

# Résumés

## **Le mariage et le partenariat entre norme et réalité**

Colloque interdisciplinaire de l'ASSH sur l'avenir du droit  
de la famille suisse

**Berne, le 23 juin 2015**

Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften  
Académie suisse des sciences humaines et sociales  
Accademia svizzera di scienze umane e sociali  
Accademia svizra da ciencias humanas e socialas  
Swiss Academy of Humanities and Social Sciences



## RESUMES

### Le droit de la famille sous l'angle des droits de l'homme – Quelques réflexions

Samantha Besson

Le droit national, international et européen des droits de l'homme protège un certain nombre de droits individuels liés à la famille (comme notamment le droit à la vie privée et familiale ou le droit au mariage), mais aussi d'autres droits plus généraux qui trouvent à s'appliquer aussi aux relations familiales (comme notamment le droit de ne pas être discriminé sur la base de son sexe, de son âge, de sa religion ou de son orientation sexuelle, la liberté d'expression et de pensée ou encore la liberté religieuse). La famille est la plupart du temps objet de ces droits, mais elle peut en devenir indirectement le titulaire par la somme de ses membres, voire même le débiteur indirect par le biais des obligations de droit privé ou pénal de ses membres.

Parmi les obligations que génèrent ces droits pour l'Etat, on trouve des obligations spécifiques et réactives liées à une situation de fait ou de droit donnée (p.ex. l'obligation de protéger l'intérêt d'un enfant né de la gestation pour autrui), mais aussi une obligation positive générale et préventive de légiférer de manière à protéger ces droits dans le contexte familial, y compris par le biais du droit de la famille, mais aussi du droit des assurances sociales et du droit fiscal. Toute violation des droits de l'homme ne peut évidemment pas être prévenue à l'avance. L'égalité dans la loi, et la généralité qu'elle requiert, font d'ailleurs obstacle au traitement différencié de toutes les situations à l'avenir. En outre, différents impératifs de justice distincts des droits de l'homme doivent aussi être respectés, ce qui rend l'angle d'analyse des droits de l'homme nécessairement limité et donc incomplet.

Certaines des questions que soulève la protection des droits de l'homme en droit de la famille sont générales et se retrouvent dans tous les domaines du droit, alors que d'autres lui sont spécifiques. La présentation en traitera de trois en particulier.

La première question qui se pose est celle des restrictions justifiées aux droits de l'homme d'une personne, et notamment celles qui sont destinées à protéger un intérêt public ou une autre considération morale (p.ex. l'intérêt public à la générativité discuté dans ce colloque, les intérêts économiques relatifs à la transmission du capital dans les familles ou encore la moralité publique), d'une part, et celles qui visent à protéger les droits des autres (p.ex. le droit de l'enfant abandonné sous X de connaître ses origines biologiques invoqué comme motif de restriction du droit de la mère à l'anonymat, ou la liberté religieuse de l'officier d'état civil invoqué comme motif de restriction de l'interdiction de discrimination sur la base de l'orientation sexuelle dans l'exercice du droit au mariage), d'autre part. Pour que la restriction ainsi motivée soit justifiée, il faut en général qu'elle repose sur une base légale, soit nécessaire dans une société démocratique, ce qui requiert des procédures démocratiques et un respect du principe de proportionnalité, et ne porte pas atteinte au noyau intangible du droit restreint. La justification des restrictions des droits de l'homme est la forme que prend le raisonnement destiné à gérer le pluralisme moral et à résoudre les conflits de valeurs ou d'intérêts dans le contexte des droits de l'homme. Ces conflits, notamment entre droits de l'homme mais

aussi avec d'autres intérêts, et leur résolution sont omniprésents dans la pratique des droits de l'homme et particulièrement importants dans le domaine du droit de la famille (notamment entre parents (biologiques ou d'intention), entre parents et enfants, etc.). Ceci vaut tant en amont lors de la législation quant à des situations abstraites (p.ex. résoudre le conflit entre l'obligation de respecter l'égalité entre hommes et femmes et l'intérêt à l'unité de la famille lors d'une révision des règles du Code civil relatives au nom de famille) qu'en aval dans un cas concret de restriction. Ces conflits ont donné lieu à une jurisprudence nationale et européenne particulièrement étoffée et controversée (p.ex. en matière de gestation pour autrui, de procréation médicalement assistée, ou d'adoption et de mariage homosexuels) et la manière de les résoudre de manière justifiée doit donc être discutée.

