

Articles

Le principe d'égalité de traitement en droit des familles : aspects choisis au regard de deux projets législatifs en cours (PACS et filiation)



Sabrina Burgat, prof. à l'Université de Neuchâtel, codirectrice de l'institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel, avocate spécialiste FSA en droit de la famille¹

Mots-clés : familles, égalité, concubinage, mariage, divorce, rente de survivant·e, filiation.

Stichwörter: Familien, Gleichstellung, Konkubinat, Heirat, Scheidung, Hinterlassenenrente, Kindesverhältnis.

I. Introduction générale

1. Préambule

Depuis son adoption, le livre deuxième du Code civil a été révisé en suivant le principe d'égalité de traitement : qu'il s'agisse de la révision du droit de l'adoption² ou de la suppression de la notion de filiation « illégitime »³, les modifications avaient pour but de placer tous les enfants sur un pied d'égalité, indépendamment du mode d'établissement du lien de filiation ou de l'état civil de leurs parents. Quant aux modifications relatives aux effets généraux du mariage⁴ ou à celles relatives au divorce⁵, elles ont visé à donner à la femme « les mêmes droits qu'à l'homme »⁶. La même logique a été poursuivie au moment d'adapter les règles relatives à l'autorité parentale⁷ et celles portant sur l'entretien de l'enfant⁸ : elles avaient pour but de régler les questions relatives aux enfants, indépendamment de l'état civil des parents⁹, et dans une

perspective d'égalité entre les deux parents¹⁰. Récemment, l'adoption des règles sur le mariage pour toutes et tous¹¹ a permis de poursuivre la concrétisation de la mise en œuvre législative de l'égalité de traitement, en permettant aux couples de même sexe de se marier, au même titre que les couples de sexe différent.

C'est donc le principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes, d'une part, et l'égalité de traitement entre les différents modes de vie, d'autre part, qui constituent le fil rouge de la présente contribution. Ces deux aspects de l'égalité de traitement sont liés et permettent de discuter de l'évolution du droit des familles, à la lumière de deux projets législatifs en cours (« état des lieux du concubinage en Suisse – un PACS pour la Suisse

»¹² et « de la nécessité de réformer le droit de la filiation »¹³).

2. Méthodologie

Cet article s'inscrit dans la suite du projet de recherche financé par le Fonds national suisse « L'avenir de la famille : analyse sous l'angle de l'égalité de traitement », qui a débuté le 1^{er} juillet 2016 et s'est terminé le 31 décembre 2019. Dans le cadre de ce projet, la première phase s'est fondée sur la méthode classique d'analyse des sources du droit positif, afin d'examiner l'état des règles du droit des familles¹⁴. Elle a été complétée par la méthode normative¹⁵, prenant comme appui le principe d'égalité de traitement comme concept permettant d'analyser le cadre théorique¹⁶. Une fois le cadre théorique posé et délimité, nous avons évalué les règles applicables au droit des familles. Concrètement, notre recherche a visé à déterminer si les disposi-

FamPra.ch 4/2022 | p. 803–833 805 | ↑

tions légales appliquées aux constellations familiales sont compatibles avec le principe d'égalité de traitement, tel que nous l'avons défini dans le cadre théorique¹⁷.

Dans notre recherche, nous avons émis l'hypothèse que l'interprétation des règles de droit des familles à la lumière de ce concept « normatif » d'égalité de traitement devrait faire évoluer le cadre légal, pour supprimer les discriminations fondées sur le sexe ou l'état civil des personnes formant une communauté de vie. Cette interprétation du concept d'égalité de traitement devrait, à notre sens, servir de référence aux tribunaux chargés de la mise en œuvre des règles relatives aux constellations familiales, mais également au pouvoir législatif, lorsque les distinctions opérées par la loi entre les différentes formes de familles constituent un obstacle à la réalisation de cet objectif d'égalité de traitement¹⁸, indépendamment du modèle familial choisi¹⁹.

II. Le concept d'égalité de traitement

Le concept d'égalité de traitement peut se comprendre de différentes manières : il peut être considéré comme un principe général du droit, c'est-à-dire comme une règle fondamentale d'un système de droit moderne, ou comme un droit fondamental de l'être humain. Il est donc doté d'une dimension institutionnelle et d'une dimension individuelle²⁰.

En tant que principe général du droit, le concept d'égalité de traitement s'adresse aux institutions de l'État (à tous les échelons : fédéral, cantonal et communal). Il concerne autant les personnes qui font la loi, autrement dit le pouvoir législatif – on parle alors généralement d'égalité *dans* la loi –, que celles qui l'appliquent, que ce soit au niveau exécutif ou judiciaire ; on fait alors référence au concept d'égalité *devant* la loi²¹.

Nous rejoignons Zysset lorsqu'il affirme que les principes d'égalité de traitement et d'interdiction des discriminations ne se limitent pas à une approche purement comparative consistant à dire que ce qui est semblable doit être traité de ma-

FamPra.ch 4/2022 | p. 803–833 806 | ↑

nière semblable²². En effet, ces principes vont plus loin, car ils doivent soutenir l'idée d'une société inclusive, qui implique que des mesures doivent parfois être corrigées, ou prises, pour prévenir ou compenser les désavantages liés à certains critères, tels que le genre²³ ou le mode de vie, ceci afin d'assurer la pleine égalité

dans la pratique²⁴.

Le principe général d'égalité de traitement comporte deux volets : l'égalité formelle et l'égalité matérielle. L'égalité formelle (ou égalité en droit²⁵) impose aux autorités de garantir l'égalité de traitement à l'égard des destinataires des normes juridiques. Cet aspect de l'égalité exige donc des autorités qu'elles traitent de manière semblable les cas semblables²⁶ et de manière différente les cas dissemblables. On se trouve ici face à une conception assez statique de l'égalité qui régit les rapports entre l'État et les individus. À cet égard, Bernard souligne que si l'égalité formelle a été « un puissant vecteur de lutte contre les inégalités issues de la division de la société en ordres séparés et hiérarchisés, et donc un facteur indéniable de progrès » dans le contexte des sociétés féodales, elle est aujourd'hui « devenue conservatrice [et] ne permet plus de remettre en cause les structures de l'ordre établi »²⁷.

L'égalité matérielle (ou égalité en faits²⁸) se réfère, quant à elle, au résultat. La notion d'égalité matérielle répond à la nécessité de garantir l'égalité dans les faits,

FamPra.ch 4/2022 | p. 803–833 **807** | ↑

c'est-à-dire en se concentrant sur les conséquences²⁹ d'une réglementation. À cet égard, Grisel parle de garantir « un droit juste »³⁰.

Dans sa dimension individuelle, l'égalité de traitement constitue un droit fondamental directement justiciable, à savoir le droit d'être traité de manière semblable dans des cas semblables et de manière dissemblable dans des situations différentes. Ce droit est complété par l'interdiction des discriminations, inscrite à [l'art. 8 al. 2 Cst.](#), ainsi que dans tous les textes de droit international des droits humains, en tant que principe et droit fondamental.

Dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement sous les deux aspects qui nous intéressent ici, à savoir l'interdiction de discrimination fondée sur le mode de vie, d'une part, et l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe, d'autre part, nous relevons que le concept de famille permet de traiter ces deux critères parallèlement, malgré les différences qui peuvent exister dans l'approche juridique traditionnelle de ces deux critères.

L'interdiction de discrimination fondée sur le mode de vie au sens de [l'art. 8 al. 2 Cst.](#) revêt un caractère particulier pour plusieurs raisons : premièrement, il ne figurait pas dans le projet initial de révision de la Constitution et n'a été introduit qu'au stade des débats à l'Assemblée fédérale, par les Commissions, afin de garantir une protection aux couples de même sexe³¹. Deuxièmement, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de relever qu'il ne visait pas expressément les personnes vivant en union libre³². Or, au moment de l'adoption de la disposition (et jusqu'à l'adoption de la loi fédérale sur le partenariat enregistré), le seul mode de vie ouvert aux couples de même sexe était l'union libre. En outre, dans les débats relatifs à l'insertion de cette notion, il a été admis que celle-ci était susceptible de se développer en tenant compte de l'évolution des mœurs et qu'elle pourrait dès lors s'appliquer à d'autres formes de vie que les couples de même sexe³³. Avec la doctrine majoritaire, nous considérons que les autres formes de vie commune, et en particulier l'union libre, sont protégées par [l'art. 8 al. 2 Cst.](#)³⁴.

FamPra.ch 4/2022 | p. 803–833 **808** | ↑

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a tantôt jugé utile de comparer les couples en union libre et les couples mariés (par exemple en droit fiscal³⁵ ou dans le cadre d'une répartition traditionnelle des tâches au sein

d'une union libre stable³⁶) et tantôt estimé que les deux communautés devaient être traitées différemment (comme en matière de prévoyance sociale ou de la libération des conditions relatives à la période de cotisation à l'assurance chômage en vertu de [l'art. 14 al. 2 LACI](#)³⁷). Le critère retenu pour refuser l'assimilation entre couples mariés et couples en union libre résidait dans le fait que les personnes mariées ont une obligation d'entretien mutuel durant le mariage et un droit au maintien du niveau de vie après la séparation ou le divorce dans les mariages ayant durablement influencé le niveau de vie des parties (« mariage lebensprägend »)³⁸.

Nous considérons donc que l'union libre, en tant que mode de vie particulier qui a été traditionnellement déprécié (y compris interdit et réprimé), fait l'objet d'une protection particulière à travers [l'art. 8 al. 2 Cst.](#) Lorsqu'il existe une différence de traitement fondée sur le mode de vie, comme le fait de vivre en dehors du mariage, la différence de traitement doit être qualifiée de « suspecte », de telle sorte qu'il incombe aux autorités de présenter une motivation sérieuse pour justifier la distinction opérée³⁹.

