



P.P. CH-3003 Berne, OFJ

A l'attention de la Commission des
affaires juridiques du Conseil national

N° référence: COO.2180.109.7.181563 / 232.01/2014/00018/ Dossier 232.01-002 (13.468)

Votre référence :

Notre référence : bj-ger/scf

Berne, le 7 juillet 2016

Mariage pour tous - Questions relatives à la constitutionnalité

1 L'ouverture du mariage aux couples de même sexe nécessite-t-elle une nouvelle base constitutionnelle?

1.1 Art. 122 Cst.

La compétence législative pour régler le mariage repose sur l'art. 122, al. 1, Cst. qui donne à la Confédération une compétence législative globale en matière de droit civil matériel¹. Le droit de la famille, y compris le droit régissant le mariage, fait partie du droit civil. L'art. 122, al. 1, Cst. ne contenant aucune prescription matérielle, le législateur n'est pas limité par cette disposition dans la manière dont il règle le mariage.

1.2 Art. 14 Cst.

1.2.1 Généralités

L'art. 14 Cst. garantit le droit au mariage. Cette disposition a en particulier les fonctions suivantes:

- a) Le droit au mariage garantit d'abord un *droit individuel*: chaque personne a le droit de décider si elle veut se marier, avec qui et quand². Le contenu néga-

¹ T. Göksu, Art. 122 n° 3, in: Basler BV-Kommentar, 2015; Ch. Leuenberger, Art. 122 n° 4, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015; J. - F. Aubert, Art. 122 ch. 3, in Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

² R. Reusser, Art. 14 n° 11, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015; P. Mahon, Art. 14 n° 4, in Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

tif de ce droit est que chaque personne a le droit de ne pas se marier³. Les limitations du droit au mariage telles que l'âge nubile (art. 94 CC) et les empêchements au mariage (art. 95 s. CC) sont des restrictions au droit constitutionnel au mariage qui doivent être justifiées conformément aux conditions de l'art. 36 Cst.⁴

b) Il est assez largement admis en doctrine⁵ et en jurisprudence⁶ que le droit au mariage contient aussi une *garantie institutionnelle*. Cette dimension a été aussi relevée dans les travaux préparatoires relatifs à la mise à jour de la Constitution⁷. En tant que garantie institutionnelle, l'art. 14 Cst. impose au législateur le mandat de rendre possible l'exercice du droit au mariage⁸: le législateur doit donc prévoir l'institution du mariage dans l'ordre juridique, c'est-à-dire édicter des règles régissant la conclusion, les modalités, les effets et la fin du mariage⁹.

Historiquement, la garantie du droit au mariage dans la Constitution de 1874 avait surtout pour but de lever divers obstacles, d'ordre notamment religieux ou économique, que les réglementations cantonales imposaient au droit de se marier¹⁰. Depuis l'édiction de la réglementation fédérale du mariage, l'institution du mariage a profondément évolué au niveau de la loi sans changement du cadre constitutionnel. C'est ainsi que le législateur a modifié les rapports juridiques entre les conjoints, passant d'un concept hiérarchisé à un partenariat où les conjoints sont égaux en droit. Par ailleurs la situation juridique privilégiée reconnue longtemps aux enfants nés dans le mariage a été abandonnée au profit d'une égalité en droit pour les enfants nés hors mariage.

1.2.2 La notion de mariage et sa portée

1.2.2.1 Les différentes lignes d'argumentation

La notion de mariage à l'art. 14 Cst. et sa portée font l'objet de controverses:

- Selon une première ligne d'argumentation que nous appellerons « cadre constitutionnel restrictif », l'art. 14 contient une définition autonome du mariage, compris dans son sens traditionnel de communauté de vie entre un homme et une femme, réglée par l'État et axée sur la durée¹¹. Cette définition du mariage ne comprend pas les communautés de vie entre partenaires de même sexe¹². Cette ligne d'argumentation déduit de la garantie constitutionnelle de

³ R. Reusser, Art. 14 n°12, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015; P. Mahon, Art. 14 n° 4, in Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

⁴ R. Reusser, Art. 14 n°13, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015; P. Uebersax, Art. 14 n°25, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

⁵ R. Reusser, Art. 14 n°22, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015; P. Uebersax, Art. 14 n°21, in: Basler BV-Kommentar, 2015; Auer/Malinverni/Hotellier, Droit constitutionnel suisse, 3e éd. 2013, vol. II, n°414; Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2e éd., 2009 n°1413; G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 14 n°7. Plus critique: P. Mahon, Art. 14 n°7, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

⁶ ATF 110 Ia 7 cons. 5; 119 II 264 consid. 4b.

