

Chronique proposée par
le Prof. Olivier Guillod

Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2016

Droit des familles et égalité.

Une recherche financée par le FNS démarre à l'Université de Neuchâtel

Prof. Olivier Guillod

Quand l'auteur de ces lignes a commencé ses études de droit, l'égalité ne constituait guère une préoccupation en droit suisse de la famille. Le Livre deuxième du Code civil s'était construit en 1907 autour du mariage comme lien fondamental structurant tous les liens familiaux, tant horizontaux (entre personnes formant une communauté de vie) que verticaux (entre parents et enfants). Cette approche législative était largement acceptée par la société, qui voyait dans la relation conjugale le contexte unique, ou à tout le moins privilégié, de la procréation.

C'est ainsi que le Code civil aménageait un régime juridique différent pour les enfants nés dans le mariage (filiation dite « légitime ») et ceux nés hors mariage (filiation déclarée « illégitime »). Au-delà de la violence des mots, et comme l'écrivait PIERRE TUOR dans les années quarante, « les rapports des enfants avec leurs parents prennent une forme à bien des égards différente selon qu'ils reposent sur la légitimité ou l'illégitimité »¹. Par exemple, l'enfant « légitime » prenait le nom et le droit de cité de son père et partageait le même domicile que lui. L'enfant « illégitime » n'était pas automatiquement placé sous la puissance paternelle de sa mère. La puissance paternelle ne pouvait pas être conjointe quand les père et mère n'étaient pas mariés. L'enfant adultérin ou incestueux ne pouvait pas être reconnu. Le mariage d'un homme avec la mère d'un enfant né hors mariage (donc illégitime) suffisait à légitimer celui-ci.

Le mariage jouissait en général (à l'exception notable du droit fiscal, en ce qui concerne du moins l'impôt sur les revenus) d'un statut privilégié par rapport au concubinage, qui était encore interdit dans certains cantons, et à d'autres formes de vie en commun. On ne parlait absolument pas d'élaborer un statut juridique pour les couples de même sexe, statut qui aurait pu se calquer sur celui du mariage. La qualité d'héritier légal, et même réservataire, était (et est toujours) accordée aux époux, mais était (et est toujours) refusée aux concubins. Le conjoint était généralement exonéré de l'impôt sur les donations et les successions (et l'est toujours en droit neuchâtelois par exemple : art. 9 de la loi instituant un impôt sur les

¹ PIERRE TUOR, Le Code civil suisse, traduction de la 4^e éd. par Henri Deschenaux, Zurich 1942, p. 203.

successions et les donations entre vifs²) alors que le concubin était (et est toujours) taxé lourdement (20% ou 45% selon qu'il vivait depuis plus, ou moins, de cinq ans avec le défunt selon l'art. 23 de la même loi).

La condition des époux découlait de la conception dominante à l'époque du rôle de l'homme et de la femme. Le Code civil disposait que le mari était le chef de l'union conjugale (art. 160 al. 1 aCC), choisissait la demeure commune et entretenait la famille (art. 160 al. 2 aCC), représentait l'union conjugale (art. 162 al. 1 aCC), pouvait consentir à ce que sa femme exerce une profession ou une industrie (art. 167 al. 1 aCC) et pouvait représenter son épouse dans certaines contestations (art. 168 al. 2 aCC). De son côté, la femme portait le nom et acquérait le droit de cité de son mari (art. 161 al. 1 aCC), dirigeait le ménage (art. 161 al. 2 aCC) et était domiciliée au domicile de son mari (art. 25 aCC). Dans la liquidation du régime matrimonial légal (l'union des biens), le bénéfice était partagé à raison d'un tiers à la femme et de deux tiers au mari, mais le déficit était intégralement à la charge du mari, sauf s'il prouvait qu'il avait été causé par son épouse (art. 214 aCC).