L'interdiction de discrimination fondée sur le genre comprend une dimension supplémentaire par rapport au critère du mode de vie, en application de l'art. 8 al. 3, 2^e phrase Cst. : « [l]a loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. [...] ». L'interdiction de discrimination entre femmes et hommes fait également l'objet d'une convention internationale particulière : la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, [RS 0.108](#) (ci-après : CEDEF). Au regard du droit international, il est intéressant de noter que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes déduit de la CEDEF trois obligations générales pour les États dans le cadre de sa recommandation 25⁴⁰ : la première consiste à garantir l'absence de toute discrimination directe (égalité formelle) ou indirecte (éga-

lité matérielle) ; la deuxième obligation vise à améliorer la situation de fait des femmes par des politiques et des programmes concrets (il s'agit également de tendre à l'égalité matérielle) ; enfin, la troisième obligation a pour but d'accommoder les relations qui prévalent entre les genres et de lutter contre la persistance des stéréotypes préjudiciables aux femmes et « dont les effets se manifestent non seulement au niveau des comportements individuels, mais également dans la législation, les structures juridiques et sociales et les institutions »⁴¹. En ce qui concerne en particulier ce dernier point relatif aux stéréotypes, l'art. 5 let. a de la CEDEF exige notamment des États qu'ils prennent toutes les mesures appropriées pour « modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ». À cet égard, le Comité souligne, d'un côté, l'assignation des femmes à la sphère privée et familiale dont la tâche principale est celle de la reproduction et du *care* et de l'autre, le rôle des hommes dans la sphère publique, exerçant le pouvoir et endossant le rôle de la production. Les tâches de la sphère privée sont par ailleurs moins valorisées, car considérées comme inférieures à celles relevant de la sphère publique⁴². Compte tenu de l'art. 5 let. a CEDEF, cela implique que les autorités éliminent du droit positif et des politiques publiques non seulement les inégalités formelles, mais également les préjugés et stéréotypes de genre. De même, les États ne doivent pas contribuer à renforcer ces stéréotypes en introduisant des mesures dites de « protection » des femmes (on peut penser ici à l'introduction d'un congé plus important pour les femmes que pour les hommes lors de l'arrivée d'un-e enfant par exemple).

Le principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes oblige les autorités législatives à établir une égalité tant sur le plan formel que matériel⁴³, ce qui implique non seulement de supprimer des normes qui contiendraient une inégalité de traitement entre les genres, donc une inégalité formelle, mais également de vérifier qu'il n'existe pas de normes qui, dans leur résultat, conduiraient à une inégalité indirecte ou de fait entre

les genres, donc à une inégalité matérielle, cas échéant de la supprimer. De même, les autorités législatives doivent, sur la base de constats d'inégalité,

prendre des mesures positives permettant d'aboutir à une égalité de fait⁴⁴. De telles mesures peuvent même aller à l'encontre du principe d'égalité, de manière temporaire, jusqu'à ce que l'égalité matérielle soit réalisée⁴⁵.

En droit de la famille, [l'art. 163 CC](#) applicable aux couples mariés illustre parfaitement la question posée par le binôme de l'égalité formelle et l'égalité matérielle. Selon cette disposition, « mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille. Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise. Ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle. » Du point de vue de l'égalité formelle, cette disposition ne porte pas flanc à la critique. Du point de vue matériel en revanche, les statistiques mettent en évidence qu'une majorité de femmes « choisit »⁴⁶ de travailler à temps partiel après la naissance d'un enfant et qu'aujourd'hui encore, la répartition traditionnelle des tâches conduit les femmes à s'occuper essentiellement du foyer et des soins à apporter aux enfants, alors que les hommes se consacrent principalement à une activité professionnelle et fournissent des prestations en argent⁴⁷. Cette répartition des tâches a donc des conséquences non négligeables, essentiellement pour les femmes, en cas de séparation ou de divorce⁴⁸.

Cette inégalité matérielle a également été mise en évidence par la CourEDH dans son arrêt *di Trizio c. Suisse*⁴⁹. Dans cette affaire, Madame di Trizio est contrainte de réduire son activité lucrative en raison de douleurs dorsales. Elle touche une rente d'invalidité. Après la naissance de ses jumeaux, elle est soumise à une autre méthode de calcul de l'invalidité – la méthode mixte, applicable aux travailleuses et travailleurs à temps partiel accomplissant des travaux habituels. Cette méthode ne présente formellement pas de distinction entre les femmes et les hommes, mais dans la mesure où elle concerne très majoritairement des femmes (98%), elle conduit à une inégalité matérielle⁵⁰.

On peut donc affirmer que le principe d'égalité ne permet pas de se contenter de l'égalité formelle, mais exige également une égalité matérielle, substantielle, entre les femmes et les hommes. Il faut donc que les mesures prises conduisent, dans leurs effets, à une égalité dans les faits. Par conséquent, lors de l'élaboration des lois, il convient d'imaginer et penser les conséquences concrètes sur l'égalité entre femmes et hommes (phase de légistique matérielle prospective)⁵¹, afin d'éviter qu'une mesure relevant de l'égalité formelle fasse naître une nouvelle inégalité plus ou moins attendue. La réforme AVS portant sur l'âge de la retraite des femmes à 65 ans constitue un exemple de modification légale visant l'égalité formelle, alors que, matériellement dans le domaine des rentes vieillesse, l'égalité matérielle n'est pas (encore) réalisée⁵².

Que ce soit sur la base des exemples présentés ici ou en raison du constat posé par Bernard sur la nature conservatrice de l'analyse juridique du principe d'égalité de traitement⁵³, la réflexion ne peut ainsi pas s'arrêter au stade de l'examen formel du principe d'égalité de traitement. En particulier, dans le domaine du droit des familles, le traitement différencié entre les différentes formes de vie ou entre les femmes et les hommes doit reposer sur une motivation particulière et sérieuse en tenant compte de

l'évolution de la société ; en matière d'égalité entre femmes et hommes, l'État a une obligation de légiférer en vue de réaliser les garanties en matière d'égalité⁵⁴.

III. L'application du principe d'égalité dans les développements législatifs actuels du droit des familles

1. Généralités

La portée du concept d'égalité de traitement, tel que nous l'avons appréhendé, peut s'illustrer à travers deux perspectives d'évolution législatives en cours : « État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ? »⁵⁵ et « De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation »⁵⁶.

La nécessité de réviser le droit des familles sur les questions de reconnaissance des communautés de vie et sur l'établissement de la filiation découle du fait que la vision traditionnelle fondée sur l'image d'une femme et d'un homme qui se marient et ont des enfants ne correspond plus nécessairement à la réalité sociale⁵⁷. Cette image classique de la famille reposant sur le mariage de personnes de sexe différent comme seule institution socialement acceptable pour avoir des enfants⁵⁸ a contribué à attribuer des rôles déterminés et hiérarchisés, d'une part, entre l'homme et la femme⁵⁹, et, d'autre part, en faveur du mariage, par rapport à d'autres formes de vie⁶⁰.

Jusqu'à la révision ayant conduit à la teneur actuelle de [l'art. 163 CC](#), soit au 1^{er} janvier 1988, le mari était le chef de l'union conjugale, chargé notamment de pour-

voir convenablement à l'entretien de la femme et des enfants (art. 160 aCC), alors que la femme était légalement tenue de diriger le ménage, et aider et conseiller le mari dans la mesure de ses forces (art. 161 aCC). En assignant légalement les femmes mariées à des tâches non rémunérées et en définissant la famille comme « l'élément naturel et fondamental de la société »⁶¹, le Code civil a ancré de manière durable une structure hiérarchisée et inégalitaire de la société⁶². Cette perception se reflétait dans le rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale « sur la demande d'initiative pour la famille » du 10 octobre 1944 : « [I]e mariage ne satisfait pas seulement les instincts naturels communs aux deux parties. Ce n'est que par lui que l'homme peut s'épanouir comme homme et la femme comme femme [...]. »⁶³ Elle perdure encore aujourd'hui, comme nous le verrons ci-après.

2. Le principe d'égalité de traitement entre les différentes communautés de vie

a) Droit actuel

En Suisse, le mariage occupe une place prépondérante dans la systématique légale. Il est garanti au niveau constitutionnel par [l'art. 14 Cst.](#), mais en sus, de nombreuses dispositions légales lui accordent des effets juridiques spécifiques. En droit civil, le mariage a des effets dans les rapports internes, entre les personnes

mariées (par exemple, l'obligation d'entretien réciproque selon les [art. 163 ss CC](#)), mais également dans les rapports externes, à l'égard de tiers (comme en cas de représentation de l'union conjugale en application de l'[art. 166 CC](#)). En droit public, le statut de couple marié permet de bénéficier de prérogatives accordées par l'État (par exemple le regroupement familial, le statut fiscal, la rente de veuve ou de veuf en vertu de la LAVS, etc.).

Historiquement, le droit au mariage était déjà expressément protégé dans la Constitution de 1874. La disposition visait notamment à écarter les obstacles religieux érigés par certains cantons pour limiter le droit de se marier⁶⁴. Durant près de 150 ans, la garantie constitutionnelle au mariage était réservée aux seuls couples de sexe différent. Elle incluait le droit de fonder une famille, d'avoir et d'éduquer des enfants, ainsi que celui d'en adopter⁶⁵. Elle garantissait donc une protection particu-

lière par rapport aux autres formes de vie en commun⁶⁶. La doctrine soulignait la portée institutionnelle d'une union « génératrice d'une solidarité juridique »⁶⁷.

Cette place prépondérante du mariage par rapport aux autres formes de communauté de vie résulte d'une volonté historique de l'autorité législative qui s'est reflétée dans la première version du Code civil, adoptée en 1907. Elle consacrait le mariage comme seule communauté de vie reconnue ([art. 90 ss CC](#))⁶⁸.

Au cours du XX^e siècle, cette place particulière accordée au mariage a été confirmée. En 1944, dans son rapport du 10 octobre à l'Assemblée fédérale « sur la demande d'initiative pour la famille », le Conseil fédéral relevait notamment que : « [l]e mariage offre [...] en premier lieu aux époux la faculté de satisfaire à leur instinct sexuel d'une façon morale et humaine ; il apparaît même comme la seule forme de communauté en laquelle cet instinct puisse trouver satisfaction d'une manière digne de l'homme [...] »⁶⁹. » C'est à ce titre que le concubinage était condamné pénalement dans certains cantons, comme cela a été le cas, par exemple en Valais, jusqu'en 1995⁷⁰.

À la fin du XX^e siècle, durant les travaux ayant mené à la révision de la Constitution fédérale, adoptée le 18 avril 1999, la place du mariage dans l'ordre juridique suisse a été discutée dans le cadre des débats autour de l'[art. 14 Cst](#). Plusieurs partis, organisations ou cantons, se fondant sur l'évolution des mœurs, ont demandé la suppression de cette disposition consacrant le mariage comme communauté de vie à protéger de manière particulière. Cette position n'a pas été suivie par la majorité⁷¹. Le compromis devant les Chambres a toutefois permis d'élargir la protection constitutionnelle à un droit « à la famille », sur proposition de la commission de révision constitutionnelle du Conseil national⁷².

