistrés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995. Auparavant, il existait déjà une loi sur la vie commune hors mariage (appelée loi Sambo), qui, dès 1987, en vertu du "Homosexual cohabitantes act", s'appliquait également aux couples homosexuels et qui a été légèrement modifiée en 1994<sup>35</sup>. Le but de cette loi Sambo est de protéger le plus faible des deux partenaires. La réglementation ne se fonde pas sur un acte formaliste, mais sur l'existence réelle d'une communauté de toit, de table et

<sup>29</sup> Selon le droit norvégien, seuls les couples mariés peuvent recourir aux méthodes de procréation médicalement assistée.

<sup>30</sup> L'une des conséquences est l'interdiction pour un couple homosexuel d'exercer l'autorité parentale conjointe; cf. Grib, op. cit., p. 243 s.

<sup>31</sup> Il existe une exception - comme au Danemark - pour les réglementations liées en particulier au sexe d'un époux.

<sup>32</sup> Cf. Statistical Yearbook of Norway 1998, [www.ssb.no/www-open/english/yearbook/tab/t0202025.shtml](http://www.ssb.no/www-open/english/yearbook/tab/t0202025.shtml).

<sup>33</sup> Renseignements obtenus auprès du Ministère de la justice norvégien le 19 septembre 1997; selon les indications chez Forder, op. cit., National report on Norway, p. 21, il devrait en revanche s'agir de 13 partenariats qui ont pris fin pour cause de décès de l'un des partenaires.

<sup>34</sup> Cf. à ce sujet également Forder, op. cit., National report on Sweden; Grib, op. cit., p. 259 ss.

<sup>35</sup> En ce sens, la Suède peut être considérée comme le premier pays ayant adopté une loi sur les couples homosexuels; cf. Grib, op. cit., p. 259.

de lit d'au moins six mois. Cette loi règle avant tout la répartition des biens lors de la fin de la vie commune<sup>36</sup>. Si la vie commune cesse par le décès de l'un des partenaires, la loi accorde au survivant le droit à une certaine somme d'argent à faire valoir dans la succession<sup>37</sup>. La loi ne prévoit aucune obligation d'assistance et aucun droit successoral. Par contre, au niveau fiscal, elle met sur un pied d'égalité les couples mariés et les couples non mariés<sup>38</sup>.

La loi suédoise sur le partenariat enregistré de 1995 est sensiblement plus complète que les lois danoise et norvégienne. En particulier, la procédure d'enregistrement, ouverte seulement aux couples homosexuels, est réglée de manière détaillée. Comme en droit danois, l'un des partenaires au moins doit être suédois et avoir son domicile en Suède. L'enregistrement est autorisé si les deux partenaires ont 18 ans au minimum et qu'il n'existe pas d'empêchement légal. L'acte d'enregistrement nécessite la présence de témoins.

L'enregistrement produit en principe les mêmes effets juridiques que le mariage. Toutefois, les partenaires enregistrés ne peuvent pas adopter, ni en commun ni individuellement, ou exercer en commun, en tant que "specially appointed guardians", le droit de garde sur un enfant mineur<sup>39</sup>. En outre, les lois sur l'insémination et la fécondation in vitro ne sont pas applicables aux couples enregistrés. Sur la base d'un renvoi général, les autres réglementations concernant le mariage ou les époux s'appliquent par analogie aux couples enregistrés.

Le partenariat enregistré prend fin par le décès du partenaire ou une décision judiciaire, rendue selon les règles du divorce, appliquées par analogie. Cela signifie tout d'abord que la dissolution est soumise à une décision du juge. En outre, le partenariat peut être dissous sans que les partenaires doivent respecter un temps de réflexion si les deux sont d'accord de mettre fin au partenariat, s'ils vivent séparés depuis au moins deux ans et qu'aucun des deux ne vit durablement avec un enfant de moins de 16 ans à l'égard duquel il a l'autorité parentale. Une dissolution immédiate est possible lorsque l'on découvre ultérieurement un empêchement légal au partenariat. Dans les autres cas, un délai de réflexion de six mois doit être respecté.

Selon les statistiques, en 1995, 665 personnes se sont faites inscrire comme partenaires, 319 en 1996 et 282 en 1997<sup>40</sup>. Les chiffres impairs résultent du fait que seuls les partenaires suédois figurent dans les statistiques, ce qui relativise naturellement la force de celles-ci. Les chiffres relatifs à la dissolution des partenariats enregistrés n'ont pas pu être obtenus.

---

<sup>36</sup> Pour plus de détails, cf. Grib, op. cit., p. 281 ss.

<sup>37</sup> Cf. Grib, op. cit., p. 283.

<sup>38</sup> Pour plus de détails, cf. Grib, op. cit., p. 280 ss.

<sup>39</sup> Cf. à ce sujet également Grib, op. cit., p. 264 s.

<sup>40</sup> Information obtenue auprès du Ministère de la justice suédois le 16 octobre 1997 et Forder, op. cit. National report on Sweden, p. 19.

## 215 Islande<sup>41</sup>

En adoptant le 4 juin 1996 la loi sur le "confirmed cohabitation", entrée en vigueur le 27 juin 1996, l'Islande a également autorisé le partenariat pour les couples homosexuels. La loi est très brève et ressemble beaucoup aux réglementations adoptées par le Danemark et la Norvège. L'enregistrement n'est possible que pour les couples homosexuels dont l'un des partenaires est islandais et domicilié en Islande.

Les couples enregistrés sont traités en principe comme les couples mariés, ce qui permet apparemment une autorité parentale commune. Sont toutefois exclus le droit d'adopter et le droit de recourir à la procréation médicalement assistée. Sur la base d'un renvoi général, l'égalité de traitement des couples homosexuels enregistrés avec les couples hétérosexuels s'étend au droit de la famille et à toutes les dispositions légales du droit islandais qui concernent les époux.

Le partenariat enregistré prend fin par le décès de l'un des partenaires ou par le divorce. Comme en droit danois, un partenaire peut demander le divorce lorsque le couple vit séparé depuis au moins deux ans en raison d'une mésentente, lorsque l'un des partenaires commet un "adultère", vit en "bigamie" ou s'est livré à des voies de fait ou a agressé sexuellement l'autre partenaire ou un enfant vivant avec eux. Constitue en outre un motif de divorce le fait pour le couple de vivre séparé officiellement depuis un an<sup>42</sup>. Si les deux partenaires souhaitent le divorce, celui-ci peut être prononcé après une séparation de six mois.

En 1997, 12 couples, dont 5 masculins et 7 féminins, se sont fait enregistrés; en 1998, 11 enregistrements concernant 5 couples masculins et 6 couples féminins ont eu lieu<sup>43</sup>.

## 22 Pays-Bas<sup>44</sup>

Après des discussions de plusieurs années, les Pays-Bas ont adopté une loi sur le partenariat enregistré, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998<sup>45</sup>, qui a été incluse dans le code civil ("Burgerlijk Wetboek"), à la suite des dispositions sur le mariage. Ce partenariat peut être conclu tant par des couples homosexuels qu'hétérosexuels, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas mariés ou liés par un autre partenariat enregistré. Contrairement aux lois scandinaves, il n'est pas nécessaire que l'un des partenaires possède la nationalité néerlandaise; des couples étrangers peuvent également se faire enregistrer si les deux partenaires sont en possession d'une autorisation de séjour. Le partenariat enregistré doit faire l'objet d'une requête commune des partenaires auprès des autorités de l'état civil et être établi devant témoins. Il est inscrit dans un registre de l'état civil créé à cet effet.

<sup>41</sup> Cf. également Forder, op. cit., National report on Iceland.

<sup>42</sup> Le droit islandais connaît également la séparation légale, qui peut être prononcée soit à la demande commune des partenaires, soit à la demande de l'un des deux partenaires.

<sup>43</sup> Indications selon Forder, op. cit., National report on Iceland, p. 15.

<sup>44</sup> Cf. également Forder, op. cit., National report on the Netherlands.

<sup>45</sup> Le Ministère de la justice hollandais a publié à ce sujet une brochure consultable sur Internet à l'adresse: [www.xs4all.nl/~nvihcoc/regpartner.html](http://www.xs4all.nl/~nvihcoc/regpartner.html).

En ce qui concerne les effets juridiques de l'enregistrement, les renvois prévus aux articles 80a ss du "Burgerlijk Wetboek" à d'autres dispositions ont pour conséquence de mettre sur un large pied d'égalité les couples enregistrés et les couples mariés. En droit néerlandais, le mariage n'a pas d'effet sur le nom, mais un époux a le droit d'utiliser le nom de l'autre. Ce droit appartient également aux partenaires enregistrés. Le partenariat enregistré ne produit toutefois pas d'effet dans le domaine du droit de la filiation. En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, les couples enregistrés sont soumis au régime de la communauté de biens<sup>46</sup> et les partenaires se doivent fidélité, aide et conseil, ce qui implique une obligation réciproque d'entretien. Les effets de l'enregistrement s'étendent au droit de la famille. Ainsi, les prétentions à des rentes acquises pendant le partenariat doivent être réparties lors de sa dissolution. Si le partenariat prend fin par le décès de l'un des partenaires, le partenaire survivant a droit à une rente de survie. Les couples enregistrés ont également les mêmes droits que les couples mariés en matière fiscale, successorale et sociale.

Les motifs de dissolution du partenariat enregistré sont tout d'abord le décès d'un partenaire ou sa disparition - dans ce dernier cas, la dissolution dépend de l'enregistrement par l'autre partenaire d'un nouveau partenariat ou de son mariage avec un tiers. Au surplus, il convient de différencier la dissolution selon qu'elle est prononcée ou non par le juge. Le partenariat enregistré peut être dissous par un accord des parties, sans le recours au juge. A cet effet, les parties doivent présenter une convention passée devant un avocat ou un notaire, par laquelle elles déclarent que leur relation est irrémédiablement rompue et qu'elles veulent dissoudre le partenariat. La convention doit en outre régler les effets accessoires de la dissolution (accord sur les biens matrimoniaux, pension alimentaire, sort du logement commun etc.). La dissolution du partenariat prend effet après la transmission de la convention aux autorités de l'état civil et l'inscription dans le registre. Si un seul des partenaires veut la dissolution, il doit recourir à une procédure judiciaire à laquelle, en vertu d'un renvoi, sont appliquées par analogie les dispositions sur le divorce.

Dans les six premiers mois après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, entre janvier et juin 1998, 2665 couples, dont 841 hétérosexuels, se sont enregistrés<sup>47</sup>. A la fin de l'année 1998, le nombre total des partenariats enregistrés s'élevait à 4556. 1686 d'entre eux ont été inscrits entre deux hommes, 1320 entre deux femmes et 1550 entre un homme et une femme. Ces chiffres relativement élevés s'expliquent par le fait que de nombreuses personnes ont fait usage de la possibilité de se lier par un partenariat immédiatement après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation. Par la suite, les chiffres ont diminué.

En février 1998, le Ministère de la justice néerlandais a transmis au Parlement un projet de loi qui aurait eu des effets importants en matière de droit de la filiation. Ainsi, les couples homosexuels auraient eu la possibilité d'adopter un enfant en commun, pour autant qu'il se soit agi d'un enfant hollandais. En outre, l'adoption d'un enfant du partenaire aurait été admise.

---

<sup>46</sup> Il est possible de modifier ce régime au moyen d'un contrat conclu devant un notaire.

<sup>47</sup> Indications selon Forder, op. cit., National report on the Netherlands, p. 24.

L'adoption n'aurait cependant été possible que si le(s) parent(s) biologique(s) n'avai(en)t eu aucune possibilité de prendre soin de l'enfant. Enfin, il était prévu que deux partenaires femmes auraient obtenu automatiquement l'autorité parentale commune à l'égard d'un enfant né pendant la durée du partenariat enregistré. Le projet de loi n'a pas pu être examiné en raison de l'expiration, à la fin avril, de la période de législature. Le 16 avril 1998, la Chambre des Communes a toutefois adopté une résolution chargeant le Gouvernement de soumettre au Parlement, jusqu'en janvier 1999, une proposition prévoyant le mariage des couples homosexuels. Cette décision n'a aucun effet obligatoire. Cependant, le nouveau Gouvernement, en place depuis début août 1998, a annoncé, dans son programme gouvernemental, vouloir présenter avant le 1<sup>er</sup> janvier 1999 des propositions relatives à l'admission du mariage des couples homosexuels en supprimant le partenariat enregistré ainsi qu'à l'adoption d'enfants hollandais par des couples homosexuels. La possibilité pour les femmes lesbiennes de recourir à l'insémination hétérologue en Hollande sert d'argument pour justifier l'adoption. L'administration a déjà élaboré un avant-projet, mais celui-ci est encore confidentiel.

## **23 France, Allemagne, Autriche, Italie**

### **231 En général**

Aucun des quatre Etats voisins de la Suisse ne possède une loi sur les couples homosexuels. Toutefois, ce sujet fait l'objet, depuis peu, d'un plus large débat, notamment en France et en Allemagne, qui a eu pour effet de provoquer des initiatives législatives. C'est pourquoi il convient d'examiner de manière plus approfondie le développement des législations dans ces deux pays.

### **232 France**

Dans la pratique, les éventuelles normes relatives aux couples de concubins s'appliquent exclusivement à ces couples. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation française a expressément rejeté l'assimilation des couples homosexuels aux couples hétérosexuels dans deux arrêts rendus en 1989<sup>48</sup>. Dans un arrêt du 17 décembre 1997 relatif à un bail d'habitation, la 3<sup>e</sup> Chambre civile de la Cour de cassation a ensuite - contrairement à la proposition de l'avocat général - clairement établi que le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme<sup>49</sup>.

Cette situation juridique a été considérée longtemps comme insatisfaisante par divers milieux et a conduit à plusieurs initiatives législatives. Déjà en

---

<sup>48</sup> Cass. (soc.) 11 juillet 1989, Bull. civ. V, no 514, p. 311, et no 515, p. 312. Cf. aussi le jugement non publié de la Cour d'Appel de Paris du 9 juin 1995, cité par J. Hauser, *Jurisprudence française de droit civil: personnes et famille*, RTD civ, 1995-3, p. 607. Pour le droit français, cf. en outre J. Duchet-Nespoux, *Guide juridique et pratique du concubinage*, Paris 1995, p. 12 ss, avec d'autres renvois jurisprudentiels.

<sup>49</sup> Cass. (3e civ.) 17 décembre 1997, Recueil Dalloz 1998, p. 111 ss, qui contient aussi les explications de l'avocat général Weber ainsi qu'une critique intéressante du jugement par J.-L. Aubert.

1992, un premier projet de loi portant sur la création d'un "contrat d'union civile" (CUC) a été soumis à l'Assemblée, qui ne lui a pas donné suite<sup>50</sup>. Dans la première moitié de l'année 1997, le groupe socialiste ainsi qu'un groupe composé de plus petits partis de la Chambre des députés ont fait des propositions relatives à la création d'un "contrat d'union sociale"<sup>51</sup> (CUS) ou d'un "contrat d'union civile et sociale"<sup>52</sup> (CUCS). Les deux propositions de loi avaient en commun que les couples homosexuels, mais aussi les concubins ou tout généralement deux personnes adultes, pouvaient former une communauté de vie établie sur la base d'un contrat qui, sur plusieurs points, se rapprochait de la situation juridique des couples mariés et que ces personnes bénéficieraient dès lors d'un cadre juridique sûr. Toutefois, dans le cas du CUS, les droits et prétentions n'étaient ouverts qu'au terme d'un délai de douze mois à compter de la conclusion du contrat (art. 16 de la proposition de loi). En raison de rapports de pouvoir politique, aucun des deux projets de loi n'a été traité pendant la période de législature.

Après la dissolution de l'Assemblée par le Président de la République, en 1997, et la formation d'une nouvelle Assemblée majoritairement de gauche, les deux projets ont été présentés une nouvelle fois<sup>53</sup>. En outre, le groupe communiste a présenté son propre projet pour la création d'une loi relative aux droits des couples non mariés<sup>54</sup>. Par la suite, un groupe de travail formé par les auteurs des différents projets de loi a proposé un projet commun, visant l'adoption d'un "pacte civil de solidarité (PACS)". Après l'adoption du texte par les Commissions parlementaires - avec peu de modifications -, le projet de loi a été débattu le 9 octobre 1998 à l'Assemblée générale et, sur proposition de l'opposition, rejeté, car jugé anticonstitutionnel<sup>55</sup>. Peu de jours après, de nouvelles propositions législatives ont été faites<sup>56</sup>. Elles ne se distinguent du projet rejeté au mois d'octobre que sur des points de peu d'importance. Enfin, l'Assemblée nationale, après des débats longs et en partie houleux, a adopté, le 9 décembre 1998, en première lecture, le projet proposé par le groupe socialiste et soutenu par le gouvernement<sup>57</sup>. Le Sénat fran-

---

<sup>50</sup> Proposition de loi tendant à créer un contrat d'union civile, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 novembre 1992.

<sup>51</sup> Proposition de loi relative au contrat d'union sociale, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 janvier 1997.

<sup>52</sup> Proposition de loi visant à créer un contrat d'union civile et sociale, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juin 1997.

<sup>53</sup> Proposition de loi relative au contrat d'union sociale, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 juillet 1997; proposition de loi visant à créer un contrat d'union civile et sociale, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 juillet 1997.

<sup>54</sup> Proposition de loi relative aux droits des couples non mariés, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 septembre 1997.

<sup>55</sup> L'exception d'irrecevabilité du projet a été acceptée en raison de l'absence d'un grand nombre des représentants de la coalition gouvernementale, ce qui a donné la majorité à l'opposition.

<sup>56</sup> Il s'agit des propositions de loi N° 1118 à 1122, qui toutes prévoient la création d'un pacte civil de solidarité et qui ont été déposées les 13 et 14 octobre 1998. Les textes de lois complets ainsi que les procès-verbaux de l'Assemblée nationale peuvent être consultés sur Internet à l'adresse: [www.assemblee-nationale.fr/2/dossiers/pacs/2pacs.htm](http://www.assemblee-nationale.fr/2/dossiers/pacs/2pacs.htm).

<sup>57</sup> Le texte législatif adopté peut être consulté sur Internet à l'adresse: [www.assemblee-nationale.fr/2/dossiers/pacs/ta027.htm](http://www.assemblee-nationale.fr/2/dossiers/pacs/ta027.htm).

çais a par la suite examiné le projet. Le 23 mars 1999, il a rejeté le PACS, conformément à la proposition de sa commission préparatoire, mais a adopté une modification du Code civil<sup>58</sup>, selon laquelle le concubinage doit être défini comme "le fait pour deux personnes de vivre en couple sans être unies par le mariage" (article 1<sup>er</sup> C de la proposition de loi modifiée par le Sénat). Cette modification doit tenir compte de la pratique déjà mentionnée de la Cour de cassation qui n'a, jusqu'à présent, qualifié de concubins que les couples hétérosexuels. Une proposition d'élargir la définition en ajoutant les termes "indépendamment de leur sexe" a été jugée superflue par la majorité et refusée. En même temps, le Sénat a décidé de compléter l'article 144 du Code civil et de stipuler explicitement que "le mariage est l'union d'un homme et d'une femme célébrée par un officier d'état civil" (art. 1<sup>er</sup> B de la proposition de loi modifiée par le Sénat).

L'Assemblée nationale a alors à nouveau examiné la proposition de loi. Se fondant sur les rapports et les avis des commissions préparatoires, elle a décidé, le 7 avril 1999, de maintenir l'institution du PACS. Elle a cependant apporté quelques modifications au texte adopté en première lecture<sup>59</sup>. Pour le reste, l'Assemblée nationale a suivi l'avis du Sénat, selon lequel le concubinage doit être défini par la loi, mais a complété la définition de celui-ci en ce sens que les personnes vivant en concubinage peuvent être de sexe différent ou de même sexe. Elle a rejeté la définition du mariage adoptée par le Sénat.

Selon le projet de loi adopté en deuxième lecture<sup>60</sup>, le "pacte civil de solidarité" (PACS) est un contrat conclu entre deux personnes majeures, de sexe différent ou de même sexe. Le PACS doit être établi par une déclaration écrite faite et remise à un tribunal de première instance au lieu du domicile commun des partenaires contractuels. Cette déclaration sera inscrite dans un registre créé à cet effet. Le PACS présuppose donc l'existence d'une vie commune. Il est également inscrit dans un registre auprès du tribunal du lieu de naissance des deux partenaires. Les parties doivent produire la convention passée entre elles, ainsi que les pièces d'état civil nécessaires. Il ne peut y avoir de PACS si l'une des personnes est mariée ou si elle est déjà liée par un PACS. En outre, un PACS est interdit entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus. Par contre, l'Assemblée nationale a supprimé en deuxième lecture la disposition incluse dans le texte adopté en première lecture, selon laquelle des frère et soeur vivant en commun pouvaient faire valoir une partie des droits prévus par la loi; cette disposition avait fait l'objet d'un débat très controversé et avait été critiquée en partie également par les partisans du PACS et par le gouvernement.

En ce qui concerne les effets du PACS, les partenaires liés par un PACS doivent s'apporter une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette obligation d'aide sont réglées dans le contrat. Les partenaires sont tenus so-

---

<sup>58</sup> Le texte législatif adopté peut être consulté sur Internet à l'adresse: [www.senat.fr/leg/tas98-100.html](http://www.senat.fr/leg/tas98-100.html).

<sup>59</sup> Le texte législatif adopté en deuxième lecture peut être consulté sur Internet à l'adresse: [www.assemblee-nationale.fr/pdf/ta0278.htm](http://www.assemblee-nationale.fr/pdf/ta0278.htm).