Ces quelques rappels, nullement exhaustifs, suffisent à montrer l'étendue du chemin parcouru depuis quarante ans en matière d'égalité. Des réformes successives ont introduit une égalité de principe des filiations naturelle et adoptive puis des filiations hors et dans le mariage, une égalité des époux (qui conviennent mutuellement du partage des tâches entre eux), une égalité de l'homme et de la femme à l'égard du nom de famille, du droit de cité et du domicile, une égalité des père et mère à l'égard de l'autorité parentale et de la garde, une égalité, enfin, du mari et de l'épouse dans la liquidation du régime matrimonial.

Ces acquis, pas énumérés de manière plus exhaustive que les inégalités d'antan évoquées précédemment, traduisent la sensibilité croissante de notre société au concept d'égalité de traitement et à sa traduction dans les textes législatifs. En même temps, on sait que l'égalité de traitement est une notion relative et qui varie à la fois dans le temps et en fonction de la culture et des mœurs d'un pays.

Sans surprise, de nouveaux défis pour l'égalité de traitement sont dès lors apparus. Les uns portent sur des questions de droit civil : statut des communautés de vie en dehors des liens du mariage, notamment des communautés de vie entre personnes de même sexe ; prise en compte des familles recomposées ; adoptions conjointes de personnes non mariées ; homoparentalité ; multiparentalité ; filiation ensuite de procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger, mais non autorisée en Suisse, etc.

D'autres défis pour l'égalité de traitement concernent des réglementations de droit public : prestations des assurances sociales (notamment rentes de vieillesse, d'invalidité et pour survivants) indépendantes de l'état civil des bénéficiaires, calcul des mêmes prestations, y compris des indemnités de chômage, congé maternité/paternité/parental, autorisation de séjour en Suisse et regroupement familial, traitement fiscal des diverses communautés de vie, impôts successoraux cantonaux, etc.

² RSN 633.0.

Afin de faire l'inventaire des inégalités qui subsistent dans le droit des familles (entendu au sens large, englobant toutes les dispositions, de droit privé, public, pénal ou procédural, ayant un impact direct sur les familles) suisse au début du vingt-et-unième siècle, d'analyser la situation avec un regard de droit comparé puis de proposer un certain nombre de modifications législatives, une équipe de chercheurs de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel a déposé un projet de recherche qui a obtenu l'an dernier un large financement du Fonds national suisse de la recherche scientifique. Sous la direction des professeurs PASCAL MAHON (droit constitutionnel), THIERRY OBRIST (droit fiscal) et OLIVIER GUILLOD (droit civil), l'étude qui démarre le 1^{er} juillet 2016 sera réalisée par trois chercheuses avancées, déjà titulaires d'un doctorat, SABRINA BURGAT, FANNY MATTHEY et STEPHANIE PERRENOUD, respectivement spécialistes de droit civil, de droit constitutionnel et de droit des assurances sociales, et par un doctorant en droit fiscal, THIERRY BORNICK.

Le projet sera accompagné par un groupe d'experts suisses et internationaux qui apporteront leurs connaissances à travers leur participation à un comité de pilotage et leurs contributions à un colloque international. Pour la Suisse, feront partie de ce groupe les professeurs en droit ANDREA BÜCHLER (Université de Zurich), THOMAS GEISER (Université de St-Gall), MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN et MICHELLE COTTIER (Université de Genève) et la professeure en sociologie MARIANNE MODAK (EESP Lausanne). Venant d'autres pays, choisis en fonction notamment de diverses caractéristiques de leur ordre juridique, les professeurs HUGUES FULCHIRON (Université de Lyon), THIERRY LAMBERT (Université d'Aix Marseille), JEAN-JACQUES LEMOULAND (Université de Pau), NINA DETHLOFF (Université de Bonn), MARIANNE HOLDGAARD (Université d'Aalborg, DK), PETER HONGLER (*International Bureau for Fiscal Documentation*, Amsterdam), MARK HENAGHAN (Université d'Otago, NZ) et MICHELLE GIROUX (Université d'Ottawa) enrichiront ce groupe d'accompagnement, auquel pourraient s'ajouter encore d'autres experts.

