

CH_VB 1192 2002-2193 vom 29. November 2002

Bundesverwaltung, 2002-11-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_1192_2002-2193

FR: CH_VB 1192 2002-2193 du 29 novembre 2002

IT: CH_VB 1192 2002-2193 del 29 novembre 2002

Erwägungen

E. 29

novembre 2002 Au nom du Conseil fédéral suisse: Le président de la Confédération, Kaspar Villiger La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

1193 Condensé Le présent projet de loi propose de créer le partenariat enregistré, nouvelle institution juridique qui permettra à deux personnes du même sexe n'ayant pas de lien de parenté de donner un cadre juridique à leur relation de couple. Le partenariat est enregistré devant l'officier de l'état civil. Il atteste l'engagement des partenaires à mener une vie de couple et à assumer l'un envers l'autre les droits et les devoirs découlant du partenariat enregistré. Ainsi, les partenaires se doivent l'un à l'autre assistance et respect. Ils contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien de la communauté. Ils prennent ensemble les décisions relatives à leur demeure commune. Par ailleurs, le projet de loi règle la représentation de la communauté et la responsabilité solidaire pour les dettes qui ont été conclues en représentation de la communauté. Chaque partenaire a le devoir de renseigner l'autre sur ses revenus, ses biens et ses dettes, et peut, en cas de conflit quant à certaines questions importantes pour la communauté, recourir au juge. Comme le veut la réglementation moderne du nom, l'enregistrement du partenariat reste sans effet sur le nom légal. Les deux partenaires ont toutefois la liberté d'utiliser au quotidien le nom de l'autre ou un double nom. Le droit de cité cantonal et communal n'est pas modifié. Si l'un des deux partenaires est de nationalité étrangère, il peut, selon le droit fédéral, demander sa naturalisation après cinq ans de résidence en Suisse dans la mesure où le partenariat est enregistré depuis trois ans au moins. S'agissant de leurs rapports patrimoniaux, les partenaires enregistrés sont soumis à un régime qui correspond matériellement à celui de la séparation de biens du droit matrimonial. Ils peuvent toutefois convenir, par acte authentique, d'une réglementation patrimoniale pour le cas de la dissolution de leur partenariat enregistré, et notamment prévoir de procéder à la dissolution selon les dispositions du droit matrimonial concernant la participation aux acquêts. En ce qui concerne le droit successoral, le droit des assurances sociales, la prévoyance professionnelle et le droit fiscal, les partenaires enregistrés ont le même statut que les couples mariés. Le partenaire survivant a droit à une rente de survivant aux mêmes conditions qu'un veuf. S'agissant du droit des étrangers, les partenaires étrangers sont soumis aux mêmes règles que des conjoints étrangers. Lorsqu'un partenaire enregistré a des enfants d'une précédente union, l'autre est tenu de l'assister de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent. L'adoption d'un enfant et le recours à la procréation médicalement assistée sont interdits. Le partenariat enregistré est dissous par le décès de l'un des partenaires ou par un jugement. Les partenaires peuvent demander la dissolution par une requête communale. Mais il est aussi possible à l'un des partenaires de

demander la dissolution s'ils ont vécu séparés pendant un an au moins. Comme en cas de divorce, les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle acquises pendant la durée de la

1194 vie commune sont partagées entre les partenaires. Un partenaire peut exiger une contribution d'entretien, mais à des conditions plus restrictives qu'en droit du divorce. Par ailleurs, le juge peut attribuer à l'un des partenaires le logement commun. D'autres lois sont modifiées en annexe à la loi sur le partenariat enregistré. Un nouveau chapitre doit notamment être ajouté à la loi fédérale sur le droit international privé. Le partenariat enregistré sera un motif d'incompatibilité et de récusation de membres des pouvoirs publics, ou donnera le droit de refuser de témoigner à l'instar du mariage – ces dispositions étant étendues du même coup aux personnes menant de fait une vie de couple. La conclusion simultanée de partenariats est interdite au même titre que la polygamie.

1195 Message 1 Partie générale 1.1 Introduction Ces dernières décennies, la perception de l'homosexualité a évolué en Suisse, comme dans de nombreux autres Etats, en raison notamment d'une plus grande tolérance et des transformations sociales qu'elle a engendrées. Cette évolution se perçoit dans la nouvelle Constitution fédérale de 1999, qui prévoit expressément que nul ne doit subir de discrimination en raison du fait de son mode de vie (art. 8, al. 2, Cst.; voir ch. 1.5.1). Mais elle s'était déjà manifestée lors de la révision du droit pénal relatif aux infractions d'ordre sexuel, entrée en vigueur le 1er octobre 1992, qui introduisait les mêmes dispositions pénales pour les comportements hétérosexuel et homosexuel. Actuellement, sur le plan juridique, les couples homosexuels sont traités comme les concubins. Comme eux, ils peuvent régler certains aspects de leur relation par des conventions de droit privé, et les règles développées par la jurisprudence sur le concubinage leur sont applicables par analogie. Ils ne disposent pas non plus d'un statut juridique à l'égard des tiers et de l'Etat. Mais, à la différence des concubins, ils ne peuvent pas se marier pour acquérir ce statut. L'amélioration de leur situation juridique est largement débattue et approuvée au sein de la société et du monde politique. Les partisans de la reconnaissance par l'Etat du partenariat entre personnes du même sexe invoquent les trois arguments suivants, qui sont liés entre eux et qui ne reposent en rien sur le nombre d'homosexuels dans la population: – L'adoption d'une réglementation juridique contribuera notablement à faire cesser la discrimination, l'animosité et les préjugés à l'égard de l'homosexualité au sein de la population. En outre, la création par l'Etat d'une institution juridique pour des personnes homosexuelles devrait permettre à celles-ci de s'accepter plus facilement, comme elle devrait permettre également à une famille d'accepter l'homosexualité d'un de ses membres. C'est pourquoi il faut prendre en considération non seulement les effets réels d'une législation, mais également ses effets symboliques. – Par ailleurs, il faut éliminer des inégalités de traitement ayant leur origine dans les lois, notamment en droit successoral, en droit des étrangers et en droit des assurances sociales. – Enfin, il faut reconnaître l'aide et l'assistance que les partenaires du même sexe s'apportent mutuellement. En effet, il est fondamentalement souhaitable, en termes de socialisation et de développement social et personnel, d'établir et de maintenir une relation stable. Il est dès lors opportun que l'Etat reconnaisse juridiquement cette relation comme une communauté formée de deux partenaires assumant l'un envers l'autre des droits et des devoirs.

1196 Du point de vue des sciences sociales, la création d'une réglementation juridique pour les couples homosexuels constitue une tâche complexe. Même les personnes directement concernées la conçoivent de manière diverse. Le sociologue Lautmann parle expressément

des ambivalences de la normalisation juridique. D'abord, il existe une aversion pour ce qui peut être considéré comme une ingérence dans la vie privée. Mais plus encore, il y a une antinomie fondamentale entre l'intégration et la particularité. L'intégration signifie la suppression de la discrimination, l'égalité et la reconnaissance. Mais elle a également pour effet de dissimuler la différence, d'exiger de s'adapter à la normalité, qui n'intéresse peut-être pas les personnes concernées, et de nier les souffrances passées. Au surplus, le partenariat, dans la forme juridique prévue, ne constitue pas un acte de liberté; il est un acte obligé pour obtenir les privilèges qui lui sont liés, comme le droit de séjour pour un partenaire étranger¹.

1.2 Nombre d'hommes et de femmes attirés par des personnes du même sexe

Les données sur le nombre d'hommes et de femmes attirés par des personnes du même sexe varient. Cela est dû principalement au fait qu'il s'agit d'estimations, fondées elles-mêmes sur des données obtenues par des sondages plus ou moins représentatifs, dont les résultats dépendent de l'autoreprésentation des personnes interrogées. Les réponses ne seront pas les mêmes selon que l'on recense les personnes ayant déjà eu des relations homosexuelles (librement consenties) au cours de leur vie ou sur un laps de temps donné, ou encore celles qui ont au moment du sondage une relation homosexuelle. De même, la bisexualité peut être ou non prise en compte. En outre, il faut compter qu'un nombre important de personnes n'osent pas admettre leur homosexualité. Deux positions dominent le débat. Selon les uns, l'homosexualité est plus répandue que ce que l'on pense et elle correspondrait à un groupe relativement important de la population. A l'extrême, les fantasmes sexuels d'homosexualité sont considérés déjà comme un indicateur de celle-ci². Selon les autres, qui veulent marginaliser les homosexuels, l'homosexualité ne touche qu'une infime minorité de personnes. Une étude réalisée en 20013, qui résume de vastes sondages menés dans différents Etats sur le comportement sexuel de la population, estime que dans les sociétés d'Europe occidentale, telles que la Grande-Bretagne, la France et l'Allemagne, environ 1,5 % des hommes âgés de plus de 20 ans sont homosexuels et ne le cachent guère, et 1,5 % se considèrent comme homosexuels, mais le dissimulent plutôt. Une même proportion d'hommes âgés de plus de 20 ans pourrait avoir vécu des relations

1 R. Lautmann, *Recht als Symbol, Die Gesetzgebung zur gleichgeschlechtlichen Partnerschaft*, epd-Dokumentation, 2001, 23/24, cahier 1, p. 33 ss. 2 Les données du célèbre rapport Kinsey ont été interprétées de la même manière à l'époque; les données sur des relations homosexuelles entretenues à un moment quelconque de la vie ont été extrapolées. Cf. à ce sujet, J. Stacey/T.J. Biblarz, (How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?, *American Sociological Review* 2001/65, p. 159 ss. 3 M. Bochow, *Sozial- und sexualwissenschaftliche Erkenntnisse zur Homosexualität*, epd-Dokumentation 23/24, cahier 1, p. 42 ss.

1197 bisexuelles d'une durée plus ou moins longue ou avoir sporadiquement des relations sexuelles avec une personne du même sexe. Donc, environ 6 % des hommes auraient une orientation homosexuelle. Les mêmes chiffres devraient s'appliquer aux femmes lesbiennes ou bisexuelles. Une autre étude, publiée en l'an 20004, estime qu'il existe, en Allemagne, parmi les hommes âgés de 19 à 59 ans, environ 550 000 à 600 000 homosexuels. Ces chiffres peuvent toutefois être doublés, compte tenu des hommes qui n'avouent pas leur homosexualité. On arrive ainsi à un chiffre de 1,0 à 1,2 million d'hommes homosexuels. Selon la même étude, il devrait y avoir entre 600 000 et 700 000 femmes lesbiennes, sans tenir compte du nombre de femmes qui ne s'avouent pas l'être. Un article publié en 20015 estime que 5 à 10 % de tous les adultes ont une attirance prépondérante pour les personnes

du même sexe. Cette estimation n'est toutefois pas détaillée. Les données recueillies chaque année en Allemagne lors d'un micro-recensement⁶ pourraient fournir les indications les plus fiables sur le nombre de partenariats homosexuels. Depuis 1996, toutes les personnes sans lien de parenté avec la personne de référence du ménage (anciennement «chef du ménage») ont la possibilité de répondre à la question suivante: «Etes-vous le partenaire de vie de la personne de référence du ménage?» Cette question est formulée de manière neutre, sans prendre en compte le sexe de la personne interrogée, de sorte que les couples homosexuels peuvent y répondre aussi, indépendamment du fait que leur partenariat soit enregistré ou non. Il est ainsi possible d'obtenir des indications relativement fiables sur le nombre d'individus vivant en couple. Ces indications peuvent être comparées aux données issues des statistiques officielles sur les ménages, qui indiquent le nombre maximum possible de partenariats (approche estimative). Il s'agit des ménages familiaux dans lesquels vivent au moins deux personnes de plus de 16 ans, du même sexe, célibataires, n'ayant aucun lien de parenté. Les chiffres concernant les communautés de vie homosexuelles en Allemagne (quel que 82 millions d'habitants) qui ressortent de ces deux approches sont les suivants:

Année	Approche estimative	Micro-recensement	Nombre total Hommes	Femmes
1996	124 000	37 000	22 000	15 000
1997	114 000	38 000	22 000	16 000
1998	134 000	42 000	24 000	18 000
1999	128 000	41 000	25 000	16 000
2000	142 000	46 000	27 000	19 000
2001	147 000	48 000	28 000	20 000

Source: *Leben und Arbeiten in Deutschland*, 2002, 22

4 L.A. Vaskovics, *Homosexuelle Partnerschaften*, in: P. Kaiser (Hrsg.), *Partnerschaft und Partnertherapie*, Göttingen, Hogrefe, 2000, p. 17 ss. 5 U. Sielert, *Zwei-Väter- und Zwei-Mütter-Familie. Sorgerecht, Adoption und artifizielle Insemination bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen*, *epd-Dokumentation* 23/24, 2001, cahier 2, p. 53 ss. 6 Cf. à ce sujet: *Statistisches Bundesamt, Leben und Arbeiten in Deutschland. Ergebnisse des Mikrozensus 2001*, Wiesbaden 2002, p. 22 ss.

1198 On note que les chiffres du micro-recensement sont considérablement inférieurs aux estimations. Le projet allemand de la loi sur le partenariat enregistré⁷, par exemple, se fondait sur le chiffre de 2,5 millions de couples homosexuels, sans apporter de preuves quant à ces chiffres. Ces dernières années, on peut constater une légère hausse du nombre de partenariats homosexuels déclarés. Le micro-recensement révèle un plus grand nombre de partenariats homosexuels entre hommes. Cette différence ressort aussi en règle générale des indications sur le partenariat enregistré (ch. 1.3.2). Il est toutefois impossible de dire sur la base de ces chiffres s'il existe une différence entre hommes et femmes dans la fréquence des tendances homosexuelles ou dans la signification de l'homosexualité sur les plans psychologique, social et culturel. Ce thème n'a guère fait l'objet d'études scientifiques et n'a pas été discuté lors de la campagne pour la reconnaissance juridique de ce mode de vie. Pour la Suisse, on ne disposera de données concernant le nombre de couples homosexuels qu'après la publication des résultats du recensement de la population effectué en 2000. Ainsi, pour l'heure, on ne peut se fonder que sur des estimations. Par exemple, on peut extrapoler les chiffres allemands de 2001, en tenant compte de la différence de population entre les deux pays. En partant des chiffres de l'approche estimative, il y aurait, en Suisse, 13 200 couples homosexuels. En partant de ceux du micro-recensement, il y en aurait 4300. Wanner⁸, quant à lui, estime que les couples homosexuels correspondent environ à 0,3 % des ménages (actuellement, environ 3 millions). Selon son estimation, il y aurait donc en Suisse environ 9000 couples homosexuels vivant en ménage. 1.3 Le partenariat enregistré à l'étranger 1.3.1 Aperçu des

développements juridiques à l'étranger⁹ Remarques préliminaires L'aperçu suivant ne tient compte, en dehors des Etats-Unis, que des pays d'Europe qui ont rendu possible l'enregistrement d'un partenariat entre personnes du même sexe, en créant l'institution correspondante. Ces institutions varient parfois considérablement dans leurs effets, qui vont d'une forme plutôt contractuelle, sans influence sur l'état civil, jusqu'au mariage lui-même, en passant par une forme ayant des points communs avec le mariage et un effet sur l'état civil, et par une institution équivalant au mariage. Certains des pays qui n'entrent pas dans cet aperçu, faute d'avoir créé pour l'instant l'institution correspondante, s'efforcent de l'introduire (notamment la Belgique et la République tchèque).

7 Eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz, n° 14/1259 du 23 juin 1999. 8 Philippe Wanner, Changements dans les configurations familiales et les modes de vie des familles: une analyse statistique, in: DEMOS, bulletin d'information démographique, n° 2/2002, p. 6, Office fédéral de la statistique. 9 Pour une étude détaillée du droit comparé, voir PJA 2001, cahier 3, passim.; Y. Merin, Equality for Same-Sex Couples, The University of Chicago 2002; R. Wintemute and M. Andenaes, Legal Recognition of Same-Sex Partnerships, Oxford – Portland Oregon 2001.

1199 1.3.1.1 Etats scandinaves et Islande L'évolution en faveur des couples homosexuels a commencé il y a 13 ans dans le Nord de l'Europe, lorsque le Danemark a créé le premier, le 1er octobre 1989, un partenariat enregistré pour les couples homosexuels. La Norvège (1er août 1993), la Suède (1er janvier 1995) et l'Islande (27 juin 1996) ont suivi l'exemple danois. La Finlande est le dernier pays scandinave à avoir adopté une loi sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, qui est entrée en vigueur le 1er mars 2002 et correspond largement à la législation des autres pays nordiques. Ces cinq Etats disposent ainsi de réglementations légales nationales qui permettent aux personnes du même sexe de faire enregistrer leur partenariat. Ces réglementations sont parfois très succinctes. Les dispositions matérielles des lois danoise et norvégienne ne représentent que cinq paragraphes et consistent en grande partie en des renvois aux dispositions valables pour les couples mariés. Dans tous les pays scandinaves, l'enregistrement du partenariat produit en principe les mêmes effets juridiques que le mariage. Ainsi, sauf en Finlande, les couples homosexuels sont autorisés à décider du port d'un nom commun. Il n'est possible de faire valoir les contributions d'entretien dues après la dissolution d'un partenariat enregistré, qui se fondent dans tous ces pays sur les dispositions concernant le divorce, qu'en présence d'un cas social grave ou lorsque l'ancien partenaire ne peut pas subvenir à ses propres besoins pour des motifs liés au partenariat enregistré. En ce qui concerne l'adoption d'un enfant et le recours à la procréation médicalement assistée, tous ces Etats ont prévu des exceptions par rapport aux règles valables pour les couples mariés. Alors que la Norvège et la Finlande continuent à n'envisager aucun droit d'adoption, les trois autres Etats suivent, sur cette question, d'autres voies. Ainsi, le Danemark a autorisé, dix ans après avoir introduit le partenariat enregistré, l'adoption de l'enfant du partenaire, à condition que l'enfant n'ait pas été adopté à l'origine dans un pays étranger. Depuis mai 2000, l'Islande autorise aussi, aux mêmes conditions, l'adoption de l'enfant du partenaire. En juin 2002, le Parlement suédois a décidé de faire un nouveau pas en avant en autorisant les couples homosexuels liés par un partenariat enregistré non seulement à adopter l'enfant du partenaire, mais aussi à adopter ensemble un enfant étranger. Sur la question d'autoriser les homosexuels à recourir à la procréation médicalement assistée, les tendances sont à la retenue. Le Danemark, la Norvège, la Suède et l'Islande l'interdisent en principe. Au

Danemark, la réglementation à ce sujet ne s'adresse toutefois qu'aux médecins. Les membres d'autres professions médicales ont donc la possibilité de pratiquer une fécondation in vitro sur des femmes qui ne remplissent pas les critères légaux (couples mariés, couples hétérosexuels stables). Ainsi, une clinique de Copenhague, gérée par des sages-femmes, pratique également des inséminations artificielles sur des femmes seules ou homosexuelles. En Suède, le recours à la procréation médicalement assistée par les couples homosexuels a fait l'objet d'un nouveau débat lors de la libéralisation de l'adoption; une décision du Parlement est attendue à ce sujet avant la fin de l'année 2002. La Finlande est le seul pays nordique à ne pas avoir réglé pour l'instant l'accès à la procréation médicalement assistée.

1200 1.3.1.2 Pays-Bas Depuis le 1er avril 2001, les Pays-Bas sont le premier Etat au monde qui permet aux couples homosexuels de se marier et d'adopter un enfant. En outre, les femmes lesbiennes ont la possibilité de recourir à l'insémination hétérologue. L'adoption n'est restreinte, comme au Danemark, que par une règle prescrivant que l'enfant à adopter ne doit pas venir d'un pays étranger et avoir été déjà adopté une première fois. Pour toutes les adoptions, une nouvelle disposition établit désormais qu'elles ne peuvent être prononcées que lorsque l'enfant n'a plus rien à attendre de son père ou sa mère. En ce qui concerne les contributions d'entretien après la dissolution du partenariat, la réglementation est la même que dans les pays scandinaves (ch. 1.3.1.1). L'ouverture du mariage aux couples homosexuels a été précédée d'une première loi sur le partenariat enregistré, entrée en vigueur le 1er janvier 1998, qui ouvre cette nouvelle institution juridique tant aux couples homosexuels qu'aux couples hétérosexuels. Cette loi reste applicable bien qu'elle renvoie en grande partie au droit matrimonial.

1.3.1.3 France Après de longues discussions au Sénat et à l'Assemblée nationale, le pacte civil de solidarité (PACS) a été adopté le 15 novembre 1999. Il s'agit d'un contrat conclu par deux personnes majeures, de sexe différent ou du même sexe, qui n'ont pas de lien de parenté, pour organiser leur vie commune. Ce contrat est conclu devant le greffe d'un tribunal de première instance. Le PACS ne crée aucun lien de parenté ou de famille. Les parties se doivent cependant l'une à l'autre une aide matérielle. Les modalités de ce devoir d'assistance sont réglées dans le contrat. La loi française ne prévoit aucune contribution d'entretien à la dissolution du partenariat. Les partenaires déterminent également dans le PACS s'ils entendent soumettre au régime de l'indivision les meubles et les objets du ménage dont ils font l'acquisition à titre onéreux pendant la durée du PACS. Les autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose pas autrement. En ce qui concerne le droit fiscal, les personnes pacsées ont le droit de demander que leurs revenus fassent l'objet d'une imposition commune, à condition d'être liées depuis trois ans. Dans le domaine de la sécurité sociale, elles sont, pour les aspects essentiels, traitées de la même manière que les concubins. Dans le droit des étrangers, la conclusion du PACS est prise en compte pour juger à quel point le lien entre le ressortissant étranger et la France est étroit. Enfin, la loi prévoit qu'au décès d'un partenaire, l'autre peut demander que le rapport de bail lui soit transmis. Le PACS a entraîné une modification du droit relatif à l'impôt sur les successions et les donations. Dans le cas d'une donation ou d'une disposition à cause de mort, le partenaire bénéficiaire ou survivant a droit à ce qu'un montant de 57 000 euros ne soit pas imposé. Dans le cas d'une donation, il faut toutefois que les partenaires soient liés depuis deux ans au moins par un PACS. Les prochains 15 000 euros sont soumis à un taux d'imposition de 40 % au lieu de 60 %. Le reste est imposé à un taux de 50 %.

1201 Le PACS ne produit aucun effet dans le domaine du droit de la filiation et du droit successoral légal. Dans son arrêt du 26 février 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a statué, à quatre voix contre trois, que la France pouvait interdire l'adoption à une personne seule qui est homosexuelle. Selon elle, cette interdiction ne viole pas les art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, car celle-ci ne garantit aucun droit à l'adoption. Selon l'art. 12, seules les personnes mariées auraient le droit de fonder une famille. Comme l'art. 8 ne protège pas cette simple exigence, le demandeur n'est pas limité dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée par le refus d'agrément de sa demande d'adoption. En ce qui concerne la dissolution du PACS, il y a lieu de faire une distinction entre la dissolution unilatérale et celle d'un commun accord. Si les partenaires sont d'accord, ils doivent remettre une déclaration conjointe écrite au greffe du tribunal d'instance du lieu de résidence de l'un d'entre eux. Lorsque seul l'un des partenaires veut la dissolution du contrat, il signifie à l'autre sa décision et en adresse une copie au greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial. Dans ce cas, le PACS prend fin trois mois après la signification de la décision de dissolution à l'autre partenaire. Enfin, le PACS prend fin de plein droit lorsque l'un des partenaires se marie.