<sup>60</sup> Le texte de loi adopté peut être obtenu sous [www.assemblee-nationale.fr/2/dossier/pacs/ta0207.htm](http://www.assemblee-nationale.fr/2/dossier/pacs/ta0207.htm).

lidiairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante ou les dépenses relatives au logement. Cette responsabilité solidaire va plus loin que la réglementation de l'article 220 CC applicable aux époux. Dans la convention du PACS, les partenaires indiquent s'ils entendent soumettre au régime de l'indivision les meubles dont ils feraient l'acquisition à titre onéreux après la conclusion du PACS. D'autres biens des partenaires acquis à titre onéreux postérieurement à la conclusion du PACS sont présumés indivis par moitié<sup>61</sup> si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose pas autrement. Les autres effets du PACS concernent avant tout le droit fiscal, la sécurité sociale, le droit des étrangers, le droit du travail et le droit du bail. Ainsi, les partenaires ont droit à une imposition commune des revenus à partir de la troisième année de l'enregistrement du PACS. Dans le domaine de la sécurité sociale, les partenaires liés par un PACS sont, pour l'essentiel, assimilés à des concubins. Selon l'article L 161-14 du Code de la sécurité sociale, la personne qui vit avec l'assuré social et qui est effectivement et durablement entretenu par celui-ci est considéré comme ayant-droit des prestations en matière d'assurance maladie et d'assurance maternité. Cette règle doit également être appliquée aux partenaires du PACS, dans la mesure où ils ne sont pas protégés par d'autres normes de la sécurité sociale. En ce qui concerne le droit des étrangers, le principe est que la conclusion d'un PACS constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels de la personne étrangère avec la France. Sur la base d'un renvoi exprès, les employeurs doivent prendre en considération, lors de la fixation de vacances ou de jours de congé pour des circonstances spéciales, le fait que l'employé soit lié par un PACS; le même principe s'applique dans la fonction publique en cas de mutation. Enfin, la loi prévoit qu'en cas de décès de l'un des partenaires, l'autre peut exiger le transfert du contrat de bail, indépendamment de la durée du PACS.

Le PACS ne produit pas d'effets en droit de la filiation et en droit des successions. En revanche, une modification du droit relatif à l'impôt sur les successions et sur les donations est prévue. En cas de donation ou d'une disposition pour cause de mort, un montant libre de FF 300'000.- revenant au partenaire bénéficiaire ou survivant est exempt d'impôts. Les FF 100'000.- suivants sont soumis à un taux d'imposition de 40% au lieu de 60%. Pour le reste, le taux d'imposition est de 50%.

S'agissant de la rupture du PACS, il faut distinguer suivant qu'elle est voulue par les deux partenaires ou par un seul. Si les deux partenaires décident d'un commun accord de mettre fin au PACS, ils doivent remettre une déclaration conjointe écrite au tribunal du lieu de résidence de l'un des partenaires. Dans ce cas, le PACS prend fin avec l'inscription de cette déclaration dans le registre. Lorsque l'un des partenaires veut mettre fin au PACS, il doit signifier à l'autre sa décision et adresser une copie de cette signification au tribunal auprès duquel le PACS a été conclu. Dans ce cas, le PACS prend fin trois mois après la signification de la déclaration à l'autre partenaire. La même procédure s'applique en principe lors du mariage d'un des partenaires avec une tierce personne, celui-ci devant toutefois joindre à la signification

---

<sup>61</sup> En revanche, le texte adopté en première lecture prévoyait pour ce cas le régime de l'indivision, sorte de propriété commune. Cette réglementation avait été critiquée en raison de sa complexité.

adressée au tribunal une copie de son acte de naissance, sur lequel est portée mention du mariage. Dans ce cas, le PACS prend fin avec le mariage du partenaire. Lorsque le PACS prend fin par le décès de l'un des partenaires, le partenaire survivant ou tout intéressé doit annoncer le décès au tribunal auprès duquel le pacte a été conclu. Les partenaires déterminent en principe eux-mêmes les conséquences de la rupture du pacte; à défaut d'accord, les conséquences patrimoniales sont réglées par le juge. Le juge peut condamner l'un des partenaires qui a provoqué unilatéralement la fin du PACS à la réparation du dommage subi par l'autre partenaire en raison de la rupture.

Le 11 mai 1999, le Sénat a rejeté le texte adopté par l'Assemblée nationale. Une commission mixte paritaire, composée de membres des deux Chambres, a par la suite tenté en vain de trouver un compromis. L'Assemblée nationale examinera en troisième lecture, probablement au mois de juin 1999, la proposition de loi. Au vu des rapports de pouvoir politique, la loi devrait en principe être adoptée.

### 233 Allemagne

En Allemagne, la question d'un mariage entre homosexuels est devenue d'actualité surtout avec la "Aktion Standesamt"<sup>62</sup>. A partir de l'automne 1992, de nombreux couples homosexuels ont demandé aux autorités de l'état civil compétentes une publication de mariage et ont recouru contre le rejet régulier de leur demande. Bien que le tribunal de première instance de Frankfurt/Main, notamment, ait admis le mariage d'homosexuels dans plusieurs jugements qui, il est vrai, n'ont pas acquis autorité de la chose jugée<sup>63</sup>, les couples concernés ont été déboutés par la majorité des tribunaux<sup>64</sup>, conformément à la doctrine majoritaire. A la suite de cela, le tribunal constitutionnel de la République fédérale s'est vu confronté à environ 30 recours constitutionnels; le 4 octobre 1993, le tribunal a décidé de ne pas entrer en matière sur le premier de ces recours, invoquant le défaut de motivation matérielle<sup>65</sup>. Le tribunal a justifié sa décision par le fait que, selon sa jurisprudence constante, la différence de sexe des partenaires constitue l'une des caractéristiques essentielles du mariage<sup>66</sup> et que le recours constitutionnel ne fait valoir aucun argument pertinent de nature à remettre en question la jurisprudence. La protection spéciale accordée par la constitution au mariage a son fondement dans la garantie des droits des partenaires qui fondent une famille et ont des enfants ensemble. Dans la mesure où la norme plus spéciale de l'article 6, alinéa 1, de la constitution limite la protection du droit au mariage aux couples composés d'un homme et d'une femme, les couples homosexuels ne peuvent pas revendiquer le droit de se marier sur la base de la liberté

<sup>62</sup> Cf. Schimmel, *op. cit.*, p. 59 ss.

<sup>63</sup> Cf. les explications chez Schimmel, *op. cit.*, p. 62.

<sup>64</sup> Cf. les décisions de OLG Köln, NJW 1993, 1997 s., de BayObLG, NJW 1993, 1996 s., de OLG Celle, FamRZ 1993, 1082 s., et de OLG Köln, FamRZ 1994, 1107.

<sup>65</sup> Cf. NJW 1993, 3058.

<sup>66</sup> Cf. BVerfG 10, 59, 66, 59, 224, 245. Le mariage y est défini comme l'union d'un homme et d'une femme dans le but de former une communauté de vie complète et en principe indissoluble. En outre, il est possible dans ce cas de renvoyer à la loi sur les transsexuels qui n'autorise un changement de sexe que si la personne concernée n'est pas mariée.

fondamentale à l'épanouissement personnel (art. 2, al. 1, en rapport avec art. 1, al. 1, cst.) ou sur la base de la loi sur l'égalité (art. 3, al. 1, cst.). C'est pourquoi le législateur n'a pas l'obligation d'autoriser le mariage des couples homosexuels. Le tribunal constitutionnel a cependant constaté, en considération des allégations des recourants mettant en évidence les multiples entraves à leur vie privée et les désavantages subis par rapport aux couples mariés, que la question de la conformité du droit actuel avec la constitution pouvait prendre une importance significative (art. 2, al. 1, en rapport avec art. 1, al. 1, et art. 3, al. 1, cst.). Cela vaudrait notamment pour la question de savoir si le législateur a l'obligation d'accorder aux couples homosexuels une protection juridique de leur communauté de vie ou si du moins certaines réglemmentations dans des domaines particuliers nécessitent une modification. Le tribunal n'avait toutefois pas à se prononcer sur ces questions dans le cas d'espèce. Les organisations défendant les intérêts des homosexuels ont déduit des explications du tribunal constitutionnel une obligation d'agir pour le législateur.

En outre, il convient de signaler que, selon la doctrine<sup>67</sup> et la jurisprudence dominantes<sup>68</sup>, la notion de couple non marié ou de couple marié n'englobe pas les couples homosexuels. En conséquence, le transfert du bail prévu par la loi aux membres de la famille qui ont vécu en ménage commun avec le locataire décédé s'applique par analogie aux couples non mariés, mais pas aux couples homosexuels<sup>69,70</sup>.

Il est également intéressant de mentionner que deux jugements récents ont admis, à certaines conditions, que le partenaire étranger dans un couple homosexuel a un droit à obtenir un permis de séjour<sup>71</sup>.

Sur le plan législatif également, des initiatives récentes demandent l'égalité de traitement pour les couples homosexuels. Ainsi, le "BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN" a fait la proposition<sup>72</sup>, en juin 1994 déjà, de légiférer sur le mariage des couples homosexuels, laquelle toutefois n'a pas été traitée pendant la période de législature. Le 24 octobre 1995, le BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN a déposé un projet de loi relatif à l'introduction du droit au mariage pour les personnes de même sexe<sup>73</sup>; ce projet a été transmis le 17 octobre 1996 par

---

<sup>67</sup> Cf. H. Stintzing, Nichtehele Lebensgemeinschaft und rechtliche Regelung - ein Widerspruch?, Berlin 1992, p. 62 ss, avec d'autres références; contre une telle limitation S. Voss, Ein Gesetzesvorschlag für die vermögens- und unterhaltsrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland, Berlin 1993, p. 34 ss, 43.

<sup>68</sup> Cf. les jugements du Tribunal fédéral administratif, BVerwG 52,11, du Tribunal fédéral social, BSG 63, 120, et du Tribunal fédéral constitutionnel, BVerfG 87, 234, 264.

<sup>69</sup> Cf. le jugement de la Cour civile du tribunal fédéral, BGHZ 121, 116.

<sup>70</sup> D'autres jugements importants quant à la situation juridique des couples homosexuels sont mentionnés dans un aperçu élaboré par la "Bundesarbeitsgemeinschaft Schwule Juristen" (BASJ), consultable sur Internet à l'adresse: [www.pso.de/recht/liste.html](http://www.pso.de/recht/liste.html). Cf. en outre pour la situation juridique en Allemagne, Grib, p. 290 ss.

<sup>71</sup> Cf. BVerwG, STREIT 1996, 175 ss; OVG Münster, STREIT 1996, 179 ss.

<sup>72</sup> BT-Drs. 12/7885.

<sup>73</sup> BT-Drs. 13/2728 du 24.10.1995. Les textes à partir de la 13<sup>e</sup> période électorale peuvent être consultés sur Internet à l'adresse: [www.bundestag.de/datbk/datbk.htm](http://www.bundestag.de/datbk/datbk.htm).

le Parlement fédéral aux commissions compétentes<sup>74</sup> et a été rejeté le 29 avril 1998 par le "Rechtsausschuss"<sup>75</sup>. En mars 1997, le même groupe a présenté un projet de loi visant à régler les rapports juridiques des couples non mariés<sup>76</sup> et à accorder aux couples homosexuels et aux concubins le même statut juridique qu'aux membres d'une famille. En juin 1997, le groupe BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN a déposé une autre intervention avec une proposition de résolution<sup>77</sup>, chargeant le Gouvernement fédéral, entre autres, de faire élaborer l'étude comparative sur la situation juridique et de fait des homosexuels, promise depuis longtemps déjà, et de soumettre le plus tôt possible au Parlement un projet de loi autorisant le mariage ou la création d'un partenariat enregistré ainsi qu'un projet de loi contre la discrimination. Lors de la séance du 1<sup>er</sup> octobre 1997, le "Rechtsausschuss" du Parlement fédéral a ajourné la décision relative à cette proposition, tout en demandant au Gouvernement fédéral de présenter l'étude comparative. L'ajournement a été motivé notamment par le fait que les groupes de coalition et d'opposition voulaient tenter de trouver des points de rapprochement avec les demandes des groupes BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN et SPD, dans le but d'assurer l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes<sup>78</sup>. Le 18 mars 1998, le groupe BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN a présenté un nouveau projet portant sur la modification du Code civil, selon lequel la protection assurée aux membres de la famille en matière de bail doit être étendue aux couples hétérosexuels non mariés et aux couples homosexuels ainsi qu'à d'autres formes de communauté de vie<sup>79</sup>. Le "Rechtsausschuss" du Gouvernement fédéral a rejeté le projet le 17 juin 1998. Enfin, le 9 mars 1998, le groupe SPD a présenté un projet de loi garantissant l'égalité de traitement selon l'article 3 de la constitution<sup>80</sup>. L'article 8 de ce projet de loi prévoit la création d'une loi sur le partenariat. Ce partenariat, qui serait réservé exclusivement aux couples homosexuels, serait largement soumis aux règles sur le mariage et les fiançailles. Les réglementations légales prévoyant des effets juridiques en rapport avec le mariage seraient également applicables au partenariat, à moins qu'une disposition ne prévoie expressément une autre solution. Les partenaires devraient pouvoir porter un nom de famille commun. Seule une décision rendue par un tribunal pourrait mettre fin au partenariat. L'adoption ne serait pas ouverte aux partenaires et l'autorité parentale à l'égard de l'enfant né hors mariage d'un partenaire ne pourrait pas être exercée conjointement.

En juin 1998, les "Bundesländer" Schleswig-Holstein et Niedersachsen ainsi que la "Freie und Hansestadt Hamburg" ont soumis au Conseil fédéral allemand des propositions identiques, demandant que le Gouvernement fédéral soit chargé de présenter un projet de loi instituant un partenariat enregistré<sup>81</sup>.

---

<sup>74</sup> Cf. le procès-verbal de la séance plénière du Parlement fédéral allemand 13/131 du 17.10.1996.

<sup>75</sup> La proposition n'a été soutenue que par le PDS, alors qu'elle avait été rejetée par les coalitions de l'époque CDU/CSU et FDP ainsi que par le SPD; cf. le rapport in: Woche im Bundestag, Heft 8 du 5.5.1998.

<sup>76</sup> BT-Drs. 13/7228 du 14.3.1997.

<sup>77</sup> BT-Drs. 13/8062 du 25.6.1997.

<sup>78</sup> Cf. Woche im Bundestag, cahier 16 du 7.10.1997.

<sup>79</sup> BT-Drs. 13/9961 du 18.2.1998.

<sup>80</sup> BT-Drs. 13/10018 du 9.3.1998.

<sup>81</sup> Cf. BR-documents 544/98 et 555/98.

Ce partenariat doit prévoir une inscription officielle de la communauté de vie ainsi que des droits et des obligations correspondant à ceux des époux.

Après que les élections de l'automne 1998 eurent amené un changement de gouvernement, le nouveau Ministre de la justice a annoncé que les couples homosexuels devaient à l'avenir bénéficier de plus de droits. Il déclara également que les organisations défendant les intérêts des homosexuels allaient trop loin en revendiquant la possibilité d'adopter des enfants. Il n'existe pas encore de projet de loi.

## 24 Autres Etats européens<sup>82</sup>

Différents autres Etats européens ont déjà entrepris ou vont entreprendre la discussion de réglementations législatives sur les couples homosexuels, certains étendant la discussion aux couples hétérosexuels vivant en concubinage.

En *Espagne*, en 1997, le Congrès des députés a rejeté de peu deux projets de loi visant à rapprocher les couples non mariés des couples mariés dans de nombreux domaines législatifs<sup>83</sup>. Après ce rejet, le Congrès a institué une commission chargée d'examiner la situation juridique des couples non mariés. Il y a actuellement deux initiatives législatives pendantes: l'une demande la création d'un contrat sur une "unión civil" entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, l'autre porte sur une communauté de vie sans relations sexuelles<sup>84</sup>. En juin 1998, le Parlement régional catalan a adopté une loi sur les communautés de vie stables<sup>85</sup>, qui s'applique - dans le cadre de sa compétence - aussi bien aux couples homosexuels qu'aux couples hétérosexuels vivant en concubinage, les soumettant toutefois en partie à des règles différentes. Ainsi, seuls les couples hétérosexuels ont le droit d'adopter, alors que seuls les couples homosexuels ont droit à une réserve

<sup>82</sup> S'agissant de la situation juridique dans les Etats membres de l'UE - dans la mesure où ils ne sont pas traités dans le présent rapport -, cf. les rapports par pays in: Equality for lesbians and gay men, A relevant issue in the civil and social dialogue, Report of ILGA-Europe (European Region of the International Lesbian and Gay Association), juin 1998.

<sup>83</sup> Proposición de ley 122/000068 por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a la parejas de hecho, presentada por el Grupo Socialista del Congreso, Boletín oficial de las Cortes generales, Congreso de los diputados, VI, Núm. 87-1 du 10.4.1997, ainsi que Proposición de ley 122/000069 Igualdad jurídica para las parejas de hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, Boletín oficial de las Cortes generales, Congreso de los diputados, VI, Núm. 88-1 du 10.4.1997.

<sup>84</sup> Proposición de ley 122/000071 Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables y de modificación de determinados aspectos del Código Civil, Estatuto de los Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social, Medidas para la Reforma de la Función Pública, Clases Pasivas del Estado y de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, Boletín oficial de las Cortes generales, Congreso de los diputados, VI, Núm. 90-1 du 14.4.1997, et Proposición de ley 122/000098 Orgánica de contrato de unión civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, Boletín oficial de las Cortes generales, Congreso de los diputados, VI, Núm. 117-1 du 29.9.1997. De nombreuses demandes ont déjà été déposées en vue de modifier et de compléter ces propositions.

<sup>85</sup> Ley sobre uniones estables de Pareja du 30 juin 1998. Cf. également Forde, op. cit. National report on Spain, p. 8 ss.

successorale. La loi catalane est entrée en vigueur le 23 octobre 1998. Une loi semblable a été adoptée par le parlement régional d'Aragon<sup>86</sup>.

En juin 1997, le *Parlement portugais* a rejeté deux propositions de loi provenant des Verts et des Communistes. Les deux propositions tendaient à ce que les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels soient mis sur un pied d'égalité avec les couples mariés dans certains domaines (droit du bail, droit des assurances sociales, droit fiscal, régimes matrimoniaux). Est toujours pendante une proposition du groupe socialiste selon laquelle les couples homosexuels et hétérosexuels, formés depuis au moins deux ans, doivent avoir la possibilité d'obtenir un enregistrement qui leur accorde le même statut juridique que les couples mariés dans les domaines du droit du bail, de l'asile et de l'immigration, du droit fiscal, de la sécurité sociale et du droit du travail. Le projet de loi prévoit en outre une obligation d'entretien réciproque et - sous réserve de l'adoption d'une autre solution - le régime de la séparation des biens comme régime matrimonial.

En octobre 1998, la *Chambre des Représentants de Belgique* a adopté une loi instaurant la cohabitation légale<sup>87</sup>. En raison de compromis politiques, la loi n'est pas immédiatement entrée en vigueur. Il a été convenu que l'entrée en vigueur de cette loi est liée à l'initiative qui doit permettre de combattre les inégalités de traitement des conjoints en matière fiscale. L'entrée en vigueur est attendue pour la prochaine période législative. Par ailleurs, la discussion sur la création d'un "partenariat" pour les couples homosexuels se poursuit.

La loi prévoit des règles minimales qui concernent avant tout le patrimoine. Afin d'exprimer qu'elle n'a pas pour but d'accorder un nouveau statut civil aux personnes impliquées, elle va être incluse dans le troisième livre du Code civil dont le titre est "Des différentes manières dont on acquiert la propriété".

La cohabitation légale n'est possible qu'entre deux personnes. Elle s'applique aux couples hétérosexuels et homosexuels ainsi qu'à des cohabitants n'entretenant pas de relations sexuelles (par exemple, un frère et une soeur, une mère et sa fille etc.). Les partenaires doivent être capables de contracter et ne doivent pas être liés par un mariage ou par une autre cohabitation légale. Il n'y a pas d'autre limitation. La seule condition pour bénéficier des prescriptions de la loi est la remise d'une déclaration écrite à l'administration communale. Après la vérification des conditions légales, la déclaration est inscrite dans le registre de la population. Aucun acte d'état civil n'est établi, parce que la cohabitation légale ne modifie pas le statut civil des partenaires.

La loi prévoit tout d'abord une obligation d'entretien réciproque. Les dettes contractées par un partenaire pour les besoins de la vie commune oblige solidairement l'autre partenaire. Les biens dont aucun des deux partenaires ne peut prouver qu'ils lui appartiennent et les revenus que ceux-ci procurent sont réputés être en indivision. En cas de décès de l'un des partenaires, les biens réputés être en indivision sont réputés, à l'égard des héritiers réservataires, être une libéralité en faveur du partenaire survivant. Il n'existe pas de droit successoral légal.

---

<sup>86</sup> La traduction du texte législatif en anglais peut être consulté à l'adresse: [www.france.grd.org/texts/partnership/es/aragon.html](http://www.france.grd.org/texts/partnership/es/aragon.html).

<sup>87</sup> Le texte légal peut être consulté sous [www.france.qrd.org/texts/partnership/be/loi19981123.html](http://www.france.qrd.org/texts/partnership/be/loi19981123.html); cf. également Forder, op. cit., National report on Belgium.

