

**Proposition de citation :**

Sandra Hotz, La révision de l'ordonnance sur l'état civil en vue de l'adoption du mariage pour les couples de même sexe, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2023

## La révision de l'ordonnance sur l'état civil en vue de l'adoption du mariage pour les couples de même sexe

Sandra Hotz

### 1. Le droit de fonder une famille – un changement de paradigme avec l'adoption du mariage pour les couples de même sexe

Avec l'adoption par referendum du « mariage pour tous », entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2022, le droit de fonder une famille a été explicitement reconnu, que ce soit par l'adoption conjointe hors du cadre familial (art. 264a CC) ou par l'accès à l'insémination artificielle médicalement assistée par don de sperme en Suisse pour les couples de femmes mariés (art. 255a CC).

Cela représente deux changements de paradigme, claires et explicites : ouvrir le mariage aux couples de même sexe et reconnaître leur droit de fonder une famille.

C'est dans cette perspective que la mise en œuvre de l'art. 255a CC en révision de l'ordonnance sur l'état civil (OEC) et de l'ordonnance sur les émoluments en matière d'état civil (OEEC) en cours, devrait être ordonnée.

### 2. L'art. 255a CC et la révision de l'ordonnance sur l'état civil (OEC)

Selon l'art. 255a CC, l'épouse de la mère qui accouche est considérée comme l'autre parent légal dès la naissance<sup>1</sup>, si l'enfant a été conçu par don de sperme conformément aux dispositions de la loi suisse sur la procréation médicalement assistée (LPMA).

Des questions ont été posées sur la mise en œuvre de cet article 255a CC liés à l'établissement des liens de filiation des enfants de couples de femmes mariées dans l'Ordonnance sur l'état civil OEC, en particulier sur l'art. 35 al. 6 et 6<sup>bis</sup> ainsi que sur l'art. 50 al. 1 let. a<sup>bis</sup> AP-OEC, dans la révision de l'ordonnance sur l'état civil (OEC) en cours.

La révision de l'ordonnance sur l'état civil (OEC) et de l'ordonnance sur les émoluments en matière d'état civil (OEEC), vise à moderniser l'ordonnance sur l'état civil à plusieurs égards et à l'adapter aux dernières évolutions. Sa procédure de consultation s'est terminée le 1<sup>er</sup> septembre 2023<sup>2</sup>. Le premier objectif du projet consiste en l'introduction d'un nouveau registre de l'état civil fédéral modernisé d'ici 2025 et l'élargissement du jeu de caractères

---

<sup>1</sup> GUILLOD O. / BURGAT S., *Droit des familles*, 6<sup>e</sup> éd., 2022, p. 86.

<sup>2</sup> <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/1202/fr> (25.09.2023).

standard, qui permettra de saisir de nouveaux caractères spéciaux de diverses langues étrangères et, ainsi, de restituer fidèlement les noms concernés. Une autre nouveauté prévue est celle d'abroger l'obligation de la nationalité suisse pour les officier·ère·s de l'état civil.

### **3. Présomption de parentalité de l'épouse selon l'art. 255a CC**

Selon l'art. 255a CC, l'épouse de la mère qui accouche est considérée comme l'autre parent légal dès la naissance, si l'enfant a été conçu par don de sperme conformément aux dispositions de la loi suisse sur la procréation médicalement assistée (LPMA). Il n'y a par contre pas de présomption de parentalité du mari du père<sup>3</sup>.

En effet, la présomption de parentalité de l'épouse de la mère qui a accouché ne s'applique pas si l'enfant a été conçu par don de sperme privé ou dans une clinique étrangère. Dans ces cas, le lien de filiation avec « la deuxième mère » doit continuer à être établi par l'adoption intrafamilial de l'enfant du conjoint (art. 264c CC, *Stiefkindadoption*).

Néanmoins, il s'agit également dans ces cas d'un projet parental commun de deux femmes avec l'intention d'une parentalité exclusive, qui est légitime et mérite d'être protégé par la loi. Le Conseil fédéral lui-même propose, dans son rapport « Besoin de révision du droit de la filiation » de décembre 2021<sup>4</sup>, de réglementer le don de sperme privé (*ch. 3.2.2*).

