

## Pour une refonte du Code civil qui parte de l'enfant, avenir commun des familles

Anne Reiser, avocate au Barreau de Genève

**Mots clefs:** Parentalité, responsabilité familiale, enfants, grands-parents, concubins, beaux-parents, gestation pour autrui, famille élargie, régimes matrimoniaux, successions, fondations de famille, prévoyance, paix sociale, pérennité des liens familiaux, procédure civile, code civil.

**Stichwörter:** Elternschaft, elterliche Verantwortung, Kinder, Grosseltern, Konkubinatspartner, Schwiegereltern, Leihmutterchaft, Grossfamilie, Güterrecht, Erbrecht, Familienstiftungen, Vorsorge, sozialer Frieden, Dauerhaftigkeit der familiären Beziehungen, Zivilverfahren, Zivilrecht.

### I. Prémisses

#### 1. La loi doit viser à générer la paix sociale, y compris dans le domaine familial

L'accès formidable à l'information que représente internet, la liberté qu'il a donnée aux individus d'échanger, de partager, et de se constituer en communautés qui n'ont plus rien à voir avec le pays, voire même avec la culture dans laquelle ils vivent, doivent nous conduire à nous poser la question de savoir quelles valeurs remportent un large consensus en Suisse et comment les encadrer, et quel noyau dur de ces valeurs nous voulons préserver afin de faire régner l'ordre public et la paix sociale.

Un bref coup d'œil vers les batailles qui font rage dans les prétoires doit nous convaincre qu'une grande partie de la population ne se reconnaît pas dans les valeurs qui président à l'organisation légale de la famille, ce qui cause un grand désarroi dans les tribunaux et une surcharge chronique de ceux-ci.

Les justiciables se réclament tous des mêmes droits fondamentaux largement ancrés dans un individualisme que permettent justement les échanges d'informations et de points de vue sur le plan international, et dans l'illusion de liberté ainsi procurée. Ils discutent les normes, tentent de les contourner quand ils n'y adhèrent pas et parce qu'ils se sentent la liberté de ne pas s'y soumettre. Et lorsqu'ils réalisent qu'ils n'ont pas ce choix au détour d'un jugement, ils tendent à épuiser tous les cours de la justice dans l'espoir de convaincre et de rallier l'appareil judiciaire à leur point de vue. Quand enfin tombe le jugement définitif qui devrait anéantir leurs illusions et

rétablir la paix sociale, certains justiciables que la fréquentation de la justice a armé de colère rameutent les médias en revendiquant un statut de victime du «système», voire vont jusqu'à commettre des actes de justice propre.

Les récents combats de Donna2 pour l'égalité entre les épouses et entre les enfants de divers lits, ceux du Mouvement de la condition paternelle pour la fin des discriminations entre hommes et femmes dans l'accès aux enfants; ceux de l'Association des familles monoparentales pour lutter contre la paupérisation des foyers avec enfants à la tête desquels se trouvent des femmes; les statistiques du SECO sur la pauvreté en Suisse; et enfin les comptes-rendus des pouvoirs judiciaires cantonaux à propos de la longueur et du coût des procédures dans le domaine de la famille nous enseignent que, dans le domaine de la famille, la loi ne favorise aucunement la paix sociale.

Les statistiques à propos des divorces prononcés en Suisse nous disent qu'en moyenne un couple sur deux divorce, et que le taux de divorcialité augmente dans les centres urbains.

C'est ainsi la moitié de la Suisse qui est concernée par la virulence des combats familiaux.

Or, le message du Conseil fédéral sur l'autorité parentale relève qu'après deux ans suivant un divorce, près d'un enfant sur deux ne voit plus le parent à la garde duquel il n'est pas confié, c'est-à-dire en majorité son père. Le Code civil ne prévoyant aucun droit des grands-parents à entretenir de relations personnelles avec leurs petits-enfants, si une coupure parentale intervient suite à un divorce, ces grands-parents ne verront plus leurs petits-enfants si leur propre enfant n'en a pas la garde.

Le dysfonctionnement du traitement des familles par nos lois concerne donc la moitié des familles vivant en Suisse.

