



MODERNISATION DU DROIT DE LA FAMILLE

Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607)

Mars 2015

Le postulat 12.3607 Fehr « Code civil. Pour un droit de la famille moderne et cohérent » a été déposé le 15 juin 2012. Il a la teneur suivante :

« Le Conseil fédéral est chargé d'exposer dans un rapport les moyens à mettre en œuvre pour que le droit suisse, en particulier le code civil et plus précisément ses dispositions sur le droit de la famille, puisse s'adapter aux réalités sociales actuelles et à venir. Il tiendra compte notamment des nouvelles formes familiales, en particulier de l'augmentation du nombre de couples d'un certain âge vivant en concubinage et du nombre de couples binationaux, ainsi que du principe de l'égalité entre les différents modes de vie. »

Il est accompagné du développement suivant :

« La liberté individuelle est une valeur précieuse de notre société. Cette liberté trouve notamment son expression dans les modes de vie divers qui se sont développés au cours des dernières années. Or, notre droit n'intègre pas pleinement cette évolution. Le partenaire d'une personne admise dans une unité de soins intensifs à la suite d'un accident n'a pas le droit, par exemple, même s'il vit de longue date avec cette personne, de lui rendre visite ni de signer de directives anticipées. Le droit des successions ne place pas non plus couples mariés et concubins sur un pied d'égalité. En outre, certaines incertitudes subsistent pour d'autres formes de vie commune (par ex. partenaires de même sexe).

Le nouveau droit matrimonial introduit il y a quelque trente ans a profondément transformé le droit de la famille. Depuis l'adoption du nouveau droit matrimonial, certaines réformes, comme celle du droit du nom ou celle qui a débouché sur la loi sur le partenariat enregistré, ont pu être réalisées. Si l'on veut continuer sur cette voie et se doter d'un code civil moderne et cohérent, il faut commencer par présenter un rapport qui dresse l'état des lieux et esquisse les projets de réformes possibles.

Et pour que ce rapport ne reste pas lettre morte, il faut rechercher dès le départ un dialogue avec les acteurs de tous horizons (société civile, milieux politique, religieux, scientifique, culturel et économique), à même de représenter notre société dans sa diversité. »

Table des matières

1	Mandat	5
1.1	Postulat Fehr (12.3607)	5
1.1.1	Teneur du postulat	5
1.1.2	Traitement du postulat	5
1.1.3	Avis d'experts externes.....	5
1.1.4	Symposium sur la modernisation du droit de la famille.....	6
1.2	Objectif du rapport	6
2	Tour d'horizon de la situation.....	7
2.1	La famille hier et aujourd'hui	7
2.1.1	L'évolution de l'image traditionnelle de la famille.....	7
2.1.2	L'évolution de la société et le rôle de la femme	7
2.1.3	Compatibilité de la vie familiale et professionnelle.....	8
2.2	L'influence de la CEDH sur le droit de la famille.....	8
2.2.1	Remarques générales	8
2.2.2	Le principe de non-discrimination.....	9
2.3	Développements à l'étranger	10
2.3.1	Remarque générale	10
2.3.2	Partenariats homosexuels	11
2.3.3	Communautés de vie de fait.....	11
2.3.4	Rapports entre parents et enfants	11
3	Les défis et les grandes lignes d'un droit de la famille moderne.....	12
3.1	La société en mutation	12
3.2	Les évolutions actuelles du droit	12
3.3	Les relations entre adultes.....	14
3.3.1	Trois grandes lignes	14
3.3.2	Liberté d'organiser sa vie privée.....	14
3.3.3	Responsabilité du choix de vie	14
3.3.4	Droit constitutionnel au mariage et à la famille	15
3.4	Le droit de l'enfant	15
3.4.1	Trois grandes lignes	15
3.4.2	Le bien de l'enfant, principe suprême	15
3.4.3	Traitement égalitaire des enfants	16
3.4.4	Les enfants, sujets de droit autonomes.....	16
3.5	Le droit successoral.....	16
3.6	Mise en cohérence des domaines du droit	17
3.6.1	Remarques générales	17
3.6.2	Cohérence des traités internationaux.....	17
3.6.3	Droit international privé.....	18
3.6.4	Procédure civile internationale	18
4	Les relations entre adultes	19
4.1	L'importance du mariage.....	19
4.2	Le partenariat enregistré	19
4.2.1	Remarques générales	20
4.2.2	Les droits constitutionnels	20
4.2.3	Rapport entre le partenariat enregistré et le mariage	20
4.3	Les mariages et unions similaires conclus à l'étranger	21
4.3.1	La reconnaissance des mariages homosexuels étrangers.....	21
4.3.2	La reconnaissance des partenariats enregistrés hétérosexuels étrangers	21

4.3.3	Non-reconnaissance des mariages polygames mais protection des femmes et des enfants	22
4.3.4	La reconnaissance des mariages avec des mineur(e)s.....	22
4.3.5	Les mariages par procuration.....	23
4.3.6	La reconnaissance des communautés de vie de fait ou purement contractuelles	23
4.3.7	Appréciation	23
4.4	La communauté de vie de fait.....	23
4.4.1	Remarques générales	24
4.4.2	Droit comparé	24
4.4.3	Quelques considérations fondamentales	25
4.4.4	Quand y a-t-il communauté de vie de fait ?	25
4.4.5	Application par analogie des dispositions du droit du mariage ?	26
4.4.6	Opt-in ou opt-out ?	26
4.4.7	Le pacte civil de solidarité français (pacs).....	27
4.4.8	Appréciation	28
4.5	L'état civil	30
4.5.1	Remarques générales	30
4.5.2	Fonction des états civils	30
4.5.3	Appréciation	31
4.6	Le droit du nom.....	31
4.6.1	Remarques générales	31
4.6.2	Appréciation	32
5	Les enfants	32
5.1	Remarques générales	32
5.2	L'autorité parentale	33
5.2.1	Principes	33
5.2.2	Ocroti de l'autorité parentale à des tiers (notamment les beaux-parents) ?	33
5.2.3	Appréciation.....	34
5.3	La maternité.....	34
5.3.1	Le principe mater semper certa est.....	34
5.3.2	Développements de la procréation médicalement assistée.....	34
5.3.3	Appréciation.....	34
5.4	La paternité.....	35
5.4.1	L'établissement de la paternité.....	35
5.4.2	Situation juridique actuelle.....	35
5.4.3	Faits biologiques et relations juridiques	36
5.4.4	Appréciation.....	36
5.5	La dissolution du lien de filiation	36
5.6	La maternité de substitution et le don d'ovules	37
5.6.1	Remarques générales	37
5.6.2	La maternité de substitution réalisée à l'étranger	38
5.6.3	Appréciation.....	39
5.7	L'adoption.....	39
5.7.1	Remarques générales	39
5.7.2	Conditions de l'adoption : les enjeux de la révision en cours	40
5.7.3	Autres enjeux de la révision	41
6	Questions financières	41
6.1	Remarques générales	41
6.1.1	La pauvreté des familles.....	42
6.2	La contribution d'entretien après le divorce	42
6.2.1	Le Principe du <i>clean break</i>	43

6.2.2	Exception : le droit à l'entretien après le divorce ou la dissolution du partenariat enregistré.....	43
6.2.3	La gestion des « cas de déficit » après le divorce	43
6.2.4	Appréciation.....	44
6.3	Le droit de l'enfant à l'entretien.....	44
6.3.1	Remarques générales	45
6.3.2	Contribution d'entretien en faveur de l'enfant : ce que prévoit le projet de révision.....	45
6.3.3	La contribution d'entretien minimale pour l'enfant.....	46
6.3.4	La lutte contre la pauvreté des enfants	46
6.3.5	Appréciation.....	47
6.4	Les régimes matrimoniaux.....	47
6.4.1	Le régime matrimonial légal	47
6.4.2	Les régimes matrimoniaux conventionnels	47
6.4.3	Vers un changement de régime matrimonial légal ?.....	48
6.4.4	Appréciation.....	48
6.5	Le partage de la prévoyance professionnelle entre conjoints et entre partenaires enregistrés	49
6.5.1	Généralités.....	49
6.5.2	Les enjeux de la révision en cours	49
6.5.3	Les principes du projet de révision.....	50
6.5.4	Partage des avoirs de prévoyance : qu'en est-il pour les couples de fait ?.....	50
6.5.5	Le versement anticipé pour la propriété du logement : perspectives	51
7	Droit des successions	51
8	Modernisation dans les autres domaines du droit	52
8.1	Liens avec d'autres domaines du droit	52
8.2	Tour d'horizon des prestations relevant du droit des assurances sociales.....	52
8.3	Aspects de droit fiscal	54
8.4	Questions de procédure	55
9	Appréciation d'ensemble	56

1 Mandat

1.1 Postulat Fehr (12.3607)

1.1.1 Teneur du postulat

Le postulat 12.3607 Fehr « Code civil. Pour un droit de la famille moderne et cohérent » a été déposé le 15 juin 2012. Il a la teneur suivante :

« Le Conseil fédéral est chargé d'exposer dans un rapport les moyens à mettre en œuvre pour que le droit suisse, en particulier le code civil et plus précisément ses dispositions sur le droit de la famille, puisse s'adapter aux réalités sociales actuelles et à venir. Il tiendra compte notamment des nouvelles formes familiales, en particulier de l'augmentation du nombre de couples d'un certain âge vivant en concubinage et du nombre de couples binationaux, ainsi que du principe de l'égalité entre les différents modes de vie. »

Il est accompagné du développement suivant :

« La liberté individuelle est une valeur précieuse de notre société. Cette liberté trouve notamment son expression dans les modes de vie divers qui se sont développés au cours des dernières années. Or, notre droit n'intègre pas pleinement cette évolution. Le partenaire d'une personne admise dans une unité de soins intensifs à la suite d'un accident n'a pas le droit, par exemple, même s'il vit de longue date avec cette personne, de lui rendre visite ni de signer de directives anticipées. Le droit des successions ne place pas non plus couples mariés et concubins sur un pied d'égalité. En outre, certaines incertitudes subsistent pour d'autres formes de vie commune (par ex. partenaires de même sexe).

Le nouveau droit matrimonial introduit il y a quelque trente ans a profondément transformé le droit de la famille. Depuis l'adoption du nouveau droit matrimonial, certaines réformes, comme celle du droit du nom ou celle qui a débouché sur la loi sur le partenariat enregistré, ont pu être réalisées. Si l'on veut continuer sur cette voie et se doter d'un code civil moderne et cohérent, il faut commencer par présenter un rapport qui dresse l'état des lieux et esquisse les projets de réformes possibles.

Et pour que ce rapport ne reste pas lettre morte, il faut rechercher dès le départ un dialogue avec les acteurs de tous horizons (société civile, milieux politique, religieux, scientifique, culturel et économique), à même de représenter notre société dans sa diversité. »

1.1.2 Traitement du postulat

Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat le 29 août 2012. Le Conseil national l'a transmis le 14 décembre 2012 par 102 voix contre 88¹. Le présent rapport est élaboré en exécution du mandat du Parlement.

1.1.3 Avis d'experts externes

Dans le cadre des travaux préparatoires du présent rapport, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a commandé trois avis de droit : la prof. Schwenzer de l'Université de Bâle a été priée de présenter sa conception d'un droit civil et plus précisément d'un droit de la famille mo-

¹ BO 2012 N 2247.

derne et cohérent, à la lumière des réalités sociales actuelles². L'Institut suisse de droit comparé de Lausanne a été chargé d'étudier les développements juridiques récents du droit de la famille et en partie du droit successoral dans les Etats voisins, et de faire une analyse de droit comparé des tendances. Il devait non pas présenter l'ensemble des législations mais se concentrer sur les *points les plus intéressants*³. Enfin, le prof. Schwander de l'Université de Saint-Gall devait exposer les changements envisageables et souhaitables du point de vue du droit international privé⁴.

Le présent rapport s'intéresse aux dernières révisions de loi et aux travaux législatifs en cours dans le domaine du droit de la famille et du droit successoral en Suisse. Il s'en dégage déjà des tendances plus ou moins nettes. Les idées développées dans le rapport quant à une évolution future de ces tendances s'inspirent très largement des constatations et des propositions des trois avis externes cités.

1.1.4 Symposium sur la modernisation du droit de la famille

Le postulat enjoint au Conseil fédéral de mener un débat avec les représentants de la société civile et notamment des milieux politiques, religieux, scientifiques et culturels sur la modernisation du droit de la famille. Plus de 400 personnes ont participé à un symposium public, qui a eu lieu le 24 juin 2014 à l'Université de Fribourg, au cours duquel elles ont discuté de manière très libre de différents modèles possibles de modernisation⁵. Des positions parfois contraires se sont affrontées : alors que certains orateurs considèrent le mariage comme le seul modèle qui doit être régi par la loi, d'autres ont plaidé pour une mise à égalité des communautés de vie de fait et des couples mariés. Les participants favorables à une ouverture du droit de la famille ont souligné unanimement l'importance des aspects des assurances sociales et du droit fiscal : il n'est pour eux pas envisageable de réfléchir à une modernisation du droit de la famille sans prendre en compte les relations complexes avec ces diverses questions.

1.2 Objectif du rapport

Dans le présent rapport, le Conseil fédéral fait à l'intention du Parlement un état des lieux des efforts de modernisation du droit de la famille et de ses objectifs. Il est conscient que de nombreux sujets abordés dans le rapport sont très contestés politiquement et qu'ils dépendent fortement des jugements de valeur portés par la société sur ces questions. Il ne présente donc pas l'esquisse complète d'un modèle de droit de la famille moderne ; il se borne au contraire à décrire les questions essentielles auxquelles la société et le monde politique doivent répondre à l'heure actuelle et pour les prochaines années, afin de poser les bases du débat.

² INGEBORG SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr « Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht », août 2013, publié sur le site Web de l'OFJ : www.ofj.admin.ch > Manifestations > L'avenir du droit de la famille et dans Fampra.ch 2014, p. 966 ss (ci-après « avis SCHWENZER »).

³ Institut suisse de droit comparé, Gutachten zur Modernisierung des Familienrechts in der Schweiz, Lausanne, septembre 2013, publié sur le site Web de l'OFJ (note 2) (ci-après « avis de l'ISDC »).

⁴ IVO SCHWANDER, Gutachten zu Fragen des Internationalen Privat- und des Internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts, octobre 2013, complété le 3 avril 2014, publié sur le site Web de l'OFJ (note 2) (ci-après « avis SCHWANDER »).

⁵ Les documents du symposium sont publiés sur le site Web de l'OFJ (note 2). Les exposés sont publiés dans leur intégralité dans Fampra.ch 2014, p. 779 ss.

2 Tour d'horizon de la situation

2.1 La famille hier et aujourd'hui

Depuis l'entrée en vigueur du code civil, le rôle de la femme dans la société s'est profondément transformé. La famille telle que la représente le code civil est encore et toujours une réalité courante, mais de vastes pans de la population vivent en dehors du cadre formé par ces normes juridiques et des représentations qu'elles véhiculent.

2.1.1 L'évolution de l'image traditionnelle de la famille

Le code civil (CC)⁶ de 1907 a fourni des services remarquables pendant plusieurs décennies et il s'est adapté avec une souplesse extraordinaire aux évolutions sociales. Conçu pour refléter la société du début du vingtième siècle, au moment de l'adoption d'un code civil unifié, il a connu un développement d'une économie exemplaire depuis 1945, développement à la suite duquel l'image traditionnelle de la famille a radicalement changé : de phénomène marginal aux débuts du CC, le divorce est devenu un événement courant ; aujourd'hui, environ la moitié des mariages se termine par un divorce. Cette évolution favorise les deuxième et troisième unions et l'apparition des familles recomposées : les enfants ne grandissent plus forcément auprès de leurs deux parents, ils vivent souvent avec un des parents qui a un nouveau – ou une nouvelle – partenaire, doté de son côté d'enfants d'une précédente union.

Tandis que le mariage perd son statut exclusif dans les couples et la famille⁷, le *nombre d'enfants nés hors mariage* a fortement augmenté ces dernières années : toujours plus d'enfants grandissent auprès de couples qui ne se sont pas mariés, soit parce que tel est leur choix de vie, soit parce que le mariage n'a pas eu lieu pour une autre raison. Les pères demandent donc une amélioration de leur statut légal vis-à-vis de l'enfant, que ce soit en dehors du mariage ou après un divorce. Ces dernières années ont vu s'exprimer les exigences de couples homosexuels qui ne se satisfont pas de la reconnaissance juridique de leur union mais demandent à être à *égalité avec les couples mariés* pour ce qui est des questions liées aux enfants. Ils demandent notamment à pouvoir adopter l'enfant de leur partenaire et des enfants de tierces personnes⁸.

2.1.2 L'évolution de la société et le rôle de la femme

Le *statut juridique* de la femme a changé parallèlement à l'essor économique : aux débuts du code civil, alors que, célibataire, elle avait le plein exercice des droits civiques, elle perdait son indépendance avec le mariage et se trouvait placée sous la tutelle de son époux. Curieusement, la Suisse n'a totalement éliminé de la loi cette conception des rôles de l'homme et de la femme qu'en 1988 pour donner à la femme mariée les mêmes droits qu'à son époux. Pour ce qui est du droit du nom et du droit de cité, elle a dû attendre encore 25 ans de plus.

L'indépendance juridique s'est accompagnée d'une plus grande autonomie financière pour les femmes. La plupart des jeunes femmes accomplissent une formation⁹. Nombre d'entre

⁶ RS 210.

⁷ KLAUS PREISNER, Familiärer Wandel und Wandel von Familienrecht und –politik, Fampra.ch 2014, p. 784, 786.

⁸ Selon une estimation, il vit en Suisse entre 6 000 et 30 000 enfants de parents homosexuels. En Allemagne, on évalue la part de ces enfants à 0,5 %. En France, on estime leur nombre entre 24 000 et 40 000 ; voir Evelyne Y. NAY, Que(e)r zum Recht?, Fampra.ch 2013, p. 366 ss, 370, avec d'autres références.

⁹ En 2000, environ 8 % des femmes de 20-29 ans de nationalité suisse n'avaient pas de formation – un chiffre comparable à celui des hommes suisses. En comparaison, ce sont environ 13 % des femmes et 10 % des hommes suisses de la tranche des 60-69 ans. Cependant, on ne peut pas dire que l'égalité est réalisée dans le domaine de la formation, car la proportion

elles continuent d'exercer une activité lucrative après le mariage, soit par choix, soit pour des raisons financières. Le nombre de femmes ayant des enfants qui ont un emploi (à temps partiel) est en hausse et il est même particulièrement élevé par rapport aux autres pays européens, quoique les petits pourcentages de temps de travail dominant¹⁰. En même temps, 50 000 femmes au foyer, n'exerçant pas d'activité lucrative, ont un diplôme du degré universitaire¹¹. Enfin, le nombre de femmes qui prend un emploi rémunéré après un divorce, par nécessité, est élevé. Si l'on tient compte du fait qu'il y a statistiquement à peu près autant de divorces prononcés que de mariages conclus, la tendance des femmes à exercer une activité hors de la maison se renforcera encore¹². Un droit moderne de la famille devra prendre cette tendance en considération.

2.1.3 Compatibilité de la vie familiale et professionnelle

L'activité professionnelle des parents est aujourd'hui facilitée par les possibilités de *prise en charge externe des enfants*, elle peut même en dépendre. Il reste cependant un important potentiel à exploiter. Du point de vue du Conseil fédéral, l'encouragement de l'accueil extrafamilial des enfants demeure donc un thème politique central. Cette tâche relève principalement de la compétence des cantons et des communes. La Confédération s'engage au travers d'un programme d'encouragement de durée limitée visant à créer une offre de places d'accueil extrafamilial adaptée aux besoins (incitation financière). Les Chambres fédérales ont décidé, le 10 septembre 2014, de le prolonger jusqu'au 31 janvier 2019, soit pour une durée de quatre ans¹³.

2.2 L'influence de la CEDH sur le droit de la famille

La CEDH protège le droit au mariage. Toutefois, la protection de la vie privée et familiale ne se limite pas exclusivement aux couples mariés et à leurs enfants.

2.2.1 Remarques générales

Diverses dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)¹⁴ garantissent des droits fondamentaux pertinents pour le droit de la famille : les art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 12 (droit au mariage), ainsi que l'art. 5 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984¹⁵ (égalité entre époux). S'y ajoute le principe de non-discrimination de l'art. 14 CEDH, qui peut être invoqué en relation avec les droits précités.

des jeunes qui ne vont pas plus loin que l'école obligatoire ou qui font ensuite une formation courte est bien plus élevée chez les femmes que chez les hommes ; voir ELISABETH BÜHLER / CORINNA HEYE (2005), Eidgenössische Volkszählung 2000, Fortschritte und Stagnation in der Gleichstellung der Geschlechter 1970 - 2000, Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2005.

¹⁰ Environ 72,4 % de l'ensemble des femmes d'âge actif (16-64 ans) exercent une activité lucrative en Suisse.

¹¹ Office fédéral de la statistique, Enquête suisse sur la population active 2013.

¹² Voir le postulat Frehner 13.3826 (« Obligation d'entretien après le divorce »), qui demande que l'on examine si le retour à la vie professionnelle peut être raisonnablement exigé dès que l'enfant le plus jeune a atteint l'âge de trois ans, comme dans le droit du divorce allemand.

¹³ FF 2015 1281.

¹⁴ RS 0.101.

¹⁵ RS 0.101.07.

La Cour européenne des Droits de l'Homme considère la CEDH comme un « instrument vivant »¹⁶, qui n'est pas indépendant des circonstances de temps et qui doit être interprété à la lumière des conditions économiques et sociales actuelles¹⁷. La CEDH doit garantir des droits qui ne sont pas théoriques et illusoire, mais pratiques et effectifs¹⁸. La jurisprudence de la Cour est critiquée par certains, qui lui reprochent de corriger dans un sens ou dans l'autre des délimitations politiquement controversées, au nom des droits de l'homme, et de réduire fortement la marge de manœuvre des législateurs nationaux¹⁹. C'est ignorer que la tâche de la Cour européenne est précisément d'examiner, sur requête, si les Etats parties respectent les exigences de la CEDH²⁰. Il serait incompréhensible que des questions telles que l'égalité entre époux, l'orientation sexuelle ou le bien de l'enfant soient examinées de manière immuable, sans lien avec les valeurs de l'époque, selon les critères applicables au moment de la naissance de la CEDH. C'est une autre question de savoir si la façon dont la Cour opère cet examen ou fonde ses arrêts est toujours convaincante. En règle générale, elle adopte une approche nettement orientée sur le cas d'espèce, et ses conclusions ne peuvent se transposer qu'en partie à d'autres cas²¹.