1.3.1.4 Allemagne En Allemagne, la loi sur le partenariat enregistré a connu une histoire mouvementée. Entrée en vigueur le 1er août 2001, elle ne contient que des réglementations qui n'ont pas nécessité d'être soumises à l'approbation du Bundesrat (2e Chambre du Parlement). Elle devrait être complétée par la «Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetz», que le Bundesrat doit encore approuver. Un recours a été interjeté par trois Länder (Saxe, Thuringe et Bavière) auprès de la Cour constitutionnelle fédérale contre la loi sur le partenariat enregistré. Il a toutefois été rejeté le 17 juillet 2002 à cinq voix contre trois¹⁰ au motif que la protection particulière du mariage prévue à l'art. 6 de la Loi fondamentale n'empêche pas le législateur de prévoir dans le cadre d'une institution destinée aux partenaires du même sexe des droits et des devoirs similaires ou proches de ceux du mariage. Selon la Cour, même si le mariage fait l'objet d'une protection particulière en droit constitutionnel, permettant au législateur de le favoriser à l'avenir aussi par rapport à d'autres modes de vie, il ne pourrait pas pour autant en découler de règle permettant de défavoriser ces autres formes de vie par rapport au mariage. L'institution du mariage ne peut de toute manière pas être menacée par une institution créée pour des personnes qui ne peuvent pas conclure de mariage entre elles. Compte tenu des milieux différents auxquels s'adressent ces institutions, le partenariat enregistré ne constitue justement pas, selon la Cour, un mariage portant un autre nom, mais au contraire un aliud, c'est-à-dire autre chose que le mariage. En outre, le caractère exclusif du partenariat enregistré entre personnes du même sexe, qui à l'instar du mariage, ne permet pas de multiplier les relations de même type, est une raison majeure pour traiter différemment les partenariats homosexuels et les communautés formées par exemple par des personnes ayant un lien de parenté. De même, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a jugé (à sept voix contre une) que le partenariat enregistré ne violait aucunement l'interdiction de

¹⁰ BverfG, 1 BvF 1/01 du 17.7.2002, n° d'alinéas (1-147), <http://www.bverfg.de>

1202 discrimination établie à l'art. 3 de la Loi fondamentale en n'autorisant ce type d'institution qu'aux partenaires du même sexe. En effet, les couples hétérosexuels (homme et femme) peuvent avoir des enfants en commun, ce qui n'est pas le cas des couples homosexuels. Cette différence justifie selon la Cour d'orienter les couples hétérosexuels sur le mariage lorsqu'ils souhaitent s'unir par un lien juridique durable. En conclusion, la

Cour a retenu qu'il n'était certes pas interdit au législateur d'introduire des institutions juridiques différentes pour les couples hétérosexuels ou pour d'autres communautés de vie, mais qu'il n'en avait pas non plus l'obligation en droit constitutionnel. Le partenariat est conclu devant les autorités compétentes désignées par les Länder. Les partenaires sont tenus de s'aider et de s'assister mutuellement, ainsi que d'améliorer ensemble leur vie commune. Ils assument une responsabilité l'un envers l'autre. Ils peuvent choisir un nom commun et également former un double nom. Les partenaires sont tenus de contribuer à l'entretien l'un de l'autre. Avant la conclusion du partenariat, ils doivent convenir d'un régime des biens. Contrairement aux époux, que la loi soumet au régime de la communauté réduite aux acquêts, ils peuvent soit adopter le régime du partage des acquêts (Ausgleichsgemeinschaft), soit conclure une convention de partenariat. Le régime de la Ausgleichsgemeinschaft correspond au régime de la séparation de biens pendant la durée de la communauté. Au moment de la dissolution du partenariat, les biens acquis par les partenaires pendant la durée du partenariat enregistré sont partagés. Lorsque l'un des partenaires a un enfant à l'égard duquel il détient seul l'autorité parentale, l'autre est habilité à prendre des décisions en accord avec lui. En revanche, les partenaires ne sont pas autorisés à adopter un enfant, ni à recourir à la procréation médicalement assistée. Le droit successoral est réglé de la même manière que pour les conjoints. Mais le droit relatif à l'impôt sur les successions n'a pas été intégré à la réglementation; il fait partie de la loi complémentaire sur le partenariat enregistré, qui doit encore être adoptée. Le partenaire survivant est l'héritier légal. A ce titre, il a droit à un quart de la succession en concours avec les parents du premier degré, et à la moitié de la succession en concours avec les parents du deuxième degré et les grands-parents. Par ailleurs, il a droit aux objets faisant partie du ménage commun. La réserve est de la moitié du droit de succession légal. Le partenariat est dissous par un jugement, sur requête de l'un ou des deux partenaires. Ainsi, le juge met fin au partenariat: – lorsque les deux partenaires le requièrent et que douze mois se sont écoulés depuis leur requête en dissolution; – lorsque l'un des partenaires déclare vouloir mettre fin à la communauté de vie et que 36 mois se sont écoulés depuis la notification de sa déclaration à l'autre partenaire; – lorsque l'un des partenaires fait valoir que la poursuite du partenariat lui est insupportable, en raison de motifs imputables à l'autre.

1203 La loi ne prévoit pas si un mariage peut être contracté lorsqu'un partenariat enregistré a été conclu, ni ce qu'il arrive au partenariat dans un tel cas. La Cour constitutionnelle fédérale a laissé ouverte, dans son arrêt du 17 juillet 2002, la question de savoir si un mariage dissout ipso iure le partenariat ou si celui-ci doit être dissous au préalable par voie judiciaire. Lorsque l'un des partenaires ne peut pas pourvoir lui-même à son entretien après la dissolution du partenariat, il peut demander à l'autre une contribution d'entretien appropriée au regard des conditions de vie pendant le partenariat, dans la mesure où et aussi longtemps que l'on ne peut attendre de lui qu'il exerce une activité lucrative. Par ailleurs, le tribunal compétent pour la dissolution peut décider, selon l'équité, des droits et des obligations relatifs au logement commun et aux objets du ménage. Contrairement aux dispositions du droit du divorce, le partage des prestations de la prévoyance vieillesse acquises pendant la durée du partenariat n'est pas prévu.

1.3.1.5 Etats-Unis: la «civil union» de l'Etat du Vermont

Les Etats-Unis n'ont créé aucune institution juridique pour les couples homosexuels au niveau fédéral. Mais dans certains Etats fédérés, il existe des pressions pour ouvrir la voie du mariage aux homosexuels. A ce jour, l'Etat du Vermont est celui qui a été le plus loin, en instituant le 1er juillet 2000, poussé par un arrêt judiciaire, une

institution calquée sur le mariage: la civil union. Cette institution n'est ouverte qu'aux couples homosexuels et leur garantit les mêmes droits, devoirs et avantages qu'aux couples mariés, et ce dans tous les domaines dans lesquels l'Etat fédéré a une compétence de réglementation. Or, les affaires de droit civil, y compris l'adoption et le recours à la procréation médicalement assistée, sont du ressort des Etats fédérés. L'égalité avec le mariage est toutefois limitée sur deux plans: l'effet de la civil union est circonscrit en principe à l'Etat du Vermont et le millier de droits et d'avantages que le droit fédéral confère aux époux n'est pas accessible pour l'instant aux partenaires d'une civil union. La loi sur la protection du mariage (Defense of Marriage Act [DOMA]) – adoptée en 1996 par le congrès américain sous la pression d'une procédure judiciaire à Hawaï qui aurait presque conduit à l'ouverture du mariage – permet, en effet, aux Etats fédérés de ne pas reconnaître les mariages de couples homosexuels conclus sous d'autres juridictions; il établit, en outre, clairement que la législation fédérale ne reconnaît que les mariages de couples hétérosexuels et réserve à ceux-ci les droits qui découlent du droit fédéral.

1.3.2 Données statistiques sur le nombre de partenariats enregistrés entre personnes du même sexe à l'étranger L'accès aux données statistiques dépend de la date à laquelle la loi a été adoptée dans les pays concernés (1989 au Danemark, 1993 en Norvège, 1995 en Suède, 1998 aux Pays-Bas et 1999 en France). La France pose un problème particulier, car les statistiques du Ministère de la justice ne contiennent aucune indication relative à l'âge, ni aucune information concernant le sexe et la nature des relations et per-

1204 mettant de tirer des conclusions quant au nombre de partenariats conclus entre personnes du même sexe. Le tableau ci-après montre l'évolution annuelle du nombre des partenariats enregistrés entre personnes du même sexe dans les Etats scandinaves et aux Pays-Bas sur la base de la représentation du démographe français Festy (2001), la plus complète à ce jour: Nombre de couples formés de femmes ou d'hommes par million d'habitants

	Danemark	Norvège	Suède	Pays-Bas
h. f. h. f. h. f.	1990	62	22	-----
	1991			

E. 34

FF 1996 I 1 ss, ch. 132

1215 partenariat est conclu par l'enregistrement de la déclaration de volonté des deux partenaires, et non pas par leurs réponses affirmatives aux questions de l'officier de l'état civil. L'office de l'état civil est cependant compétent dans les deux cas. Au contraire, en Allemagne, les Länder sont libres de permettre l'enregistrement du partenariat auprès d'un notaire ou de l'office de l'état civil.

1.7.2 Assistance, respect et entretien Les deux partenaires se doivent l'un à l'autre assistance et respect (art. 12). Ils contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la communauté (art. 13). Ils conviennent eux-mêmes de la façon dont ils se répartissent les tâches. Aucun système de compensation légal particulier au sens des art. 164 et 165 CC n'est prévu en faveur du partenaire qui voue ses soins au ménage ou fournit des contributions extraordinaires à l'entretien de la famille, même si certains participants à la procédure de consultation l'ont demandé. La grande majorité a toutefois approuvé cette solution. Ces dispositions légales ont été adoptées il y a presque vingt ans, lorsque le mariage est passé de son statut patriarcal à celui de partenariat. Elles ont peu d'importance dans la pratique du droit matrimonial. On ne les rencontre plus guère non plus dans les droits matrimoniaux étrangers. L'art. 164 CC – adopté par le législateur en 1984 – entendait lutter contre les époux avares qui s'adonnaient à d'onéreux passe-temps et ne laissaient qu'une petite somme d'argent à leurs épouses qui s'occupaient

des enfants et du ménage. Aujourd'hui, les comptes communs sont largement répandus, donnant aux deux époux la possibilité d'en disposer. Il doit en aller de même pour les partenaires en- registrés. En outre, les femmes ayant des enfants sont beaucoup plus nombreuses qu'avant à garder une activité lucrative et les partenaires du même sexe n'ont pas d'enfants communs qui pourraient empêcher l'un des deux partenaires de gagner sa vie. Enfin, il faut rappeler aussi que l'entretien convenable de la communauté selon l'art. 13 doit couvrir aussi les besoins personnels, de sorte que les partenaires ont une marge de manœuvre suffisante pour trouver une solution à leur convenance. Il n'est d'ailleurs pas exclu que la pratique reconnaisse comme contrat de travail conclu en la forme tacite (cf. art. 320, al. 2, CO) le travail fourni par l'un des deux partenaires pour l'entretien du ménage si ce travail va au-delà de ce qui est communément admis, alors que l'autre s'investit dans sa vie professionnelle. Une telle solution prend davantage en compte les intérêts de la personne qui s'occupe du ménage que celle de l'art. 164 CC, qui n'a pratiquement presque plus de signification pour les couples bénéficiant de petits ou moyens revenus. L'art. 165, al. 1, CC avait notamment pour but de mettre fin au débat sur la question litigieuse de savoir si l'art. 320, al. 2, CC s'appliquait aussi quand l'époux prêtait une aide à son conjoint dans sa profession ou son entreprise. En modifiant sa jurisprudence en 1987, le Tribunal fédéral a reconnu que la collaboration du conjoint doit être rémunérée si elle est notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille et que cet investissement n'est pas suffisamment récompensé par un niveau de vie plus élevé ou par des droits lors de la liquidation du régime matrimonial³⁵. Cette pratique doit s'appliquer aussi aux partenariats enregistrés,

E. 35

ATF 113 II 414

1216 d'autant plus que la réglementation du régime matrimonial (art. 18 ss) se fonde sur la séparation des biens. Un mécanisme particulier de compensation, qui affaiblirait en fin de compte la position du partenaire apportant sa collaboration à l'autre, ne semble objectivement guère adapté. Il est aussi possible de renoncer pour les partenaires enregistrés à une disposition analogue à l'art. 165, al. 2, CC. Selon cette disposition du droit matrimonial, un époux a droit à une indemnité équitable lorsqu'il a, par ses revenus ou sa fortune, contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devait. Le droit à une compensation est ainsi limité à des contributions à l'entretien au sens de l'art. 163 CC. En ce qui concerne le partenariat enregistré, il s'agit des contributions fournies par l'un des partenaires au ménage commun ou à l'entretien de l'autre personne. Cette disposition ne s'applique pas, par exemple, à une mise de fonds en vue de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante. Par ailleurs, l'art. 165 CC ne s'applique que si aucun contrat de prêt ni aucun autre rapport contractuel n'existe entre les partenaires enregistrés (art. 165, al. 3, CC). Le domaine d'application est donc défini de manière à limiter les situations où une indemnité équitable a un sens entre partenaires enregistrés. Il faut plutôt partir du principe que les partenaires ont conclu un prêt lorsque l'un fournit à l'autre des prestations financières qu'il n'est pas tenu de fournir et qui ne peuvent pas non plus être considérées comme une donation.

1.7.3 Nom et droit de cité

Le droit matrimonial en vigueur fixe une réglementation qui ne garantit pas l'égalité de traitement entre les conjoints (art. 160 et 161 CC): le mari conserve son nom et son droit de cité cantonal et communal et il ne peut porter le nom de son épouse qu'en procédant à un changement de nom (art. 30, al. 2, CC). La femme, par contre, acquiert de par la loi le nom et le droit de

cité de son mari. Elle a cependant la possibilité de conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors, suivi du nom de famille de son époux. De plus, outre le droit de cité qu'elle reçoit de son mari, elle conserve, également de par la loi, le droit de cité cantonal et communal qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire. Les efforts, suite à une initiative parlementaire³⁶, pour mettre les époux sur un pied d'égalité en ce qui concerne le nom de famille et le droit de cité cantonal et communal, n'ont pas abouti – après de longues années de débats parlementaires – lors du vote final devant les Chambres fédérales, notamment en raison de la complexité de la réglementation envisag e³⁷. Il est dès lors évident que dans la mesure où la réglementation du code civil ne garantit pas l'égalité de traitement entre les conjoints, elle ne peut pas être appliquée aux couples homosexuels. Le législateur doit donc adopter une solution adaptée au partenariat enregistré. Chaque partenaire conserve son droit de cité cantonal et communal et n'acquiert pas celui de l'autre partenaire.

E. 36

94.434 Initiative parlementaire Sandoz du 14 décembre 1994, Nom de famille et droit de cité des époux et des enfants.

E. 37

BO 2001 E 471; BO 2001 N 949 ss.

1217 Sur le plan du droit comparé, il convient de relever que la question du nom des époux est réglée de manière assez différente dans les régimes juridiques européens. En France, par exemple, la tradition veut que chaque conjoint conserve son nom au moment du mariage. Il n'est pas possible de choisir un nom commun. Mais au quotidien, il a été longtemps d'usage que les épouses soient désignées non seulement par le nom de leur époux, mais aussi par leur prénom. En Espagne et au Portugal, les doubles noms ou noms multiples sont courants. Certains Etats laissent le choix du nom aux époux. Contrairement au mariage, il n'existe pas de tradition parlant en faveur d'une solution déterminée en ce qui concerne les relations entre partenaires homosexuels. Pour l'Etat et la société, le nom sert à identifier une personne; la stabilité du nom est dès lors importante. Mais le nom joue également un rôle essentiel dans l'identification personnelle d'un individu. Quant à la protection de la famille, qui requiert que les parents et leurs enfants communs portent un nom identique, elle n'a pas à être prise en considération dans le cas des couples homosexuels. Il ne reste donc qu'à examiner s'il convient de permettre aux deux partenaires de choisir un nom commun, qui aurait valeur de symbole pour leur communauté. L'avant-projet a répondu par la négative à cette question et, ce faisant, a rallié une majorité de suffrages lors de la procédure de consultation, même si certaines voix se sont élevées en faveur du libre choix du nom de famille (10 prises de position sur 74). Mais il est d'ores et déjà prévisible que si l'on acceptait le nom commun, la demande serait étendue à la possibilité pour la personne qui renonce à son nom de porter un double nom comme nom officiel, en faisant suivre ou précéder le nom de son partenaire par celui qu'elle a porté jusqu'alors. La situation concernant le nom serait ainsi fort compliquée. Le Conseil fédéral est persuadé qu'il convient de préférer une solution simple et claire au sens de l'avant-projet, comme plusieurs participants, dont l'Association suisse des officiers de l'état civil, l'avaient aussi préconisé pour les époux, lors des procédures de consultation relatives à la révision du droit matrimonial et à l'initiative Sandoz. Cette solution s'impose d'autant plus que rien n'empêche, dans la vie de tous les jours, ces partenaires de porter un nom d'alliance – chacun d'eux ajoutant le nom de l'autre à son propre nom – et de mettre ainsi en évidence la

relation qui les unit. Tant qu'une personne reste identifiable, elle peut utiliser le nom de son partenaire au sens d'un «nom d'artiste». Des documents juridiques peuvent même être signés avec ce nom d'alliance ou nom d'artiste, qui ne constitue toutefois pas un nom officiel et ne peut pas être inscrit dans les registres de l'état civil. Par contre, il peut figurer dans le passeport, comme ce sera le cas pour les époux, selon la nouvelle loi fédérale sur les documents d'identité des ressortissants suisses³⁸. Il n'y a donc pas de véritable besoin de pouvoir choisir un nom commun. L'acquisition et la perte de la nationalité suisse sont régies par la loi sur la nationalité (LN)³⁹. Le conjoint étranger d'un ressortissant suisse peut, à certaines conditions, bénéficier d'une naturalisation facilitée (art. 27, al. 1, et 28, al. 1, LN). Cette

E. 38

Art. 2, al. 2; FF 2001 2920; message du 28 juin 2000; FF 2000 4751 ss. Lors de la procédure de consultation, différents cantons ont exprimé leur scepticisme quant à la possibilité pour les partenaires enregistrés de faire inscrire un nom d'alliance dans le passeport. Ils n'ont toutefois pas pris en considération le fait que les nouveaux passeports font figurer le nom d'alliance, comme le nom d'artiste, dans une rubrique séparée, de manière à éviter toute confusion avec le nom officiel.

E. 39

RS 141.0

1218 forme de naturalisation est basée sur l'art. 38 Cst. selon lequel, la Confédération a la compétence exclusive de régler l'acquisition et la perte de la nationalité et des droits de cité par filiation, mariage ou adoption. Dans les autres cas, la Confédération n'est habilitée qu'à édicter des dispositions minimales sur la naturalisation des étrangers par les cantons et à octroyer l'autorisation de naturalisation (art. 38, al. 2, Cst.). Pour pouvoir permettre au partenaire étranger lié à un ressortissant suisse par un partenariat enregistré de bénéficier d'une naturalisation facilitée par la Confédération, il faudrait donc modifier au préalable la Constitution. Selon une interprétation téléologique, la notion de mariage ne peut pas être tout simplement appliquée au partenariat enregistré, comme l'ont suggéré de rares participants à la procédure de consultation. Une révision constitutionnelle prend du temps et retarderait l'adoption d'une réglementation légale du partenariat entre personnes homosexuelles. C'est pourquoi le projet de loi accorde des conditions plus favorables pour la naturalisation ordinaire, en raccourcissant la durée nécessaire de résidence en Suisse (ch. 2.5.1).

1.7.4 Protection spéciale du partenariat

Le droit matrimonial comporte un chapitre sur les mesures judiciaires permettant de protéger l'union conjugale (art. 171 ss CC). En effet, l'Etat souhaite mettre à la disposition des époux dont l'union est en danger certaines mesures qui leur donnent la possibilité de tenter de sauver leur mariage, ceci notamment dans l'intérêt des enfants. Il ressort toutefois de la pratique que ces mesures judiciaires de protection n'atteignent que rarement leur but et qu'en général, elles constituent plutôt une phase préliminaire du divorce. Toutefois, elles visent également à assurer la protection de la personnalité de l'un ou l'autre des conjoints. Cet objectif revêt aussi de l'importance dans le cas d'une relation entre partenaires homosexuels. C'est la raison pour laquelle le projet de loi prévoit, comme en matière de protection de l'union conjugale, différentes mesures judiciaires en vue de garantir la protection des partenaires (art. 13, al. 2 et 3, art. 14, al. 2, art. 15, al. 4, art. 16, al. 2, art. 17, al. 2, art. 22). En revanche, il ne contient pas de chapitre spécial sur la «protection du partenariat». Ce concept n'a pas

été contesté lors de la procédure de consultation. Il va de soi que s'ils traversent une situation de crise, les deux partenaires demeurent libres de requérir l'aide d'un office de consultation pour couples mariés ou pour partenaires.

1.7.5 Rapports patrimoniaux

Pour ce qui est des rapports patrimoniaux, il importe de fixer une réglementation qui soit aussi simple et claire que possible. Le droit matrimonial de 1988 – à l'instar de la législation antérieure – prévoit trois régimes matrimoniaux, à savoir la participation aux acquêts (art. 196 ss CC), la communauté de biens (art. 221 ss CC) et la séparation de biens (art. 247 ss CC). Ces trois régimes matrimoniaux ont remplacé les régimes de l'union des biens, de la communauté de biens et de la séparation de biens que fixait le code civil de 1912. La participation aux acquêts et la séparation de biens laissent en principe la fortune de chaque époux intacte pendant la durée du régime matrimonial. La communauté de biens, au contraire, a déjà des effets immédiats sur la fortune des deux époux

1219 pendant la durée du régime matrimonial, dans la mesure où les valeurs en capital faisant partie du bien commun sont propriété commune des deux époux (art. 652 ss CC). Lorsque ce projet avait été mis en procédure de consultation il ne prévoyait que deux régimes matrimoniaux et excluait la communauté de biens⁴⁰. Pour des motifs liés à la tradition, le régime de la communauté de biens a quand même été repris dans le code. Depuis 1988, le régime matrimonial ordinaire des époux est celui de la participation aux acquêts. Pendant la durée du mariage, ce régime équivaut largement⁴¹, du point de vue matériel, à une séparation de biens. Ce n'est qu'au moment de la dissolution du régime que surgit une notion de communauté qui met en place un système de compensation. Il faut alors établir une distinction entre les biens propres et les acquêts de chaque conjoint, c'est-à-dire entre quatre masses de biens qui peuvent avoir des créances compensatoires l'une envers l'autre, en particulier sous la forme de parts à la plus-value (art. 206 et 209 CC) et de réunions (art. 208 CC). Font notamment partie des acquêts d'un conjoint les économies qu'il a réalisées sur le produit de son travail et les revenus de ses biens propres. Ces derniers comprennent entre autres les biens qui lui appartenaient avant le mariage ou ceux qui lui sont échus ensuite par succession ou donation; ils ne sont pas partagés entre les époux. Au moment de la dissolution du régime, chaque conjoint a droit à la moitié de la valeur des acquêts de l'autre. Les créances sont compensées (art. 215 CC). S'il y a un déficit, il ne fait pas l'objet d'un partage. Par contrat de mariage, les époux peuvent convenir d'une autre participation au bénéfice (art. 216 CC). Dans son message, le Conseil fédéral exposait en détail les raisons qui militaient contre la séparation de biens et en faveur de la participation aux acquêts comme régime matrimonial ordinaire⁴². La séparation de biens, adoptée comme régime légal en Autriche (cependant sous une forme modifiée) et en Angleterre, aurait eu comme principaux avantages la simplicité et la clarté. Sous un tel régime, en effet, les rapports pécuniaires des époux demeurent soumis pour une bonne part aux dispositions sur les droits réels et au code des obligations. En outre, les questions de responsabilité sont faciles à résoudre et la dissolution du régime ne pose pas de problèmes spécifiques. Plus besoin, en principe, de liquider le régime matrimonial, puisque la conclusion du mariage est restée sans effet sur les biens des époux. La séparation de biens a cependant le désavantage important de ne pas permettre au conjoint qui voue ses soins au ménage de recevoir une part des économies réalisées pendant le mariage. Cela revient à méconnaître l'importance économique de l'activité en faveur de la famille. Or, l'époux qui renonce à une activité lucrative pour se vouer aux enfants et au ménage permet à son conjoint d'engager toute sa capacité de travail pour obtenir un gain. De surcroît, le conjoint au foyer, par sa gestion économe, permet à l'autre de constituer des acquêts. La

séparation de biens peut dès lors aboutir à des

E. 40

Message du 11 juillet 1979 concernant les effets du mariage, les régimes matrimoniaux et les successions; FF 1979 II 1179 ss, ch. 174.2.

E. 41

La participation aux acquêts apporte, par rapport au régime de la séparation des biens, un élément de communauté supplémentaire essentiel: selon l'art. 201, al. 2, CC, un époux ne peut disposer de sa part sans le consentement de l'autre, lorsqu'un bien appartient en copropriété aux deux époux. Pour plus d'informations, voir H. Hausheer/R. Reusser/ Th. Geiser, commentaire bernois, n. 16 ad art. 196 CC.

E. 42

FF 1979 II 1179 ss, ch. 153 ss

1220 résultats injustes, spécialement en cas de divorce, si on ne lui apporte pas des correctifs. Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a de bonnes raisons de prévoir qu'en principe, les partenaires homosexuels liés par un partenariat enregistré sont soumis à un régime de séparation de biens. En effet, le partenariat enregistré n'empêche pas les partenaires d'exercer une activité lucrative. Il n'y a dès lors pas de raison de prévoir un système de compensation compliqué pour les cas de dissolution du partenariat. La réglementation fixée par la loi représente une solution satisfaisante pour la majorité des partenariats enregistrés. Enfin, les deux partenaires demeurent libres de passer un contrat au sens de l'art. 25 pour tenir compte de rapports particuliers établis entre eux. La loi tient compte de l'idée de solidarité – mais autrement qu'en Allemagne (ch. 1.3.1.4) – dans la mesure où, en cas de dissolution du partenariat enregistré, l'«épargne forcée» dans le cadre du deuxième pilier de la prévoyance vieillesse doit être divisée (ch. 2.4.2 relatif à l'art. 33). Ce concept a rencontré un très large consensus lors de la procédure de consultation. Seules 6 prises de position sur 74 ont opté en faveur de la participation aux acquêts comme réglementation légale pour le partenariat enregistré. Différents participants à la procédure de consultation ont souhaité que le couple ait le choix d'un autre régime. Le projet mis en consultation permettait déjà implicite- ment, en cas de dissolution du partenariat enregistré, le partage des biens acquis pendant la durée de celui-ci selon les dispositions de la participation aux acquêts. Le projet de loi établit clairement la situation juridique à l'art. 25, al. 1. Le Conseil fédéral est d'avis qu'il n'est pas utile d'ouvrir la possibilité de vivre en communauté de biens aux partenaires enregistrés. Il estime même qu'il faut réfléchir à la possibilité, à long terme, de supprimer ce régime pour des époux, comme le pré- voyait à l'époque le projet mis en consultation, ce qui apporterait une simplification bienvenue à notre régime juridique. Dans la pratique du droit matrimonial, il est rare que la communauté de biens soit convenue, car il s'agit d'un régime matrimonial très complexe. Matériellement, le code des obligations et les droits réels permettent d'atteindre pratiquement les mêmes objectifs. Ainsi, il est possible dans le cadre d'une société simple (art. 530 ss CO) de fonder une propriété commune avec les éléments de la fortune (art. 646 ss CC). Le régime de la communauté de biens n'a de signification particulière que dans la perspective de passer outre par un contrat de mariage, à l'exigence de la part légale réservée aux parents d'un époux. Mais comme la convention sur les biens passée entre les partenaires tient compte de cette exi- gence (art. 25, al. 2), cet argument n'est pas pertinent, d'autant que leur nombre de- vrait être peu élevé (ch. 1.3.2).