⁷ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 157; B.O. 1998 CE 40 (Inderkum, rapporteur de la commission).

⁸ G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 14 n°7.

⁹ P. Uebersax, Art. 14 n°21, in: Basler BV-Kommentar, 2015; Auer/Malinverni/Hotellier, Droit constitutionnel suisse, 3e éd. 2013, vol. II, n°420; Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2e éd., 2009 n°1413.

¹⁰ P. Mahon, Art. 14 n°3, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

¹¹ R. Reusser, Art. 14 n°8, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015; Auer/Malinverni/Hotellier, Droit constitutionnel suisse, 3e éd. 2013, vol. II, n°423; G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 14 n°2. Jurisprudence: ATF 119 I 264, consid. 4b 267, 126 II 425 consid. 4b/bb 431 s.

¹² R. Reusser, Art. 14 n°8, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015; G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 14 n°2. ATF 126 II 425 consid. 4b/bb 431.

l'institution du mariage que la marge de manœuvre du législateur est limitée par la Constitution: le législateur ne peut pas étendre le champ de protection de l'art. 14 Cst. à d'autres formes de vie en commun que le mariage visé par la Constitution¹³. Selon cette interprétation, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe requerrait une révision constitutionnelle¹⁴.

- Selon une autre ligne d'argumentation que nous appellerons « renvoi à la loi », l'art. 14 Cst. remet à la législation ordinaire le soin de définir l'institution du mariage et d'en régler les conditions et les effets¹⁵. Le mariage garanti par la Constitution est donc celui institué par la législation.
- Une troisième ligne d'argumentation que nous appellerons « cadre constitutionnel ouvert » défend une position intermédiaire. Elle interprète, comme la doctrine exposée sous a), la garantie de l'art. 14 Cst. comme visant aujourd'hui uniquement le mariage monogame entre un homme et une femme, excluant ainsi que le droit au mariage puisse être invoqué par un couple de même sexe. Elle considère en revanche que l'on ne peut pas déduire de la garantie constitutionnelle une obligation du législateur à réserver l'institution du mariage au mariage traditionnel. Il en découle que le législateur est libre d'ouvrir l'institution légale du mariage aux partenaires de même sexe¹⁶.
- Selon une quatrième ligne d'argumentation que nous appellerons « cadre constitutionnel actualisé », il convient de réinterpréter aujourd'hui la notion constitutionnelle de mariage par une interprétation coordonnée au regard du fait que la Constitution protège l'orientation sexuelle contre les discriminations (art. 8, al. 2, Cst.) et les relations homosexuelles en tant que facette de la garantie de la vie privée (art. 13, al. 1, Cst.). Dans une interprétation téléologique contemporaine, il convient aussi de tenir compte de l'évolution sociale qui s'est passée depuis l'entrée en vigueur de la Constitution¹⁷. On ne peut en revanche pas *encore* déduire de l'art. 14 Cst. un droit constitutionnel à l'introduction de nouvelles formes de vie en commun¹⁸.

1.2.2.2 Appréciation

Même si nous ne nions pas d'emblée la pertinence de la quatrième ligne d'argumentation, nous avons pour notre part une claire préférence pour la troisième ligne d'argumentation pour les raisons suivantes:

a) La reconnaissance d'une fonction de garantie institutionnelle à l'art. 14 Cst. n'est guère compatible avec une interprétation selon laquelle l'art. 14 Cst. ne contiendrait

¹³ R. Reusser, Art. 14 n°23 et 24, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015.

¹⁴ R. Reusser, Art. 14 n°30, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015. Dans ce sens aussi C. Baader, rapporteur de la commission au sujet de l'initiative parlementaire 98.453, BO 1999 N 2584 s.

¹⁵ J. - F. Aubert, Avis de droit du 5 mai 1998 "La Constitution fédérale et les unions d'homophiles", ch. 64, concernant l'ancien art. 54 Cst., et 130. Dans ce sens aussi P. Uebersax Art. 14 n°14, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

¹⁶ J. P. Müller/M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4e. éd. 2008, p. 229. P. Mahon, Art. 14 n°5 et 7, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003. Voir aussi A. Ziegler Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, AJP 2013, p. 654. Dans ce sens aussi P. Uebersax, Art. 14 n°16, in: Basler BV-Kommentar, 2015, à titre de position subsidiaire (« Zumindest ist für die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Partner nicht eine Verfassungsrevision vorauszusetzen »).