Cette adjonction a été jugée difficile à interpréter, puisque les travaux préparatoires n'ont pas permis de préciser la portée de cet ajout ni de déterminer s'il permettait d'accorder des droits plus étendus à d'autres formes de familles en dehors du mariage⁷³.

L'interprétation de l'[art. 14 Cst](#), a dans tous les cas évolué, puisque cette disposition n'a pas constitué un obstacle à l'ouverture du mariage pour toutes et tous⁷⁴. Selon le Conseil fédéral, en revanche, la Constitution fédérale ne protège qu'indirectement les unions hors du mariage, en application des art. [8 al. 2](#), [13](#) et [14 Cst](#).⁷⁵ Il reconnaît toutefois que certains cantons accordent le droit au libre choix d'une autre forme de vie en commun que le mariage⁷⁶.

Aujourd'hui, le statut particulier du mariage par rapport à d'autres communautés de vie est remis en question : nous pouvons citer à titre d'exemple le rapport du groupe interdisciplinaire consulté pour réformer le droit de l'établissement de la filiation qui sera examiné dans un deuxième temps⁷⁷. Selon ses recommandations, les nouvelles règles permettant d'établir juridiquement la filiation doivent être indépendantes de l'état civil, donc indépendantes de l'existence d'un mariage⁷⁸. La proposition repose sur le respect du principe d'égalité de traitement⁷⁹.

Il est donc discuté aujourd'hui de savoir si le mariage doit conserver sa position institutionnelle privilégiée par rapport à d'autres communautés de vie et, le cas échéant, dans quels domaines du droit.

À cet égard, le fait de vivre en commun en dehors du mariage induit déjà des effets juridiques aujourd'hui. Les effets qualifiés de « positifs » découlant du fait de vivre dans une communauté analogue au mariage sont, par exemple, la reconnaissance du droit à la compensation de la perte de soutien de [l'art. 45 CO](#) et au statut de « proche » pour l'indemnité pour tort moral au sens de [l'art. 47 CO](#)⁸⁰, ainsi que le droit de représentation dans le domaine médical en vertu de [l'art. 378 al. 1 ch. 4 CC](#). De même, le fait de vivre en commun permet d'adopter l'enfant de la personne avec

qui on mène de fait une vie de couple depuis au moins trois ans, en application de l'art. 264c al. 1 ch. 3 et al. 2 CC. On peut également citer, malgré sa portée limitée, le fait que la durée du concubinage antérieur au mariage doit être prise en considération dans la fixation de la contribution d'entretien après le divorce, en application de [l'art. 125 CC](#)⁸¹. En outre, depuis l'entrée en vigueur de [l'art. 20a LPP](#), le 1^{er} janvier 2005, les institutions de prévoyance peuvent prévoir dans leur règlement que le statut de survivant·e est octroyé à la personne qui forme une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès⁸². Celle-ci peut alors bénéficier d'une rente ou d'un capital décès. La même possibilité existe pour la prévoyance individuelle du troisième pilier, en application de [l'art. 2 al. 1 lit. b ch. 2 OPP 3](#). Il s'agit d'effets positifs « automatiques », de par la loi, du fait de la vie commune, même si des conditions supplémentaires peuvent être posées, telles que l'existence d'une prestation de soutien, l'assistance personnelle pour [l'art. 378 CC](#), la durée de la vie commune pour [l'art. 264c CC](#) ou encore la durée de vie commune et l'établissement d'un règlement par l'institution de prévoyance pour [l'art. 20a LPP](#).

S'agissant des effets qui peuvent être qualifiés de « négatifs », découlant de la communauté de vie, il s'agit, par exemple, de diminuer le minimum vital de la personne concernée⁸³, ainsi que de limiter les charges déterminantes à un demi-loyer, indépendamment d'éventuels accords internes différents. Partant, la vie commune peut avoir des conséquences sur l'éventuelle contribution d'entretien versée en vertu du droit de la famille⁸⁴, sur le droit à l'assistance judiciaire, sur les modalités de calcul des subsides d'assurances maladie ou encore sur les prestations accordées à titre d'aide sociale selon les normes CSIAS⁸⁵.

Aujourd'hui, le mariage garde donc encore, dans l'ordre juridique, son statut historiquement privilégié, même si la communauté de vie – de fait analogue au mariage – peut produire des effets juridiques « automatiques », parfois identiques au mariage, en raison de la loi ou de la jurisprudence.

b) Perspectives législatives à la lumière du rapport du Conseil fédéral du 30 mars 2022

Suite à plusieurs postulats⁸⁶, le Conseil fédéral a été amené à examiner dans quelle mesure d'autres formes de communauté de vie devaient être reconnues en droit suisse et les effets à leur donner. Le Conseil fédéral a rendu son rapport le 30 mars 2022 intitulé « État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ? »⁸⁷.

En substance, le Conseil fédéral a examiné la nécessité de réglementer une autre forme de communauté de vie en sus du mariage. Il a évalué la possibilité de légiférer sur le concubinage (ou « la vie commune de fait »), dans la mesure où ce mode de vie est choisi par un nombre toujours croissant de couples, y compris en présence d'enfants. Il n'est pas envisagé d'appliquer les dispositions applicables aux couples mariés⁸⁸.

Le Conseil fédéral ne s'oppose pas à l'introduction d'une nouvelle institution juridique sur le modèle du PACS français, mais il s'oppose à un effet automatique « de par la loi » de la communauté de vie de fait.

Selon le Conseil fédéral, si l'autorité législative décidait de reconnaître formellement, dans une loi, une autre forme d'union que le mariage, l'institution devrait permettre aux personnes concernées d'affirmer « mutuellement leur solidarité et de la déclarer formellement aux yeux du monde »⁸⁹. Elle résulterait d'une volonté claire et explicite, exprimée formellement devant une autorité, qui pourrait être l'état civil ou un-e notaire⁹⁰.

Le fait de conférer un statut légal à une telle communauté de vie de fait se heurte à la difficulté de délimiter les effets juridiques que l'on souhaite lui reconnaître, en particulier en cas de dissolution de cette communauté de vie. Pour le Conseil fédéral, certaines situations pourraient justifier d'instaurer une protection, par des « clauses de rigueur », par exemple en cas de décès ou de séparation, ou en cas de situation financière asymétrique au sein du couple, ou encore en présence d'enfants communs⁹¹. En outre, la présence d'enfants communs devrait permettre d'étendre les effets d'une telle union, allant jusqu'à la mise en place de mesures d'organisations de la vie séparée, sur le modèle des mesures protectrices de l'union conjugale⁹².

En substance, les effets d'une telle union formelle seraient essentiellement limités aux rapports internes (obligation d'assistance pendant la vie commune, obligation d'entretien pendant la vie commune, protection spéciale du logement commun, représentation de la communauté, représentation dans le domaine médical, mesures protectrices de la communauté en présence d'enfants), avec dans certains cas, des effets externes (protection du logement commun à l'égard de tiers, représentation de la communauté envers les tiers, représentation dans le domaine médical, plafonnement des rentes AVS, rentes de survivant-e en présence d'enfants, bonification pour tâches d'assistance, cotisations AVS en faveur de la personne qui n'exerce pas d'activité lucrative, droit au regroupement familial). En revanche, dans son rapport, le Conseil fédéral n'envisage pas d'ouvrir l'accès au don de sperme aux couples non mariés ni de permettre l'adoption conjointe⁹³. En matière de filiation, comme en matière de succession, la majorité des règles applicables aux couples mariés ne pourraient pas bénéficier aux couples adoptant cette communauté de vie⁹⁴.

Ainsi donc, la position du Conseil fédéral s'appuie sur une volonté de conserver un statut spécifique au mariage, comme institution de référence par rapport à d'autres formes de communauté de vie, tout en envisageant la possibilité d'introduire une institution alternative, permettant une forme de protection réduite, essentiellement durant la vie commune. Nous verrons que cette proposition n'est pas sans impact sur la question de l'égalité de traitement entre hommes et femmes⁹⁵.

c) Analyse des propositions au regard du principe d'égalité de traitement

Historiquement, le mariage et le concubinage ont été considérés comme deux situations juridiquement différentes que l'État devait traiter de manière distincte. En particulier, [l'art. 8 CEDH](#) n'impose pas de placer le concubinage sur un pied d'égalité avec le mariage⁹⁶. Sous l'angle de l'égalité de traitement, il convient d'examiner dans quelle mesure il se justifie de traiter de manière différente le mariage et le concubinage.

Un des arguments récurrents réside dans le fait que l'assimilation du concubinage au mariage doit être examinée au regard de la libre volonté, puisque les couples sont libres d'opter ou non pour le mariage, avec les conséquences juridiques et – en particulier – les protections correspondantes qui en découlent. Cela justifierait donc de traiter les situations de manière différente.

Dans cette perspective, le Conseil fédéral considère que l'option permettant de créer une alternative formelle au mariage est plus favorable pour les individus que celle qui consisterait à conférer un statut légal à la communauté de vie de fait⁹⁷. Il lui apparaît préférable d'envisager une conclusion formelle de cette communauté de vie, afin de respecter l'autonomie des personnes concernées.

De son côté, le Tribunal fédéral a également eu l'occasion d'examiner la portée de la libre volonté des personnes de se marier. Par exemple⁹⁸, il a étudié la possibilité d'assimiler le concubinage au mariage comme institution qui permettrait le regroupement familial. Dans ce cadre, il a considéré que l'assimilation du concubinage au mariage pouvait être envisagée notamment dans le cas où les personnes se trouvent dans l'impossibilité de se marier. En d'autres termes, le Tribunal fédéral estime que les personnes doivent recourir au mariage lorsqu'elles en remplissent les conditions, si elles souhaitent bénéficier du regroupement familial.

La question du respect de l'autonomie des personnes dans le choix de se marier ou non mérite d'être discutée de manière plus approfondie. En effet, les personnes qui vivent ensemble en dehors d'un mariage sont déjà assimilées aux couples mariés dans un certain nombre de domaines, indépendamment de leur volonté⁹⁹ : par exemple, le Tribunal fédéral a reconnu que le fait de vivre en commun pouvait conduire à l'application des dispositions sur la liquidation de la société simple en cas de dissolution du concubinage¹⁰⁰. De même, comme nous l'avons vu, les prestations financières qui sont versées à une personne menant de fait une vie de couple peuvent être réduites, non seulement en raison de la prise en compte du partage des charges

découlant de la vie commune¹⁰¹, mais également en raison de l'éventuelle prestation d'assistance (même théorique) fournie entre les personnes vivant en commun¹⁰². Ainsi, le concubinage a des conséquences juridiques, même lorsque les parties concernées ne l'ont pas souhaité.