1.7.6 Droit

successoral Le droit comparé (ch. 1.3.1) montre que, dans les Etats qui connaissent un partenariat enregistré ou une institution analogue, les solutions adoptées en matière successorale ne sont pas partout les mêmes. Cependant, dans la majorité des cas, le statut du partenaire correspond à celui d'un conjoint. Le projet de loi prévoit lui aussi une telle solution, qui a rencontré une forte adhésion lors de la procédure de consultation. En 1988, la révision du droit matrimonial et successoral a déjà fortement augmenté la part légale du conjoint survivant. Il est dès lors logique que le projet de loi

1221 tienne lui aussi compte de cette option de nature politico-juridique et qu'il assimile, sur le plan successoral, la personne liée par un partenariat enregistré à un conjoint (pour les détails, ch. 2.5.8). En ce qui concerne les impôts sur les successions, il convient de se référer au ch. 1.7.10.3. 1.7.7 Assurances sociales et prévoyance professionnelle Les partenaires liés par un partenariat enregistré seront également traités comme des conjoints dans les domaines des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle. Ce faisant, il se pose certains problèmes pratiques, car le droit en vigueur dans le domaine des assurances sociales n'a pas encore complètement mis les hommes et les femmes sur un pied d'égalité au sein du mariage. Les prestations en faveur des survivants ne sont pas soumises aux mêmes conditions selon qu'il s'agit d'une veuve ou d'un veuf. Dans la perspective de traiter de manière identique les partenaires enregistrés et les époux, il est légitime, du point de vue matériel, de considérer comme déterminante la réglementation relative aux veufs (art. 13a du projet de loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, LPGA43, art. 19a du projet de loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, LPP44), et ce pour les raisons suivantes. Si, comme quelques rares participants à la procédure de consultation l'ont souhaité, les couples formés de deux femmes étaient traités comme des veuves, les deux femmes inscrites comme partenaires seraient mises sur un pied d'égalité avec l'épouse. Ce statut créerait toutefois de nouvelles inégalités. En effet, le partenariat enregistré entre femmes serait traité en droit des assurances sociales – en tant que communauté économique – nettement mieux que le mariage ou le partenariat enregistré entre hommes, et ce sans motifs objectifs. L'institution de ces nouveaux privilèges est en contradiction avec l'idée d'égalité entre homme et femme, ainsi qu'entre mariage et partenariat enregistré. Par ailleurs, les couples homosexuels ne peuvent pas avoir d'enfants communs. Or, la différence habituelle en faveur des veuves tient compte du fait qu'aujourd'hui encore, c'est souvent la femme qui restreint ou abandonne son activité lucrative pour pouvoir s'occuper des enfants, alors que l'homme travaille à plein temps. Cette répartition traditionnelle des rôles ne peut pas être tout simplement appliquée au partenariat enregistré. En conséquence, le modèle correspondant d'assurance ne peut pas l'être non plus. Remarquons à ce propos que le Conseil fédéral a proposé de mettre veuves et veufs sur un pied d'égalité dans le cadre de la 11e révision de l'AVS et de la 1re révision de la LPP. Il est donc logique que le projet de loi soit axé sur cet objectif. Pour en savoir plus sur cette assimilation du partenaire survivant à un conjoint, il convient de se référer au ch. 2.5.21. Notons encore que la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)⁴⁵ assure aussi au veuf un droit à une rente s'il a, au décès de son épouse, un ou plusieurs enfants à charge. Sont considérés comme enfants donnant droit à une rente de veuf les enfants du veuf ainsi que les enfants re-

E. 43

RS.830.1; FF 2000 5041

E. 44

RS 831.40

E. 45

RS 831.10

1222 cueillis dont il assure durablement et sans rémunération l'éducation et les soins. Les enfants recueillis ont droit à une rente d'orphelins lorsque la mère ou le père qui les a à sa charge décède. Ces règles s'appliqueront aussi, à l'avenir, au partenariat enregistré. 1.7.8 Adoption et procréation médicalement assistée Depuis 1973, le droit suisse de l'adoption (art. 264 ss CC) ne connaît plus que l'adoption dite plénière, qui a pour effet de rompre les liens juridiques de l'enfant à l'égard de ses parents biologiques (lorsqu'il s'agit de l'adoption d'un enfant de tiers) ou à l'égard de l'un de ses parents (en cas d'adoption de l'enfant du conjoint), et d'intégrer l'enfant comme un enfant biologique dans sa famille adoptive. En Suisse, l'adoption d'un enfant de tiers est, en règle générale, l'adoption d'un enfant du Tiers Monde; dans notre pays, en effet, il arrive rarement qu'un enfant soit remis en vue de l'adoption. L'adoption est une institution de l'aide sociale à l'enfance. Il n'existe aucun droit à l'adoption. La Cour européenne des droits de l'homme l'a confirmé (ch. 1.3.1.3). Seul le bien de l'enfant détermine les conditions dans lesquelles certaines personnes sont autorisées à adopter. La nature veut que chaque enfant ait un père et une mère qui jouent chacun un rôle important dans son développement. C'est pourquoi, sur le plan juridique également, les règles du code civil sur la filiation (art. 252 ss) tentent si possible d'attribuer un père et une mère à chaque enfant et d'assurer ainsi la polarité des sexes. L'adoption conjointe par un couple marié est la règle. Le droit entend ainsi garantir que, comme dans l'ordre naturel des choses, l'enfant ait un père et une mère. L'adoption par une personne seule n'est pas interdite par la loi. Elle revêt cependant un caractère exceptionnel et doit pour cette raison s'appuyer sur des motifs tout à fait particuliers. Dès lors, si le législateur autorisait les couples homosexuels à adopter un enfant, les principes fondamentaux du droit de la filiation actuel seraient abandonnés. L'enfant aurait, du point de vue juridique, deux mères ou deux pères, ce qui serait contraire à l'ordre des choses. Il serait alors dans une situation exceptionnelle, qui serait difficile à justifier dans la société contemporaine. De plus, il faudrait se demander pourquoi ne pas permettre à d'autres personnes vivant en communauté d'adopter un enfant. Ainsi, deux sœurs qui vivraient ensemble pourraient invoquer d'aussi bonnes raisons qu'un couple homosexuel pour demander l'autorisation d'adopter un enfant. A cela s'ajoute le fait qu'en Suisse il y a nettement plus de conjoints qui cherchent à adopter un enfant que d'enfants à adopter et que dans les Etats du Tiers Monde le partenariat enregistré n'existe pas pour le moment. L'accueil d'un enfant étranger dans une famille dans le but de l'adopter n'est pas seulement le fait des autorités suisses, mais nécessite aussi l'approbation des instances compétentes du pays d'origine de l'enfant. On peut douter que celles-ci donnent leur accord à un couple homosexuel, d'autant que les demandes d'adoption par des couples mariés sont déjà en surnombre. Le projet de loi n'autorise donc pas – non plus que l'avant-projet mis en consultation – l'adoption pour les personnes qui vivent en partenariat enregistré. Cette interdiction a été largement approuvée lors de la consultation.

1223 Une minorité de participants à la procédure de consultation était d'avis qu'il faudrait autoriser au moins l'adoption de l'enfant du partenaire. Mais, pour établir la filiation, c'est-à-dire pour savoir qui sont juridiquement le père et la mère d'un enfant, il ne s'agit pas seulement de déterminer qui l'éduque et prend soin de lui. De toute évidence, ces fonctions peuvent être assumées sans difficulté par différentes personnes. Il s'agit aussi de prendre

en considération l'intégration de l'enfant dans la succession des générations au sein de sa famille paternelle et maternelle, ainsi que l'identité qui en résulte. Il est donc décisif de déterminer si, du point de vue du bien de l'enfant, l'adoption par le partenaire de l'enfant biologique de l'autre partenaire du même sexe est défendable et si elle correspond à un besoin. Pour ce qui est de l'adoption de l'enfant du conjoint, il convient de relever que de toute manière, elle n'est possible qu'avec le consentement du parent biologique qui n'a pas l'autorité parentale sur l'enfant. Il ne peut être fait abstraction de ce consentement qu'à certaines conditions précises, notamment lorsque le parent en question ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant (art. 265c CC). L'adoption de l'enfant du conjoint peut aussi être envisagée lorsque l'autre parent est décédé. Mais il faut prendre en considération, dans ce cas, le fait que l'adoption entraîne la dissolution des liens juridiques également avec les grands-parents, les oncles et les tantes, les cousines et les cousins. Enfin, il peut arriver, en de rares circonstances, qu'un enfant soit de père inconnu et n'ait, sur le plan juridique, que sa mère. Les conditions pour adopter l'enfant du conjoint ne sont remplies que pour un petit nombre des enfants qui grandissent auprès d'un beau-parent. La statistique en matière d'adoption le prouve également: sur les 685 adoptions reconnues en Suisse en l'an 2001, 190 concernaient les enfants du conjoint⁴⁶. Pendant cette même année, les parents de 12 167 enfants mineurs ont divorcé⁴⁷. Enfin, il y a lieu de souligner qu'en raison des expériences faites, la révision du droit du divorce, en vigueur depuis le 1er janvier 2000, a soumis l'adoption de l'enfant du conjoint à des conditions plus strictes. Cette adoption n'est plus privilégiée et le nouveau droit prévoit désormais que le mariage doit avoir duré cinq ans dans tous les cas, même lorsque la personne qui adopte a plus de 35 ans (art. 264a, al. 3, CC). Souvent, le véritable motif d'une adoption de l'enfant du conjoint n'est pas le fait que le parent biologique auquel l'enfant n'a pas été confié au moment du divorce ne s'en préoccupe pas, mais plutôt la volonté d'exclure celui-ci de la vie de l'enfant. En d'autres termes, l'adoption de l'enfant du conjoint sert à effacer les dernières traces de l'échec du mariage. S'y ajoute que c'est parfois moins l'enfant qui est placé au premier plan que le désir de montrer au partenaire qu'on l'accepte avec son enfant. Mais si la relation vient à cesser, le parent adoptif peut ressentir des sentiments très ambivalents. Du point de vue de la psychologie du développement de l'enfant, il faut relever que l'arrivée d'un nouveau partenaire dans une nouvelle relation hétérosexuelle après un décès ou un divorce peut perturber certains enfants. Le bien de l'enfant est menacé lorsque:

E. 46

Source: Office fédéral de la statistique, section de l'évolution de la population. Ce chiffre était toutefois un peu plus élevé les années précédentes, tout comme le nombre d'enfants dont les parents avaient divorcé.

E. 47

Source: Office fédéral de la statistique, section de l'évolution de la population.

1224 – le parent décédé ou qui n'a pas la charge de l'enfant est un sujet tabou, un secret de famille (difficultés pour l'enfant à développer son identité); – celui qui a l'autorité parentale manipule l'enfant en le poussant à ne voir l'autre parent que sous un jour négatif; – l'enfant qui entre dans la puberté est contraint de développer une relation d'enfant au père ou à la mère avec son beau-parent. Ces problèmes sont souvent aggravés lorsque l'enfant est adopté par le beau-parent. Il arrive que le parent absent devienne encore plus tabou. Ces problèmes sont les mêmes en cas de relation homosexuelle. Dans un couple hétérosexuel, la

présence d'une belle-mère ou d'un beau-père est plutôt favorable à un enfant (à condition que les facteurs de perturbation mentionnés n'existent pas) lorsque: – celui qui a l'autorité parentale vit seul avec l'enfant dans des conditions économiques difficiles qui entraînent un stress durable et qui s'améliorent notablement avec l'arrivée du nouveau partenaire; – l'enfant est jeune (moins de 8 ans), et donne au nouvel arrivant une place psychologique et sociale de père ou de mère (que le parent absent soit décédé ou non). Le premier cas peut se présenter dans les couples homosexuels. Le second est plus difficile à réaliser. A notre époque et dans notre société, les enfants perçoivent les rôles de père et de mère comme étant tenus par des personnes de sexe différent. Un enfant peut, dans certaines circonstances, dédoubler une fonction, avoir par exemple deux pères, l'un biologique et l'autre psycho-social (le beau-père) ou considérer effectivement sa mère génétique et sa belle-mère comme deux mères, suite au décès de sa propre mère et au remariage du père. La fonction assumée par un parent dans le mode de représentation de l'enfant ne peut toutefois pas être reprise par une personne du même sexe que le parent qui s'occupe de lui. La psychologie du développement met en évidence des différences essentielles à ce niveau. Il est difficile de prédire si cette perception est susceptible d'évoluer à moyen terme. Il ne faut toutefois pas minimiser ces différences pour l'instant. La commission pour les aspects psycho-sociaux de l'Académie américaine de pédiatrie a publié récemment une recommandation – contestée dans le cercle des membres de l'Académie – qu'elle avance en faveur de l'adoption par des couples homosexuels⁴⁸. Voici les arguments: – l'adoption garantit les droits du partenaire qui adopte à obtenir l'autorité parentale lorsque le parent biologique de l'enfant décède; – elle protège les droits du partenaire qui adopte à obtenir l'autorité parentale et un droit de visite en cas de séparation du couple homosexuel; – elle entraîne un devoir d'entretien de la part du partenaire qui adopte en cas de séparation du couple homosexuel; – elle donne à l'enfant accès aux prestations du système de santé (problématique typiquement américaine);

E. 48

Psychiatrics, 109, février 2002.

1225 – elle donne aux deux parents la possibilité d'accepter des traitements médicaux pour l'enfant ou de prendre d'autres décisions importantes pour lui; – elle assure l'accès de l'enfant aux prestations sociales en cas de décès de son parent biologique (problématique typiquement américaine); Ces arguments expriment cependant le point de vue des adultes et non celui des enfants. Dans les cas d'adoption de l'enfant du partenaire, l'enfant concerné a déjà vécu le décès d'un parent, ou la séparation ou le divorce de ses parents. Le plus souvent, le fait qu'un parent «avoue» son homosexualité est vécu avec difficulté par les enfants en âge de comprendre. Ils sont en plus victimes individuellement, à des degrés fort divers, des discriminations sociales qui pèsent encore sur les couples homosexuels. Ces discriminations, et la stigmatisation des enfants qui en résulte, ne sont pas diminuées par le fait qu'elles sont moralement répréhensibles. C'est une réalité pour la plupart des enfants qui vivent avec un couple de même sexe. Si le couple homosexuel se sépare, un nouveau conflit pour le droit de visite et l'attribution des enfants n'est en aucun cas dans l'intérêt de ces derniers. Soit les parties s'entendent sur une solution soit le désaccord entre le parent biologique et son partenaire empêche un consensus. Il est préférable en ce cas que l'avis du parent biologique, seul détenteur de l'autorité parentale, prime, car les exigences formulées par l'autre partenaire, si celui-ci avait adopté l'enfant, ferait peser sur ce dernier de nouvelles charges. Il en va de même en cas de décès du parent biologique. Soit il est dans

l'intérêt de l'enfant de continuer à vivre avec le partenaire, et, dans ce cas, toute autorité de tutelle décidera raisonnablement dans ce sens. L'adoption par une personne seule sera également possible si les conditions en sont réalisées. Soit il existe des motifs sérieux pour douter du bien-fondé de cette solution et, dans ce cas, les droits résultant d'une adoption rendraient le choix d'une solution favorable à l'enfant plus difficile. Il faut considérer enfin que l'enfant a, pendant la durée du partenariat homosexuel, nettement moins besoin d'être adopté qu'un enfant de tiers, parce qu'il vit dans un cadre stable et que son statut est plus favorable du point de vue du droit de la famille. En effet, il est l'enfant biologique de l'un des partenaires. L'autre partenaire est tenu d'assister celui-ci dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et il peut le représenter dans l'exercice de l'autorité parentale (art. 27). En l'état actuel des connaissances et dans les circonstances sociales existantes, on peut en conclure, dans le cadre de la problématique générale de l'adoption par un couple homosexuel et en ce qui concerne le cas particulier de l'adoption de l'enfant du partenaire, que les avantages de cette dernière sont moindres que les inconvénients. Il n'y a donc pas lieu d'autoriser les personnes liées par un partenariat enregistré à adopter l'enfant de leur partenaire. Il en va de même dans les rares cas où un enfant n'a, juridiquement, qu'une mère. L'autorisation de l'adoption restreinte à ce seul cas de figure ne pourrait qu'encourager les couples homosexuels à procéder à une insémination hétérologue⁴⁹ ou à concevoir un enfant par la voie naturelle en taisant le nom du père, de manière à rendre l'adoption possible. Ce serait en outre privilégier les couples de femmes par rapport aux couples d'hommes.

E. 49

Une insémination hétérologue peut avoir lieu même sans l'aide d'un médecin; dans ces cas, en Suisse, les dons de sperme ne sont pas protégés par une action en recherche de paternité (art. 261 ss CC); à l'étranger, le don de sperme est autorisé en partie aussi en faveur des femmes célibataires ou homosexuelles.

1226 Il découle de la Constitution elle-même que les couples homosexuels n'ont pas la possibilité de recourir à la procréation médicalement assistée. Pour que deux hommes homosexuels puissent avoir un enfant de cette manière, il faudrait en effet que la maternité de substitution soit autorisée. Or, l'art. 119, al. 2, let. d, Cst., interdit expressément toutes formes de maternité de substitution. Dans le cas de deux femmes lesbiennes, en revanche, il pourrait être possible de recourir à un don de sperme. Toutefois, selon l'art. 119, al. 2, let. c, Cst., la stérilité est en principe l'une des conditions posées pour recourir aux méthodes de procréation assistée; en d'autres termes, il faut qu'il y ait une absence d'enfant non volontaire durant un temps déterminé malgré des relations sexuelles régulières non protégées. Cette condition exclut dès lors les lesbiennes. Certes, celles-ci sont en général fertiles, mais faute de partenaire masculin, elles ne peuvent évidemment pas avoir d'enfant. Il convient enfin d'ajouter qu'en interdisant toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes (spermatozoïdes et ovules) ainsi que toute forme de clonage (art. 119, al. 2, let. a, Cst.), le droit constitutionnel fixe également des limites claires à la possibilité de créer un embryon selon le «principe Dolly», c'est-à-dire en implantant le noyau d'une cellule somatique obtenue par biopsie chez l'une des partenaires dans un ovule préalablement fécondé, dont le noyau a été retiré chez l'autre partenaire et cultivé jusqu'au stade du blastocyste. Le respect de cette interdiction et de celles dont il a été question précédemment est assuré par des dispositions pénales de la loi sur la procréation médicalement assistée⁵⁰.

1.7.9 Dissolution du partenariat enregistré Le nouveau droit du divorce (art. 111 ss CC), en

vigueur depuis le 1er janvier 2000, prévoit que, sur requête commune des conjoints, un mariage peut être dissous après l'expiration d'un délai de réflexion de deux mois. Si un seul des époux le demande, le divorce peut être prononcé lorsque les conjoints ont vécu séparés pendant quatre ans au moins ou lorsque des motifs sérieux rendent la continuation du mariage insupportable. Parmi les effets du divorce, il faut mentionner notamment, outre la réglem-entation de la question des enfants, le partage des prestations de la prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC), le droit à une contribution d'entretien (art. 125 ss CC) et la possibilité pour l'un des époux de se voir attribuer le logement de la famille (art. 121 CC). C'est dans un but bien précis que le droit du divorce ne fait pas de différence entre les couples mariés avec enfants et ceux qui n'en ont pas. En effet, le divorce ne doit pas être rendu plus difficile du fait de la présence d'enfants. Le droit du divorce en vigueur ne reconnaît comme motifs de divorce que des motifs fondés sur la désunion entre époux: un mariage ne peut être dissous que lorsqu'il est considéré comme irrémédiablement rompu (art. 111 à 114 CC). Cette règle tient compte du fait que le mariage a une importance particulière pour l'Etat et pour la société, puisqu'il sert aussi de base pour fonder une famille et qu'il est protégé à ce titre par la Constitution (art. 14 Cst.). Or, le Conseil national a décidé à une large majorité, le 16 septembre 2002, de donner suite à une initiative parlementaire⁵¹ qui

E. 50

Art. 29 ss, en particulier art. 36, de la loi sur la procréation médicalement assistée; RS 814.90. 51 01.408 Initiative parlementaire Nabholz du 20.3.2001. Divorce sur demande unilatérale. Période de séparation.

1227 entend réduire de quatre à deux ans le délai prévu à l'art. 114 CC. On peut se demander si une telle modification n'entraînerait pas le passage du principe de la désunion à celui de la volonté. Dans le cas du partenariat enregistré, qui n'est pas une institution protégée par la Constitution comme le mariage, la volonté de deux personnes adultes est déterminante pour donner un cadre juridique à leur communauté de vie. Si les deux partenaires ou l'un des deux n'a plus cette volonté, la communauté perd en principe sa base. Il n'y a pas d'enfants communs dont il faudrait se soucier. Le législateur doit toutefois décider de la valeur à accorder à la confiance que le partenaire qui s'oppose à la dissolution du partenariat enregistré a dans le maintien de la relation juridique. Les dispositions proposées concernant la dissolution du partenariat enregistré sont nettement plus simples que le droit du divorce. Aucun délai de réflexion n'a été fixé en cas de dissolution d'un commun accord. Ainsi, les conséquences de la dissolution ont une portée moindre puisqu'aucun enfant commun mineur n'est concerné. En cas de dissolution sur demande unilatérale, le délai de séparation nécessaire est d'une année seulement, ce qui rend superflue une troisième cause de dissolution similaire à la rupture du lien conjugal au sens de l'art. 115 CC. Lors de la procédure de consultation, seule une minorité a critiqué cette solution et souhaité un rapprochement avec le mariage, tout en reconnaissant que le délai court d'une année présente aussi des avantages. Mais comme le Conseil national a décidé de réduire considérablement le délai de séparation nécessaire pour rompre le mariage, le Conseil fédéral s'en tient à cette solution. Selon le principe général qui consiste à traiter les personnes liées par un partenariat enregistré comme des conjoints dans le domaine de la prévoyance professionnelle, les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle acquises pendant la durée du partenariat enregistré seront partagées au moment de la dissolution du partenariat (art. 33). Ainsi, la Suisse prend une autre voie que l'Allemagne,

qui ne prévoit aucune compensation entre partenaires enregistrés en matière de prévoyance. Le projet de loi prévoit en outre un droit à des contributions d'entretien, mais à des conditions plus strictes qu'en droit du divorce (art. 34). Enfin, il dispose que le juge peut attribuer la demeure commune à l'un des partenaires (art. 32).

1.7.10 Droit fiscal

1.7.10.1

En général Il faut distinguer entre les impôts directs et les impôts indirects. Les impôts directs comprennent communément l'impôt sur le revenu et sur la fortune; les impôts indirects englobent notamment les impôts de transaction, par exemple l'impôt sur les successions et les donations. Il y a lieu de souligner que la Confédération n'a qu'une compétence restreinte en matière d'impôts. 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 manœuvre des cantons est cependant limité dans la mesure où la Confédération, selon l'art. 129 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

1228 mandat en adoptant la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)⁵².

1.7.10.2 Impôts directs

Selon le principe de l'imposition de la famille, prédominant actuellement en Suisse, les époux sont imposés ensemble en ce qui concerne les impôts directs, ce qui signifie que leurs revenus sont additionnés⁵³. 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'équilibrer la situation, les règles sur l'impôt fédéral direct prévoient un double barème, lequel reste toutefois, par rapport aux concubins, défavorable aux couples mariés dont les deux conjoints exercent une activité lucrative. En outre, l'art. 11, al. 1, LHID prévoit que l'impôt cantonal des personnes mariées faisant 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'art. 11, al. 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». 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. Indépendamment de cela, il est cependant légitime de mettre sur un pied d'égalité les couples homosexuels qui vivent en partenariat enregistré et les époux. La loi fédérale sur l'impôt fédéral direct et la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes devront dès lors être complétées par une norme générale de renvoi allant dans ce sens (ch. 2.5.19).

1.7.10.3 Impôts sur les successions et les donations

Les impôts indirects, en particulier les impôts de transaction, frappent normalement de la même manière les personnes mariées et les personnes non mariées. Toutefois, il existe une exception notable dans la pratique en matière d'impôts sur les successions et les donations. En effet, le montant de ces impôts varie notamment en fonction de la personne qui reçoit l'héritage. Aussi est-il important que, dans le domaine des impôts sur les successions comme dans celui du droit successoral, les personnes liées par un partenariat enregistré soient traitées de la même manière que des conjoints.