La deuxième question importante est celle du paternalisme des droits de l'homme. En soi, les droits de l'homme protègent l'autonomie individuelle du titulaire de ces droits contre l'intervention de l'Etat, avec pour seule limite la protection des droits des autres (comme justification d'une restriction aux droits du titulaire; cf. première question). On peut donc les comprendre comme une forme de protection juridique contre le paternalisme juridique et étatique. Ceci est particulièrement important dans le domaine du droit à la vie privée et familiale qui protège le droit à organiser sa vie familiale librement, dans les limites des droits des autres (p.ex. des enfants). Les limites potentielles de l'autonomie individuelle et notamment du consentement individuel sont cependant de plus en plus souvent mises en exergue, y compris de l'intérieur du régime de protection des droits de l'homme. C'est notamment le cas dans des domaines liés à la vie privée et familiale, et en particulier à la gestation pour autrui et à la procréation médicalement assistée (p.ex. en lien avec la dignité du titulaire des droits de l'homme ou avec l'interdiction de la discrimination sur la base du sexe). Ce retour d'une forme de paternalisme interne aux droits de l'homme eux-mêmes est particulièrement controversé et mérite d'être discutée.

La troisième et dernière question est celle de la subsidiarité en matière de droit de la famille. Chaque Etat a l'obligation de respecter les droits de l'homme dans sa législation, mais dispose du choix des meilleurs moyens pour le faire. C'est ce que protège la marge d'appréciation de l'Etat et, plus généralement, le principe de subsidiarité du contrôle en matière de droits de l'homme. Cette marge est particulièrement large lorsqu'il s'agit de questions morales difficiles et sensibles et sur lesquelles il n'existe pas (encore) de consensus parmi les Etats. C'est ce qui vaut notamment en matière de droit à la vie privée et familiale. Dans ce contexte, une question qui est soulevée de plus en plus fréquemment est celle non seulement de la marge d'appréciation de l'Etat lui-même, mais de la famille dans son organisation interne. D'aucuns considèrent en effet que la famille, en tant que sous-groupe d'individus, serait plus à même de protéger les droits de ses membres individuels que l'Etat. Cette question de la priorité de la famille dans la protection des droits de ses membres et dès lors de la subsidiarité de la protection étatique des droits de l'homme est très controversée et doit être abordée ouvertement.

## **Entre droit islamique de la famille le Code civil: à quelle(s) juridiction(s) les partenariats interconfessionnels sont-ils soumis en Suisse?**

Édouard Conte

Les codes civils européens, turc et, dans une large mesure, tunisien se réfèrent aujourd'hui à une conception intergénérationnelle de la filiation, articulée autour de la relation parent-enfant, indépendamment du lien juridique entre géniteurs. Le principal sujet de droit est, dans cette perspective, l'individu autonome défini comme citoyen/ne. En revanche, selon les codes de statut personnel basés sur les principes de la charia, la légitimité et la nationalité de l'individu restent subordonnées à son parage, ou *nasab*: ce principe organisateur assure à travers les générations la continuité de patronymes et structure ainsi des collectifs de parenté dont l'individu n'est qu'un élément. La légitimité et le statut de la personne dépendent ici – comme en Europe il n'y a pas si longtemps – de la reconnaissance paternelle et de la validité du mariage de ses parents.

Par ailleurs, tel le droit canon, la charia se prévaut d'une juridiction universelle. Ainsi s'applique-t-elle aussi aux musulmans vivant dans un pays ayant un code civil laïc. De là peuvent apparaître bien des incompatibilités, car, pour la charia, l'enfant né musulman mais sans reconnaissance paternelle est dépourvu de légitimité; la nationalité ne peut pas, en règle générale, lui être transmise par sa seule mère musulmane; l'adoption plénière est interdite; et les droits d'héritage sont asymétriques en terme de genre. Ces différences d'avec le code civil affectent directement les couples binationaux ou biconfessionnels ainsi, du reste, que les émigrés dans leur ensemble. Une marocaine, par exemple, mariée dans son pays d'origine, mais résidente, puis divorcée, en Suisse court le risque de rester mariée au Maroc avec tout ce que cela implique, notamment en matière de droit de garde.

Cette intervention vise à cerner les entraves au statut personnel que peut susciter la «double juridiction». Aussi, une meilleure connaissance de ce pluralisme juridique de fait est nécessaire pour élaborer des mécanismes conciliatoires pouvant transcender les obstacles que génère la confrontation de prémisses juridiques antagoniques, laïques et confessionnelles, sur un même territoire national.