Or, ces effets indépendants de la volonté des personnes concernées sont le plus souvent « positifs » lorsqu'ils ne représentent aucune charge pour l'État (c'est le cas, typiquement, de la représentation médicale, par exemple). En revanche, lorsqu'il s'agit pour la personne qui vit en concubinage de pouvoir bénéficier de prestations de l'État, telles qu'une rente de survivant-e en matière AVS, l'aide sociale¹⁰³, des prestations complémentaires¹⁰⁴, une exonération fiscale ou un droit au regroupement familial¹⁰⁵, l'État refuse le plus souvent cette assimilation.

La libre autonomie des parties de choisir le mariage ou le concubinage, et donc de bénéficier de leurs effets respectifs, doit être relativisée puisque nombre de ces effets existent du simple fait de vivre en commun, sans un échange exprès de volonté entre les personnes concernées. À l'inverse, les personnes qui ont choisi de se marier pour bénéficier d'une « protection » n'ont pas nécessairement une connaissance étendue des effets juridiques du mariage, que ce soit en matière de plafonnement des rentes AVS¹⁰⁶, de l'impact fiscal¹⁰⁷ ou de la

limitation de la portée de l'obligation d'entretien après le divorce¹⁰⁸.

Il est d'ores et déjà admis que le concubinage et le mariage sont des situations à traiter de manière semblable dans un certain nombre de domaines¹⁰⁹, par exemple, comme nous l'avons vu, en lien avec le statut de l'enfant issu de parents non mariés, conformément à l'évolution du Code civil, mais également, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, lorsqu'il s'agit de prestations d'ordre social, pour justifier la nécessité de ne pas placer les personnes non mariées dans une situation plus favorable que les personnes mariées¹¹⁰. Le concubinage et le mariage sont également assimilés dans

certains cas par le Tribunal fédéral dans ses décisions portant sur l'imposition¹¹¹. Dès lors que l'on admet que le concubinage peut être assimilé au mariage dans un certain nombre de situations, il convient de se demander ce qui justifie juridiquement de traiter différemment le concubinage et le mariage, s'agissant des prestations positives que l'État entend accorder ou s'agissant des rapports internes entre les personnes qui ne pourraient pas relever de leur libre disposition, telle que la présomption de paternité et la qualité d'héritier ou d'héritière légale.

Dans le domaine de la sécurité sociale, de nombreux pays se sont affranchis du critère de l'état civil pour accorder des prestations indépendamment de l'état civil des personnes. C'est le cas notamment du Canada, des Pays-Bas ou de la Nouvelle-Zélande, qui tiennent en principe compte du ménage commun¹¹².

Partant, pour la Suisse, il pourrait être envisagé, comme le fait le Conseil fédéral dans son rapport¹¹³, de fonder le droit au regroupement familial sur la vie commune, de fonder les prestations AVS, telles que le droit à une rente, la bonification pour les tâches d'assistance ou l'obligation de cotiser en faveur de la personne n'exerçant pas d'activité lucrative, en fonction de la présence ou non d'enfants, et que la question fiscale soit traitée sous l'angle de l'imposition individuelle¹¹⁴.

Il ne s'agit ici que d'exemples qui tendent à démontrer que le critère du choix de se marier ou non n'a pas à être pris en compte dans les distinctions opérées par le pouvoir législatif.

Dans les rapports fondés sur le droit privé, comme la protection du logement de famille, des solutions indépendantes de l'état civil existent déjà : par exemple la réglementation en matière de protection contre les violences et le harcèlement en application de [l'art. 28b CC](#). Ce modèle pourrait servir de référence dans les situations où le fait de vivre dans une communauté de vie requiert des mesures de protection quant au logement, aux enfants ou à l'obligation d'entretien.

Dans le domaine de la filiation, dans le projet en cours¹¹⁵, le rapport du Conseil fédéral semble reconnaître, avec le consensus majoritaire, la nécessité de se fonder

sur des règles indépendantes de l'état civil pour garantir une égalité de traitement entre les enfants nés de parents mariés et les enfants nés de parents non mariés¹¹⁶. Cette volonté de réforme législative a débuté dans les années 1970 et se poursuit par petits pas. La dernière étape a permis l'adoption de l'enfant de la personne vivant en ménage commun depuis au moins trois ans, en application de [l'art. 264c CC](#). Mais l'adoption conjointe et l'accès au don de sperme restent réservés aux couples mariés, sans que cette distinction ne trouve

une justification juridique convaincante, sauf à refléter des valeurs qui s'appuient sur la tradition du mariage.

Dans le cadre du droit des successions, la dernière réforme adoptée le 18 décembre 2020¹¹⁷ s'est fondée sur la nécessité d'adapter le droit des successions au contexte social, dans la mesure où « le mariage a perdu sa position de monopole dans les relations de couple [...] et [que] les modèles familiaux se sont diversifiés »¹¹⁸. L'autorité législative a choisi une solution qui augmente la liberté de disposer de la moitié de la succession, ce qui permet notamment d'attribuer une part de succession plus grande après respect des parts réservataires des personnes descendantes et du conjoint ou de la conjointe, par exemple à la personne qui partage son ménage commun¹¹⁹. Il s'agit d'un premier pas qui permet de réduire la portée du mariage en droit des successions, sans toutefois placer la personne menant de fait une vie de couple sur un pied d'égalité avec celle étant mariée. Pourtant, il s'agit de se demander dans quelle mesure il se justifie de conserver, dans le domaine des successions, un traitement distinct, fondé sur l'état civil¹²⁰. Plusieurs États connaissent des solutions différentes, en ne reconnaissant pas (ou plus) le statut d'héritier ou héritière réservataire à la personne mariée¹²¹.

On le voit, des options sont juridiquement possibles, elles existent sous d'autres latitudes et elles sont même parfois envisagées sur la base du principe d'égalité de traitement lors des révisions législatives, sans pour autant que les solutions adoptées ne s'affranchissent complètement de la distinction fondée sur l'état civil.

3. Le principe d'égalité de traitement lors de l'établissement de la filiation

a) Droit actuel

Se fondant sur cette conception « naturelle et fondamentale » de la société, le Code civil suisse a réglé le droit de la filiation selon les principes fondamentaux suivants : la femme qui accouche est en principe mariée et son mari est donc le père juridique de l'enfant ([art. 252 CC](#)). Cet article exprime notamment le principe d'hétéroparentalité et la position spéciale réservée au mariage¹²². Dès que l'on sort de ce cadre habituel, l'établissement de la filiation n'est pas « automatique », même s'il reste possible, moyennant des démarches juridiques particulières, par reconnaissance, jugement ou adoption ([art. 252 CC](#)).

Ce cadre légal met en évidence la représentation sociale des familles, dans la mesure où le fait de déterminer quels sont les critères juridiques pertinents pour qu'un lien juridique soit reconnu entre un·e enfant et ses parents dépend des représentations sociales¹²³, c'est-à-dire de l'établissement d'une priorité de valeurs, par rapport à d'autres.

C'est ainsi que seuls les couples de sexe différent se sont vu octroyer la possibilité de se marier et de faire reconnaître, dans ce cadre, un lien automatique de filiation avec des enfants. Jusqu'en 1978, les enfants qui ne naissaient pas dans une telle constellation familiale étaient qualifiés d'enfants « illégitimes »¹²⁴.

Le statut d'enfant illégitime a certes disparu avec la révision du droit de la filiation entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1978¹²⁵. En revanche, l'exigence d'hétéroparentalité est restée en vigueur jusqu'à la modification des règles relatives à l'adoption, le 1^{er} janvier 2018¹²⁶. Le droit suisse ne reconnaît donc que depuis peu le double lien de filiation paternel ou maternel.

Depuis cette révision des règles relatives à l'adoption, une personne peut adopter l'enfant de la personne avec qui elle forme une communauté de vie de trois ans au moins (mariage, partenariat enregistré ou vie de couple de fait)¹²⁷. En outre, depuis le 1^{er} juillet 2021, les couples de même sexe peuvent se marier¹²⁸, ce qui leur ouvre la possibilité de procéder à une adoption conjointe¹²⁹.

Cette évolution met en évidence le fait que le mariage reste aujourd'hui l'institution juridique privilégiée par rapport aux autres communautés de vie, puisqu'en dehors de ce lien, l'établissement de la filiation suit des règles spécifiques, comme l'exigence de la reconnaissance de l'enfant ([art. 260 CC](#)) pour un couple non marié, par déclaration à l'office de l'état civil. En outre, seul le mariage permet l'adoption conjointe ([art. 264a CC](#)) ou le recours à un don de sperme ([art. 3 al. 3 LPMA](#)).

En évoluant pas à pas vers une plus grande égalité entre femmes et hommes et entre les différents modes de vie (qu'il s'agisse d'un mode de vie en dehors du mariage ou en fonction de l'orientation sexuelle), tout en maintenant un statut juridique particulier au mariage (y compris, en dehors de la filiation, dans des domaines tels que la LAVS, la LPP ou le droit fiscal), la réglementation du droit des familles reste à mi-chemin entre la conception traditionnelle de la famille et la consécration du principe d'égalité de traitement, indépendamment du genre et du mode de vie.

En particulier, les personnes de même sexe souhaitant vivre en dehors de l'institution du mariage doivent parcourir un chemin long et tortueux pour accéder, en matière de filiation, aux mêmes droits qu'un couple marié¹³⁰ : deux personnes de même sexe non mariées qui souhaitent devenir parents d'un-e enfant commun ne peuvent adopter. Le couple non marié doit envisager plusieurs options :

1. Le premier parent peut avoir un enfant « naturel », ou recourir à l'adoption par une personne seule ([art. 264b CC](#)). Après trois ans de vie commune et un an de soins et d'éducation fournis à l'enfant ([art. 264 CC](#)), le deuxième parent peut adopter l'enfant ([art. 264c CC](#)) si l'adoption est dans l'intérêt de l'enfant ([art. 264 CC](#)).
2. Le couple peut recourir à la procréation médicalement assistée à l'étranger, par exemple dans un pays qui permet le don de sperme aux personnes non mariées. Un couple de femmes devra recourir à un don de sperme, alors qu'un couple d'hommes devra recourir à une mère porteuse. Si les gamètes du premier parent ont permis la conception de l'enfant, le lien de filiation entre l'enfant et son parent biologique devra être reconnu en Suisse, dans l'intérêt de l'enfant¹³¹.