D'autres modalités de la cohabitation peuvent faire l'objet d'une convention passée en la forme authentique devant notaire. Si l'entente entre les partenaires est sérieusement perturbée, le juge ordonne, à la demande d'une des parties, les mesures provisoires relatives à l'occupation du logement commun, à la personne et aux biens des partenaires et des enfants qu'ils éduquent et aux obligations légales et contractuelles des deux partenaires. Absorption faite du décès ou du mariage de l'un des partenaires, la cohabitation prend fin soit d'un commun accord des partenaires, soit par une déclaration unilatérale de l'un des partenaires. Indépendamment de la durée de la cohabitation légale, une contribution d'entretien en faveur de l'ex-partenaire n'est pas prévue, même en cas de nécessité.

En outre, une circulaire de septembre 1997 du Ministère de l'Intérieur<sup>88</sup> octroie, à certaines conditions, au partenaire hétérosexuel ou homosexuel d'un ressortissant belge ou d'un étranger établi en Belgique le droit à une autorisation de séjour. Les deux partenaires doivent avoir un ménage commun et le partenaire qui réside déjà en Belgique doit, d'une part, disposer de moyens de subsistance suffisants et, d'autre part, s'engager à prendre en charge son partenaire. Si ces conditions sont réalisées, le partenaire étranger obtiendra une autorisation de séjour provisoire pour une durée de six mois, renouvelable annuellement. Dans les six mois à partir de l'octroi d'une autorisation de séjour provisoire, les partenaires doivent présenter un contrat de vie commune notarial. Lors de chaque demande de prorogation d'autorisation de séjour, les partenaires doivent présenter les preuves de cohabitation. Après un séjour régulier et ininterrompu de trois ans, l'autorisation de séjour est accordée pour une durée illimitée. Il est à noter que le bourgmestre de la commune de résidence doit faire procéder à des contrôles sporadiques de cohabitation.

En 1996, la *Hongrie* a étendu le champ d'application de sa loi sur le mariage dit de "common-law", applicable jusqu'ici seulement aux couples hétérosexuels non mariés, aux couples homosexuels. La modification de la loi était devenue nécessaire après que la Cour constitutionnelle hongroise eut, au printemps 1995, déclaré la limitation du champ d'application aux couples hétérosexuels anticonstitutionnelle. La loi accorde aux couples non mariés certains droits, mais elle ne les met de loin pas sur un pied d'égalité avec les couples mariés "normaux"; en outre, ces droits doivent chaque fois être revendiqués.

La *Tchéquie* a rejeté, au printemps 1998, une loi qui aurait mis sur un pied d'égalité totale les couples mariés et les couples homosexuels; elle allait jusqu'à accorder à ces derniers le droit d'adopter des enfants.

---

<sup>88</sup> Cf. Moniteur Belge du 14.11.1997, p. 30333 ss; cf. également Forder, op. cit., National report on Belgium, p. 7s.

## 25 Union européenne<sup>89</sup>

Le 8 février 1994, le Parlement européen a adopté, par 159 voix contre 98 et 18 abstentions<sup>90</sup>, la résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne.

Le chiffre 7 demande que soit mis un terme à l'inégalité de traitement des personnes de même tendance sexuelle au niveau des dispositions juridiques et administratives. Le Parlement européen invite en outre la Commission des Communautés européennes à présenter un projet de recommandation sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes (ch. 12). La base de cette recommandation devrait être l'égalité de traitement de tous les citoyens de la Communauté, quelle que soit leur tendance sexuelle, et l'élimination de toute forme de discrimination juridique fondée sur cette dernière (ch. 13). Selon le chiffre 14, la recommandation devrait, tout au moins, chercher à mettre un terme à toute discrimination au niveau du droit du travail, du droit de la fonction publique, du droit pénal, du droit civil, du droit contractuel général et du droit économique, ainsi qu'à l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes. La recommandation devrait garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage ainsi qu'autoriser l'enregistrement des partenariats. Le Parlement européen a ajouté que la recommandation devrait mettre fin à toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parents ou d'adopter ou d'élever des enfants.

La recommandation du Parlement européen est basée sur un rapport du 26 janvier 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne, élaboré par la Commission des libertés publiques et des affaires intérieures. Le rapport, fondé sur le principe que "toutes les citoyennes et tous les citoyens doivent être traités de façon égale, indépendamment de leurs tendances sexuelles", sans tenir compte des différences naturelles entre les couples homosexuels et hétérosexuels, a été contesté dans la doctrine<sup>91</sup>. Cela n'empêche toutefois pas le Parlement européen, dans ses jugements relatifs au respect des droits de l'homme dans la Communauté européenne, de se prononcer régulièrement sur la situation des homosexuels et de confirmer les principes de la résolution de 1994. Ainsi, dans sa résolution de 1996, sous chiffre 67, le Parlement a invité tous les Etats membres à reconnaître "l'égalité des droits des homosexuel(le)s, notamment par l'instauration, là où ce n'est pas encore le cas, de contrats d'union civile visant à supprimer toute forme de discrimination dont sont encore victimes les homosexuel(le)s, notamment en matière de droit fiscal, de régimes patrimoniaux, de droits sociaux etc., et à contribuer par l'information et l'éducation, à lutter contre les préjugés dont ils sont l'objet dans la société"<sup>92</sup>. Dans la résolution "sur l'égalité des droits des homosexuels et des les-

<sup>89</sup> S'agissant de la situation juridique dans les Etats membres, cf. les rapports par pays in: Equality for lesbians and gay men, A relevant issue in the civil and social dialogue, Report of ILGA-Europe (European Region of the International Lesbian and Gay Association), juin 1998.

<sup>90</sup> Cf. les données fournies par Verschraegen, op. cit., p. 32 ss.

<sup>91</sup> Cf. notamment Verschraegen, op. cit., p. 32 ss.

<sup>92</sup> JO n° C 320 du 28 octobre 1996, p. 36; cf. en outre JO n° C 132 du 28 avril 1997, p. 31, et JO n° C 80 du 16 mars 1998.

biennes dans la Communauté européenne"<sup>93</sup>, adoptée en septembre 1998, le Parlement critique quelques Etats, en particulier l'Autriche, pour le fait que différentes réglementations légales portant sur la limite d'âge pour entretenir des relations hétérosexuelles et homosexuelles et d'autres dispositions légales porteraient atteinte aux droits de l'homme des lesbiennes et des homosexuels. La Commission a été chargée de veiller au respect des droits de l'homme des lesbiennes et des homosexuels lors des négociations avec les pays candidats à l'adhésion.

Il convient également de mentionner l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 février 1998 dans l'affaire Grant contre South-West Trains Ltd<sup>94</sup>. Madame Grant a fait valoir une violation de l'article 119 du traité CE et de la directive du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, au motif que son employeur avait refusé d'attribuer à sa partenaire des réductions qui, selon le règlement interne, sont accordées au conjoint et, à certaines conditions, également au "common law opposite sex spouse". Selon la Cour, la décision de l'employeur ne constitue pas une discrimination prohibée, dans la mesure où, en l'état actuel du droit de la Communauté, les relations stables entre deux personnes de même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé.

## 26 Etats-Unis

Depuis déjà le début des années huitante, certains Etats connaissent les "domestic partnership ordinances". Ces actes, qui sont parfois très différents les uns des autres, reconnaissent des communautés de vie hors mariage, qui comprennent le plus souvent les communautés homosexuelles, et prévoient que certains domaines du droit, qui sont de la compétence de chaque collectivité publique, leur sont applicables. Il s'agit des domaines se rapportant à l'attribution du logement commun, l'octroi aux membres de la famille d'avantages dans les domaines des transports publics, de la santé ou fiscal etc. Le "domestic partnership" ne confère toutefois pas aux couples homosexuels un statut égal à celui des couples mariés.

A New York, une Cour d'appel a autorisé l'adoption de l'enfant d'une femme lesbienne par sa partenaire; l'enfant a été conçu au moyen d'une insémination artificielle<sup>95</sup>.

Par un jugement rendu le 5 mai 1993<sup>96</sup>, la Cour suprême d'Hawaï a refusé à un couple homosexuel le droit de se marier, tout en reconnaissant que cette interdiction constituait une discrimination que seul un intérêt public prépondé-

---

<sup>93</sup> JO n° B4-0824 (version provisoire).

<sup>94</sup> Jugement de la Cour de justice dans l'affaire n° C-249/96 (demande de décision à titre préjudiciel); le jugement est publié in NJW 1998, 969.

<sup>95</sup> New York State Law Digest, no 432, décembre 1995.

<sup>96</sup> Baehr v. Levin (1993) 852 p. 2d 44.

rant pouvait justifier. Le 3 décembre 1996<sup>97</sup>, la Cour d'appel de Hawaï a décidé que le mariage ne pouvait pas être interdit aux plaignants du seul fait qu'ils étaient homosexuels. L'Etat fédéral n'est pas parvenu à apporter la preuve exigée par le jugement du 5 mai 1993, à savoir que l'interdiction du mariage entre deux personnes de même sexe répondait à un intérêt public prépondérant.

Des procédures semblables sont en cours dans le Vermont et en Alaska.

La procédure hawaïenne a provoqué une réaction immédiate de la part du législateur fédéral. Le 21 septembre 1996, le Congrès américain a adopté le "Defence of Marriage Act"<sup>98</sup>. Ce document mentionne, d'une part, clairement que les notions de "mariage" et de "spouse" ne peuvent être utilisées, pour l'ensemble de la législation fédérale, que pour des relations hétérosexuelles monogames. Il prévoit, d'autre part, que les Etats fédéraux n'ont pas l'obligation de reconnaître les "mariages" homosexuels célébrés dans d'autres Etats fédéraux.

## 27 Australie

Les législations relatives au mariage et au divorce relèvent de la compétence de l'Etat fédéral. Toutefois, ces lois ne définissent pas la notion de "mariage", de sorte que, théoriquement, le mariage homosexuel pourrait être possible. Il faut cependant prendre en considération le fait que le Parlement, lors de l'adoption de cette loi, a pris comme référence la définition du "Common law", selon laquelle il faut entendre par mariage "the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others". A notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence sur cette question.

## 3 Position juridique actuelle des couples homosexuels en Suisse

### 31 Situation de départ

De manière générale en Suisse, comme dans les pays de culture occidentale, l'institution du mariage, marquée par le droit romain et le christianisme, se définit comme l'union entre deux personnes de sexe différent<sup>99</sup>. Cela signifie que, selon le droit suisse, deux personnes de même sexe ne peuvent pas conclure un mariage<sup>100</sup>. En outre, le mariage est la seule forme de com-

<sup>97</sup> Baehr v. Miike (1996); le jugement n'est toutefois pas encore entré en force, étant donné que l'autorité étatique déboutée a interjeté appel auprès de la Cour suprême d'Hawaï, laquelle n'a pas encore rendu sa décision.

<sup>98</sup> Cf. Public Law 104-199, inserting 1 U.S.C. § 7 et 28 U.S.C. § 1738C.

<sup>99</sup> Cf. par exemple Bräm, Commentaire zurichois, article 159 CC n. 5; C. Hegnauer/P. Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1993, n. 1.02 ss et 2.26; H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, Le mariage et le divorce, 4<sup>e</sup> éd., Berne 1995, n. 68 ss, p. 74; H. Hausheer/R. Reusser/T. Geiser, Kommentar zum Eherecht, tome I, Berne 1988, ad article 159 CC, n. 6.

<sup>100</sup> Au vu de cela, la décision du Tribunal de district de Saint-Gall du 26 novembre 1996 (publiée in RSJ 1997 p. 442, ss et PJA 1997, p. 340 ss, avec remarque approuvée de Schwander), selon laquelle la constatation du changement de sexe de l'un des époux ne doit pas impérativement supposer la dissolution du mariage, apparaît extrêmement problématique. En revanche, selon le Tribunal fédéral, la reconnaissance d'un mariage

munauté de vie entre deux partenaires qui a fait l'objet d'une réglementation juridique explicite au niveau fédéral. En revanche, le droit fédéral ne comprend pas de dispositions spécifiques sur le concubinage ou les couples homosexuels. Cela ne veut toutefois pas dire que ces modes de vie n'ont pas de signification sur le plan juridique.

Ainsi, il est reconnu depuis longtemps que les couples qui vivent en concubinage ont la possibilité, dans le cadre de la liberté contractuelle, de régler par convention certains aspects de leur relation. Ils peuvent le faire en particulier pour les questions relatives à l'organisation du ménage, entretien inclus, à la dissolution de la communauté de vie ou encore au droit successoral<sup>101</sup>. Même lorsque les concubins n'ont pas conclu de convention, certaines règles existantes peuvent être appliquées à leur relation. Aussi, la jurisprudence a-t-elle, à de maintes reprises, recouru aux prescriptions sur la société simple pour régler les aspects économiques de la communauté, par exemple en ce qui concerne les modalités et les conséquences de la dissolution de la communauté ou encore la question de l'indemnisation du travail fourni par l'un des partenaires dans le cadre de la communauté.

En revanche, l'existence d'un concubinage n'a en principe pas d'effets à l'égard des tiers. Ainsi, à la différence des époux, un concubin n'a pas un droit légal de représenter son partenaire, de sorte qu'il ne peut engager celui-ci que s'il dispose d'une procuration. Selon le Tribunal fédéral, les concubins ne peuvent pas non plus invoquer l'article 272 CO, selon lequel le locataire peut demander la prolongation du bail, lorsque la fin du contrat aurait pour sa famille des conséquences pénibles<sup>102</sup>. Toutefois, le principe selon lequel le concubinage n'a pas d'effets à l'égard des tiers n'est pas absolu. Aussi, en raison de son concubinage, une personne peut-elle perdre l'entretien dû par son ex-conjoint après le divorce<sup>103</sup>. L'existence d'un concubinage peut également avoir de l'importance en matière de droit des poursuites. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les rapports de concubinage, dont sont issus des enfants, doivent en substance être traités de la même manière que les rapports matrimoniaux pour ce qui est du calcul du minimum vital<sup>104</sup>. Enfin, il est reconnu que le concubin a également droit à l'indemnisation de la perte de soutien selon l'article 45, alinéa 3, CO, lorsque son parte-

---

entre deux personnes de même sexe contrevient à l'ordre public, cf. ATF 119 II 264 et ci-dessous chiffre 326.

<sup>101</sup> Est visé ici le pacte successoral, qui doit cependant être reçu en la forme authentique (cf. art. 512, al. 1<sup>er</sup>, CC). Toutefois, le disposant doit tenir compte des éventuels héritiers réservataires, cf. à ce sujet, ci-dessous, chiffre 324.

<sup>102</sup> Cf. ATF 105 II 199, qui a cependant été critiqué par la doctrine; à ce sujet Weber/Zihlmann, Commentaire bâlois, article 272 CO n. 4, avec d'autres références. Selon l'avis de Higi, Commentaire zurichois, article 272 CO n. 97, les cas visés ici devraient toutefois pouvoir être assimilés à des situations dans lesquelles les conséquences pénibles touchent directement le locataire.

<sup>103</sup> Cf. ATF 114 II 295 ss; 109 II 188 ss; 107 II 297 ss. De plus, selon l'ATF 118 II 225 ss, le droit à l'entretien peut tomber pendant la procédure de divorce, lorsque le créancier est entièrement entretenu par son concubin.

<sup>104</sup> ATF 106 III 11, 17.

naire décédé lui a effectivement fourni des prestations d'entretien et aurait très vraisemblablement continué à le faire à l'avenir<sup>105</sup>.

Finalement, le concubinage n'a pas d'effets à l'égard de l'Etat. En particulier, dans le domaine fiscal, celui des assurances sociales et celui du droit des étrangers, il n'est pas tenu compte de l'existence d'un concubinage. Par ailleurs, selon la plupart des législations de procédure, les concubins n'ont pas un droit de refuser de témoigner, tel qu'il est accordé aux époux et aux proches parents<sup>106</sup>.

Bien que le concubinage ne soit pas défini par la loi et qu'il n'en existe pas une notion unique, la conception majoritaire part de l'idée que seule une relation hétérosexuelle peut être qualifiée de concubinage<sup>107</sup>. Dès lors, se pose la question de savoir dans quelle mesure les remarques relatives au concubinage valent également pour les couples homosexuels. Cette analogie peut être acceptée sans limites pour la réglementation contractuelle de la relation par les partenaires. On ne voit en effet pas pour quelle raison les couples homosexuels devraient être traités différemment à cet égard que les personnes vivant en concubinage. De même, dans le rapport avec les tiers, les remarques faites au sujet du concubinage devraient également valoir en principe pour les couples homosexuels. Ainsi, on peut partir de l'idée que le partenaire dans un couple homosexuel peut demander une indemnité pour perte de soutien aux mêmes conditions que les concubins<sup>108</sup>. Toutefois, l'assimilation aux partenaires qui vivent en concubinage connaît des exceptions. Par exemple, la jurisprudence susmentionnée, selon laquelle les concubins et les conjoints doivent être traités de manière égale lors du calcul du minimum vital, ne saurait être appliquée par analogie aux couples homosexuels, puisqu'il leur est impossible d'avoir des enfants communs. Or, c'est cet élément qui était manifestement décisif pour le Tribunal fédéral. De plus, il n'est pas clair si un partenariat homosexuel, dit qualifié ou durable<sup>109</sup>, peut entraîner la perte du droit à la rente après le divorce<sup>110</sup>. Finalement, face à l'Etat, la situation des couples homosexuels n'est pas différente de celle des concu-

<sup>105</sup> Cf. ATF 114 II 146 ss. Le Tribunal fédéral a laissé jusqu'à présent ouverte la question de savoir si un concubin peut être considéré comme un membre de la famille au sens de l'article 47 CO et si l'un des concubins a droit à la réparation du tort moral en cas de mort de son partenaire, cf. à ce sujet, A. Schnyder, Commentaire bâlois, article 47 CO n. 9.

<sup>106</sup> Cf. à ce sujet, ci-dessous chiffre 330.2.

<sup>107</sup> Cf. ATF 118 II 235, 238; G. Messmer, Die Rechtslage in der Schweiz, in: R. Frank (éd.), Die eheähnliche Gemeinschaft, Bâle 1986; implicitement également Hegnauer/Breitschmid, op. cit., n. 2.25 ss; H. Marty-Schmid, La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre, thèse Lausanne 1986, Lucerne 1986, p. 9 ss; critiques H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, op. cit., n. 999 ss.

<sup>108</sup> T. Geiser, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in der Schweiz, in: H. Puff (éd.), Lust, Angst und Provokation, Homosexualität in der Gesellschaft, Göttingen/Zurich 1993, p. 229, considère cette conclusion comme impérative.

<sup>109</sup> Dans le sens d'une analogie avec la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au concubinage "au sens étroit", cf. ATF 118 II 235, 238.

<sup>110</sup> Pour: H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, op. cit., n. 753; T. Geiser, op. cit., p. 227; d'un autre avis: H. Hausheer/A. Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Berne 1997, n. 10.21, qui admettent cependant avec Bräm, Commentaire zurichois, article 163 CC n. 18 s., la perte du droit à l'entretien correspondant en se référant à l'entretien des conjoints.

bins, en ce sens qu'une communauté de vie entre deux personnes de même sexe n'existe pas en tant que telle aux yeux de l'Etat.

## **32 Domaines particuliers du droit**

Pour répondre à la question de savoir si et dans quel mesure il existe un besoin de légiférer en ce qui concerne la situation juridique des couples homosexuels, il est nécessaire de voir d'abord quels sont les effets de l'absence de réglementation de cette forme de communauté de vie sur la situation juridique des personnes concernées. Dès lors, seront examinées ci-après les différences entre les couples mariés et les couples homosexuels dans certains domaines du droit. L'ordre dans lequel est effectué cet examen n'est pas l'expression d'une quelconque évaluation; il suit la systématique du droit fédéral.

### **321 Droit de la nationalité suisse**

La loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (LN)<sup>111</sup> prévoit à ses articles 27, alinéa 1, et 28, alinéa 1, que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse peut bénéficier d'une naturalisation facilitée à certaines conditions. C'est le cas lorsque le conjoint étranger a résidé pendant cinq ans en Suisse, qu'il est marié depuis trois ans avec un ressortissant suisse et réside depuis une année en Suisse au moment de former sa demande (art. 27, al. 1, LN). Par ailleurs, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse qui vit ou a vécu à l'étranger peut former une demande de naturalisation facilitée si son mariage dure depuis six ans au moins et s'il a des liens étroits avec la Suisse (art. 28, al. 1, LN). La naturalisation facilitée résulte d'une autorisation octroyée par la Confédération. Le requérant acquiert le droit de cité cantonal et communal de son conjoint suisse ainsi que, par là, la nationalité suisse.

La naturalisation facilitée se fonde sur l'article 44, alinéa 1, de la constitution fédérale (cst.)<sup>112</sup> - article 38, alinéa 1, de la constitution révisée du 18 décembre 1998<sup>113</sup> - , selon lequel la Confédération est compétente pour régler l'acquisition et la perte de la nationalité et des droits de cité par filiation, mariage et adoption. Dans les autres cas, la Confédération est compétente pour édicter des dispositions minimales sur la naturalisation des étrangers par les cantons et octroyer l'autorisation de naturalisation (art. 44, al. 2, cst., resp. art. 38, al. 2, ncst.).

Comme le mariage entre partenaires de même sexe n'est pas autorisé, il n'y a pas de possibilité correspondante de bénéficier d'une naturalisation facilitée. La personne concernée est renvoyée à la procédure ordinaire. Cela signifie qu'elle doit avoir résidé en Suisse pendant douze ans, dont trois au cours des cinq ans qui précèdent la requête (art. 15 LN).