¹⁷ P. Uebersax, Art. 14 n°16, in: Basler BV-Kommentar, 2015; C. Schoder, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht, AJP 2002, 1287. Moins tranchés: Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2e éd., 2009 n°1428 (« Es erscheint zunehmend schwieriger, den Ausschluss homosexueller Paare von der Ehefreiheit sachlich zu begründen. »); R. Kiener/W. Kälin, Grundrechte, 2e éd. 2013, p. 185 (« Während der Wille des Verfassungsgebers zu beachten bleibt, muss betont werden, dass die Ehe gleich wie andere Rechtsinstitute dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen ist und sich eine Veränderung in den sittlichen Anschauungen auch in einer differenzierteren Interpretation des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs spiegeln kann. »).

¹⁸ P. Uebersax, Art. 14 n°14, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

pas une définition propre de la notion de mariage et laisserait intégralement au législateur le soin de définir cette notion. En effet, l'absence de définition de la notion de mariage aurait pour conséquence que la garantie institutionnelle chargerait uniquement le législateur de créer une institution qu'il appellerait mariage, indépendamment de tout contenu. A notre avis, il faut reconnaître à la notion constitutionnelle de mariage un contenu propre qui est toutefois susceptible de changer avec le temps. En outre, l'institution légale du mariage, telle qu'elle existait lors de l'adoption de la constitution, n'est pas intégralement incorporée dans la notion constitutionnelle de mariage. Par exemple, l'âge nubile de 18 ans (art. 94 al. 1 CC) n'est sans doute pas un élément structurel du mariage au sens de la Constitution. La notion constitutionnelle de mariage doit être considérée comme limitée à certains principes structurels découlant non seulement de l'institution préexistante du mariage¹⁹, mais aussi de la fonction de liberté dévolue à ce droit fondamental et de l'insertion de l'art. 14 Cst. dans le cadre constitutionnel²⁰.

b) La notion de mariage au sens de l'art. 14 Cst. est encore aujourd'hui limitée au mariage entre un homme et une femme:

- Il est incontesté qu'en 1999 le constituant a visé par la notion de mariage à l'art. 14 Cst. l'institution préexistante en Suisse, donc le mariage au sens traditionnel entre un homme et une femme²¹. De même, l'interprétation littérale de la notion constitutionnelle de mariage incite à donner à cette notion le même sens que celui qu'elle a en vertu du droit civil.
- Il n'y a pas encore aujourd'hui assez d'indices qu'une notion plus ouverte du mariage se serait cristallisée en Suisse depuis l'adoption de la Constitution pour devoir être prise en compte dans l'interprétation de celle-ci²²; on ne peut notamment pas déduire du rejet à une courte majorité de l'initiative populaire « Pour le couple et la famille - Non à la pénalisation du mariage » le 28 février 2016 que le constituant aurait la volonté d'ouvrir la notion constitutionnelle de mariage aux personnes de même sexe.
- La notion constitutionnelle de mariage à l'art. 14 Cst. doit être interprétée de manière conforme au reste de la Constitution. Il faut d'abord relever que nous avons déjà conclu dans un avis de droit du 28 avril 2014 que la notion de mariage à l'art. 38, al. 1, Cst. devait plutôt être interprétée comme équivalant à celle utilisée en droit civil, excluant ainsi le partenariat enregistré²³. Il découle ensuite d'une interprétation coordonnée que l'égalité en droit entre l'homme et la femme fait, en vertu de l'art. 8, al. 3, Cst., partie des principes structurels de la notion constitutionnelle de mariage. En revanche, on ne peut pas soutenir que la notion constitutionnelle de mariage était dépourvue de référence au sexe des personnes concernées lors de l'adoption de la nouvelle constitution en 1999. Au contraire, cette notion visait clairement un lien entre un homme et une femme. Même dans l'hypothèse où la limitation du droit au mariage aux partenaires de sexe différent serait considérée aujourd'hui comme une discrimination visée par l'art. 8,

¹⁹ Dans ce sens : ATF 126 II 264, consid. 4.b p. 268: « Geschützt ist das Institut der Ehe als solches, so wie die kulturelle Entwicklung es gestaltet hat und wie es den sittlichen Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger entspricht. »

²⁰ Dans ce sens aussi en droit allemand, l'arrêt 105, 313, consid. B.II.1.b du Bundesverfassungsgericht (Lebenspartnerschaftsgesetz)

²¹ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 157. Une proposition visant à garantir aussi le libre choix d'une autre forme de vie en commun a été rejeté (cf. R. Reusser, Art. 14 n°3, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd. 2015). Cette interprétation a été confirmée dans le message relatif à la loi sur le partenariat enregistré (FF 2003 1270).