## **Modèles de réglementation du mariage et du partenariat sur le plan du droit de la famille en Suisse et à l'étranger**

Michelle Cottier

La réglementation du mariage et du partenariat sur le plan du droit de la famille concerne avant tout les relations de droit privé, qui comprennent notamment les prétentions financières réciproques, entre les membres d'un partenariat. Dans le droit du mariage, ces prétentions se fondent à l'heure actuelle surtout sur le principe de l'équivalence des prestations financières et de garde dans le cadre de l'entretien de la famille et sur l'idée qu'il importe de compenser les désavantages liés à la communauté. Les tribunaux civils fixent les contributions à verser en matière d'entretien, de régime matrimonial et de prévoyance de manière à favoriser la partie qui a subi un manque à gagner en raison d'une répartition convenue et appliquée inégale des tâches rémunératrices et de garde. En Suisse, l'évolution sociétale actuelle conduit toujours plus de couples avec enfants à vivre ensemble sans s'engager dans un mariage ou un partenariat enregistré. Dans le contexte des discussions menées aujourd'hui sur l'avenir du droit suisse de la famille, la question se pose de savoir s'il ne faudrait pas – en reprenant la même justification – prévoir pour ces partenariats des prétentions à une compensation fondées sur le droit de la famille.

Plusieurs systèmes juridiques étrangers ont développé des modèles de réglementation intégrant les communautés de vie de fait dans le droit de la famille. Mon exposé les présente et débat de solutions d'avenir envisageables pour la Suisse qui devraient aller au-delà des propositions très retenues du Conseil fédéral.

### **Intimité, passion et engagement: quel est le statut actuel des dimensions du lien amoureux?**

Nicolas Favez

Dans la théorie de l'amour de Sternberg, trois dimensions fondent le lien amoureux: l'engagement, soit la «décision» d'être entre en relation avec une personne donnée, la passion, soit l'attirance «pulsionnelle» envers l'autre, et l'intimité, qui se réfère au sentiment de proximité et de partage émotionnel. Tout en étant interdépendantes, ces trois dimensions ont un poids différent d'un couple à l'autre et, surtout, leur importance respective a varié au fur et à mesure de l'évolution des mœurs et des changements sociaux entre les débuts des XXème et XXIème siècles. Alors que l'engagement a pu être jadis quasiment un facteur exclusif dans la constitution et surtout la pérennité d'un couple, les deux autres dimensions ont maintenant pris une importance cardinale. La passion et l'intimité sont grandement dépendantes d'une part de la satisfaction des besoins primaires d'attachement des partenaires du couple et d'autre part de leur capacité à gérer les désaccords et les conflits. Les principaux résultats des études menées en psychologie du couple dans ce domaine seront présentés.

## Aspects religieux de la fondation et du maintien des partenariats

Stefan Huber

Sur le plan de la sociologie des religions, le paysage religieux suisse est marqué par les tendances majeures que sont la sécularisation, l'individualisation et la pluralisation. La religiosité des individus comprend deux éléments distincts, l'identité religieuse sociale d'une part et l'identité religieuse personnelle d'autre part. Les deux types d'identité religieuse sont relativement autonomes, peuvent être plus ou moins marqués selon les individus et suscitent des dynamiques dissemblables dans les couples. Une identité religieuse sociale forte a pour effet de resserrer le lien entre l'individu et sa communauté religieuse et accroît l'importance de ses normes religieuses et éthiques régissant la vie des individus. Une place centrale dévolue par l'individu à l'identité religieuse personnelle va de pair avec l'augmentation de la productivité religieuse et spirituelle ainsi qu'avec la différenciation et la profondeur de ses expériences, pratiques et convictions religieuses. Compte tenu de la tendance majeure à l'individualisation éminente en sociologie des religions, une place centrale forte dévolue à l'identité religieuse personnelle peut par exemple cohabiter avec une identité religieuse sociale peu marquée. Sur la base des données fournies par le monitoring des religions 2012, on estime qu'environ 39 pourcent de la population résidente de Suisse se caractérisent par l'existence d'une des deux identités religieuses prononcée. Toutefois, seuls 16 pourcent présentent les deux identités religieuses de manière accentuée. 12 pourcent de la population ne manifestent qu'une identité religieuse personnelle marquée alors que pour 11 pourcent, seule l'identité religieuse sociale est manifeste. Fondé sur le cadre théorique évoqué et les constats empiriques dressés, mon exposé portera sur les aspects religieux de la création et de la cohésion des couples.