Ces situations mettent en évidence la discrimination des règles relatives à l'établissement du lien de filiation, fondée sur le mode de vie, à savoir fondée sur le choix de ne pas se marier. La conception traditionnelle d'une parentalité existant d'abord

au sein d'un mariage ne garantit donc pas l'égalité de traitement entre toutes les formes de famille et implique donc un jugement de valeur quant au mariage¹³².

b) Perspectives législatives à la lumière du rapport du Conseil fédéral du 17 décembre 2021¹³³

Ces constats incitent à réviser le droit de l'établissement de la filiation, comme l'a demandé la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, dont le postulat a chargé le Conseil fédéral d'examiner la nécessité d'une réforme du droit de la filiation et, le cas échéant, de soumettre au Parlement des recommandations dans un rapport¹³⁴.

Pour donner suite au postulat, le Conseil fédéral a institué un groupe interdisciplinaire d'expert-e-s qui a

Document "Le principe d'égalité de traitement en droit des familles : aspects choisis au regard de deux projets législatifs en cours (PACS et..." créé par Laura Siggen, Université de Neuchâtel, Neuchâtel le 06.06.2024 sur fampra.recht.ch | © Stämpfli Editions SA, Bern - 2024

présenté un rapport et des recommandations le 21 juin 2021. En substance, le groupe mandaté a reconnu la nécessité de réformer le droit de l'établissement de la filiation, s'agissant notamment du mode d'établissement de la filiation avec le deuxième parent, en envisageant de supprimer le lien de l'état civil comme critère déterminant pour l'établissement du lien de filiation avec le deuxième parent (recommandation N. 5), avec un délai d'opposition accordé à la mère et l'enfant pour contester cette reconnaissance (recommandations N. 6 à 8). S'agissant du don de sperme, le groupe interdisciplinaire a recommandé le recours à des conventions de filiation conclues entre les personnes concernées (recommandation N. 11), le cas échéant ratifiées par l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte et enregistrées à l'état civil. Le groupe interdisciplinaire ne propose pas de modifier le principe d'établissement du lien de filiation avec la mère en raison de l'accouchement (recommandation N. 1), et n'envisage pas la possibilité de contester ce lien de filiation (recommandations N. 12 à 14). La contestation du lien de filiation tel qu'établi avec le deuxième parent se fait par la contestation de la reconnaissance qui s'ouvre à un large cercle de personnes : le premier parent, le parent génétique, la personne qui s'est engagée à établir la filiation dans une convention de filiation enregistrée, l'enfant, l'autorité en cas d'abus de droit, le deuxième parent en cas de vice du consentement (recommandations N. 15 et 16). L'action en contestation de la reconnaissance est rejetée lorsque le deuxième parent est le parent génétique de l'enfant, ou son parent en vertu d'une convention de filiation, ou son parent social. L'action du deuxième parent est rejetée lorsqu'il est le parent génétique de l'enfant ou son parent en vertu d'une convention de filiation (recommandation N. 18).

Le principe de la double parenté est maintenu, même si exceptionnellement quatre parents juridiques pourraient être admis lorsque l'enfant d'un parent décédé est adopté. Une minorité du groupe interdisciplinaire propose que plusieurs personnes puissent prévoir, dans le cadre d'une convention, qu'elles assumeront ensemble la parenté juridique sur l'enfant (recommandation N. 22). Les recommandations N. 23 et 24 concernent le droit de connaître ses origines et sa descendance.

Le Conseil fédéral a pris position sur ces recommandations. Il admet que les mêmes règles doivent en principe s'appliquer à tous les enfants, indépendamment de l'état civil de leurs parents, en tenant compte du critère de l'intention pour établir le lien de filiation avec le premier parent et en reléguant au second plan le critère génétique, qui reste toutefois déterminant lors de l'établissement du lien de la filiation avec le deuxième parent¹³⁵. En revanche, selon le Conseil fédéral, le mariage devrait rester déterminant s'agissant de la volonté d'avoir des enfants, de telle sorte que la présomption découlant du mariage pour le deuxième parent devrait être conservée¹³⁶. Le Conseil fédéral soutient le principe des conventions réglant l'établissement de la filiation en cas de recours au don de sperme¹³⁷. Il retient un principe de double parenté et est favorable à une réglementation spécifique du droit à connaître son origine et sa descendance¹³⁸.

c) Analyse des propositions du groupe interdisciplinaire et du Conseil fédéral à la lumière du principe d'égalité de traitement

La position du groupe interdisciplinaire est intéressante à plus d'un titre s'agissant de la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement à travers des recommandations en vue d'une modification du Code civil.

En effet, selon la recommandation N. 3, l'état civil d'un parent à la naissance ne doit pas avoir d'influence sur la filiation. Il s'agit, dans toutes les situations, y compris en cas de don de sperme, d'envisager la filiation par reconnaissance, indépendamment de l'existence d'un lien du mariage. Cette proposition vise ainsi l'égalité de traitement entre les différentes communautés de vie, indépendamment de l'existence d'un mariage.

En revanche, bien que les mêmes règles doivent s'appliquer à tous les enfants, indépendamment de l'état civil de leurs parents¹³⁹, le Conseil fédéral considère qu'il ne faut pas supprimer la présomption de paternité du mari de la mère, dans la mesure où mariage et filiation restent étroitement liés, car « les couples se marient le plus souvent parce qu'ils souhaitent fonder une famille [...] [et que la] grande majorité des enfants naissent dans le mariage [...]»¹⁴⁰.

À notre sens, cette argumentation va à l'encontre du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de respecter la volonté de ne pas se marier. En effet, comme nous l'avons vu, en distinguant l'établissement de la filiation entre couple marié et non marié, la loi traite de manière différente les enfants à leur naissance, selon le critère de l'état civil des parents. Or, comme nous l'avons vu également, une distinction fondée sur le mode de vie ne doit se justifier que lorsqu'elle est absolument nécessaire dans un ordre juridique. Il faut dès lors se demander dans quelle mesure cette distinction est nécessaire dans l'ordre juridique suisse. Cette différence de statut entre enfants en fonction de l'état civil des parents avait été partiellement effacée au moment de la révision du Code civil en matière de filiation, entrée en vigueur en 1978, lors de la suppression de la notion d'enfant illégitime. Le fait que la grande majorité des enfants naissent dans le mariage est valable pour la Suisse, mais cela ne s'applique pas dans les ordres juridiques dans lesquels l'établissement de la filiation est indépendant de l'état civil : en France, par exemple, l'établissement de la paternité se fait par simple indication du nom du père dans l'acte de naissance, même si la mère est mariée¹⁴¹ et en 2020, 61% des enfants sont nés hors mariage¹⁴². En Italie, ce taux s'élève à 35,83%¹⁴³, alors qu'il existe une présomption de paternité liée au mariage¹⁴⁴. En Allemagne, ce taux s'élève à 32,8%¹⁴⁵, alors que l'établissement de la filiation est proche du modèle suisse, dans la mesure où le père non marié doit effectuer des démarches qu'il n'aurait pas à faire s'il était marié¹⁴⁶. Dans plusieurs pays européens, les naissances hors mariage sont supérieures aux naissances au sein d'un couple marié. C'est le cas de la Bulgarie, du Danemark, des Pays-Bas, du Portugal, de la Slovénie, de la

Suède ou encore de la Norvège¹⁴⁷. En outre, le nombre de naissances hors mariage est deux fois plus important dans la jeune génération que dans la moyenne suisse¹⁴⁸.

Nous postulons que le principe d'égalité de traitement doit conduire à s'écarter du mariage comme critère pertinent pour établir la filiation. En effet, alors qu'il existe un droit de se marier, il existe également un droit de ne pas se marier¹⁴⁹. Le choix de vivre en communauté non maritale découle des art. 8 et 14 Cst., qui interdisent toute discrimination fondée sur le mode de vie et garantissent le droit au mariage et, *a contrario*, le droit de ne pas se marier¹⁵⁰. Partant, le fait de ne pas se marier ne doit pas conduire à compliquer les démarches permettant d'établir un lien de filiation entre l'enfant et son deuxième parent. Une telle prépondérance accordée au mariage par l'État constitue une ingérence dans le libre choix du mode de vie, qui ne repose sur aucune justification, autre que le statut historiquement privilégié de cette institution. Or, comme on l'a vu, ce statut est lié – et conduit – à une répartition des rôles hiérarchisée dont l'État devrait s'écarter, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes. Partant, le respect du principe d'égalité de traitement commande de ne pas conserver la présomption de paternité liée au mariage.

La Commission pluridisciplinaire considère qu'il n'est en revanche pas nécessaire de réformer le droit en vigueur en ce qui concerne l'établissement de la filiation à l'égard du premier parent. En d'autres termes, la femme qui accouche doit être automatiquement la mère juridique de l'enfant. Ce postulat surprend, dans la mesure où l'on sait aujourd'hui que la mère qui accouche n'est pas nécessairement la mère juridique de l'enfant, compte tenu de la

possibilité de recourir aux mères porteuses dans les pays qui permettent cette méthode de procréation médicalement assistée. Si la Suisse interdit cette méthode de procréation médicalement assistée au niveau constitutionnel¹⁵¹, il n'en reste pas moins vrai qu'il existe aujourd'hui un nombre toujours croissant d'enfants qui naît de mère porteuses. En effet, même si cela constitue une atteinte à l'ordre public, de nombreux couples résidant en Suisse font appel à ce mode

de procréation médicalement assistée à l'étranger¹⁵². Les arguments invoqués pour interdire ce mode de procréation médicalement assistée, ou ne pas le reconnaître, même lorsqu'il est réalisé légalement dans un État qui le permet, résident notamment dans le fait que la reconnaissance du statut de l'enfant né-e d'une mère porteuse revient à institutionnaliser la marchandisation du corps de la femme, y compris à légaliser l'abandon de l'enfant¹⁵³. Se pose toutefois la question, en lien avec le rôle du droit dans la régularisation des comportements¹⁵⁴, de déterminer dans quelle mesure il est pertinent de faire abstraction de l'existence de ces méthodes de procréation médicalement assistée pour en limiter l'impact sur le statut des mères porteuses ou, au contraire, s'il est pertinent de tenir compte d'une pratique existant et de l'encadrer juridiquement, précisément pour éviter un tel impact sur les mères porteuses¹⁵⁵. Indépendamment de l'absence de reconnaissance d'une méthode légale de procréation médicalement assistée à l'étranger, la question de la reconnaissance du lien de filiation entre le premier parent et le deuxième parent doit être résolue. En effet, dans la logique envisagée, le premier parent est la mère qui accouche. Conserver ce principe général dans le mode d'établissement de la filiation conduit à maintenir le critère biologique de l'accouchement comme un critère de distinction nécessaire. Or le même résultat peut être obtenu par le principe de la reconnaissance de maternité. En effet, si la mère qui accouche reconnaît l'enfant, de manière simplifiée, elle serait inscrite comme parent juridique au même titre que le père. Cela ne conduirait pas encore nécessairement à autoriser la reconnaissance de la mère d'intention en cas de mère porteuse. Le refus de la mère qui accouche de reconnaître l'enfant pourrait conduire à considérer qu'il s'agit d'une volonté de renoncer aux droits sur l'enfant, par conséquent une volonté d'adopter, même si la législation interdit les mères porteuses, et ceci indépendamment de la possibilité d'accoucher de manière relativement anonyme. En réalité, établir la filiation de manière identique pour les femmes et les hommes, en se fondant d'abord sur l'intention, doit permettre de s'écarter du critère biologique, comme justification d'un traitement différent entre les femmes et les hommes¹⁵⁶. Comme le mentionne Mesnil, une telle réglementation vise à s'écarter du déterminisme biologique des sexes pour envisager un droit déconnecté de toute référence à

des éléments biologiques¹⁵⁷. Cette solution doit permettre de lutter contre un déterminisme biologique qui crée des stéréotypes préjudiciables aux femmes et fait persister des rapports hiérarchiques entre les femmes et les hommes¹⁵⁸.