52 RS 642.14 53 Cf. pour la Confédération, l'art. 9, al. 1, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11), ainsi que l'art. 3, al. 3, LHID.

1229 Actuellement, la plupart des cantons ne prévoient plus d'impôt sur les successions à la charge des conjoints. Par contre, dans presque tous les cantons, les personnes qui vivent ensemble sont considérées comme n'étant pas parentes et sont par conséquent soumises au taux maximum de l'impôt sur les successions. Dans le cas le plus extrême, ce sont plus de 50 % de l'héritage qui tombent dans les caisses de l'Etat. Le canton de Berne occupe une place spéciale parmi les autres cantons: ainsi, il considère comme des pères et mères ou des frères et sœurs les personnes qui, au moment de la naissance de la prétention fiscale, vivent au moins depuis dix ans en communauté avec la personne qui reçoit l'héritage, tout en ayant le même domicile fiscal qu'elle. Ces personnes doivent dès lors s'acquitter d'un impôt sur les successions qui oscille entre 6 et 15 % de l'héritage. En revanche, dans le canton de Berne toujours, les conjoints sont eux aussi exemptés d'impôt. Eu égard au fait qu'en ce qui concerne le droit successoral, les personnes liées par un partenariat enregistré ont le même statut juridique que des conjoints (ch. 1.7.6 et 2.5.8), il aurait fallu mentionner dans le projet de loi que ces personnes sont soumises au même taux d'impôt sur les successions que des époux. Une telle réglementation se heurte toutefois à des obstacles de nature juridique. Ainsi, en vertu de la Constitution, la Confédération n'est pas habilitée à harmoniser les impôts cantonaux sur les successions et les donations. Comme l'ont souligné plusieurs cantons lors de la procédure de consultation, ces impôts ne sont pas compris dans la compétence fédérale résultant de l'art. 129 Cst. La Confédération pourrait néanmoins fixer un taux maximum dans la loi s'il fallait s'attendre à ce que le droit privé fédéral soit, dans une large mesure, tenu en échec ou contredit par des normes cantonales. C'est la conclusion à laquelle est parvenu l'Office fédéral de la justice dans son avis de droit du 16 juin 1999⁵⁴. Par ailleurs, même si la Confédération n'a pas la compétence de prescrire aux cantons dans une loi qu'ils doivent réaliser une égalité absolue entre les partenariats enregistrés et les mariages, cela ne signifie nullement que les cantons soient libres en ce domaine. Il convient de prendre en considération les deux aspects suivants: a. Dans leur législation, les cantons doivent faire en sorte de ne pas aller à l'encontre du droit privé fédéral ni de rendre son application notablement plus difficile. En ce qui concerne le droit successoral, le projet de loi place sur un pied d'égalité les personnes liées par un partenariat enregistré et les conjoints. Le partenariat enregistré devient dès lors partie intégrante du droit privé fédéral, droit qui ne peut pas être contredit ni rendu nettement plus compliqué. b. La Constitution consacre désormais le principe de la non-discrimination d'une personne du fait, notamment, de son mode de vie (art. 8, al. 2, Cst.; ch. 1.5.1 et 5.1). Il découle des débats parlementaires relatifs à cette disposition que celle-ci implique en particulier l'interdiction de toute discrimination fondée sur les prédispositions sexuelles. Cette interdiction s'adresse à toutes les autorités chargées d'établir et d'appliquer le droit (art. 35, al. 2, Cst.), donc également aux cantons. Il en résulte qu'en vertu de la Constitution, les cantons devraient à l'avenir, en matière d'impôt sur les successions, conférer un statut d'égalité aux personnes liées par

54 JAAC 63.83.

1230 un partenariat enregistré et aux conjoints, cela en dépit du fait que la Confédération ne peut pas édicter une norme légale dans ce sens puisque les droits fondamentaux à eux seuls ne lui donnent pas de compétence législative. 1.7.11 Droit des étrangers Actuellement, le droit suisse des étrangers est basé sur le principe que les étrangers n'ont pas de droit à

l'octroi ni à la prolongation d'une autorisation de séjour ou d'établissement, sous réserve des accords internationaux, comme, notamment, l'accord de libre circulation avec les Etats de l'UE et de l'AELE. Une exception est faite en particulier pour les conjoints étrangers de ressortissants suisses ou d'étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement. Ceux-ci ont droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour, puis à une autorisation d'établissement après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, en vertu des art. 7 et 17 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)⁵⁵. Pour l'heure, les couples homosexuels ne peuvent pas invoquer cette disposition. Or, l'une des principales revendications des organisations de personnes d'orientation sexuelle est de trouver un remède à cette situation. C'est pourquoi le projet de loi prescrit que dorénavant le partenaire étranger d'un ressortissant suisse ou d'un étranger titulaire d'une autorisation d'établissement aura un droit à l'obtention d'une autorisation relevant de la police des étrangers, aux mêmes conditions qu'un époux (pour les détails, ch. 2.5.2). De ce fait, comme le mariage, le partenariat enregistré pourra lui aussi être utilisé à des fins qui n'ont aucun rapport avec son but, c'est-à-dire pour éluder les dispositions du droit des étrangers. C'est pourquoi le projet de loi mentionne expressément que l'officier de l'état civil peut refuser d'enregistrer le partenariat lorsque l'un des partenaires ne veut manifestement pas mener une vie commune, mais qu'il entend éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers (art. 6, al. 2). Il s'agit là d'une application de l'interdiction de l'abus de droit prévue à l'art. 2 CC. De plus, en cas de partenariat fictif, l'autorité compétente du canton de domicile des partenaires doit avoir la possibilité d'intenter une action en annulation (art. 9). Le Conseil fédéral propose des règles analogues pour la procédure de conclusion du mariage dans son message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers⁵⁶ (cf. annexe, art. 97a et 105, ch. 4, CC). La coordination entre les deux lois devra être assurée lors des débats parlementaires.

55 RS 142.20 56 FF 2002 3469, 3589 ss et 3642 s.

1231 2 Commentaire article par article 2.1 Dispositions générales Art. 1 Objet L'art. 1 définit l'objet de la nouvelle loi fédérale, qui est de régler la conclusion, les effets et la dissolution du partenariat enregistré entre personnes du même sexe. Il en découle que les couples hétérosexuels, les personnes faisant ménage commun ainsi que les frères et sœurs vivant ensemble ne peuvent pas avoir recours à cette forme de partenariat. En d'autres termes, seuls sont visés les couples formés de partenaires du même sexe; c'est en leur faveur seulement qu'est créée cette nouvelle institution, qui donne un cadre juridique spécial à leur relation. La nouvelle loi entraîne également des modifications d'autres lois fédérales; les adaptations législatives nécessaires sont présentées en annexe au présent projet de loi. Art. 2 Principe Deux personnes du même sexe peuvent faire enregistrer officiellement leur partenariat (al. 1). Elles s'engagent ainsi à mener une vie de couple et à assumer l'une envers l'autre les droits et les devoirs découlant du partenariat enregistré (al. 2); il en résulte également une modification de l'état civil. Cela équivaut donc à conférer un cadre juridique aux liens moraux, affectifs et sexuels qui existent entre deux hommes ou deux femmes adultes. L'obligation de mener une vie commune, c'est-à-dire de constituer une communauté domestique et économique, de même que la volonté d'assumer des droits, des devoirs et des responsabilités réciproques sont les éléments centraux du partenariat. Cette obligation n'empêche cependant pas les partenaires de constituer des domiciles différents (cf. commentaire de l'art. 14). Quant aux différents droits et devoirs découlant du partenariat, ils sont mentionnés dans le projet de loi ainsi que dans les autres lois fédérales

qui devront être modifiées. Il convient de noter que le devoir de mener une vie commune ne peut pas être imposé juridiquement. En tant que telle, la communauté formée par les partenaires n'a pas de personnalité juridique. Seules les personnes qui la composent sont sujets de droits et d'obligations et peuvent être assignées en justice par des tiers.

Contrairement au mariage, le partenariat enregistré ne repose pas sur une tradition. Pour garantir la sécurité juridique et assurer une terminologie uniforme, le nouvel état civil – qui est déterminant pour la tenue des registres – est fixé expressément dans la loi elle-même, et non pas uniquement dans l'ordonnance sur l'état civil. Il s'agit de l'expression «lié par un partenariat enregistré» (al. 3). Les documents officiels ne mentionnent l'état civil que lorsque c'est vraiment nécessaire. Ainsi, depuis un certain temps déjà, les passeports et les cartes d'identité ne contiennent plus d'indication relative à l'état civil. En outre, la loi fédérale du 22 juin 2001 sur les documents d'identité des ressortissants suisses⁵⁷ – dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 2003 – énumère de manière exhaustive, à l'art. 2, les données que doit contenir le passeport ou la carte d'identité. Or, l'état civil ne figure pas parmi ces données.

57 RS 143.1; FF 2001 2781; message du 28 juin 2000; FF 2000 4391.

1232 Le partenariat enregistré est dissous par le décès de l'un des partenaires ou par une décision judiciaire. L'état civil est alors «partenariat dissous».

2.2 Enregistrement du partenariat

2.2.1 Conditions et empêchements

Art. 3 Conditions

Les conditions d'enregistrement sont analogues à celles relatives au mariage (art. 94, al. 1 et 2, CC). Selon l'al. 1, les deux partenaires doivent être âgés de 18 ans au moins et être capables de discernement; il n'est pas nécessaire qu'ils aient l'exercice des droits civils. La conclusion d'un partenariat enregistré est l'expression de la liberté personnelle et relève des droits strictement personnels (art. 19 CC). L'interdit (art. 369 ss CC) doit avoir le consentement de son représentant légal, comme en cas de mariage (al. 2, 1re phrase). Cette condition doit empêcher que des personnes qui se trouvent dans une situation de faiblesse et qui ne peuvent évaluer les conséquences d'un enregistrement soient exploitées. Contrairement aux dispositions du droit du mariage, l'avant-projet envoyé en consultation s'en tenait aux voies de recours devant les instances tutélaires en cas de refus du consentement du représentant légal. Cela a suscité des critiques, surtout de la part des organisations de personnes à prédispositions homosexuelles. Aussi le projet prévoit-il désormais, comme à l'art. 94, al. 2, CC, qu'il est possible de recourir directement au juge contre le refus du représentant (al. 2, 2e phrase). Il tient ainsi compte du fait que le partenariat enregistré porte sur un droit de la personnalité particulièrement important. Ce sont les cantons qui détermineront quel tribunal est compétent. Il convient en outre de procéder à une adaptation de l'art. 44, let. b, de la loi fédérale d'organisation judiciaire, de manière à ce que la décision cantonale de dernière instance puisse, elle aussi, faire l'objet d'un recours en réforme au Tribunal fédéral (ch. 2.5.7). Quant aux conditions que les ressortissants étrangers ou les personnes domiciliées à l'étranger doivent remplir pour pouvoir conclure un partenariat enregistré, elles sont fixées dans la loi fédérale sur le droit international privé (ch. 2.5.17).

Art. 4 Empêchements

Selon l'al. 1, le partenariat enregistré est prohibé entre deux parents en ligne directe, entre frères et soeurs germains, consanguins ou utérins. La notion de parenté englobe non seulement les parents de sang, mais aussi les parents résultant d'une adoption (art. 20, al. 1, CC, modifié lors de la révision du droit de l'adoption en 1973). Il n'est dès lors pas nécessaire que l'al. 1 mentionne expressément les liens découlant de l'adoption. Conformément à l'art. 95, al. 2, CC, l'adoption ne supprime pas

l'empêchement résultant de la parenté qui existe entre l'adopté et ses descendants, d'une part, et sa famille naturelle, d'autre part. Pour mettre en œuvre cet empêchement au mariage, l'Office fédéral de l'état civil a créé en 1973 le registre central des adoptions. Mais jusqu'à présent, il n'y a eu qu'un seul cas dans lequel un mariage inadmissible a dû être interdit. C'est pourquoi le projet de loi renonce à prévoir expressément une ré-

1233 glementation analogue. Les expériences faites à l'étranger dans le domaine du partenariat enregistré montrent que le nombre de cas en question devrait rester relativement peu élevé (ch. 1.3.2). Pour une personne adoptée, les chances de trouver, par hasard, un partenaire du même sexe parmi ses parents de sang sont nettement plus réduites que celles d'y trouver un partenaire de sexe différent. C'est d'ailleurs en se fondant sur ce même genre de considérations que la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée⁵⁸ a, elle aussi, renoncé, dans sa réglementation sur l'insémination hétérologue, à mentionner expressément un empêchement au mariage. Si, contre toute attente, un tel cas devait néanmoins se présenter dans la pratique, la lacune qui en résulterait devrait être comblée par une application analogique de l'art. 95, al. 2, CC. Le projet ne prévoit pas non plus d'empêchement relatif au lien d'alliance avec l'enfant du conjoint. Dans le cas du mariage, ce type d'empêchement (art. 95, al. 1, ch. 2, CC) existe non pas pour des raisons d'eugénisme, mais pour préserver la paix au sein des familles. Mais à l'heure où notre société admet sans problème que des personnes puissent vivre ensemble sans avoir de liens juridiques entre elles, cela n'a plus guère de sens. Par ailleurs, ce genre d'empêchement ne défend pas à la personne alliée à l'enfant de son ex-conjoint de vivre avec cet enfant; il leur interdit simplement de donner un cadre juridique à leur vie en commun. C'est donc sciemment qu'en l'occurrence, le projet fixe une réglementation différente de celle du droit matrimonial⁵⁹. L'al. 2 dispose qu'un partenaire ne peut conclure un partenariat enregistré que s'il a établi qu'il n'est pas déjà lié par un tel partenariat ou qu'il n'est pas marié. La violation de cette règle est punissable pénalement (art. 215 nouveau CP dans le présent projet, ch. 2.5.18).

2.2.2 Procédure d'enregistrement du partenariat Art. 5 Demande La demande d'enregistrement doit être présentée auprès de l'office de l'état civil du domicile de l'un des partenaires (al. 1). L'enregistrement du partenariat modifie l'état civil des deux partenaires (art. 2, al. 3). Un registre spécial devra dès lors être créé dans l'ordonnance sur l'état civil (art. 39 CC). La tenue d'un tel registre constitue l'une des tâches typiques des offices de l'état civil (art. 44 CC). L'obligation pour les partenaires de déposer leur demande personnellement auprès de l'office de l'état civil met l'accent sur l'importance de l'enregistrement du partenariat. L'office de l'état civil peut ainsi se procurer directement les informations dont il a besoin et poser des questions concrètes. Cela lui permet en outre de se faire une idée réelle sur la question de savoir si les conditions de l'enregistrement sont

58 RS 814.90 59 L'empêchement au mariage fondé sur le lien d'alliance avec l'enfant du conjoint est parfois mis en question dans la doctrine: Nowak Manfred, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Kehl a. Rhein/Strassburg/Arlington 1989, ch. 20 ad art. 23; commentaire st-gallois de la Constitution fédérale, n. 12 ad art. 14 (en cours d'impression). Voir aussi ATF 128 III 113.

1234 remplies, en particulier pour déterminer si les deux partenaires sont capables de discernement (art. 3, al. 1). Il peut toutefois arriver que, dans certains cas, il ne soit manifestement pas possible d'exiger des partenaires qu'ils comparaissent personnellement devant l'office de l'état civil. Celui-ci a alors la possibilité d'admettre l'exécution de la

procédure préliminaire en la forme écrite. Cette clause d'exception, comme celle qui est prévue dans le droit matrimonial (art. 98, al. 2, CC), doit cependant être interprétée de manière restrictive. Pour l'enregistrement de leurs déclarations de volonté, les deux partenaires doivent de toute façon se rendre à l'office de l'état civil. Selon l'al. 3, les deux partenaires sont tenus de produire des documents récents prouvant leur identité et leur état civil actuel. Les modalités seront réglées dans les dispositions d'exécution qui seront édictées par le Conseil fédéral (art. 8). Ces dispositions devront notamment préciser les documents qu'il s'agit de fournir. Par ailleurs, les deux partenaires doivent déclarer personnellement qu'ils remplissent les conditions de l'art. 3 et qu'il n'existe pas de motifs d'empêchement à l'enregistrement de leur partenariat (art. 4). Leurs déclarations ont valeur de moyens de preuve. Les deux partenaires sont responsables de l'exactitude de leurs déclarations. L'office de l'état civil est tenu de les rendre attentifs aux conséquences pénales d'une fausse déclaration⁶⁰. Art. 6 Examen L'office de l'état civil compétent doit examiner la demande, vérifier que les conditions d'enregistrement sont remplies et qu'il n'existe pas de motifs d'empêchement (al. 1). Les détails de cet examen figureront dans les dispositions d'exécution du Conseil fédéral (art. 8). Les cantons peuvent prévoir que lorsque l'un des partenaires est un ressortissant étranger, la procédure préliminaire relève de la compétence de l'autorité cantonale de surveillance. Comme le mariage, le partenariat enregistré pourrait être utilisé pour éluder les dispositions du droit des étrangers. C'est pourquoi il convient d'adopter ici aussi une réglementation identique à celle que le Conseil fédéral propose dans son projet de loi fédérale sur les étrangers (art. 97a CC du projet)⁶¹. Les réglementations des deux lois devront être coordonnées entre elles lors des débats parlementaires. Ainsi, le présent projet, en application de l'art. 2 CC, prévoit que l'officier de l'état civil doit pouvoir refuser d'enregistrer un partenariat lorsqu'il est manifeste que l'un des deux partenaires ne veut pas mener une vie commune, mais qu'il entend éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers (al. 2). Toutefois, les autorités de l'état civil ne sont autorisées à prononcer un tel refus que dans les cas d'abus évidents; de simples suppositions ne suffisent pas. Par contre, si l'officier de l'état civil a de bonnes raisons de penser qu'il se trouve face à un cas d'abus, il est tenu de poursuivre ses investigations. Il doit notamment interroger les requérants sur les circonstances qui entourent leur demande d'enregistrement. Les deux partenaires doivent être entendus séparément, de manière à ce qu'il soit possible de découvrir

60 Art. 253 CP (CP; RS 311.0), obtention frauduleuse d'une constatation fausse; art. 215 CP du présent projet, pluralité de mariages ou de partenariats enregistrés. 61 Message du 8 mars 2002 concernant la loi fédérale sur les étrangers; FF 2002 3469 ss, en particulier 3589 ss et 3642 s.

1235 d'éventuelles contradictions. Les autorités de l'état civil peuvent également demander des renseignements auprès d'autres autorités. Cette règle concerne en particulier les informations qui ont été obtenues dans le contexte de la réglementation sur le séjour des étrangers. Dans certains cas, l'officier de l'état civil peut aussi demander des renseignements à des tiers, notamment lorsque les deux partenaires le souhaitent. Le refus de l'enregistrement d'un partenariat peut être attaqué en dernière instance par la voie du recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 44 OJ dans le présent projet, ch. 2.5.7). Art. 7 Forme de l'enregistrement Comme le mariage, l'enregistrement du partenariat entre personnes du même sexe est public (al. 1). Toute personne peut y assister. L'office de l'état civil peut cependant limiter le nombre de participants pour des raisons d'ordre. Il ressort

notamment de la publicité de l'enregistrement que celui-ci ne constitue pas un acte purement privé; le nouvel état civil des partenaires peut dès lors être communiqué à des tiers. Compte tenu de l'art. 14, le bailleur, par exemple, a un intérêt légitime à savoir si son locataire vit en partenariat enregistré. L'officier de l'état civil enregistre la déclaration par laquelle les deux partenaires expriment leur volonté de conclure un partenariat enregistré et il leur fait signer l'acte de partenariat (al. 2). Une fois la procédure d'enregistrement terminée, le partenariat enregistré est conclu et devient valide juridiquement. Il est ensuite introduit dans le registre des partenariats enregistrés. Cette opération n'a cependant pas de valeur constitutive; elle ne vise qu'à garantir l'établissement des preuves. Art. 8

Dispositions d'exécution La loi se limite aux principes essentiels de la procédure d'enregistrement. C'est pourquoi le Conseil fédéral est chargé de régler les détails et d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires à l'enregistrement du partenariat. 2.2.3

Annulation Art. 9 Causes absolues Les causes absolues d'annulation, qui peuvent être invoquées en tout temps, sont, en vertu de l'al. 1: – l'incapacité de discernement de l'un des partenaires (art. 3, al. 1); – l'existence d'un lien de proche parenté entre les deux partenaires, au sens de l'art. 4, al. 1; – l'existence d'un mariage ou d'un partenariat enregistré antérieur et non dissous (art. 4, al. 2). Le Conseil fédéral propose en outre de considérer la conclusion d'un partenariat fictif comme une cause absolue d'annulation, à l'instar de ce qu'il prévoit pour les mariages fictifs dans l'annexe au projet de loi fédérale sur les étrangers qu'il a sou-

1236 mis au Parlement⁶². Les partenariats fictifs sont conclus en premier lieu pour obtenir une autorisation de séjour en Suisse. Mais ils peuvent avoir encore d'autres conséquences juridiques, relevant du droit civil ou du droit public. Il faut songer notamment au droit des assurances sociales et à la prévoyance professionnelle. Il est dès lors légitime de prévoir qu'il existe une cause d'annulation lorsque, juste après l'enregistrement du partenariat, de nouveaux indices ou des compléments d'informations révèlent que le partenariat n'a manifestement été conclu que dans le but d'éluder les conditions mises à l'admission des étrangers. Les expériences faites dans le domaine des mariages fictifs montrent d'ailleurs qu'il ne suffirait pas de se contenter de retirer l'autorisation de séjour et de ne pas toucher à l'existence du partenariat enregistré. L'incapacité de discernement d'une personne au moment de l'enregistrement du partenariat n'est une cause absolue d'annulation que si cette personne n'a pas recouvré cette capacité depuis lors. Aussitôt qu'elle est redevenue capable de discernement, elle est libre de décider si elle entend maintenir le partenariat qui a été enregistré ou si elle veut intenter une action en annulation fondée sur l'art. 10. L'action en annulation peut être intentée non seulement par l'un des partenaires, mais aussi par toute personne intéressée. Lorsqu'une personne mariée, par exemple, a contracté un partenariat enregistré, son conjoint doit pouvoir en demander l'annulation. Il se peut aussi qu'une autorité ait un intérêt légitime à intenter l'action. En outre, selon l'al. 2, l'autorité compétente du domicile des partenaires est tenue d'intenter d'office l'action en annulation. L'Etat a donc une obligation d'agir, en particulier pour lutter contre les partenariats fictifs. Il n'a toutefois qualité pour agir que pendant la durée du partenariat enregistré. Lorsque celui-ci a déjà été dissous par le décès d'un partenaire ou par jugement, l'intérêt public à obtenir une annulation disparaît. Cette réglementation s'inspire de l'art. 106 CC relatif à l'annulation du mariage. Le tribunal compétent à raison du lieu est déterminé par la loi sur les fors (ch. 2.5.14). Art. 10 Causes relatives L'al. 1 permet à chacun des partenaires de demander au juge l'annulation du partenariat enregistré pour vice du consentement. L'application de l'art. 7 CC conduit à retenir comme vices du consentement l'erreur (art.

24, al. 1, CO), le dol (art. 28 CO) et la crainte fondée (art. 29 s. CO). La simple erreur sur les motifs (art. 24, al. 2, CO) ne constitue en revanche pas une cause d'annulation. Du fait du renvoi aux vices du consentement, l'annulation des partenariats enregistrés sera plus facile que celle du mariage (art. 107 CC). En cas de vice du consentement, il n'y a en effet pas d'intérêt public à maintenir un partenariat enregistré. Les vices du consentement ne peuvent être invoqués que par le partenaire concerné. Toutefois, si celui-ci décède durant la procédure, ses héritiers peuvent la poursuivre (al. 3). La volonté du défunt peut ainsi être respectée.