---

<sup>111</sup> RS 141.0

<sup>112</sup> RS 101

<sup>113</sup> FF 1999 176

## 322 Droit des étrangers

### 322.1 Séjour et établissement

Le droit suisse des étrangers est fondé sur le principe que les étrangers n'ont pas un droit à l'octroi et à la prolongation d'une autorisation de séjour ou d'établissement. Une exception est cependant faite pour les conjoints étrangers de ressortissants suisses. Ceux-ci ont en tout temps droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour, ainsi qu'à une autorisation d'établissement après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, en vertu de l'article 7 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)<sup>114</sup>. Les couples homosexuels ne peuvent pas invoquer cette disposition. Sous l'angle du droit des étrangers, le partenaire étranger du ressortissant suisse est considéré comme une personne célibataire, de sorte que c'est l'ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE)<sup>115</sup> qui est pertinente pour la question de son autorisation de séjour. Cette ordonnance fait une différence entre les étrangers qui exercent une activité lucrative et les étrangers sans activité lucrative.

En ce qui concerne les étrangers qui exercent une activité lucrative, le Conseil fédéral fixe périodiquement des nombres maximums pour les autorisations octroyées aux résidents à l'année qui, pour la première fois, viennent exercer une activité lucrative ou en entreprennent une, aux saisonniers et aux personnes séjournant pour une courte période en Suisse. Selon l'article 13, lettre f, OLE, "les cas personnels d'extrême gravité" ne sont pas compris dans le contingent. Il n'est pas possible d'établir selon des critères abstraits dans quel cas une telle situation existe; une appréciation de toutes les circonstances du cas d'espèce est nécessaire. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, on ne peut admettre l'existence d'un cas d'extrême gravité qu'à des conditions sévères qui présupposent que la personne concernée se trouve dans une situation de nécessité<sup>116</sup>. Dans un arrêt du 22 mai 1992<sup>117</sup>, le Tribunal fédéral a admis en principe l'existence d'un cas personnel d'extrême gravité dans une relation homosexuelle entre un Suisse et un étranger. Selon cet arrêt, il est vrai que la simple déclaration de vouloir vivre dans une communauté homosexuelle durable ne peut pas suffire. Un cas d'extrême gravité ne peut pas être admis au seul motif que le refus d'une autorisation de la police des étrangers rend plus difficile ou empêche de renforcer une telle relation et de lui donner un fondement durable. Ne peuvent d'emblée entrer en considération que des communautés de vie qui durent déjà depuis un certain temps. La durée de la relation ne peut cependant pas être le seul critère. En plus du fait que le refus de l'autorisation aurait entraîné la rupture d'une communauté de vie qui durait déjà depuis près de quatre ans, le Tribunal fédéral a considéré comme déterminant que le partenaire étranger était intégré dans la famille de son partenaire suisse et que celui-ci devait le soutenir financièrement et lui apportait effectivement un tel soutien. Ce dernier élément démontrait, selon le Tribunal fédéral, les liens étroits entre les

<sup>114</sup> RS 142.20

<sup>115</sup> RS 823.21

<sup>116</sup> Cf. ATF 117 Ib 317 ss; 119 Ib 33 ss; 122 II 186 ss.

<sup>117</sup> Arrêt de la IIe Cour de droit public du 22 mai 1992 dans la cause S. R. & S c. DFJP (recours de droit administratif).

deux partenaires. En se fondant sur cet arrêt du Tribunal fédéral, l'Office fédéral des étrangers a admis, dans le passé, l'octroi d'une autorisation au sens de l'article 13, lettre f, OLE, lorsque la relation homosexuelle semblait stable, durait depuis quelques années et que l'octroi de l'autorisation était impossible dans le cadre du contingent<sup>118</sup>.

Les conditions pour l'octroi d'une autorisation pour les étrangers n'exerçant pas d'activité lucrative sont réglées à l'article 31 ss OLE, selon lequel il est surtout tenu compte du but du séjour. Ainsi, des autorisations peuvent être octroyées à des élèves, des étudiants, des personnes devant suivre un traitement médical, des rentiers, ainsi qu'à des enfants placés ou adoptifs. Enfin, l'article 36 OLE prévoit qu'une autorisation de séjour peut également être accordée à d'autres étrangers n'exerçant pas d'activité lucrative "lorsque des raisons importantes l'exigent". L'interprétation de la notion juridique indéterminée de "raisons importantes" se fait selon les mêmes critères que ceux dégagés dans le cadre de l'autorisation au sens de l'article 13, lettre f, OLE<sup>119</sup>. Dès lors, l'octroi d'une autorisation de séjour à un partenaire étranger n'exerçant pas d'activité lucrative est en principe possible à certaines conditions.

Il convient cependant de retenir qu'il n'existe en aucun cas un droit à recevoir une autorisation et que l'octroi de celle-ci dépend toujours, même lorsque les autorités fédérales compétentes apprécient le cas d'espèce avec tolérance, du fait de savoir si l'autorité cantonale est prête à accorder une telle autorisation. Par ailleurs, se pose la question de savoir sous quel statut les couples concernés devraient vivre ensemble, jusqu'à ce que la condition de la durée de plusieurs années exigée par les autorités soit remplie.

C'est pourquoi les couples homosexuels se voient souvent réduits à invoquer un autre motif de séjour prévu par la loi, comme la formation ou d'autres raisons semblables, ou de s'installer dans un autre Etat qui reconnaît un droit de séjour. La situation juridique présentée peut aussi avoir comme conséquence, indésirable du point de vue de l'Etat, que le partenaire étranger fasse un mariage de complaisance, afin d'obtenir par ce moyen le droit de séjourner en Suisse.

### 322.2 Droit d'asile<sup>120</sup>

Selon l'article 3, alinéa 3, de la loi sur l'asile<sup>121</sup>, les conjoints de réfugiés et leurs enfants mineurs sont également reconnus comme réfugiés, à moins que des circonstances particulières ne s'y opposent. En vertu de l'article 7, alinéa 1, de la loi sur l'asile, l'asile est également accordé aux conjoints de

---

<sup>118</sup> Selon les informations de l'OFE du 1<sup>er</sup> juillet 1998, cf. également N. Herz, F-Frauenfragen 2-3/97, p. 25 s.

<sup>119</sup> Selon les informations de l'OFE du 1<sup>er</sup> juillet 1998.

<sup>120</sup> Les remarques qui suivent sont fondées sur la loi sur l'asile encore en vigueur. La révision de cette loi, qui fera prochainement l'objet d'une votation, ne modifierait pas matériellement la situation juridique, dans la mesure où un nouvel article 51 sur l'asile accordé aux familles reprend et uniformise les règles contenues dans les articles 3, alinéa 3, et 7, de la loi actuelle; cf. le texte de la loi soumis au référendum in FF 1998 3109, 3121.

<sup>121</sup> RS 142.31

réfugiés et à leurs enfants, lorsque la famille a été séparée par la fuite et entend se réunir en Suisse. Selon la pratique de l'Office fédéral des réfugiés (ODR), les articles 3, alinéa 3, et 7, alinéa 1, de la loi sur l'asile s'appliquent également, au-delà de la lettre claire de la loi, aux partenaires vivant en concubinage, mais pas aux partenaires homosexuels. Selon les informations de l'ODR, cette différenciation se fonde sur un arrêt du Tribunal fédéral qui a qualifié un mariage entre homosexuels de contraire à l'ordre public<sup>122</sup>.

Cependant, l'asile pourrait également être accordé au partenaire étranger d'un réfugié reconnu sur la base de la disposition relative au regroupement familial (art. 7, al. 2, de la loi sur l'asile), s'il était qualifié de "proche parent" et que des circonstances particulières militaient en faveur d'un tel regroupement. Selon les informations de l'ODR, une telle interprétation ne saurait être exclue, mais il n'existe pas à ce jour de décision dans ce sens<sup>123</sup>.

## **323 Droit de la famille**

### **323.1 Droit du mariage**

Le droit du mariage comprend toutes les normes du code civil (CC) qui concernent la formation du lien conjugal, les effets et la dissolution du mariage. Un mariage ne peut être contracté qu'à des conditions déterminées, qui sont réglées par l'Etat: les fiancés doivent être âgés de 18 ans révolus et être capables de discernement. Par ailleurs, le mariage entre parents en ligne directe, frères et sœurs, ainsi qu'entre une personne et l'enfant de son conjoint, est interdit<sup>124</sup>.

La conclusion du mariage entre deux personnes a des effets étendus: en effet, les époux s'obligent mutuellement à assurer la prospérité de l'union conjugale d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants. Ils se doivent l'un et l'autre fidélité et assistance (art. 159 CC). Chacun des époux doit contribuer, selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (art. 163 ss CC). La situation patrimoniale des époux est soumise au régime matrimonial ordinaire de la participation aux acquêts (art. 196 ss CC). Cela signifie en particulier qu'en cas de dissolution du mariage, les biens épargnés pendant la durée du mariage, dont font également partie les revenus des biens propres (soit en particulier, les biens appartenant aux époux avant le mariage, les donations et héritages), sont partagés par moitié entre les époux, dans la mesure où rien d'autre n'a été con-

<sup>122</sup> Est visé ici l'ATF 119 II 264; cf. également ci-dessous, chiffre 326.

<sup>123</sup> Selon le Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la loi sur l'asile, FF 1996 II 69, "Des circonstances particulières doivent militer pour le regroupement en Suisse, comme lorsqu'il y a une relation de cause à effet entre la menace pesant sur la vie de la personne concernée et la fuite du réfugié qui se trouve en Suisse; c'est le cas si ce dernier, avant sa fuite, contribuait dans une mesure déterminante à l'entretien de la personne concernée et qu'aucune autre solution que l'accueil en Suisse n'est possible pour remédier à la situation critique dans laquelle il se trouve". Si l'article 7, alinéa 2, de la loi sur l'asile devait être interprété dans ce sens, les chances pour un partenaire homosexuel de se fonder avec succès sur cette disposition semblent plutôt minces.

<sup>124</sup> Telle sera la situation juridique après l'entrée en vigueur des articles 94 et 95 du nouveau droit du divorce (RO 1999 1122), le 1<sup>er</sup> janvier 2000. L'empêchement au mariage qui existe encore aujourd'hui entre oncle et nièce et entre tante et neveu, cf. article 100, alinéa 1, chiffre 1, CC sera supprimé.

venu par contrat de mariage. Par ailleurs, les époux peuvent par contrat de mariage choisir, au lieu du régime matrimonial ordinaire, le régime de la communauté de biens (art. 221 ss CC) ou la séparation de biens (art. 247 ss CC). Les époux doivent se donner mutuellement des renseignements sur leurs revenus, leurs biens et leurs dettes (art. 170 CC). Par le mariage, ils acquièrent un nom de famille commun, qui est en principe le nom du mari (art. 160 CC). Une procédure facilitée en changement de nom permet cependant aux fiancés de choisir de porter le nom de la femme comme nom de famille (art. 30, al. 2, CC). Celui des époux dont le nom n'est pas le nom de famille peut faire précéder le nom de famille par le nom qu'il portait jusqu'alors. Suite à une initiative parlementaire<sup>125</sup>, une modification de la réglementation du nom est actuellement discutée, afin de réaliser l'égalité entre hommes et femmes. Selon le projet de la commission des affaires juridiques du Conseil national, remanié à la suite d'une procédure de consultation, les époux devraient à l'avenir choisir ensemble de prendre comme nom de famille le nom de la femme ou celui de l'homme ou de conserver chacun le nom qu'il portait jusqu'alors<sup>126</sup>. Selon le droit en vigueur, la femme acquiert le droit de cité cantonal et communal de son mari sans perdre le sien (art. 161 CC). La Commission des affaires juridiques du Conseil national propose que le mariage n'ait désormais plus d'effets sur le droit de cité cantonal et communal des époux<sup>127</sup>.

Chaque époux a un droit légal de représenter l'union conjugale pour les besoins courants de la famille. Les conjoints sont responsables solidairement des dettes que l'un d'eux contracte dans le cadre de ses pouvoirs de représentation (art. 166 CC). Un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le contrat de bail, ni aliéner le logement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend ce logement (art. 169 CC). Enfin, la loi prévoit une série de mesures protectrices de l'union conjugale en cas de conflit (art. 172 ss CC). Ainsi, à la requête de l'un des époux, le juge fixe les contributions pécuniaires dues pour l'entretien de la famille et retire à certaines conditions les pouvoirs de représentation à l'un des époux. En cas de suspension de la vie commune, le juge doit, à la requête de l'un des conjoints, fixer la contribution pécuniaire à verser par l'un des époux à l'autre, prendre des mesures concernant le logement et le mobilier de ménage et ordonner la séparation de biens si les circonstances l'exigent. Si un époux ne satisfait pas à son devoir d'entretien, le juge peut prescrire aux débiteurs de celui-ci d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de son conjoint. Enfin, dans la mesure nécessaire pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage, le juge peut, à la requête de l'un des époux, restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains biens sans le consentement de son conjoint et ordonner les mesures de sûreté appropriées,

---

<sup>125</sup> Initiative parlementaire Sandoz; Nom de famille des époux (94.434).

<sup>126</sup> Cf. le rapport du 31 août 1998 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national relatif au projet de modification du code civil concernant le nom de famille et le droit de cité des époux et des enfants.

<sup>127</sup> Cf. le rapport du 31 août 1998 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national relatif au projet de modification du code civil concernant le nom de famille et le droit de cité des époux et des enfants.

comme interdire à un époux de disposer d'un immeuble et en faire porter la mention au registre foncier.

La protection particulière accordée par la loi au mariage est également exprimée par le fait que le mariage ne peut être dissous que par un jugement de divorce et seulement si l'une des causes de divorce, énumérées de façon exhaustive dans la loi, est réalisée. La procédure de divorce est en outre soumise à des dispositions particulières qui limitent l'autonomie des époux. Selon le nouveau droit du divorce<sup>128</sup>, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, le mariage peut être dissous, à la requête commune des époux, après un délai de réflexion de deux mois. Lorsqu'un époux demande unilatéralement le divorce, le mariage est dissous si les partenaires vivent séparés depuis au moins quatre ans ou si des motifs sérieux rendent la continuation du mariage insupportable.

Selon le droit en vigueur, les couples homosexuels ne peuvent pas se marier. Cela signifie d'abord que les dispositions sur la conclusion du mariage, sur les effets du mariage exposés précédemment et sur le divorce ne sont pas applicables à ces couples. Cet état de fait a également des conséquences dans les autres domaines du droit qui prévoient également un rattachement au mariage, comme c'est le cas en droit de la nationalité et en droit des étrangers. La situation dans certains domaines particuliers sera analysée de manière plus précise ci-après.

### **323.2 Droit de la filiation (procréation médicalement assistée incluse)**

Il va de soi qu'un enfant ne peut être biologiquement issu de deux parents de même sexe. Mais juridiquement également, il est exclu d'établir un lien de filiation avec deux parents de même sexe. Ainsi, l'adoption conjointe selon l'article 264a, alinéa 1, CC n'est ouverte qu'à des époux. L'adoption de l'enfant du partenaire né d'un précédent mariage n'est possible que si l'adoptant est marié avec le parent de l'enfant (adoption de l'enfant du conjoint; cf. art. 264a, al. 3, CC). Dans le cadre de la révision du droit du divorce, l'adoption de l'enfant du conjoint a été rendue plus difficile en raison des expériences faites jusqu'alors avec cette institution. A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000, le mariage doit avoir duré cinq ans au moins avant que l'adoption de l'enfant du conjoint puisse entrer en ligne de compte<sup>129</sup>.

Toutefois, il est possible que l'un des partenaires d'un couple homosexuel adopte un enfant dans le cadre d'une adoption par une personne seule. Celle-ci a cependant un caractère exceptionnel, dans la mesure où l'adoption devrait, à l'instar de la filiation naturelle, donner un père et une mère à un enfant sans famille<sup>130</sup>.

Comme le droit suisse - contrairement à certains ordres juridiques étrangers - subordonne l'autorité parentale à l'existence d'un lien de filiation au sens des articles 252 ss CC, le partenaire homosexuel du parent biologique ne peut pas, à l'instar d'un beau-père (parâtre) ou d'une belle-mère (marâtre),

<sup>128</sup> Cf. FF 1998 3084 ss.

<sup>129</sup> Cf. FF 1998 3095 et le Message du 15 novembre 1995, FF 1996 1 ss, chiffre 243.

<sup>130</sup> Cf. Hegnauer, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Commentaire bernois, article 264b CC n. 4 s.

devenir co-titulaire de l'autorité parentale. En revanche, l'orientation sexuelle ne saurait être déterminante pour la question de l'attribution de l'autorité parentale à un parent biologique. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de divorce, le Tribunal fédéral a souligné qu'à soi seul, le fait que la mère est homosexuelle ne constitue pas une raison impérieuse de ne pas lui attribuer l'autorité parentale<sup>131</sup>.

Enfin, il y a lieu de relever que les couples homosexuels ne peuvent pas bénéficier des méthodes de la procréation médicalement assistée. Déjà la constitution ne permet le recours à la procréation médicalement assistée que dans la mesure où "la stérilité (...) ne peut pas être écartée d'une autre manière"<sup>132</sup>. Toutefois, dans le cas d'une relation homosexuelle entre deux femmes (il ne peut s'agir ici que d'une telle relation), on ne peut pas parler de stérilité au vrai sens du terme, c'est-à-dire, l'absence d'enfant non volontaire durant un temps déterminé malgré des relations sexuelles régulières non protégées. En effet, dans le cas particulier, un enfant ne peut pas être conçu, faute de partenaire masculin. Pour cette raison, l'article 3, alinéa 2, lettre a, de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA)<sup>133</sup> réserve la procréation médicalement assistée aux couples "à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 CC)". Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme<sup>134</sup>.

### 323.3 Droit de la tutelle

Le droit de la tutelle n'est relevant dans ce contexte que dans la mesure où l'article 380 CC accorde, lors de la nomination d'un tuteur, un droit de préférence non seulement aux proches parents mais également au conjoint de la personne concernée. Ce droit n'est pas applicable aux couples homosexuels. Toutefois, selon l'article 381 CC, la personne concernée peut désigner son partenaire comme tuteur de confiance; son vœu doit alors être respecté par les autorités, à moins que des justes motifs ne s'y opposent.

Le devoir du mari d'accepter la fonction de tuteur, prévu à l'article 382 CC, qui a été reformulé dans le cadre de la révision du droit du divorce<sup>135</sup>, afin de supprimer l'inégalité de traitement entre hommes et femmes, n'a guère d'importance dans la pratique<sup>136</sup>. Compte tenu de la charge qu'il impose, ce devoir devrait plutôt être considéré comme une discrimination envers les personnes mariées par rapport à celles qui ne le sont pas.

---

<sup>131</sup> Cf. ATF 108 II 371 s.; critique à l'égard de certaines formulations, Geiser, op. cit., p. 228.

<sup>132</sup> Article 24<sup>novies</sup>, alinéa 2, lettre c, cst. ou art. 119, al. 2, let. c, ncst.

<sup>133</sup> FF 1998 V 4992.

<sup>134</sup> Article 3, alinéa 3, LPMA; cf. également Message du Conseil fédéral du 26 juin 1996, FF 1996 III 245 s.

<sup>135</sup> Cf. article 382, alinéa 1, CC dans la version adoptée le 26 juin 1998, FF 1998 3099.

<sup>136</sup> Cf. à ce sujet, au regard de la révision du droit de la tutelle, le rapport explicatif avec avant-projet relatif à une révision du code civil (protection des adultes) de juin 1998, p. 29, selon lequel cette obligation devra être relativisée conformément à l'article 146 AP.

### 324 Droit des successions

Le droit suisse des successions distingue entre la succession légale et la succession volontaire, respectivement entre les héritiers légaux et les héritiers institués. La succession légale intervient lorsque la personne décédée n'a pas fait de disposition pour cause de mort. Dans ce cas, ce sont le conjoint du défunt, ses descendants, ses parents et grands-parents ainsi que leurs descendants, qui sont les héritiers légaux (cf. art. 457 à 462 CC). A défaut d'héritiers légaux, la succession est dévolue à la corporation publique (art. 466 CC).

Toute personne majeure et capable de discernement peut cependant disposer de sa succession par testament ou pacte successoral, mais doit respecter la réserve du conjoint, des descendants et des parents (art. 470 CC). Pour un descendant, la réserve est des trois quarts de son droit de succession, elle est de la moitié pour le père ou la mère et pour le conjoint survivant (art. 471 CC).

Cette réglementation a pour conséquence que le partenaire survivant d'un couple homosexuel est traité comme un quelconque tiers et n'a pas de droit successoral si le partenaire défunt ne laisse pas de disposition pour cause de mort. Il est possible de remédier à cette situation au moyen d'une disposition pour cause de mort qui favorise le partenaire survivant; la mesure dans laquelle ce dernier peut être favorisé dépend du montant des réserves à prendre en considération. Selon les différentes possibilités, la quotité disponible est égale à  $2/8$ <sup>137</sup>, ou à  $3/8$ <sup>138</sup> de la succession. En revanche, le conjoint survivant peut se voir attribuer  $5/8$ <sup>139</sup>, ou  $7/8$ <sup>140</sup> de la succession. Par ailleurs, l'article 473 CC permet à l'un des conjoints de laisser au survivant, par testament ou acte successoral, l'usufruit de toute la succession. Certes, un usufruit au sens des articles 745 ss CC pourrait également être établi en faveur du partenaire homosexuel, mais seulement dans la mesure où il n'y a pas d'héritiers réservataires; dans le cas contraire, la valeur capitalisée de l'usufruit ne doit pas dépasser la quotité disponible (cf. art. 530 CC).

Constitue une autre différence entre les couples homosexuels et les conjoints la possibilité pour le conjoint survivant de demander l'attribution de l'appartement conjugal en imputation sur sa part successorale selon l'article 612a CC, alors que le partenaire homosexuel survivant n'a pas cette prérogative.