## *2. Les dispositions du Code de procédure civile maltraitent les familles: la paix des ménages en rupture se fait au prix du sacrifice des enfants*

L'unité du jugement de divorce prôné par le Code de procédure civile (art. 283 CPC), alliée à la disparition de l'obligation du juge d'investiguer les causes de la désunion et de la pénalisation de l'abandon du domicile conjugal (qui signent la fin de la protection du mariage et l'apparition de la possibilité de répudier l'autre après une vie séparée unilatéralement décidée de deux ans); et aux jurisprudences du Tribunal fédéral selon lesquelles le niveau de vie mené pendant la vie commune doit être préservé lors des mesures protectrices de l'union conjugale<sup>1</sup> et le *statu quo* doit être maintenu en ce qui concerne les enfants pour reproduire pendant la vie séparée les

---

FamPra.ch 2014 - S. 934

choix qui ont présidé à la vie commune, ont pour conséquence que les couples mariés qui se séparent se battent au nom de l'enfant déjà au stade des mesures protectrices de l'union conjugale. C'est en effet le membre du couple qui en aura la garde qui aura la jouissance du domicile conjugal et qui recevra une contribution alimentaire la plus élevée possible afin de maintenir le niveau de vie mené durant la vie commune, si possible encore au stade du divorce.

Les délais extraordinairement courts imposés par la procédure sommaire applicable aux mesures protectrices de l'union conjugale; le fait que les juges n'ordonnent pas la représentation ni l'audition de l'enfant à ce stade afin de ne pas allonger la procédure et qu'ils jugent sur pièces

a pour conséquence que l'enfant dont les parents sont mariés est investi de tout le poids de la séparation parentale, sans aide aucune. Cette souffrance et cet isolement des enfants se prolongent jusqu'à la fin de la procédure de divorce de leurs parents, dont leur sort n'est qu'un effet accessoire. L'audition et la représentation de l'enfant sont en effet rarement ordonnées alors que le seul fait que les parents se battent à son sujet notamment sur les questions financières devrait entraîner ipso facto la fin de leurs pouvoirs de représenter l'enfant en vertu de l'art. 306 al. 3 CC. Cela est particulièrement ironique, lorsque l'on sait que la maxime d'office règle le sujet (art. 296 CPC) et que l'intérêt de l'enfant est placé par la jurisprudence tant du Tribunal fédéral que de la Cour Européenne des Droits de l'Homme au dessus des droits fondamentaux que ses parents pourraient revendiquer. C'est précisément un effet pervers de la disparition de l'investigation des causes du divorce et de l'instauration de la maxime des débats à propos de tout ce qui touche aux adultes (art. 277 CPC): les couples qui souffrent de la séparation n'ont en effet aucun autre moyen de se faire entendre que de dévier leur souffrance sur l'enfant placé au cœur des débats. Aucune conciliation analogue à celle qui existe pour la plupart des procédures (art. 202ss CPC) n'est en effet prévue dans le contexte du divorce, et encore moins dans celui des mesures protectrices de l'union conjugale.<sup>2</sup>

Les enfants de parents non mariés ne connaissent pas les affres de la procédure de divorce parental. Un juge conciliateur connaîtra en effet des questions liées à la contribution qui leur est due. En revanche, ce juge n'a pas le pouvoir d'investiguer le sort de l'enfant, placé dans la compétence de l'Autorité de Protection de l'Adulte et de l'Enfant par le Code civil (art. 275 ss et 298 ss CC), ce qui est une absurdité eu égard au fait que cette autorité et le juge civil n'ont pas l'obligation légale de collaborer. En outre, les art. 297ss CPC qui imposent la représentation et l'audition de l'enfant ne s'appliquent pas à la séparation de parents non mariés.

Lorsque l'on sait, enfin, que les Autorités de Protection de l'Adulte et de l'Enfant ont tendance à considérer que la persistance des compétences qui leur sont confiées

---

FamPra.ch 2014 - S. 935

rées par l'art. 315a al. 3 CC est contraire au principe d'économie de procédure, et se défont très systématiquement de leurs pouvoirs d'urgence en faveur des juges civils nantis de l'entier du litige parental, force est de constater qu'aucune protection digne de ce nom n'est accordée à l'enfant dans le processus de séparation parentale, et ce, quel que soit le lien d'état civil qui unit les parents.