²² Cf. la réponse du Conseil fédéral du 20 novembre 2013 à la question Comte 13.1077.

²³ Avis de droit de l'OFJ du 28 avril 2014 relatif à la portée de l'art. 38 al. 1 Cst. concernant les partenariats enregistrés.

al. 2, Cst.²⁴, cela ne saurait entraîner une modification de la portée de l'art. 14 Cst. telle que voulue par le constituant: comme tant l'art. 14 Cst. que l'art. 8, al. 2, Cst. ont été adoptés simultanément, une telle discrimination aurait été admise par le constituant, à l'instar de la discrimination expresse des hommes découlant de l'art. 59, al. 1, Cst. concernant le service militaire.

- L'évolution des mœurs depuis l'adoption de la Constitution ne suffit pas non plus pour considérer que le but de l'art. 14 Cst. ne pourrait être réalisé aujourd'hui qu'au travers d'une réinterprétation de la notion de mariage de manière à y inclure aussi les couples de même sexe. Le but du droit au mariage est en effet de protéger les particuliers contre les mesures étatiques qui limiteraient de manière injustifiée la faculté de se marier et le choix du conjoint. La réalisation de ce but n'est pas modifiée par la large acceptation sociale des couples de même sexe.

c) L'art. 14 Cst. n'empêche pas le législateur de se fonder sur sa compétence législative en matière de droit civil pour ouvrir l'institution légale du mariage aux personnes de même sexe. La garantie constitutionnelle de l'institution du mariage a incontestablement une portée positive en obligeant le législateur à régler l'institution du mariage de manière à en permettre l'accès aux titulaires du droit au mariage. Nous ne partageons en revanche pas la thèse selon laquelle l'art. 14 Cst. interdirait au législateur de modifier les caractéristiques du mariage prévu par le code civil de manière à l'ouvrir aussi aux personnes de même sexe. Eu égard à la marge de manœuvre dont le législateur dispose en matière de droit civil en vertu de l'art. 122 Cst., une telle fonction négative de la garantie constitutionnelle de l'institution du mariage devrait reposer au moins sur une volonté claire du constituant. Tel n'est pas le cas. Certes, le message du Conseil fédéral avait affirmé que l'élargissement du droit au mariage « à toutes les autres formes de vie en commun dénaturerait l'institution du mariage »²⁵. Non seulement cette affirmation était relativisée par une donnée temporelle (« en l'état actuel », « heute »), mais elle concernait une extension du droit constitutionnel au mariage et non la réglementation légale du mariage. Or, l'extension par la loi du mariage aux personnes de même sexe n'a aucun effet sur l'accès au mariage ainsi que sur la portée et les effets du mariage pour les titulaires du droit constitutionnel au mariage.

En conclusion, les partenaires de même sexe ne peuvent pas, aujourd'hui, se fonder sur l'art. 14 Cst. pour revendiquer un droit au mariage. En revanche, l'art. 14 Cst. n'empêche pas le législateur de se fonder sur sa compétence législative en matière de droit civil (art. 122 Cst.) pour ouvrir l'institution légale du mariage aux personnes de même sexe.

L'ouverture par le législateur du mariage aux personnes de même sexe n'aurait pas d'impact direct sur la garantie constitutionnelle du mariage, car la loi définirait la notion légale de mariage et non directement la notion constitutionnelle de mariage. Pour garantir de manière incontestable aussi au niveau constitutionnel le droit au mariage aux personnes de même sexe, il faudrait soit réviser l'art. 14 Cst., soit que la jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaisse à cette disposition un contenu élargi. Au regard du lien entre le droit constitutionnel au mariage et la concrétisation de

²⁴ Une telle discrimination a été niée par le Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur le partenariat enregistré (FF 2003 1270).

²⁵ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 157.

l'institution du mariage au niveau de la loi, on peut s'attendre à ce que la doctrine et la jurisprudence tiennent compte, dans l'interprétation de l'art. 14 Cst., de l'évolution de l'institution légale du mariage et en particulier d'un éventuel choix du législateur d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe. Il n'est donc pas exclu qu'à terme la quatrième ligne d'argumentation, dite du cadre constitutionnel actualisé, puisse s'imposer.