Ces considérations mises à part, on peut dégager les *grands axes de la jurisprudence* de la Cour européenne dans divers domaines du droit de la famille et ses conséquences sur la législation et la jurisprudence nationales. Dans l'affaire *F. c. Suisse*, la Cour a qualifié de violation du droit au mariage une interdiction de remariage de trois ans, infligée en vertu de l'art. 150 CC de l'époque, très rarement appliqué²². L'exemple suisse le plus connu est le droit du nom des époux ; les dispositions entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1988 ont donné lieu à deux arrêts de la Cour européenne, en 1994 et 2010²³, à la suite de quoi l'Assemblée fédérale a finalement adopté la révision du droit du nom entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

2.2.2 Le principe de non-discrimination

La CEDH interdit toute discrimination dans l'octroi des droits et libertés qu'elle garantit. La Cour européenne accorde une grande importance à ce principe dans le droit de la famille. Plusieurs arrêts rendus contre d'autres Etats parties l'illustrent. En 1979, la Cour a qualifié la différence de traitement des enfants nés hors mariage dans le droit successoral de violation discriminatoire du droit à la vie privée²⁴. Peu avant, le 1^{er} janvier 1978, le nouveau droit de la filiation était entré en vigueur en Suisse ; il donnait à ces enfants les mêmes droits qu'aux enfants nés de parents mariés sur le plan du droit successoral²⁵. Cela n'a pas empêché la Cour européenne de condamner la Suisse pour violation discriminatoire du droit à la vie privée, parce que les autorités d'application du droit n'avaient pas autorisé un requérant à faire

¹⁶ Exprimé pour la première fois dans : *Tyrer c. Royaume-Uni* (requête n° 5856/72), § 31; voir ATF 139 I 16, 30, 137 I 284, 288 ; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5^e éd., Munich 2012, p. 30 ss.

¹⁷ Notamment : JOCHEN ABR. FROWEIN, in : Frowein/Peukert (éd.), *EMRK-Kommentar*, 3^e éd., Kehl/Strasbourg/Arlington 2008, introduction du n° 8, avec d'autres références.

¹⁸ *Airey c. Irlande* (requête n° 6289/73), § 24.

¹⁹ Voir HANSJÖRG SEILER, *Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege*, RJB 2014, p. 265 ss.

²⁰ Voir notamment EDGAR LENSKI, in : Karpenstein/Mayer (éd.), *EMRK-Kommentar*, Munich 2012, ad art. 19 n° 6 s.

²¹ Voir, pour un exemple typique, l'arrêt *Emonet et autres c. Suisse* (requête n° 39051/03), dans lequel la Cour a critiqué non pas la réglementation légale de l'adoption par une personne seule mais son application au cas concret, dont les circonstances étaient très spéciales.

²² Arrêt *F. c. Suisse* (requête n° 11329/85).

²³ Arrêts *Burghartz c. Suisse* (requête n° 16213/90) et *Losonci Rose et Rose c. Suisse* (requête n° 664/06).

²⁴ Arrêts *Marckx c. Belgique* (requête n° 6833/74), *Vermeire c. Belgique* (requête n° 12849/87) et *Camp et Bourimi c. Pays-Bas* (requête n° 28369/59).

²⁵ RO 1977 I 237.

exhumer son père biologique présumé pour établir sa filiation par une analyse ADN²⁶. Selon la Cour, le droit de l'enfant à entretenir des contacts s'exerce envers ses *deux* parents, et inversement, indépendamment de leur état civil²⁷. Le bien de l'enfant exige donc une mise en balance consciencieuse des intérêts dans le cas d'espèce, même si un tiers demande le droit d'entretenir des contacts avec l'enfant en prétendant être le père biologique, contre la volonté des parents mariés²⁸. Ces exemples montrent que l'art. 8 CEDH ne protège pas la vie conjugale, mais, dans un sens plus large, la vie privée et familiale. Citons pour exemple deux arrêts de principe récents de la Grande Chambre concernant la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Selon la Cour européenne, il est discriminatoire et contraire au respect de la vie privée et familiale d'une personne de se voir refuser l'autorisation d'adopter un enfant en tant que personne seule parce qu'elle vit en couple avec une personne du même sexe²⁹. Ces considérations s'appliquent aussi à l'adoption de l'enfant biologique du partenaire³⁰. Dans la mesure où un Etat partie permet aux couples hétérosexuels non mariés d'adopter l'enfant du partenaire, il doit le permettre aux couples homosexuels. Par contre, il est admissible de réserver l'adoption de l'enfant du partenaire aux couples mariés. L'interdiction de la discrimination statuée à l'art. 14 CEDH ne s'oppose donc pas à ce que le mariage soit une institution privilégiée sous certains aspects. Récemment, la Cour européenne a refusé de contraindre les Etats parties à la CEDH à ouvrir l'institution du mariage aux couples homosexuels, précisément en considération des valeurs sociales et culturelles héritées du passé³¹.

2.3 Développements à l'étranger

Parmi les législations étudiées – allemande, anglaise/galloise, française, italienne, norvégienne et autrichienne – seul le droit norvégien prévoit des normes de droit de la famille applicables aux communautés de vie de fait ; les autres prévoient des dispositions spéciales dans les domaines des impôts, du bail et des assurances sociales. Les unions homosexuelles sont réglementées partout sauf en Italie. La France ouvre le pacte civil de solidarité (pacs) aux couples hétérosexuels.

2.3.1 Remarque générale

Dans l'ensemble, le rapport de droit comparé de l'Institut suisse de droit comparé³² montre que les législations étudiées (Allemagne, Angleterre/Pays de Galles, France, Italie, Norvège et Autriche) ont été adaptées de manière très inégale pour tenir compte des nouvelles formes de vie de couple et régler les relations juridiques qui en découlent.

²⁶ Arrêt *Jäggi c. Suisse* (requête n° 58757/00) ; voir à l'opposé *Odièvre c. France* (requête n° 42326/98), dans lequel la Cour a qualifié de compatible avec l'art. 8 CEDH l'accouchement anonyme (« accouchement sous X ») et la préservation de l'anonymat de la mère vis-à-vis de son enfant.

²⁷ Arrêts *Zaunegger c. Allemagne* (requête n° 22028/04) ; *Sommerfeld c. Allemagne* (requête n° 31871/96).

²⁸ Arrêt *Schneider c. Allemagne* (requête n° 17080/07).

²⁹ Arrêt *E.B. c. France* (requête n° 43546/02) ; l'arrêt a été rendu à neuf voix contre huit et reflète l'importance de l'évolution des valeurs ; dans l'arrêt *Fretté c. France* (requête n° 36515/97), également rendu par la Grande Chambre, et portant sur le souhait d'adoption d'un homosexuel célibataire, la Cour estimait encore que la CEDH ne garantissait pas de droit à l'adoption en tant que tel et, se fondant sur les avis partagés des experts quant aux conséquences de l'homosexualité des parents sur l'enfant, que le refus de l'adoption n'était pas discriminatoire.

³⁰ Arrêt *X et autres c. Autriche* (requête n° 19010/07).

³¹ Arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* (requête n° 30141/04).

³² Avis de l'ISDC (note 3).

2.3.2 Partenariats homosexuels

Les différences entre Etats sont grandes pour ce qui est de la *codification des partenariats homosexuels* : alors que la plupart des législations étudiées ont réglé la communauté de vie des couples homosexuels sous forme de partenariat enregistré, la France et la Norvège leur ont aussi ouvert l'institution du mariage. A l'opposé, l'Italie n'offre encore aucune base légale aux homosexuels pour une vie conjointe, mais la cour constitutionnelle a ordonné en 2013 d'en créer une. La France a créé en outre, avec le *pacs*, une forme d'union atténuée par rapport au mariage, indépendante de l'orientation sexuelle des partenaires, réglée par le droit de la famille et assortie de certains privilèges.

2.3.3 Communautés de vie de fait

Pour ce qui est des couples non mariés, la plupart des législations ne prévoient pas de règles explicites relevant du droit de la famille. Seule la Norvège a édicté des normes de droit de la famille concernant les communautés qui font ménage commun. Par ailleurs, la plupart des pays étudiés ont arrêté des dispositions dans les domaines des impôts, du droit du bail, de la législation sociale, etc., qui rapprochent indirectement la communauté de vie de fait du mariage, sans pour autant que la première ait un statut en droit de la famille.

La compensation des droits acquis de la prévoyance professionnelle (en Suisse : partage de la prévoyance professionnelle)³³ pour les couples non mariés connaît des régimes très différents selon la législation envisagée, mais on peut classer les pays étudiés en *trois grandes catégories* : les pays qui prévoient expressément un partage de la prévoyance professionnelle, ceux qui ont institué un autre mécanisme pour tenter d'apporter une compensation appropriée et, enfin, ceux qui n'appliquent ni l'un ni l'autre de ces systèmes. Seul le droit allemand prévoit un partage de la prévoyance professionnelle. La France attribue une prestation compensatoire. L'Italie et l'Angleterre ont mis en place un mécanisme visant à atténuer les écarts en matière de prévoyance professionnelle. La Norvège a aussi institué une sorte de compensation sous forme de versement unique. Par contre, la question semble avoir été ignorée par le législateur autrichien.

Quant à la question de la *succession* à l'intérieur du couple, et plus précisément de la part réservataire ou du droit de réversion sur la prévoyance, on constate que dans les législations étudiées, ce sont essentiellement les relations de couple ayant un statut reconnu par l'état civil (époux et partenaires enregistrés) qui peuvent fonder une vocation successorale, mais que les autres formes d'union ne peuvent généralement pas donner droit à une réserve.

2.3.4 Rapports entre parents et enfants

Les rapports entre parents et enfants dénotent également des tendances à prendre en compte les nouveaux modes de vie des parents. Les législations étudiées ne font plus en principe de différence entre les enfants « légitimes » et « naturels ». Le principe *mater semper certa* est maintenu dans tous ces pays. Cependant, l'évolution de la société et les développements de la procréation médicalement assistée relativisent ce principe. En Norvège, l'instauration du mariage homosexuel s'est accompagnée de l'autorisation de la fécondation artificielle pour les couples lesbiens. Le corollaire en est la comaternité (*medmorskap*), un statut qui assimile la « coparente » à l'autre parent.

Dans le cas des *mères porteuses*, la question est de savoir si la maternité de fait crée un lien juridiquement reconnu entre elles et l'enfant. Bien que la maternité de substitution soit inter-

³³ Voir les explications au ch. 6.5.

dite dans tous les pays étudiés par l'Institut suisse de droit comparé à l'exception de l'Angleterre, il semble qu'il existe des possibilités, par exemple en Italie et en Autriche, mais aussi en partie en Allemagne et en France, de faire reconnaître, dans le cas d'espèce, une maternité de substitution effectuée à l'étranger.

En ce qui concerne la *paternité*, le mariage s'avère demeurer le premier critère appliqué pour déterminer la filiation juridique. Il ne semble pas que de grandes réformes se préparent pour tenir compte des communautés de vie de fait dans l'établissement de la paternité. Cependant, en Allemagne surtout, les droits du père biologique – essentiellement du père non marié à la mère – ont été renforcés.

L'*adoption* par un couple est en principe réservée aux personnes mariées. En ouvrant le mariage aux couples homosexuels, la France leur permet désormais d'adopter. En outre, en France, en Italie et en Norvège, des projets de loi sont en cours pour permettre l'adoption conjointe par des couples non mariés.

3 Les défis et les grandes lignes d'un droit de la famille moderne

3.1 La société en mutation

La mutation à laquelle la société est soumise depuis quelques dizaines d'années a créé un clivage entre les formes de vie commune d'une part, le droit et la politique familiale d'autre part³⁴. La fonction du droit de la famille est d'offrir un *cadre juridique stable* aux relations familiales. Lorsque le code civil a été créé, les données socio-démographiques étaient relativement uniformes : le mariage était la forme la plus fréquente d'union et c'est sur lui que se fondaient les familles, en tant que communautés de parents et d'enfants. Le concubinage était interdit dans de nombreux cantons et a été poursuivi pénalement jusque tard dans les années 1970. Les divorces étaient rares ; considérés comme un grand malheur, ils faisaient l'objet de la réprobation sociale. L'homosexualité a été poursuivie pénalement jusqu'à l'entrée en vigueur du code pénal en 1942. Les couples homosexuels n'existaient officiellement pas. Les enfants nés hors mariage étaient défavorisés par rapport aux enfants légitimes sur de nombreux plans ; jusqu'en 1978, ils n'avaient aucun lien juridique avec leur père, en dehors des questions financières.

La situation s'est profondément transformée depuis lors. Sans entrer dans les causes de cette évolution, on peut au moins en décrire les conséquences : la hausse du nombre de divorces, combinée avec l'augmentation de l'espérance de vie, a entraîné une multiplication des deuxième et troisième unions. Il n'est plus rare de se marier plusieurs fois. Par ailleurs, les couples ne contractent souvent pas de mariage, qu'ils aient ou non des enfants. Les familles recomposées ne sont plus une exception. Les couples homosexuels vivent au grand jour et demandent non seulement une reconnaissance juridique, mais aussi la possibilité de se marier ou du moins l'assimilation totale de leur forme de vie commune avec le mariage.

3.2 Les évolutions actuelles du droit

La modernisation du droit de la famille est en cours depuis quelques années ; plusieurs adaptations majeures ont déjà été effectuées.

Créer des dispositions du droit de la famille tenant compte si possible de *toutes* les constellations familiales actuelles est un immense défi. Le législateur fédéral s'est attelé à la tâche

³⁴ PREISNER (note 7) p. 792.

ces dernières années, de manière pragmatique, et il a déjà accompli quelques réalisations. La différence entre les enfants nés de parents mariés ou non mariés n'existe plus. La relation entre les parents et les enfants a été simplifiée en ce sens qu'elle ne dépend plus de l'état civil des parents. Ceux-ci ont le droit et le devoir d'éduquer leurs enfants et de s'occuper d'eux, qu'ils soient mariés ensemble ou non, ou qu'ils l'aient été. Selon le projet du Conseil fédéral qui se trouve actuellement devant le Parlement, l'enfant a droit à une contribution de prise en charge, quel que soit l'état civil des parents³⁵.

Les couples homosexuels peuvent, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat (LPart)³⁶, le 1^{er} janvier 2007, faire enregistrer leur union. Toutefois, la procréation médicalement assistée et l'adoption leur sont interdites (art. 28 LPart). Dans son projet relatif au droit de l'adoption, conformément au mandat du Parlement, le Conseil fédéral entend assouplir cette règle, en permettant à un membre du couple d'adopter l'enfant de son partenaire, comme le peuvent déjà les couples mariés. La condition serait (comme pour toute adoption) que la mesure serve le bien de l'enfant et que l'autre parent, qui est le père ou la mère juridique de l'enfant, consente à perdre ce statut³⁷. Dans le projet de loi qu'il a adopté, le Conseil fédéral propose – en exécution du mandat parlementaire³⁸ – de permettre l'adoption de l'enfant du partenaire non seulement pour les couples en partenariat enregistré mais aussi pour les couples en communauté de vie de fait (qu'ils soient ou non du même sexe). La condition serait que les deux partenaires fassent ménage commun depuis au moins trois ans. L'adoption de l'enfant de l'autre serait donc totalement dissociée du statut du couple pour dépendre uniquement de l'existence d'une vie commune. Pour éviter les inégalités de traitement, il faudrait exiger des couples mariés non plus une certaine durée du mariage, mais une durée de vie commune de trois ans. L'adoption conjointe resterait au contraire réservée aux couples mariés.

Alors qu'une partie des revendications exprimées visent une mise à jour globale du droit de la famille telle que les grandes réformes qui ont eu lieu au siècle dernier, le Parlement privilégie depuis dix ans une approche ponctuelle. Le danger est que le système perde sa cohérence et que certains domaines soient laissés de côté³⁹. Toutefois, les petites révisions ont l'avantage de pouvoir être réalisées rapidement et de se heurter à une moindre résistance sur le plan politique. Vu la multiplicité des intérêts particuliers en jeu, il n'est pas certain qu'un grand projet d'ensemble ne perdrait pas son unité au cours des délibérations parlementaires à force de modifications de détail. Ce raisonnement amène le Conseil fédéral à préférer l'approche suivie jusqu'à présent.

³⁵ Voir le message du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (entretien de l'enfant), ci-après « message sur l'entretien de l'enfant », FF 2014 511, 533 ss.

³⁶ RS 211.231.

³⁷ Message du Conseil fédéral du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (droit de l'adoption), ci-après « message sur l'adoption », FF 2015 835, 865 s.

³⁸ Message sur l'adoption (note 37), p. 866.

³⁹ Point de vue critique sur cette démarche à petits pas par exemple dans ANDREA BÜCHLER, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, Fampra.ch 2014, p. 797 ss, 806 s.

3.3 Les relations entre adultes

3.3.1 Trois grandes lignes

Dans un droit de la famille moderne, les relations entre adultes doivent suivre trois grands principes, qui seront les lignes de force de la législation future :

- les sujets de droit organisent leur vie privée librement,
- ils sont responsables de leurs choix de vie,
- le droit fondamental au mariage et à la famille est préservé.

3.3.2 Liberté d'organiser sa vie privée

Le législateur doit respecter la liberté de chacun d'organiser sa vie privée⁴⁰. Le droit au mariage et à la famille, garanti par l'art. 14 de la Constitution (Cst.)⁴¹, est un aspect de cette liberté. L'interprétation actuelle de la notion de mariage est celle d'une union librement consentie entre un homme et une femme en vue de vivre ensemble toute leur vie. Le droit au mariage comprend le droit de conclure un mariage sans que l'Etat se mêle du pourquoi. Ce dernier intervient cependant pour empêcher les mariages fictifs et lutter contre les mariages forcés⁴². La liberté du mariage comprend aussi la liberté de *ne pas* se marier : tout un chacun peut à son gré former une union libre au lieu de se marier.

Le droit à la famille garanti par l'art. 14 Cst. comprend le droit de fonder une famille, d'avoir des enfants et de les élever, y compris, à certaines conditions fixées par la loi, d'en adopter⁴³.

3.3.3 Responsabilité du choix de vie

Toute liberté implique une responsabilité. La liberté d'organiser sa vie privée a pour corollaire une responsabilité pour les choix effectués. Si chacun est libre de se marier ou non, il doit en assumer la responsabilité. La liberté de mener sa vie à sa guise n'entraîne toutefois pas uniquement une responsabilité pour les décisions prises ; elle comprend aussi la liberté de changer d'opinion ou de revenir sur ces décisions si les circonstances ne sont plus les mêmes. Lorsque d'autres personnes sont concernées (partenaire ou époux, enfants), la *protection de la confiance* joue un rôle cardinal. Tous doivent pouvoir compter sur le fait qu'un accord conclu est respecté et que les dispositions prises en toute confiance ne seront pas vaines. La remise en cause des relations doit cependant être possible pour autant qu'un temps d'adaptation approprié soit prévu, afin que les tiers puissent prendre leurs dispositions.

Le libre choix du mode de vie implique aussi de pourvoir à ses propres besoins et, le cas échéant, à ceux des enfants. Etant donné que le taux de divorce est actuellement très élevé et qu'un revenu moyen ne suffit généralement pas à financer deux ménages et l'éducation d'un ou plusieurs enfants, le législateur doit éviter toute mesure susceptible de nuire à l'autonomie financière des femmes notamment. C'est cependant moins une question de droit civil que de politique familiale. Les facteurs socio-économiques n'en sont pas moins des paramètres importants pour le droit civil et ils peuvent confirmer ou remettre en cause les décisions législatives. Il faut donc leur prêter attention, en particulier au vu de l'accroissement de

⁴⁰ Voir BÜCHLER (note 39), p. 802.

⁴¹ RS 101.

⁴² Voir art. 99, al. 1, ch. 3, et art. 105, ch. 5, CC.

⁴³ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 156.

l'espérance de vie. Les femmes, notamment, ne peuvent plus planifier leur vie autour de la période, relativement courte, pendant laquelle elles s'occupent des enfants, elles doivent aussi entretenir la perspective de la reprise d'une activité lucrative leur garantissant l'indépendance et assurer leur retraite.

Le présent rapport met en relief les difficultés que causerait une codification des communautés de vie de fait, précisément au regard de la liberté d'organiser sa vie privée : les couples peuvent avoir des raisons très diverses et parfaitement légitimes de partager leur vie sans certificat de mariage ou enregistrement. Ces raisons peuvent aller d'une attitude insouciant à un refus lucide des dispositions sur le mariage ou sur le partenariat enregistré. La conclusion du mariage ou l'enregistrement du partenariat est l'expression d'un consensus. Le fait de ne pas passer d'une union de fait à un mariage ou à un partenariat enregistré ne repose pas forcément sur une décision consensuelle. Il peut découler d'une divergence d'opinion ou d'un atermoiement illimité. Le législateur doit tenir compte de ces divers cas de figure.

3.3.4 Droit constitutionnel au mariage et à la famille

Dans toute réflexion sur une modernisation du droit des relations de couple, le législateur fédéral doit veiller à la préservation du droit constitutionnel au mariage et à la famille, car quelles que soient les mutations de la société, ce droit n'est nullement contesté.

3.4 Le droit de l'enfant

3.4.1 Trois grandes lignes

Dans un droit de la famille moderne, les normes concernant les enfants doivent être gouvernées par trois principes :

- le bien de l'enfant,*
- l'égalité entre les enfants nés d'une union maritale et nés hors mariage,*
- la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit autonome.*

Lors des travaux futurs dans le domaine du droit de l'enfant, le législateur fédéral devra suivre trois grands principes. En les mettant en œuvre, il devra partir de l'axiome que l'éducation des enfants relève en premier lieu de la responsabilité des parents et que l'Etat doit faire preuve de réserve. Il ne doit édicter des règles que lorsque c'est indispensable pour appliquer ces principes et surtout pour garantir le bien de l'enfant.

3.4.2 Le bien de l'enfant, principe suprême

Le bien de l'enfant est le principe suprême à observer, tant au niveau national qu'international. Il oblige le législateur à agir dès lors que l'enfant est insuffisamment protégé du fait d'une législation insatisfaisante ou lacunaire. Ce principe a guidé les révisions de loi consacrées à l'autorité parentale, à l'entretien de l'enfant et à l'adoption. Il doit demeurer le principe phare des travaux législatifs à venir. Sur le plan international, la Convention de l'ONU du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE)⁴⁴ n'a pas été le premier texte à se réclamer du bien de l'enfant, mais elle lui a conféré un rang particulier. Depuis lors, ce principe a été régulièrement mis en exergue dans les conventions multilatérales.

⁴⁴ RS 0.107.

3.4.3 Traitement égalitaire des enfants

Un deuxième principe est l'égalité des enfants « légitimes » avec les enfants nés hors mariage : en d'autres termes, le statut juridique de l'enfant ne doit pas dépendre de l'état civil des parents. Ces dernières années, le droit suisse s'est rangé à ce postulat : les enfants nés hors mariage ont aujourd'hui le même droit en matière d'entretien et la même vocation successorale que les enfants de couples mariés. Ce n'est que si la mère ne révèle pas qui est le père qu'il subsiste une lacune de fait. L'enfant n'a alors qu'un parent qui lui doit des prestations d'entretien. La loi ne peut pas combler cette lacune, car la mère ne saurait être contrainte de donner le nom du père.

Une question doit encore être attentivement examinée : le statut particulier du mari de la mère. Est-il encore conforme à notre temps, par exemple, que l'enfant ne puisse contester sa paternité que si le mariage est dissous alors qu'il est encore mineur ? Il faut aussi se demander si, pour des raisons de cohérence, la possibilité d'attaquer la paternité ne devrait pas s'appliquer lorsque le père n'est pas marié à la mère⁴⁵.