La situation du partenaire survivant d'un couple homosexuel dans le domaine des impôts successoraux sera traitée sous chiffre 328.3.

---

<sup>137</sup> Lorsque le défunt laisse des descendants.

<sup>138</sup> Lorsque le défunt laisse un conjoint et des descendants, respectivement lorsque le défunt laisse un conjoint et que ses parents sont héritiers, parce qu'il n'a pas laissé de postérité.

<sup>139</sup> Lorsque le défunt laisse des descendants.

<sup>140</sup> Lorsque les parents sont héritiers parce que le défunt ne laisse pas de postérité.

## 325 Droit des obligations

### 325.1 Droit du bail

La question de savoir dans quelle mesure les dispositions sur la prolongation du bail sont applicables aux couples homosexuels a déjà été traitée ci-dessus<sup>141</sup>. Le droit du bail contient cependant encore d'autres règles qui entraînent une inégalité de traitement entre les conjoints et les partenaires homosexuels. Il s'agit des dispositions relatives à la protection contre les congés pour le logement familial. Ainsi, l'article 266m CO prévoit que l'un des époux ne peut résilier le contrat de bail qu'avec le consentement exprès de son conjoint<sup>142</sup>. Selon l'article 266n CO, le bailleur doit communiquer séparément au locataire et à son conjoint le congé ou la fixation d'un délai de paiement assorti d'une menace de résiliation. Enfin, l'article 273a CO permet au conjoint du locataire de contester le congé, de demander la prolongation du bail ou d'exercer les autres droits du locataire en cas de congé. En outre, les conventions prévoyant une prolongation du bail ne sont valables que si elles sont conclues par les deux époux.

Les couples homosexuels ne peuvent pas invoquer toutes ces dispositions sur la protection contre les congés pour le logement familial. Pour améliorer leur situation juridique, les deux partenaires peuvent signer conjointement le contrat de bail. Il y a cependant lieu de relever que les couples homosexuels peuvent, selon les circonstances, être confrontés à des problèmes particuliers lors de la recherche d'un logement commun. Par ailleurs, des difficultés juridiques peuvent également survenir lorsque les deux partenaires sont parties au contrat et que l'un d'eux veut résilier le bail contre la volonté de l'autre<sup>143</sup>.

### 325.2 Droit du contrat de travail

Selon l'article 325 CO, un travailleur ne peut céder ou mettre en gage son salaire futur. La seule exception concerne la cession ou la mise en gage de salaire futur pour garantir une obligation d'entretien découlant du droit de la famille, dans la mesure où il est saisissable. Les obligations découlant d'un contrat conclu entre les partenaires homosexuels ne sont pas comprises dans cette notion<sup>144</sup>.

En vertu de l'article 338, alinéa 2, CO, l'employeur est tenu, au décès du travailleur, de continuer à verser son salaire pendant un certain temps<sup>145</sup>, si

<sup>141</sup> Cf. ci-avant chiffre 31.

<sup>142</sup> Cf. également l'article 169 CC, selon lequel un époux "ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille".

<sup>143</sup> Cf. à ce sujet Geiser, op. cit., p. 226. R. Weber, *Der gemeinsame Mietvertrag*, thèse Zurich 1993.

<sup>144</sup> Cf. à ce sujet U. Streiff/A. von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 5<sup>e</sup> éd., Berne 1992, article 325 CO n. 5, selon lesquels seules sont comprises dans cette notion les contributions selon les articles 145, 151, alinéa 1, (dans la mesure où elles remplacent l'entretien), 152, 156, alinéa 2, 163, 173, alinéa 1, 176, alinéa 1, chiffre 1, 276 ss, 295 et 328/329 CC.

<sup>145</sup> Si les rapports de travail ont duré moins de cinq ans, il existe un droit à un mois de salaire; si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans, à deux mois de salaire.

celui-ci laisse un conjoint ou des enfants mineurs, ou, à défaut, d'autres personnes en faveur desquelles il remplissait une obligation d'entretien. A cet égard, la question de savoir s'il doit s'agir d'une obligation d'entretien légale ou si une obligation morale ou contractuelle peut également fonder l'obligation de paiement est controversée<sup>146</sup>. La même question se pose s'agissant du droit à l'indemnité à raison de longs rapports de travail. Selon l'article 339b, alinéa 1 CO, si les rapports de travail d'un travailleur âgé d'au moins cinquante ans prennent fin après vingt ans ou plus, l'employeur doit verser une indemnité à raison de ces longs rapports de travail. Si le travailleur décède pendant la durée des rapports de travail, l'indemnité, en vertu de l'article 339b, alinéa 2, CO, est versée au conjoint survivant, aux enfants mineurs, ou, à défaut, aux autres personnes en faveur desquelles le travailleur remplissait une obligation d'entretien. La loi ne dit pas non plus si une obligation morale ou contractuelle suffit. Ces questions importantes pour les couples homosexuels n'ont, à notre connaissance, pas été tranchées jusqu'à présent par un tribunal.

De plus, il convient de mentionner que les couples homosexuels ne peuvent souvent pas profiter des allocations sociales prévues pour les conjoints, comme les allocations familiales ou les primes en cas de mariage. Par ailleurs, les partenaires homosexuels ne bénéficient souvent pas des congés accordés par l'employeur en raison de certains événements familiaux (mariage, décès dans la famille du conjoint). Toutefois, il existe dans ces deux domaines une certaine marge d'appréciation qui, sur la base de la liberté contractuelle, pourrait être mieux utilisée au bénéfice des couples homosexuels, en particulier s'agissant des contrats collectifs de travail.

### **325.3 Autres domaines du droit contractuel**

Le droit des obligations pose l'exigence du consentement écrit de l'époux de la personne qui s'oblige pour différents actes juridiques, tels que la vente par acomptes (art. 226b CO), la vente avec paiements préalables (art. 228 CO) et le cautionnement (art. 494 CO). Cette exigence du consentement, qui repose sur l'idée de la protection de la famille, n'existe pas pour les couples homosexuels.

### **326 Droit international privé**

Le droit international privé traite des questions importantes qui se posent dans les relations internationales, telles que la compétence des autorités judiciaires, le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. Dans le contexte examiné, la question la plus importante est celle de savoir si et dans quelle mesure les partenariats entre deux partenaires homosexuels enregistrés à l'étranger peuvent être reconnus en Suisse. La loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)<sup>147</sup> prévoit seulement, à

<sup>146</sup> Rehbindler, Commentaire bernois, article 338 CO n. 4, se fondant sur la genèse de cette disposition, admet que sont également visés les devoirs d'entretien contractuels et moraux et que la disposition comprend également le partenaire non marié; cf. M. Streiff/von Kaenel, op. cit., article 338 CO n. 6; d'un autre avis: J. Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1996, article 338 CO n. 3.

<sup>147</sup> RS 291

son article 45, qu'un mariage valablement conclu à l'étranger est reconnu en Suisse. En revanche, une décision qui contreviendrait à l'ordre public (art. 27 LDIP) ne saurait être reconnue.

Jusqu'à ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer de manière explicite sur la question de la reconnaissance d'un couple homosexuel enregistré à l'étranger ou du mariage conclu entre deux partenaires de même sexe. Il est toutefois intéressant d'examiner l'ATF 119 II 264, dont l'état de fait est le suivant. Le 15 décembre 1988, un mariage a été conclu au Danemark entre A, citoyen suisse, et B ressortissant brésilien. En 1990, on eut connaissance du fait que la personne qui s'était présentée comme la fiancée était née, en 1955, en tant que fils de X et Y. Le 9 janvier 1988, elle avait subi une opération lui permettant de changer de sexe, sans que les registres d'état civil n'aient toutefois été modifiés en conséquence. Lors de la célébration du mariage, cette personne avait justifié de sa qualité en présentant un passeport au nom de B, dans lequel elle avait placé sa photo. Après que les autorités du canton d'origine de A ont refusé la reconnaissance du mariage, B a saisi d'un recours de droit administratif le Tribunal fédéral. Celui-ci a retenu entre autres qu'il y a, selon la jurisprudence, une atteinte à l'ordre public lorsque des principes fondamentaux du droit sont violés, soit lorsque l'acte en question est absolument incompatible avec l'ordre juridique suisse et son système de valeurs. Selon la sensibilité juridique suisse, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, en d'autres termes, de deux personnes biologiquement de sexe différent. L'institution du mariage, ainsi définie, est soumise à la clause d'ordre public. Dans sa décision, le département cantonal de l'intérieur s'est fondé sur le statut du recourant, tel qu'il ressort de ses documents personnels corrects, selon lesquels il est de sexe masculin. Sur la base de ces motifs, le Tribunal fédéral considère que l'instance cantonale a correctement qualifié le mariage conclu au Danemark d'union entre deux personnes de même sexe, dont la reconnaissance serait contraire à l'ordre public suisse.

Il ressort du jugement du Tribunal fédéral que non seulement un mariage contracté par dol, mais également un mariage correctement conclu selon le droit étranger entre deux personnes de même sexe doivent être qualifiés de contraires à l'ordre public.

L'ensemble de la doctrine est d'avis qu'un partenariat enregistré à l'étranger ne peut pas être reconnu comme tel tant que la LDIP ne prévoit pas expressément une disposition dans ce sens<sup>148</sup>. L'impossibilité de reconnaître un tel partenariat ne veut cependant pas dire qu'il ne peut avoir des effets en Suisse. A cet égard, on rencontre différents avis dans la doctrine. Ainsi, une partie de la doctrine<sup>149</sup> pense qu'il y a une lacune qui devrait être comblée par les tribunaux. Se fondant sur l'article 50 LDIP, la règle de reconnaissance devrait limiter la reconnaissance d'un partenariat enregistré à l'étranger aux cas dans lesquels au moins l'un des partenaires avait son domicile ou sa résidence habituelle dans l'Etat de l'enregistrement. Cette règle montrerait clairement que les communautés de vie entre deux partenaires de même sexe, enregistrées à l'étranger, n'ont pas d'effets plus étendus que ceux pro-

<sup>148</sup> Cf. A. Bucher, RSDIE 1994, p. 281; K. Siehr, Commentaire bâlois, remarques préliminaires aux articles 43-65 LDIP, n. 17; I. Schwander, PJA 1993, p. 1266.

<sup>149</sup> Cf. Schwander, PJA 1993, p. 1265 s.

duits en vertu du droit de l'Etat d'enregistrement, qu'elles ne sont pas soumises en Suisse au droit du divorce et que la reconnaissance d'un tel enregistrement en Suisse n'exclut pas un mariage postérieur avec un partenaire du sexe opposé<sup>150</sup>. Selon cette conception, la reconnaissance d'une communauté de vie entre personnes de même sexe, enregistrée à l'étranger, peut constituer une question préalable à l'examen des prétentions successorales ou en entretien. Si ces prétentions sont soumises au droit privé suisse, il est possible, sur la base de la reconnaissance préjudicielle de la relation étroite entre les partenaires, de reconnaître un droit à l'entretien ou un droit successoral de même nature et de même importance que ceux accordés à un époux, alors même que les règles du droit suisse sur le concubinage seraient applicables en soi<sup>151</sup>.

Selon une autre conception<sup>152</sup>, la question de la reconnaissance d'une communauté de vie homosexuelle enregistrée à l'étranger touche dans tous les cas l'ordre public, de sorte que le comblement d'une lacune par les tribunaux serait exclue. Toutefois, même selon cette conception, des effets juridiques ne sont pas exclus lorsque le droit étranger applicable accorde au partenaire un droit successoral ou un droit à l'entretien et lorsque la question préjudicielle de savoir s'il y a une communauté comparable à un mariage doit être jugée d'après le droit étranger, en raison du lien étroit avec celui-ci lors de la fondation d'une telle communauté<sup>153</sup>. Il en va de même si l'autonomie des parties est également admise dans ce domaine et que les partenaires ont choisi le droit de l'Etat dans lequel leur partenariat a été enregistré<sup>154</sup>.

### 327 Droit pénal et exécution des peines

Comme déjà mentionné au début de ce rapport, la disposition sur la "débauche contre nature"<sup>155</sup> a été supprimée lors de la révision du droit pénal relatif aux infractions d'ordre sexuel. Dès lors, il n'existe plus de différenciation entre les comportements homosexuels et hétérosexuels dans ce domaine<sup>156</sup>.

Dans le domaine du droit pénal, des partenaires homosexuels peuvent cependant être confrontés à des problèmes en raison du fait que le code pénal (CP)<sup>157</sup> les qualifie, comme les couples vivant en concubinage, de "familiers" (c'est-à-dire les personnes qui font ménage commun) et non pas de "proches" (c'est-à-dire le conjoint, les parents en ligne directe, les frères et soeurs germains, consanguins ou utérins et les parents et enfants adoptifs)<sup>158</sup>. Cela a des effets sur la qualité pour porter plainte, du fait que l'article 28, alinéa 4, CP accorde un droit de plainte à tous les proches, mais pas aux

<sup>150</sup> Schwander, PJA 1993, p. 1266.

<sup>151</sup> Schwander, PJA 1993, p. 1267.

<sup>152</sup> Cf. Bucher, RSDIE 1994, p. 281.

<sup>153</sup> Cf. Bucher, RSDIE 1994, p. 281; et encore Siehr, Commentaire bâlois, article 45 LDIP n. 18.

<sup>154</sup> Cf. Siehr, Commentaire bâlois, article 45 n. 18, qui se fonde sur les articles 150, alinéa 2, 116 et 117 LDIP.

<sup>155</sup> Article 194 aCP

<sup>156</sup> Cf. FF 1985 II 1103 s.

<sup>157</sup> RS 311.0

<sup>158</sup> Cf. article 110, chiffres 2 et 3 CP.

familiers d'une personne lésée par une infraction punie sur plainte, lorsque celle-ci est décédée sans avoir déposé plainte auparavant ou avoir expressément renoncé à porter plainte. Cette différenciation joue également un rôle pour l'atténuation de la peine en cas de fausse déclaration (art. 308 CP). Selon cette disposition, la peine peut être atténuée si l'auteur a fait une fausse déclaration parce que, en disant la vérité, "il se serait exposé ou aurait exposé l'un de ses proches à une poursuite pénale"; il n'y a par contre pas d'atténuation possible si la fausse déclaration a été faite en faveur d'un familier.

Depuis la révision entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995, le droit pénal relatif aux infractions patrimoniales traite de la même façon les proches et les familiers.

On peut encore observer que l'affirmation selon laquelle les partenaires homosexuels seraient également défavorisés par le fait que les membres des professions médicales invoqueraient continuellement le secret professionnel au sens de l'article 321 CP afin de ne pas devoir informer le partenaire homosexuel de l'état de santé de leur patient, n'est pas pertinente. En effet, le secret professionnel s'applique de manière identique aux conjoints. Il semble cependant exact que le consentement du patient à informer son conjoint est présumé beaucoup plus facilement que pour un autre partenariat. Le problème peut toutefois être résolu par une déclaration réciproque des partenaires homosexuels qui donne expressément, pour le futur, le droit au personnel médical d'informer le partenaire<sup>159</sup>. D'autre part, il y a lieu de relever que ces difficultés n'existent que lorsque le patient est inconscient ou incapable de discernement. Dans les autres cas, le consentement à la levée du secret médical peut en effet être donné en tout temps.

S'agissant de la problématique souvent évoquée du droit de visite en matière d'exécution des peines, il convient de souligner que cette question est avant tout du ressort de la souveraineté des cantons. L'article 5 de l'ordonnance 1 relative au code pénal suisse (OCP 1)<sup>160</sup> prévoit par ailleurs que les visites ne seront limitées que dans la mesure où l'ordre dans l'établissement l'exige. La direction de l'établissement pourra prescrire d'autres restrictions, si des cas particuliers l'exigent. Les rapports avec les proches seront facilités dans la mesure du possible. A cet égard, le Tribunal fédéral a établi que la notion de proches utilisée dans les réglementations cantonales sur la visite de prisonniers peut également comprendre des partenaires non mariés<sup>161</sup>.

## **328 Droit fiscal**

### **328.1 En général**

Il faut tout d'abord distinguer entre les impôts directs et les impôts indirects. Les impôts directs comprennent communément l'impôt sur le revenu et sur la

---

<sup>159</sup> Une difficulté réside cependant dans le fait que le personnel médical ne peut, selon les circonstances, vérifier si la relation qui fonde la procuration existe encore au moment déterminant, notamment lorsque la déclaration a été faite il y a un certain temps. Ce problème peut toutefois également se poser pour des couples séparés ou divorcés.

<sup>160</sup> RS 311.01

<sup>161</sup> Cf. ATF 118 la 64, 86 cons. 3o.

fortune, alors que font notamment partie des impôts indirects les impôts de transaction, ainsi par exemple l'impôt sur les successions et donations<sup>162</sup>. Il y a lieu ensuite de souligner que la Confédération n'a qu'une compétence restreinte en matière d'impôts. Selon le régime en vigueur, les cantons et les communes sont autorisés à prélever les impôts qui ne sont pas expressément réservés à la Confédération de par la constitution. En conséquence, chaque canton a sa propre législation fiscale. Dans le domaine des impôts directs, le champ de manoeuvre des cantons est cependant limité dans la mesure où la Confédération, selon l'article 42<sup>quinquies</sup> cst., doit s'employer, avec la collaboration des cantons, à harmoniser les impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes. La Confédération a concrétisé ce mandat en adoptant la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)<sup>163</sup>.

### 328.2 Impôts directs

Selon le principe de l'imposition de la famille, prédominant actuellement en Suisse, les époux sont imposés ensemble, ce qui signifie que leurs revenus sont additionnés<sup>164</sup>. Si l'on applique un tarif unitaire à tous les contribuables, les conjoints sont soumis à une progression plus importante, ce qui entraîne un désavantage par rapport aux couples non mariés. Afin d'éviter cela, les règles sur l'impôt fédéral direct prévoient un double barème, lequel, toutefois, reste, par rapport aux couples homosexuels et les concubins, défavorable aux couples mariés dont les deux conjoints exercent une activité lucrative. En outre, l'article 11, alinéa 1, LHID prévoit que l'impôt cantonal des personnes mariées vivant dans un ménage commun doit être réduit de manière appropriée par rapport à celui des personnes vivant seules. La loi laisse les cantons libres de déterminer si la réduction est accordée sous forme d'une déduction en pour cent sur le montant de l'impôt, dans des limites exprimées en francs, ou sous forme de barèmes différents pour les personnes seules et les personnes mariées. Selon la deuxième phrase de l'article 11, alinéa 1, LHID, la même réduction est valable "pour les contribuables veufs, séparés, divorcés ou célibataires qui font ménage commun avec des enfants ou des personnes nécessiteuses et dont ils assurent pour l'essentiel l'entretien". Par là, il s'agit en premier lieu de tenir compte de l'augmentation du nombre des familles de type mono-parental. Mais au regard de la lettre de la loi, il est possible de faire profiter de cette réduction également les couples vivant en concubinage et les couples homosexuels. Cela peut par exemple être le cas, lorsque les enfants de l'un ou des deux partenaires vivent encore dans le ménage commun, ou lorsque l'un des partenaires n'arrive pas lui-même à subvenir à son entretien et que celui-ci est assuré pour l'essentiel par l'autre partenaire<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> Cf. à ce sujet E. Blumenstein/P. Locher, *System des Steuerrechts*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 181.

<sup>163</sup> Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID; RS 642.14).

<sup>164</sup> Cf. pour la Confédération, l'article 9, alinéa 1, de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11); ainsi également l'article 3, alinéa 3, LHID.

<sup>165</sup> Cf. M. Reich, *Basler Kommentar zum StHG*, Bâle 1997, ad article 11 LHID n. 26 ss, qui critique cette situation.

Il n'est pas possible d'apporter une réponse générale et abstraite à la question de savoir si les couples mariés sont défavorisés ou privilégiés par rapport aux autres formes de partenariat dans le domaine de l'impôt direct. En effet, le résultat varie en fonction des aspects particuliers de chaque cas, tels que l'exercice d'une activité lucrative par les deux époux ou seulement par l'un d'entre eux, la différence entre les salaires des partenaires homosexuels ou des concubins, ou l'existence ou non d'enfants, etc. Par ailleurs, il y a lieu de relever qu'un traitement absolument égal des époux et des couples non mariés est exclu tant que les époux seront soumis à une imposition commune.

En conclusion, il ressort de ce qui précède que les couples homosexuels ne sont pas systématiquement défavorisés dans le domaine des impôts directs. En revanche, il est vrai qu'un couple homosexuel peut, dans un cas concret, être placé dans une situation moins favorable qu'un couple marié dans les mêmes circonstances, mais l'inverse est également possible.

En outre, il y a lieu de relever qu'en octobre 1996, le Département fédéral des finances a constitué une Commission Imposition de la famille, chargée d'examiner le système de l'imposition de la famille consacré dans la loi sur l'impôt fédéral direct et la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, de signaler les défauts existants et de faire des propositions pour une nouvelle conception de l'imposition de la famille. La commission a déposé son rapport final qui a été publié le 12 mars 1999<sup>166</sup>. Elle est d'avis qu'il n'est pas possible d'agir tant que le droit civil ne règle pas la situation des couples homosexuels<sup>167</sup>.

### 328.3 Impôts indirects

Les impôts indirects, notamment les impôts de transaction, frappent normalement de la même manière les personnes mariées et les personnes non mariées, de sorte qu'il n'en résulte pas de problème en rapport avec le statut des couples homosexuels.