62 Art. 105, ch. 4, CC; FF 2002 3591 ss et 3643.

1237 L'action en annulation doit être intentée dans le délai de six mois à compter du jour où le vice du consentement a été découvert, mais au plus tard dans les cinq ans qui suivent l'enregistrement (al. 2). Il s'agit d'un délai de péremption et non d'un délai de prescription. L'écoulement du délai ne peut ainsi être ni empêché ni interrompu. Art. 11 Effets de l'annulation L'annulation du partenariat a les mêmes effets que l'annulation du mariage (art. 109 CC). Le jugement produit en principe ses effets ex nunc (al. 1). Il ne rétroagit donc pas au moment de la conclusion du partenariat. Si l'un des partenaires décède durant la procédure, le survivant perd cependant tous droits successoraux, indépendamment du fait que le jugement a été prononcé avant ou après le décès (al. 2, 1^{re} phrase). L'on tient ainsi compte du fait que les héritiers de la personne décédée peuvent poursuivre la procédure (art. 10, al. 3). De même, toutes dispositions pour cause de mort deviennent caduques. En effet, de telles dispositions sont prises dans l'idée implicite que le partenariat existe toujours. Les dispositions sur les effets de la dissolution judiciaire du partenariat enregistré sont applicables par analogie aux autres effets du jugement en annulation (al. 2, 2^e phrase). Ce renvoi concerne l'art. 31 sur le droit successoral, l'art. 32 sur l'attribution de la demeure commune, l'art. 33 sur la prévoyance professionnelle et l'art. 34 sur les contributions d'entretien. 2.3 Effets du partenariat enregistré 2.3.1 Droits et effets généraux Art. 12 Assistance et respect Les partenaires ont un devoir réciproque d'assistance et de respect. Le devoir d'assistance comprend un soutien matériel et moral. Des efforts particuliers peuvent être exigés dans l'intérêt de la communauté ou de l'autre partenaire, dans la mesure où ils sont raisonnables et peuvent effectivement être fournis. Les délais de paiement prévus à l'art. 23 pour le règlement des dettes que l'un des partenaires peut avoir à l'égard de l'autre en sont une concrétisation. Il en découle également que le partenaire enregistré d'une personne hospitalisée, par exemple, devra être traité comme un conjoint pour ce qui est de son droit à être informé et à rendre visite au malade. Le devoir de respect, quant à lui, englobe non seulement le comportement des partenaires l'un envers l'autre, mais aussi celui de chacun d'entre eux à l'égard des tiers. Ainsi, chaque partenaire est tenu, d'une part, d'avoir un comportement honnête et loyal vis-à-vis de l'autre et, d'autre part, de préserver l'intimité de la communauté par rapport aux tiers. Même si certains participants à la procédure de consultation ont demandé que la loi mentionne expressément le devoir de fidélité, le projet y renonce. En effet, le devoir de fidélité n'est pas facile à différencier de l'obligation d'assistance⁶³ et il est en fait

63 H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, commentaire bernois, n. 26 ad art. 159 CC.

1238 inclus dans le devoir de respect. L'aspect sexuel demeure réservé, mais il ne peut de toute manière pas faire l'objet d'une réglementation. Art. 13 Entretien Le devoir d'entretien constitue un élément central de la communauté de responsabilité des deux partenaires. En vertu de l'al. 1, ceux-ci contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la

communauté. Pour l'interprétation de cette disposition, nous renvoyons à l'art. 163 CC relatif à l'entretien de la famille. Le devoir d'entretien couvre l'ensemble des besoins vitaux des partenaires. Il s'agit des frais du ménage et des besoins personnels des partenaires, y compris les dépenses de santé. L'argent de poche est aussi compris dans l'entretien⁶⁴. L'entretien au sens large comprend en outre une prévoyance vieillesse et invalidité convenable⁶⁵. Toutes les charges qui ne sont pas liées à la personne des partenaires ou au ménage en sont par contre exclues. Le revenu et la fortune du couple permettent de déterminer ce qui est un entretien convenable. Les prestations d'entretien peuvent être fournies en argent ou sous une autre forme. Chaque partenaire apporte sa contribution selon ses facultés et ses possibilités financières. Il découle de l'al. 2 que les deux partenaires doivent en principe se mettre d'accord sur les questions relatives à leur niveau de vie et à leur contribution respective. S'ils n'y parviennent pas, l'un des partenaires peut faire appel au juge. Celui-ci fixera les contributions pécuniaires dues. Conformément à une règle générale en vigueur dans le domaine de l'entretien (art. 173, al. 3, et 279, al. 1, CC), ces contributions ne peuvent être réclamées que pour l'avenir et pour l'année qui précède l'introduction de la requête. Lorsqu'une personne ne satisfait pas à son obligation d'entretien, le droit de la filiation (art. 292 CC), le droit matrimonial (art. 177 CC) et le droit du divorce (art. 132 CC) prévoient que le juge peut prescrire aux débiteurs de cette personne d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains du créancier. Il est, par exemple, possible d'ordonner à l'employeur de déduire du salaire les contributions d'entretien et de les verser directement à l'ayant droit. La mise en œuvre du devoir d'entretien est ainsi grandement facilitée. Il convient dès lors de soumettre le partenariat enregistré à la même réglementation. Art. 14 Demeure commune En contractant un partenariat enregistré, les partenaires s'engagent à mener une vie commune. Cela signifie notamment qu'ils doivent organiser ensemble leur vie future. Le devoir de mener une vie commune implique donc que les partenaires doivent choisir ensemble s'ils veulent avoir un logement commun ou des logements séparés. S'ils optent pour cette seconde possibilité, ils peuvent alors se rendre visite à tour de rôle ou passer les week-ends ensemble. Ils peuvent également renoncer à un logement et décider d'être constamment en déplacement.

64 H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, commentaire bernois, n. 10 ad art. 163 CC. 65 Bräm/Hasenböhler, commentaire zurichois, n. 34 ss. ad art. 163 CC; H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, commentaire bernois, n. 19 ad art. 163 CC.

1239 Sur le modèle de l'art. 169 CC relatif au logement de la famille, l'art. 14 protège la demeure dans laquelle les partenaires font ménage commun. Ainsi, un partenaire ne peut en disposer sans le consentement de l'autre, même s'il n'y a formellement qu'un titulaire du bail. Le logement constitue un bien essentiel et il faut donc éviter que la personne qui détient les droits sur le logement en dispose unilatéralement, par légèreté ou en raison de tensions au sein du couple. Le sort de la demeure commune doit être réglé à deux. Il convient dès lors d'instituer un pouvoir de co-décision en faveur du partenaire non-titulaire. Aucune protection particulière n'est en revanche nécessaire dans l'hypothèse où chaque partenaire a son propre logement. En conséquence, l'al. 1 prévoit qu'un partenaire ne peut résilier le bail ou aliéner la demeure commune qu'avec le consentement exprès de l'autre. La notion de demeure commune correspond à celle de «logement de la famille» (titre marginal de l'art. 169 CC). Il se peut aussi que chaque partenaire ait son propre logement et que, par conséquent, aucun ne bénéficie de la protection particulière prévue à l'al. 1. Dans la mesure où le partenariat enregistré ne vise pas la création d'une famille, le texte légal ne

fait aucune référence au logement familial ou aux besoins d'une famille potentielle. Toutefois, le fait que des enfants vivent dans l'appartement constitue un indice important pour admettre qu'il s'agit également de la demeure commune des partenaires. L'exigence du consentement vaut aussi pour les actes juridiques qui restreignent les droits dont dépend la demeure commune. Cette solution correspond à celle du droit en vigueur en matière de protection du logement familial. Par conséquent, s'agissant de l'interprétation de l'al. 1, nous renvoyons à la doctrine et à la jurisprudence relatives à l'art. 169, al. 1, CC. Il en est de même en ce qui concerne le droit de saisir le juge dans les cas où le consentement de l'autre partenaire ne peut être recueilli ou est refusé sans motif légitime (al. 2; art. 169, al. 2, CC). L'art. 273a CO proposé en annexe du projet de loi prévoit, en outre, que les deux partenaires ont la possibilité de protéger les intérêts de la communauté si le bailleur résilie le bail portant sur le logement commun. Ainsi, et le titulaire du bail et son partenaire peuvent contester le congé, demander la prolongation du bail et exercer les autres droits dévolus au locataire en cas de congé. Le partenaire du locataire qui obtient la prolongation du bail ne devient toutefois pas partie au contrat; il ne répond dès lors pas solidairement du loyer. L'art. 266n CO prévoit que le congé donné par le bailleur et que la fixation d'un délai de paiement assorti d'une menace de résiliation doivent être communiqués séparément au locataire et à son conjoint. Cette règle vaudra aussi lorsque le locataire sera lié par un partenariat enregistré. Elle suppose toutefois, comme à l'art. 14, que le logement en question serve de demeure commune. L'art. 266m CO reprend la règle de l'art. 169 CC selon laquelle un époux ne peut résilier le bail sans le consentement exprès de son conjoint lorsque la chose louée sert de logement à la famille. Selon le nouvel al. 3 proposé, cette disposition s'appliquera par analogie aux partenaires enregistrés. Art. 15 Représentation de la communauté Les al. 1 à 3 correspondent à l'art. 166 CC sur la représentation de l'union conjugale. La réglementation proposée permet à chaque partenaire de représenter la communauté de manière autonome et de disposer dans une certaine mesure de la fortune

1240 de l'autre (al. 3). La confiance des tiers est ainsi renforcée, de même que la sécurité des transactions juridiques. Chaque partenaire répond solidairement des actes de l'autre lorsque ces actes profitent aux deux. En vertu de l'al. 4, lorsque l'un des partenaires excède son droit de représenter la communauté ou se montre incapable de l'exercer, le juge peut, à la requête de l'autre, lui retirer tout ou partie de ses pouvoirs. Cette disposition correspond au droit du mariage (art. 174 CC). Art. 16 Devoir de renseigner Puisque les partenaires s'engagent à contribuer, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la communauté et à mener le même train de vie (art. 13), une information mutuelle sur la situation financière paraît être une évidence. Elle sert aussi à délimiter l'étendue des pouvoirs de représentation (art. 15). En raison de sa portée, le devoir de renseigner est expressément mentionné dans la loi. En vertu de l'al. 1, chaque partenaire peut exiger de l'autre des renseignements sur ses revenus, ses biens et ses dettes. Le devoir de renseigner présuppose une demande qui peut être effectuée en tout temps, sous réserve d'abus. En cas de refus, le juge peut astreindre les partenaires ou des tiers à fournir les informations utiles et à produire les pièces nécessaires (al. 2). Est réservé le secret professionnel des avocats, des notaires, des médecins, des ecclésiastiques et de leurs auxiliaires, conformément à l'art. 321 du code pénal⁶⁶ (al. 3). L'art. 16 correspond à l'art. 170 CC. L'on peut ainsi se référer aux principes développés à cet égard par la doctrine et la jurisprudence. Art. 17 Suspension de la vie commune Par principe, les partenaires ont une obligation de vie commune qui ne peut toutefois être imposée. L'al. 1 prévoit que lorsqu'elle repose sur de justes motifs, la suspension de la vie commune ne constitue pas une violation des devoirs

imposés aux partenaires. L'un des partenaires peut alors demander au juge de prendre certaines mesures pour organiser la vie séparée. Cette disposition reste une clause générale, contrairement à l'art. 175 CC qui mentionne la personnalité, le bien de la famille et la sécurité matérielle. On n'a donc pas repris cet article dans la loi sur le partenariat enregistré, car son rapport avec la suspension de la vie commune en tant que cause de divorce (art. 114 CC) manque de clarté. Sur requête d'un des partenaires, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'un des partenaires à l'autre et règle l'utilisation du logement et du mobilier du ménage (al. 2). Une telle requête peut aussi être formée par un partenaire lorsque l'autre refuse la vie commune sans y être fondé (al. 3). Cette disposition a pour modèle l'art. 176, al. 2, CC.

66 RS 311.0

1241 Si les circonstances ont changé, le juge, sur requête de l'un des partenaires, ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux ou lève les mesures prises (al. 4; art. 179, al. 1, CC). Conformément à l'art. 25, al. 4 (voir le commentaire qui s'y rapporte), la suspension de la vie commune peut être – mais n'est pas obligatoirement – un juste motif pour demander au juge de suspendre également la convention sur les biens qui aurait été passée entre les partenaires.

2.3.2 Rapports patrimoniaux Art. 18 Biens des partenaires

Cette disposition établit que le partenariat enregistré, que ce soit pendant sa durée ou lors de sa dissolution, n'a en principe aucun effet sur les biens des deux partenaires (ch. 1.7.5). Elle a été très largement approuvée lors de la procédure de consultation. Chaque partenaire dispose de ses biens et répond de ses dettes sur tous ses biens (al. 1 et 2). Mais les deux partenaires sont liés l'un à l'autre par l'obligation faite à chacun d'entre eux, selon l'art. 13, de contribuer à l'entretien de la communauté, par la responsabilité solidaire prévue par l'art. 15 en ce qui concerne les besoins courants de la communauté et par l'obligation de prendre ensemble, conformément à l'art. 14, les décisions relatives à la demeure commune.

Art. 19 Preuve

L'al. 1 règle le fardeau de la preuve en cas de difficulté à déterminer celui des deux partenaires auquel un bien appartient. Cette disposition vaut tant dans les rapports entre les deux partenaires que dans ceux avec des tiers. Sur le plan matériel, elle correspond à l'art. 248 CC. Elle ne s'applique pas aux dettes. L'al. 2 détermine les conséquences d'une absence de preuves. Il peut arriver que la présomption de propriété (art. 930 s. CC) parle en faveur des deux partenaires sans que cette présomption puisse être contredite par une preuve. Ainsi, un tiers peut faire une donation sans qu'il soit possible d'établir clairement son bénéficiaire. Ou il se peut que des objets ou des titres soient acquis pendant la durée du partenariat enregistré avec les moyens des deux partenaires, sans possibilité de déterminer le montant individuel après coup. Dans de tels cas, il faut partir du principe qu'il s'agit de biens en copropriété. Les art. 646 à 651 CC s'appliquent. Les parts des deux partenaires sont égales.

Art. 20 Inventaire

Comme les époux (art. 195a CC), les partenaires enregistrés peuvent procéder à un inventaire de leurs biens par acte authentique. Un tel inventaire facilite le partage des biens en cas de décès d'un partenaire. Il peut aussi être utile en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré. L'al. 1 oblige chaque partenaire à concourir, à la demande de l'autre, à la confection d'un inventaire. Ce devoir est une concrétisation de l'art. 12.

1242 L'inventaire permet d'établir la preuve de la propriété, c'est-à-dire de déterminer auquel des deux partenaires un bien appartient. L'al. 2 institue une présomption d'exactitude lorsque l'inventaire a été dressé dans l'année à compter du jour de l'acquisition des biens. Cette disposition entraîne ainsi un renversement du fardeau de la preuve. Art. 21

Mandat d'administration Lorsque l'un des partenaires confie l'administration de ses biens à l'autre, les règles du mandat (art. 394 ss CO) sont applicables. Sauf disposition contraire, la gestion de ce mandat d'administration n'est pas rémunérée. Les partenaires ont la possibilité de convenir d'un autre type de convention ou de modifier les règles du mandat, à condition de ne pas contrevenir aux normes impératives dans ce domaine. Art. 22

Restriction du pouvoir de disposer Il peut arriver en cas de crise que l'un des partenaires se permette de disposer de certains biens de la communauté. Sauf en cas de copropriété, rien n'empêche, par exemple, un partenaire de disposer de certains objets ou de faire des cadeaux somptueux et de mettre ainsi en péril les conditions matérielles de la communauté, en particulier la possibilité de satisfaire au devoir d'entretien. L'art. 22 permet de réagir à une telle situation. A la requête de l'un des partenaires, le juge peut restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains biens sans le consentement de son partenaire. Selon l'al. 2, lorsque la mesure concerne un immeuble, le juge en fait porter la mention au registre foncier. Cette disposition correspond à l'art. 178 CC. La doctrine et la jurisprudence relatives à ce dernier s'appliquent aussi dans ce cas. Le juge compétent à raison du lieu est déterminé par l'art. 15a de la loi sur les fors tel qu'il est proposé dans le présent projet (ch. 2.5.14). La compétence à raison de la matière et la procédure sont réglées par les cantons. Art. 23

Dettes entre partenaires Cette disposition concrétise le devoir d'assistance et de respect prévu à l'art. 12 et prend modèle sur les art. 203, al. 2, 235, al. 2 et 250, al. 2, CC. Au moment de faire valoir ses créances, le partenaire créancier doit tenir compte du fait que le débiteur est son partenaire enregistré et, en conséquence, procéder avec égard. Lorsque le règlement des dettes expose le partenaire débiteur à des difficultés graves, celui-ci peut solliciter des délais de paiement pour autant que ceux-ci puissent être raisonnablement imposés au partenaire créancier. Lorsque les partenaires n'arrivent pas à s'entendre sur les délais de paiement, ils doivent faire appel au juge. Si ce dernier octroie un délai, il peut, selon l'al. 2, astreindre le partenaire débiteur à fournir des sûretés. En complément à cette disposition, l'art. 134, al. 1, ch. 3bis, CO proposé prévoit une suspension de la prescription pour les créances entre partenaires tant que dure le partenariat enregistré.

1243 Art. 24

Attribution d'un bien en copropriété Cette disposition énonce une règle spéciale concernant la fin de la copropriété et apporte un complément à la réglementation du mode de partage prévue en matière de droits réels à l'art. 651, al. 2, CC. Elle repose sur le devoir d'assistance et de respect prescrit à l'art. 12 et sert à protéger le partenaire qui demande qu'un bien en copropriété lui soit attribué entièrement. L'autre partenaire doit toutefois être désintéressé. Lorsqu'un bien appartient en copropriété aux deux partenaires, en vertu d'une convention ou de l'art. 19, al. 2, l'un d'eux peut, à la dissolution judiciaire du partenariat enregistré, demander que ce bien lui soit attribué entièrement, c'est-à-dire devienne sa propriété exclusive. En application du principe selon lequel les parties engagent la procédure, il faut qu'une demande dans ce sens soit déposée par l'un des partenaires. Si l'on s'en tient à sa lettre, la disposition n'est pas applicable au partage de la copropriété avant la dissolution du partenariat enregistré. Toutefois, d'après l'art. 650, al. 1, CC, chaque partenaire a, en principe, le droit de demander, en tout temps et sans motif, la fin de la copropriété. Ce droit est cependant exclu lorsque la chose est affectée à un but durable. Tel est le cas du mobilier de ménage, qui fait souvent l'objet d'une copropriété. En outre, selon l'art. 650, al. 3, CC, le partage ne doit pas être provoqué en temps inopportun. Les possibilités de demander la fin de la copropriété pendant la durée du partenariat enregistré sont par conséquent limitées. Il se peut néanmoins – que les partenaires décident

ensemble de mettre fin à la copropriété, – que l'un des partenaires invoque un juste motif pour partager la copropriété, ou – que le partage de la copropriété soit envisagé dans le cadre d'une procédure de poursuite ou de faillite. Dans ce genre de situations, l'attribution d'un bien en copropriété est également possible, vu que l'art. 24 ne fait que concrétiser le devoir d'assistance et de respect. Du reste, la doctrine est d'avis qu'en droit matrimonial, la norme qui correspond à cette disposition n'est pas à prendre elle non plus à la lettre⁶⁷. Art. 25 Convention sur les biens Les deux partenaires peuvent conclure des actes juridiques entre eux. C'est si évident qu'il paraît superflu de prévoir une disposition légale à ce sujet. Ainsi, les partenaires sont libres de modifier leurs rapports patrimoniaux en tout temps, conformément aux dispositions du droit des obligations et des droits réels. En créant une société simple (art. 530 ss CO), ils peuvent notamment constituer une propriété commune sur certains biens; ils peuvent, par exemple, devenir ensemble propriétaires d'un logement. Ils peuvent également passer un contrat de copropriété (art. 646 ss CC), transférer des biens à titre fiduciaire, faire des donations ou des promesses de dons.

⁶⁷ H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, commentaire bernois, n. 29 ad art. 205 CC et n. 7 ad art. 251 CC.

1244 L'art. 25, al. 1, permet aux deux partenaires de convenir d'une réglementation spéciale sur les biens pour le cas de la dissolution du partenariat enregistré; il leur permet, en d'autres termes, de choisir, pour leurs biens, le mode de partage qui leur convient. Les partenaires peuvent notamment convenir que la plus-value de leurs biens acquise durant le partenariat sera partagée selon les règles du régime de la participation aux acquêts (art. 196 ss CC). Pendant la durée du mariage, ce régime équivaut dans une large mesure à une séparation de biens (ch. 1.7.5); il n'est dès lors pas nécessaire que les partenaires enregistrés soient déjà soumis à ce régime pendant la durée du partenariat. La convention sur les biens ne doit pas porter atteinte à la réserve des descendants de l'un ou l'autre des partenaires (al. 2). Par contre, la réserve des père et mère des partenaires n'est pas protégée. La convention est ainsi placée sur le même pied que le contrat de mariage (art. 216, al. 2, et 241, al. 3, CC). La disposition s'applique indépendamment de la raison pour laquelle le partenariat est dissous, que ce soit suite au décès de l'un des partenaires, suite à une décision judiciaire ou suite à une annulation (art. 11, al. 2). En principe, la convention sur les biens ne peut pas avoir d'influence sur les rapports patrimoniaux entre partenaires pendant la durée du partenariat, sauf si elle est annulée en application par analogie de l'art. 185 CC (al. 4). En outre, il n'est pas possible qu'une convention passée en vertu de l'art. 25 continue d'être valide après la dissolution du partenariat. Comme le contrat de mariage (art. 184 CC), la convention sur les biens doit être passée en la forme authentique (al. 3). Cette exigence de forme vaut tant pour la conclusion que pour la modification ou la suppression du contrat. Elle permet d'assurer un conseil professionnel, de préserver les partenaires d'une trop grande précipitation, de clarifier leur volonté et aussi d'apporter une preuve. L'acte authentique doit être signé par les partenaires et, le cas échéant, par le représentant légal. Lorsque la convention est entachée d'un vice du consentement (art. 23 ss CO), elle demeure sans effet tant que l'écoulement du temps n'a pas fait disparaître le vice. L'al. 4 précise que les art. 185 et 193 CC sont applicables par analogie⁶⁸. Il est dès lors évident qu'un partenaire peut, pour de justes motifs, demander au juge d'annuler ex nunc la convention, de manière à ce que les biens acquis depuis l'annulation et jusqu'à la dissolution du partenariat ne doivent plus être partagés. Il incombe alors aux partenaires de procéder au partage de leurs biens conformément à la convention, au plus tard lors de l'annulation de celle-ci. Le

renvoi à l'art. 193 CC indique clairement que les créanciers d'un partenaire ne doivent pas subir de préjudice du fait du partage des biens résultant de la convention.

68 L'art. 220 CC relatif à l'action contre des tiers n'est pas mentionné, car il n'a pas la même signification dans le régime matrimonial ordinaire que dans les régimes matrimoniaux conventionnels.

1245 2.3.3 Effets particuliers Art. 26 Mariage Une personne liée par un partenariat enregistré ne peut, avant la dissolution de ce lien, ni contracter un autre partenariat ni se marier. En effet, il ne peut pas y avoir un double engagement à mener une vie de couple. L'art. 26 complète l'art. 4, al. 2. Ces deux dispositions traitent d'une question qui fait également l'objet de l'art. 215 proposé dans le projet. Art. 27 Enfants du partenaire Des personnes bisexuelles pouvant conclure un partenariat enregistré, il se peut que l'un ou l'autre des partenaires ait des enfants issus d'une union hétérosexuelle. Le devoir d'assistance et de respect formulé à l'art. 12 implique alors que l'autre partenaire est tenu d'assister, de façon appropriée, celui qui a des enfants dans l'accomplissement de son obligation d'entretien (art. 276 ss CC) et dans l'exercice de l'autorité parentale (art. 301 ss CC); il peut, en outre, le représenter lorsque les circonstances l'exigent (al. 1). Lorsque, par exemple, le partenaire détenteur de l'autorité parentale est malade ou absent, l'autre peut prendre les dispositions nécessaires en ce qui concerne l'enfant. Ce droit de représentation résulte directement de la loi; point n'est besoin que le détenteur de l'autorité parentale donne une procuration à son partenaire. L'art. 27 s'inspire des art. 278, al. 2, 299 et 300 CC. L'art. 278, al. 2, CC précise expressément qu'un époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien seulement envers les «enfants nés avant le mariage». Bien que cette précision ne se retrouve pas dans l'art 27 du projet, il va de soi que l'obligation d'entretien d'un partenaire enregistré ne peut pas aller plus loin que celle d'un époux. Ainsi, il conviendra de déterminer le sens des termes «assister de façon appropriée» à la lumière des dispositions du CC mentionnées. L'al. 2 énonce qu'en cas de suspension de la vie commune ou de dissolution du partenariat enregistré, l'autorité tutélaire (art. 275 CC) peut, aux conditions prévues par l'art. 274a CC accorder à une personne le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant du partenaire. Il faut pour cela qu'il y ait un juste motif, ce qui est le cas notamment lorsque l'enfant a noué une relation intense avec le partenaire de son père ou de sa mère et que le maintien de cette relation est dans son intérêt. Art. 28 Adoption et procréation médicalement assistée Les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas autorisées à adopter un enfant ni à recourir à la procréation médicalement assistée (en ce qui concerne les raisons de cette interdiction, voir ch. 1.7.8). Cette disposition a été accueillie favorablement lors de la procédure de consultation. L'adoption par une personne seule ne doit pas servir de moyen d'éluder l'interdiction formulée à l'art. 28. Du reste, même un conjoint n'est pas autorisé à adopter seul un enfant et des exceptions à cette interdiction ne sont admises que dans des limites très strictes (art. 264b, al. 2, CC).