3.4.4 Les enfants, sujets de droit autonomes

Le troisième principe, la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit autonome, est le fruit d'une évolution qui transparaît dans les procédures relevant du droit de la famille : de plus en plus, l'enfant n'est plus considéré comme un objet de la faillite de la relation entre ses parents en cas de divorce ; il a le droit d'être entendu. Dans les procédures relatives aux enlèvements d'enfants, l'enfant doit avoir son propre représentant⁴⁶. Le code de procédure civile (CPC)⁴⁷ a instauré l'audition de l'enfant dans les procédures relevant du droit matrimonial⁴⁸. Toutefois, certains reprochent aux tribunaux de n'appliquer le droit de l'enfant d'être entendu que de manière sporadique⁴⁹, et souhaitent que les acteurs du domaine judiciaire soient sensibilisés à ce point. Une étude est en cours quant à la pratique actuelle de l'audition des enfants et aux mesures à prendre pour corriger les défauts manifestes⁵⁰.

3.5 Le droit successoral

Dans l'optique d'une réglementation moderne, le testateur devrait avoir plus de latitude pour disposer de ses biens. Il faut repenser le cercle des héritiers réservataires et le montant des parts réservataires, qu'il conviendrait de réduire. Quant à savoir si les partenaires d'une union de fait doivent être les héritiers légaux, voire réservataires, l'un de l'autre, le législateur devra se conformer à la solution adoptée pour régler l'échec de la relation ; si la loi prévoit une compensation, il faudra tenir compte des communautés de vie de fait en droit successoral. Si l'on se limite par contre à prévoir une clause de rigueur en cas d'échec d'une relation, il n'y aura pas lieu de donner au partenaire le statut d'héritier légal. On n'en devra pas moins réfléchir au moyen d'améliorer la position du partenaire survivant et à la création d'une clause de rigueur qui serait subordonnée aux mêmes conditions que celle applicable à

⁴⁵ Voir ch. 5.4.4.

⁴⁶ Art. 9, al. 2, de la loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA), RS 211.222.32.

⁴⁷ RS 272.

⁴⁸ Art. 298 CPC.

⁴⁹ Voir par exemple le communiqué de presse de la Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse (CFEJ) du 18 novembre 2011 « L'autorité parentale conjointe sera désormais la règle – l'audition des enfants devrait l'être aussi » : « Actuellement encore, seuls dans 10 % des cas de divorces, les enfants sont entendus. »

⁵⁰ Voir postulat Bulliard-Marbach 14.3232 (« Article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Bilan de la mise en œuvre en Suisse »).

l'échec de la relation. L'avant-projet de révision du droit successoral que le Conseil fédéral soumettra à une consultation en 2015 tiendra compte de ces principes⁵¹.

3.6 Mise en cohérence des domaines du droit

Le législateur doit veiller à ce que les grandes lignes du droit de la famille soient prises en compte dans l'ensemble de la législation. Les différences entre le droit civil et d'autres domaines – notamment le droit des assurances sociales et le droit fiscal – doivent être mises en question. Sur le plan international, la Confédération doit s'engager en faveur de la cohérence des normes et de l'élimination des contradictions. Elle doit passer en revue les traités internationaux existants sous cet angle.

3.6.1 Remarques générales

Le droit des assurances sociales et le droit fiscal se réfèrent généralement au statut de droit civil pour ce qui est des relations du droit de la famille⁵², mais, dans certains cas de figure, les dispositions relatives aux époux sont étendues aux couples de fait. Il faut vérifier dans chaque cas le bien-fondé de ces dérogations des lois spéciales par rapport aux conditions du droit civil.

3.6.2 Cohérence des traités internationaux

Un passage en revue des traités internationaux existants montre que la Suisse est liée par de nombreux instruments, sans que leur application apporte un progrès sensible pour les justiciables⁵³. Du fait de la pratique, suivie pendant des décennies, de ne pas dénoncer les traités une fois conclus, il devient toujours plus difficile, pour les sujets de droit, les avocats et les juges, d'obtenir une vue d'ensemble de la situation juridique, d'autant plus que les dispositions pertinentes pour le droit de la famille sont parfois intégrées aux accords sur la liberté d'établissement⁵⁴. Il n'est pas rare non plus que certains points soient codifiés plusieurs fois, si bien qu'il faut commencer par tirer au clair un conflit de normes de droit international⁵⁵. A côté des traités bilatéraux et multilatéraux, un certain nombre d'organisations internationales ont émis des recommandations, des lignes directrices et des « bonnes pratiques » visant à faciliter la recherche des normes pertinentes et l'application du droit⁵⁶. Reste à savoir si cette foule d'indications (parfois contradictoires) contribue vraiment à clari-

⁵¹ Voir ch. 7.

⁵² Voir ch. 8.2.

⁵³ On peut citer comme exemple la Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants (RS 0.211.221.310), qui, de même que la convention révisée de 2008, contient des dispositions matérielles fixant une certaine marge. Elle prescrit que les adoptants ne doivent pas avoir moins de 21 ans ni plus de 35 ans. Cela n'apporte pas grand-chose en droit, si bien que la Suisse a renoncé à ratifier le nouvel accord.

⁵⁴ Par exemple dans le traité du 25 novembre 1850 avec les Etats-Unis (RS 0.142.113.361), art. V ; dans la convention d'établissement et consulaire du 22 juillet 1868 avec l'Italie (RS 0.142.114.541), art. 17 ; ou dans la convention d'établissement et de protection juridique du 1^{er} décembre 1927 avec la Grèce (RS 0.142.113.721), art. 10.

⁵⁵ Prenons comme exemple le domaine du droit de l'entretien : Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (RS 0.211.221.431) ; Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger (RS 0.274.15) ; Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants (RS 0.211.221.432) ; Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01) ; Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.02) ; Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL ; RS 0.275.12) ; sans compter un certain nombre d'accords bilatéraux.

⁵⁶ Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe émet d'innombrables recommandations ; la Conférence de La Haye de droit international privé a rédigé divers manuels et guides, notamment dans le domaine de la protection de l'enfant, pour assurer l'application adéquate des traités internationaux (principalement dans le domaine des enlèvements d'enfants).

fier la situation juridique. Un droit de la famille moderne doit se caractériser par un accès simple aux sources de droit et par l'absence de contradictions. La Suisse ne peut pas s'opposer à elle seule à la multiplication des instruments du « droit souple » (*soft law*). Elle peut néanmoins examiner les conventions qu'elle a ratifiées et déterminer si elles correspondent encore aux exigences modernes. Si ce n'est pas le cas, elle peut essayer, pour les instruments bilatéraux, d'examiner avec l'autre Etat contractant s'il convient de moderniser ou d'abroger la convention. Dans le cas des traités multilatéraux, il faut d'abord viser des adaptations, mais certains pourraient être dénoncés ; la Suisse devrait alors veiller à ce que les raisons qui la conduisent à accomplir cette démarche soient portées à la connaissance des autres Etats parties : cela pourrait éventuellement inciter d'autres pays à lui emboîter le pas. Le Conseil fédéral est toutefois conscient du fait que l'assainissement des traités internationaux est une affaire de longue haleine⁵⁷.

3.6.3 Droit international privé

Le droit international privé est un droit national fixant les règles à suivre pour déterminer quelle législation s'applique à une affaire ayant un caractère international. En Suisse, il est énoncé depuis 1989 dans la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)⁵⁸. Il s'efforce de concilier deux exigences souvent opposées, celle de tenter de soumettre les faits à la législation avec laquelle ils présentent le plus de liens, et celle d'offrir des réponses simples et claires. Dans le domaine du droit de la famille, l'objectif de la LDIP est de désigner le droit national qui régit effectivement la vie des personnes concernées au premier chef par la relation familiale ou par la procédure ouverte, ou qui la régissait effectivement au moment déterminant, le premier critère étant leur domicile ou leur lieu de résidence habituel. Subsidiairement, la loi suisse accorde une grande importance au droit du pays d'origine⁵⁹. Vu l'essor de la mobilité, on peut se demander s'il est encore conforme à l'esprit du temps de doubler le domicile, principal critère de rattachement, d'un critère subsidiaire qui serait la nationalité, ou s'il ne serait pas plus adéquat de rétrograder ce critère de la nationalité au rang d'*ultima ratio*⁶⁰.

Il faudrait enfin étudier si le mécanisme du renvoi⁶¹ est encore conforme à notre époque, ou s'il ne vaudrait pas mieux le supprimer pour adopter une solution plus simple⁶².

3.6.4 Procédure civile internationale

Dans le domaine de la protection internationale de l'enfant et du droit international des obligations alimentaires, il existe un réseau dense de conventions multilatérales, qui accordent une place importante à la coopération entre autorités nationales⁶³. Dans les litiges judiciaires,

⁵⁷ Voir le résumé dans l'avis SCHWANDER (note 4) p. 13 ss.

⁵⁸ RS 291.

⁵⁹ Sur l'ensemble de la question, voir l'avis SCHWANDER (note 4) p. 7 s.

⁶⁰ Voir avis SCHWANDER (note 4) p. 8.

⁶¹ On parle de renvoi lorsque le droit étranger applicable en vertu de la LDIP suisse renvoie lui-même au droit matériel suisse ou au droit d'un autre Etat étranger. L'art. 14, al. 1, LDIP oblige les tribunaux suisses à accepter les renvois au droit suisse et au droit d'autres Etats étrangers si la LDIP le prévoit ; en matière d'état civil, le renvoi au droit suisse est de toute façon accepté (art. 14, al. 2, LDIP).

⁶² Voir avis SCHWANDER (note 4) p. 20.

⁶³ Ainsi, tant la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants que la Convention européenne sur le droit de garde et la Convention de La Haye sur la protection des enfants prévoient l'institution d'autorités centrales nationales destinées à faciliter le traitement transnational des cas internationaux relevant de la protection de l'enfant. Il en va de même de la Convention de New York sur les aliments (note 55).

ces conventions déterminent d'une part l'Etat compétent⁶⁴ et règlent d'autre part le droit applicable ainsi que la reconnaissance mutuelle et l'exécution. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁶⁵, elle, a une approche différente : son objectif est le rétablissement du *statu quo ante*, pour ce qui est des compétences, de sorte à garantir que les procédures relevant du droit de l'enfant soient menées devant les autorités de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant l'enlèvement.

Pour ce qui est du for en droit de la famille dans les questions ne relevant pas du droit de l'enfant, il n'existe pas de dispositions de traités internationaux multilatéraux⁶⁶. La Convention de Lugano, qui revêt une importance centrale dans l'espace européen, et qui induit une nette séparation entre la plupart des pays européens et les Etats tiers, ne s'applique qu'aux obligations alimentaires⁶⁷. Il serait cependant malvenu de sous-estimer l'importance de cette convention. Elle est la clef de voûte d'un espace judiciaire uniforme en Europe, ce qui amène d'ailleurs à s'interroger sur l'opportunité de faire une distinction entre Etats européens et Etats tiers dans d'autres domaines non couverts par la Convention de Lugano – par exemple en ce qui concerne le critère de la nationalité comme point de rattachement⁶⁸.

4 Les relations entre adultes

4.1 L'importance du mariage

La Constitution ne donne pas de définition du mariage. Selon la jurisprudence actuelle, le droit au mariage garanti par l'art. 14 Cst. recouvre l'union durable d'un homme et d'une femme, réglementée par l'Etat⁶⁹. L'inscription d'une définition du mariage dans la Constitution fédérale fait actuellement l'objet de débats au Parlement. Les Chambres fédérales ont décidé de ne pas proposer un contre-projet à l'initiative populaire sur la pénalisation du mariage. Des débats ont par ailleurs récemment été engagés à propos de l'initiative parlementaire 13.468⁷⁰ qui demande à l'inverse que l'institution du mariage, tout comme celle du partenariat enregistré, soit à l'avenir ouverte à tous les couples, qu'ils soient formés d'un homme et d'une femme ou de deux personnes du même sexe.

Le mariage n'est pas seulement un droit individuel, c'est aussi une *institution garantie par la loi*. Cela implique que l'Etat a une obligation positive : le législateur doit prévoir un droit du mariage qui protège cette institution et qui préserve son statut juridique. L'adoption de dispositions de droit civil sur les communautés de vie hors mariage ne serait pas pour autant de nature à miner les bases de cette institution.

4.2 Le partenariat enregistré

Le partenariat enregistré se différencie du mariage, sans que la différence soit néanmoins fondamentale. Il convient de se demander s'il ne devrait pas être mis à égalité avec le mariage ou bien si le mariage ne devrait pas être ouvert aux couples homosexuels.

⁶⁴ Il revient ensuite au droit national, en règle générale, de déterminer l'autorité compétente à raison du lieu, de la matière et de la fonction. En matière d'obligations alimentaires, la question de la compétence directe n'est réglée que dans la Convention de Lugano (voir note 55), qui détermine aussi la compétence à raison du lieu dans ce domaine.

⁶⁵ RS 0.211.230.02.

⁶⁶ La reconnaissance des décisions étrangères relevant du droit de la famille est régie par des accords bilatéraux.

⁶⁷ Voir art. 1, par. 2, let. a, et art. 5, ch. 2, CL.

⁶⁸ Sur ce dernier point, voir ch. 3.6.3.

⁶⁹ ATF 126 II 425, 431.

⁷⁰ Initiative parlementaire 13.468 du groupe vert'libéral (« Mariage civil pour tous »).

4.2.1 Remarques générales

Depuis le 1^{er} janvier 2007, les couples homosexuels peuvent faire enregistrer leur partenariat, cet acte formel assurant à leur relation une reconnaissance sociale et lui conférant le caractère d'un engagement. Depuis début 2013, les partenaires enregistrés peuvent choisir un nom commun. Sur le plan patrimonial, ils sont soumis à un régime similaire à celui de la séparation des biens⁷¹. Ils ont toutefois la possibilité d'opter pour le régime de la participation aux acquêts en concluant une convention sur les biens passée en la forme authentique pour le cas de la dissolution du partenariat enregistré⁷². Ni l'adoption, ni la procréation médicalement assistée ne leur sont autorisées⁷³.

4.2.2 Les droits constitutionnels

Selon une opinion encore dominante, les partenaires enregistrés ne peuvent pas se réclamer du droit au mariage consacré par l'art. 14 Cst. ; le seul droit qu'ils peuvent invoquer est le principe de non-discrimination de l'art. 8 Cst. Ce dernier, d'ailleurs, est applicable à tous, indépendamment du mode de vie qu'ils ont choisi. Cela mène inévitablement à la question suivante : l'Etat ne doit-il pas reconnaître au partenariat enregistré le statut d'une *institution garantie par la Constitution*, comme l'art. 14 Cst. le fait du mariage ? On voit mal comment justifier de ne pas davantage protéger, au niveau constitutionnel, les partenariats enregistrés qu'un groupe qui aurait décidé de vivre en communauté sans autre protection juridique que l'art. 8 Cst.

4.2.3 Rapport entre le partenariat enregistré et le mariage

Depuis l'instauration du partenariat enregistré le 1^{er} janvier 2007, le législateur a encore rapproché le partenariat enregistré du mariage en lui appliquant le même régime en matière de droit du nom. Comme les époux, les partenaires enregistrés gardent leur nom, à moins qu'ils n'optent pour un nom commun. La possibilité d'adopter l'enfant du partenaire, proposée par le Conseil fédéral, sera sans doute l'étape suivante. Si l'on se réfère à l'évolution à l'étranger, la pression politique s'accroîtra pour faire du partenariat enregistré l'égal du mariage. Le plus simple serait d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels⁷⁴. Il ne serait plus nécessaire d'avoir une loi à part et, de plus, les états civils seraient simplifiés, ce qui représenterait un allègement de la législation⁷⁵.

Même si plusieurs Etats étrangers ont franchi ce pas ces dernières années, le Conseil fédéral est conscient qu'il existe aussi en Suisse de fortes résistances à cette idée⁷⁶. Une autre solution serait de ne pas transformer le partenariat enregistré en mariage mais de lui reconnaître les *mêmes effets juridiques* que ce dernier. Notamment, il faudrait se pencher sur l'opportunité de supprimer l'interdiction de l'adoption et l'interdiction du recours à la procréa-

⁷¹ Voir les art. 18 à 24 LPart.

⁷² Voir art. 25 LPart.

⁷³ Voir art. 28 LPart.

⁷⁴ La Commission des affaires juridiques du Conseil national a donné suite le 20 février 2015 à une initiative parlementaire allant en ce sens ; voir initiative parlementaire 13.468 du groupe vert/libéral (« Mariage civil pour tous »).

⁷⁵ Voir ch. 4.5.

⁷⁶ Voir par exemple SUZETTE SANDOZ, Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun, Fampra.ch 2014, p. 809 ss, 811 s.

tion médicalement assistée. Pour l'adoption, le Conseil fédéral a déjà proposé, dans un projet de loi, que seule l'adoption conjointe reste réservée aux couples mariés⁷⁷.

4.3 Les mariages et unions similaires conclus à l'étranger

Les mariages valablement conclus à l'étranger sont en principe reconnus en Suisse. Les exceptions ne doivent être maintenues que si elles visent à préserver les valeurs fondamentales du droit suisse (ordre public).

4.3.1 La reconnaissance des mariages homosexuels étrangers

Les couples homosexuels qui ont valablement contracté mariage à l'étranger sont reconnus comme partenaires enregistrés en Suisse⁷⁸. Cela signifie que pour toutes les questions auxquelles le droit suisse est applicable, ils sont soumis au même régime que les partenariats enregistrés au sens de la LPart. Le droit applicable concernant les droits et obligations des partenaires (obligations alimentaires, relations patrimoniales, etc.) est déterminé selon les mêmes règles que pour le mariage⁷⁹. Si le droit désigné par la LDIP ne contient pas de dispositions relatives aux partenariats homosexuels ni aux mariages, le droit suisse s'applique à titre subsidiaire⁸⁰. Si le partenariat enregistré était assimilé au mariage en Suisse, il serait possible d'abroger ce régime particulier de reconnaissance.

4.3.2 La reconnaissance des partenariats enregistrés hétérosexuels étrangers

Contrairement à la reconnaissance des mariages homosexuels étrangers en Suisse, celle des partenariats enregistrés hétérosexuels étrangers n'est pas réglée par la législation et pose des problèmes dans la pratique.

La doctrine dominante préconise l'application, au moins par analogie, des dispositions de la LDIP sur les partenariats enregistrés⁸¹, lorsque le partenariat hétérosexuel étranger déploie des effets similaires à ceux du mariage, comme c'est le cas pour le partenariat enregistré aux Pays-Bas entre deux personnes de sexe différent⁸². Il serait également envisageable de qualifier ces unions de mariage⁸³. La pratique doit encore clarifier cette question.

Si un partenariat enregistré à l'étranger entre deux personnes de sexe différent ne déploie, selon le droit de cet Etat, que de manière limitée des effets similaires à ceux du mariage, comme c'est le cas de la « cohabitation » belge, il ne peut pas être reconnu en Suisse comme un partenariat enregistré, encore moins comme un mariage, et il ne sera pas inscrit au registre de l'état civil. La reconnaissance du partenariat n'est pas pour autant entièrement exclue, mais elle n'aura d'importance pratique que si le droit applicable lui reconnaît des effets juridiques sur les relations entre les partenaires (relations patrimoniales, obligations alimentaires, succession, etc.). Si c'est le droit suisse qui s'applique, une union non semblable

⁷⁷ Voir ch. 5.6.2.

⁷⁸ Voir art. 45, al. 3, LDIP.

⁷⁹ Art. 65a LDIP.

⁸⁰ Art. 65c, al. 1, LDIP.

⁸¹ Art. 65a à 65d LDIP.

⁸² Voir LUKAS BOPP, Basler Kommentar IPRG, 3^e éd., ad art. 65a n° 7 ; ANDREAS BUCHER, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano, Bâle 2011, Introduction aux art. 65a-65d n° 13 s. et MICHEL MONTINI, Premières expériences en rapport avec l'application de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, REC 2008, p. 99 ss ; avec d'autres références dans chacune de ces publications.

⁸³ Voir MONTINI (note 81) p. 100.

au mariage ne pourra être traitée qu'à l'égal d'une communauté de vie de fait⁸⁴. Ces principes s'appliquent aussi aux communautés de vie fondées sur un acte officiel, telles que le pacs français⁸⁵. Notons en passant qu'ils régissent aussi les unions homosexuelles non semblables au mariage.

Les tribunaux doivent encore déterminer quelles dispositions de la LDIP s'appliquent à la reconnaissance (limitée, comme on l'a vu au paragraphe précédent) de ces communautés de vie et à leurs effets juridiques. Il serait possible par exemple d'appliquer par analogie le chapitre sur le droit du mariage, à l'instar du mécanisme de l'art. 65a LDIP. Une autre solution serait d'appliquer les dispositions de la LDIP sur les contrats.

4.3.3 Non-reconnaissance des mariages polygames mais protection des femmes et des enfants

La reconnaissance en Suisse des mariages ultérieurs d'une personne déjà mariée, conclus valablement à l'étranger (polygamie), est une question controversée dans la doctrine⁸⁶. L'idée est majoritairement rejetée comme étant contraire à l'ordre public suisse.

Une autre question est de savoir si un tel mariage déploie des effets, et lesquels : pour ce qui est des questions de contributions d'entretien ou de succession, on ne peut pas simplement prétendre que les deuxièmes et énièmes épouses (ce sont en général des femmes) n'ont pas besoin de la protection de la loi. Sur ce point, même ceux qui en appellent au respect de l'ordre public conviennent que les mariages polygames sont des faits à prendre en considération à titre préalable et qu'ils sont susceptibles de déployer des effets qui peuvent être reconnus. Concernant les enfants, il faut noter que le droit suisse ne fait en principe plus de différence entre les enfants nés de parents mariés ou non mariés. Il n'y a donc (plus) aucune raison de reconnaître à un mariage polygame des effets concernant les enfants.

4.3.4 La reconnaissance des mariages avec des mineur(e)s

En Suisse, le mariage ne peut être contracté qu'entre des personnes ayant au moins 18 ans⁸⁷. Récemment encore, la LDIP autorisait la célébration en Suisse du mariage entre des personnes plus jeunes si le droit matériel de leur Etat (ou leurs Etats) d'origine le permettait⁸⁸. Un mariage avec une personne mineure conclu à l'étranger devait être reconnu s'il contrevenait pas à l'ordre public. L'OFJ avait déclaré, dans des avis de droit émis à l'époque, qu'il fallait refuser de reconnaître les mariages avec des personnes de moins de 16 ans tant que la personne concernée n'avait pas atteint l'âge minimal requis. Le Parlement a depuis lors décidé d'interdire les mariages avec des mineurs dans le cadre de la lutte contre les mariages forcés⁸⁹. Il s'ensuit que la conclusion des mariages en Suisse est désormais exclusivement soumise au droit suisse. Si un mariage a été conclu à l'étranger avec une personne mineure, une pesée des intérêts est nécessaire. Le mariage est reconnu tant qu'il n'est pas annulé par un tribunal compétent⁹⁰. La reconnaissance du mariage peut être refusée à titre préjudiciel dans les cas clairs, lorsque les circonstances ou l'extrême jeunesse de la per-

⁸⁴ Voir ch. 4.4.1.

⁸⁵ Voir ch. 4.4.7.

⁸⁶ Voir parmi d'autres ANDREAS BUCHER, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano, Bâle 2011, ad art. 45 n° 23 à 26.

⁸⁷ Art. 94, al. 1, CC.

⁸⁸ Art. 44 LDIP, en vigueur jusqu'au 30 juin 2013.

⁸⁹ Voir message du Conseil fédéral relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, ci-après « message sur les mariages forcés », FF 2011 2045.