## Interaction entre le droit de la famille et le droit social et fiscal

Gabriela Riemer-Kafka

Le droit fiscal et des assurances sociales présente plusieurs convergences avec le droit civil, et par conséquent avec le droit de la famille. Notre ordre juridique, fondé sur les structures sociétales résultant de l'évolution historique, a lié les domaines juridiques précités en se basant sur les obligations d'entretien à l'égard du conjoint, des enfants et d'autres membres de la parenté découlant du droit de la famille ainsi que sur la famille conçue comme une «unité économique». C'est ainsi que différentes prestations des assurances sociales couvrent, en remplacement ou au titre de subsides, des obligations d'entretien fondées sur le droit de la famille qui, en raison de la réalisation d'un risque, ne sont plus assurées ou plus suffisamment. De plus, le droit en vigueur reste marqué par les caractéristiques de la répartition stéréotypée des rôles entre femmes et hommes même si, dans le but de mieux assurer la situation du partenaire n'exerçant pas d'activité lucrative ou seulement à temps partiel, le «splitting» a été introduit dans le premier et le deuxième pilier dans le cadre de la promotion de l'égalité des genres au niveau législatif dans le domaine de la protection de la prévoyance.

La reconnaissance croissante accordée par la société et par la constitution à des modèles de partenariat autres que le mariage (p. ex. familles monoparentales ou recomposées, communautés de vie de fait) a mis le droit fiscal et des assurances sociales au défi de repenser la conception du rattachement aux relations familiales fondées sur le droit (mariage, partenariat enregistré, filiation). Certes, en matière de protection de prévoyance, le mariage conduit à une meilleure position que les unions libres; il doit cependant aussi compter dans certains domaines (PC, aide sociale, droit fiscal) avec des désavantages dus au principe de l'unité économique du mariage. A l'inverse, la communauté de vie de fait jouit d'avantages en droit fiscal mais pas en ce qui concerne la protection de prévoyance prévue par le droit social. Son rapprochement avec le mariage la fait passer de plus en plus comme une entité, signe d'une récente évolution (jurisprudence, législation sociale cantonale), du moins en ce qui concerne les obligations de réduire les risques et la prise en compte de la capacité économique du couple.

Compte tenu d'un risque aggravé de paupérisation des parents non mariés et des familles monoparentales ainsi que pour aller dans le sens de l'article 6 Cst. («responsabilité individuelle pour soi-même»), l'Etat s'est intéressé à l'élargissement de la protection de prévoyance pour tous (ici la notion de «mariage allégé» pourrait être utile). La possibilité de choisir sa forme de partenariat va dans le sens contraire, qui est l'expression de la liberté personnelle au sens de l'article 10 Cst. et ne saurait dépendre des incitations ou de l'absence d'incitations du droit fiscal ou de celui des assurances sociales. Dès lors, il importe d'envisager des dispositions législatives qui harmonisent les deux modes de vie, p. ex. par le biais de conditions indépendantes de l'état civil (question qui n'est pas réglée par le «mariage allégé»). Par contre, dans le cas d'une communauté de vie de fait, la protection de prévoyance pourrait soulever des problèmes en raison de l'absence d'obligation d'entretien réciproque (unité économique) et de toute preuve du «statut de partenariat stable», soit pour des raisons de praticabilité et en raison du danger d'abus de droit. Hormis la question de l'indépendance par rapport à l'état civil, il importe de supprimer les différences sexospécifiques en tenant compte d'une

répartition libre des rôles entre femmes et hommes et, en tout cas, de mettre sur un pied d'égalité les enfants placés ou les enfants du conjoint avec les enfants du couple concerné pour ce qui concerne les allocations d'entretien principales démontrées.

## **Législation actuelle du droit de la famille – un rapport**

David Rüetschi

En Suisse, à l'échelle nationale, la première harmonisation du droit de la famille date de 1907, avec l'introduction du Code civil suisse. Une cinquantaine d'années plus tard, une révision par étapes a été planifiée, qui a commencé par la révision du droit de l'adoption (1957–1973), puis du droit de la filiation (1957–1978), suivi du droit du mariage (1968–1988), du droit du divorce (1976–2000) et finalement du droit de la tutelle (1993–2013). Les chiffres indiqués illustrent les périodes écoulées entre le commencement des travaux de révision et l'entrée en vigueur des nouveaux chapitres. Ils mettent en évidence le temps que le législateur nécessitait autrefois pour s'attaquer à de tels projets. Si on les compare aux horizons temporels actuellement de mise, il apparaît manifeste que l'activité législative ne peut plus être exercée de la même manière que jadis. Outre les conditions temporelles plus restreintes, la variabilité des modes de vie et des réalités réclamant une réglementation, l'interdépendance internationale et la complexité du système juridique se sont accrues ces dernières années. A cela s'ajoute une tendance croissante du Parlement à intervenir sur le plan législatif, même sur des questions ponctuelles. Fondé sur les expériences faites lors des révisions du droit de la famille effectuées ces dernières années (notamment en matière de garde, de contributions d'entretien, du droit au nom, de compensation de la prévoyance et de l'adoption), cet exposé entend mettre en évidence les conditions cadre applicables aujourd'hui et tenter d'en tirer des conclusions profitables aux travaux législatifs futurs.