1246 2.4 Dissolution judiciaire du partenariat enregistré 2.4.1 Conditions Remarque préliminaire Il va de soi que le décès de l'un des partenaires met fin au partenariat enregistré. Aucune norme n'est nécessaire à ce sujet. Par contre, la loi doit régler la possibilité de dissoudre le partenariat enregistré lorsque les deux partenaires ou l'un d'eux a perdu la volonté de faire vie commune. Le projet part du principe que, comme en cas de mariage, seul un tribunal peut prononcer la dissolution du partenariat. La procédure judiciaire permet de donner toute son importance à la dissolution et d'assurer le règlement

correct des obligations qui en découlent. Le juge compétent est désigné par les cantons. La compétence à raison du lieu est réglée par la loi sur les fors (art. 15a de la loi sur les fors proposé dans le présent projet). Art. 29 Requête commune Lorsque les partenaires veulent mettre fin au partenariat enregistré, le juge doit les entendre et examiner si c'est après mûre réflexion et de leur plein gré qu'ils ont déposé leur requête et si une convention sur les effets de la dissolution peut être ratifiée (al. 1). Il est donc en principe nécessaire que les deux partenaires se présentent devant le juge. Celui-ci doit notamment vérifier que l'un des partenaires n'a ni exercé de pression sur l'autre ni influencé de manière inadmissible sa volonté. Si tel n'est pas le cas et que la convention peut être ratifiée, le juge prononce la dissolution du partenariat enregistré (al. 2). Il se peut que les partenaires ne parviennent pas à s'entendre, par exemple, sur l'attribution du logement ou sur les contributions d'entretien. Ils ont alors la possibilité, en vertu de l'al. 3, de demander au juge, par requête commune, de régler les points sur lesquels subsiste un désaccord. A cette fin, les parties doivent déposer une demande, alléguant les faits déterminants et présentant des preuves. Le juge rend en principe un seul jugement sur la dissolution et ses effets, comme en cas de divorce. Art. 30 Demande unilatérale Si les deux partenaires ne parviennent pas à s'entendre et qu'ils vivent séparés depuis un an au moins, le juge peut prononcer la dissolution du partenariat enregistré sur demande unilatérale (voir également ch. 1.7.9). En effet, une fois ce délai passé, le partenariat n'a plus de raison d'être protégé. Le délai d'un an doit être écoulé avant le dépôt de la demande. La procédure judiciaire prenant elle aussi un certain temps, il se passera en général encore au moins six mois jusqu'à ce que la dissolution du partenariat entre en force.

1247 2.4.2 Effets Art. 31 Droit successoral Les partenaires cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre au moment de la dissolution du partenariat enregistré. Ils perdent tous les avantages résultant de dispositions pour cause de mort faites avant l'ouverture de la procédure en dissolution. Cette disposition correspond, du point de vue matériel, à l'art. 120, al. 2, CC. Art. 32 Attribution de la demeure commune L'art. 32 permet au juge d'attribuer à l'un des partenaires les droits et les obligations qui résultent du contrat de bail portant sur la demeure jusqu'alors commune, pour de justes motifs, par exemple, touchant à la santé ou à la profession du partenaire en question. Peu importe que le contrat de bail ait été signé par un seul partenaire ou par les deux. L'attribution de la demeure commune à l'un des partenaires doit pouvoir être raisonnablement imposée à l'autre. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque le loyer dépasse les moyens financiers du partenaire qui deviendrait seul locataire. Ainsi, il est toujours nécessaire de procéder à une pesée des intérêts en cause. Les intérêts du bailleur demeurent protégés du fait que, selon l'al. 2, le partenaire qui n'est plus locataire répond solidairement du loyer jusqu'à l'expiration du bail ou jusqu'au terme du congé prévu par le contrat ou par la loi, mais dans tous les cas pour deux ans au plus. Lorsque le bailleur ne fait pas usage de son droit de résiliation, l'on peut partir du principe qu'il accepte le changement de locataire. Cette disposition a pour modèles le droit du divorce (art. 121, al. 1 et 2, CC) et le droit du bail à loyer (art. 263, al. 4, CO). Le changement forcé de locataire se justifie, d'une part, par l'obligation faite au bailleur – dans le droit du bail à loyer – d'accepter un nouveau locataire (art. 264, al. 1, CO), et, d'autre part, par le fait qu'en cas de décès du locataire, ses héritiers peuvent en principe poursuivre le contrat de bail (art. 266i CO). Or, le partenaire enregistré fera aussi partie des héritiers (art. 462 CC proposé). L'al. 3 répond à un vœu formulé lors de la procédure de consultation. Dans l'avant-projet, la solidarité était moins grande après la dissolution du partenariat enregistré qu'après la dissolution du mariage. L'avant-projet ne prévoyait pas la possibilité

d'attribuer à l'un des partenaires pour de justes motifs un droit d'habitation de durée limitée sur la demeure commune appartenant à l'autre partenaire si celui-ci n'était pas d'accord, contrairement au droit du divorce qui offre cette possibilité aux conjoints à l'art. 121, al. 3, CC. Ce dernier, en effet, est fondé sur des motivations de politique familiale, dont les exigences viennent contrebalancer la garantie de la propriété⁶⁹. Le présent projet a mis cependant le partenariat enregistré sur le même plan que le mariage. Il est à noter, toutefois, que lorsqu'il s'agit de déterminer si l'attribution d'un droit d'habitation peut être imposée au propriétaire du logement, les intérêts des enfants non communs ne devront pas peser aussi lourd que ceux des descendants communs.

⁶⁹ Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (divorce); FF 1996 1 ss, ch. 233.3, dernier paragraphe.

1248 Art. 33 Prévoyance professionnelle Selon l'art. 33, les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle acquises pendant la durée du partenariat enregistré sont partagées conformément aux dispositions du droit du divorce sur la prévoyance professionnelle. La constitution d'une prévoyance vieillesse convenable fait partie de l'entretien courant pendant la durée de la communauté (art. 13). Comme les partenaires partagent le même niveau de vie, il est juste, en cas de dissolution de la communauté, de partager en principe les droits acquis en matière de prévoyance vieillesse. Dans un couple formé de deux femmes, si l'une des partenaires ou les deux sont affiliées à une institution de prévoyance professionnelle et qu'elles se séparent avant la survenance d'un cas de prévoyance, chacune a droit en principe à la moitié de la prestation de sortie de l'autre, calculée pour la durée du partenariat selon les dispositions de la loi sur le libre passage⁷⁰. Si des droits reviennent à chacune des partenaires, ces droits se compensent. La même réglementation vaut en cas de dissolution judiciaire d'un partenariat formé de deux hommes. La référence au droit du divorce ne comprend pas seulement les art. 122 à 124 CC, mais aussi l'art. 30c, al. 6, de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)⁷¹ ainsi que les art. 22, 22b à 22c, 24, al. 2 et 3, 25a et 26, al. 3, de la loi sur le libre passage. Art. 34 Contributions d'entretien L'al. 1 dispose qu'après la dissolution du partenariat enregistré, chaque partenaire assure seul son entretien. La prise en charge d'enfants communs est exclue d'emblée. Ce principe n'est toutefois pas équitable lorsque l'un des partenaires a, en raison de la répartition des tâches – fixée d'un commun accord avec l'autre partenaire – durant le partenariat enregistré, limité son activité lucrative ou n'en a pas exercé. Les conséquences d'une telle décision, prise à deux, doivent également être assumées à deux. Dans un tel cas, l'al. 2 prévoit, par conséquent, que le partenaire qui exerce une activité lucrative doit verser à l'autre des contributions d'entretien équitables, jusqu'à ce que celui-ci puisse exercer une activité lucrative lui permettant d'assurer lui-même son entretien. Lorsque la réinsertion professionnelle d'un partenaire n'est plus envisageable en raison de son âge et que son revenu et sa fortune ne suffisent pas pour assurer son entretien, le droit à des contributions d'entretien peut se prolonger jusqu'à sa mort. L'al. 2 s'applique également lorsqu'une personne a, en raison du partenariat enregistré, changé durablement ses conditions de vie, par exemple parce qu'ayant déménagé de l'étranger pour s'établir en Suisse, il n'arrive pas ou difficilement à s'intégrer dans le monde professionnel local. La notion de contributions d'entretien équitables prend en compte toutes les circonstances particulières et notamment la durée du partenariat enregistré, la répartition des tâches dont les partenaires avaient convenu, le train de vie pendant le partenariat enregistré, ainsi que les rapports financiers du couple.

Une faute ne joue en principe aucun rôle. Demeure réservée l'application par analogie de l'art. 125, al. 3, CC.

70 RS 831.42 71 RS 831.40

1249 En outre, selon l'al. 3, un partenaire a le droit de demander une contribution d'entretien équitable lorsque, en raison de la dissolution du partenariat enregistré, il tombe dans le dénuement et que le versement de la contribution peut être raisonnablement imposé à l'autre partenaire, compte tenu de toutes les circonstances. Cette disposition vise notamment les cas dans lesquels l'un des partenaires, malade ou invalide, ne peut pas subvenir à son propre entretien. Il importe alors que la solidarité qu'implique le partenariat puisse être maintenue même après la dissolution de celui-ci. En revanche, la disposition de l'avant-projet donnant le droit à des contributions d'entretien à un partenaire que l'enregistrement du partenariat avait privé de son droit à des contributions d'entretien de la part d'un précédent conjoint dont il est divorcé, a été abandonnée, car elle avait été très critiquée lors de la procédure de consultation. L'al. 4 énonce que, pour le surplus, les dispositions du code civil sur l'entretien après le divorce sont applicables par analogie. Il s'agit des art. 125, al. 3, et 126bis à 132 CC. Cela signifie notamment que la rente d'entretien s'éteint en cas de décès du débiteur ou du créancier. Sauf convention contraire, elle s'éteint également lorsque le créancier se marie ou conclut un nouveau partenariat enregistré.

2.4.3 Procédure Art. 35 Les dispositions relatives à la procédure de divorce sont applicables par analogie à la procédure de dissolution du partenariat. En formulant une telle disposition, la loi tient compte d'un désir exprimé lors de la procédure de consultation. Le renvoi de l'art. 35 englobe en particulier les dispositions suivantes: – Art. 136 CC sur la litispendance de la requête commune tendant au divorce (art. 29); – Art. 137 CC sur les mesures provisoires; – Art. 138 CC sur les conclusions nouvelles invoquées devant l'instance cantonale supérieure; – Art. 139 CC sur l'établissement des faits; – Art. 140 CC sur la ratification d'une convention sur les effets du divorce; – Art. 141 et 142 CC sur la prévoyance professionnelle; – Art. 143 CC sur les contributions d'entretien; – Art. 148 et 149 CC sur le recours et la révision. Le renvoi comprend également les dispositions cantonales de procédure civile en la matière, jusqu'à l'adoption d'un code de procédure civile fédérale. Les cantons ne doivent dès lors pas nécessairement édicter des lois dans ce domaine. Selon la réforme de la justice de 1999 – dont la date d'entrée en vigueur n'est pas encore fixée –, la procédure civile relève de la compétence de la Confédération⁷².

72 RO 2002 3148

1250 2.5 Modification du droit en vigueur 2.5.1 Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité (LN)⁷³ Lorsque des époux étrangers déposent ensemble une demande de naturalisation et que seul l'un des deux remplit les prescriptions du droit fédéral en matière de durée du séjour en Suisse, l'autre époux peut néanmoins être naturalisé en même temps s'il est domicilié en Suisse depuis cinq ans, et qu'ils font depuis trois ans ménage commun (art. 15, al. 3, LN). Ces délais s'appliquent également aux requérants dont le conjoint a déjà été naturalisé à titre individuel (art. 15, al. 4, LN). Les mêmes facilités seront prévues à l'art. 15, al. 5 (nouveau), LN pour le partenaire enregistré d'un ressortissant suisse (voir aussi à ce propos ch. 1.7.3, dernier paragraphe). La naturalisation ordinaire sera possible après cinq ans de résidence en Suisse et après trois ans de partenariat enregistré. Si deux étrangers liés par un partenariat enregistré depuis trois ans au moins déposent ensemble une demande de naturalisation, l'un des deux devra être domicilié depuis douze ans en Suisse, alors que cinq ans de résidence suffiront pour l'autre. Ces délais s'appliqueront

également aux personnes dont le partenaire enregistré a déjà été naturalisé à titre individuel (art. 15, al. 6 nouveau, LN). 2.5.2 Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)⁷⁴ Selon l'art. 7, al. 3, LSEE proposé ici, les deux premiers alinéas de l'art. 7 LSEE, qui règlent la situation juridique des conjoints étrangers de ressortissants suisses, s'appliquent par analogie aux partenaires enregistrés. Le partenaire enregistré étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation du séjour, puis à l'autorisation d'établissement après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans. Ce droit s'éteint lorsqu'il existe un motif d'expulsion. Il n'existe pas lorsque le partenariat enregistré a été contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers et notamment celles sur la limitation du nombre des étrangers (art. 7, al. 2, LSEE). Les partenariats enregistrés valablement dans un Etat étranger sont reconnus en Suisse si l'institution étrangère est comparable à la nôtre. Des rapports de nature purement contractuelle qui n'ont pas d'effets sur l'état civil, tel le PACS en France, ne remplissent pas cette condition (ch. 2.5.17 ad art. 65a DIP). C'est pourquoi un PACS ne donne pas droit à l'octroi ou à la prolongation d'une autorisation de séjour. L'art. 17, al. 3, LSEE proposé règle le cas du partenaire enregistré d'un étranger titulaire d'une autorisation d'établissement. Il aura le même statut que le conjoint étranger établi en Suisse.

73 RS 141.0 74 RS 142.20

1251 La situation du partenaire enregistré étranger d'un étranger titulaire d'une autorisation de séjour sera réglée par le Conseil fédéral dans l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE)⁷⁵. Elle sera soumise aux mêmes conditions que celle d'un conjoint qui n'a pas droit non plus, de par la loi, au regroupement familial (art. 38 et 39 OLE). Les dispositions du droit des étrangers relatives au regroupement familial seront modifiées lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les étrangers⁷⁶ qui, en ce qui concerne les partenaires étrangers, s'inspirera des règles prévues pour les conjoints étrangers. Lors des travaux législatifs ultérieurs, le Département fédéral de justice et police contrôlera et assurera la coordination entre les différents projets législatifs de manière à ce que les adaptations nécessaires soient pratiquées. 2.5.3 Loi sur l'asile (LAsi)⁷⁷ Les modifications de la LAsi visent à accorder au partenaire enregistré d'un réfugié un statut identique à l'époux d'un réfugié. Toutefois, les pays qui ont introduit à ce jour un partenariat enregistré entre personnes du même sexe ne sont pas des pays d'où viennent en principe des réfugiés. Par partenariat enregistré, il faut comprendre une vie commune avec responsabilité réciproque, enregistrée par les pouvoirs publics et déployant ses effets au niveau de l'état civil. Dès lors que la LAsi prévoit le regroupement familial (art. 51, al. 5) et tient compte du principe de l'unité de la famille (art. 27, al. 3, et 44, al. 1) ainsi que des circonstances familiales, elle doit intégrer aussi le couple enregistré dans ces définitions. Certes, la famille, dans sa définition habituelle, est une communauté d'adultes et d'enfants (art. 41, al. 1, let. c, Cst.). Mais le droit suisse utilise aussi la notion de famille dans un sens plus large selon le contexte. Par exemple, l'art. 333 CC sur la responsabilité du chef de famille s'applique également au directeur d'un foyer pour enfants. On peut ainsi partir du principe que la LAsi utilise la notion de famille au sens large et permet donc d'intégrer le partenariat enregistré dans cette définition. La situation en matière d'asile de deux partenaires enregistrés est liée, que le partenariat ait été enregistré dans le pays d'origine ou en Suisse. Cette situation correspond à la jurisprudence de la Commission suisse de recours en matière d'asile concernant le mariage⁷⁸. Les abus de droit doivent être réglés individuellement.

75 RS 823.21 76 Message du 8 mars 2002; FF 2002 3709 ss. 77 RS 142.31 78 Voir communiqués de la Commission suisse de recours en matière d'asile, décision de principe, 1995, n° 15 et JAAC 60.31.

1252 2.5.4 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)⁷⁹ Les incompatibilités à raison de la personne ont pour objectif d'éviter les concentrations de pouvoir et les conflits personnels au sein des pouvoirs publics. Cet objectif préventif ne peut être poursuivi systématiquement que si l'incompatibilité est étendue aux partenaires enregistrés. La nouvelle formulation de l'art. 21 CC permet d'englober les partenaires enregistrés dans les parents par alliance (ch. 2.5.8). Mais la nouvelle formulation ne se limite pas à mettre le partenariat enregistré sur le même plan que le mariage, elle englobe aussi la notion de «vie de couple de fait». Par ces termes, il faut comprendre une relation de type matrimonial entre deux personnes du même sexe ou de sexe différent qui n'ont pas conclu de mariage ni de partenariat enregistré. Outre la modification nécessaire découlant du projet de loi, il est temps d'adapter le droit à la réalité sociale sur ce point. Le nombre de personnes non mariées qui font durablement ménage commun n'a cessé de croître ces dernières décennies, et ce n'est pas l'introduction du partenariat enregistré qui risque de changer fondamentalement la situation. L'objectif des prescriptions en matière d'incompatibilité ne peut être atteint que si cette forme de vie commune est également prise en compte par la loi. Cette modification correspond par ailleurs à la disposition proposée dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale pour les membres du Tribunal fédéral⁸⁰. La mention des rapports entre concubins dans la LOGA sert donc également l'uniformité. L'énumération des incompatibilités en un alinéa composé de trois lettres améliore la lisibilité de la disposition.

2.5.5 Loi fédérale sur la procédure administrative (PA)⁸¹ Selon les art. 29, al. 1, et 30, al. 1, Cst., les personnes qui ont une influence sur une décision prise dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire doivent se récuser. La loi concrétise cette obligation en énumérant à l'art. 10, al. 1, PA différents motifs de récusation. Ainsi, les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser si elles sont unies par mariage à une partie (let. b). La loi doit désormais mentionner expressément le partenariat enregistré comme motif de récusation. La nouvelle formulation de l'art. 21 CC (ch. 2.5.8) permettra, en outre, d'englober les partenaires enregistrés dans les parents par alliance. Au contraire, les fiançailles ne sont plus mentionnées explicitement comme motif de récusation. Il est ainsi tenu compte de la perte d'importance de cette institution juridique, qui ne fait plus l'objet de réglementations légales dans la plupart des régimes juridiques d'Europe. Le cas échéant, on peut appliquer la clause générale de la let. d. En outre, les fiancés mènent en général de fait déjà une vie de couple.

⁷⁹ RS 172.010 ⁸⁰ Cf. art. 8 du projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral; FF 2001 4281. ⁸¹ RS 172.021

1253 Contrairement aux prescriptions en matière d'incompatibilité (ch. 2.5.4), le fait de nommer expressément la communauté de vie hétérosexuelle et homosexuelle de fait ne constitue pas une nouveauté ponctuelle, mais correspond à une présentation du droit en vigueur transparente et plus proche de la pratique. L'obligation des personnes appelées à contribuer à une décision de se récuser dans les affaires qui concernent leur concubin découle déjà des clauses générales et directement de la Constitution⁸². La let. b actuelle est dédoublée pour plus de transparence. En effet, la let. b proposée ne règle plus que les rapports de partenariat direct. La let. bbis comprend les clauses concernant la parenté et les

alliances. 2.5.6 Loi sur le personnel de la Confédération (LPers)⁸³ L'art. 30, al. 1, LPers prévoit que l'employeur est subrogé, jusqu'à concurrence du montant des prestations qu'il verse, dans les droits de l'employé à l'égard du tiers responsable de la maladie, de l'accident, de l'invalidité ou du décès de l'employé. Ce droit de subrogation est soumis, selon l'al. 2, à des conditions restrictives en ce qui concerne le conjoint de l'employé. La même réglementation doit s'appliquer au partenaire enregistré. 2.5.7 Loi d'organisation judiciaire (OJ)⁸⁴ L'art. 4 OJ proposé ici règle l'incompatibilité à raison de la personne comme l'art. 61 LOGA (ch. 2.5.4), en y incluant le partenariat enregistré et la vie de couple de fait. Certes, les motifs d'incompatibilité mentionnés actuellement à l'art. 4 OJ vont sans doute loin, mais il est inutile d'entreprendre une modification plus importante avant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale⁸⁵. L'art. 22 OJ proposé décrit les motifs de récusation. La formulation correspond à l'art. 10 PA (ch. 2.5.5). Une réforme plus approfondie pour restreindre le cercle de la parenté est ici aussi remise au moment de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. Les modifications prévues à l'art. 44 OJ permettent de faire appel au Tribunal fédéral en cas de refus du représentant légal de consentir à l'enregistrement du partenariat (art. 3, al. 2, du projet de loi sur le partenariat enregistré) ou du prononcé ou du refus de la dissolution judiciaire du partenariat enregistré sur requête commune (art. 29 du projet de loi sur le partenariat enregistré).

82 Cf. Regina Kiener, *Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Berne 2001, p. 98; Benjamin Schindler, *Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen*, Diss. Zurich 2002, p. 105. 83 RS 172.220.1 84 RS 173.110 85 Message du 28 février 2001; FF 2001 4000

1254 2.5.8 Code civil (CC)⁸⁶ La modification de l'art. 21 CC établit clairement que la parenté par alliance s'étend désormais au partenaire enregistré et à ses parents. L'actuel art. 328, al. 2, CC dispose que l'obligation d'entretien envers les parents est subsidiaire à l'obligation d'entretien entre époux. Les mêmes conditions s'appliqueront aux partenaires enregistrés. Les partenaires enregistrés seront placés sur un pied d'égalité avec les conjoints en droit successoral (ch. 1.7.6). Les art. 462, 470 et 471 CC sont adaptés en conséquence en ce qui concerne les parts légales de la succession et les réserves. En concours avec des descendants, le partenaire enregistré a droit, selon le projet de loi, à la moitié de la succession (art. 462 CC). L'autre moitié revient aux descendants, quel que soit leur nombre. Une réserve protège la moitié de la part légale de la succession (art. 471 CC). Ainsi, un quart de la succession revient forcément au partenaire enregistré. Lorsque le défunt ne laisse, outre le partenaire enregistré, que le père, la mère ou leur postérité, ceux-ci n'ont droit qu'à un quart de la succession, le reste revenant au partenaire enregistré. La réserve couvre la moitié de la part légale de la succession. Ainsi, les 3/8 de la succession reviennent forcément au partenaire enregistré. Lorsque le défunt ne laisse aucun autre héritier à part le partenaire enregistré, celui-ci a droit à la succession tout entière, avec une réserve se montant à une moitié. L'art. 473 CC sur l'usufruit ne peut être appliqué que s'il y a une descendance commune. Comme les partenaires du même sexe ne peuvent pas en avoir, une modification s'avère inutile. Enfin, l'art. 612a, al. 4, CC proposé établit que le partenaire enregistré a droit à une attribution du logement commun en imputation sur sa part de succession. 2.5.9 Loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR)⁸⁷ L'art. 10a LDFR proposé établit que les partenaires enregistrés seront traités comme les conjoints en matière de droit foncier rural, en particulier en ce qui concerne la protection du logement commun

(art. 40, al. 3, LDFR).

86 RS 210 87 RS 211.412.11

1255 2.5.10 Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE)⁸⁸ Deux articles de la LFAIE doivent être adaptés pour mettre partenaires enregistrés et conjoints sur un pied d'égalité. Selon l'art. 7, let. b, LFAIE, aucune autorisation n'est nécessaire lorsque le propriétaire aliène son immeuble à son partenaire enregistré. Toutefois, un partenariat enregistré à l'étranger doit être préalablement reconnu en Suisse selon la LDIP, afin qu'il puisse être pris en considération dans le cadre de la LFAIE. En outre, selon l'art. 12, let. d, LFAIE, l'autorisation pour acquérir une résidence secondaire, un logement de vacances ou un appartement dans un apparthôtel est forcément refusée si le partenaire enregistré est déjà propriétaire d'un logement de ce genre en Suisse.

2.5.11 Code des obligations (CO)⁸⁹ L'art. 134, al. 1, ch. 3bis, prévoit la suspension de la prescription pour les créances des partenaires enregistrés l'un contre l'autre. Selon l'art. 13 du projet de loi sur le partenariat enregistré, les deux partenaires se doivent l'un à l'autre le respect, de sorte que dans certaines circonstances, l'un ne peut pas, pour des motifs subjectifs, recouvrer une créance auprès de l'autre. Tout comme les époux, les partenaires enregistrés ne doivent pas, en l'occurrence, redouter la prescription de la créance. Pour les art. 266m, 266n et 273a CO, il convient de se référer aux explications relatives à l'art. 13 du projet de loi sur le partenariat enregistré. L'art. 331d CO règle la possibilité pour un assuré de mettre en gage son droit aux prestations de prévoyance. Selon l'al. 5, une telle mise en gage n'est autorisée que si le conjoint de l'assuré donne son consentement écrit. Cette réglementation est étendue aux partenaires enregistrés. L'art. 331e, al. 5, CO prévoit que le consentement écrit du conjoint est aussi requis au cas où l'assuré demande le versement de ses prestations de libre passage. Cette obligation est étendue aux partenaires enregistrés. Selon l'al. 6, le versement anticipé d'un montant pour la propriété d'un logement pour les besoins de l'assuré est à considérer comme une prestation de libre passage lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance. Il en ira de même lorsque le partenariat enregistré sera dissous selon les règles des art. 29 et suivants du projet de loi sur le partenariat enregistré. Le contrat de travail prend fin au décès du travailleur. Mais selon l'art. 338, al. 2, CO, l'employeur doit payer le salaire pour un mois encore – ou pour deux mois encore si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans – lorsque le travailleur laisse un conjoint. Une solution identique s'appliquera au travailleur laissant un partenaire enregistré. L'art. 339b, al. 2, CO octroie au conjoint survivant ou aux enfants mineurs ou, à défaut, aux autres personnes en faveur desquelles le travailleur remplissait une obli-

88 RS 211.412.41 89 RS 220

1256 gation d'entretien, un droit à toucher l'indemnité à raison de longs rapports de travail. Ce droit est étendu au partenaire enregistré. L'art. 494 CO exige le consentement écrit du conjoint pour cautionner (al. 1), augmenter le montant du cautionnement et transformer un cautionnement simple en cautionnement solidaire (al. 3). Demeure réservé le cas où les époux sont séparés de corps par jugement. Le nouvel al. 4 introduit une réglementation identique en cas de partenariat enregistré. Il convient toutefois de signaler que cette institution ne connaît pas la séparation de corps au sens de l'art. 117 CC.