La recherche de paternité n'est pas plus indiquée dans ces cas (clinique de fertilité à l'étranger et donneur de sperme privé) que si l'enfant avait été conçu par don de sperme selon la LPMA suisse.

## **4. Contexte**

### **4.1. Les faits**

Malgré le nouvel accès à la procréation médicalement assistée, les premières expériences montrent que de nombreux couples de femmes continuent à opter pour une conception à l'étranger ou pour un don de sperme privé, que ce soit en raison des coûts moindres, du souhait d'avoir le même donneur pour un deuxième enfant que pour le premier, pour éviter les délais d'attente ou parce qu'ils souhaitent donner un visage au donneur, ce qui constitue également en des réflexions légitimes.

De plus, il existe également des cas où une femme transgenre et une femme cisgenre conçoivent leur enfant sans se rendre dans une clinique de fertilité et n'ont donc pas de certificat.

### **4.2. Du point vu des droit fondamentaux**

Du point de vue de l'interdiction de discrimination de l'art. 8 al. 2 Cst., les modes de procréation qui ne relèvent pas de la LPMA ne doivent pas être entravés par des mesures étatiques, telles que des enquêtes de paternité inutiles.

---

<sup>3</sup> GUILLOD O. / BURGAT S., *Droit des familles*, 6<sup>e</sup> éd., p. 87.

<sup>4</sup> Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 18.3714 de la Commission des affaires juridique du Conseil des États du 21 août 2018.

En plus, parmi toutes les constellations, le droit fondamental de l'enfant de connaître ses origines biologiques (art. 7 CDE) n'est pas affecté. En effet, il convient de distinguer entre les actions relatives à la paternité juridique et le droit de connaître son ascendance<sup>5</sup>.

### 5. Preuve de la procréation selon la LPMA concernant l'art. 35 al. 6<sup>bis</sup> AP-OCCE

La preuve de la procréation selon la LPMA<sup>6</sup> doit être séparée de l'annonce de la naissance, car la clinique de naissance ou le spécialiste qui annonce la naissance ne dispose généralement pas d'informations sûres sur le mode de procréation de l'enfant. Selon la nouvelle disposition proposée, cette preuve de la procréation selon la LPMA doit être apportée par une attestation médicale séparée du/de la médecin traitante de la clinique de fertilité, ce qui semble une bonne solution.

### 6. Présomption de la parenté selon l'art. 50 al. 1 let. a<sup>bis</sup> AP-OCCE

En cas de conception de l'enfant selon la LPMA suisse par don de sperme, l'épouse de la mère qui accouche est considérée dès la naissance comme le deuxième parent, conformément à l'art. 255a CC. Dans ce cas, il n'y a pas de communication à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA)<sup>7</sup>.

Selon l'art. 50 al. 1 let. a<sup>bis</sup> AP-OEC, l'office de l'état civil doit cependant faire une communication à l'APEA dans tous les autres cas. Le rapport explicatif précise sans plus de détails qu'en cas de non-application de l'art. 255a CC et en l'absence d'une reconnaissance de paternité, une communication doit être faite à l'APEA « afin qu'une deuxième parentalité juridique puisse être établie pour l'enfant (...), que ce soit en œuvrant pour une reconnaissance par le père génétique ou une action en paternité » (ch. 2.1.6). En revanche, les enfants conçus par don de sperme à l'étranger ou par don de sperme privé ne sont pas mentionnés dans le rapport, ce qui est critiquable. La réglementation prévue place les couples de femmes qui ont opté pour une conception en dehors de la LPMA dans une situation intenable et offre un résultat discriminatoire.

Dans les cas où l'enfant a été conçu par don de sperme à l'étranger ou par don de sperme privé, une constatation de paternité ne se justifie pas plus que si l'enfant avait été conçu par don de sperme selon la LPMA suisse. Les hommes qui ont donné leur sperme conformément à la législation étrangère sur la procréation médicalement assistée ne peuvent ni reconnaître une paternité, ni faire constater leur paternité selon le droit suisse. En ce qui concerne le don de sperme privé, le droit de l'enfant à connaître ses propres origines peut être garanti sans problème dans le cadre de la procédure d'adoption, en documentant les données personnelles du donneur.