⁹⁰ Art. 105, ch. 6, CC.

sonne concernée commandent que l'on s'oppose à son maintien, au nom de l'intérêt supérieur de la personne et de la collectivité⁹¹.

4.3.5 Les mariages par procuration

Il n'est pas possible, en Suisse, de contracter un mariage par procuration, c'est-à-dire un mariage où l'un des fiancés ou les deux se fait représenter, car la déclaration de volonté commune de ces derniers, en personne, est un élément constitutif du mariage. Un tel mariage conclu en Suisse est donc *nul*.

Reste la question de la reconnaissance des mariages par procuration conclus à l'étranger. Selon la doctrine dominante, ce type de mariage ne contrevient pas à l'ordre public suisse si les procurations sont valables et que les époux se considèrent comme mariés de leur plein gré⁹².

4.3.6 La reconnaissance des communautés de vie de fait ou purement contractuelles

Les communautés de vie de fait et les communautés de vie purement contractuelles ne sauraient être reconnues au sens des art. 25 ou 45 LDIP, car elles ne se fondent pas sur un acte officiel reconnu. Cela n'exclut pas que certains de leurs effets juridiques puissent être reconnus. Le droit déterminant ces effets juridiques est celui que désignent les dispositions de la LDIP relatives aux contrats⁹³. Si le droit applicable est le droit suisse, ces unions auront les mêmes effets que les communautés de vie de fait⁹⁴. C'est notamment le cas des communautés de vie qui reposent sur un contrat prévu par la loi de l'Etat étranger.

4.3.7 Appréciation

Il n'est pas nécessaire, selon le Conseil fédéral, de régler davantage dans la loi la question de la reconnaissance des mariages conclus à l'étranger et autres institutions étrangères. Les dispositions générales en vigueur suffisent aux autorités pour trouver des solutions appropriées dans les cas d'espèce.

4.4 La communauté de vie de fait

La communauté de vie de fait soulève de nombreuses questions. Manifestement, la nécessité de la régler durant son existence n'est pas généralement reconnue, contrairement à celle de prendre en compte les effets de sa dissolution. La codifier – même seulement à certaines conditions – demanderait d'être soigneusement motivé, à la lumière de l'autonomie privée. La création d'une clause de rigueur est aussi à étudier.

⁹¹ Voir message sur les mariages forcés (note 88), p. 2068.

⁹² Voir les explications données dans le message sur les mariages forcés (note 88), p. 3056 s. et, pour plus de détails, le rapport intitulé « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés ; rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 05.3477 du 9.9.2005 de la Commission des institutions politiques du Conseil national », p. 27 ss avec d'autres références.

⁹³ Art. 116 ss LDIP ; voir aussi l'art. 150, al. 2, LDIP.

⁹⁴ Voir ch. 4.4.1.

4.4.1 Remarques générales

La question la plus débattue dans les discussions sur la modernisation du droit de la famille est celle de la *place de la communauté de vie de fait dans la loi*. Rien n'a changé sur ce point depuis l'adoption du CC : les unions hors mariage n'y sont pas mentionnées. S'il a réglé le statut des enfants nés hors mariage, le législateur fédéral ne les a pas codifiées, du moins en droit civil⁹⁵. Il est vrai que la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les effets du divorce, en relation avec l'ancien art. 153 CC (aujourd'hui art. 130 CC), a accordé une certaine importance au concubinage durable, en abolissant l'obligation d'entretien de l'ex-époux au titre de l'interdiction des abus de droit⁹⁶.

Il faut donc fondamentalement se demander si les communautés de vie de fait devraient être inscrites dans la loi et si oui, de quelle façon. La question touche l'appréciation du mariage par le législateur et la portée du droit constitutionnel au mariage. Deux autres dimensions sont à prendre en compte : l'autonomie privée et le libre choix du mode de vie. Jusqu'à quel point le législateur peut-il ou doit-il respecter le choix d'un couple, peut-être réfléchi et consensuel, de ne pas contracter mariage ?

4.4.2 Droit comparé

Selon l'avis de l'ISDC, la communauté de vie de fait n'est une institution du droit de la famille dans aucune des législations examinées – sauf une⁹⁷ : la Norvège prévoit dans son droit de la famille des règles particulières applicables aux communautés domestiques. Il peut cependant s'agir de colocataires et non pas uniquement d'un compagnon ou d'une compagne.

Comme le nombre de couples non mariés s'accroît dans de nombreux pays, le besoin de règles, au moins ponctuelles, augmente aussi. D'une part, il se pose la question des droits et devoirs mutuels au sein du couple, pendant que dure le partenariat mais surtout en lien avec la fin de ce dernier, en termes par exemple de contributions d'entretien ou d'héritage. D'autre part, il convient de régler les relations parents-enfants, en particulier en termes d'autorité parentale (conjointe), d'entretien et, ici aussi, d'héritage.

Ce second aspect est toujours davantage pris en compte par les divers Etats, surtout sous l'angle du bien de l'enfant. En même temps, les législateurs nationaux font preuve d'une certaine réserve pour ce qui est d'inscrire les communautés de vie de fait dans le droit de la famille. On constate toutefois certaines tendances à légiférer au moins sur des aspects particuliers de la vie commune de couples non mariés, en conformité avec l'évolution de la société. Dans la plupart des pays étudiés, la jurisprudence s'efforce de combler les lacunes éventuelles.

L'avis SCHWENZER fait référence au droit de la Nouvelle-Zélande et des provinces et territoires australiens dans lesquels les unions de fait déploient des effets juridiques largement inspirés de ceux du mariage, mais où les parties ont la possibilité de déclarer que ces effets ne valent pas pour elles (*opting out*)⁹⁸.

Notons par ailleurs que diverses législations comprennent des normes autres que du droit de la famille qui tiennent compte des couples de fait et qui, en réalité, les assimilent aux couples mariés. Ce sont par exemple les réglementations fiscales en Autriche et en France, les dis-

⁹⁵ Pour plus de détails sur les effets juridiques de la communauté de vie de fait, voir MICHELLE COTTIER, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller « für ein zeitgemässes Erbrecht » zuhanden des Bundesamts für Justiz, successio Sonderheft 2014, p. 29 ss, 30.

⁹⁶ Voir par exemple ATF 118 II 235.

⁹⁷ Voir avis de l'ISDC (note 3) p. 13 s.

⁹⁸ Voir avis SCHWENZER (note 2) p. 14 ; analyse de droit comparé aussi dans COTTIER (note 85) p. 33.

positions du droit social en France et en Allemagne et la décision du *Bundesgerichtshof* allemand du 5 février 2013, étendant par analogie le privilège accordé aux familles dans les assurances sociales aux communautés de vie de fait⁹⁹.

4.4.3 Quelques considérations fondamentales

Si un couple vit en union libre, il n'y a pas nécessité, en règle générale, de règles spéciales pour cadrer cette union. Parfois, l'idée a été avancée d'assimiler le mariage et les communautés de vie de fait¹⁰⁰, mais cela soulève des questions fondamentales concernant l'atteinte à l'autonomie des parties, puisqu'au moins un des partenaires ne veut pas se marier. Par contre, certains arguent qu'en cas de crise, par exemple en cas de grave maladie d'un des partenaires, les relations factuelles ne sont pas suffisamment prises en compte et que l'autre partenaire a besoin d'assurances juridiques. Les mêmes questions se posent en cas d'échec de la relation ou de mort d'un des partenaires. Les partenaires peuvent certes, déjà aujourd'hui, régler ces points dans une convention, mais cela est considéré comme insuffisant par la majeure partie de la doctrine. Le législateur est appelé à adopter une réglementation appropriée¹⁰¹.

Rien n'interdit aujourd'hui aux personnes en communauté de vie de fait de régler leur relation dans une *convention*. Dans la perspective du décès d'un partenaire, la législation prévoit plusieurs instruments qui permettent de régler la succession à son gré, dans les limites de la liberté de disposer. Pourtant, nombreux sont ceux qui réclament que le législateur intervienne pour régler la dissolution des unions de fait, notamment parce que, selon eux, de nombreuses personnes répugnent à régler leur succession à temps. Deux lacunes de la législation seraient alors comblées : le couple serait appelé à assumer une certaine responsabilité pour son choix de vie, et la loi offrirait une protection à la partie la plus faible financièrement.

4.4.4 Quand y a-t-il communauté de vie de fait ?

Comme aucune manifestation formelle vis-à-vis de l'extérieur ne marque la conclusion de l'union, contrairement au mariage, il faut appliquer d'autres critères. Si la reconnaissance d'une communauté de vie de fait entraîne des conséquences financières, des critères flous seront source de différends et de procès. S'ils sont objectifs, au contraire, la prévisibilité et la sécurité du droit seront assurées.

Le premier critère possible qui vient à l'esprit est le fait de *faire ménage commun*. Mais s'il a le mérite d'être facilement vérifiable, il n'évite pas certaines lignes de partage arbitraires : comment classer deux personnes qui vivent majoritairement ensemble, qui se soutiennent mutuellement, mais qui ont des domiciles séparés ? Il faut aussi noter l'incohérence qu'il y aurait à soumettre une union de fait à des critères plus stricts qu'un mariage : il n'est nulle part statué que les époux doivent vivre ensemble. On pourrait parer à cet inconvénient en *présument* qu'il y a communauté de vie de fait lorsque des personnes font ménage commun. Les intéressés pourraient réfuter cette présomption ; les couples qui ne font pas ménage commun auraient par ailleurs la possibilité de prouver d'une autre manière qu'ils sont en couple.

⁹⁹ Pour la documentation et les détails, voir avis de l'ISDC (note 3) p. 15

¹⁰⁰ Voir l'avis SCHWENZER (note 2) p. 11 ss.

¹⁰¹ Notamment COTTIER (note 85) p. 35 ss avec de nombreuses références dans la note de bas de page 63.

On pourrait aussi se fonder seulement sur les *faits et les convictions relevant du for intérieur*, mais ces éléments sont difficiles à prouver et seraient susceptibles de favoriser le recours aux tribunaux. De plus, des incohérences seraient programmées : comme l'institution du mariage ne bénéficie (plus) d'une protection totale et peut être dissoute sur demande unilatérale, après l'écoulement d'un certain laps de temps, les devoirs de fidélité et d'assistance ont fait leur temps en tant que paramètres déterminants du mariage¹⁰². Pourquoi devraient-ils être décisifs précisément pour les couples qui ne veulent pas se marier ?

Enfin, on peut se fonder sur le fait qu'un des partenaires fournit une *contribution importante à la vie commune*, que ce soit sous forme pécuniaire ou autrement (notamment sous forme de prise en charge de l'autre). C'est un critère difficile, mais, en principe, prouvable objectivement, même s'il est entaché d'incertitude et qu'il dépend de la condition financière et de la situation des personnes concernées. Il faudrait encore déterminer à partir de quoi une contribution peut être considérée comme importante. Il apparaît d'emblée que ce critère ne se prête qu'imparfaitement à une réglementation générale et abstraite ; la jurisprudence devrait en concrétiser les dispositions. On peut également objecter que cette solution vise des cas de figure dans lesquels il serait de toute façon possible de faire valoir des prétentions contractuelles ou quasi-contractuelles sur la base des principes généraux du droit.

Ces explications montrent que la description de la communauté de vie de fait est une tâche ardue. Du point de vue du Conseil fédéral, le seul critère satisfaisant est la vie en ménage commun. C'est d'ailleurs celui qu'il a retenu dans le message sur l'adoption¹⁰³.

4.4.5 Application par analogie des dispositions du droit du mariage ?

Appliquer les dispositions du droit du mariage aux communautés de vie de fait, à certaines conditions, serait la solution la plus simple. Le droit constitutionnel au mariage ne contient pas seulement une composante positive, il inclut le droit de ne pas se marier. Pour être valablement conclu, le mariage doit répondre à la libre volonté des deux fiancés.

Les raisons pour lesquelles un couple, ou un des membres du couple, ne veut pas se marier, sont diverses : une certaine philosophie de la vie, des aspirations à la liberté, le refus du conformisme ou la perception de la place de l'individu dans la société mènent à une grande diversité de projets de vie en dehors du mariage, de manière parfaitement légitime. Le fait de ne pas se marier peut être délibéré et convenu d'un commun accord, mais il peut aussi résulter d'une divergence de vues à ce sujet entre les partenaires, ou à leur indécision. Leur imposer d'office des droits et obligations similaires à ceux du mariage, sans plus de nuance, n'est donc pas sans poser des difficultés ; le législateur n'a pas le droit de contraindre les couples à un genre de mariage¹⁰⁴. Il faudra donc veiller à laisser aux personnes concernées le soin de régler leur relation comme elles le désirent, à l'exception du sort des enfants. Ceci étant, deux types de règles pourraient s'appliquer : un système d'*opt-in* et un système d'*opt-out*.

4.4.6 Opt-in ou opt-out ?

Un certain nombre d'auteurs prônent l'application par analogie des principes du droit du mariage à la dissolution de la relation de fait, mais les uns penchent pour un système d'*opt-in* et les autres pour un système d'*opt-out*.

¹⁰² La violation de ces obligations n'a pas de conséquences si le mariage est ensuite dissous.

¹⁰³ Message sur l'adoption (note 37) p. 857 ss.

¹⁰⁴ Voir REGINA E. AEBI-MÜLLER, Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt, Fampra.ch 2014, p. 818 ss, 826 s. ; voir aussi BÜCHLER (note 39) p. 799.

- Le principe selon lequel chacun doit pouvoir organiser sa vie privée comme il l'entend mène tout naturellement à examiner le modèle de l'*opt-in* – dans lequel les deux partenaires déclarent vouloir se soumettre au régime légal des communautés de vie de fait¹⁰⁵. La difficulté réside dans le fait que si l'un des partenaires refuse de se marier ou de conclure un partenariat enregistré, il n'est guère probable qu'il déclarerait consentir à une telle union. On se trouverait donc de nouveau face à des situations dans lesquelles une protection légale est objectivement nécessaire mais ne peut pas être accordée faute d'un accord du couple sur cette déclaration. La lacune juridique subsisterait, au moins en partie. Toutefois l'exemple du pacs français montre que ce modèle peut avoir néanmoins un grand succès.
- Pour parer à ces inconvénients, certains envisagent un système d'*opt-out* partiel¹⁰⁶, où les partenaires qui vivent ensemble depuis un certain temps (par exemple trois ans) seraient automatiquement soumis aux nouvelles prescriptions, à moins de déclarer qu'ils ne le veulent pas. La décision d'un seul des partenaires suffirait pour les délier de ces règles ; on pourrait éventuellement envisager d'exiger une déclaration *commune*.

4.4.7 Le pacte civil de solidarité français (pacs)

Le 13 octobre 2014, le *pacs* français a fêté ses quinze ans¹⁰⁷. Il s'agit d'un contrat de droit civil, réglé dans le *code civil* français, par lequel deux personnes majeures de sexe différent ou de même sexe (qui ne sont ni proches parentes, ni mariées) d'organiser leur vie commune. Il concerne uniquement le statut du couple et ne crée pas une famille. Notamment, il n'y a pas de présomption de paternité du partenaire de la mère s'agissant des enfants nés pendant la durée du pacs.

Alors qu'en l'an 2000, environ un quart des pacs conclus l'étaient entre des personnes du même sexe (5 412 sur 22 271), plus de 95 % des pacs conclus en 2013 l'ont été entre des personnes de sexe différent (seulement 6 057 couples homosexuels sur 168 223 pacs). Or, il faut rappeler que jusqu'à l'instauration du mariage pour tous en mai 2013, le pacs était la seule forme d'union régie par le droit accessible aux couples homosexuels. Aujourd'hui, le pacs représente en France 41 % des unions légales. Entre 1999 et 2013, le nombre des mariages a reculé (passant de 293 544 à 238 000 par an), alors que le nombre de pacs était multiplié par trente (passant de 6 151 à 168 223). Le pacs est aussi un succès en termes de stabilité du couple : il y a eu en 1999 sept pacs dissous pour 6 151 pacs conclus et, en 2013, 53 655 pacs dissous pour 168 223 pacs conclus, ce qui porte le taux d'échec à environ un tiers¹⁰⁸. Pour les mariages, le taux entre divorces (121 849) et célébrations de mariage (238 000) s'élevait à 51% en 2013.

Le pacs peut être conclu auprès du tribunal d'instance ou auprès d'un notaire. Les formalités sont simples. Dissoudre le pacs est également aisé : il suffit d'une déclaration conjointe ou d'une décision unilatérale d'un des partenaires, signifiée à l'autre par l'intermédiaire d'un huissier de justice. Le pacs est également dissous d'office lorsqu'un des partenaires meurt ou se marie.

¹⁰⁵ Voir BÜCHLER (note 39) p. 800 s.

¹⁰⁶ Voir AEBI-MÜLLER (note 104) p. 829 ; BÜCHLER (note 39) p. 801 ; FOUNTOULAKIS (note 160 p. 876 ; tous avec d'autres références.

¹⁰⁷ D'autres ordres juridiques européens connaissent également des partenariats enregistrés comparables, ouverts aussi bien aux couples de même sexe que de sexe différent, notamment Andorre, la Belgique, l'Estonie, Gibraltar, le Luxembourg, Malte et les Pays-Bas.

¹⁰⁸ Voir « Le pacs a 15 ans », Le Figaro du 14 octobre 2014, consultable sous www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/10/14/01016-20141014ARTFIG00264-le-pacs-a-15-ans.php.

Le couple pacsé s'engage à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques, dans la mesure des capacités de chacun, par exemple en cas de maladie ou de chômage. Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées pour les besoins de la vie courante. En principe, le pacs n'a pas d'influence sur les relations patrimoniales du couple. Chacun reste l'unique propriétaire des biens qu'il possédait avant la conclusion du pacte et de ceux qu'il acquiert pendant la durée de celui-ci.

Le pacs n'a pas d'incidences sur le nom des deux partenaires. Si l'un d'eux est étranger, le pacs ne lui donne pas automatiquement le droit de résider en France, mais il est pris en considération dans l'appréciation des liens personnels et familiaux faite au moment de décider de l'octroi d'une autorisation de séjour.

Si le contrat de bail portant sur le logement commun ne porte le nom que d'un des deux partenaires et que celui-ci quitte les lieux ou meurt, l'autre peut exiger le transfert du bail à son nom. En cas de décès du partenaire qui est propriétaire du logement commun, le survivant a le droit de continuer de jouir du logement et de son mobilier pendant encore un an, à titre gracieux.

Dans le domaine de la sécurité sociale, le pacs confère certains droits en cas de maladie, de maternité ou de décès. Dans ce dernier cas, à certaines conditions, le partenaire survivant peut faire valoir des droits à une rente ou à un capital. A l'inverse, la personne qui se pacse perd tout droit à d'éventuelles allocations de veuvage préexistantes et aux allocations de soutien familial pour les familles monoparentales. Les allocations familiales, les aides au logement et les pensions d'invalidité sont calculées sur la base de l'ensemble des revenus du ménage, si bien que le pacs peut entraîner la suppression de ces prestations.

Enfin, le droit français du travail donne certains droits aux couples pacsés en ce qui concerne les jours de congé. Les agents de la fonction publique bénéficient de priorités dans l'ordre des mutations pour suivre leur partenaire. En matière fiscale, les couples pacsés sont soumis à l'imposition commune, et ils bénéficient d'allègements en matière de droits de succession et de droits de donation, similaires à ceux qui sont accordés à des conjoints.

4.4.8 Appréciation

Il ressort des explications qui précèdent que tous les modèles envisagés présentent une faiblesse ou une autre. Soumettre automatiquement les communautés de vie de fait aux dispositions sur le mariage ou sur le partenariat enregistré peut violer le droit de l'individu de choisir en toute responsabilité son mode de vie. Même les systèmes d'*opt-in* et d'*opt-out* peuvent mener, pour le second, à ce que les partenaires de vie soient soumis à des règles sans qu'ils l'aient voulu ou, pour le premier, à ce qu'ils ne soient soumis à aucune règle alors qu'ils l'auraient souhaité.

Vu le succès que le pacs a rencontré en France en tant qu'institution offrant une alternative au mariage, surtout auprès des couples hétérosexuels, la création d'une institution comparable en Suisse mérite d'être envisagée. Le droit civil suisse ne connaît pas d'instrument de même nature que le pacs ou répondant aux mêmes besoins. Or, le nombre de couples non mariés est élevé et croît encore. Un pacs suisse devrait clairement se distinguer du mariage et du partenariat enregistré. Il devrait par essence viser à simplifier, sur le plan juridique, les affaires de la vie courante, ainsi que la vie commune des partenaires. Il ne déploierait d'effets que pour la durée du pacte. Sa création viserait essentiellement à réaliser les objectifs suivants :

- Premièrement, il permettrait aux deux partenaires de s'affirmer mutuellement leur solidarité et de la déclarer formellement aux yeux du monde – en prévoyant éventuellement une obligation d'assistance réciproque pour les besoins de la vie courante.
- Deuxièmement, il conférerait à l'union du couple un contour juridique clair et une certaine prévisibilité vis-à-vis des tiers, sans que ces traits soient aussi nets que ceux du mariage ou du partenariat enregistré. Trop de latitude dans la formulation du pacte nuirait cependant à la sécurité du droit et à la transparence. Une certaine unité serait souhaitable.
- Troisièmement, le pacte offrirait aux couples homosexuels et hétérosexuels une voie médiane entre le mariage ou le partenariat enregistré et l'union libre. Sa caractéristique principale serait de permettre à un engagement personnel de déployer certains effets juridiques, mais sans entraîner autant d'obligations que le mariage ou le partenariat enregistré et sans que ces effets subsistent aussi longtemps après la dissolution de la relation.

Afin que le pacte de solidarité réponde aux besoins de la vie courante, il faudrait prendre en compte les points suivants :

- Le point central de cette institution pourrait être une obligation réciproque de se fournir assistance et soutien pendant sa durée de validité. Cela pourrait comprendre le droit de représenter l'autre et une responsabilité solidaire envers les tiers concernant les obligations contractées pour les besoins de la vie courante.
- Le pacte pourrait ouvrir une position privilégiée en matière de logement commun, par exemple une obligation du bailleur de faire parvenir la résiliation du bail aux deux partenaires et, en cas de décès d'un partenaire, le droit de l'autre au maintien du contrat de bail relatif au logement commun. Si le membre du couple qui décède était propriétaire du logement commun, on pourrait considérer l'idée d'octroyer au partenaire survivant un droit de jouissance pendant une durée déterminée.
- Il faudrait aussi examiner la possibilité de créer un droit de visite légal et un droit d'être informé en relation avec les questions médicales et l'exécution des peines et mesures en établissement, ainsi qu'une obligation pour les médecins de consulter le partenaire en cas d'incapacité de l'autre. Le partenaire pourrait également bénéficier d'un droit de refuser de témoigner dans les procédures.

Il resterait encore à examiner l'opportunité d'octroyer des droits ou des allègements aux partenaires en matière fiscale et dans le domaine des assurances sociales.

Si l'on veut faire le départ entre un tel pacte de solidarité et le mariage ou le partenariat enregistré, il n'est pas indiqué d'inclure dans ses clauses standard les questions successorales et les questions relatives aux enfants, ni les obligations d'entretien, les relations patrimoniales et le partage de la prévoyance professionnelle après sa dissolution. Les partenaires devraient toutefois pouvoir convenir de tels points s'ils le souhaitent, comme c'est en partie le cas aujourd'hui pour le 2^e pilier et le droit successoral.