2.5.12 Loi fédérale sur le bail à ferme agricole (LBFA)⁹⁰ Si la résiliation est le fait du bailleur d'un immeuble agricole, le conjoint du fermier et, à l'avenir, aussi le partenaire enregistré du fermier pourront déclarer vouloir reprendre le bail (art. 18, al. 2, LBFA). L'art. 27, al. 2,

let. c, LBFA proposée établit que la prolongation du bail sera impos- sible lorsque le partenaire enregistré entendra exploiter personnellement la chose affermée. Enfin, l'art. 31, al. 2bis, LBFA proposé arrête que l'affermage par parcelles d'une entreprise agricole n'est autorisé qu'à la condition que le partenaire enregistré qui exploite cette entreprise avec le propriétaire approuve cet affermage. 2.5.13 Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)⁹¹ A chaque fois que la loi fédérale sur le contrat d'assurance prévoit une réglemen- tation particulière pour le conjoint (art. 80 à 86), la révision étend celle-ci au parte- naire enregistré. 2.5.14 Loi fédérale sur les fors (LFors)⁹² Le nouvel art. 15a établit la compétence à raison du lieu pour les prétentions et les actions fondées sur le droit du partenariat enregistré. Ainsi, comme pour les époux, c'est le tribunal du domicile de l'un des deux partenaires qui est nécessairement compétent. Pour connaître des actions successorales et patrimoniales faisant suite au décès de l'un des partenaires enregistrés, c'est le tribunal du dernier domicile du défunt qui est compétent (art. 18, al. 1, LFors).

90 RS 221.213.2 91 RS 221.229.1 92 RS 272

1257 2.5.15 Loi fédérale de procédure civile fédérale (PCF)⁹³, loi fédérale sur la procédure pénale (PPF)⁹⁴, loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA)⁹⁵ et procédure pénale militaire (PPM)⁹⁶ Le droit de refuser de témoigner est inscrit dans plusieurs lois de procédure (art. 42, al. 1, PCF, art. 75 PPF et art. 75 CPM) pour éviter de forts conflits d'intérêts et de faux témoignages dans les cas où une personne est appelée à témoigner dans une affaire qui concerne un proche. A l'avenir, comme les conjoints, les partenaires en- registrés devront pouvoir invoquer ce droit. La mention de la vie de couple de fait doit permettre, comme pour les incompatibi- lités à raison de famille, d'adapter la loi aux réalités sociales. L'obligation pour une personne de témoigner contre la personne avec laquelle elle forme un couple est choquante et met en péril le processus de mise en évidence de la vérité. L'extension du droit de refuser de déposer à ces personnes correspond en outre aux projets d'experts de codes de procédure civile et de procédure pénale. Dès lors, il faut aussi prendre en compte un certain risque d'abus de la part de personnes dont le parte- nariat ne figure sur aucun registre officiel et qui refuseraient de témoigner. Mais ce risque existe déjà dans tous les cas où un droit de refuser de déposer est octroyé aux fiancés (comme à l'art. 75 PCF). Il faut encore mentionner que les enfants adoptifs ne doivent plus être mentionnés expressément. Ils sont considérés comme des parents en ligne directe. La loi fédérale sur le droit pénal administratif (art. 85, al. 1, la procédure pénale (art. 231, al. 1, let. b, et la procédure pénale militaire (art. 202, let. b,) prévoient, en outre, qu'en cas de décès d'un condamné, son partenaire enregistré peut, au même titre que d'autres proches, demander la révision d'un jugement. Enfin, l'art. 270, al. 2, let. b, de la loi fédérale sur la procédure pénale, qui désigne les personnes en droit de se pourvoir en nullité, doit également être adapté. Il est dans l'intérêt de la sécurité du droit de restreindre le cercle des personnes en droit d'entreprendre une telle action. Contrairement aux dispositions sur la récusation, sur l'incompatibilité ou sur le droit de refuser de témoigner, l'art. 270, al. 2, let. b, ne mentionne aucune autre forme de communauté de vie. Une personne qui vit en couple avec un con- damné, mais ne lui est pas liée par mariage ou par un partenariat enregistré, ne doit pas avoir le droit de demander la révision d'un jugement. En effet, suite au décès d'un partenaire, un tel partenariat pourrait être beaucoup plus difficile à prouver. Pour des raisons liées à la sécurité du droit, il est important pour toutes les parties impliquées dans la procédure de limiter clairement le cercle des personnes ayant le droit de recourir aux voies de droit. Enfin, dans la loi fédérale sur la procédure pénale (art. 29, al. 1, let. b et bbis) et

dans la procédure pénale militaire (art. 33, let. b, bbis, d et dbis), les motifs de récusation sont réglés comme à l'art. 10 de la loi sur la procédure administrative. Il convient donc d'ajouter le partenariat enregistré et la vie de couple de fait à la liste des

93 RS 273 94 RS 312.0 95 RS 313.0 96 RS 322.1

1258 motifs de récusation. La disposition est légèrement restructurée pour des motifs de clarté. 2.5.16 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁹⁷ Comme dans la loi sur la procédure administrative (ch. 2.5.5), une obligation de se récuser est prévue aussi dans la LP (art. 10, al. 1, ch. 2) pour les partenaires enregistrés et les personnes menant de fait une vie de couple. Les fiancés ne sont plus expressément mentionnés (ch. 2.5.5). S'ils mènent de fait déjà une vie de couple, ils tombent sous le coup de l'art. 10, al. 1, ch. 4, LP (récusation pour d'autres raisons). La révision de la LP s'étend toutefois à plusieurs autres dispositions (art. 26, al. 3, 43, ch. 2, 58, 95a, 111, al. 1, ch. 1, et al. 2, 151, al. 1, 153, al. 2, 219, al. 4, et 305, al. 2) pour mettre sur un pied d'égalité mariage et partenariat enregistré. Il s'agit notamment, lors d'une procédure de faillite et de poursuite, d'assurer à la demeure commune des partenaires la même protection qu'au logement familial. De plus, les obligations d'entretien selon la loi sur le partenariat enregistré (art. 13 et 34) doivent être mises sur un pied d'égalité avec les contributions d'entretien en droit de la famille. Les art. 68a et 68b LP sur la poursuite dirigée contre un époux placé sous un régime de communauté ne peuvent pas s'appliquer puisque les partenaires enregistrés ne peuvent pas convenir un tel régime des biens (art. 25 du projet de loi sur le partenariat enregistré; ch. 2.3.2 et 1.7.5). 2.5.17 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)⁹⁸ Remarques préliminaires Il convient, en droit international privé, de prendre en compte le fait que de très nombreux pays ne reconnaissent pas (encore) le partenariat enregistré et que ceux qui le reconnaissent ont choisi des solutions fort différentes (ch. 1.3.1). Ainsi, certains législateurs étrangers mettent au premier plan le droit du pays d'enregistrement ou la loi du for. On peut partir du principe que, ces prochaines années, les pays seront de plus en plus nombreux à créer une institution pour les couples homosexuels. Le présent projet de loi prévoit donc – à la différence de l'avant-projet mis en consultation – une solution d'avenir similaire au droit international, c'est-à-dire que le domicile des partenaires serve de premier point de rattachement. Il est ainsi possible de tenir compte du fait qu'une personne qui grandit dans un Etat ou qui s'y établit par la suite noue en général les liens juridiques les plus étroits avec son pays de domicile. Dans la plupart des partenariats enregistrés, il est probable qu'une personne au moins aura, au moment de l'enregistrement, son domicile dans le pays d'enregistrement, car les Etats exigent un lien suffisant des partenaires avec leur pays, ne serait-ce que pour éviter un «tourisme du partenariat». Compte tenu de la

97 RS 281.1 98 RS 291

1259 mobilité actuelle, il est toutefois possible que l'Etat d'enregistrement perde, après un certain temps, de l'importance pour les partenaires si tous deux établissent leur domicile dans un autre pays. Le rattachement à l'Etat d'enregistrement ne correspondrait alors plus à la situation, et paraîtrait peu réaliste. Dès lors que les dispositions proposées relatives au partenariat enregistré sont axées essentiellement, comme les dispositions actuelles de la LDIP concernant le mariage, sur le droit du pays le plus proche des personnes concernées, il en résulte une large conformité aux règles en matière de conflits de loi. Ainsi, les dispositions du chapitre 3 de la LDIP sur le droit matrimonial (art. 43 ss) peuvent être considérées comme applicables par analogie. Sur le plan du contenu, il faut toutefois prendre en considération le fait que le partenariat enregistré ne déploie pas, du moins en

partie, les mêmes effets que le mariage. Ainsi, il ne permet pas l'adoption. Les dispositions du droit international privé concernant le droit de l'adoption se trouvent d'ailleurs au chapitre 4 de la LDIP, et non au chapitre 3. L'art. 77 LDIP établit clairement que les conditions de l'adoption prononcée en Suisse sont régies par le droit suisse. Si des partenaires enregistrés ont adopté à l'étranger un enfant selon le droit étranger, cette adoption, qui influence le lien de filiation, doit être reconnue aux conditions de l'art. 78 LDIP ou de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (Convention de la Haye sur l'adoption, Clah)99, qui entrera en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2003. Art. 65a Application du chapitre 3 Cette norme pose le principe que les dispositions du chapitre 3 de la LDIP sur le droit matrimonial s'appliquent par analogie au partenariat enregistré. Ce renvoi comprend les conditions du partenariat enregistré, les droits et devoirs généraux des deux partenaires, leurs rapports patrimoniaux et la dissolution du partenariat enregistré. Les offices suisses de l'état civil sont compétents pour procéder à l'inscription du partenariat lorsque l'un des deux partenaires a son domicile en Suisse ou est citoyen suisse. Demeurent réservés les art. 43, al. 2, et 44, al. 2, LDIP qui ne s'appliquent pas au partenariat enregistré. Cette situation permet d'éviter que des personnes du même sexe qui n'ont aucun lien avec la Suisse, c'est-à-dire ni domicile ni citoyenneté, puissent faire enregistrer leur partenariat en Suisse. Compte tenu de la diversité des solutions apportées par les régimes juridiques étrangers concernant cette institution, il est ainsi possible d'éviter tout «tourisme du partenariat». Si l'on applique par analogie l'art. 45, al. 1, LDIP, les partenariats valablement enregistrés à l'étranger sont reconnus en Suisse. Ainsi, il est nécessaire de déterminer quelles sont les institutions juridiques étrangères concernées par cette disposition. Pour ce faire, il faut se fonder sur les dispositions de la loi fédérale sur le partenariat enregistré. Les partenariats enregistrés en Suisse influencent l'état civil et ont des effets semblables à ceux du mariage, ainsi que d'autres conséquences importantes, notamment en droit successoral. Ces conditions ne sont pas remplies par les liens de type contractuel instaurés par certains régimes juridiques étrangers, comme le PACS en France (ch. 1.3.1.3). Cela n'exclut pas que le PACS ou d'autres formes juridiques

99 RS 0.211; FF 1999 5129

1260 reconnues à l'étranger, qui ne peuvent pas l'être en Suisse en tant que partenariats enregistrés, puissent déployer certains effets dans notre pays, par exemple de nature contractuelle ou en matière d'entretien ou de droit des sociétés. Selon l'art. 4, al. 2, du projet de loi sur le partenariat enregistré, l'existence d'un partenariat enregistré est un obstacle à l'enregistrement d'un nouveau partenariat. On peut partir du principe qu'un Etat étranger n'enregistrera pas un partenariat tant qu'une des deux personnes sera encore liée par un autre partenariat enregistré. L'application par analogie de l'art. 45, al. 1, LDIP permet de reconnaître un partenariat enregistré à l'étranger dans la mesure où celui-ci est valable dans l'Etat d'enregistrement. La reconnaissance se fondera largement sur l'examen de la validité qui aura été effectué dans l'Etat d'enregistrement. Il est pensable, vu les réglementations différentes selon les pays, que les mêmes partenaires se fassent enregistrer dans plusieurs pays. Selon les principes habituels, il faudrait, dans un tel cas, considérer comme déterminant le premier partenariat (dans le temps) reconnu à l'étranger (par analogie avec l'art. 27, al. 2, let. c, LDIP). Mais il est aussi imaginable, en l'occurrence, de prendre en compte la volonté du couple et de choisir la solution la plus juste selon le cas. Art. 65b For en cas de dissolution du partenariat enregistré Les actions et les requêtes

relatives à la dissolution du partenariat peuvent, selon les art. 59 et 60 LDIP, être déposées à certaines conditions au domicile du demandeur ou du défendeur au lieu d'origine suisse. Les partenaires enregistrés qui ne sont ni l'un ni l'autre Suisses et qui ne sont pas domiciliés en Suisse, mais dont le partenariat a été enregistré en Suisse, ne disposent pas, selon ces deux dispositions, de for en Suisse. Compte tenu du fait que cette institution est peu répandue, ces personnes n'auront toutefois, dans certaines circonstances, pas non plus de for à leur disposition à l'étranger pour faire dissoudre leur partenariat. L'art. 65b LDIP proposé prévoit donc qu'une action ou une requête relative à la dissolution du partenariat enregistré peut être déposée auprès du tribunal suisse du lieu d'enregistrement, qui sera chargé d'en régler les conséquences, si elles ne peuvent l'être devant un tribunal du domicile de l'un des partenaires ou si l'on ne peut raisonnablement pas exiger qu'elles le soient. Art. 65c Droit applicable Comme nous l'avons déjà mentionné à plusieurs reprises, de nombreux régimes juridiques étrangers ne connaissent pas (encore) l'institution du partenariat enregistré. Le rattachement fondamental au domicile pose donc un défi à la jurisprudence. Certes, les pouvoirs publics ou les tribunaux peuvent tenter de trouver une solution en appliquant les prescriptions du droit des sociétés, des contrats ou du mariage. Mais ces règles ne sont souvent pas appropriées à cette institution. C'est pourquoi l'avant-projet mis en consultation partait du principe que le droit suisse ou le droit de l'Etat d'enregistrement est toujours applicable. Mais ce principe comporte le risque de voir s'appliquer un régime juridique qui n'a pas ou pas suffisamment de rapport avec les parties et le motif de litige. En outre, il ne tient pas suffisamment compte de la mobilité internationale de la population et de l'adoption croissante du partenariat enregistré.

1261 C'est pourquoi le projet de loi part désormais du principe que le droit du domicile s'appliquera en premier recours, mais prévoit à l'art. 65c, al. 1, 1re phrase, LDIP l'application subsidiaire du droit suisse lorsque le droit du domicile ne connaît pas de dispositions applicables au partenariat enregistré. Selon l'art. 49 LDIP, l'obligation alimentaire entre partenaires est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires¹⁰⁰. Pour savoir si le droit du domicile étranger connaît une institution correspondante, il est nécessaire de procéder à des vérifications de droit comparé auprès des tribunaux. Si les tribunaux suisses sont compétents pour la dissolution d'un partenariat enregistré au sens d'un for de nécessité selon l'art. 65b LDIP proposé, le droit suisse est applicable (art. 61, al. 1, LDIP). Si les deux partenaires ont une nationalité étrangère commune, l'art. 61, al. 2, LDIP peut s'appliquer par analogie. Si l'on applique par analogie l'art. 52 LDIP, les partenaires enregistrés peuvent, pour leur régime patrimonial, choisir le droit de l'Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après l'enregistrement du partenariat, ou le droit d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité. Mais comme les Etats sont encore rares aujourd'hui à connaître un partenariat enregistré, l'art. 65c, al. 2 (nouveau), LDIP y ajoute la possibilité d'élire le droit de l'Etat d'enregistrement. Art. 65d Décisions ou mesures de l'Etat d'enregistrement Selon l'art. 65d, les décisions ou mesures étrangères sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré, si l'action ne pouvait être intentée ou la requête déposée dans un Etat étranger dont la compétence est reconnue en Suisse selon les dispositions du chapitre 3 de la LDIP ou si l'on ne pouvait raisonnablement exiger qu'elles le soient. Cette disposition complémentaire s'explique aussi par le fait que le partenariat enregistré est peu répandu. C'est pourquoi les partenaires ne peuvent parfois s'adresser qu'aux tribunaux et aux pouvoirs publics de l'Etat d'enregistrement. Art. 45, al. 3 Mariage entre personnes du même sexe En considération d'un Etat qui, comme les

Pays-Bas, autorise le mariage entre personnes du même sexe (ch. 1.3.1.2), il importe de clarifier la portée de ces mariages en Suisse. La question de savoir si la reconnaissance d'un tel mariage est conforme à l'art. 14 Cst. (ch. 1.5.1) et à l'ordre public suisse étant controversée, l'art. 45, al. 3, ne permet pas de reconnaître un mariage célébré à l'étranger entre deux personnes du même sexe. Cet article garantit néanmoins sa reconnaissance en Suisse en tant que partenariat enregistré.

100 RS 0.211.213.01

1262 2.5.18 Code pénal (CP)¹⁰¹, code pénal militaire (CPM)¹⁰² et loi sur l'aide aux victimes d'infraction (LAVI)¹⁰³ La notion de conjoints se retrouve tant dans le code pénal que dans le code pénal militaire, dans un contexte différent. Face à certains actes répréhensibles contre l'intégrité sexuelle, une possibilité de renoncer à infliger une peine est prévue au cas où la victime aurait contracté un mariage avec l'auteur. Il n'existe aucune raison de ne pas accorder ce privilège également en cas de partenariat enregistré¹⁰⁴. Mais, comme cette possibilité va à l'encontre de l'énoncé clair de la loi, il est nécessaire de modifier en conséquence les dispositions légales¹⁰⁵. L'art. 190 CP relatif au viol ne nécessite aucune adaptation puisque commet un viol «celui qui contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel». Ainsi, la victime ne peut être qu'une femme et l'auteur qu'un homme. Le viol homosexuel est punissable en tant que contrainte sexuelle selon l'art. 189 CP, dont la peine maximale prévue correspond à celle du viol selon l'art. 190 CP. L'art. 155a CPM soumet la contrainte sexuelle et le viol au droit pénal et à la juridiction pénale ordinaire si l'auteur est marié avec la victime et s'il fait ménage commun avec elle. Il doit en aller de même lorsque l'auteur est le partenaire enregistré de la victime. En outre, la disposition – comme l'art. 189, al. 2, CP – est adaptée à la terminologie du droit du mariage (cf. titre marginal des art. 173 et 176 CC): elle ne parle plus de ménage commun mais de vie commune. Selon l'art. 395, al. 1, CP et l'art. 232c, al. 1, CPM, le recours en grâce peut être formé par le conjoint (avec l'accord du condamné). Les partenaires enregistrés sont concernés par ces dispositions au même titre que les époux. En conséquence, eux aussi sont légitimés à former un recours en grâce (voir aussi ch. 2.5.15). L'art. 215 CP interdit la bigamie. La norme protège l'institution du mariage basée sur le principe de la monogamie. Comme ce principe est aussi valable par analogie en cas de partenariat enregistré (art. 4, al. 2, du projet de loi sur le partenariat enregistré), l'art. 215 CP doit être adapté en conséquence. L'art. 110, ch. 2, CP proposé établit clairement que le partenaire enregistré fait désormais partie des proches. La notion de proches est utilisée dans plusieurs dispositions du CP, notamment les art. 28bis, 137 à 139, 143, 147, 158, 175, 254 et 308. La loi sur l'aide aux victimes d'infractions est modifiée (art. 2, al. 2) pour que le partenaire enregistré puisse, au même titre que le conjoint, demander des conseils et faire valoir des droits dans la procédure et des prétentions civiles.

101 RS 311.0 102 RS 321.0 103 RS 312.5 104 La doctrine pénale est unanime à ce sujet: cf. notamment G. Jenny, *Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht*, 4e volume: *Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie*, n. 265 relative à l'art. 187, Berne 1997. 105 Art. 187, ch. 3 (actes d'ordre sexuel avec des enfants), art. 188, ch. 2 (actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes), art. 189, al. 2 (contrainte sexuelle), art. 190, al. 2 (viol), art. 192, al. 2 (actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues), art. 193, al. 2 (abus de la détresse) CP, art. 156, ch. 3 (actes d'ordre sexuel avec des enfants) CPM.

1263 2.5.19 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)¹⁰⁶ et loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)¹⁰⁷ La révision du droit fiscal fédéral vise à traiter de manière absolument identique le mariage et le partenariat enregistré (ch. 1.7.10), indépendamment des répercussions financières en faveur ou à la charge des partenaires. Ce principe n'a pas été contesté lors de la procédure de consultation. Lorsque des contributions d'entretien sont dues après la dissolution du partenariat, elles peuvent, comme en cas de divorce, être déduites du revenu du prestataire. Elles sont imposées sur le revenu de l'ayant droit. Outre les normes générales de l'art. 9 LIFD et de l'art. 3 LHID, seul l'art. 12 LIFD a été complété. Comme le droit matrimonial ne connaît pas les conventions sur les biens au sens de l'art. 25 de la loi sur le partenariat enregistré, il faut, pour des raisons de sécurité du droit, prévoir une réglementation spéciale sur ce point. Sinon, il serait à craindre que de telles conventions soient au détriment du fisc. Enfin, l'obligation de se récuser selon l'art. 109 LIFD est élargie à l'instar des autres lois fédérales. Outre le partenariat enregistré, la vie de couple de fait est aussi un motif de récusation (ch. 2.5.5). Les fiançailles ne sont plus expressément mentionnées. Si les fiancés ne mènent pas de fait déjà une vie de couple, l'al. 1, let. d, (récusation pour d'autres raisons) est applicable. 2.5.20 Loi sur le travail (LTr)¹⁰⁸ La modification de l'art. 4, al. 1, garantit que la loi sur le travail ne s'applique pas aux entreprises dans lesquelles est seul occupé le partenaire enregistré. 2.5.21 Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)¹⁰⁹ Un art. 13a doit être introduit dans le chapitre «Définitions générales» de la nouvelle LPGA. Il prévoit les principes fondamentaux suivants: dans le droit des assurances sociales, le partenariat enregistré est assimilé au mariage. Le partenaire survivant est mis sur le même pied qu'un veuf (voir aussi ch. 1.7.7). La dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré est assimilée au divorce. Selon l'art. 2 LPGA, les dispositions de cette loi sont applicables aux assurances sociales réglées par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. Ce sont¹¹⁰: la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)¹¹¹, la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)¹¹²,

106 RS 642.11 107 RS 642.14 108 RS 822.11 109 RS 830.1 110 Annexe à la LPGA, FF 2000 4679 ss. 111 RS 831.10 112 RS 831.20

1264 la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC)¹¹³, la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)¹¹⁴, la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA)¹¹⁵, la loi fédérale sur l'assurance militaire (LAM)¹¹⁶, la loi sur les allocations pour la perte de gain (LAPG)¹¹⁷, la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA)¹¹⁸ et la loi fédérale sur l'assurance-chômage (LACI)¹¹⁹ (tous les art. 1 sont révisés). Ainsi, le nouvel art. 13a LPGA assimile le partenariat enregistré au mariage dans toutes ces lois. En revanche, la LPGA n'est pas applicable à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹²⁰ et à la loi fédérale sur le libre passage¹²¹. Ces lois doivent dès lors être adaptées en conséquence (ch. 2.5.22 et 2.5.23). L'art. 13a LPGA proposé a essentiellement les effets suivants. 2.5.21.1 Assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI) L'un des buts de la 10e révision de l'AVS, en vigueur depuis le 1er janvier 1997, consistait à transcrire le principe de l'égalité entre hommes et femmes dans le cadre du premier pilier. Cela n'a cependant rien changé au fait que la législation en la matière fait dépendre, dans des domaines importants, les prestations de l'état civil du bénéficiaire. Ainsi, contrairement aux rentes d'un couple non marié, les rentes AVS et AI des conjoints

sont plafonnées, en ce sens que la somme des deux rentes s'élève au plus à 150 % du montant maximum de la rente de vieillesse (art. 35 LAVS et 36 LAI). Ce plafonnement n'est pas applicable lorsque les époux ne vivent plus en ménage commun suite à une décision judiciaire. Par ailleurs, les revenus acquis par les conjoints pendant la durée de leur mariage sont partagés et attribués par moitié à chaque conjoint dès que les deux partenaires ont droit à une rente. La répartition (splitting) du revenu a également lieu en cas de divorce ou lorsqu'une veuve ou un veuf a droit à une rente AVS ou AI (art. 29quinquies LAVS et art. 36, al. 2, LAI). Le plafonnement et la répartition s'appliqueront à l'avenir également aux partenaires enregistrés. Ce sont surtout les hommes et les femmes qui n'ont pas d'activité lucrative, ou seulement une activité à temps partiel, qui profitent de la répartition. En fait, celle-ci devrait avoir moins d'importance pour les partenaires enregistrés que pour les conjoints. La LAVS garantit, à certaines conditions, le droit à une rente de survivant (art. 23 ss LAVS). Les veuves et les veufs ont droit à une rente si, au décès de leur conjoint, ils ont un ou plusieurs enfants. Sont considérés comme des enfants donnant droit à une rente, les enfants du veuf, ainsi que les enfants recueillis qui, au moment du décès,