En ce sens, il convient de saluer les propositions visant à reconnaître les conventions de filiation en cas de don de sperme privé ou par procréation médicament assistée. En effet, la signature de ces conventions permettant de reconnaître la parentalité d'intention constitue une solution susceptible de s'appliquer indépendamment de la communauté de vie, et indépendamment du genre du deuxième parent¹⁵⁹. Ces solutions permettent d'envisager la parentalité sous le principe d'égalité de traitement. Il en est de même des recommandations formulées par le groupe interdisciplinaire sur la possibilité de contester l'établissement du lien de filiation. La contestation du lien de filiation admise à un large cercle de personnes telles que le premier parent, le parent

génétique, la personne qui s'est engagée à établir la filiation dans une convention de filiation qui a été enregistrée, l'enfant, l'autorité en cas d'abus de droit, le deuxième parent en cas de vice du consentement (recommandation N 15-16) place ainsi les personnes sur un pied d'égalité, indépendamment du genre ou de la communauté de vie. Le groupe interdisciplinaire a renoncé à prévoir une telle solution pour la contestation du lien de filiation établie avec le premier parent, mais une telle solution – qui conduirait indirectement à reconnaître les mères porteuses – pourrait être admise, dans une perspective de favoriser l'égalité de traitement entre les parents, indépendamment du genre.

IV. Conclusions

Nous l'avons dit, le principe d'égalité de traitement est doté d'une dimension institutionnelle et d'une dimension individuelle. Sa dimension institutionnelle revêt une importance particulière dans une perspective de légistique matérielle prospective¹⁶⁰, et exige d'imaginer et penser les conséquences concrètes de la réglementation sur l'égalité entre les modes de vie, d'une part entre les femmes et hommes, d'autre part en application de [l'art. 8 Cst.](#)

Le débat juridique – et politique – est intense, s'agissant des perspectives législatives en droit des familles. En effet, deux visions s'opposent : celle de la nécessité

de conserver le mariage comme institution privilégiée dans l'ordre juridique suisse et celle de la nécessité de supprimer les avantages accordés au mariage, au nom du principe d'égalité de traitement. Comme l'explique Flückiger, quelles que soient les situations que l'on met en présence, il est toujours possible de trouver des différences ou des analogies. Encore faut-il donc qu'elles soient pertinentes. Pour en juger, le point de départ doit être l'analyse du but visé – à supposer qu'il soit légitime – et des effets qui sont prévus ou prévisibles¹⁶¹.

Dans le domaine des communautés de vie, les perspectives législatives mettent en évidence la volonté de conserver le mariage comme institution de référence. Ce choix législatif a des conséquences à ne pas sous-estimer, car il induit une « protection étatique » précisément en cas de répartition traditionnelle des rôles au sein d'un couple. Le Conseil fédéral le mentionne expressément, en présentant le mariage comme l'institution « de préférence » qui accorde une « protection adéquate » en cas de dissolution ou de décès, en particulier pour les couples ayant opté pour une répartition traditionnelle des rôles à l'arrivée d'un-e enfant¹⁶². On peut dès lors s'interroger sur la pertinence d'une telle position visant à encourager le maintien d'une répartition traditionnelle des tâches à la lumière de l'art. 5 let. a CEDEF selon lequel l'État doit prendre toutes les mesures appropriées pour « modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».

Nous considérons donc qu'il n'y a pas lieu de maintenir le mariage comme institution privilégiée dans l'ordre juridique suisse, tout en laissant la liberté aux personnes qui souhaitent se marier de pouvoir le faire.

Les perspectives législatives dans le domaine de l'établissement de la filiation tendent à s'écarter des règles fondées sur l'état civil, en vue de garantir l'égalité entre les enfants né-e-s d'un couple marié et les enfants issu-e-s d'un concubinage. La justification réside dans la nécessité de ne pas prévoir juridiquement un statut différent entre les enfants, en fonction du mode de vie de leur parent. Cette idée prévaut depuis les années 1970, lorsque l'autorité législative a supprimé la notion de filiation illégitime¹⁶³.

Pourtant, en matière de filiation, l'égalité de traitement entre femmes et hommes n'est pas totalement concrétisée. Le critère biologique reste, par essence, le fondement de la justification pour traiter différemment les femmes et les hommes dans ce domaine. Or, en poursuivant un but d'égalité de traitement et en exigeant du pouvoir législatif qu'il respecte ces obligations en matière d'égalité entre femmes et hommes en application de l'art. 5 let. a CEDEF précité, un pas supplémentaire mérite d'être opéré : les solutions devraient viser à établir la filiation de manière identique pour les femmes et les hommes, afin d'envisager un droit déconnecté de toute référence à des éléments biologiques¹⁶⁴.

En fin de compte, il s'agit de se demander si les arguments juridiques apportés aujourd'hui pour maintenir au niveau de la loi un traitement distinct entre les différents modes de vie, d'une part, et entre les femmes et les hommes, d'autre part, sont réellement pertinentes et justifiées dans notre société. À notre sens, il n'y a pas de but légitime à maintenir ces distinctions, alors que, dans le domaine du droit des familles, l'État a l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel, les préjugés et les stéréotypes. Au contraire, en application du principe d'égalité de traitement tel que garanti par notre Constitution et par le droit international, il convient d'adopter une réglementation qui soutient l'idée d'une société inclusive. Il paraît convient, au stade de l'adoption de réformes législatives en droit des familles, de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir et compenser les désavantages liés à certains critères, tels que le genre ou le mode de vie, ceci afin d'assurer la pleine égalité dans la pratique.

Résumé: *Le principe d'égalité de traitement a sous-tendu les réformes du Code civil en droit des familles, notamment dans les révisions successives du droit de la filiation, mais également lors des révisions du droit du mariage et du divorce. Il s'est agi tantôt de l'égalité de traitement entre différentes communautés de vie (à travers le statut de l'enfant, qui ne devait pas dépendre de l'état civil de ses parents), tantôt de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (lors de la révision des règles sur les effets du mariage et des règles en cas de divorce). L'égalité entre les différentes communautés de vie, d'une part, et l'égalité de traitement entre femmes et hommes, d'autre part, constitue le fil rouge de la présente contribution. Ce principe est analysé et constitue le point de départ de l'analyse de deux projets législatifs en cours, à savoir l'éventuelle introduction d'un PACS pour la Suisse et la réforme du droit de la filiation.*

Zusammenfassung: *Das Prinzip der Gleichstellung prägte die Reformen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Bereich des Familienrechts, insbesondere die aufeinanderfolgenden Revisionen des Kindesrechts sowie im Bereich des Ehe- und Scheidungsrechts. Dabei handelte es sich teils um die Gleichstellung unterschiedlicher Lebensgemeinschaften (über den Status des Kindes, der nicht vom Zivilstand seiner Eltern abhängen sollte), teils um die Gleichstellung von Mann und Frau (anlässlich der Revision der Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe und der Bestimmungen im Fall einer Scheidung). Die Gleichstellung unterschiedlicher Lebensgemeinschaften einerseits sowie die Gleichstellung von Mann und Frau andererseits bilden den roten Faden des vorliegenden Beitrags. Dieses Prinzip wird untersucht und bildet den Ausgangspunkt für die Analyse zweier laufender Gesetzgebungsprojekte, d.h. der eventuellen Einführung eines Pacs nach Schweizer Art sowie der Revision des Kindesrechts.*