Seul un grand débat politique montrera si l'inscription d'une institution juridique supplémentaire dans le droit de la famille, à mi-chemin entre la communauté de vie de fait et le mariage ou le partenariat enregistré, répond à un besoin.

Enfin, il faudra prendre soin à ne pas multiplier inutilement le nombre d'institutions du droit de la famille. Si le pacs était introduit dans le droit suisse, les couples hétérosexuels auraient le choix entre le mariage – union règlementée par excellence – et une institution partiellement codifiée. Or, sous l'angle du principe de non-discrimination, il s'imposerait d'offrir une alternative similaire aux couples homosexuels.

Que l'on conserve le *statu quo* ou que les couples aient accès à une autre forme d'union que le mariage, il y aura toujours des communautés de vie qui ne seront soumises à aucun régime particulier mais pour lesquelles il existera un besoin de compensation financière en cas de dissolution de la relation. Le Conseil fédéral juge nécessaire d'envisager une *clause de rigueur relevant du droit civil* pour celles-là, notamment pour le cas où les deux membres du couple ont une situation financière très différente et où l'un d'eux a fourni des prestations importantes en faveur de la communauté. Une condition devrait être que la personne à protéger se retrouve en difficulté financièrement. Si les conditions sont réalisées, le juge fixera une compensation financière.

4.5 L'état civil

La modernisation du droit de la famille va de pair avec une réflexion sur la simplification des états civils. Si le partenariat enregistré est encore rapproché du mariage, il n'y a plus guère lieu d'y avoir des dénominations différentes. Les états civils pourraient être nettement simplifiés.

4.5.1 Remarques générales

L'état civil d'une personne indique son statut au sein de l'ordre juridique, en fonction des caractéristiques du droit de la famille, y compris son nom¹⁰⁹. En Suisse, les états civils possibles sont les suivants : célibataire, marié(e), divorcé(e), veuf/veuve, non marié(e), lié(e) par un partenariat enregistré ainsi que partenariat dissous, avec, pour ce dernier, l'indication de la cause : partenariat dissous judiciairement, partenariat dissous par décès, partenariat dissous ensuite de déclaration d'absence.

4.5.2 Fonction des états civils

La législation lie certains droits et obligations, tels que les rentes de veuves ou veufs ou le traitement fiscal des couples mariés, à l'existence d'une relation réglée par la loi. Atteste de cette relation – ou de son absence – l'état civil officiel, qui peut être prouvé de manière rapide et fiable grâce aux documents établis à partir des registres d'état civil. Ce système fonctionne à satisfaction notamment dans le domaine des assurances sociales et du droit de la famille ; il garantit des procédures efficaces et sûres au niveau national et international.

Si l'on classe les états civils en fonction des droits et devoirs qui en dépendent, on obtient trois catégories :

- *Primo*, les états civils « célibataire », « divorcé(e) », « partenariat dissous » et « non marié(e) ». Sauf quelques exceptions du droit des assurances sociales, le seul intérêt est d'établir une distinction avec les personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré. Toutes ces catégories obéissent dans l'ensemble aux mêmes règles.
- *Secundo*, les états civils « marié(e) » et « lié(e) par un partenariat enregistré ». Les conséquences juridiques de ces deux types d'union sont à peu près identiques, sinon pour ce qui est de l'adoption et de la procréation médicalement assistée¹¹⁰. Dans de nombreux domaines, la seule question qui se pose est de savoir si les personnes concernées sont

¹⁰⁹ Sur l'ensemble de la question, voir le rapport du Conseil fédéral du 8 octobre 2014 en exécution du postulat Hodgers 12.3058 (« Examen d'une possible adaptation des désignations d'état civil »), consultable à l'adresse <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-10-08/ber-br-f.pdf>.

¹¹⁰ Néanmoins, la naturalisation facilitée est prévue uniquement pour les époux et non pour les partenaires enregistrés (art. 27 ss de la loi du 29 septembre 1952 sur la nationalité, LN ; RS 141.0).

ou ne sont pas liées par une de ces unions, par exemple lorsque ces personnes doivent prendre une décision relative au logement commun.

- *Tertio*, les veufs et les survivants d'un partenariat enregistré dissous par décès ; ils jouent un rôle important dans les assurances sociales et sont soumis à des règles particulières.

4.5.3 Appréciation

Vu ce qui précède, il s'impose, au titre de la réflexion sur la modernisation du droit de la famille, de repenser les dénominations actuelles de l'état civil et d'étudier l'opportunité d'une simplification.

Si le partenariat enregistré est considéré comme un droit fondamental, à l'égal du mariage, il n'existera plus aucun intérêt public à maintenir l'état civil « lié par un partenariat enregistré » comme dénomination propre. Dans l'hypothèse où l'adoption et la procréation médicalement assistée continueraient d'être réglées différemment, il serait possible d'édicter une disposition spéciale indépendante de l'état civil.

Pour les états civils « divorcé(e) » et « non marié(e) », il n'y a finalement pas d'intérêt public prépondérant apparent qui justifierait leur maintien aux côtés de l'état civil « célibataire », sinon dans quelques domaines spécifiques du droit (assurances sociales, prévoyance professionnelle). L'utilisation de l'état civil « non marié » devrait suffire pour couvrir les trois cas¹¹¹. De manière analogue, l'état civil « partenariat dissous » pourrait être compris dans l'état civil « non marié ».

Dans une réglementation simple, réduite à l'essentiel, trois états civils suffiraient : non marié, marié/lié par un partenariat enregistré, veuf. Notons toutefois qu'à l'échelle internationale, la suppression de la dénomination « divorcé » serait unique.

4.6 Le droit du nom

L'égalité des époux dans le droit du nom date du 1^{er} janvier 2013. La conclusion du mariage n'entraîne plus d'office de changement de nom. Les époux peuvent déclarer qu'ils porteront un nom commun. Ils doivent déterminer le nom de famille des enfants. Faute d'accord entre eux, le juge tranche. Les partenaires enregistrés peuvent eux aussi choisir un nom commun.

4.6.1 Remarques générales

Le nouveau droit du nom est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. A la différence de l'ancien droit, il assure le principe de l'*immutabilité du nom* et du droit de cité cantonal et communal des époux. Chacun des conjoints conserve son nom et son droit de cité. L'égalité des hommes et des femmes est ainsi garantie. Les fiancés qui veulent exprimer leur lien au travers du nom de famille peuvent toujours choisir un nom de famille commun. Cette possibilité est aussi offerte aux couples vivant en partenariat enregistré. Durant l'année 2013, environ 71 % des fiancés ont opté pour un nom commun, et 29 % ont conservé leur nom.

¹¹¹ La dissolution du mariage par un tribunal continuerait d'être inscrite au registre de l'état civil, si bien que la preuve du divorce pourrait toujours être produite – par exemple dans le cas (rare) de l'art. 24a de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10).

Le nouveau droit est cependant déjà remis en question, notamment parce qu'il n'est plus possible de conserver officiellement le *double nom* (le nom des deux partenaires sans trait d'union qui a été inscrit sur les registres et les papiers d'identité officiels)¹¹².

4.6.2 Appréciation

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il serait prématuré de remettre sur le métier une modification du droit du nom. C'est un domaine dans lequel la continuité est particulièrement importante : non seulement la permanence des noms eux-mêmes, mais surtout la constance des normes générales et abstraites qui les déterminent. En pratique, l'influence des coutumes sociales est très grande. D'expérience, il faut du temps pour que les habitudes changent suite à de nouvelles règles. Il est d'autant moins avisé de réviser le nouveau droit si peu de temps après son entrée en vigueur que rien n'indique que des intérêts individuels ou publics soient gravement lésés. Le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire pour l'heure de prendre des mesures législatives¹¹³.

5 Les enfants

5.1 Remarques générales

Les enfants ont besoin d'une protection particulière. Le droit suisse a harmonisé le statut des enfants nés de parents mariés ou non mariés et éliminé autant que possible les différences existantes.

Les enfants sont les membres les plus faibles de notre société. A ce titre, ils méritent une protection particulière. Dans ses dernières révisions du droit de la famille, le législateur fédéral a ostensiblement mis en avant l'amélioration du statut des enfants, afin que le cadre légal, au moins, leur soit aussi favorable que possible¹¹⁴.

C'est en premier lieu aux parents qu'il incombe de prendre soin de leurs enfants et de les éduquer. Le statut de leur relation ne joue à cet égard aucun rôle : qu'ils soient mariés ou non, ils portent une responsabilité commune envers l'enfant qu'ils ont eu ensemble et doivent s'occuper de lui. Leurs responsabilités et leurs obligations ne sont pas moindres si l'enfant est né hors mariage.

La révision du droit de l'enfant de 1976 a mis pratiquement sur un pied d'égalité les enfants nés hors mariage et les enfants nés dans le mariage. Toutefois, il ne s'agissait encore que du statut et de la vocation successorale de l'enfant. Pour l'autorité parentale, la différence a subsisté, jusqu'à la récente révision. Enfin, la révision en cours du droit de l'entretien de l'enfant s'est donné pour but d'éliminer les inégalités de traitement qui frappent encore sur ce point les enfants nés hors mariage, notamment avec l'instauration d'une *contribution de prise en charge*¹¹⁵.

Le statut de sujet de droit autonome qu'il convient d'accorder à l'enfant implique qu'il a aussi *ses propres besoins* ; ceux-ci ne sont pas déterminés uniquement en fonction de la situation de ses parents. Il n'est en conséquence pas possible d'inférer de la seule évaluation des intérêts des parents la solution à appliquer au sort de l'enfant.

¹¹² Voir en particulier l'interpellation Ruiz 14.3521 (« Quels sont les effets du nouveau droit du nom ? »).

¹¹³ Voir en particulier le postulat Ruiz 14.4301 (« Pour une étude sur les effets du nouveau droit du nom »).

¹¹⁴ Message du 16 novembre 2011 concernant une modification du code civil suisse (autorité parentale), FF 2011 8315, 8325 ; message sur l'entretien de l'enfant (note 35) p. 532 ; message sur l'adoption (note 37) p. 836.

¹¹⁵ Message sur l'entretien de l'enfant (note 35) p. 533 ss.

5.2 L'autorité parentale

Les projets relatifs à l'autorité parentale conjointe et à l'entretien de l'enfant ont constitué deux étapes importantes. Il reste à étudier dans quelle mesure des tiers peuvent entrer en ligne de compte pour l'autorité parentale.

5.2.1 Principes

Le 21 juin 2013, les Chambres fédérales ont adopté le projet relatif à l'autorité parentale conjointe. Selon le nouveau droit, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014, celle-ci est devenue *la règle*, quel que soit l'état civil des parents¹¹⁶. L'autorité parentale est attribuée à un seul des parents uniquement lorsque la protection des intérêts de l'enfant l'exige. En cas de divorce, le juge décide s'il faut leur retirer l'autorité parentale¹¹⁷. Si l'enfant est né hors mariage, la décision incombe à l'autorité de protection de l'enfant¹¹⁸. Parallèlement, le nouveau droit donne à celui des parents qui a la charge de l'enfant le droit de prendre seul les décisions courantes et urgentes¹¹⁹.

Le nouveau droit entraîne un autre changement : l'autorité parentale inclut désormais le *droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant*, ce qui veut dire qu'en cas d'autorité parentale conjointe, un des parents ne peut plus modifier le domicile de l'enfant sans l'accord de l'autre, du moins si le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles¹²⁰. Les parents sont ainsi rappelés au fait que l'autorité parentale n'est pas seulement une prérogative, mais aussi un devoir, à assumer conjointement.

En dissociant la question de la responsabilité de s'occuper de l'enfant et de son éducation de celle du statut des parents, les nouvelles dispositions relatives à l'autorité parentale ont supprimé presque entièrement les différences faites dans ce domaine entre les enfants nés de parents mariés et ceux nés hors mariage. Seul le bien de l'enfant est désormais déterminant. Alors que l'autorité conjointe est de règle pour les parents mariés, y compris après le divorce, le cas des parents non mariés appelle une réponse plus complexe. Cependant, là aussi, une fois la paternité établie, c'est l'autorité parentale conjointe qui est la règle. L'autorité de protection de l'enfant doit se contenter de la déclaration des parents selon laquelle ils se sont entendus sur les questions relatives à l'enfant ; elle ne contrôle plus la convention (d'entretien). Elle a toujours le devoir de conseiller et de soutenir les parents au besoin, mais un curateur n'est plus assigné d'emblée aux mères célibataires (art. 309 aCC).

5.2.2 Octroi de l'autorité parentale à des tiers (notamment les beaux-parents) ?

La multiplication des familles recomposées pose la question du rôle du beau-père ou de la belle-mère (c'est-à-dire de la personne qui est en couple avec le père ou la mère de l'enfant, que ce soit au sein d'un mariage, d'un partenariat enregistré ou d'une union libre) vis-à-vis des enfants qui vivent dans le même ménage¹²¹. Faut-il, notamment, leur transmettre l'autorité parentale ? En France, on étudie actuellement la possibilité d'instaurer en leur fa-

¹¹⁶ Voir art. 296, al. 2, CC.

¹¹⁷ Voir art. 298, al. 1, CC.

¹¹⁸ Voir art. 298b, al. 2, CC.

¹¹⁹ Art. 301, al. 1^{bis}, CC.

¹²⁰ Art. 301a, al. 2, let. b, CC.

¹²¹ Voir l'interpellation Thorens Goumaz 14.3848 (« Quelle reconnaissance et quel statut pour les tiers assumant un rôle de parentalité de fait, en particulier les beaux-parents ? »).

veur un « mandat d'éducation quotidienne ». La Suisse connaît une forme mineure d'autorité parentale pour le conjoint ou le partenaire enregistré, qui a le droit – et le devoir – de représenter le père ou la mère dans l'exercice de l'autorité parentale lorsque les circonstances l'exigent¹²².

5.2.3 Appréciation

En réservant cette autorité parentale allégée aux conjoints et aux partenaires enregistrés, on crée une nouvelle inégalité au détriment des enfants dont celui des parents qui a la charge vit avec une autre personne en dehors de ces liens. Il serait bon d'examiner si d'autres personnes ne pourraient pas se voir conférer ces droits et obligations, avec l'accord du parent détenant l'autorité parentale¹²³.

5.3 La maternité

Il ne faut pas s'écarter de la maxime mater semper certa est. Il est possible que la différence entre mère génétique, mère biologique et mère sociale s'impose à l'avenir, mais il n'est pas opportun à l'heure actuelle d'en tenir compte dans la législation.

5.3.1 Le principe mater semper certa est

Le CC prévoit que la filiation à l'égard de la mère résulte de la naissance¹²⁴. Le fait déterminant est le processus biologique de l'accouchement. La filiation à l'égard de la mère ne peut pas être contestée en justice : *mater semper certa est*.

5.3.2 Développements de la procréation médicalement assistée

Aujourd'hui, les techniques de procréation médicalement assistée permettent de dissocier plusieurs aspects de la maternité : la mère qui met l'enfant au monde n'est pas forcément la mère génétique ; elle peut avoir bénéficié d'une transplantation d'ovule. Il est possible qu'une autre femme encore joue le rôle de mère sociale envers l'enfant en lui fournissant des soins et en assurant son éducation. Le CC est muet sur ce cas. Faut-il reconnaître la réalité de cette *dissociation des actes qui fondent la maternité* et les décrire en droit ?

5.3.3 Appréciation

La possibilité que la maternité soit divisée entre plusieurs femmes soulève des questions fondamentales, qui ne peuvent être dissociées de la problématique des mères porteuses. Tant que la maternité de substitution est interdite dans la Constitution, il est vain de remettre en question la maxime *mater semper certa est*. La question se pose par ailleurs au niveau de l'application du droit (maternité de substitution ou dons d'ovule pratiqués à l'étranger, malgré leur interdiction en Suisse) et elle a été soulevée dans des interventions parlementaires¹²⁵ et dans les réflexions fondamentales sur l'avenir de la procréation médicalement

¹²² Art. 299 CC et art. 27 LPart.

¹²³ Voir avis SCHWENZER (note 2), p. 44 s. ; position opposée dans RUMO-JUNGO (note 132), p. 846, qui souhaite restreindre cette option au cas où il n'y a pas de double responsabilité de deux parents.

¹²⁴ Art. 252, al. 1, CC.

¹²⁵ Initiative parlementaire Neyrinck 12.487 (« Autoriser le don d'ovule »).

assistée¹²⁶. Suivant l'issue de ces discussions, il pourrait y avoir des conséquences sur le droit de la famille.

5.4 La paternité

La règle relative à la paternité de l'époux est un corollaire de l'institution du mariage et donne à la volonté des conjoints d'élever ensemble un enfant la primauté sur le droit de l'enfant de connaître sa filiation génétique et sur les droits du père biologique. Elle ne saurait être assouplie sans un examen soigneux.

5.4.1 L'établissement de la paternité

La filiation paternelle est un point délicat dans le droit actuel. Au moment de la naissance du code civil suisse, il n'y avait aucun moyen établi de prouver avec certitude le lien biologique entre un enfant et son père ; au mieux, on pouvait écarter certaines personnes sur la base de caractéristiques physiques. Le législateur a donc recouru à la solution suivante : la filiation à l'égard du père naît du *mariage entre ce dernier et la mère de l'enfant*¹²⁷, ou bien de la *reconnaissance de l'enfant par le père*¹²⁸. Ce n'est donc pas le lien génétique qui est décisif, mais soit un fait social (le mariage), soit un acte reconnu en droit (une déclaration de volonté).

5.4.2 Situation juridique actuelle

Si la paternité présumée du mari de la mère est mise en doute, le législateur remet le lien génétique au premier plan. D'abord, le père biologique non marié à la mère qui refuse de reconnaître l'enfant peut être forcé d'être le père juridique, par le biais d'une action en paternité¹²⁹. Ensuite, le mari de la mère, qui est le père présumé, peut contester la paternité, mais il ne le fera avec succès que s'il n'existe pas de lien génétique entre lui et l'enfant¹³⁰.

La reconnaissance de paternité peut être attaquée par tout intéressé¹³¹. Par contre, la présomption de paternité du mari ne peut être attaquée que par l'enfant et le mari lui-même¹³². Ni la mère, ni le père biologique n'ont le droit d'intenter une action. L'enfant, lui, ne peut intenter une action que si les époux ont mis fin à leur vie commune pendant sa minorité¹³³. Par ces restrictions, le législateur a voulu protéger le mariage en tant qu'institution, en accordant à la volonté d'un couple d'élever un enfant ensemble une protection plus grande qu'aux intérêts des tiers et, en particulier, aux intérêts de l'enfant à connaître son origine. Cet argument perd cependant du terrain¹³⁴. On pourrait considérer, notamment, la création d'un *droit d'intenter une action pour le père biologique putatif et pour la mère*, et l'extension du *droit de l'enfant*.

¹²⁶ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (CNE), La procréation médicalement assistée ; considérations éthiques et propositions pour l'avenir, prise de position n° 22/2013, Berne, novembre 2013.

¹²⁷ Art. 255, al. 1, CC.

¹²⁸ Art. 260, al. 1, CC.

¹²⁹ Art. 261 ss CC.

¹³⁰ Art. 256 ss CC.

¹³¹ Art. 260a CC.

¹³² Art. 256, al. 1, CC.

¹³³ Art. 256, al. 1, ch. 2, CC.

¹³⁴ Voir notamment INGEBORG SCHWENZER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch 5^e éd., Bâle 2014, ad art. 256 n° 5.

5.4.3 Faits biologiques et relations juridiques

Le droit actuel ne fait pas de différence entre la parentalité génétique, biologique et sociale. Il ne mentionne que les parents juridiques, quelles que soient les circonstances. La parentalité n'est cependant pas un fait monolithique, et il faut se demander si la pluralité de ses aspects ne devrait pas faire son entrée dans la législation. L'enfant a le droit de connaître son identité et son origine véritables. Il faudra développer des modèles permettant de faire justice à ce droit.

La discussion nécessaire remettra en question certains mécanismes juridiques actuels, tels que la présomption de paternité du mari de la mère¹³⁵. Une autre voie possible serait d'exiger une reconnaissance de paternité pour chaque enfant (éventuellement, sans égard à la question de savoir s'il s'agit du père social ou biologique ni à celle de savoir si la mère est mariée)¹³⁶. Cela amène une autre question : la mère ne devrait-elle pas aussi reconnaître l'enfant pour que la filiation maternelle soit établie, comme c'est par exemple le cas en France¹³⁷ ?

5.4.4 Appréciation

Si l'enfant doit être considéré comme un sujet de droit autonome, il est loin d'être évident que la volonté des époux de préserver leur union l'emporte d'office sur ses intérêts contraires éventuels. Certes, tant qu'il est en bas âge, il n'a généralement guère d'intérêt à mettre en doute la paternité de l'époux de sa mère et à la contester devant les tribunaux, mais dès qu'il atteint l'adolescence et qu'il commence à se poser des questions sur son origine et sur ce qui constitue sa personnalité, la question de la filiation génétique peut se poser. Les enfants adoptés et ceux qui sont venus au monde grâce à un don de sperme se voient accorder par la loi un droit de connaître l'identité de leurs parents biologiques, y compris contre la volonté de leurs parents juridiques. C'est là une conséquence du *droit constitutionnel à connaître son ascendance*¹³⁸. Il serait cohérent de donner à l'enfant qui n'a pas été adopté ou qui n'a pas été conçu par un don de sperme le droit de contester la paternité du mari de sa mère, que ces derniers vivent encore ensemble ou non, et quel que soit son âge au moment de leur séparation¹³⁹. Dans le domaine de la maternité de substitution, des dons d'ovule et des dons d'embryon, il faudra, selon l'issue de la discussion sur la législation en matière de procréation médicalement assistée, prendre des options de droit de la famille afin d'assurer la cohérence des divers domaines du droit.

5.5 La dissolution du lien de filiation

L'idée de permettre la dissolution du lien de filiation juridique a été évoquée, mais le débat a été à peine esquissé.

Séparer les faits génétiques, biologiques et sociaux du lien de filiation juridique risque de donner des résultats insatisfaisants. Alors que les circonstances matérielles de la conception et de la naissance d'un enfant sont inaltérables, il est parfaitement possible que les relations juridiques évoluent. La question de la dissolution du lien de filiation se pose notamment en

¹³⁵ Voir ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Fampra.ch 2014, p. 838 ss, 839 ss.

¹³⁶ Voir RUMO-JUNGO (note 131) p. 841 s.

¹³⁷ Avis de l'ISDC (note 3) p. 67.

¹³⁸ Art. 119, al. 2, let. g, Cst.

¹³⁹ Voir aussi AEBI-MÜLLER (note 104) p. 834.

relation avec le lien juridique que l'adoption crée entre un enfant et des parents qui n'ont pas de parenté biologique avec lui. En pratique, cette question s'est posée principalement dans les cas d'adoptions forcées du passé. Au cours de la réflexion, il serait utile d'examiner aussi l'éventualité de dissoudre la filiation juridique sans en établir une nouvelle, à l'instar du divorce et de la dissolution du partenariat enregistré. Cette idée n'est pas si nouvelle : tout enfant a naturellement un père biologique, mais si la mère est célibataire et que le père est inconnu, il reste toute sa vie sans père sur le plan juridique. Toutefois, cette possibilité soulève des réticences fondamentales, en particulier parce qu'elle n'a jamais existé jusqu'à présent et que les conséquences ne sont pas prévisibles. Il est donc indispensable de poursuivre la discussion, qui n'en est qu'à ses prémises, avant de prendre des décisions de nature législative.