113 RS 831.30 114 RS 832.10 115 RS 832.20 116 RS 833.1 117 RS 834.1 118 RS 836.1
119 RS 837.0 120 RS 831.40 121 RS 831.42

1265 vivaient en ménage commun avec lui. Le droit à une rente de veuf s'éteint lorsque le dernier enfant du veuf a atteint l'âge de 18 ans. Les enfants recueillis ont également droit à une rente d'orphelin lorsque leur mère ou leur père nourricier décède (art. 25, al. 3, LAVS et art. 49 RAVS). Ces dispositions seront, à l'avenir, applicables également aux partenaires enregistrés. Les personnes touchant une rente d'invalidité ou de vieillesse peuvent recevoir une rente pour enfant pour leurs propres enfants, pour les enfants recueillis avant le début du droit à la rente et pour les enfants du conjoint. Pour les enfants du conjoint, le moment de la création du lien d'alliance, que ce soit avant ou après le début du droit à la rente, n'est pas déterminant (art. 22ter LAVS et art. 35 LAI). A l'avenir, l'enfant du partenaire enregistré tombera également sous le coup de cette réglementation (cf. aussi art. 27 du projet de loi sur le partenariat enregistré et art. 21 CC). Le parent qui a l'autorité parentale sur l'enfant peut prétendre à une bonification pour tâches éducatives. Lorsque les parents exercent l'autorité parentale conjointe, ils ne peuvent prétendre à deux bonifications cumulativement, une seule bonification étant attribuée par couple. Pendant la durée du mariage, la bonification est répartie par moitié entre les conjoints, qu'il s'agisse d'un enfant commun ou de l'enfant d'un seul des conjoints (art. 29sexies, al. 3, LAVS). Les partenaires enregistrés en profiteront également à l'avenir. Les assurés qui prennent en charge des parents de ligne ascendante ou descendante, ainsi que des frères ou sœurs au bénéfice d'une allocation de l'AVS ou de l'AI pour impotent de degré moyen au moins et avec lesquels ils font ménage commun peuvent prétendre à une bonification pour tâches d'assistance (art. 29septies LAVS). Les partenaires enregistrés seront également compris à l'avenir dans cette catégorie de personnes. Les parents et les enfants de l'autre partenaire seront placés sur un pied d'égalité avec les beaux-parents ou l'enfant du conjoint. Les veufs et veuves qui bénéficient de rentes AVS/AI ont droit à un supplément de 20 % sur leur rente, mais la rente et le supplément ne doivent pas dépasser le montant de la rente maximale (art. 35bis LAVS et art. 37, al. 1, LAI). Cette réglementation s'appliquera aussi au partenaire enregistré survivant. Les personnes qui travaillent dans l'entreprise de leur conjoint, si elles ne touchent aucun salaire en espèces, sont réputées avoir payé elles-mêmes

des cotisations, pour autant que leur conjoint ait versé des cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale (art. 3, al. 3, LAVS). Dans ce cas également, le partenariat enregistré sera placé sur un pied d'égalité avec le mariage. Actuellement, le système des indemnités journalières de l'AI est encore fondé sur l'état civil. L'AI comprend en plus une rente complémentaire pour les conjoints. Toutefois, la 4^e révision de l'AI permettra de supprimer la rente complémentaire et de mettre sur pied un système d'indemnités journalières neutre du point de vue de l'état civil.

2.5.21.2 Prestations complémentaires

Les prestations complémentaires ont pour but d'élever les revenus des rentiers pour leur permettre de couvrir leurs besoins vitaux. Leur montant se calcule dès lors en fonction de la différence entre les dépenses reconnues par la loi et les revenus

1266 déterminants. Le montant permettant de couvrir les besoins vitaux est différent pour les couples mariés et pour les couples non mariés. Pour les couples mariés, il correspond à 150 % des montants alloués à des personnes seules (art. 3b, al. 1, let. a, LPC). Ce plafonnement vaudra à l'avenir également pour les partenaires enregistrés.

2.5.21.3

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. Les personnes qui, par suite de séparation de corps, de divorce, d'invalidité ou de mort de leur conjoint ou pour des raisons semblables, sont contraintes d'exercer une activité salariée, sont cependant libérées de l'obligation de cotiser (art. 14, al. 2, LACI). Donc, 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. La même réglementation vaudra à l'avenir en cas de partenariat enregistré.

2.5.21.4 Assurance-maladie

La LAMal ne contient aucune disposition se rapportant spécifiquement à l'état civil. Toutefois, dans le domaine de la réduction des primes, le droit à la réduction dépend du montant du revenu imposable et les couples mariés sont imposés globalement. Cela vaudra aussi, à l'avenir, pour les partenaires enregistrés. En outre, le partenaire enregistré de l'assuré sera considéré comme un membre de la famille dans le cas de l'art. 64, al. 5, de la LAMal relatif à l'exemption de la contribution journalière en cas de séjour hospitalier.

2.5.21.5

Assurance-accidents

Dans le domaine de l'assurance obligatoire contre les accidents, seuls les époux survivants ont droit à des prestations en tant que survivants des victimes d'accidents (art. 28 s. LAA). 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. Une personne divorcée est assimilée à la veuve ou au veuf lorsque l'assuré victime de l'accident était tenu à des aliments envers lui. Les partenaires enregistrés seront placés à l'avenir sur un pied d'égalité avec le veuf.

2.5.21.6 Assurance militaire

En matière d'assurance militaire aussi, le conjoint survivant a droit à une rente. Toutefois, 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 (art. 51 s. LAM). Le conjoint divorcé n'a droit à une rente que si le défunt était tenu, au moment du décès, de lui fournir des aliments. Dans ce domaine également, les

1267 partenaires enregistrés seront placés sur un pied d'égalité avec les conjoints. Il en ira de même en cas d'octroi d'une rente de survivants aux père et mère selon l'art. 55 LAM.

2.5.21.7 Allocations pour perte de gain

L'actuelle LAPG ne contient aucune disposition se rapportant spécifiquement à l'état civil.

2.5.21.8 Allocations familiales dans l'agriculture

Selon la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA), les allocations pour enfants sont indépendantes de l'état civil. Par contre, les travailleurs agricoles liés par un partenariat enregistré auront droit à des allocations familiales étant donné que la LPGA assimilera le partenariat enregistré au mariage.

2.5.22 Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP)¹²² (2e pilier) La LPP n'accorde une rente de veuve qu'à l'épouse survivante (art. 19 LPP). Selon l'art. 19a LPP proposé, le partenaire enregistré a, conformément à la réglementation de l'AVS, le même statut juridique qu'un veuf (ch. 1.7.7) en ce qui concerne la prévoyance professionnelle. Par conséquent, le partenaire enregistré survivant ne peut pas faire valoir un droit à une rente de veuve. Toutefois, il convient 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 ont amélioré leur réglementation relative à la situation du veuf. Ces améliorations vaudront à l'avenir également pour les partenaires enregistrés. Dans le cadre de la 1re révision de la LPP, il est prévu d'introduire une rente de veuf (art. 19 projet de 1re révision LPP). Par ailleurs, les institutions de prévoyance professionnelle auront la possibilité de prévoir dans leur règlement que les personnes qui ont formé avec le défunt une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès ont droit à une rente (art. 20a projet de 1re révision LPP)¹²³. L'art. 30c, al. 5, LPP proposé ici garantit que le versement d'un montant pour la propriété d'un logement pour les besoins de l'assuré ne sera autorisé que si le partenaire donne son consentement. L'al. 6 de cette disposition et l'art. 79a, al. 5, prennent en compte l'art. 33 du projet de loi sur le partenariat enregistré. En conséquence, les prestations de sortie du deuxième pilier acquises pendant la durée du partenariat doivent être partagées entre les partenaires en cas de dissolution judiciaire du partenariat selon le même mode de calcul qu'en cas de divorce. Les dispositions correspondantes concernant les versements anticipés pour l'accès à la propriété du logement s'appliquent aussi en cas de partenariat enregistré.

122 RS 831.40 123 FF 2000 2571 ss, en particulier 2572 s.

1268 2.5.23 Loi fédérale sur le libre passage (LFLP)¹²⁴ L'art. 33 du projet de loi sur le partenariat enregistré prévoit qu'en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré, les dispositions du droit du divorce sur la prévoyance professionnelle sont applicables au partage des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle acquises pendant la durée du partenariat enregistré. Ce renvoi ne concerne pas seulement le droit du divorce en tant que tel, mais également les dispositions topiques de la loi fédérale sur le libre passage (ch. 2.4.2 ad art. 33). L'art. 22d LFLP proposé a pour but de clarifier la situation juridique dans cette loi. Selon l'art. 5, al. 2, LFLP proposé, le bénéficiaire ne peut demander le paiement en espèces de sa prestation de sortie que si son partenaire y consent. Afin de faciliter le partage des prestations lors de la dissolution judiciaire du partenariat enregistré, l'art. 24, al. 2, LFLP proposé prévoit, comme en cas de mariage, que l'institution de prévoyance doit renseigner le partenaire qui conclut un partenariat enregistré sur sa prestation de libre passage à la date de la conclusion du partenariat. En outre, le devoir de renseigner de l'institution de prévoyance professionnelle prévu à l'al. 3 vaudra à l'avenir non seulement en cas de divorce, mais également en cas de dissolution du partenariat enregistré.

2.5.24 Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS)¹²⁵ Les modifications des art. 6, 8, let. a et b, et 32, al. 3, servent à mettre le partenariat enregistré sur un pied d'égalité avec le mariage.

3 Conséquences du projet de loi

3.1 Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour la Confédération et les

cantons Le partenariat enregistré, dans les pays qui l'ont introduit, ne joue qu'un rôle marginal. On ne sait ce qu'il en sera à l'avenir. Il ne faut toutefois pas s'attendre à un changement radical de la situation au cours des prochaines années. En extrapolant les chiffres connus pour la Suisse aux partenariats enregistrés (ch. 1.3.2 et également ch. 1.2 in fine), le nombre d'enregistrements par année devrait être de quelques centaines. C'est pourquoi l'avant-projet devrait avoir une incidence modérée sur l'état du personnel et les finances, notamment dans les domaines de l'état civil, du droit fiscal et des assurances sociales. Par contre, les cantons devront assumer la charge de travail liée à la modification des lois cantonales pour tenir compte de cette nouvelle institution.

124 RS 831.42 125 RS 851.1

1269 3.2 Conséquences informatiques A partir du milieu de l'an 2004, les registres de l'état civil devraient être informatisés¹²⁶. L'introduction du partenariat enregistré nécessitera une adaptation des logiciels. 3.3 Conséquences économiques Comme le nombre de partenariats enregistrés devrait rester modeste, le projet de loi ne devrait pas avoir d'importantes conséquences économiques. Mettre le partenariat enregistré et le mariage sur un pied d'égalité dans la prévoyance professionnelle ne devrait pas poser de difficulté notable. La première révision de la LPP va dans la même sens (ch. 1.2 in fine et ch. 2.5.22). 3.4 Nécessité d'une intervention de l'Etat Le projet de loi vise la suppression de discriminations (art. 8 Cst.) et correspond au souhait d'un grand nombre de personnes, comme l'ont prouvé les deux procédures de consultation concernant la situation juridique des couples homosexuels (ch. 1.5.3 et 1.5.4). 4 Programme de la législature Le projet de loi est annoncé dans le rapport sur le programme de la législature 1999– 2003¹²⁷. 5 Bases juridiques 5.1 Constitutionnalité La principale base constitutionnelle du projet de loi est la compétence de la Confédération en matière de droit civil selon l'art. 122 Cst. Les autres bases sont l'art. 38 (acquisition et perte de la nationalité et des droits de cité), l'art. 112 (assurance-vieillesse, survivants et invalidité), l'art. 113 (prévoyance professionnelle), l'art. 119 (procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain), l'art. 121 (séjour et établissement des étrangers), l'art. 123 (droit pénal), l'art. 128 (impôts directs) et l'art. 129 (harmonisation fiscale). Le partenariat enregistré, tel qu'il est prévu par le projet de loi, présente des différences par rapport au mariage (en particulier en ce qui concerne les conditions et la dissolution, le régime des biens, l'adoption d'un enfant, le nom et le droit de cité).

126 Cf. modification du CC du 5 octobre 2001 (tenue informatisée des registres de l'état civil); FF 2001 5475. 127 FF 2000 2168

1270 Dans cette mesure, les conjoints et les partenaires du même sexe ne sont pas traités de manière égale. Sous l'angle du principe général de l'égalité devant la loi (art. 8, al. 1, Cst.), des distinctions juridiques sont toutefois admissibles lorsqu'elles reposent sur des raisons objectives¹²⁸. L'introduction du partenariat enregistré est aussi conciliable avec le principe de non-discrimination (art. 8, al. 2, Cst.)¹²⁹. Cette disposition ne s'oppose pas à une réglementation différenciée, lorsqu'elle se justifie objectivement et dans la mesure où la distinction opérée n'a pas de caractère discriminatoire, c'est-à-dire ne contribue pas à marginaliser ou à déprécier une personne sur la base de son appartenance à un certain groupe. La jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral se fonde sur la même compréhension du principe de non-discrimination¹³⁰. L'introduction du partenariat enregistré n'a pas pour but de déprécier ou d'exclure les partenaires du même sexe. Elle a au contraire pour objectif de supprimer les désavantages existants (notamment dans le

droit successoral, le droit des assurances sociales, le droit fiscal et le droit des étrangers) et a pour effet d'améliorer considérablement la situation des couples homosexuels. Les différences entre le mariage et le partenariat enregistré sont fondées sur des raisons objectives. Il n'y a dès lors pas de contradiction avec l'art. 8, al. 2, Cst. L'obligation pour le législateur, découlant du principe de non-discrimination, de traiter le partenariat enregistré comme le mariage peut être niée à un autre titre en core. La Constitution conçoit le mariage comme une communauté de vie dans un sens très large et sur la durée entre deux êtres humains de sexe opposé. C'est dans ce sens traditionnel que l'art. 14 Cst. garantit le mariage en tant qu'institution juridique¹³¹. Lors des débats parlementaires sur la nouvelle Constitution, aucune proposition n'a été faite d'ouvrir le mariage aux partenaires du même sexe, ni en rapport avec l'art. 14 ni en rapport avec l'art. 8, al. 2, Cst.¹³². Les travaux préparatoires de l'art. 14 Cst. montrent au contraire que l'institution juridique du mariage doit jouir d'une protection constitutionnelle particulière en comparaison avec d'autres formes de vie commune¹³³. L'interprétation de l'art. 8, al. 2, Cst. doit se faire sur cette base. Il serait contradictoire de prévoir une protection constitutionnelle particulière pour le mariage et d'obliger le législateur, sur la base du principe de non-discrimination, à créer une institution identique au mariage pour les partenaires du même sexe.

128 P. ex. ATF 125 I 178. 129 Détails à ce sujet: G. Biaggini, Vereinbarkeit der registrierten Partnerschaft mit relativ eigenständigen Wirkungen mit Art. 8 Abs. 2 BV (Diskriminierungsverbot), expertise sur mandat de l'Office fédéral de la justice, septembre 2001. 130 ATF 126 II 393. Cf. par ailleurs explications détaillées sur l'art. 8, al. 2, Cst. au ch. 1.5.1. 131 ATF 126 II 431 s. (avec d'autres renvois à la jurisprudence et à la doctrine). 132 La proposition (d'une portée moins étendue) de concrétiser dans la Constitution un «libre choix d'une autre forme de vie commune» n'a pas été acceptée (FF 1998 295); BO, tiré à part, Réforme de la Constitution fédérale, 1998 N 191 (Koller). 133 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale; FF 1997 I 155; BO, tiré à part, Réforme de la Constitution fédérale, 1998 E 41, 157, 209 (Inderkum ad art. 12).

1271 5.2 Délégation des compétences législatives La nouvelle loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe autorise, à l'art. 8, le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution concernant l'enregistrement par l'office de l'état civil. 6 Rapport avec le droit international et le droit européen 6.1 Droit international L'art. 8, al. 2, Cst. prévoyant que nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique, ne définit pas la notion de «discrimination» en général, mais énumère, à titre d'exemples, des critères du fait desquels une personne ne peut pas être discriminée. La Constitution s'inspire des garanties prévues par le droit international. C'est en effet le droit international, et non le droit national, qui a pris l'initiative d'interdire expressément des discriminations. C'est le cas notamment de la Charte de l'ONU (art. 1, al. 3)¹³⁴, de la CEDH (art. 14)¹³⁵, des Pactes I (art. 2, al. 2, et art. 3)¹³⁶ et II (art. 2, al. 1)¹³⁷, ainsi que d'autres conventions de portée universelle réglant des cas spécifiques de discrimination (en particulier la convention de l'ONU contre la discrimination des femmes¹³⁸ ou contre la discrimination raciale¹³⁹). En tant qu'Etat signataire de ces conventions, la Suisse reconnaît depuis longtemps déjà le principe de la non-discrimination et a encore renforcé, ces dernières années, son engagement en ratifiant d'autres accords internationaux. 6.2 Conseil de l'Europe En 1981, l'Assemblée parlementaire du Conseil de

l'Europe a adopté une résolution¹⁴⁰, par laquelle elle a invité l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à supprimer l'homosexualité de la liste des maladies. Dans une recommandation¹⁴¹, le comité des ministres a été prié la même année de s'engager auprès des Etats membres en vue d'éliminer tout traitement pénal particulier des homosexuels et de supprimer notamment les registres homosexuels tenus par la police ou d'autres autorités.

134 Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, in: Müller/Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 3e éd., Berne 2001, p. 543-568; texte original in: UNTS, vol. 557, p. 143 ss; vol. 638, p. 308; vol., 892, p. 199. 135 RS 0.101 136 RS 0.103.1 137 RS 0.103.2 138 RS 0.108 139 RS 0.104 140 Résolution 756 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels. 141 Recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels.

1272 Le 30 juin 2000, l'Assemblée parlementaire s'est penchée, à l'occasion d'une recommandation¹⁴², sur la situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration. Enfin, l'Assemblée parlementaire a adressé au comité des ministres sa recommandation du 26 novembre 2000¹⁴³, visant à interdire expressément dans la CEDH toute discrimination des personnes en fonction de leurs prédispositions sexuelles. En outre, elle a chargé le comité des ministres d'exhorter les Etats membres à adapter leur législation nationale en vue de supprimer toute discrimination contre les homosexuels, et plus précisément tout traitement pénal particulier, en égalisant l'âge de la majorité sexuelle pour les actes tant hétérosexuels que homosexuels, et en introduisant un partenariat enregistré. Le comité des ministres¹⁴⁴ s'est prononcé contre la reprise des débats concernant la mention expresse de l'orientation sexuelle dans la CEDH, tout en acceptant les autres mesures proposées.

6.3 Union européenne Le Parlement européen a adopté le 8 février 1994 la «Résolution sur l'égalité en droits des homosexuels et des lesbiennes au sein de la Communauté européenne», qui demande aux Etats membres de mettre fin aux inégalités de traitement touchant les personnes homosexuelles dans les prescriptions juridiques et administratives. Le Parlement européen revient régulièrement sur la situation des homosexuels dans ses résolutions concernant le respect des droits de l'Homme au sein de l'Union européenne.

142 Recommandation 1470 (2000) «Situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe». 143 Recommandation 1474 (2000) «Situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe». 144 Réponse du 19 septembre 2001.

1273 Table des matières Condensé 1193 1 Partie générale 1195 1.1 Introduction 1195 1.2 Nombre d'hommes et de femmes attirés par des personnes du même sexe 1196 1.3 Le partenariat enregistré à l'étranger 1198 1.3.1 Aperçu des développements juridiques à l'étranger 1198 1.3.1.1 Etats scandinaves et Islande 1199 1.3.1.2 Pays-Bas 1200 1.3.1.3 France 1200 1.3.1.4 Allemagne 1201 1.3.1.5 Etats-Unis: la «civil union» de l'Etat du Vermont 1203 1.3.2 Données statistiques sur le nombre de partenariats enregistrés entre personnes du même sexe à l'étranger 1203 1.4 Développements juridiques dans les cantons 1205 1.5 Travaux préparatoires 1206 1.5.1 Contexte constitutionnel 1206 1.5.2 Rapport de l'Office fédéral de la justice 1209 1.5.3 Résultats de la procédure de consultation 1210 1.5.4 Procédure de consultation de 2001 1210 1.6 Grandes lignes du projet de loi 1212 1.6.1 Terminologie 1212 1.6.2 Loi spéciale 1212 1.6.3 Non-intégration des couples hétérosexuels 1213 1.6.4 Réglementation moderne pour les couples homosexuels 1213 1.7

Caractéristiques du projet de loi 1214 1.7.1 Fondement du partenariat enregistré 1214 1.7.2 Assistance, respect et entretien 1215 1.7.3 Nom et droit de cité 1216 1.7.4 Protection spéciale du partenariat 1218 1.7.5 Rapports patrimoniaux 1218 1.7.6 Droit successoral 1220 1.7.7 Assurances sociales et prévoyance professionnelle 1221 1.7.8 Adoption et procréation médicalement assistée 1222 1.7.9 Dissolution du partenariat enregistré 1226 1.7.10 Droit fiscal 1227 1.7.10.1 En général 1227 1.7.10.2 Impôts directs 1228 1.7.10.3 Impôts sur les successions et les donations 1228 1.7.11 Droit des étrangers 1230

1274 2 Commentaire article par article 1231 2.1 Dispositions générales 1231 2.2 Enregistrement du partenariat 1232 2.2.1 Conditions et empêchements 1232 2.2.2 Procédure d'enregistrement du partenariat 1233 2.2.3 Annulation 1235 2.3 Effets du partenariat enregistré 1237 2.3.1 Droits et effets généraux 1237 2.3.2 Rapports patrimoniaux 1241 2.3.3 Effets particuliers 1245 2.4 Dissolution judiciaire du partenariat enregistré 1246 2.4.1 Conditions 1246 2.4.2 Effets 1247 2.4.3 Procédure 1249 2.5 Modification du droit en vigueur 1250 2.5.1 Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité (LN) 1250 2.5.2 Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) 1250 2.5.3 Loi sur l'asile (LAsi) 1251 2.5.4 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) 1252 2.5.5 Loi fédérale sur la procédure administrative (PA) 1252 2.5.6 Loi sur le personnel de la Confédération (LPers) 1253 2.5.7 Loi d'organisation judiciaire (OJ) 1253 2.5.8 Code civil (CC) 1254 2.5.9 Loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR) 1254 2.5.10 Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE) 1255 2.5.11 Code des obligations (CO) 1255 2.5.12 Loi fédérale sur le bail à ferme agricole (LBFA) 1256 2.5.13 Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) 1256 2.5.14 Loi fédérale sur les fors (LFors) 1256 2.5.15 Loi fédérale de procédure civile fédérale (PCF), loi fédérale sur la procédure pénale (PPF), loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) et procédure pénale militaire (PPM) 1257 2.5.16 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) 1258 2.5.17 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) 1258 2.5.18 Code pénal (CP), code pénal militaire (CPM) et loi sur l'aide aux victimes d'infraction (LAVI) 1262 2.5.19 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) 1263 2.5.20 Loi sur le travail (LTr) 1263 2.5.21 Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) 1263

1275 2.5.21.1 Assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI) 1264 2.5.21.2 Prestations complémentaires 1265 2.5.21.3 Assurance-chômage 1266 2.5.21.4 Assurance-maladie 1266 2.5.21.5 Assurance-accidents 1266 2.5.21.6 Assurance militaire 1266 2.5.21.7 Allocations pour perte de gain 1267 2.5.21.8 Allocations familiales dans l'agriculture 1267 2.5.22 Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP) (2e pilier) 1267 2.5.23 Loi fédérale sur le libre passage (LFLP) 1268 2.5.24 Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS) 1268 3 Conséquences du projet de loi 1268 3.1 Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour la Confédération et les cantons 1268 3.2 Conséquences informatiques 1269 3.3 Conséquences économiques 1269 3.4 Nécessité d'une intervention de l'Etat 1269 4 Programme de la législature 1269 5 Bases juridiques 1269 5.1 Constitutionnalité 1269 5.2 Délégation des compétences législatives 1271 6 Rapport avec le droit international et le droit européen 1271 6.1 Droit international 1271 6.2 Conseil de l'Europe 1271 6.3 Union européenne 1272 Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Projet) 1276

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2003 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 07 Cahier Numero Geschäftsnummer 02.090 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 25.02.2003 Date Data Seite 1192-1275 Page Pagina Ref. No 10 127 042 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.