Toutefois, il existe une exception importante dans la pratique en matière d'impôt sur les successions et donations. En effet, abstraction faite de la valeur de la part successorale, ou de la donation, le montant de ces impôts dépend en règle générale du degré de parenté entre le bénéficiaire et le défunt ou le donateur, ce qui peut conduire à une inégalité de traitement importante entre les couples mariés et les couples homosexuels. Ainsi, dans de nombreux cantons, le conjoint du défunt, ou du donateur, est entièrement exempté d'impôt, alors que le partenaire homosexuel peut, dans certains cantons, être imposé jusqu'à 40 % du montant reçu. Selon un récent arrêt du Tribunal fédéral<sup>168</sup> relatif au concubinage, une réglementation cantonale qui

---

<sup>166</sup> Rapport de la commission d'experts chargée d'examiner le système suisse d'imposition de la famille (commission Imposition de la famille), édité par le Département fédéral des finances, Berne 1998.

<sup>167</sup> Cf. rapport (note de bas de page 154), p. 37.

<sup>168</sup> ATF 123 I 241 ss. Dans le cas d'espèce, le défunt avait institué héritière universelle sa partenaire qui partageait sa vie depuis longtemps. La succession d'un montant de Frs. 405'000.- a été soumise à un impôt de 36 %. Si les partenaires avaient été mariés, la

impose les héritiers ou les exempte d'impôt en fonction de leur degré de parenté avec le défunt ne viole pas le principe de l'égalité de l'article 4 cst. En outre, les cantons ne sont pas tenus de prévoir un statut particulier pour les concubins et de les traiter de la même manière que les personnes mariées.

Par ailleurs, les cantons sont seuls compétents pour régler l'impôt sur les successions et donations, qui, en tant qu'impôts indirects, ne sont pas soumis au principe de l'harmonisation des impôts.

## **329 Droit des assurances sociales**

### **329.01 En général**

Dans les différentes assurances sociales, les prestations ne sont pas seulement calculées en fonction du sexe, de l'âge, de la nationalité ou de l'activité professionnelle, mais également en fonction de l'état civil. Ce dernier critère a des implications directes sur la condition juridique des couples homosexuels. Il convient d'examiner cette question pour chaque branche de l'assurance sociale.

### **329.02 Assurance vieillesse et survivants et assurance invalidité (AVS/AI)**

Un des objectifs essentiels de la 10<sup>e</sup> révision de l'AVS, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1997, consistait à transcrire le principe de l'égalité entre homme et femme dans le cadre du premier pilier. Cela n'a cependant rien changé au fait que la législation y relative continue, dans des domaines importants, à faire dépendre ses prestations de l'état civil du bénéficiaire.

Ainsi, pour un couple marié la somme des deux rentes AVS et/ou AI s'élève au plus à 150% du montant maximum de la rente de vieillesse<sup>169</sup>. Un couple marié est donc désavantagé par rapport à un couple non marié.

D'autre part, la répartition du revenu, à savoir l'attribution réciproque de la moitié du revenu lors du calcul des rentes n'est prévue que pour les couples mariés<sup>170</sup>.

En outre, la loi garantit, à certaines conditions, le droit à une rente de veuve ou de veuf<sup>171</sup>. Tout d'abord, les veuves et les veufs ont droit à une rente si, au décès de leur conjoint, ils ont un ou plusieurs enfants<sup>172</sup>. En outre, une veuve sans enfants a droit à une rente si elle a 45 ans révolus et a été mariée pendant cinq ans au minimum; si elle a été mariée plusieurs fois, il sera

---

part successorale de la femme aurait été exemptée d'impôt ou, en l'absence d'enfants soumise à un impôt d'un montant maximum de Frs. 20'000.-.

<sup>169</sup> Cf. article 35 LAVS (RS 831.10) ou article 37, alinéa 1, LAI (RS 831.20).

<sup>170</sup> Cf. article 29quinquies, alinéa 3, LAVS ou article 36 LAI.

<sup>171</sup> Cf. article 23 ss LAVS.

<sup>172</sup> Les enfants du conjoint survivant sont placés sur le même pied que les enfants du conjoint décédé qui, lors du décès, vivaient en ménage commun avec la veuve ou le veuf, ainsi que les enfants recueillis qui, au moment du décès, vivaient en ménage commun avec l'époux survivant et sont adoptés par lui; cf. article 23, alinéa 2, LAVS.

tenu compte de la durée totale des différents mariages. Le droit à la rente de veuf s'éteint lorsque le dernier enfant du veuf atteint l'âge de 18 ans.

La personne divorcée est assimilée à une veuve ou à un veuf si le mariage a duré au moins dix ans et que la personne divorcée a un ou plusieurs enfants, si le divorce a eu lieu après que la personne divorcée a atteint 45 ans ou que le cadet a eu 18 ans révolus après que la personne divorcée a atteint 45 ans<sup>173</sup>.

Le but de la 11<sup>e</sup> révision de l'AVS, actuellement en cours, est notamment de placer sur un pied d'égalité les veuves et les veufs<sup>174</sup>. A cet effet, le projet mis en consultation prévoit que dorénavant les femmes mariées sans enfants ne devraient plus avoir droit à une rente de veuve<sup>175</sup>.

Contrairement aux conjoints de personnes invalides, les partenaires non mariés de telles personnes n'ont pas droit à une rente complémentaire d'invalidité<sup>176</sup>. Enfin, les conjoints des assurés n'exerçant pas d'activité lucrative ainsi que les assurés travaillant dans l'entreprise de leur conjoint et ne touchant aucun salaire en espèces sont, à certaines conditions, dispensés de cotiser<sup>177</sup>. En revanche, les couples non mariés ne jouissent pas d'une telle dispense. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, les partenaires non mariés n'exerçant pas d'activité lucrative sont assimilés à des employés de maison de l'assuré<sup>178</sup>.

### 329.03 Prestations complémentaires

Les prestations complémentaires ont pour but d'élever les revenus des rentiers pour leur permettre de couvrir leurs besoins vitaux. Le montant de ces prestations se calcule dès lors en fonction de la différence existant entre les dépenses reconnues par la loi et les revenus déterminants. Le montant reconnu pour les besoins vitaux est différent entre les couples mariés et les couples non mariés. Pour les couples mariés, il correspond aux 150% des montants alloués à des personnes seules (deux personnes seules)<sup>179</sup>, ce qui constitue une situation bien plus favorable pour les couples non mariés et par conséquent pour les couples homosexuels.

---

<sup>173</sup> Cf. article 24a LAVS.

<sup>174</sup> Cf. Rapport explicatif et avant-projet soumis en consultation (août 1998, p. 6).

<sup>175</sup> Cf. article 23 AP-LAVS et rapport explicatif et avant-projet (août 1998, p. 65 ss).

<sup>176</sup> Cf. article 34 LAI. Ce droit pourra toutefois (ne devra) être revendiqué (qu') après l'entrée en vigueur de la révision de la LAI, adoptée le 26 juin 1998; cf. le texte de loi in FF 1998 3065 ss. Ce projet fait l'objet d'un référendum.

<sup>177</sup> Cf. article 3, alinéa 3, LAVS ou article 2 LAI.

<sup>178</sup> Cf. 110 V 1 ss; controversé par Th. Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997, § 19, n° 22.

<sup>179</sup> Cf. article 3b, alinéa 1, lettre a, de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité (LPC; RS 831.30).

### 329.04 Prévoyance professionnelle (2<sup>e</sup> pilier)

La loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)<sup>180</sup> n'accorde une rente de veuve qu'à l'épouse survivante<sup>181</sup>. La femme divorcée est assimilée à la veuve si son mariage a duré dix ans au moins et qu'elle a bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère<sup>182</sup>. Si l'un des partenaires d'un couple homosexuel décède, le survivant ne peut faire valoir aucune prétention. Il convient toutefois de signaler qu'en principe les caisses de pension sont libres d'aller au-delà des prestations obligatoires de la LPP. Récemment, certaines caisses ont fait usage de cette possibilité et amélioré leur réglementation relative à la situation des couples homosexuels, la rapprochant de celle des couples mariés<sup>183</sup>.

La question de l'octroi d'avantages aux couples non mariés a été discutée lors de l'élaboration du rapport explicatif relatif à la 1<sup>ère</sup> révision de la LPP; il n'a toutefois pas été précisé s'il ne fallait entendre par couples non mariés que les couples hétérosexuels ou également les couples homosexuels<sup>184</sup>.

La révision de l'Ordonnance sur le libre passage (OLP)<sup>185</sup>, adoptée en 1994, a engendré une autre inégalité de traitement: en vertu de la précédente ordonnance, tous les héritiers pouvaient avoir qualité de bénéficiaires, notamment les héritiers testamentaires<sup>186</sup>; par contre, la nouvelle ordonnance restreint le cercle des privilégiés aux héritiers légaux et aux personnes à l'entretien desquelles l'assuré subvenait de façon substantielle<sup>187</sup>. Cette dernière

---

<sup>180</sup> RS 831.40

<sup>181</sup> Cf. article 19 LPP. Bien que cette réglementation ne paraisse pas être compatible avec l'article 4, alinéa 2, l'affaire ne peut pas être portée devant le Tribunal fédéral en vertu de l'article 113, alinéa 3, Cst. Suite à la 11<sup>e</sup> révision de l'AVS, il faudra toutefois introduire la rente de veuve dans la LPP; cf. le rapport explicatif et l'avant-projet, août 1998, p. 68 s. En ce qui concerne les couples homosexuels, ce point n'a aucune importance.

<sup>182</sup> Cf. article 20, alinéa 1, de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1).

<sup>183</sup> C'est le cas de la caisse de pension Abendrot à Bâle, cf. plädoyer 6/1995, p. 3, et de la caisse de pension de la Migros, cf. K. Baumann/M. Lauterburg, F-Frauenfragen 2-3/97, p. 34. Toutefois, des limites sont indirectement imposées à ces institutions de prévoyance, dans la mesure où l'Administration fédérale des finances dénie toute exemption fiscale lorsque le cercle des bénéficiaires est défini de façon trop lâche; cf. circulaire n° 1 de l'Administration fédérale des finances du 30.1.1986, publié dans ASA 54, p. 501 ss, ainsi que circulaire n° 1a du 20.8.1986, in ASA 55, p. 199 ss. Certains cantons ont vraisemblablement adopté des réglementations plus généreuses; cf. H. Weidmann, Berufliche Vorsorge und gebundene Selbstvorsorge - Ungelöste Steuerprobleme, StR 1997, p. 95 ss, 98.

<sup>184</sup> Cf. rapport explicatif concernant la 1<sup>ère</sup> révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (1<sup>ère</sup> révision LPP), à l'appui du projet soumis en consultation, août 1998, p. 82 ss. Les propositions s'appuient sur un avis de droit de T. Koller, publié in: Beiträge zur sozialen Sicherheit/Aspects de la sécurité sociale, n° 18/1998.

<sup>185</sup> RS 831.425

<sup>186</sup> Cf. la précédente ordonnance du 12 novembre 1986 sur le maintien de la prévoyance et le libre passage (RS 831.425).

<sup>187</sup> Cf. article 15, alinéa 1, lettre b, OLP. Toutefois, il a été discuté, dans le cadre de la 1<sup>ère</sup> révision LPP, d'une unification de l'ordre des bénéficiaires dans le 2<sup>e</sup> pilier et de la possibilité d'accorder la qualité de bénéficiaire au partenaire non marié; cf. note 169.

situation peut s'appliquer à un couple d'homosexuels, pour autant que le partenaire survivant puisse la prouver, ce qui peut être difficile<sup>188</sup>.

Enfin, la loi sur le libre passage (LFLP)<sup>189</sup> prévoit qu'en cas de divorce, le capital de libre passage acquis pendant la durée du mariage peut être transféré<sup>190</sup>. Les bases de la prétention sont fournies par les articles 151 et 152 CCS relatifs à l'entretien après la dissolution du mariage, qui se fondent sur la faute, bien que dans une mesure différente. Avec l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2000 du nouveau droit du divorce, le principe sera le partage par moitié du capital de libre passage acquis pendant le mariage. Une possibilité identique de participation n'est cependant pas prévue pour les couples homosexuels<sup>191</sup>.

### **329.05 Prévoyance privée privilégiée sur le plan fiscal (pilier 3a)**

Conformément au but de prévoyance, le capital acquis du pilier 3a est lié et les prestations de vieillesse peuvent en principe et, à l'exception de cas particuliers, être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite<sup>192</sup>. Le catalogue des cas exceptionnels a été étendu depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1997 et permet dorénavant à un époux de faire valoir son droit aux prestations de vieillesse de l'autre conjoint, partiellement ou totalement, lorsque le régime matrimonial a pris fin pour une autre raison que le décès. L'attribution des prestations de vieillesse par le tribunal<sup>193</sup> est également possible. En revanche, lorsqu'il y a cessation du partenariat entre homosexuels, il n'y a aucune possibilité de toucher aux prestations du pilier 3a. Toutefois, à la différence de ce qui se passe en matière de deuxième pilier, la qualité de bénéficiaire peut être octroyée au partenaire survivant en l'instituant héritier<sup>194</sup>. A défaut d'une disposition pour cause de mort, le partenaire survivant ne bénéficiera de prestations pour son entretien, comme c'est le cas selon l'OLP, que si le défunt a subvenu à son entretien de façon substantielle<sup>195</sup>.

### **329.06 Loi sur l'assurance chômage**

N'a droit en principe à des prestations de l'assurance chômage que celui qui a cotisé dans le cadre d'une activité professionnelle dépendante. En vertu de la loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI)<sup>196</sup>, les personnes qui, par suite de séparation de corps ou de divorce, d'invalidité ou de mort de leur conjoint ou pour des raisons sem-

---

<sup>188</sup> Cf. l'ATF non publié du 2.7.1997 (n° B 34/96), dont des extraits sont publiés in SZS 1998 p. 72 ss.

<sup>189</sup> RS 831.42

<sup>190</sup> Cf. article 22 LFLP.

<sup>191</sup> Cf. article 122 ss rev. CC, RO 1999 1128 s.

<sup>192</sup> Cf. article 3 de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3, RS 831.461.3).

<sup>193</sup> Cf. article 4, alinéa 3, OPP 3.

<sup>194</sup> Cf. article 2, alinéa 1, lettre b, chiffre 5, OPP 3.

<sup>195</sup> Cf. article 2, alinéa 1, lettre b, chiffre 2, OPP 3.

<sup>196</sup> RS 837.0

blables, sont contraintes d'exercer une activité salariée, sont libérées de l'obligation de cotiser<sup>197</sup>. Ainsi, ces personnes peuvent prétendre, en cas de chômage, à des indemnités journalières sans avoir cotisé. Le montant de l'indemnité journalière dépend alors du degré de formation. Il n'est en revanche pas prévu de libérer de l'obligation de cotiser les couples non mariés, y compris les couples homosexuels<sup>198</sup>. Pour permettre à des concubines n'exerçant pas d'activité lucrative d'avoir droit néanmoins, à certaines conditions, à des allocations de chômage, la pratique les considère comme des employées de maison, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances<sup>199</sup> et les soumet par conséquent à l'obligation de cotiser. Ainsi, la femme sans emploi peut recevoir des indemnités journalières lorsque, le concubinage ayant pris fin, elle doit de nouveau subvenir elle-même à ses besoins et qu'elle n'a pas trouvé d'emploi. On ne sait pas si cette solution est appliquée aussi au partenaire sans emploi dans un couple homosexuel. Toutefois, il convient de signaler que, dans un tel cas, le montant de l'indemnité journalière devrait se calculer en fonction du gain assuré, à savoir du salaire naturel, ce qui devrait représenter en général des indemnités peu élevées.

D'autre part, les époux peuvent aussi être désavantagés par le calcul de la période de cotisation. En vertu de l'article 13, alinéa 2<sup>bis</sup>, LACI, les périodes durant lesquelles un assuré s'est consacré à l'éducation d'enfants et, de ce fait, n'a pas exercé d'activité lucrative soumise à cotisation, comptent comme périodes de cotisation lorsque l'assuré est contraint, par nécessité économique, de reprendre une activité salariée à l'issue d'une période éducative. Pour savoir si l'on se trouve dans une telle situation, on se fonde, pour les couples mariés, sur leur revenu total et leur fortune globale, alors que pour les concubins et les couples homosexuels<sup>200</sup> on prend en compte de manière séparée le revenu et la fortune des partenaires qui, selon les circonstances, peuvent obtenir plus facilement des prestations<sup>201</sup>.

### 329.07 Assurance maladie

La loi fédérale sur l'assurance maladie (LAMal)<sup>202</sup> ne contient aucune disposition se rapportant spécifiquement à l'état civil; en conséquence, elle ne peut pas faire de discrimination entre les couples mariés, non mariés et homosexuels. En revanche, une discrimination des conjoints mariés est possible dans le domaine de la réduction des primes, étant donné que le droit à la réduction dépend du montant du revenu imposable et que les couples mariés

<sup>197</sup> Cf. article 14, alinéa 2, LACI.

<sup>198</sup> La doctrine a proposé d'accorder un droit identique aux concubins se trouvant dans une situation identique, en se référant aux "raisons semblables", ce qui paraît toutefois problématique, dans la mesure où les "raisons semblables" ne se rapportent pas à proprement parler à la personne du bénéficiaire, mais à un état de fait justifiant ces prestations.

<sup>199</sup> Cf. chiffre 329.02 i.f.

<sup>200</sup> Dans ce contexte, il faut rappeler que les couples homosexuels ne peuvent évidemment pas avoir d'enfants communs; l'un d'eux pourrait néanmoins avoir la responsabilité de l'éducation d'un enfant en tant que parent élevant son enfant seul.

<sup>201</sup> Cf. article 11b OACI.

<sup>202</sup> RS 832.10

sont taxés globalement. En revanche, les partenaires homosexuels, qui ne déclarent au fisc que leur revenu ou leur fortune propres, satisferaient davantage aux conditions d'une réduction de prime. Il convient toutefois de signaler que plusieurs cantons ont pour pratique de taxer les couples non mariés sur leur revenu commun.

En outre, les couples homosexuels ne peuvent pas profiter des exceptions en matière de contribution aux frais de séjour hospitalier: les assurés qui vivent en ménage commun avec une ou plusieurs personnes avec lesquelles ils ont une relation relevant du droit de la famille, sont en effet exemptés de la contribution journalière de 10 francs<sup>203</sup>.

### 329.08 Assurance accidents

Dans le domaine de l'assurance obligatoire contre les accidents - comme en matière d'AVS et de prévoyance professionnelle -, seuls les époux survivants ont droit à des prestations en tant que survivants des victimes d'accidents<sup>204</sup>. Le conjoint survivant a droit à une rente lorsque, au décès de son conjoint, il a des enfants ayant droit à une rente ou vit en ménage commun avec d'autres enfants auxquels ce décès donne droit à une rente ou lorsqu'il est invalide aux deux tiers au moins ou le devient dans les deux ans qui suivent le décès du conjoint. L'épouse survivante a en outre droit à une rente lorsque, au décès du mari, elle a des enfants qui n'ont plus droit à une rente ou si elle a accompli sa 45<sup>e</sup> année<sup>205</sup>. Elle a droit à une indemnité en capital lorsqu'elle ne remplit pas les conditions d'octroi d'une rente<sup>206</sup>. Le conjoint divorcé est assimilé à la veuve ou au veuf lorsque l'assuré victime de l'accident était tenu à des aliments envers lui<sup>207</sup>.

Les partenaires homosexuels ne peuvent pas prétendre à des prestations de cet ordre, étant donné qu'ils ne sont pas mariés.

### 329.09 Assurance militaire

En matière d'assurance militaire aussi, seul le conjoint survivant a droit à une rente. Toutefois, à la différence de la LAVS ou de la LAA, la loi soumet les veuves et les veufs aux mêmes conditions d'octroi de la rente et ce droit est indépendant du fait que les époux aient ou non des enfants<sup>208</sup>. Le conjoint divorcé n'a droit à une rente que si le défunt était tenu, au moment du décès, de lui fournir des aliments<sup>209</sup>.

Un couple homosexuel ne peut pas bénéficier de ces rentes, dans la mesure où elles sont fondées sur l'état civil des personnes.

<sup>203</sup> Cf. article 64, alinéa 5, LAMal (RS 832.10) et article 104, alinéa 2, OAMal (RS 832.102).

<sup>204</sup> Cf. article 8 ss de la loi fédérale sur l'assurance accidents (LAA; RS 832.20).

<sup>205</sup> Cf. article 29, alinéa 3, LAA.

<sup>206</sup> Cf. article 29, alinéa 1, et 32 LAA.

<sup>207</sup> Cf. article 29, alinéa 4, LAA.

<sup>208</sup> Cf. articles 51 ss de la loi fédérale sur l'assurance militaire (LAM; RS 833.1).

<sup>209</sup> Cf. article 52, alinéa 4, LAM.

### **329.10 Allocations familiales selon la loi sur le régime des allocations pour perte de gain**

Selon la loi actuelle sur le régime des allocations pour perte de gain (LAPG)<sup>210</sup>, les époux ont droit à une allocation de ménage, qu'ils aient ou non des enfants<sup>211</sup>. Les personnes non mariées qui font du service, donc aussi les partenaires d'un couple homosexuel, n'ont droit à des allocations que si elles vivent avec des enfants<sup>212</sup> ou si elles sont tenues d'avoir un ménage en propre à cause de leur situation professionnelle ou officielle<sup>213</sup>. Toutefois, la révision de la loi sur le régime des allocations pour perte de gain adoptée le 18 décembre 1998<sup>214</sup>, qui n'est pas encore entrée en vigueur, supprime le droit à des allocations indépendant de la présence d'enfants<sup>215</sup>.