La situation n'est pas fondamentalement différente en ce qui concerne l'art. 12 CEDH: ni les art. 8 et 12 CEDH, ni l'art. 14 combiné avec les art. 8 et 12 CEDH ne permettent aujourd'hui de déduire une obligation pour l'Etat d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. C'est là la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme. La pratique a seulement été modifiée dans la mesure où, depuis l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*²⁶, l'art. 12 n'est plus considéré comme étant d'emblée inapplicable. Le droit au mariage ne peut au contraire plus être défini, selon la Cour, comme revenant aux seules personnes de sexe opposé (elle se réfère notamment à l'art. 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE pour justifier le changement de pratique). L'art. 12 CEDH est par conséquent applicable. « En l'état actuel des choses »²⁷, c'est toutefois aux Etats qu'il incombe de trancher la question de savoir si le mariage entre personnes de même sexe doit être autorisé. Au final, la CEDH, et en particulier son art. 12, n'impose toujours pas aux Etats d'ouvrir le mariage à tous²⁸. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt rendu tout récemment²⁹. Il est frappant de constater que la Cour ne mentionne plus, dans ce contexte, les termes de l'art. 12 CEDH³⁰, mais considère seulement le nombre d'Etat dans lesquels le mariage des couples homosexuels est déjà réalité. On peut imaginer qu'à l'avenir la Cour étendra la portée de l'art. 12 CEDH aux couples de même sexe dès qu'une majorité des Etats membres aura reconnu les mariages entre personnes de même sexe, établissant ainsi un standard minimum européen qui repose sur un consensus.

2 Quels seraient les effets de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, en particulier dans le domaine du droit de l'adoption ?

2.1 Du point de vue du droit suisse

2.1.1 Au regard de l'art. 8, al. 1 et 2, Cst.

Une réglementation viole le principe de l'égalité ancré à l'art. 8, al. 1, Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante³¹. La question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les

²⁶ Arrêt du 24.6.2010, CEDH 2010-IV, p. 447 ss.

²⁷ Arrêt *Schalk et Kopf*, op. cit., ch. 61.

²⁸ Arrêt *Schalk et Kopf*, op. cit., ch. 63: « En bref, la Cour conclut que l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants ».

²⁹ *Oliari et autres c. Italie*, arrêt du 21.7.2015, ch. 192.

³⁰ « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

³¹ ATF 141 I 153 consid. 5.1 p. 157 avec d'autres références.

époques et les idées dominantes. Le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes³².

D'après l'art. 8, al. 2, Cst., 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 physique. On est en présence d'une discrimination selon l'art. 8, al. 2, Cst. lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation. Le principe de non-discrimination n'interdit toutefois pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8, al. 2, Cst., mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible. Les inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent dès lors faire l'objet d'une justification particulière qui doit être objective et raisonnable³³.

La notion de « mode de vie » vise plus particulièrement les groupes de personnes qui, par leur comportement ou leur forme de vie distincts, possèdent une identité propre. Il ressort des travaux préparatoires que l'interdiction des discriminations fondées sur le mode de vie vise à protéger principalement les homosexuels³⁴.

L'art. 8, al. 2, Cst. interdit non seulement la discrimination directe, mais également la discrimination indirecte. Une telle discrimination existe lorsqu'une réglementation, qui ne désavantage pas directement un groupe déterminé, défavorise tout particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe³⁵. Eu égard à la difficulté de poser des règles générales et abstraites permettant de définir pour tous les cas l'ampleur que doit revêtir l'atteinte subie par un groupe protégé par l'art. 8, al. 2, Cst. par rapport à la majorité de la population, la reconnaissance d'une situation de discrimination ne peut résulter que d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas particulier. En tout état de cause, l'atteinte doit revêtir une importance significative, le principe de l'interdiction de la discrimination indirecte ne pouvant servir qu'à corriger les effets négatifs les plus flagrants d'une réglementation étatique³⁶.

Si le mariage est ouvert aux couples de même sexe, il en découlera le principe que la législation devra traiter les couples mariés de façon égale, indépendamment du sexe des membres du couple. Le sexe identique des membres du couple homosexuel marié est certes une différence de fait par rapport à un couple hétérosexuel marié, mais cette différence n'est un motif raisonnable de distinction que si elle est importante pour la situation de fait à régler.

La problématique de la légitimité d'un traitement différencié se posera principalement en relation avec la procréation médicalement assistée et l'adoption.