5.6 La maternité de substitution et le don d'ovules

La maternité de substitution et le don d'ovules sont interdits en Suisse. Les couples sans enfants qui souhaitent recourir malgré tout à ces méthodes se rendent ainsi à l'étranger, ce qui pose, juridiquement, de sérieux problèmes de reconnaissance, en particulier pour la maternité de substitution. Il n'apparaît cependant pas opportun aujourd'hui d'assouplir l'interdiction en Suisse de la maternité de substitution.

5.6.1 Remarques générales¹⁴⁰

De nombreux pays interdisent aujourd'hui la maternité de substitution. Cette interdiction est à l'origine d'un véritable tourisme procréatif vers des pays qui l'autorisent¹⁴¹. Sous l'effet ensuite de la mondialisation et des progrès de la technique médicale, on assiste à une commercialisation croissante de la procréation humaine : la fertilité masculine et féminine, mais aussi l'enfant à naître sont réduits à l'état d'objets du savoir-faire humain, à l'état de marchandises. Les parents d'intention conviennent avant la grossesse et avant la naissance du prix que leur coûtera l'opération. Mais sur ce marché, les intervenants ne sont pas à égalité de moyens : les mères porteuses sont généralement issues de conditions économiques difficiles et ne sont souvent pas en état de refuser, ou même de reconnaître une offre qui leur est désavantageuse, soit par indigence, soit faute d'éducation. Les parents d'intention ont au contraire plus de latitude, puisqu'ils peuvent orienter leur choix en fonction des prix proposés.

En Suisse, la maternité de substitution est expressément interdite par la Constitution¹⁴². Cette interdiction procède d'un choix politique du législateur, qui a ainsi reconnu la difficulté de protéger tout à la fois les intérêts de l'enfant, de la mère de substitution et des parents d'intention. Elle répond aussi à la nécessité de prévenir la traite des enfants et la commercialisation du matériel germinal humain.

Mais depuis l'inscription dans la Constitution de l'interdiction de la maternité de substitution, en 1992, la société comme la technologie ont évolué. La procréation médicalement assistée était, elle aussi, sujette à controverses à l'origine – en particulier la question du don de sperme – et faisait l'objet de réglementations très diverses d'un canton à l'autre. Il a fallu attendre un arrêt de principe du Tribunal fédéral pour unifier la pratique en Suisse et faire

¹⁴⁰ Voir le rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 sur la maternité de substitution, à télécharger sous : www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports.

¹⁴¹ Message du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire « Pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle », FF 1996 197, 231.

¹⁴² Voir l'art. 119, al. 3, let. d, Cst.

admettre que l'interdiction du don de sperme constituait une restriction inadmissible de la liberté de procréer¹⁴³. L'accès à la procréation médicalement assistée reste aujourd'hui réservé aux couples mariés, à condition en outre que l'épouse soit elle-même apte à produire des ovules fécondables. Cette restriction conduit de nombreux couples sans enfants à se tourner vers d'autres pays, que ce soit pour un don d'ovocyte (parfois pour un don d'embryon) ou pour recourir à une mère porteuse.

Le don d'ovules n'est, pour sa part, pas interdit par la Constitution mais par une loi¹⁴⁴, plus précisément par l'art. 4 de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA)¹⁴⁵. On s'interroge aujourd'hui sur la distinction opérée entre le don de sperme et le don d'ovules (ainsi que le don d'embryons), au regard du principe de la non-discrimination. Les commissions compétentes ont d'ailleurs donné suite à une initiative parlementaire visant à légaliser le don d'ovules et d'embryons¹⁴⁶. Enfin, une expertise réalisée sur mandat de l'OFSP conclut, en lien avec la LPMA, que pour encourager la responsabilité parentale, il faut donner plus de valeur et de poids à la parenté sociale, indépendamment du sexe et de l'état civil des parents¹⁴⁷.

5.6.2 La maternité de substitution réalisée à l'étranger

La question se pose ensuite de savoir comment les autorités suisses doivent procéder lorsque des parents d'intention (établis en Suisse) rentrent en Suisse avec un enfant né à l'étranger d'une mère porteuse, et que le lien de filiation a été valablement constitué à leur égard selon le droit interne du pays en question¹⁴⁸.

La reconnaissance de la filiation établie à l'étranger est régie en Suisse par les dispositions de la LDIP ou, le cas échéant, des traités internationaux applicables. Elle se fait en principe sur simple présentation, par le couple marié, de l'acte de naissance dressé à l'étranger. En l'occurrence, les autorités suisses n'ont souvent pas de moyen de déceler, derrière l'acte de naissance, le recours à une mère porteuse, surtout si la filiation apparaît plausible au vu de l'âge du couple. L'enfant est inscrit au registre de l'état civil en tant qu'enfant légitime du couple. Par contre, si des indices concrets permettent de soupçonner le recours à une mère porteuse – notamment si la mère d'intention a manifestement dépassé l'âge de procréer – la transcription de l'acte de naissance étranger ne se fera pas sans autres vérifications.

Il est intéressant de se pencher, à cet égard, sur la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a considéré, dans deux affaires jugées en juin 2014¹⁴⁹,

¹⁴³ ATF 119 la 460 ; le Tribunal fédéral a constaté en substance ce qui suit : le désir d'enfant ne se définit pas uniquement comme la volonté de transmettre son patrimoine génétique ; il recouvre aussi le désir de construire une relation parent-enfant et de partager sa vie avec l'enfant, autrement dit : le désir d'élever son propre enfant, d'être en contact avec lui, de lui transmettre ses valeurs et son savoir, de l'accompagner dans son développement et d'entretenir des relations affectives avec l'enfant. L'enjeu [de la procréation médicalement assistée] ne peut donc pas se réduire à la provenance des cellules utilisées. Voir notamment ESTHER AMSTUTZ/THOMAS GÄCHTER, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, in: Jusletter du 31 janvier 2011, n° 11.

¹⁴⁴ Pour plus de précisions, voir, sur le don d'ovules, l'avis de droit rédigé par ANDREA BÜCHLER, sur mandat de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), « Le don d'ovules en Suisse de lege lata et de lege ferenda », Zurich 2013, disponible sur le site de l'OFSP : www.ofsp.admin.ch > Thèmes > Maladies et médecine > Procréation médicalement assistée > Prises de position et expertises.

¹⁴⁵ RS 810.11.

¹⁴⁶ Initiative parlementaire Neiryck 12.487 (« Autoriser le don d'ovule ») ; RUMO-JUNGO (note 132) p. 848.

¹⁴⁷ HEIDI SIMONI, Les concepts du bien de l'enfant, de la famille et de la parentalité dans la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée : bases et empirisme, Zurich, septembre 2012 (en allemand), à consulter sur le site de l'OFSP : www.ofsp.admin.ch > Thèmes > Maladies et médecine > Procréation médicalement assistée > Prises de position et expertises.

¹⁴⁸ Voir à ce propos RUMO-JUNGO (note 132) p. 849 s.

¹⁴⁹ Arrêts *Menesson et autres c. France* (requête n° 65192/11) et *Labassée et autres c. France* (requête n° 65941/11). Une troisième affaire – *Paradiso et Campanelli c. Italie* (requête n° 25358/12) – demeure pendante à ce jour.

que la filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger ne pouvait pas être contestée par principe. Elle a notamment estimé qu'il était inadmissible qu'un enfant n'ait pas de nationalité, ni n'apparaisse dans les registres de l'état civil et ne puisse dès lors pas obtenir de passeport ou de carte d'identité. Dans le même sens, elle retient que tout enfant a *droit à une identité stable*, laquelle inclut la filiation, et ceci à plus forte raison pour le parent qui lui est apparenté génétiquement.

5.6.3 Appréciation

S'il n'apparaît aujourd'hui pas opportun d'envisager une abolition de l'interdiction de la maternité de substitution¹⁵⁰, il est néanmoins urgent de résoudre les problèmes que pose la reconnaissance de la filiation d'enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse. Le Tribunal fédéral sera appelé à se prononcer prochainement sur le sujet, suite à un recours déposé par l'OFJ, en septembre 2014, contre une décision de la justice saint-galloise qui reconnaissait à deux hommes en partenariat enregistré la parentalité d'un enfant né d'une mère porteuse aux Etats-Unis¹⁵¹. L'arrêt du Tribunal fédéral devrait clarifier un certain nombre de questions importantes dans ce domaine.

La Suisse s'efforce, en parallèle, de mettre la question de la maternité de substitution à l'agenda sur le plan international, en vue de mieux protéger les intérêts tant des enfants nés d'une mère porteuse que des mères porteuses elles-mêmes¹⁵². Elle a ainsi exprimé son soutien aux travaux de fond sur le sujet dans le cadre de la Conférence de La Haye. La difficulté de tels travaux tient aux réticences des Etats dans lesquels sont proposés des services de maternité de substitution à des parents d'intention étrangers, Etats qui ne sont pas nécessairement favorables à une réglementation internationale contraignante en la matière.

Le tableau est différent pour le don d'ovules. L'interdiction actuelle du don d'ovules porte en effet atteinte à la liberté personnelle, qui protège le désir d'enfant des couples concernés ; elle viole aussi le principe d'égalité de traitement garanti par la Constitution¹⁵³. Il apparaît dès lors nécessaire d'envisager la levée de cette interdiction.

5.7 L'adoption

Le droit de l'adoption fait actuellement l'objet d'une révision partielle. Il est notamment prévu d'étendre la possibilité d'adopter l'enfant du conjoint aux partenaires enregistrés et aux couples qui vivent en communauté de vie de fait.

5.7.1 Remarques générales

La politique suisse en matière d'adoption s'est profondément transformée au fil des décennies. Alors qu'à l'origine du code civil, l'adoption se concevait avant tout comme un moyen de donner des enfants à des couples qui n'en avaient pas, la réforme du droit de l'adoption, au début des années 70, est venue placer l'intérêt de l'enfant au premier plan. Autre chan-

¹⁵⁰ Voir toutefois la réponse du Conseil fédéral du 5 novembre 2014 à l'interpellation Fehr 14.3742 (« Encadrer la maternité de substitution »).

¹⁵¹ Voir le communiqué de presse de l'OFJ du 26 septembre 2014, à consulter sur le site : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2014/2014-09-26.html> ; et plus généralement : RUMO-JUNGO (note 148) p. 851.

¹⁵² Le sujet a été inscrit à l'agenda de la conférence de La Haye sur le droit international privé. Des travaux préliminaires sont en cours.

¹⁵³ Voir à ce sujet l'avis de droit d'ANDREA BÜCHLER (note 145) p. 50 s.

gement majeur, le 1^{er} avril 1973, le régime de *l'adoption plénière* s'est substitué à celui de *l'adoption simple* qui, la veille encore, laissait subsister des liens juridiques entre l'enfant et ses parents biologiques.

L'adoption est, en Suisse, un phénomène essentiellement international, au vu du faible nombre d'enfants qui y sont proposés pour adoption. Dans le cas de l'adoption internationale, c'est le droit interne du pays d'origine qui détermine si l'adoption doit être prononcée dans le lieu de résidence de l'enfant, avant qu'il ne puisse quitter le pays, ou s'il peut être envoyé, en vue de son adoption ultérieure, dans le pays de résidence des parents adoptifs. Pour les Etats parties à la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH)¹⁵⁴ (ils sont aujourd'hui plus de 90¹⁵⁵), les modalités de coopération entre les autorités des pays d'origine et d'accueil sont bien définies, de sorte que le respect des conditions de fond de l'adoption est garanti. Au nombre de ces conditions figurent, en particulier, le consentement des parents biologiques et une évaluation préalable de l'aptitude des futurs parents adoptifs à prendre soin de l'enfant et à pourvoir à son éducation.

A noter que le nombre de parents adoptants est en recul constant en Suisse, puisqu'on compte aujourd'hui à peine 200 enfants adoptés par an, alors qu'ils étaient encore plus de 400 au début des années 1990¹⁵⁶. Cette évolution s'explique, d'une part, par les exigences croissantes posées à l'adoption internationale et, d'autre part, par le fait que nombre de pays d'origine recherchent d'abord une solution de placement interne. Enfin, de nombreux couples, qui auraient dû autrefois adopter pour avoir des enfants, ont pu bénéficier des progrès de la procréation médicalement assistée.

5.7.2 Conditions de l'adoption : les enjeux de la révision en cours

Le message relatif à la révision du droit de l'adoption a été approuvé par le Conseil fédéral le 28 novembre 2014¹⁵⁷. Le Parlement devrait délibérer du projet à partir de l'été 2015.

La révision doit porter essentiellement sur les *conditions de l'adoption* et n'aura d'incidences ni sur les effets de l'adoption, ni sur la procédure, le Parlement n'ayant pas inclus ces points dans son mandat.

Elle fait suite à diverses interventions parlementaires qui avaient fait ressortir la nécessité, pour le Conseil fédéral, de réexaminer les conditions de l'adoption sous un angle critique. Ce réexamen a mis en évidence le caractère particulièrement restrictif de la législation suisse en comparaison internationale, sur deux points notamment : la durée de mariage exigée pour adopter et l'âge minimum imposé aux futurs parents adoptifs pour accueillir l'enfant en vue de l'adoption. Des assouplissements sont proposés sur ces points. Par ailleurs, dans la perspective du bien de l'enfant, il semble également indiqué d'étendre la possibilité d'adopter l'enfant du conjoint aux partenaires enregistrés et aux couples de fait, pour permettre, d'une part, d'éliminer des inégalités de traitement et, d'autre part, de faire reconnaître juridiquement les relations déjà établies entre un enfant et le partenaire de son père ou de sa mère. L'adoption devrait être subordonnée, dans tous les cas, à une durée de vie en ménage

¹⁵⁴ RS 0.211.221.311.

¹⁵⁵ Voir la liste des Etats partie sur la page d'accueil de la Conférence de La Haye de droit international privé : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.statusprint&cid=69.

¹⁵⁶ Alors qu'on comptait encore 1583 adoptions en 1980, ce nombre a reculé à 808 en 2000, puis à 425 en 2013. Sur ce dernier nombre, on recensait 192 adoptions d'enfant du conjoint (45 %), 217 adoptions conjointes par des couples mariés (51 %) et 16 adoptions par des personnes seules (4 %). A noter aussi un glissement géographique : tandis que 67 % des enfants adoptés étaient originaires de Suisse en 1980 (contre 40 % en 2013), le nombre d'enfants adoptés originaires d'Afrique ou d'Asie est passé, sur la même période, respectivement de 1 à 25 % et de 11 à 13 %.

¹⁵⁷ Message sur l'adoption (note 37).

commun d'au moins trois ans. Par souci d'égalité de traitement, le même critère devrait s'appliquer aux couples mariés (en lieu et place de la durée du mariage). En revanche, l'adoption conjointe demeurera réservée aux couples mariés.

Le projet prévoit enfin d'assouplir et de préciser le *secret de l'adoption* : les parents biologiques qui le souhaitent pourront ainsi obtenir des informations sur l'identité de l'enfant une fois majeur, si celui-ci y consent. En contrepartie, l'enfant mineur aura droit à des informations concernant ses parents biologiques, sans que celles-ci ne permettent de les identifier.

5.7.3 Autres enjeux de la révision

Au centre des discussions sur la modernisation du droit de l'adoption se pose actuellement la question de l'ouverture sans limite de l'adoption par les couples de même sexe. Celle-ci a déjà été abordée au chapitre traitant du rapport entre le partenariat enregistré et le mariage¹⁵⁸.

L'adoption plénière, telle que la connaît la Suisse, pose fréquemment problème en contexte international, sachant que divers pays ne connaissent que l'adoption simple ou admettent les deux formes (simple et plénière)¹⁵⁹. Ainsi, lorsqu'une adoption simple est prononcée à l'étranger sous l'empire d'un droit étranger, elle est reconnue en tant que telle en Suisse. Elle peut néanmoins être convertie ultérieurement en adoption plénière (sous réserve que les conditions en soient remplies), dans le cadre d'une procédure d'adoption menée en Suisse. Mais cette procédure exige, et là est la difficulté, d'obtenir le consentement des parents biologiques – lesquels avaient consenti à une adoption simple – à la rupture de tout lien entre eux et l'enfant.

Une autre institution qui est depuis longtemps sous le feu des critiques est *l'adoption de l'enfant du conjoint*¹⁶⁰, à laquelle on reproche, dans de nombreux cas, de ne pas aller suffisamment dans l'intérêt de l'enfant. Dans le cadre de la révision du droit de l'adoption, qui devait, selon le mandat du Parlement, étendre le champ d'application de cette forme d'adoption, le Conseil fédéral avait fait part de ses réserves à cet égard, mais sans en proposer la suppression¹⁶¹. D'autres études et débats (approfondis) seront nécessaires sur ce point pour permettre au législateur d'aller plus loin dans sa réflexion.

6 Questions financières

6.1 Remarques générales

Sous l'angle de la responsabilité individuelle, toute personne majeure qui en a la capacité est en principe censée pourvoir à ses propres besoins. Cette règle se relativise toutefois lorsqu'on s'engage dans le mariage ou dans un partenariat enregistré. Le couple, en tant qu'unité économique, peut parfaitement convenir d'une répartition des rôles qui suppose une réduction d'activité de l'un des conjoints ou des partenaires pour lui permettre d'assumer les charges domestiques et familiales ou autres. Pour tenir compte de cette répartition des tâches, le législateur a prévu, en matière de prévoyance et dans le droit des régimes matrimoniaux notamment, des mécanismes de compensation pour corriger, en cas de divorce ou de dissolution du partenariat enregistré, les *inégalités de revenus* qui résulteraient d'écarts

¹⁵⁸ Voir ch. 4.2.3.

¹⁵⁹ Voir la liste dressée par DAVID URWYLER/SONJA HAUSER, *Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht*, 3^e éd., ad art. 78 n° 24.

¹⁶⁰ Sur ce point, voir le message sur l'adoption (note 37) p. 863.

¹⁶¹ Message sur l'adoption (note 37) p. 864.

de salaire, de taux d'activité, ou encore de rendements de fortune. Ces mécanismes doivent garantir une répartition équitable des biens et avoirs acquis pendant la durée du mariage ou du partenariat (encore que cette répartition ne se fasse que partiellement dans le cas d'un partenariat enregistré). Dans le 1^{er} pilier de prévoyance, la loi prévoit un partage par moitié des revenus réalisés pendant le mariage ou le partenariat enregistré (*splitting*), de façon à garantir à chacun des deux conjoints ou partenaires un avoir de prévoyance indépendamment des écarts de revenus éventuels et de la répartition des rôles convenue. Le partage des revenus intervient lors de l'acquisition par les deux conjoints ou partenaires d'un droit à une rente vieillesse ou invalidité, à la dissolution du mariage, ou au décès d'un des conjoints ou partenaires si l'autre touche déjà une rente vieillesse ou invalidité.

Les couples qui ont des enfants à charge ont en outre droit à des bonifications pour tâches éducatives, à savoir des revenus fictifs qui seront pris en compte dans le calcul de la rente, et qui leur permettront de toucher une rente plus substantielle que celle calculée sur la base des cotisations effectives¹⁶².

Ces mécanismes ne résolvent pourtant pas tous les problèmes : bien souvent, un seul revenu moyen ne permet pas, en cas de rupture, de subvenir aux besoins de deux ménages, pas plus que de compenser durablement l'absence ou la réduction d'activité lucrative d'une personne après le divorce ou la dissolution du partenariat, dans l'optique aussi de la prévoyance. Ce à quoi s'ajoute l'allongement de l'espérance de vie avec, à la clé, la possibilité de mariages ou de partenariats enregistrés consécutifs dont il faudra également tenir compte. Enfin, le divorce, lorsqu'il débouche sur une insuffisance de revenus, accroît aussi le risque de devoir solliciter des prestations complémentaires à la rente AVS/AI.

6.1.1 La pauvreté des familles

La lutte contre la *pauvreté des familles* est un objectif important du Conseil fédéral¹⁶³. Le droit civil ne s'y prête cependant guère. C'est pourquoi l'effort devra d'abord porter sur l'encouragement du travail rémunéré de celui des parents qui se consacre essentiellement à l'éducation des enfants. Une autre piste, déjà évoquée et discutée à plusieurs reprises, consisterait à introduire des prestations sous condition de ressources. Cette démarche relève toutefois principalement de la compétence des cantons (plusieurs cantons connaissent du reste ce type de prestations). Au niveau fédéral, le Parlement s'est récemment saisi de la question dans le cadre de plusieurs initiatives visant l'adoption d'une loi-cadre fédérale en ce sens. Aucun des modèles proposés n'a toutefois su rassembler une majorité. Cette thématique sera abordée en détail dans le rapport du Conseil fédéral concernant le postulat 13.3135¹⁶⁴.

6.2 La contribution d'entretien après le divorce

La contribution d'entretien après le divorce trouve son fondement dans le droit à la réparation des dommages qui résultent du divorce, dans la solidarité post-matrimoniale et dans la nécessité de compenser les désavantages découlant du mariage. Les avantages découlant du mariage ne donnent lieu à compensation que dans une mesure très restreinte.

¹⁶² Voir les art. 52e ss du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RAVS (RS 831.101).

¹⁶³ Voir le communiqué de presse et le concept du « Programme national de prévention et de lutte contre la pauvreté », à lire sur le site : <http://www.bsv.admin.ch/aktuell/reden/00122/index.html?lang=fr&msg-id=48838>

¹⁶⁴ Postulat Tornare 13.3135 (« Politique de la famille »).

6.2.1 Le Principe du *clean break*

Le droit révisé du divorce, qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000, part du principe d'un « *clean break* » en cas de divorce, le but étant de permettre aux ex-époux de recouvrer le plus rapidement possible leur indépendance financière¹⁶⁵.

6.2.2 Exception : le droit à l'entretien après le divorce ou la dissolution du partenariat enregistré

Ce principe connaît cependant une exception : si, du fait de la répartition des tâches convenue durant le mariage, on ne peut raisonnablement attendre d'un conjoint qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable et de se constituer une prévoyance vieillesse appropriée, l'autre conjoint lui doit une contribution équitable. Selon une lecture communément admise, l'*entretien convenable* se détermine par référence au niveau de vie des époux durant le mariage. Cette interprétation n'est cependant pas sans poser problème, ne serait-ce que parce qu'il est plus onéreux de tenir deux ménages séparés qu'un ménage commun et qu'il faut donc une très bonne situation financière pour pouvoir maintenir le train de vie auquel le couple était habitué. En réalité, les deux conjoints – et, avec eux, les enfants dont ils ont la charge le cas échéant – sont généralement contraints de revoir leur train de vie à la baisse.

Selon le droit actuel (et les dispositions pertinentes de la LPart) la contribution d'entretien n'est due, après le divorce ou la dissolution du partenariat enregistré, qu'aussi longtemps qu'il ne peut raisonnablement être exigé du bénéficiaire qu'il subvienne lui-même à son entretien. Le montant de la contribution est calculé de telle sorte que le bénéficiaire puisse se réorganiser et se réinstaller. En cas de divorce, une rente illimitée dans le temps peut néanmoins être accordée si le divorce met fin à un mariage *de longue durée* et qu'on ne peut plus raisonnablement exiger du bénéficiaire qu'il reprenne une activité lucrative¹⁶⁶.