Le débat sur une modernisation du droit de la famille a commencé en Suisse depuis quelques années, essentiellement sous l'angle du droit civil. Il a été relancé en 2012 par le postulat 12.3607 FEHR intitulé « Code civil. Pour un droit de la famille moderne et cohérent », qui chargeait le Conseil fédéral de préparer un rapport sur l'adaptation du droit suisse aux réalités sociales contemporaines et futures. L'Office fédéral de la justice a alors mandaté trois experts pour préparer des rapports sur le thème de « l'avenir du droit de la famille en Suisse », rapports parus en 2013³, suivis de l'organisation, par le même office et l'Université de Fribourg d'un colloque le 24 juin 2014 sur ce thème. A cette occasion, la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga déclara, dans son allocution d'ouverture : « Die Familie gehört auch heute noch zweifellos zu den Grundpfeilern unserer Gesellschaft ; entsprechend müssen wir ihr Sorge tragen. Und das tun wir auch. Aber wir müssen uns heute fragen, ob unsere rechtlichen

³ INGEBORG SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen ; Ivo SCHWANDER, Gutachten zu Fragen des Internationalen Privat- und des Internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts ; Institut suisse de droit comparé, Gutachten zur Modernisierung des Familienrechts in der Schweiz des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung. Les trois expertises sont disponibles sur le site : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/veranstaltungen/familienrecht.html>.

Grundlagen die Realität noch abbilden, respektive wie wir die vielfältigen Familienformen in unser Recht integrieren können »⁴.

Le projet de recherche qui va commencer à la Faculté de droit de Neuchâtel approfondira cette thématique et cherchera à identifier un ou plusieurs « critères de rattachement » (remplaçant notamment celui du mariage) respectant le principe d'égalité de traitement, qui devraient constituer à l'avenir les fondations d'un droit moderne des familles. Le travail transversal en droit suisse que réaliseront les quatre chercheuses et chercheur devrait assurer la cohérence et la pertinence de l'étude. Les apports de droit comparé fourniront de la matière supplémentaire aux réflexions de l'équipe de recherche. Ils permettront aussi d'intégrer et de clarifier les questions de droit international privé auxquelles la Suisse est confrontée, en raison de la diversité des ordres juridiques nationaux et des autres formes de communauté de vie déjà reconnues juridiquement à l'étranger et susceptibles d'arriver en Suisse, compte tenu des flux migratoires.

On se rappelle dans ce contexte les deux arrêts rendus l'an dernier par le Tribunal fédéral sur l'établissement de la filiation en Suisse d'enfants nés d'une mère porteuse californienne et remis à deux couples d'intention domiciliés en Suisse, l'un vivant en partenariat enregistré, l'autre marié⁵. Dans le premier arrêt, le Tribunal fédéral ouvre la porte à l'homoparentalité en affirmant que « Vorab ist festzuhalten, dass das kalifornische Urteil nicht deshalb Ordre public-widrig ist, weil es ein Kindesverhältnis zu zwei miteinander rechtlich verbundenen Männern herstellt. So ist eine im Ausland ausgesprochene Stiefkindadoption eingetragener Partner grundsätzlich anerkennbar und verstösst nicht *per se* gegen den schweizerischen Ordre public »⁶.

C'est donc un ambitieux projet de recherche qui est lancé au sein de la Faculté de droit de Neuchâtel pour les trois années à venir. Une fois par année, l'équipe de recherche rendra compte de l'avancement de ses travaux dans cette chronique.

⁴ L'intégralité du discours est également disponible sur le site internet de l'Office fédéral de la justice : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/veranstaltungen/familienrecht.html>.

⁵ ATF 141 III 312 et 141 III 328.

⁶ ATF 141 III 312, consid. 5.2.