## Répartition du travail de «care» au sein du couple: incitations fiscales et sociales

Heidi Stutz

Les sciences économiques partent de l'idée que chaque individu réfléchit sur un mode économique, qu'il essaie donc d'optimiser sa situation en fonction des circonstances données. La logique de couple vient à l'encontre de ce point de vue. Mais mettons cette remarque de côté pour l'instant et faisons un constat: les circonstances incitent les individus à se comporter d'une manière plutôt que d'une autre. Cette observation est aussi valable pour le droit fiscal et social. La situation se complique lorsque ces incitations se contredisent ou que les politiques et autres conditions changent rapidement et qu'il n'est donc plus possible de disposer d'expectatives fiables permettant de planifier le cours de sa vie sur le plan personnel.

D'un autre côté, les couples forment des communautés solidaires plus ou moins résistantes. Dans le cas du mariage, la situation est réglée par la loi, un divorce met largement fin à la solidarité, qui se perpétue néanmoins dans une faible mesure en ce qui concerne les enfants communs. En ce qui concerne les autres modes de vie, le droit social table partiellement sur une communauté solidaire, bien que la solidarité ne soit pas imposée par la loi. On peut supposer que certains couples ne se marient pas sciemment afin de toucher des prestations sociales plus élevées ou de payer moins d'impôts que les couples vivant dans la communauté solidaire du mariage.

Les couples fournissent des prestations solidaires importantes sur le plan sociétal. Seule leur coopération permet de mobiliser un volume considérable de travail non rémunéré pour élever les enfants (et plus tard les petits-enfants) ou assister et soigner les adultes de la même génération ou d'une autre génération. Les modalités de cette coopération étaient autrefois clairement définies par la présence d'un mariage à vie et d'une répartition du travail sexospécifique. En cas de litige, inégalités, dépendances et désavantages étaient le prix payé par le genre qui travaillait sur une base non rémunérée. Et pour ceux qui sont en marge, ce système n'a jamais fonctionné, à savoir dans les situations où un partenaire venait à manquer ou bien lorsqu'il ne fournissait pas ou ne pouvait pas fournir les prestations prévues.

Aujourd'hui, il est impératif que la coopération et le degré de solidarité (mariage ou pas) fassent l'objet d'un débat. Les attentes et les possibilités de gain font partie de cette discussion de même que les circonstances données de la charge fiscale et de la couverture des risques sociaux en fonction des différents modèles de partage du travail. Toutefois, dans la perspective d'un modèle fondé sur la concertation, la combinaison de la solidarité dans le couple et sur le plan sociétal en matière de couverture des tâches d'assistance et de soins indispensables restés non rémunérés conduit à des effets indésirables et à une couverture lacunaire, phénomènes qui seront expliqués dans l'exposé.

## **Sociologie de la relation de couple: formes de vie en couple**

Eric Widmer

Les dernières cinquante années ont vu la réalité démographique de la vie en couple radicalement changer. Diverses évolutions démographiques témoignent de la pluralisation des parcours d'entrée en couple, et du poids décisif des ressources économiques et culturelles sur les fonctionnements conjugaux. Le modèle du mariage universel et précoce, précédé par l'indépendance économique, et suivi rapidement par la transition à la parentalité et la mise en place d'un modèle genré de relations entre les nouveaux parents, a été complété par une diversité de modèles de parcours de vie alternatifs donnant à la vie en couple des visages très variables dans la Suisse contemporaine. La mise en couple précoce par le mariage, et le couple pour la vie, n'ont cependant pas disparu, loin s'en faut. L'empilement de modèles de formation, mais aussi d'organisation et de dissolution du couple, devrait pousser le législateur à réfléchir à la meilleure manière de prendre en compte la diversité croissante des modes de vie en couple et des motivations qui leur sont associées.