6.2.3 La gestion des « cas de déficit » après le divorce

Éliminer la discrimination à l'égard des femmes a été, ces dernières décennies, un enjeu central des différentes révisions dont a fait l'objet le droit de la famille. Et de fait, les dispositions du code civil satisfont aujourd'hui aux exigences constitutionnelles en matière d'égalité. Mais dans la pratique, les femmes sont encore largement pénalisées par leur situation familiale. Ce constat se vérifie dans les cas dits « de déficit », lorsque le débirentier – le plus souvent, l'époux – n'est pas en mesure de s'acquitter des contributions d'entretien dues (le plus souvent à son épouse et à leurs enfants) après le divorce ou la rupture. Le droit en vigueur met ce déficit à la charge exclusive de la crédièntière, puisque le juge ne touche pas au minimum vital du débirentier lorsqu'il détermine le montant de la contribution d'entretien. A la crédièntière ensuite de se tourner vers l'aide sociale pour combler le déficit éventuel, avec tous les inconvénients que cela comporte¹⁶⁷. Cette situation a amené la communauté scientifique à demander, depuis un certain temps déjà, l'introduction d'un *partage du déficit*. Le Tribunal fédéral a lui aussi appelé le législateur à intervenir pour mettre fin à cette discrimination¹⁶⁸.

Dans son message sur l'entretien de l'enfant, le Conseil fédéral a néanmoins exposé pourquoi la solution du problème ne pouvait venir du droit civil. Imposer un partage du déficit

¹⁶⁵ Lire aussi : CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Quelques réflexions sur la conception de l'entretien en droit de la famille, Fampra.ch 2014, p. 866 ss et 870 s.

¹⁶⁶ Voir AEBI-MÜLLER (note 104) p. 832.

¹⁶⁷ Pour plus de précisions, voir le message sur l'entretien de l'enfant (note 35) p. 560.

¹⁶⁸ ATF 135 III 66 ; pour plus de précisions, lire FOUNTOLAKIS (note 165) p. 872 ss.

entre débirentier et crédiereutier en légiférant au niveau fédéral contraindrait certes le débirentier à payer plus qu'aujourd'hui. Mais il n'est pas certain que l'aide sociale reprendrait à sa charge la part du déficit imputée au débirentier. Et pour cause : selon le *principe du ménage* – auquel obéit le droit cantonal en matière d'aide sociale –, l'aide sociale est calculée en fonction des seuls besoins du ménage. Les contributions d'entretien, qui sont destinées à un autre ménage, ne seraient dès lors pas imputables. Or, en vertu de la répartition des compétences prévue par la Constitution, la Confédération n'est pas habilitée à imposer aux cantons une dérogation à ce principe, à moins de créer une base constitutionnelle *ad hoc*, comme le préconisait une motion déposée par la Commission des affaires juridiques du Conseil national le 27 juin 2014¹⁶⁹. Cette motion a d'abord été adoptée par le Conseil national à la session d'automne 2014, puis rejetée par le Conseil des Etats le 2 décembre 2014¹⁷⁰.

Une mesure qui pourrait contribuer à améliorer la situation financière précaire des enfants d'un foyer monoparental serait de coordonner plus efficacement les contributions d'entretien prévues par le droit de la famille et le soutien financier fourni par la collectivité sous forme d'aide sociale ou d'avances alimentaires¹⁷¹. Mais c'est là une tâche de compétence cantonale. Le projet de révision du droit de l'entretien prévoit néanmoins, au niveau fédéral, une série de mesures destinées à améliorer la situation de l'enfant. L'une d'elles consisterait à faire figurer, sur toute décision ou convention relative à la contribution d'entretien due à l'enfant mineur, non seulement le montant fixé en fonction de la capacité contributive du parent débiteur, mais aussi le montant nécessaire à son entretien convenable. Cette indication permettrait, à l'avenir, d'ajuster plus facilement le montant de la contribution en cas d'amélioration notable de la situation financière du débiteur. Si la situation de ce dernier devait s'améliorer de façon exceptionnelle, l'enfant pourrait même exiger le versement *a posteriori* de la différence.

6.2.4 Appréciation

De nombreuses questions essentielles du droit de l'entretien ne sont aujourd'hui pas réglées explicitement par la loi, mais par la jurisprudence. Il en sera toujours ainsi après l'entrée en vigueur de la révision du droit d'entretien de l'enfant. Car si le droit actuel soulève indéniablement un certain nombre de questions et que la jurisprudence est vivement critiquée sur certains points, les travaux préparatoires de la dernière révision ont montré que le droit de l'entretien était trop complexe et les situations trop diverses pour rentrer dans un cadre normatif, général et abstrait. Le Conseil fédéral estime qu'il revient dès lors aux tribunaux de faire évoluer le droit dans ce domaine, en fonction de l'évolution de la société, des changements politiques et des avancées de la doctrine.

6.3 Le droit de l'enfant à l'entretien

Le projet de révision du droit de l'entretien de l'enfant, dont délibère actuellement le Parlement, prévoit l'institution d'une contribution de prise en charge de l'enfant.

¹⁶⁹ Motion de la CAJ-N 14.3662 (« Base constitutionnelle concernant le partage du déficit entre les parents dans le droit relatif à l'entretien »).

¹⁷⁰ BO 2014 E 1119 ss.

¹⁷¹ Dans le même sens, lire FOUNTOLAKIS (note 165), p. 874 ; THOMAS GEISER, Familie und Geld – Wie sind die wirtschaftlichen Fragen in einem modernen Familienrecht zu regeln?, Fampra.ch 2014, p. 884 ss et 899 ss.

6.3.1 Remarques générales

L'entretien de l'enfant relève de la responsabilité des deux parents, qu'ils soient mariés ou non. Il appartient en principe aux parents de s'entendre sur la contribution qu'apportera chacun d'eux aux soins et à l'éducation de l'enfant et de décider s'ils s'en acquitteront ensemble ou chacun de son côté, en nature ou en espèces.

Le projet de révision du droit de l'entretien de l'enfant dont délibère actuellement le Parlement prévoit d'instituer une *contribution de prise en charge de l'enfant*. C'est-à-dire que le parent qui n'assume pas la charge effective de l'enfant devra soutenir financièrement l'autre parent pour lui permettre de consacrer le temps nécessaire aux soins et à l'éducation de l'enfant. L'instauration de ce droit – reconnu à l'enfant et non au parent qui en a la garde – permettra d'améliorer sensiblement le statut des enfants de parents non mariés, en les mettant à parité avec les enfants de parents mariés en matière d'entretien. Comme l'autorité parentale conjointe, le droit en matière d'entretien sera aménagé de sorte qu'aucun enfant ne soit désavantagé du fait de l'état civil de ses parents.

6.3.2 Contribution d'entretien en faveur de l'enfant : ce que prévoit le projet de révision

Quoiqu'il adviene du couple, l'entretien de l'enfant est une responsabilité commune des parents. Le projet de révision consacre ce principe en affirmant la *primauté* de l'obligation d'entretien de l'enfant mineur sur toutes les autres obligations d'entretien du droit de la famille. Il affirme aussi le droit de chaque enfant à une contribution d'entretien qui ne se limitera pas à couvrir ses besoins de base, mais qui lui permettra de bénéficier de la forme de prise en charge qui lui conviendra le mieux, par les parents eux-mêmes ou par un tiers (par exemple une maman de jour ou une crèche). Le montant de la contribution due tiendra compte du coût de prise en charge de l'enfant par le parent qui en a la garde. Le projet se garde toutefois de définir les critères de calcul de la contribution de prise en charge. Il laisse au juge un pouvoir discrétionnaire relativement étendu, qui permettra de rechercher une solution adaptée aux circonstances.

L'introduction d'une contribution de prise en charge vise, en premier lieu, à renforcer le droit à l'entretien des enfants de parents non mariés (ou divorcés). Le but n'est pas de pénaliser le conjoint créancier, mais d'aboutir, en additionnant les deux contributions (la contribution de prise en charge et la contribution d'entretien après divorce), à des prestations du même ordre que celles versées aujourd'hui au conjoint divorcé.

La position de l'enfant doit aussi se renforcer sous l'angle procédural : d'une part, le juge pourra exhorter les parents à tenter une médiation gratuite pour régler le sort de l'enfant, en désignant également un représentant de l'enfant ; d'autre part, le projet prévoit de reporter à la *majorité* le point de départ de la prescription des créances de l'enfant à l'égard de ses parents¹⁷².

Enfin, le projet améliore le recouvrement des contributions d'entretien, par l'harmonisation des pratiques dans ce domaine. Dans son rapport du 4 mai 2011 « Harmonisation de l'avance sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement », le Conseil fédéral constatait, en effet, de nettes disparités entre les cantons dans les prestations proposées par les

¹⁷² En règle générale, le délai de prescription commence à courir à la date d'échéance de la créance. Passé un certain délai, il n'est plus possible d'agir en recouvrement, sauf interruption (préalable) du délai de prescription. La disposition spéciale proposée tient compte de la dimension personnelle des relations parents-enfants, qui rend particulièrement délicat le recouvrement des créances.

services d'aide au recouvrement¹⁷³. Pour gommer ces disparités, il définira, par voie d'ordonnance, une liste des prestations obligatoires à fournir.

6.3.3 La contribution d'entretien minimale pour l'enfant

Une proposition qui revient régulièrement dans le débat public est celle de reconnaître d'office à l'enfant un droit à une contribution d'entretien minimale, comme la connaissent d'autres pays. Cette contribution serait à la charge des parents, mais pourrait être reportée sur la collectivité publique en cas de déficit. A noter que, dans les pays qui la connaissent, cette contribution souvent très modeste n'assure de loin pas les moyens d'existence de l'enfant¹⁷⁴, alors que, telle qu'elle est évoquée en Suisse, elle correspondrait au montant maximal de la rente d'orphelin simple de l'AVS/AI, soit aujourd'hui 940 francs.

Se pose, comme pour le partage du déficit, la question de la compétence de la Confédération pour imposer une contribution de ce type. Dans la mesure où elle ne produirait que des effets de droit civil, son introduction équivaldrait à imposer – du moins partiellement – le partage du déficit, puisqu'elle obligerait le débiteur à verser des prestations allant au-delà de sa capacité contributive. Le problème évoqué plus haut resterait donc entier¹⁷⁵. Mais pour les tenants de la contribution d'entretien minimale, l'enjeu est souvent moins de créer une obligation civile que d'obliger les cantons, à travers cet instrument, à avancer des contributions plus élevées. Or instaurer une telle obligation serait incompatible avec la répartition des compétences prévue par la Constitution, puisque, contrairement à ce qui vaut pour le recouvrement des contributions, le législateur fédéral n'est pas compétent pour régler les avances sur contributions d'entretien¹⁷⁶.

6.3.4 La lutte contre la pauvreté des enfants

Parallèlement au nombre des divorces, le nombre d'enfants concernés par la séparation de leurs parents s'est lui aussi accru. Or, dans près d'un cas sur trois, le divorce fait basculer à l'aide sociale celui des parents qui élève désormais seul l'enfant, faute de revenus suffisants pour financer deux ménages.

Dans les familles biparentales, le double exercice d'une activité lucrative ne s'avère souvent pas rentable, sachant que l'essentiel du supplément de revenu passe en frais de garde et en charges fiscales. Ce cumul des charges affecte davantage les couples mariés que les couples non mariés, du fait des taux d'imposition applicables. Les parents seuls, pour leur part, sont généralement contraints d'exercer un travail rémunéré, les contributions d'entretien ne suffisant pas aux besoins du ménage¹⁷⁷. Pour permettre aux parents de mieux concilier famille et travail et, partant, s'attaquer à la pauvreté des familles, la Confédération a lancé un programme d'impulsion à la création de places d'accueil extrafamilial (en crèches, en structures de jour et en garderies). En septembre 2014, le Parlement a décidé de reconduire jusqu'au 31 janvier 2019 le programme, initialement limité à fin janvier 2015.

¹⁷³ Rapport à télécharger sur le site : www.ofas.admin.ch > Thèmes > Famille/allocations familiales > Politique familiale : autres thèmes > Aide au recouvrement et avance sur contributions d'entretien.

¹⁷⁴ Voir « La réglementation en matière d'entretien dans les cas de déficit après divorce ou séparation – Evaluation du point de vue des droits humains de l'obligation unilatérale de supporter le déficit », étude du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), janvier 2014, p. 27 ss.

¹⁷⁵ Voir ch. 6.2.3.

¹⁷⁶ Voir aussi à ce sujet GEISER (note 170) p. 903 s.

¹⁷⁷ Voir « Pauvreté en Suisse : concepts, résultats et méthodes », Office fédéral de la statistique, 2012, et « Statistique suisse de l'aide sociale », 2010, résultats choisis ; Commission fédérale de coordination pour les questions familiales : Die Leistungen von Familien anerkennen und fördern, Strategische Leitlinien 2015, août 2009.

6.3.5 Appréciation

Le problème central qui se pose en matière de droit d'entretien est souvent l'insuffisance des ressources dont dispose une famille pour subvenir aux besoins de tous ses membres. Le réaménagement du droit en matière d'entretien n'aura pas pour effet d'accroître quantitativement les ressources, mais uniquement de les redistribuer. Pour s'attaquer véritablement au problème, il faut donc viser un accroissement des ressources. Celui-ci peut s'obtenir, du moins partiellement, en augmentant le travail rémunéré des intéressés. Une deuxième piste¹⁷⁸ serait d'allouer davantage de ressources étatiques. L'opportunité d'introduire, par exemple, de nouvelles contributions pour enfants sera abordée dans le cadre du postulat 13.3135¹⁷⁹.

6.4 Les régimes matrimoniaux

Une proposition parfois avancée est celle de remplacer le régime ordinaire de la participation aux acquêts par un régime de communauté des biens. En effet, ce dernier est le seul à s'inscrire dans une logique de parité du travail domestique et du travail rémunéré. Un deuxième argument est que le régime de la participation aux acquêts est particulièrement difficile à appliquer, notamment en présence de biens immobiliers. Le Conseil fédéral estime, pour sa part, qu'un tel changement ne s'impose pas à l'heure actuelle.

6.4.1 Le régime matrimonial légal

Le principe selon lequel les biens acquis pendant le mariage sont répartis par moitié lorsque la communauté de vie prend fin répond à un sentiment de justice très répandu. On reproche au contraire au régime de la participation aux acquêts (lequel fonctionne comme la séparation des biens pendant le mariage, avec un mécanisme de compensation à la dissolution de l'union), d'être difficile à mettre en œuvre et de mal répondre aux attentes des époux, au point qu'en présence de biens immeubles, il est quasiment impossible, lors de la liquidation du régime, de procéder à un partage équitable des biens¹⁸⁰. On reproche en outre à ce régime de favoriser, dans les couples ayant une répartition traditionnelle des rôles, l'époux au détriment de l'épouse : pendant le mariage, l'époux dispose librement du revenu de son travail pour ses propres besoins (hors acquêts), tandis que l'épouse – qui voue ses soins au ménage – doit se contenter du montant qu'il lui alloue. Au contraire, un régime de communauté des biens, qui ferait entrer dans la communauté l'ensemble des biens acquis par les époux pendant le mariage, s'accorderait mieux avec l'idée de parité du travail domestique et du travail rémunéré.

6.4.2 Les régimes matrimoniaux conventionnels

A côté de la participation aux acquêts, le législateur a prévu deux autres régimes que peuvent choisir les époux, à savoir le régime de la séparation des biens et celui de la communauté des biens. Cette liberté de choix doit être conservée, tout comme l'obligation de formaliser le contrat de mariage par un acte notarié, pour s'assurer que les (futurs) époux s'entourent des conseils nécessaires.

¹⁷⁸ Voir GEISER (note 170) p. 903 s.

¹⁷⁹ Postulat Tornare 13.3135 (« Politique de la famille »).

¹⁸⁰ Voir l'avis SCHWENZER (note 2) p. 22.

Un régime matrimonial étranger peut, par ailleurs, s'appliquer si les époux ne sont pas tous deux domiciliés en Suisse¹⁸¹. De même, les époux étrangers domiciliés en Suisse peuvent choisir de se marier sous le régime légal de l'Etat dont ils ont la nationalité¹⁸². L'élection de droit doit se faire par écrit ou ressortir d'une façon certaine des dispositions du contrat de mariage. Elle peut être modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la célébration du mariage, elle rétroagit au jour du mariage, sauf convention contraire¹⁸³.

6.4.3 Vers un changement de régime matrimonial légal ?

La question du régime matrimonial revêt en principe une importance secondaire pendant la durée du mariage ; elle n'a du reste pas donné lieu à une jurisprudence abondante. C'est généralement lorsque le couple est au bord de la rupture ou en instance de divorce que cet aspect devient significatif, même si la liquidation du régime matrimonial ne porte souvent que sur des biens de moindre valeur : l'essentiel des avoirs réside dans la prévoyance professionnelle accumulée durant le mariage. Or celle-ci relève, non pas des règles liquidatives du régime matrimonial, mais du partage de la prévoyance professionnelle.

Dans cette optique, l'opportunité de passer à un régime légal de communauté des biens paraît discutable. Ce régime n'est pas facile à appliquer à l'égard de tiers ; sur ce point, le changement préconisé créerait du reste une insécurité juridique considérable. Il ne semble pas davantage pertinent de passer à un régime légal de séparation des biens, par analogie au régime appliqué aux partenaires enregistrés.

En dépit de leur portée concrète limitée, les dispositions régissant la dissolution du régime matrimonial légal ne sont pas dénuées d'importance. S'agissant des difficultés d'application reprochées au régime de la participation aux acquêts, il faut admettre qu'en présence par exemple de biens immobiliers ou d'entreprises familiales, ce régime pose des problèmes qui ne sont, pour certains, pas aisés à résoudre. La pratique s'en est néanmoins accommodée.

6.4.4 Appréciation

S'il est vrai que le droit en vigueur comporte des faiblesses, des solutions pratiques ont cependant pu être trouvées à la plupart des problèmes. Il est indéniable que le régime légal actuel continue de pénaliser de fait celui des conjoints qui voue ses soins au ménage. Mais le nombre de conjoints sans activité extra-domestique (des femmes le plus souvent) est en recul constant. C'est pourquoi le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu de changer de régime matrimonial légal¹⁸⁴.

¹⁸¹ Voir les art. 52 ss LDIP.

¹⁸² Voir l'art. 52 LDIP.

¹⁸³ Sur l'ensemble de la question, voir l'art 53 LDIP.

¹⁸⁴ Voir aussi AEBI-MÜLLER (note 104) p. 822 et 830, avec d'autres références.

6.5 Le partage de la prévoyance professionnelle entre conjoints et entre partenaires enregistrés

Correctif important, le partage des avoirs de prévoyance professionnelle en cas de divorce ou de dissolution du partenariat enregistré offre une certaine protection au conjoint ou au partenaire qui, vouant ses soins au ménage, n'a pas pu se constituer une prévoyance suffisante. Le projet de loi sur lequel délibère actuellement le Parlement maintient le principe du partage par moitié, tout en permettant plus de souplesse dans son application. Il apporte aussi une solution au problème des veuves divorcées.

6.5.1 Généralités

Pendant des décennies, les avoirs de prévoyance sont restés étrangers aux procédures de divorce : lorsqu'un des conjoints avait acquis des droits à la retraite auprès d'une institution de prévoyance, ceux-ci n'étaient, en règle générale, pas touchés dans la procédure. Si l'un des conjoints percevait une rente de vieillesse ou d'invalidité d'une institution de prévoyance professionnelle, ce revenu entrait en ligne de compte, le cas échéant, dans le calcul des prestations d'entretien dues à l'autre conjoint. La loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)¹⁸⁵, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, a institué la possibilité, pour le juge du divorce, de partager les prétentions acquises, sans toutefois qu'il soit tenu de le faire. Les prétentions de prévoyance n'étaient donc pas systématiquement prises en compte dans les divorces prononcés après 1995 et les modalités en étaient laissées à l'appréciation du juge et des parties. Ce n'est qu'en 2000, avec l'entrée en vigueur du droit révisé du divorce, qu'a été statué un droit au partage de la prévoyance professionnelle, indépendant des prétentions en liquidation du régime matrimonial et en matière d'entretien. Depuis lors, les prestations de sortie acquises pendant le mariage sont en principe partagées par moitié entre les époux et une indemnité équitable est due lorsqu'un partage est impossible, par exemple lorsque les avoirs entrant en ligne de compte ont été constitués à l'étranger ou qu'un cas de prévoyance est déjà survenu.

Pour les partenaires enregistrés, les dispositions régissant le partage de la prévoyance professionnelle s'appliquent par analogie en cas de dissolution judiciaire du partenariat.

Nul ne conteste aujourd'hui le bien-fondé, ni la nécessité d'un partage de la prévoyance professionnelle¹⁸⁶. Et l'idée semble acquise que le mariage, comme le partenariat enregistré, constitue une communauté de destins, économique entre autres, dans laquelle doivent s'équilibrer les capacités contributives et les prétentions des conjoints ou des partenaires. Cette obligation ne produit cependant pas d'effets pendant le mariage ou le partenariat : il n'y a partage qu'en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré.

6.5.2 Les enjeux de la révision en cours

L'obligation faite, depuis le 1^{er} janvier 2000, de tenir compte, dans le partage, des avoirs de prévoyance (expectatives et rentes en cours de versement) en cas de divorce ou de dissolution judiciaire du partenariat enregistré n'est pas remise en question. Plus délicate et discutable est la *rigidité de la règle du partage par moitié*, qui interdit aux conjoints et aux partenaires enregistrés de s'entendre sur d'autres modalités de répartition et dont le juge ne peut

¹⁸⁵ RS 831.42.

¹⁸⁶ Voir sur ce point les observations de SCHWENZER (note 2), p. 26, sur la rigidité de ce principe qui, en l'état, ne permet pas de tenir suffisamment compte des réalités. L'auteur préconise un alignement sur le droit du régime matrimonial pour corriger les inégalités de traitement entre actifs soumis au régime obligatoire LPP et actifs indépendants – dont l'épargne de prévoyance éventuelle est soumise aux règles liquidatives du régime matrimonial.

s'écarter qu'à titre exceptionnel. Un autre aspect problématique est la date de référence prévue pour le calcul des prestations à partager, à savoir l'entrée en force du jugement de divorce ou de la dissolution judiciaire du partenariat enregistré.

Les dispositions régissant le partage de la prévoyance professionnelle ont d'emblée soulevé des critiques, d'aucuns les trouvant trop rigides, d'autres estimant qu'elles ne sont pas systématiquement appliquées, ce qui est au détriment du conjoint ou du partenaire enregistré qui n'exerce pas d'activité lucrative. Il leur a aussi été reproché d'être difficiles à mettre en œuvre et d'être source d'insécurité juridique. En quinze ans, la pratique s'est néanmoins assouplie sur bon nombre de ces points. Le reproche – fondé – selon lequel la règle du partage par moitié n'est pas respectée dans la plupart des cas, tient à la date de référence retenue par la loi pour calculer les prestations à partager, à savoir la date d'entrée en force du jugement de divorce ou du jugement de dissolution du partenariat. Cette date rend, de fait, impossible non seulement un calcul fiable, mais aussi et surtout l'établissement par les parties d'une convention de divorce ou de dissolution du partenariat ; lesquelles parties se voient contraintes de fixer une date fictive (forcément antérieure à la date du jugement), et de transgresser ainsi la loi. Enfin, il a été jugé fâcheux qu'un partage ne soit plus possible après la survenance d'un cas de prévoyance, l'ayant droit devant se satisfaire d'une autre solution.