Il convient de souligner que l'objectif de l'article 50 de l'AP-OEC est *de garantir à l'enfant la protection d'une double filiation* (seconde parentalité d'origine). Par conséquent, l'office de l'état civil n'est actuellement tenu d'annoncer automatiquement la naissance d'un enfant à l'autorité de protection de l'enfant que si l'enfant ne bénéficie pas de cette double filiation :

---

<sup>5</sup> TF 5A\_178/2022, consid. 3.3.4.

<sup>6</sup> Rapport explicatif ch. 2.1.6 et 3.1.6.

<sup>7</sup> Directive de l'OFEC du 29.04.2002 sur le « mariage pour tous », p. 11.

pour un couple homme-femme, si le couple n'est pas marié et si aucune reconnaissance prénatale de paternité n'a été effectuée.

Jusqu'à présent, cet article ne prenait en compte, dans sa formulation, que les situations hétéroparentales, c'est-à-dire les cas où l'enfant est conçu par un homme et une femme. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'adoption au 1<sup>er</sup> janvier 2018, aucune modification n'a été apportée à l'art. 50 de l'ordonnance sur l'état civil afin de rendre visible qu'outre la poursuite d'une procédure de recherche de paternité ou de reconnaissance de paternité qui concerne les couples homme-femme, il existe une possibilité pour les couples de même sexe d'établir le second lien de filiation par l'accès à l'adoption de l'enfant de l'époux/épouse, du partenaire ou du concubin/de la concubine.

Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'adoption, il a pu être constaté une grande diversité de pratiques de la part des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte au niveau cantonal dans le traitement des demandes d'adoption intrafamiliale déposées par des couples de femmes. Outre la lenteur de la procédure, liée à la surcharge de ces services, on observe une grande méconnaissance des réalités de vie des familles arc-en-ciel et des projets familiaux élaborés par des couples de même sexe. Il en résulte des procédures qui, trop souvent, n'offrent pas une protection suffisante à l'enfant dans la pratique, mais retardent inutilement l'accès à une pleine sécurité juridique pour la famille, tout en créant un fort sentiment de discrimination pour les couples homoparentaux<sup>8</sup>.

Avec l'adoption du mariage pour les couples de même sexe, le droit de fonder une famille a été explicitement reconnu, que ce soit par l'adoption conjointe hors du cadre familial ou par l'accès à l'insémination artificielle médicalement assistée par don de sperme en Suisse. Il est donc important que, même dans les cas où les deux parents n'ont pas le statut de parents légaux dès la naissance de l'enfant, la nature du projet parental commun de devenir parents soit reconnue en tant que telle (le projet familial/la volonté de créer une famille) par les autorités.

Or, c'est précisément ce que ne fait pas l'alinéa a<sup>bis</sup> proposé à l'article 50 du projet soumis à consultation. Le rapport explicatif est à cet égard sans équivoque : en citant le père et non le donneur, il ne mentionne que l'action ou la reconnaissance en paternité et ignore totalement l'accès des couples homosexuels à l'adoption de l'enfant du conjoint. Il nie ainsi complètement le projet familial commun développé par les couples de femmes.

## **7. Double filiation comme *ratio legis* de l'art. 50 AP-OEC**

L'objectif de l'art. 50 AP-OEC étant de garantir la double filiation de l'enfant, il est important d'indiquer de manière adéquate les voies qui y mènent pour les parents également, tout en tenant compte des réalités de vie des familles, en l'occurrence ici des couples de femmes. Au vu de ce qui est écrit dans le rapport explicatif, force est de constater que la proposition mise en consultation échoue totalement dans l'accomplissement de cette fonction, car :

a) Elle ne tient pas compte du droit existant (adoption de l'enfant du conjoint). Le rapport explicatif ne mentionne pas qu'une mère qui n'a pas accouché peut, dans le cadre d'une procédure d'adoption, établir la filiation et la parentalité à l'égard de l'enfant de sa partenaire.

---

<sup>8</sup> Hotz, Ehe für alle – Wie weiter, Teil 2, SJZ Nr. 2/.2.2021, p. 76.