2.1.1.1 Procréation médicalement assistée

La limitation de l'usage de la procréation médicalement assistée aux cas de stérilité d'un couple et risque de transmission d'une maladie grave et incurable découle de l'art. 119, al. 2, let. c, Cst. et de l'art. 5 de la loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11). De même, la prohibition de la maternité de substitution

³² ATF 133 I 249 p. 255, 131 I 1 consid. 4.2 p. 7.

³³ ATF 138 I 205 consid. 5.4 p. 213; ATF 137 V 334 consid. 6.2.1 p. 348; ATF 135 I 49 consid. 4.1 p. 53.

³⁴ R. J. Schweizer, Art. 8 n°75, in: SG-BV-Kommentar, 3e éd. 2014; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, n°1103, 3e éd., 2013.

³⁵ ATF 126 II 377 consid. 6c p. 393 et les références citées; voir également ATF 124 II 409 consid. 7 p. 425.

³⁶ ATF 138 I 205, consid. 5.5 p. 214.

est prescrite par l'art. 119, al. 2, let. d, Cst. et est exprimée par l'art. 4 LPMA. Ces règles s'appliquent indifféremment aux couples mariés et non mariés ainsi qu'aux couples hétérosexuels et homosexuels. La LPMA réserve toutefois le recours à la procréation médicalement assistée aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (art. 3, al. 2, let. a) et le recours à un don du sperme aux couples mariés (art. 3, al. 3, LPMA). En parallèle, l'art. 28 de la loi sur le partenariat enregistré (LPart, RS 211.231) rappelle l'exclusion de la procréation médicalement assistée pour les partenaires enregistrés.

Selon les travaux préparatoires et la doctrine dominante, l'exclusion des couples homosexuels de la procréation médicalement assistée découle directement de la Constitution, car la notion constitutionnelle de stérilité ne peut s'appliquer qu'à des couples de sexe différent³⁷. Dans une telle optique, même si l'exclusion des couples homosexuels de la procréation médicalement assistée en Suisse était qualifiée d'inégalité injustifiée de traitement parce qu'elle ne tenait pas compte de la spécificité des couples homosexuels qui ne peuvent enfanter sans recours à la procréation médicalement assistée, cette inégalité devrait être considérée comme constitutionnellement admise parce que reposant directement sur l'art. 119, al. 2, Cst. Une autre partie de la doctrine met toutefois en question cette interprétation de la notion constitutionnelle de stérilité aux couples, ouvrant la porte à une interprétation plus large assimilant la notion de stérilité à celle de désir d'enfant inassouvi, une notion qui pourrait aussi s'appliquer à des couples homosexuels³⁸. Une telle interprétation de la notion constitutionnelle de stérilité aurait pour conséquence que seule la prohibition de la maternité de substitution serait prescrite par la Constitution; en revanche, l'exclusion des couples de même sexe de la procréation médicalement assistée ne reposerait que sur la loi et devrait être légitimée au regard de l'art. 8, al. 1 et 2, Cst. Point n'est toutefois besoin de trancher entre ces deux lignes d'argumentation, car l'ouverture du mariage aux couples de même sexe n'aurait aucune influence sur l'analyse de la constitutionnalité de l'exclusion des couples homosexuels de la procréation médicalement assistée: on ne voit en effet pas quel motif justifierait de traiter différemment sur ce point les couples mariés de même sexe par rapport aux partenaires enregistrés.

2.1.1.2 Adoption

Selon le droit en vigueur, l'adoption conjointe d'un enfant mineur n'est possible que par un couple marié (art. 264a, al. 1, CC). Quant à une adoption d'un enfant mineur par une personne seule, elle n'est en principe ouverte qu'à une personne non mariée (art. 264b, al. 1, CC). Sans une modification de ces règles, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe aurait pour conséquence de permettre l'adoption conjointe qui n'est, en droit actuel, pas possible pour les personnes en partenariat enregistré (art. 28 LPart). La question qui se pose est donc de savoir s'il serait admissible d'un point de vue constitutionnel de restreindre l'accès à l'adoption conjointe aux couples mariés composés d'un homme et d'une femme, excluant ainsi les couples mariés de même sexe.