Cela est particulièrement inquiétant, lorsque l'on constate que les Services cantonaux de protection de la jeunesse sont chroniquement surchargés et envahis par les doléances parentales, au point qu'ils ont tendance à se muer en mur des lamentations et à hésiter à entendre les enfants lorsque le conflit parental est aigu – par peur d'envahir totalement l'enfant dudit conflit.

L'enfant, désespérément seul et privé de tout contact rassurant au moment de la séparation de ses parents assiste ainsi aux effets sur ces derniers des combats judiciaires et ne peut pas ignorer que, s'il n'était pas là, le conflit n'existerait pas.

### *3. Les dispositions du Code civil et la jurisprudence du Tribunal fédéral consacrent des rapports d'iniquité financière dans la famille, qui retiennent sur les rapports sociaux*

Le don de soi exigé de qui est soit le parent pourvoyeur de soins principal, soit le deuxième époux ou partenaire enregistré ou concubin d'un parent péjore la capacité de ces personnes de recouvrer une véritable autonomie financière après la fin de l'effort parental ou d'assistance.

#### a) Les couples mariés

Bien que l'art. 164 CC dispose que la personne mariée qui reste au foyer pour s'occuper des enfants a droit à un montant à sa libre disposition, la pratique enseigne que rien n'est jamais prévu par les couples à ce sujet. Au moment du divorce, rares sont les époux qui ont épargné. Pour les couples soumis au régime matrimonial légal, le Tribunal fédéral a en effet tranché qu'il n'y avait pas d'obligation de constituer des acquêts. Pour les couples imprévoyants, seul le salaire du conjoint majoritairement pourvoyeur financier sera donc sollicité pour aider celui qui était le pourvoyeur majoritaire de soins à la famille à subsister après la séparation. La répartition des tâches pendant la vie commune servant de guide au juge pour attribuer la garde des enfants, celui qui la conservera sera ainsi souvent celui qui sera impécunieux et qui recourra à l'aide sociale cantonale (le Tribunal fédéral ayant érigé en principe de rang constitutionnel le fait qu'il faut préserver le minimum vital du conjoint pourvoyeur). Cette aide étant souvent remboursable, le conjoint qui aura la garde des enfants sera condamné à la pauvreté. Celui qui ne l'aura pas sera restreint au minimum vital, dans lequel ne figurent pas les impôts, en présence de moyens insuffisants. Cela aura pour conséquence de plonger aussi le débirentier dans la spirale des dettes, lors du recouvrement des dettes fiscales.

-----  
FamPra.ch 2014 - S. 936

Le Code civil permet l'adoption du régime de séparation de biens même pour les couples avec enfants. Le Tribunal fédéral a tranché qu'il ne s'agissait pas, en fixant la contribution d'entretien due au conjoint, de faire fi du régime matrimonial. Il a cependant mitigé sa jurisprudence, avec le temps, en posant que, si les revenus ne suffisaient pas à assurer l'entretien de la famille, la fortune pouvait être sollicitée par application de l'art. 125 CC.

#### b) Les couples remariés, vivant en partenariat enregistré ou en concubinage

La loi civile fait obligation au deuxième époux (art 278 al. 2 CC) et au partenaire enregistré (art. 27 al. 1 LPart) d'aider son conjoint ou partenaire enregistré à s'acquitter de ses obligations alimentaires résultant d'un précédent mariage ou lien de filiation. Les diverses jurisprudences rendues par le Tribunal fédéral en matière de concubinage dans les domaines du droit civil, de l'assistance sociale et des poursuites, imputent au concubin des contributions financières au ménage commun équivalent à la moitié de son coût, même si aucune contribution n'est versée dans les faits.

Lors de la dissolution de ces unions, le deuxième conjoint ne peut prétendre à une assistance équivalente à celle qui a été fournie au premier, le partenaire enregistré ne peut prétendre à une indemnité analogue à l'art. 165 CC pour l'effort fourni en faveur du premier foyer de son partenaire (art. 34 LPart), et le concubin ne se voit octroyer aucune contribution d'entretien ni

aucune indemnité par la jurisprudence du Tribunal fédéral, même si un enfant est né de cette relation, dont l'ex-concubin s'occupe en réduisant son activité professionnelle pour cela.