### **329.11 Allocations familiales dans l'agriculture**

En vertu de la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA)<sup>216</sup>, les allocations pour enfants sont indépendantes de l'état civil. Les travailleurs ont droit à des allocations familiales lorsqu'ils font ménage commun avec leur conjoint ou avec des enfants. Des allocations familiales pour des couples homosexuels ne sont pas prévues.

## **330 Procédure**

La procédure est principalement du ressort des cantons. Toutefois, pour les procès se déroulant devant le Tribunal fédéral, il existe des lois de procédure particulières, à savoir la loi fédérale d'organisation judiciaire<sup>217</sup>, la loi de procédure civile fédérale<sup>218</sup> et la loi fédérale de procédure pénale<sup>219</sup>. On mentionnera aussi la loi fédérale de procédure militaire<sup>220</sup>, également régie par le droit fédéral.

En procédure, l'état civil d'une personne ne joue un rôle que dans deux cas: d'une part, pour la récusation de membres du tribunal, d'autre part pour l'obligation de témoigner.

### **330.1 Règles de récusation**

Les personnes faisant partie du tribunal, juges et autres fonctionnaires de justice, ne doivent pas intervenir dans un procès lorsque leur impartialité est

---

<sup>210</sup> RS 834.1

<sup>211</sup> Cf. article 4, lettre a, LAPG.

<sup>212</sup> Il doit s'agir d'enfants communs ou recueillis; cf. article 4, lettre b, et article 6, alinéa 2, LAPG.

<sup>213</sup> Cf. article 4, lettre b, LAPG.

<sup>214</sup> FF 1998 5022 ss

<sup>215</sup> Cf. message du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> avril 1998, FF 1998 3017 ss.

<sup>216</sup> RS 836.1

<sup>217</sup> Loi d'organisation judiciaire (OJ; RS 173.110).

<sup>218</sup> Loi de procédure civile fédérale (PCF; RS 273).

<sup>219</sup> Loi fédérale sur la procédure pénale (PPF; RS 312.0).

<sup>220</sup> RS 322.1

sujette à caution. A cet égard, il y a lieu de distinguer entre les motifs d'exclusion proprement dits, qui contraignent la personne impliquée à se récuser, et les motifs justifiant la mise à l'écart, qui peuvent amener la personne impliquée ou l'une des parties au procès à demander la récusation<sup>221</sup>.

Selon de nombreux codes de procédure et lois d'organisation judiciaire cantonales<sup>222</sup>, mais aussi en vertu de l'OJ<sup>223</sup>, il y a toujours motif à récusation lorsqu'un conjoint ou un parent proche d'un membre du tribunal est impliqué. Les couples homosexuels ne sont pas concernés par ces règles de récusation. Par contre, dans leur cas, on retiendra en général comme motif de récusation une amitié particulièrement profonde ou une hostilité profonde provoquée, par exemple, par la fin de la relation<sup>224</sup>. Il convient enfin de noter que d'autres faits peuvent encore justifier la mise à l'écart d'un membre du tribunal, en particulier lorsque celui-ci peut être soupçonné de dépendance envers une partie et qu'il existe dès lors un risque réel de parti pris.

La non-application des règles de récusation aux couples homosexuels ne devrait guère causer de problèmes dans la pratique. Toutefois, il faut admettre que l'existence d'un ménage commun entre l'une des parties au procès et un membre du tribunal peut, selon les circonstances, être difficilement établie par la partie adverse; c'est pourquoi il serait préférable que la loi oblige la personne concernée à se désister d'office et de prévoir, à cet effet, un motif de récusation.

### 330.2 Obligation de témoigner

Le fait d'obliger une personne à témoigner dans une affaire concernant une personne qui lui est proche peut engendrer d'importants conflits d'intérêts susceptibles, selon les circonstances, d'amener à faire de fausses dépositions. Pour éviter ce risque, les codes de procédure civile des cantons et de la Confédération prévoient que certaines catégories de personnes ont le droit de refuser de témoigner. C'est le cas notamment des époux qui, en général, sont dispensés de témoigner dans des affaires où l'un d'eux est impliqué. Ce principe est prévu par la loi fédérale de procédure civile<sup>225</sup> et la loi fédérale de procédure pénale<sup>226</sup>, ainsi que par beaucoup de lois cantonales de procédure<sup>227</sup>.

<sup>221</sup> Cf. O. Vogel, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 5<sup>e</sup> éd., Berne 1997, § 18, n. 37 ss; W.J. Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Frankfurt a.M. 1990, § 20; R. Hauser/E. Schwenk, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle/Frankfurt a.M., § 28.

<sup>222</sup> Cf. p. ex. § 2 CPC AG, article 12 CPC SH, article 39 CPC NW, article 30 CPP BE, § 21 OJ BL, § 42 OJ BS, § 95 OJ ZH.

<sup>223</sup> Cf. article 22 OJ, applicable en matière de procédure civile et pénale.

<sup>224</sup> Pour la loi d'organisation judiciaire fédérale, cf. article 23 OJ; pour les dispositions correspondantes du droit cantonal, cf. p. ex. § 3 CPC AG, article 13 CPC SH, article 40 CPC NW, § 22 OJ BL, § 42 OJ BS, § 96 OJ ZH.

<sup>225</sup> Cf. article 42 OJ.

<sup>226</sup> Cf. article 75 LPPF.

<sup>227</sup> Cf. p. ex. § 158 CPC ZH, § 129 CPP ZH, article 196 s. CPC VD, article 194 CPP VD, article 148 CPC UR, article 86 CPP UR, § 147 CPC NW, § 85 CPP NW, article 243 CPC JU, article 160 CPP JU.; pour le droit pénal, cf. en outre F. Riklin, *Das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund familienrechtlicher Beziehungen im schweizerischen*

Seules quelques nouvelles lois de procédure cantonales ont introduit une dispense de témoigner pour des partenaires homosexuels<sup>228</sup>. Pour des partenaires homosexuels, l'obligation de témoigner peut, dans des cas particuliers, provoquer de graves crises et mettre en danger la relation.

#### 4 Résultats

L'analyse du droit actuel montre que dans les domaines les plus différents il existe des réglementations rattachées à l'état civil des personnes concernées, même si, en particulier en droit des assurances sociales, la tendance récente est clairement de se référer aux obligations d'assistance à l'égard des enfants et d'autres personnes plutôt qu'à l'état civil. Le fait que les couples homosexuels n'ont pas le droit de se marier conduit régulièrement à une différence de traitement par rapport aux époux. Contrairement à une idée largement répandue, cette différence de traitement n'est cependant pas systématiquement favorable aux époux. Toutefois, il faut aussi admettre que la différence de traitement peut engendrer pour les couples homosexuels des problèmes dans des domaines importants. Il s'agit notamment du droit des étrangers, du droit des successions et des réglementations cantonales en matière d'impôts sur les successions et les donations. Contrairement aux rapports privés des parties, qui peuvent jusqu'à un certain point être réglés par des accords de droit privé, les problèmes qui se posent pour les couples homosexuels en droit public ne peuvent être réglés que par le législateur.

Le droit comparé<sup>229</sup> montre que les Etats ont choisi différentes solutions pour améliorer la situation des couples homosexuels. Les solutions possibles traitées ci-après sont inspirées des réglementations étrangères. L'ordre des cinq options n'est pas établi en fonction de leur qualité ou de leur faisabilité, mais en considération de leur degré d'assimilation au mariage.

#### 5 Solutions possibles

##### 51 Interventions législatives ponctuelles (variante 1)

Une première solution consiste à améliorer ponctuellement la situation des couples homosexuels par une révision de différentes lois. La pétition "Les mêmes droits pour les couples homosexuels" demande principalement de garantir le droit de séjour pour les partenaires étrangers et les mêmes droits

---

Strafprozessrecht, in: Familie und Recht, Mélanges pour Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, p. 569 ss. Dans certains cas, les époux sont même dispensés de témoigner; cf. § 160, chiffre 1, CPC BL, § 115 CPC BS et § 167 CPC ZG. Critique de la limitation au droit d'être dispensé de témoigner pour des personnes ayant des liens familiaux, cf. M. Schubarth, Neue Formen der Lebensgemeinschaft und ihre Auswirkungen auf das Zeugnisverweigerungsrecht, in: Familienrecht im Wandel, Mélanges pour Hans Hinderling, Bâle/Stuttgart 1976, p. 231 ss.

<sup>228</sup> Article 113, chiffre 1, CPP BE, § 163, lettre c, CPC LU, § 112 alinéa 1, lettre e, CPP SH; § 63, alinéa 1, lettre b, CPP SO et article 148, lettre c, CPC UR dispensent de témoigner le partenaire vivant dans une situation identique au mariage, mais il n'est pas clair si cette dispense vaut aussi pour les couples homosexuels; cf. Riklin, op. cit., p. 576 et renvois.

<sup>229</sup> Ci-avant, ch. 2.

que les couples hétérosexuels en cas de maladie ou de décès. Si l'on veut donner suite à ces propositions, il faut réviser en particulier la LSEE, le droit successoral, les lois cantonales sur les impôts en matière de successions et de donations et examiner de manière approfondie le droit des assurances sociales. Par contre, le secret médical s'applique en principe de la même manière qu'entre conjoints<sup>230</sup>.

Il serait envisageable d'octroyer, à certaines conditions, un droit de séjour au partenaire étranger d'un ressortissant suisse, en modifiant la LSEE. On pourrait s'inspirer de la solution belge exposée dans la partie consacrée au droit étranger<sup>231</sup>. Ainsi, le partenaire suisse devrait d'une part disposer de moyens de subsistances suffisants et d'autre part s'engager à prendre en charge son partenaire. Le couple devrait avoir un ménage commun et, dans un premier temps, l'autorisation ne serait délivrée que pour une durée limitée.

En droit des successions, la création d'un droit de succession légal paraît difficilement réalisable sans qu'il y ait un lien institutionnel entre les partenaires, à moins qu'il puisse être prouvé qu'il existe une communauté de vie très longue. Il serait possible d'accorder au partenaire survivant, qui était entretenu en partie ou en totalité par le partenaire défunt, un droit à l'entretien pour une durée déterminée à faire valoir dans la succession. On pourrait également discuter la possibilité d'empiéter dans une disposition pour cause de mort sur les réserves de la parenté en faveur d'un partenaire de longue durée.

Il serait important que les lois cantonales en matière d'impôts sur les successions et les donations soient révisées afin de rapprocher le taux d'imposition à celui qui est applicable aux proches parents. Il est compréhensible que les partenaires d'un couple homosexuel stable trouvent choquant de devoir payer jusqu'à 40% d'impôts successoraux en cas de décès du partenaire, alors que dans de nombreux cantons les époux sont exemptés d'impôts de succession.

Si la 11<sup>e</sup> révision de l'AVS supprime la rente de veuve pour les couples sans enfant, il ne sera guère nécessaire de modifier la législation relative à l'AVS dans le cadre des améliorations ponctuelles. Il conviendra éventuellement d'examiner s'il ne faudrait pas améliorer la position des partenaires homosexuels, qui ont vécu ensemble depuis de nombreuses années, dans le domaine de la prévoyance professionnelle (2<sup>e</sup> pilier). Il pourrait notamment être important d'accorder des prétentions au partenaire lorsque le défunt a subvenu à son entretien, totalement ou en partie, durant une longue durée.

L'avantage des modifications ponctuelles réside dans le fait que le législateur peut intervenir librement et sélectivement dans les cas où il estime qu'il existe une inégalité de traitement choquante. Une telle solution impliquerait de renoncer à la création d'une institution juridique spéciale et d'un statut pour les couples homosexuels.

Toutefois, il ne faut pas oublier que cette solution impliquerait un travail législatif considérable auquel devraient également participer les législateurs cantonaux. En outre, elle ne satisferait pas aux besoins des couples homo-

---

<sup>230</sup> Cf. ch. 327.

<sup>231</sup> Cf. ch. 24.

sexuels qui désirent une garantie institutionnelle de leur relation. Le problème principal réside cependant sans aucun doute dans la délimitation du champ d'application des normes proposées. Il n'est en effet pas possible de les rattacher à une institution juridique déterminée, comme le mariage. Le législateur devrait par contre décrire chaque fois les conditions auxquelles un couple homosexuel devrait satisfaire pour bénéficier d'une réglementation. Dans la pratique, on ne pourrait guère éviter des problèmes d'application qui entraîneraient une surcharge des tribunaux.

## **52 Contrat de partenariat obligatoire avec effets à l'égard de tiers (variante 2)**

L'idée de base de cette solution est un contrat de partenariat - attesté officiellement - entre deux personnes de même sexe qui ne sont pas mariées, ne sont pas liées par un autre contrat de partenariat et qui ne sont pas non plus apparentées en ligne directe ou frère et soeur. Le contrat pourrait être dissous d'un commun accord ou par l'un des partenaires en respectant un délai fixé par le législateur (par exemple 6 mois); la dissolution devrait également être attestée officiellement.

Le contrat réglerait l'organisation de la vie commune, en prévoyant en particulier une obligation de soutien et d'entretien réciproques. En cas d'acquisition en commun, on présumerait la copropriété. La protection du logement familial prévue pour les époux (art. 169 CC en rapport avec art. 266m et 266n ainsi que art. 273a CO) pourrait être appliquée par analogie. Sous réserve d'une disposition contraire des partenaires, il serait aussi possible de créer un droit de succession réciproque, à l'instar de ce qui est prévu pour les époux, qui pourrait avoir des effets également dans le domaine du 3<sup>e</sup> pilier. On pourrait aussi prévoir dans la loi la possibilité de prendre des dispositions pour cause de mort en faveur d'un partenaire appelé à la succession en même temps que des descendants réservataires ou des parents, comme s'il s'agissait d'un époux.

Le contrat pourrait également avoir certains effets de droit public, en particulier en droit des successions, en droit des assurances sociales et en droit fiscal général. En droit des étrangers, le contrat constituerait la condition de base pour délivrer une autorisation de séjour au partenaire étranger.

Le contrat attesté officiellement lèverait partiellement les difficultés de la variante 1, déterminant de manière plus claire le point de rattachement pour les effets de droit public. Par ailleurs, il garantirait que les effets juridiques correspondants ne se produiraient qu'à l'égard des personnes qui les souhaiteraient explicitement par la conclusion libre du contrat. En même temps, la convention resterait dans le cadre du droit des obligations, de sorte qu'aucune institution spéciale ne serait créée pour les couples homosexuels. Le législateur pourrait laisser aux parties une large autonomie pour les conventions purement internes. A cet égard, il faudrait partir de l'idée que les parties disposent de la même marge de manœuvre que celle qui existe aujourd'hui. Le contenu du contrat fixé par la loi serait déterminé compte tenu des effets du contrat à l'égard des tiers. Plus les effets à l'égard des tiers sont étendus et plus le besoin de réglementation légale devient important.

Il y a cependant lieu de relever que le contrat de partenariat avec des effets de droit privé et de droit public est atypique. Par ailleurs, il apparaît problématique de faire dépendre par exemple des prétentions du droit des étrangers ou du droit des assurances sociales de l'existence d'un contrat de droit privé qui, conformément à sa nature, pourrait être résilié en tout temps par accord des parties ou unilatéralement après l'écoulement d'un délai déterminé de résiliation. Dès lors, selon les circonstances, on ne pourrait éviter de prévoir des dispositions complémentaires dans certaines lois particulières, afin qu'une réglementation déterminée devienne applicable.

### **53 Partenariat enregistré (variantes 3a et 3b)**

Selon cette solution, qui est en vigueur dans l'ordre juridique de différents Etats européens, les partenaires homosexuels ont la possibilité - du point de vue personnel aux mêmes conditions que des fiancés - de faire enregistrer leur partenariat auprès d'une autorité étatique et d'obtenir ainsi un statut reconnu par la loi. Le caractère institutionnel qui est lié à la reconnaissance étatique constitue la différence fondamentale entre cette solution et les variantes 1 et 2.

En Suisse, c'est l'office d'état civil qui, de par sa fonction, serait compétent pour l'enregistrement. D'autres solutions sont également envisageables pour différencier le partenariat enregistré du mariage (p. ex. enregistrement auprès du contrôle de l'habitant). Le partenariat enregistré serait - comme à l'étranger - conclu dans une procédure spéciale d'enregistrement et non pas dans le cadre d'un véritable mariage. S'agissant de la dissolution du partenariat enregistré, les dispositions sur le divorce pourraient, pour simplifier, être déclarées applicables par analogie, tant en ce qui concerne les motifs de la dissolution que ses conséquences. Cela soulignerait également le caractère institutionnel du partenariat. Ainsi, le partenariat enregistré devrait obligatoirement être dissous par un tribunal. Si les partenaires demandaient ensemble la dissolution de leur partenariat, ils devraient confirmer par écrit leur volonté après un délai de réflexion de deux mois (cf. art. 111 et 112 nCC<sup>232</sup>). Le partenariat enregistré pourrait être dissous sur requête unilatérale, lorsque les partenaires ont vécu séparés pendant quatre ans au mois (cf. art. 114 nCC) ou lorsque des motifs sérieux rendent la continuation du partenariat insupportable (cf. art. 115 nCC).

Au moment de la dissolution du partenariat, le partenaire qui n'est pas en mesure de pourvoir à son entretien convenable pourrait demander une contribution équitable selon les principes du droit du divorce (cf. art. 125 ss nCC). Etant donné que la garantie de la prévoyance vieillesse fait partie de l'entretien, les prestations de sortie du 2<sup>e</sup> pilier accumulées pendant la durée du partenariat enregistré devraient en principe être partagées par moitié au moment de la dissolution (cf. art. 122-124 nCC).

En ce qui concerne les effets du partenariat enregistré sur les partenaires, deux solutions sont possibles.

---

<sup>232</sup> Nouveau droit du divorce du 26 juin 1998, en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000, RO 1999 1118 ss.

### 531 Partenariat enregistré avec effets relativement autonomes (variante 3a)

Dans ce modèle, le législateur dispose d'une grande liberté pour décrire les effets d'un partenariat enregistré. Il est cependant logique de prendre les effets du mariage comme point de départ de la réglementation<sup>233</sup>. Toutefois, on peut se demander par exemple si les couples homosexuels doivent, en tant que relation entre deux personnes adultes sans enfants communs, porter un nom de famille commun ou s'il ne serait pas plus approprié que chacun des partenaires conserve son nom de par la loi, comme cela est d'ailleurs prévu pour les conjoints dans divers pays. Du point de vue du droit suisse, l'unité du nom de famille est surtout importante au regard des enfants. S'agissant du droit de cité cantonal et communal, la conclusion d'un partenariat enregistré ne devrait pas entraîner de modifications, étant donné que le mariage ne devrait plus non plus, à l'avenir, avoir de conséquences selon la proposition de révision de la Commission des affaires juridiques du Conseil national<sup>234</sup>.

En ce qui concerne le régime des biens, il y a lieu de relever que lors du choix du régime matrimonial légal dans le cadre de la révision du droit matrimonial de 1984, il a été fait référence à la simplicité du régime de la séparation de biens. En revanche, on a refusé d'instaurer ce régime en tant que régime légal. L'idée que la séparation de biens ne tient pas compte de la situation du conjoint qui renonce, en tout ou partie, à une activité lucrative dans l'intérêt de la famille et des enfants a été déterminante<sup>235</sup>. Au regard de cette réflexion, il conviendrait de se demander si, pour les couples homosexuels, qui ne sont pas limités dans leur capacité d'exercer une activité lucrative par des devoirs légaux, le régime de la séparation de biens ne serait pas plus adéquat en tant que régime ordinaire que la participation aux acquêts. Reste également ouverte la question de savoir si d'autres régimes de biens conventionnels doivent être mis à disposition ou non. Les partenaires sont de toute façon libres de prévoir par contrat une propriété commune ou une copropriété. A cet égard, on peut indiquer que lors de la révision du droit matrimonial, le projet soumis à la consultation renonçait au régime compliqué de la communauté de biens. Pour des raisons liées à la tradition, ce régime de biens a cependant été à nouveau repris dans le projet du Conseil fédéral, puis dans la loi.

Les devoirs de fidélité et d'assistance (art. 159, al. 3 CC), ainsi que le devoir de contribuer, chacun selon ses facultés, à l'entretien de la communauté (art. 163 CC), devraient déterminer le contenu fondamental du partenariat enregistré. Il serait sensé de prévoir également pour les couples homosexuels une réglementation analogue à celle de la représentation de l'union conjugale (art. 166 CC), de même que des dispositions sur la protection du logement commun (cf. art. 169 CC en rapport avec art. 266m et 266n, ainsi que art. 273a CO), le devoir de renseigner (art. 170 CC) et la protection de la communauté (cf. art. 172 ss CC). Enfin, il faudrait trouver des solutions qui garantissent l'égalité complète ou partielle entre les partenaires enregistrés

<sup>233</sup> Cf. ch. 323.1.

<sup>234</sup> Cf. ch. 323.1; sur la question du droit de cité suisse cf. ch. 532.

<sup>235</sup> Message du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179 ss, ch. 153 ss.

et les conjoints dans le domaine du droit des successions et du droit public, notamment le droit des étrangers, le droit fiscal et le droit des assurances sociales. Il resterait encore à discuter la question de savoir si, en présence de descendants, un partenaire pourrait se voir attribuer par une disposition pour cause de mort jusqu'à 5/8 de la succession, comme c'est le cas pour les conjoints.

Dans le cas de la solution du partenariat enregistré avec un contenu relativement autonome, le législateur devrait régler les effets de manière plus détaillée que dans la variante 3b, décrite sous chiffre 532, de sorte que cette institution pourrait être délimitée plus clairement par rapport au mariage. De cette manière, on pourrait également éviter que les couples homosexuels soient soumis à certaines dispositions qui ne paraissent éventuellement pas appropriées dans leur situation (p. ex. réglementation du nom et du régime des biens).