Lors de l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré, le refus d'autoriser l'adoption conjointe aux partenaires enregistrés n'avait pas été motivé par la différence d'institution entre le mariage et le partenariat enregistré, mais principalement par le fait qu'autoriser les couples homosexuels à adopter un enfant conduirait à abandonner

³⁷ Message relatif à l'art. 24^{novies} Cst.-1874, FF1996 III 244; message LPart, FF 2003 1226; R. Reusser/R. J. Schweizer, Art. 119, n° 34, in: SG-BV-Kommentar, 3e éd., 2014; G. Biaggini, BV-Kommentar, art. 119 n°14, 2007. Déjà: R. J. Schweizer, Art. 24^{novies} al. 2, n° 73, in: Commentaire de la Constitution de 1874, état mai 1995.

³⁸ E. M. Belser/E. Molinari, Art. 119 n°30, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

les principes fondamentaux du droit de la filiation: l'enfant aurait, du point de vue juridique, deux pères ou deux mères, ce qui serait contraire « à l'ordre des choses » et le placerait dans une situation exceptionnelle, qui serait difficile à justifier dans la société contemporaine³⁹. Dans les débats parlementaires, le refus d'autoriser l'adoption conjointe aux partenaires enregistrés avait été justifié principalement en invoquant l'intérêt de l'enfant à grandir avec une mère et un père et à ne pas être séparé juridiquement de ses parents⁴⁰. Avec ces deux types de motivation, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ne modifierait pas l'appréciation du bien-fondé de l'exclusion des couples de même sexe de l'adoption conjointe par rapport à l'art. 8 al. 1 Cst.: l'inégalité de traitement entre couples mariés selon qu'ils sont de même sexe ou de sexe différent serait tout autant (ou tout aussi peu) justifiable que celle entre partenaires enregistrés et couple marié en droit actuel.

Le message du 28 novembre 2014 concernant la modification du droit de l'adoption a en revanche motivé différemment le maintien de l'exclusion de l'adoption conjointe pour les partenaires enregistrés : d'une part l'institution du mariage jouit d'une protection constitutionnelle particulière et d'autre part l'interdiction des discriminations n'oblige pas le législateur à offrir aux personnes ayant d'autres modes de vie le même traitement que celui accordé aux personnes mariées⁴¹. Cette justification ne pourrait plus être valablement invoquée après l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Même dans l'hypothèse où la notion constitutionnelle de mariage conservait durablement une portée distincte de la notion légale de mariage au cas où le législateur faisait usage de sa possibilité d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, il est en effet à notre avis évident que la protection particulière par la Constitution de l'institution du mariage n'inclurait pas la possibilité de discriminer les couples mariés selon qu'ils bénéficient de la garantie constitutionnelle du mariage ou non.

Le droit actuel permet aussi l'adoption par un époux de l'enfant de son conjoint s'il est marié avec ce dernier depuis cinq ans (art. 264a, al. 3, CC). Dans les travaux préparatoires de la loi sur le partenariat enregistré, le refus d'autoriser un partenaire enregistré à adopter l'enfant de son partenaire avait été motivé comme suit: « 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. »⁴² Le Conseil fédéral a proposé dans son message du 28 novembre 2014 d'autoriser à l'avenir l'adoption de l'enfant du partenaire aussi pour les couples vivant en partenariat enregistré et aux personnes menant de fait une vie de couple⁴³. Le Conseil des Etats a approuvé cette solution le 8 mars 2016. Si ce projet aboutit, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe n'aura pas d'effet sur l'adoption de l'enfant du conjoint, car le sexe des membres du couple ne constituerait plus un obstacle à l'autorisation d'adopter l'enfant de l'un de ces membres.

Il faut relever que l'autorisation de l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré rendrait obsolète l'argumentation développée en 2003 lors de l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré pour justifier le refus d'autoriser l'adoption conjointe aux partenaires enregistrés. Le fait d'avoir deux pères ou deux mères resterait certes atypique, mais il ne pourrait plus être considéré comme contraire à « l'ordre des choses »,

³⁹ Message LPart, FF 2003 1222.

⁴⁰ BO 2003 N 1825 s (CF R. Metzler-Arnold et CN F. Gutzwiller, rapporteur de la commission)

⁴¹ Message Adoption, FF 2015 893 s.

⁴² Message LPart, FF 2003 1225.