-
- 1 L'autrice remercie infiniment Fanny Matthey pour son soutien incondtionnel et sa précieuse relecture de la présente contribution.
- 2 FF 1971 I 1222, RO 1972 2873, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1973 et qui visait à permettre à l'enfant adopté-e de bénéficier des mêmes droits qu'un-e enfant « naturel-le ».
- 3 FF 1974 II 1, RO 1977 237, en vigueur le 1^{er} janvier 1978.
- 4 FF 1979 II 1179, RO 1986 122, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.
- 5 FF 1996 I 1, RO 1999 1118, en vigueur le 1^{er} janvier 2000.
- 6 FF 1979 II 1179, 1191; voir également Hotz, « Ehe für alle » – Wie weiter ? Teil I, RSJ 2021, 22, 27 s.
- 7 [FF 2011 8315](#), RO 2014 357, en vigueur le 1^{er} juillet 2014.
- 8 [FF 2014 511](#), RO 2015 4299, en vigueur le 1^{er} janvier 2017.
- 9 [FF 2011 8315](#), [8330](#).
- 10 [FF 2014 511](#), [517](#).
- 11 [FF 2019 8127](#) ; 2020 1223, [RO 2021 747](#).
- 12 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022.
- 13 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021.
- 14 Pour une discussion de cette théorie, voir par exemple Colonna d'Istria, Le concept méthodologique de la recherche juridique, in : Tanquerel/Flückiger (édit.), L'évaluation de la recherche en droit, enjeux et méthodes, Bruxelles 2015, 139, 143.
- 15 Zysset, La non-discrimination est-elle égalitarienne ? Les directives européennes à travers le prisme de la philosophie morale et politique contemporaine, in : Bahar/Trigo Trindade (édit.), L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives, Zurich 2013, 1, 2.
- 16 Bartenstein/Landheer-Cieslak, Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s), in : Tanquerel/Flückiger (édit.), L'évaluation de la recherche en droit, enjeux et méthode, Bruxelles 2015, 83, 85 ss.
- 17 Zysset, La non-discrimination est-elle égalitarienne ? Les directives européennes à travers le prisme de la philosophie morale et politique contemporaine, in : Bahar/Trigo Trindade (édit.), L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives, Zurich 2013, 1, 3. 2 ss.
- 18 Voir Flückiger, (Re)faire la loi, Traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019, 119 s.
- 19 Voir Cottier, Impulsions des instruments de protection des droits humains de l'ONU en matière d'égalité et de protection contre les discriminations pour le droit de la famille suisse, Revue de droit suisse II, Congrès de la Société suisse des juristes 2021, l'égalité revisitée, 119, 184.
- 20 Chatton, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève 2013, 452 s.
- 21 FF 1997 I 1, 144 ; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume II, Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, 481 ss.
- 22 Zysset, La non-discrimination est-elle égalitarienne ? Les directives européennes à travers le prisme de la philosophie morale et politique contemporaine, in : Bahar/Trigo Trindade (édit.), L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives, Zurich 2013, 1.
- 23 Contrairement au texte constitutionnel qui utilise le terme « sexe » à son [art. 8 al. 2 Cst](#), nous employons le terme « genre ». Le terme « sexe » se réfère à ce qui relève de la biologie (anatomie et capacité à enfanter), contrairement au terme « genre » qui se fonde sur l'identité et les constructions sociales existant autour du masculin et du féminin. Voir sur ce point la conception transformative de l'égalité de genre exposée par Cottier, article 5 CEDEF, in : Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Commentaire, Zurich 2019, 137 ss.
- 24 Voir Flückiger (n. 18), not. 505, mais également, 653.
- 25 Dans le cadre de cette contribution, ces deux notions sont considérées comme synonymes. Voir dans ce sens Martenet, Géométrie de l'égalité, Zurich/Bâle/Genève 2003, 121.
- 26 Sur l'importance de la nuance existant entre les notions « semblable » et « identique », voir Rouvière, Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice, Jurisprudence – Revue critique, 2012, 14 ss.
- 27 L'auteur nuance cependant ces propos en rappelant, à juste titre, que cette dimension de l'égalité reste essentielle pour la protection des minorités. Bernard, Les rapports entre égalité et liberté : réflexions à l'aune de la Constitution fédérale de 1999, in Bahar/Trigo

Trindade (édit.), L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives, Zurich 2013, 36 ss.

28 Martenet (n. 25), 121.

29 Dans sa classification, Martenet ajoute aux concepts d'égalité *dans* et *devant* la loi celui d'égalité *au-delà* de la loi qui s'apparente, à notre sens, à l'égalité matérielle ou encore, selon une partie de la doctrine, aux discriminations indirectes. Sur le concept d'égalité *au-delà* de la loi, voir Martenet (n. 25), 99 ss.

30 Grisel, Égalité, 2^e éd., Berne 2009, 39.

31 BO 1998 E 32 s., proposition Beerli qui utilisait l'expression « genre de vie ».

32 [ATF 137 V 105](#), consid. 9.3.

33 BO 1998 N 656.

34 Papaux, Mariage, partenariat enregistré, concubinage : évolutions récentes en matière de conclusion et validité, Fampra.ch 2017, 913, 946 ; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^e éd., Berne 200, 229. Mahon, ad art. 8, N 16, let. g, in : Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

35 Voir [ATF 118 Ia 1](#) et les références citées, notamment [ATF 110 Ia 7](#), JdT 1986 I 37. Voir également [ATF 120 Ia 343](#).

36 [ATF 125 V 205](#), consid. 7, dans lequel le Tribunal fédéral a modifié une ancienne jurisprudence ([ATF 110 V 1](#)) au motif que la situation d'un couple non marié qui avait convenu d'une répartition traditionnelle des tâches devait être analysée de manière analogue à celle d'un couple marié.

37 [ATF 137 V 133](#), consid. 6.3.

38 [ATF 137 I 133](#), consid. 6.3.

39 Bernard, L'interdiction de la discrimination : Étude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Neuchâtel 2003, 143 ss.

40 Comité EDEF, Recommandation générale n° 25, Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales), 2004. Voir également Cottier (n. 23), article 5 CEDEF, 137 s.

41 Idem, para. 7.

42 Comité EDEF, Recommandation générale n° 23, La vie politique et publique, 1997, 8 ; Cottier (n. 23), article 5 CEDEF, 143 s.

43 Mahon, Droit constitutionnel – Droits fondamentaux, volume II, n° 155, 263 s. Ce mandat avait été introduit en 1981 à l'art. 4 al. 2 aCst. Sur les inégalités formelles et matérielles existant à cette époque, voir notamment le Rapport du Conseil fédéral sur le programme législatif « Égalité des droits entre hommes et femmes » du 26 février 1986, FF 1986 I 1132.

44 Mahon (n. 43), n° 153, 260 s.

45 Voir dans ce sens, l'art. 3 al.3 Leg qui précise que « [n]e constituent pas une discrimination les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes », [RS 151.1](#). Dans le même sens, voir également l'art. 4, par. 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, [RS 0.108](#).

46 On peut mettre ce terme entre guillemets, dans la mesure où on peut discuter de la question de savoir s'il s'agit d'une aspiration individuelle ou d'un fonctionnement induit par le système sociétal (places d'accueil extrafamilial insuffisantes pour les enfants ; régimes fiscaux (dés)incitatifs ; conception genrée des rôles parentaux, pressions psychologiques, etc.).

47 Office fédéral de la statistique, Les familles en Suisse. Rapport statistique 2021, 33 s. À ce titre, une intéressante étude de sociologie finlandaise met en évidence le fait que les conceptions politiques des différents systèmes de congé parental ont une incidence cruciale sur le taux d'utilisation de ces congés par les « breadwinner » et plus largement sur l'impact de la répartition des tâches au sein de la famille. Tervola/Duvander/Mussino, Promoting Parental Leave for Immigrant Fathers—What Role Does Policy Play, Social Politics : International Studies in Gender, State & Society, 2017/3, volume 24. Le terme « breadwinner » est notamment emprunté à Valarino, The Emergence of Parental and Paternity Leaves in Switzerland, Challenge to Gendered Representations and Practices of Parenthood ?, Thèse Lausanne 2014.

48 Voir not. [ATF 147 III 249](#) ; [ATF 147 III 308](#) ; voir également Mordasini/Stoll, Die Praxisänderungen im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand, FamPra.ch 2021, 527.

49 Madame di Trizio a d'abord perdu son recours devant le Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral [9C_49/2008](#), du 28 juillet 2008), puis a eu gain de cause devant la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH Di Trizio c. Suisse, du 2 février 2016, requête n° 7186/09). Entre-temps, le Tribunal fédéral avait confirmé sa jurisprudence dans un arrêt de principe : [ATF 137 V 334](#) (du 8 juillet 2011). Pour un commentaire de l'affaire di Trizio, voir notamment Perrenoud/Burgat/Matthey, L'affaire Di Trizio contre la Suisse : la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité et l'égalité de traitement, ou quand deux et deux ne font pas quatre, AJP/PJA 2016, 1187.

50 CourEDH Di Trizio c. Suisse, du 2 février 2016, requête n° 7186/09, § 66.

51 Flückiger (n. 18), 37 ss.

52 Selon les statiques de l'AVS, du fait de leur parcours professionnel, la rente moyenne des femmes (1537 francs) est nettement inférieure à celle des hommes (2012 francs). La compensation se fait en revanche au moment du splitting. Une proportion plus élevée d'hommes que de femmes perçoivent par contre une prestation du deuxième ou du troisième pilier, cf. OFAS, rapport annuel statistiques de l'AVS 2021, Berne juin 2022, 6.

53 Bernard (n. 27), 36 ss.

54 Cottier, Impulsions des instruments de protection des droits humains de l'ONU en matière d'égalité et de protection contre les discriminations pour le droit de la famille Suisse, Revue de droit suisse II, Congrès de la Société suisse des juristes 2021, l'égalité revisitée, 119, 138.

55 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022.

56 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021.

57 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 14 ; Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 6.

58 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 3.

59 Bereni/Chauvin/Jaunait/Revillard, Introduction aux études sur le genre, 2^e éd., Paris 2012, 8.

60 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale « sur la demande d'initiative pour la famille » du 10 octobre 1944, FF 1944 I 825, 863 ».

61 Voir dans ce sens les termes de l'art. 16 al. 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

62 Burgat/Matthey, L'égalité, c'est bon pour la santé, in : Clerc/Dunand/Sprumont (édit.), *Alea jacta est : Santé ! Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod*, Neuchâtel 2021, 515 s.

63 FF 1944 I 825, 863.

64 Pour un résumé historique, voir Mahon (n. 34), ad art. 14. N 1 ss.

65 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 156 s.

66 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 156.

67 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume II, Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, 203 ; Voir également le Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 156 s, qui met en évidence la volonté d'accorder une protection particulière au mariage par rapport à d'autres formes de vie en commun et à limiter l'institution aux personnes de sexe différent.

68 RO 24 245.

69 FF 1944 I 825, 862.

70 Jubin, Les effets de l'union libre, Zurich 2017, 14. Voir également l'ATF 85 III 378 dans lequel le Tribunal fédéral a été amené à examiner si une disposition testamentaire effectuée par un homme en faveur de sa concubine, qui s'est occupée de lui durant sa maladie et jusqu'à sa mort, était contraire aux mœurs. Le Tribunal fédéral a considéré que ce n'était pas le cas (cf. consid. 2) ; voir également [ATF 94 II 5](#) et [109 II 15](#).

71 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 157.

72 Mahon (n. 34), ad art. 14, N 1.

73 Mahon (n. 34), ad art. 14 N, 1 et 8.

74 Voir l'avis de l'Office fédéral de la justice à l'attention de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 7 juillet 2016.

75 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 14.

76 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 14.