Il convient de rappeler que ce droit existait déjà avant l'entrée en vigueur du mariage civil pour tous, mais qu'il restera pertinent pour plusieurs couples homoparentaux après son entrée en vigueur. Il s'agit notamment des couples de femmes mariées qui ont conçu leur enfant dans une clinique de fertilité étrangère ou avec l'aide d'un donneur de sperme privé et qui devront continuer à recourir à ce droit pour assurer la sécurité juridique de leur famille.

b) Elle soutient une procédure de recherche et de reconnaissance de paternité ou de poursuite de paternité dans les situations où le projet parental est lancé et porté par deux femmes et où il n'y a pas de père, mais seulement un donneur.

Comme indiqué dans le rapport explicatif, une annonce à l'APEA ne peut donc pas conduire la procédure à l'établissement d'un lien de filiation avec un deuxième parent. En ce sens, elle va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant, puisqu'elle ne favorise pas l'établissement du lien de filiation avec la deuxième mère, mais nie plutôt l'existence de ce deuxième parent de même sexe.

On peut tirer la conclusion que la non-application de l'art. 255a CC et l'absence de paternité ne devraient pas conduire automatiquement à une annonce à l'APEA et ne devrait surtout pas mener à une mesure de protection de l'enfant. En effet, il s'agirait dans ces cas de la *ratio legis* de la double filiation et du fait qu'une adoption est (souvent) envisagée et possible, en tant que mesure discriminatoire.

Même si les couples de femmes ne sont pas informés sur le fait qu'elles peuvent adopter, elles ont manifestement la volonté de créer une famille et devenir parent. Si ce n'était pas le cas, elles ne voudraient pas de don de sperme.

La tâche de l'Etat serait donc a) d'informer le public en général davantage sur ces faits et b) d'informer un couple dans le cas concret, que dans ces cas la filiation avec l'épouse de la mère ne peut pas être établie automatiquement à la naissance de l'enfant, mais seulement au terme d'une procédure d'adoption de l'enfant de l'épouse.

Dans ce sens, nous proposons la modification suivante de l'art. 50 al. 1 let. a<sup>bis</sup> AP-OEC :

<sup>1</sup> L'office de l'état civil compétent pour l'enregistrement communique à l'autorité de protection de l'enfant du domicile de l'enfant :

« a<sup>bis</sup> la naissance d'un enfant dont la mère est mariée à une femme, si aucun certificat médical n'a été présenté conformément à l'art. 35, al. 6<sup>bis</sup>, et ce afin que l'autorité de protection de l'enfant informe le couple que, dans ce cas, la filiation avec l'épouse de la mère ne peut pas être établie automatiquement à la naissance de l'enfant, mais seulement au terme d'une procédure d'adoption de l'enfant de l'épouse. »

## 8. Conclusion

Nous nous déclarons en principe favorable à la révision de l'ordonnance fédérale sur l'état civil, car le projet vise principalement à poser les premières bases légales en vue de l'introduction d'un nouveau registre de l'état civil fédéral modernisé d'ici 2025.

En principe, la volonté du législateur de renforcer le droit de l'enfant de connaître ses origines est positive, complétant les articles liés à l'établissement des liens de filiation des enfants (de couples de femmes mariées). De nombreuses questions se posent concernant la paternité

génétique qui est également socio-psychologique. Ce qui est important de retenir est que le lien génétique n'est en aucun cas pas la seule justification du lien de filiation. Comme abordé ici, la volonté du législateur n'est pas encore tout à fait réussie. En résumé, nous sommes allés deux pas en avant avec l'ouverture du mariage et la reconnaissance du droit à une famille au sens juridique.

Les autorités de protection de l'enfant, une fois averties, devraient en principe procéder de la même manière pour les couples de femmes vivant en partenariat enregistré ou en concubinage, car dans ces cas également, la filiation avec la mère, qui n'a pas donné naissance à l'enfant commun, peut être établie (pas avec une reconnaissance de la mère, c'est qui consiste en une autre discrimination, mais dans le cadre d'une adoption de l'enfant du conjoint).