⁴³ FF 2003 835

comme un abandon des principes fondamentaux du droit de la filiation. Pour pouvoir justifier l'exclusion de l'adoption conjointe pour les couples mariés de même sexe, il faudrait donc pouvoir démontrer que l'intérêt de l'enfant s'oppose systématiquement à une telle adoption; cela devrait être difficile, vu qu'un enfant pourrait se retrouver dans une situation familiale similaire en cas d'adoption de l'enfant d'un partenaire enregistré ou d'un concubin de même sexe,

2.1.2 Au regard de l'art. 9 Cst.

Selon l'art. 9 Cst. toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire. Un acte normatif est arbitraire lorsqu'il ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but⁴⁴. L'inégalité de traitement constitue une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement⁴⁵. Il en découle qu'un traitement inégal des couples mariés de même sexe par rapport aux couples mariés de sexe différent, notamment en matière d'adoption, pourrait aussi constituer un arbitraire si la différence de fait entre ces deux types de couples n'est pas un motif sérieux et objectif au regard de la matière à régler. En revanche, si ce traitement inégal est conforme à la Constitution sous l'angle de l'égalité de traitement ou de l'interdiction des discriminations⁴⁶, il ne saurait constituer un arbitraire.

2.2 Du point de vue de la CEDH

L'art. 14 CEDH contient une interdiction accessoire de la discrimination : il s'applique lorsqu'une personne est victime d'une inégalité de traitement dans l'exercice d'un droit garanti par la Convention (en l'espèce: l'art. 8 CEDH, droit au respect de la vie privée et familiale) en raison d'un des critères énumérés dans la disposition (comme « le sexe » ou « toute autre situation »)⁴⁷.

Toute inégalité de traitement ne constitue pas une atteinte à l'art. 14 CEDH.

L'admissibilité d'une inégalité de traitement dépend de la pertinence des arguments avancés pour la justifier. La Cour exige, dans sa jurisprudence constante, que les différences de traitement poursuivent un but légitime et respectent le principe de proportionnalité.

Les différences de traitement fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle ne sont plus admises par la Cour que très exceptionnellement⁴⁸. Les exigences requises sont particulièrement élevées et la marge d'appréciation des Etats étroite⁴⁹.

Il n'est pas possible de déduire du seul art. 8 CEDH une obligation d'autoriser l'adoption par les couples homosexuels ou l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe⁵⁰. Cela n'empêche toutefois pas qu'il puisse y avoir une discrimination inadmissible au sens de l'art. 14 CEDH. Car cette disposition s'applique dès lors que les faits entrent dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH. L'art. 8 CEDH est ici

⁴⁴ ATF 141 I 235, consid. 71 p. 240.

⁴⁵ ATF 129 I 346 consid. 6 p. 357; arrêt 2C_330/2013 du 10 septembre 2013 consid. 4.1.

⁴⁶ Cf. supra 2.1.1.

⁴⁷ Le Protocole n° 12 à la CEDH, qui contient une interdiction générale de la discrimination, n'a pas été ratifié par la Suisse.

⁴⁸ Par ex. *Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22.2.1994, série A vol. 280-B, ch. 27.

⁴⁹ *X. c. Autriche*, arrêt du 19.2.2013, CEDH 2013-II, p. 73 ss, ch. 140.

⁵⁰ *X. c. Autriche*, op. cit., ch. 135.

applicable, et même doublement selon la nouvelle jurisprudence de la Cour: il en va du droit au respect et de la vie privée et de la vie familiale⁵¹.

Dans l'affaire *X. c. Autriche*, la CourEDH a admis l'existence d'une atteinte à l'art. 14 en relation avec l'art. 8: le droit autrichien autorise l'adoption de l'enfant du conjoint aux couples hétérosexuels non mariés, mais pas aux couples homosexuels. Le Gouvernement n'a pas été en mesure d'apporter des arguments particulièrement sérieux et convaincants pour justifier cette inégalité de traitement⁵². Le cas se démarque expressément de l'affaire *Gas et Dubois c. France*⁵³, semblable dans les faits. La CourEDH n'avait alors pas constaté de violation, car le droit français place à égalité tous les couples non mariés, hétérosexuels ou homosexuels, en leur interdisant l'adoption.

Il ressort de ce qui précède que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe aurait pour conséquence que l'interdiction catégorique de l'adoption à ces personnes ne serait possible que si des raisons convaincantes étaient avancées pour justifier une différence de traitement entre les couples hétérosexuels et homosexuels mariés

Office fédéral de la justice OFJ

Domaine de direction Droit public



Luzius Mader

Directeur suppléant

Collaborateurs: Philippe Gerber, Frank Schürmann

⁵¹ Arrêt *Schalk et Kopf*, op. cit., ch. 94: « Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation. »

⁵² Op. cit., ch. 151.

⁵³ Arrêt du 15.3.2012, CEDH 2012-II, p. 245 ss.