77 Rapport du groupe d'expert-e-s, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, 21 juin 2021. Cf. partie III.3.

78 Recommandation du groupe d'expert-es, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, 21 juin 2021, 1ss.

79 Rapport du groupe d'expert-e-s, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, 21 juin 2021, 6.

- 80 [ATF 114 II 144](#)/ JT 1989 I 66. La question est laissée ouverte dans cet arrêt, mais il est possible de l'admettre en se référant à la doctrine majoritaire qui reconnaît en principe au concubin ou à la concubine une action pour perte de soutien fondée sur [l'art. 45 CO](#) (consid. 2b). Dans [l'ATF 138 III 157](#), le Tribunal fédéral a rappelé que la notion de proche de [l'art. 47 CO](#) devait s'interpréter de manière restrictive, mais il a admis qu'une personne vivant dans une relation de concubinage stable pouvait être considérée comme telle et prétendre à une indemnité pour tort moral en application de cet article.
- 81 [ATF 132 III 598](#), dont la portée a été limitée par [l'ATF 135 III 59](#).
- 82 En revanche, le plafonnement des rentes prévues à [l'art. 35 LAVS](#) applicable aux couples mariés ne s'applique pas aux personnes vivant en concubinage, voir [ATF 140 I 77](#).
- 83 Voir [ATF 127 V 244](#) : dans cette affaire, le Tribunal fédéral confirme la prise en compte des prestations en nature et en argent versées par une personne à l'autre au sein d'un concubinage, pour le calcul de la prestation complémentaire. Voir également [ATF 130 III 765](#), dans lequel le Tribunal fédéral confirme que l'office des poursuites peut se fonder sur la moitié du montant de base prévu pour un couple marié s'agissant d'une personne débitrice vivant en concubinage.
- 84 Voir les [ATF 106 II 1](#), [ATF 107 II 297](#), [ATF 109 II 188](#), [ATF 114 II 295](#), [ATF 116 II 394](#), [ATF 118 II 235](#), [ATF 124 III 52](#), relatifs à l'éventuelle suppression de la contribution d'entretien versée post-divorce en raison d'un concubinage de la partie créditrice. Voir aussi [l'ATF 138 III 97](#) relatif à l'effet du concubinage sur la contribution d'entretien dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale.
- 85 Le Tribunal fédéral a rappelé dans [l'ATF 136 I 129](#) que les personnes vivant en concubinage stable (vie commune de plus de deux ans ou enfants communs) ne devaient pas être mieux traitées que les couples mariés pour le calcul des prestations d'aide sociale (consid. 6.3). Décision confirmée dans [l'ATF 141 I 153](#), même si la personne vivant en concubinage n'est pas en mesure de s'acquitter d'une contribution en faveur de la personne bénéficiaire de l'aide sociale. Voir également [l'ATF 142 V 513](#).
- 86 Postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018.
- 87 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022.
- 88 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 32.
- 89 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 32.
- 90 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 40 ; Sur les avantages d'une telle solution formelle exprimée, voir notamment Jungo, Ein ZGB ohne Ehe ?, QFLR SE/17 19, 20 s.
- 91 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 32.
- 92 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 42.
- 93 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 52.
- 94 Cf. partie III.3.
- 95 Cf. III.3.c.
- 96 Par exemple [ATF 144 I 266](#), consid. 2.5 en matière de regroupement familial selon l'art. 42ss LEI.
- 97 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 4.
- 98 [ATF 144 I 266](#), consid. 2.4.
- 99 [ATF 123 V 219](#), consid. 2e.
- 100 [ATF 108 II 204](#), [ATF 109 II 228](#), [ATF 142 III 466](#).
- 101 [ATF 130 III 765](#).
- 102 [ATF 136 I 129](#), [ATF 141 I 153](#) et [ATF 142 V 513](#) précités.
- 103 Not. [ATF 136 I 129](#), [ATF 141 I 153](#) et [ATF 142 V 513](#) cités ci-dessus.
- 104 On réserve la question du plafonnement des rentes AVS qui profite aux personnes vivant en concubinage qui, dans cette situation, ne sont pas assimilées aux personnes mariées, selon [l'ATF 140 I 77](#).
- 105 [ATF 144 I 266](#).

- 106 [ATF 140 I 77](#).
- 107 [ATF 110 Ia 7](#), [ATF 112 Ia 311](#).
- 108 En particulier à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en application de l'[art. 125 CC](#), notamment [ATF 147 III 249](#), [ATF 147 III 293](#), [ATF 147 III 308](#) ; Sur cette question de l'autonomie des parties et la prévisibilité de la relation, voir Aebi-Müller, Ein neues Familienrecht für die Schweiz ? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt, *FamPra.ch* 2014, 818, 826.
- 109 Papaux, Le droit au mariage et à la famille, Analyse critique des restrictions (deuxième partie), *Fampra.ch* 2011, 589, 605, ainsi que Büchler, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, *FamPra.ch* 2017, 797, 800 s.
- 110 Voir par exemple [ATF 136 I 129](#).
- 111 [ATF 110 Ia 7](#), JT 1986 I 37 ; [ATF 112 Ia 311](#) [ATF 118 Ia 1](#) et [ATF 120 Ia 343](#).
- 112 Bornick/Burgat/Matthey/Perrenoud, Droit des familles et égalité. Compte-rendu du colloque des 19-20 octobre 2017 organisé par l'Université de Neuchâtel dans le cadre du projet de recherche financé par le FNS « Familles et égalité de traitement », Newsletter DroitMatrimonial.ch, janvier 2018.
- 113 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 42.
- 114 Comme cela est envisagé par le Conseil fédéral dans son analyse relative à l'imposition individuelle, Rapport du Conseil fédéral faisant suite à la décision du Parlement du 18 décembre 2019 de renvoyer le projet [18.034](#) « Loi sur l'impôt fédéral direct (imposition équilibrée des couples et de la famille) », 24 septembre 2021.
- 115 Cf. partie III.3.
- 116 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, malgré la nuance apportée quant à l'établissement de la filiation avec le deuxième parent marié, 13.
- 117 [FF 2020 9617](#), [RO 2021 312](#).
- 118 [FF 2018 5865](#), [5866](#).
- 119 Voir nouvel [art. 471 CC](#).
- 120 Voir par exemple Fankhauser/Jungo, Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018 : ein Überblick, *recht* 2019, 12.
- 121 Notamment le Luxembourg. Notons que le Québec et les Pays-Bas ne connaissent pas non plus ce statut pour les enfants. Voir Bornick/Burgat/Matthey/Perrenoud, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2018.
- 122 Meier, La multiparenté en assemblée générale, in : Clerc/Dunand/Sprumont (édit.), *Alea jacta est : Santé ! Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod*, Neuchâtel 2021, 144.
- 123 Rapport du groupe d'expert-e-s, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, 21 juin 2021, 5.
- 124 Art. 302 ss aCC.
- 125 FF 1971 I 1222, RO 1972 2873.
- 126 [FF 2015 835](#), RO 2017 3699.
- 127 [Art. 264c CC](#).
- 128 [FF 2019 8127](#) ; 2020 1223, [RO 2021 747](#).
- 129 [Art. 264a CC](#).
- 130 Voir également Hotz, « Ehe für alle » – Wie weiter? Teil II, RSJ 2021, 22, 77 s.
- 131 Voir arrêt de la CourEDH, Mennesson contre France du 26 juin 2014, requête N 65192/11 et Labassé contre France du 26 juin 2014, requête N 65941/11 repris par le Tribunal fédéral, en particulier dans l'[ATF 141 III 312](#), JT 2015 II 351, consid. 6.1, mais également dans l'[ATF 141 III 328](#) pour refuser l'inscription de tout lien de filiation en l'absence de lien biologique.
- 132 Rapport du groupe d'expert-e-s, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, 21 juin 2021, 6.
- 133 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021.
- 134 Postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques CE, « Examen du droit de la filiation », 21 août 2018.
- 135 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 13.
- 136 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août

2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 13.

137 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 13.

138 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 14.

139 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 13.

140 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 13.

141 Art. 313 ss du Code civil français, même si le mariage permet la présomption de paternité.

142 Institut national de la statistique et des études économiques, >www.insee.fr<.

143 I.stat, ><http://dati.istat.it/Index.aspx><.

144 Art. 231 du Code civil italien.

145 Statista, de.statista.com.

146 Art. 1592 BGB.

147 Chiffres de 2020. Eurostat, ec.europa.eu.

148 Rapport du groupe d'expert-e-s, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, 21 juin 2021, 33.

149 Papaux, Fampra.ch 2017, 913, 946 ; Papaux, Le droit au mariage et à la famille – Contours et implications en droit civil (première partie), Fampra.ch 2011, 321, 340. Perrenoud/Hürzeler, Inégalités des sexes dans la prévoyance professionnelle suisse et possibilité d'action, RSAS 2022, 179, 182 ; voir également CR Cst./Petry, art. 14 Cst., N. 14. Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 32.

150 Mahon (n. 34), ad art. 14 N 3. CR Cst./Petry, art. 14 Cst., N. 14 ; Papaux, Fampra.ch 2011, 321, 340 ; Ranzanici Ciresa Francesca, La protection de la partie faible dans la communauté de vie non maritale, Conventions et exemples pratiques, 65.

151 [Art. 119 al. 2 let. d Cst](#)

152 [ATF 141 III 312](#), consid. 4; [ATF 141 III 328](#), consid. 5.

153 Segalan, Pourquoi la gestation pour autrui dite « éthique » ne peut être, in : Travail, genre et société 2017/2, 53, 64.

154 Flückiger (n. 18), notamment avant-propos, XI ss.

155 Voir également Hotz, « Ehe für alle » – Wie weiter ? Teil I, RSJ 2021, 22, 32 s.

156 Voir également Büchler/Cottier, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich, FamPra.ch 2020, 875, 886 s ; SHK FMedG/Büchler/Clausen, ad art. 4, N 14 ss LPMA ; Büchler/Schmucki, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht (1/2), FamPra.ch 2020, 1, 5.

157 Mesnil, Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental, Neuchâtel 2018, 39.

158 Cottier (n. 23), article 5 CEDEF, 139 s.

159 Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat [18.3714](#) de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 août 2018, De la nécessité de réviser le droit de la filiation, Berne 17 décembre 2021, 13 s.

160 Flückiger (n. 18), 37 ss.

161 Flückiger (n. 18), 119 s.

162 Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats [15.3431](#) Caroni du 6 mai 2015, [15.4082](#) CSEC-N du 5 novembre 2015 et [18.3234](#) Caroni du 15 mars 2018, État des lieux sur le concubinage en droit actuel – un PACS pour la Suisse ?, Berne 30 mars 2022, 42. Voir également Aebi-Müller, FamPra.ch 2014 818.

163 Voir également à ce sujet, Hausheer, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, RJB 139/2003 585, 604 ss.

164 Mesnil, Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental, Neuchâtel 2018, 39.