### **532 Partenariat enregistré avec effets semblables au mariage (variante 3b)**

Les lois en vigueur au Danemark, aux Pays-Bas, en Norvège, en Suède et en Islande, prévoient une égalité de traitement des couples homosexuels et des conjoints non seulement dans le droit de la famille, mais également dans les autres domaines juridiques. En sont seulement exceptés l'adoption et le recours des couples de femmes aux méthodes de procréation médicalement assistée. Partenariat enregistré signifie alors mariage sans enfants, mais s'appelle différemment.

Du point de vue de la technique législative, une telle solution pourrait être réalisée de manière relativement simple en Suisse. Suivant le modèle des Etats nordiques, le législateur pourrait se limiter à réglementer les conditions et la procédure d'enregistrement, ainsi que, tout au plus, la dissolution du partenariat enregistré. En ce qui concerne les effets, les dispositions valables pour les conjoints seraient déclarées applicables par analogie. La technique du renvoi exprimerait l'intention de placer les conjoints et les partenaires enregistrés sur un pied d'égalité de manière aussi étendue que possible<sup>236</sup>.

Au regard des travaux législatifs de la loi sur la procréation médicalement assistée, qui ont été récemment achevés, et en tenant compte de l'article 24<sup>novies</sup> cst. (soit art. 119 ncst.) la possibilité de la procréation médicalement assistée devrait cependant être exclue<sup>237</sup>. En conséquence, l'adoption ne devrait pas non plus être permise. Conformément au modèle biologique, un enfant a droit à être lié juridiquement à une mère et à un père. La situation réelle relative à la prise en charge effective d'un enfant doit clairement être distinguée de la question de savoir qui sont ses père et mère. Si l'on voulait tenir compte de la situation de la prise en charge de l'enfant, la possibilité d'adopter devrait également être ouverte à d'autres communautés de personnes.

---

<sup>236</sup> Le projet d'une loi fédérale sur le partenariat enregistré, rédigé par T. Geiser sur mandat de PINK CROSS et de la Lesbenorganisation Schweiz LOS, Berne 1997, va également dans ce sens.

<sup>237</sup> Cf. à ce sujet ch. 323.2.

Par ailleurs, il n'est pas possible, sans révision de la constitution, de prévoir une naturalisation facilitée pour le partenaire étranger d'une personne de nationalité suisse, étant donné que la constitution ne donne à la Confédération une compétence étendue de réglementation que dans le cas du mariage<sup>238</sup>. En revanche, il serait par exemple possible de prévoir dans la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse que les années pendant lesquelles une personne vit avec un ressortissant suisse dans un partenariat enregistré comptent doublement dans le cas de la naturalisation ordinaire.

### **533 Partenariat enregistré sous l'angle du droit international privé**

Les questions de droit international privé devraient faire l'objet d'un examen particulier lors de l'introduction d'un partenariat enregistré. Il s'agit de régler d'une part la compétence et le droit applicable en présence d'un état de fait international et d'autre part la reconnaissance d'un enregistrement effectué à l'étranger. Par ailleurs, il faudrait également examiner si la possibilité de l'enregistrement d'un partenariat doit être limitée, de manière analogue aux législations nordiques, aux couples qui présentent un lien étroit avec la Suisse. Une telle limitation ne devrait pas être considérée en premier lieu comme une mesure contre un éventuel "tourisme d'enregistrement", mais serait justifiée au regard du fait qu'un partenariat enregistré en Suisse ne serait pas reconnu dans beaucoup d'Etats étrangers, de sorte que l'on ne saurait admettre le besoin de se faire enregistrer de couples sans aucun rapport avec la Suisse.

### **54 Ouverture du mariage aux couples homosexuels (variante 4)**

Ce serait l'ébauche de solution la plus simple mais aussi indubitablement la plus radicale. Le législateur pourrait se limiter à adapter formellement le droit de la famille en vigueur, de sorte que les prescriptions soient applicables de la même manière aux couples hétérosexuels et homosexuels<sup>239</sup>. Pour autant que des dispositions particulières se référant au sexe d'un époux existent dans d'autres domaines significatifs du droit, comme en droit des assurances sociales, il y aurait également lieu de les adapter, sauf le cas où il s'agirait d'une réglementation se fondant sur la diversité biologique entre l'homme et la femme.

Il faut cependant remarquer que le mariage n'est pas une invention du droit étatique mais un concept tiré de fondements religieux, auquel un contenu varié fut attaché au fil des ans. Ce n'est qu'au 19<sup>ème</sup> siècle qu'une sécularisation du mariage fut introduite en Suisse. Comme d'autres ordres juridi-

---

<sup>238</sup> Cf. ch. 321.

<sup>239</sup> Cf. à ce sujet, l'alternative proposée au droit du mariage : Introduction du mariage homosexuel dans le Code civil suisse, édité par A. Ramsauer sur mandat de PINK CROSS et de l'organisation suisse des lesbiennes LOS, Berne, 1997.

ques<sup>240</sup>, le droit suisse place le mariage et la famille sous une protection constitutionnelle particulière<sup>241</sup>.

Le mariage, en tant qu'union entre un homme et une femme, représente une communauté de vie et d'habitation, une union sexuelle et économique qui est globale, monogame et fondée sur la durée, dans un cadre institutionnel. En tant que communauté hétérosexuelle, elle renferme par nature - certes pas dans tous les cas mais dans bon nombre d'entre eux - la possibilité d'avoir part à la créativité humaine en vue de la transmission et du maintien de la vie par la conception de ses propres enfants. La polarité homme - femme est inévitable pour la perpétuation de l'humanité. Seul un relativement faible pourcentage des mariages conclus dans la période reproductrice des époux reste donc volontairement sans enfants. La sauvegarde de la descendance n'est assurément pas l'objectif primaire du mariage; il n'en reste pas moins un but essentiel. L'article 159 CC retient donc expressément que la célébration du mariage crée une union conjugale globale et que les époux s'obligent à en assurer la prospérité d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants. Du point de vue de l'Etat, le mariage n'est donc pas en première ligne la reconnaissance juridique de la relation entre deux personnes adultes mais la création de structures juridiques appropriées visant à encourager le développement et le maintien de la communauté étatique<sup>242</sup>. L'acceptation traditionnelle de l'institution du mariage est d'ailleurs partagée aujourd'hui encore par nombre de concitoyennes et concitoyens sur la base de leurs convictions morales ou religieuses, qui sont également dignes de respect.

Dans ce contexte, une ouverture du mariage aux couples homosexuels paraît problématique. Il n'en irait autrement que si un couple homosexuel pouvait avoir des enfants communs sur la base d'une adoption communautaire ou d'une insémination hétérologue. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, le législateur suisse attache encore une grande valeur à ce qu'un enfant ait un lien de filiation non seulement biologique mais également juridique à l'égard d'un homme et d'une femme<sup>243</sup>.

D'ailleurs, cette ébauche de solution pourrait également être le motif de questions et d'insécurité de droit international privé dans la mesure où - du moins jusqu'à présent - le mariage est considéré, dans tous les ordres juridiques nationaux en vigueur et en droit international public<sup>244</sup>, comme une relation entre deux êtres humains de sexe opposé.

---

<sup>240</sup> Ainsi p. ex. l'article 6, alinéa 1, de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 ; cf. aussi ch. 233.

<sup>241</sup> Cf. à ce sujet ch. 6.

<sup>242</sup> Cf. aussi article 23, alinéa 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS. 0.103.2) , selon lequel " la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. "

<sup>243</sup> Cf. ch. 323.2.

<sup>244</sup> Ainsi, tant la Commission Européenne des Droits de l'Homme que la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont précisé à plusieurs reprises qu'un droit au mariage au sens de l'article 12 CEDH n'est garanti que pour deux personnes de sexe opposé. Cf. à ce sujet, Fahrenhorst, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, Paderborn et al. 1994, p. 204 s. et les références citées. Cf. aussi l'article 23, alinéa 2, du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS

## 6 Aspects de droit constitutionnel

Il convient encore de débattre la question du cadre constitutionnel dans lequel se meut le législateur lorsqu'il s'agit d'apporter une solution aux problèmes exposés dans ce rapport et quelles conséquences en résultent s'agissant de la réalisation des ébauches de solutions ci-avant exposées.

La constitution fédérale en vigueur ne traite pas expressément de la position des couples homosexuels. Diverses dispositions d'ordre constitutionnel ont cependant leur importance pour apprécier la situation juridique. La disposition constitutionnelle relative au mariage (art. 54 cst.) et le principe général de l'égalité de traitement (art. 4, al. 1, cst.) apparaissent au premier plan. Ces deux dispositions sont reprises dans la nouvelle constitution fédérale (art. 14 ncst., ou art. 8, al. 1, ncst.). Malgré une formulation modifiée, on peut partir du principe que les nouvelles dispositions constitutionnelles concordent pour l'essentiel, quant à leur contenu, avec les anciennes. Au surplus, la nouvelle constitution fédérale précise désormais expressément à son article relatif au principe d'égalité: "Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment ... de son mode de vie..." (art. 8, al. 2, ncst.). Le droit à la non discrimination n'est cependant pas à la seule disposition des partenaires homosexuels mais vaut également pour d'autres modes de vie, comme le concubinage.

Selon l'article 54, alinéa 1, cst., le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération. La constitution fédérale garantit par là un droit constitutionnel individuel au mariage. Selon la doctrine et la pratique dominantes, la constitution part d'une conception traditionnelle du mariage, en tant que communauté de vie durable et globale entre deux êtres humains de sexe opposé. La disposition n'inclut donc pas les partenariats homosexuels. Un droit à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ne peut donc être déduit de l'article 54, alinéa 1, cst. Il en va de même du "droit au mariage" aux termes de l'article 14 ncst.

Selon la conception actuellement dominante, l'article 54, alinéa 1, cst., ou l'article 14 ncst., garantit, au surplus, l'existence du mariage en tant qu'institution<sup>245</sup>. L'institution juridique du mariage jouit ainsi d'une protection constitutionnelle particulière; c'est fondamentalement l'affaire du législateur que de fixer les conditions concrètes et les effets liés au mariage et de régler sa dissolution. Conformément à cette acception institutionnelle de l'article 54 cst., le législateur n'est pas libre dans le façonnement du mariage. Il doit bien davantage prendre en considération des principes déterminés. On a par exemple déduit de la garantie de l'institution qu'une introduction légale de la polygamie contreviendrait à l'article 54 cst.<sup>246</sup>. A l'heure actuelle, il faut également compter au nombre des principes que le législateur se doit de respecter que le mariage représente une communauté de vie d'êtres humains de sexe op-

---

0.103.2): "Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile".

<sup>245</sup> Cf. D. Dicke in Kommentar BV, article 54, n° 10 ; Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 156.

<sup>246</sup> Cf. D. Dicke in : Kommentar BV, article 54, n° 12.

posé<sup>247</sup>. On retrouve cette conception du mariage, ou de l'article 54 cst., dans le message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle constitution fédérale:

"Le droit au mariage garantit l'existence du mariage en tant qu'institution, à laquelle il convient d'accorder une protection particulière par rapport aux autres formes de vie en commun. (...) Conformément à une interprétation historique de l'article 54 cst. (...) le droit au mariage garantit l'union entre un homme et une femme. Le droit au mariage ainsi garanti ne s'étend donc pas aux mariages de transsexuels, ni aux mariages d'homosexuels. (...) L'institution du mariage a toujours visé les couples traditionnels. En l'état actuel, un élargissement à toutes les autres formes de vie en commun dénaturerait l'institution du mariage"<sup>248</sup>.

A l'issue des débats relatifs à la nouvelle constitution aux Chambres fédérales, on peut considérer cette acception de la garantie constitutionnelle du mariage comme déterminante<sup>249</sup>.

Si l'on suit l'opinion majoritaire, l'ouverture de l'institution du mariage aux couples homosexuels par le législateur contreviendrait à l'article 54 cst., ou à l'article 14 ncst. Une telle ouverture présupposerait, en d'autres termes, une modification correspondante de la constitution fédérale. Par contre, l'introduction, par la voie législative, d'un partenariat enregistré pour les couples homosexuels<sup>250</sup> n'est pas exclue - même pas dans l'acception institutionnelle de la garantie du mariage telle qu'elle découle de la constitution fédérale actuelle ou future - à la condition toutefois que ce partenariat enregistré se distingue de manière significative du mariage au sens de l'article 54 cst., ou de l'article 14 ncst. et qu'aucune mise en danger de la garantie institutionnelle ne s'ensuive. Déterminer quand c'est le cas dépend du façonnement concret d'un partenariat enregistré et ne peut donc être évalué de manière abstraite.

En principe, la disposition constitutionnelle relative à la politique familiale (art. 34<sup>quinquies</sup> cst., ou art. 116 ncst.) n'entrave en rien l'introduction, par le législateur, d'un partenariat enregistré.

En ce qui concerne le principe d'égalité (art. 4 cst., ou art. 8, al. 1, ncst.), ce dernier est violé, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque le législateur établit des distinctions juridiques qui ne trouvent pas de justifications dans les faits à réglementer ou lorsqu'il omet de créer des distinctions qui sont exigées par les circonstances. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral précise que: "Le point de savoir si une différenciation juridique est objectivement justifiée peut être résolu de façon différente dans le temps, en fonction des conceptions et des circonstances de l'époque consi-

---

<sup>247</sup> Cette conception n'est pourtant pas incontestée. Ainsi, Jean-François Aubert, dans une expertise du 5 mai 1998 établie sur mandat de l'Office fédéral de la justice, nie l'existence d'une garantie institutionnelle et arrive donc à la conclusion que le législateur pourrait aussi ouvrir la voie du mariage aux couples homosexuels sans modification de l'article 54 cst. (cf. expertise, p. 17 s.).

<sup>248</sup> FF 1997 I 156 s.

<sup>249</sup> Cf. BO 1998 E, 40, 693 (rapporteur de la commission).

<sup>250</sup> La compétence législative de la Confédération découle pour l'essentiel de l'article 64 cst., resp. de l'article 122 ncst.

dérée. Mais, dans le cadre de ces principes et de l'interdiction de l'arbitraire, le législateur dispose d'une grande liberté d'aménager le droit"<sup>251</sup>.

Sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, un devoir législatif d'agir peut résulter d'inégalités de traitement, ce d'autant plus qu'il résulte de la conception actuelle du droit fondamental à la liberté personnelle une plus grande ouverture et tolérance dans l'organisation de la vie privée de chaque être humain. Il faut cependant retenir que le principe de l'égalité de traitement, ou de l'interdiction de la discrimination, ne donnent aucune réponse définitive à la question de savoir comment une inégalité de traitement injustifiée doit être écartée. Le législateur dispose à cet égard d'une liberté d'aménagement considérable. On ne peut notamment déduire du principe de l'égalité de traitement, ou de l'interdiction de la discrimination, que le législateur est contraint de par la constitution à l'introduction d'un partenariat enregistré.

## 7 Résumé et vue d'ensemble

En Suisse comme dans de nombreux autres Etats, dans un passé récent, l'attitude face à l'homosexualité a évolué dans le sens d'une plus grande tolérance. Alors que cela a conduit, dans certains Etats européens, à la promulgation de réglementations légales spécialisées, la Suisse n'a, à ce jour, pas franchi un tel pas. Les problèmes juridiques des couples homosexuels sont de plus en plus débattus dans la société, sur le plan juridique et en politique, ce qui a aussi conduit au dépôt de pétitions et d'interventions parlementaires y relatives.

Quant au droit positif, il faut partir du principe selon lequel les couples homosexuels sont dans une grande mesure traités de la même façon que les concubins dans les affaires juridiques courantes. Cela signifie qu'ils peuvent d'une part régler certains domaines de leur relation par des conventions de droit privé et, d'autre part, que les règles jurisprudentielles développées en relation avec les concubins s'appliquent par analogie aux couples homosexuels. Dans leurs relations avec les tiers ou avec l'Etat, un statut juridique fait par contre défaut pour les couples homosexuels. Au contraire des couples de concubins, les couples homosexuels ne peuvent y remédier par le biais du mariage.

La réalité sociale montre que bon nombre d'êtres humains ressentent le besoin de vivre avec une autre personne adulte dans une relation dualiste globale, que celle-ci soit assurée sur le plan institutionnel ou non. Ce besoin existe indépendamment de l'orientation sexuelle d'une personne. Parmi les homosexuels aussi se trouvent des couples qui ont fondé ou désireraient fonder une communauté de vie durable, monogame et globale au sens d'une communauté d'habitation et d'une union sexuelle et économique. Il est tout à fait compréhensible que ces êtres humains puissent ressentir le besoin d'une affirmation juridique de leur communauté et d'une déclaration de leur relation à la collectivité. Aujourd'hui, le nombre de personnes touchées ne peut pas être estimé. Cependant, la question de savoir si l'Etat peut se fermer à leur désir de se rendre mutuellement responsable se pose, même si ce nombre devait proportionnellement être faible.

---

<sup>251</sup> ATF 117 Ia 101, JdT 1993 I 123.

Cinq ébauche de solutions peuvent être distinguées en vue de l'amélioration de la situation juridique des couples homosexuels : interventions ponctuelles du législateur, contrat de partenariat relevant du droit des obligations, partenariat enregistré aux effets relativement indépendants, partenariat enregistré aux effets largement similaires à ceux du mariage et ouverture du mariage aux couples homosexuels.

Il y a également lieu de considérer le cadre constitutionnel. Ainsi, selon les acceptions dominantes en droit constitutionnel, une ouverture du mariage ne serait admissible qu'à la suite d'une modification préalable de la disposition constitutionnelle relative à la liberté de mariage. Il en irait de même si un partenariat enregistré devait être introduit, dont les effets correspondraient parfaitement dans une large mesure à ceux du mariage.

Le choix de l'une ou l'autre des ébauches de solutions ne dépend cependant pas en premier lieu de considérations juridiques mais bien davantage de décisions de principe d'ordre juridico-politique. Le présent rapport pose les bases pour prendre cette décision politique. Il s'agira ensuite de concrétiser la variante choisie et de présenter un projet de loi reformulé.

## TABLE DES MATIERES

<b>1</b>	<b><i>Introduction</i></b> .....	<b>2</b>
11	En général .....	2
12	Interventions parlementaires et pétitions .....	3
13	Contenu, structure et terminologie du présent rapport .....	6
<b>2</b>	<b><i>Evolution juridique à l'étranger (état jusqu'en avril 1999)</i></b> .....	<b>7</b>
21	Pays nordiques .....	7
211	En général.....	7
212	Danemark.....	7
213	Norvège.....	8
214	Suède .....	9
215	Islande.....	11
22	Pays-Bas.....	11
23	France, Allemagne, Autriche, Italie.....	13
231	En général.....	13
232	France .....	13
233	Allemagne .....	17
24	Autres Etats européens .....	20
25	Union européenne .....	23
26	Etats-Unis .....	24
27	Australie .....	25
<b>3</b>	<b><i>Position juridique actuelle des couples homosexuels en Suisse</i></b> ..	<b>25</b>
31	Situation de départ .....	25
32	Domaines particuliers du droit .....	28
321	Droit de la nationalité suisse .....	28
322	Droit des étrangers .....	29
322.1	Séjour et établissement .....	29
322.2	Droit d'asile .....	30
323	Droit de la famille .....	31
323.1	Droit du mariage .....	31
323.2	Droit de la filiation (procréation médicalement assistée incluse).....	33
323.3	Droit de la tutelle.....	34
324	Droit des successions.....	35
325	Droit des obligations .....	36

325.1	Droit du bail .....	36
325.2	Droit du contrat de travail .....	36
325.3	Autres domaines du droit contractuel .....	37
326	Droit international privé.....	37
327	Droit pénal et exécution des peines.....	39
328	Droit fiscal.....	40
328.1	En général.....	40
328.2	Impôts directs.....	41
328.3	Impôts indirects .....	42
329	Droit des assurances sociales.....	43
329.01	En général.....	43
329.02	Assurance vieillesse et survivants et assurance invalidité (AVS/AI)....	43
329.03	Prestations complémentaires.....	44
329.04	Prévoyance professionnelle (2 <sup>e</sup> pilier).....	45
329.05	Prévoyance privée privilégiée sur le plan fiscal (pilier 3a).....	46
329.06	Loi sur l'assurance chômage.....	46
329.07	Assurance maladie .....	47
329.08	Assurance accidents .....	48
329.09	Assurance militaire.....	48
329.10	Allocations familiales selon la loi sur le régime des allocations pour perte de gain.....	49
329.11	Allocations familiales dans l'agriculture .....	49
330	Procédure.....	49
330.1	Règles de récusation .....	49
330.2	Obligation de témoigner.....	50
<b>4</b>	<b>Résultats .....</b>	<b>51</b>
<b>5</b>	<b>Solutions possibles.....</b>	<b>51</b>
51	Interventions législatives ponctuelles (variante 1).....	51
52	Contrat de partenariat obligatoire avec effets à l'égard de tiers (variante 2).....	53
53	Partenariat enregistré (variantes 3a et 3b).....	54
531	Partenariat enregistré avec effets relativement autonomes (variante 3a) ....	55
532	Partenariat enregistré avec effets semblables au mariage (variante 3b).....	56
533	Partenariat enregistré sous l'angle du droit international privé.....	57
54	Ouverture du mariage aux couples homosexuels (variante 4).....	57
<b>6</b>	<b>Aspects de droit constitutionnel.....</b>	<b>59</b>
<b>7</b>	<b>Résumé et vue d'ensemble.....</b>	<b>61</b>