6.5.3 Les principes du projet de révision

Diverses interventions parlementaires ont été déposées pour demander plus de souplesse et la garantie d'un partage plus équitable (rigoureusement par moitié) des prestations de sortie, mais surtout une réponse à la question des veuves divorcées¹⁸⁷. En effet, lorsqu'une rente AVS/AI est versée au moment du divorce, la seule compensation prévue aujourd'hui est le versement par le conjoint débiteur d'une indemnité équitable de prévoyance. S'il décède, il ne reste souvent à la bénéficiaire qu'une rente minimale. Le projet de loi corrige ce point en prévoyant, non plus le versement d'une indemnité équitable, mais un partage des prétentions de prévoyance même si une rente AVS ou AI est déjà servie, de façon à permettre une véritable compensation, indépendamment de la durée de vie du débiteur. Il définit aussi une nouvelle date de référence pour calculer la prestation à partager, à savoir la date d'introduction de la demande de divorce. Le projet prévoit, en outre, d'assouplir les conditions auxquelles les conjoints ou les partenaires enregistrés et le juge pourront s'écarter de la règle du partage par moitié. Dans le même temps, l'information devrait s'améliorer avec l'obligation faite aux institutions de prévoyance et de libre passage de déclarer chaque année leurs effectifs d'assurés à la Centrale du 2^e pilier. Ceci permettra au juge du divorce d'avoir une meilleure vue d'ensemble des avoirs à prendre en compte lors du partage. Enfin, en dépit des problèmes pratiques rencontrés, la possibilité d'un versement anticipé pour accéder à la propriété du logement (à usage propre) est maintenue.

6.5.4 Partage des avoirs de prévoyance : qu'en est-il pour les couples de fait ?

Dès lors qu'il n'est pas question de traiter à égalité les couples de fait et les couples mariés, il n'y a pas lieu de reconnaître systématiquement aux personnes qui vivent en communauté de vie de fait un droit au partage de la prévoyance en cas de rupture. Il n'est pas possible, en l'état du droit, de prévoir le transfert volontaire d'une partie de la prestation de sortie en

¹⁸⁷ Motion de la CAJ-N 05.3713 (« Droit du divorce. Révision des dispositions relatives à la compensation de la prévoyance et aux questions qui touchent les enfants ») ; motion Amacker 08.3821 (« Versement de prestations de vieillesse ») et motion Humbel 08.3956 (« Prévoyance professionnelle. Assurer un juste partage des prestations de sortie en cas de divorce »).

cas de rupture¹⁸⁸. Les institutions de prévoyance peuvent néanmoins prévoir dans leur règlement de reconnaître, sous certaines conditions, la qualité d'ayant droit au compagnon ou à la compagne de l'assuré. Ces conditions sont réunies en présence d'enfants communs ou d'une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans, pour peu que l'ayant droit ne touche pas déjà une rente de veuvage. De nombreuses institutions de prévoyance exigent, à ce titre, une déclaration de volonté correspondante de l'assuré. A noter toutefois que ces règlements donnent régulièrement lieu à litige¹⁸⁹.

Le sort des avoirs de prévoyance en cas de décès d'un des membres du couple non marié est un sujet de préoccupation de nombreux Suisses ; et le fait que ces avoirs puissent simplement échapper au membre survivant du couple suscite l'incompréhension. Dans ce contexte, on peut effectivement se demander s'il ne faudrait pas obliger les institutions de prévoyance à traiter les couples non mariés de la même manière que les couples mariés pendant la durée de la communauté de vie. Il serait également envisageable de prévoir une *clause de rigueur* qui pourrait s'appliquer, sous certaines conditions, en cas de rupture du couple. Ces conditions pourraient par exemple être réunies en présence d'enfants communs ou après une communauté de vie d'au moins dix ans. Enfin, il faudrait examiner l'opportunité d'instaurer un droit à des prestations de survivant.

6.5.5 Le versement anticipé pour la propriété du logement : perspectives

Dans de nombreux cas, il n'est pas nécessaire, à la liquidation du régime matrimonial consécutive au divorce, de procéder à un véritable partage des biens, faute de patrimoine important. Et même quand il y a patrimoine, celui-ci se concentre fréquemment sur un logement commun dans lequel les époux ont investi une partie de leurs avoirs de prévoyance au titre de l'encouragement à la propriété du logement (EPL). Le divorce entraîne souvent une lacune de prévoyance, qui est d'autant plus grande lorsqu'une part de la prestation de sortie est attribuée à l'autre époux. Cette lacune est rarement comblée. Au final, si les conjoints divorcés ne sont pas en mesure de conserver leur bien-fonds familial, ni de rembourser le versement anticipé EPL, cet avoir – destiné en principe à la prévoyance vieillesse et invalidité – est de fait détourné de sa destination.

Le 25 juin 2014, le Conseil fédéral a décidé d'examiner, dans le cadre des travaux menés en vue d'une réforme des prestations complémentaires, si l'on pouvait établir un rapport clair entre le retrait anticipé de capitaux de prévoyance dans le cadre de l'EPL et la nécessité de prestations complémentaires et s'il fallait envisager des mesures correctives dans ce domaine.

7 Droit des successions

La motion Gutzwiller entend moderniser le droit des successions, tout en conservant sa substance. Le Conseil fédéral devrait envoyer un avant-projet en consultation au premier semestre 2015.

La motion Gutzwiller 10.3524 (« Moderniser le droit des successions ») propose, en particulier, une modification des art. 462 (part successorale du conjoint survivant), 470, al. 1, (étendue de la quotité disponible) et 471 CC (réserve), soit la suppression de la réserve des parents (ascendants), des règles plus libérales en matière de réserve et l'extension des dispositions du droit des successions aux couples de fait, aujourd'hui désavantagés. Ce dernier

¹⁸⁸ Pour la prévoyance professionnelle obligatoire, voir l'art. 39, al. 1, LPP ; pour la prévoyance professionnelle surobligatoire, l'art. 331b CO ; pour le pilier 3a, l'art. 4, al. 1, OPP 3.

¹⁸⁹ Voir, en dernier lieu, l'ATF 140 V 57.

point a suscité un certain scepticisme au sein des deux Chambres¹⁹⁰. La motion a néanmoins été approuvée après sa modification par le Conseil national, qui a précisé qu'il n'y aurait pas d'égalité en droit successoral entre les couples de fait et les couples mariés ; le Conseil des Etats s'est finalement rallié à ce texte¹⁹¹.

Le Conseil fédéral doit envoyer un avant-projet en consultation dans le courant du 1^{er} semestre 2015. Selon le mandat du Parlement, la révision doit aller dans le sens d'une plus grande liberté du disposant pour organiser sa succession. Elle ne devra toutefois pas reconnaître au membre survivant d'un couple de fait une vocation successorale légale. Ceci permettrait de satisfaire la double revendication faite, à savoir prendre en compte la communauté de vie de fait dans la succession, mais sans créer d'égalité de droits avec le mariage. Le Conseil fédéral étudiera l'opportunité d'inscrire dans la loi une clause de rigueur, qui pourrait s'appliquer sous certaines conditions.

8 Modernisation dans les autres domaines du droit

8.1 Liens avec d'autres domaines du droit

Du fait de l'étroite imbrication qui existe entre le droit des assurances sociales, le droit fiscal et toutes les règles qui ont un impact sur la vie familiale, une modernisation du droit de la famille ne saurait se limiter aux seules dispositions matérielles de ce dernier. Se pose, notamment, la question des répercussions qu'elle aurait sur le droit des assurances sociales. Enfin des aspects de droit fiscal et de droit procédural devraient également être examinés, de même que les ajustements structurels qui pourraient s'imposer.

8.2 Tour d'horizon des prestations relevant du droit des assurances sociales

Les critères d'octroi des prestations d'assurances sociales s'appuient, pour l'essentiel, sur le droit civil. L'introduction de nouveautés dans le droit de la famille pourrait rendre nécessaire une adaptation du droit des assurances sociales.

Il est indéniable que le choix du mode de vie ne dépend plus aujourd'hui uniquement de considérations de droit civil, mais aussi – dans une large mesure – du droit des assurances sociales. Un lien étroit existe, en effet, entre la configuration familiale et le droit aux prestations des assurances sociales, puisque tous les systèmes d'assurance sociale, hormis celui des allocations pour perte de gain (APG)¹⁹² s'appuient sur l'état civil. Le partenariat enregistré est à cet égard assimilé au mariage¹⁹³. Par contre, la communauté de vie de fait ne produit, en principe, pas d'effets dans ce domaine¹⁹⁴.

A première vue, le plafonnement des rentes AVS/AI semble pénaliser les couples mariés et les partenaires enregistrés par rapport aux couples non mariés. Mais si l'on porte un regard global sur le système des prestations d'assurances sociales, il s'avère que ce système *privi-légie, au contraire*, les couples mariés et les partenaires enregistrés par rapport aux couples de fait : les privilèges qui leur sont accordés se chiffrent, en effet, à quelque 2,8 milliards de francs par an, alors que le plafonnement des rentes AVS permet à l'AVS d'économiser 2

¹⁹⁰ BO 2010 E 872 ; BO 2011 N 108.

¹⁹¹ BO 2011 E 489.

¹⁹² Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG ; RS 834.1).

¹⁹³ Voir l'art. 13a de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

¹⁹⁴ A l'exception des prestations pour survivants visées à l'art. 20a LPP, voir sur ce point le ch. 6.5.4.

milliards de francs par an ; le solde est de 800 millions de francs par an en faveur des personnes mariées. Un alignement de la communauté de vie de fait sur le mariage et le partenariat enregistré pourrait ainsi se répercuter lourdement sur les finances de l'AVS (surcoûts)¹⁹⁵.

Le Parlement et le Conseil fédéral se sont accordés jusqu'ici à considérer que les charges et avantages inhérents au système des assurances sociales se répartissaient, globalement, de façon équitable entre les différentes formes de communauté de vie¹⁹⁶. Cela étant, il semble effectivement dépassé, de nos jours, de ne pas reconnaître à la communauté de vie de fait d'effets en matière d'assurances sociales, au vu de la généralisation de cette forme de vie commune. Une nouvelle réglementation se justifierait donc sur le principe. Cependant, un alignement de la communauté de vie de fait sur le mariage quant à ses effets à l'égard de toutes les assurances sociales (hors APG), de l'aide sociale et des prestations sous condition de ressources nécessiterait de profondes réformes, sachant que ces assurances sociales se fondent sur l'état civil. En considérant le système dans son ensemble, on observe que les couples non mariés financent les couples mariés¹⁹⁷. Ils ne bénéficient par exemple pas dans la même mesure d'allègements de cotisations ou de prestations de survivants. Une réforme aurait pour effet de conférer aux couples de fait reconnus les mêmes droits en matière de prestations de survivant et d'allègements. Reste que, s'il y a alignement de la communauté de vie de fait sur le mariage, il devra se faire tant du côté des cotisations que de celui des droits. Il faudrait veiller aussi à ce qu'il ne crée pas au final, pour les couples non mariés, des avantages au détriment des couples mariés.

Dans la perspective des assurances sociales, il s'agira de définir clairement les conditions auxquelles la communauté de vie de fait pourrait être un facteur de rattachement en matière de contributions et de prestations. Les autorités d'exécution des assurances sociales devraient par exemple pouvoir s'appuyer sur un registre. D'où l'importance de définir clairement la notion de communauté de vie de fait et d'en saisir le début et la fin dans un registre. Car comme le mariage, la communauté de vie de fait ne pourrait déployer d'effets juridiques à l'égard des assurances sociales que pour sa durée d'existence attestée par un registre. Les autorités d'exécution des assurances sociales ne sauraient, en effet, intervenir à la place des institutions du droit de la famille pour déterminer quand on est en présence d'une communauté de vie de fait.

Dans l'hypothèse où on ne créerait pas de registre obligatoire, l'alignement de la communauté de vie de fait sur le mariage ne devrait porter que sur quelques points, pour des raisons de sécurité juridique et de pratique. Il serait alors imaginable de subordonner la prise en compte de la communauté de vie de fait à la possibilité d'en démontrer sans peine l'existence, lors de l'examen des conditions d'octroi de prestations. Ce système pourrait s'appliquer à l'octroi d'une rente de survivant en cas d'enfants communs ou à la prise en compte de bonifications pour tâches éducatives dans le premier pilier. Pour les prestations du deuxième pilier, il ne serait par exemple pas nécessaire de s'appuyer sur un registre pour examiner s'il y a lieu de privilégier le membre survivant d'un couple non marié plutôt que les parents ou les enfants majeurs de l'assuré.

¹⁹⁵ Voir le message du 23 octobre 2013 concernant l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage », FF 2013 7623, 7644.

¹⁹⁶ Voir l'avis du Conseil fédéral relatif au postulat du Groupe vert/libéral 13.4080 (« Egalité au regard du droit fiscal et du droit des assurances sociales »).

¹⁹⁷ Voir FF 2013 7623, ch. 3.2.2 et 4.2.2 ; rapport de l'Office fédéral des assurances sociales du 10 juin 2013 « Evolution de la contribution des pouvoirs publics au financement de l'AVS depuis 1948 » à l'attention de la CSSS-E en réponse à la proposition Rechsteiner Paul du 21 janvier 2013, ch. 7.5 ; ATF du 6 décembre 2013, n° 9C_38312013 (à paraître).

L'initiative populaire du 5 novembre 2012 « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage »¹⁹⁸ demande que le mariage – défini comme l'union durable et réglementée par la loi d'un homme et d'une femme – ne soit pas pénalisé par rapport à d'autres modes de vie, notamment en matière d'impôts et d'assurances sociales. Le Conseil fédéral soutient les objectifs de politique fiscale de cette initiative, lesquels rejoignent son propre objectif d'éliminer les discriminations entre les couples mariés et les couples de fait. En matière d'assurances sociales, en revanche, les couples mariés ne sont pas désavantagés par rapport aux couples non mariés ; le Conseil fédéral estime, dès lors, qu'il n'y a pas lieu d'intervenir sur ce point.

8.3 Aspects de droit fiscal

Le traitement fiscal des couples mariés et des partenaires enregistrés d'une part, et des couples non mariés d'autre part, peut également influencer sur le choix de vie d'un couple ou d'une famille. D'où le rôle important qu'est amené à jouer le droit fiscal – tout comme le droit des assurances sociales – dans la conception du droit de la famille.

Les époux sont soumis à un régime d'imposition commune¹⁹⁹. Il en va de même de la famille, qui est considérée comme une entité économique et constitue une unité au regard du droit fiscal. Les revenus des époux sont additionnés, quel que soit leur régime matrimonial, de même que les revenus des enfants mineurs qui ne proviennent pas d'une activité lucrative.

La LIFD connaît trois barèmes d'imposition des personnes physiques : un barème de base, un barème applicable aux époux et un barème applicable aux personnes qui vivent en ménage commun avec des enfants (barème parental). Cela doit permettre de tenir compte des différentes capacités contributives des ménages. Mais ce mécanisme et les déductions accordées aux couples mariés et aux partenaires enregistrés ne suffisent pas toujours à compenser la *surcharge fiscale* qui pèse sur eux du fait de l'addition de leurs revenus²⁰⁰. En 1984 déjà, le Tribunal fédéral avait jugé, dans un arrêt qui avait marqué un tournant dans la jurisprudence²⁰¹, qu'il était anticonstitutionnel d'imposer plus lourdement les couples mariés que les concubins. La question de l'imposition correcte des couples mariés reste pourtant d'actualité, les diverses interventions parlementaires déposées sur le sujet n'ayant pas permis de trouver une solution capable de réunir une majorité²⁰². Autrement dit, le législateur n'a toujours pas corrigé l'irrégularité dénoncée par le Tribunal fédéral il y a trente ans.

L'initiative populaire du 5 novembre 2012 « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage »²⁰³, demande que le mariage ne soit pas pénalisé par rapport à d'autres formes de vie communes, notamment en matière d'impôts et d'assurances sociales. Elle maintient le principe d'une taxation commune des époux, excluant l'imposition individuelle²⁰⁴, mais laisse ouvertes toutes les autres questions. Le Conseil fédéral soutient l'objectif fiscal

¹⁹⁸ FF 2013 243.

¹⁹⁹ Voir l'art 9 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD ; RS 642.11).

²⁰⁰ Pour les relations entre les charges fiscales, voir le message du Conseil fédéral du 23 octobre 2013 concernant l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage » (note 195), 8518 s. Environ 80 000 couples mariés à deux revenus supportent une charge fiscale excédentaire.

²⁰¹ ATF 110 Ia 7.

²⁰² Motion du Groupe radical-libéral 04.3276 (« Passage à l'imposition individuelle ») ; motion du Groupe radical-libéral 05.3299 (« Mesures d'urgence en vue d'un passage à l'imposition individuelle ») ; motion Bischof 10.4127 (« Pour en finir avec la discrimination des couples mariés ») ; postulat du Groupe BD 11.3545 (« Impôts et rentes indépendants de l'état civil »).

²⁰³ FF 2013 243.

²⁰⁴ Message du Conseil fédéral du 23 octobre 2013 concernant l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage » (note 9), 7640.

de cette initiative, lequel rejoint son propre objectif d'éliminer les discriminations qui existent entre les couples mariés et les couples de fait²⁰⁵.

Si l'initiative recueille l'adhésion du peuple et des cantons, le législateur devra éliminer les discriminations fiscales qui subsistent entre les couples mariés et les autres modèles familiaux – catégorie qui regroupe les couples de fait, mais aussi les familles recomposées. Reste à déterminer s'il faudrait également niveler les avantages fiscaux dont bénéficient aujourd'hui les couples mariés par rapport aux couples de fait.

La définition que l'initiative donne du mariage – « l'union durable et réglementée par la loi d'un homme et d'une femme » - a suscité de vifs débats au Parlement. Cette définition n'empêche toutefois pas le législateur d'assimiler le partenariat enregistré au mariage. Le Conseil fédéral a du reste indiqué qu'il s'en tiendrait à l'égalité de traitement fiscal des couples mariés et des partenaires enregistrés en cas d'acceptation de l'initiative.

8.4 Questions de procédure

Les procédures, l'organisation judiciaire et l'organisation de l'administration sont des paramètres importants de la résolution des conflits ou des questions de droit de la famille. Il appartiendra aux cantons, compétents au premier chef, de réévaluer les structures en place, et notamment la coordination entre les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte et les autorités judiciaires.

Il ne faut pas sous-estimer l'importance, pour le droit de la famille et sa compréhension, des évolutions qui débordent le cadre du droit civil. L'une d'elles est assurément l'adoption d'un code fédéral de procédure civile qui a permis d'unifier les règles de procédure applicables en Suisse en matière civile et en matière de droit de la famille. Au chapitre des procédures du droit de la famille, le législateur n'est toutefois intervenu que ponctuellement, se contentant d'adopter quelques dispositions spéciales sur le divorce et le droit de la filiation, sans engager toutefois une véritable réflexion de fond pour édicter les règles de procédure les plus efficaces et les plus crédibles possible, par égard pour la souveraineté cantonale en matière d'organisation judiciaire et administrative. Un débat de fond aurait pourtant été souhaitable, notamment sur la question de la délimitation des compétences entre la nouvelle autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) et les autorités judiciaires. Des instructions ont certes été données aux cantons sur les exigences de professionnalisme à satisfaire²⁰⁶. Mais, pour ne pas empiéter sur les compétences des cantons, personne n'a évoqué, dans le débat national, l'utilité de regrouper, en matière matrimoniale et sur les questions concernant les enfants, les attributions de la nouvelle autorité et celles des tribunaux de première instance pour améliorer la cohérence et la pertinence des décisions dans ces domaines. Le canton d'Argovie est le seul à ce jour à avoir institué des tribunaux des affaires familiales auxquels sont dévolues toutes les affaires liées au droit de la famille, protection de l'enfant et de l'adulte comprise²⁰⁷. Ce regroupement a permis d'éliminer des doublons et, partant, de prévenir de nombreux conflits de compétence en matière de protection de l'enfant (tribunal civil pour la procédure matrimoniale et autorité administrative dans les autres cas). Reste à voir si d'autres cantons suivront le modèle argovien.

²⁰⁵ Message du Conseil fédéral du 23 octobre 2013 concernant l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage » (note 9), 7625.

²⁰⁶ Voir l'art. 440 CC et le message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635, 6654 s. et 6705 s.

²⁰⁷ Voir CHRISTOPH HÄFELI, Familiengerichte im Kanton Aargau als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Fampra.ch 2012, p. 1001 ss.

9 Appréciation d'ensemble

Le présent rapport a été rédigé en exécution du postulat 12.3607, qui demande une présentation des « moyens à mettre en œuvre pour que le droit suisse, en particulier le code civil et plus précisément ses dispositions sur le droit de la famille, puisse s'adapter aux réalités sociales actuelles et à venir ». Après avoir dressé un état des lieux, le Conseil fédéral doit y esquisser les projets de réformes possibles (développement du postulat). La proposition étant ainsi posée, il ne lancera pas de projets de révision concrets dans la foulée de ce rapport. Il juge cependant essentiel qu'un débat politique s'ouvre sur les révisions envisageables. Le présent rapport est pensé comme le point d'ouverture de ce débat.

Le Conseil fédéral estime en tous les cas nécessaire de légiférer sur les questions de droit civil suivantes :

- l'assimilation du partenariat enregistré au mariage, ou l'ouverture du mariage aux couples homosexuels (ch. 4.2) ;
- concernant la communauté de vie de fait, la création d'une clause de rigueur applicable aux cas dans lesquels l'absence de normes légales est dérangeante (ch. 4.4) ;
- la création d'un partenariat réglé par la loi, comportant moins d'obligations que le mariage, similaire au pacs français (ch. 4.4.7 et suivant).

En deuxième priorité, plusieurs points méritent éventuellement d'être discutés :

- la mise en cohérence des traités internationaux (ch. 3.6.2) ;
- l'amélioration de la reconnaissance des partenariats étrangers (ch. 4.3.6) ;
- la simplification des états civils (ch. 4.5) ;
- la possibilité d'octroyer l'autorité parentale à d'autres personnes (ch. 5.2.3) ;
- la modernisation des règles sur l'établissement et la contestation de la paternité (ch. 3.4.3, 5.4 et 5.6) ;
- l'adoption d'une règle claire régissant la reconnaissance de la filiation lorsque celle-ci résulte d'une maternité de substitution ayant eu lieu à l'étranger (ch. 5.8) ;
- la fin de l'interdiction du don d'ovules (ch. 5.8).

Citons enfin pour mémoire quelques révisions législatives déjà très avancées ou adoptées, qui ont représenté un progrès important vers un droit de la famille moderne :

- l'autorité parentale conjointe, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 (ch. 5.2.1) ;
- le projet relatif à l'entretien de l'enfant, en cours d'examen parlementaire (ch. 6.3.2) ;
- le nouveau droit du nom, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013 (ch. 4.6.1) ;
- le projet sur l'adoption, en cours d'examen parlementaire (ch. 5.9.2).