c) Les enfants de divers lits

Le Tribunal fédéral a posé le principe de l'égalité de traitement entre enfants de divers lits. Il a cependant également indiqué qu'il fallait tenir compte de toutes les circonstances, parmi lesquelles le fait que les enfants d'un deuxième lit ont généralement une mère qui travaille, puisqu'il faut aider à financer le coût du premier foyer du père. La disponibilité parentale pour les enfants d'un deuxième lit est ainsi moindre.

d) La gratuité des soins au foyer

Le Contrat Type de Travail de l'économie domestique (CTT-EDom) qui fixe des salaires minima pour le travail au foyer exclut expressément de son champ d'application, outre les parents en ligne directe ascendante et descendante, les conjoints, les partenaires enregistrés et les concubins. Ces derniers sont réputés faire don de leur activité. L'apport considérable de ces personnes à l'économie suisse est ainsi compté pour rien.

-----  
FamPra.ch 2014 - S. 937

*4. La contribution nécessaire des deuxièmes époux, partenaires enregistrés et concubins de qui a des obligations résultant d'une filiation antérieure n'est pas reconnue du tout*

Les deuxièmes époux, partenaires enregistrés et concubins de qui a des obligations résultant d'une filiation antérieure peuvent se voir poursuivre pénalement (art. 219 CP) pour manquement à un devoir de prendre soin de la progéniture de leur partenaire. Ils sont pourtant exclus du champ de la discussion à propos des besoins des enfants qui leur sont confiés et ne disposent d'aucune parcelle d'autorité sur eux. Ils ont des devoirs d'assistance (art 299 CC, 27 LPart) qui ne s'accompagnent pas de pouvoirs.

*5. Le flux des biens acquis au cours de la vie active ou à titre gratuit vers les descendants ou le conjoint ne répond pas au besoin social prépondérant*

L'allongement considérable de la durée de vie (qui est passée de 50 ans au début du XX<sup>e</sup> siècle à 80 / 84 ans au début du XXI<sup>e</sup> siècle) et la durée actuelle de la vie active a pour conséquence que les individus doivent épargner au cours de leurs 39 à 46 ans de vie active de quoi compléter les 60% de leur précédent salaire qui leur sont promis à l'heure actuelle sous forme de rente AVS ou LPP dès l'âge de la retraite, pour améliorer leur ordinaire pendant 16 à 20 ans. Cela est d'autant plus important que la pyramide des âges est en train de s'inverser, à lire les prévisions publiées sur le sujet, et qu'il nous est affirmé qu'en 2020, la grande majorité des citoyens vivant en Suisse aura atteint l'âge de la retraite, et que l'on peut dès lors légitimement s'inquiéter du niveau des rentes de retraite qui seront versées à ce moment.

Dans ce contexte, l'on peut s'étonner de constater que le droit des successions prévoit encore une transmission des biens vers les descendants: ce sont, à vues humaines, les ascendants et

toutes les personnes qui souffrent d'une diminution de leur autonomie financière en lien avec les soins qu'elles ont prodigué à des enfants (les leurs ou ceux de leurs conjoint, partenaire enregistré ou concubin) qui en auront véritablement besoin dans le grand âge. Leurs descendants, eux, disposeront des forces vitales nécessaires à assurer leur subsistance d'une manière ou d'une autre.

Les mêmes réflexions vont au cercle des bénéficiaires de la prévoyance professionnelle et de l'AVS: il conviendrait d'inclure dans ce cercle les personnes dépendantes, dans le grand âge, à raison des soins ou des prestations financières qu'elles ont fournies à une progéniture qui en avait besoin.

Dans le même ordre d'idées, il sied de s'interroger sur l'opportunité qu'il y a à partager uniquement entre des conjoints, partenaires enregistrés ayant opté pour la participation aux acquêts ou concubins dotés d'un contrat de société simple les avoirs acquis pendant la relation (mariage, partenariat enregistré, concubinage): il conviendrait d'inclure dans le partage les personnes qui sont dans la dépendance d'autrui

---

FamPra.ch 2014 - S. 938

soit de par l'âge (enfants, ascendants) soit en raison des choix qui ont présidé à la vie commune (concubinage, partenariat enregistré, vie commune avec d'autres personnes assurant une assistance, telle que grands-parents), comme le font les Anglais pour cause de vie (trusts) ou de mort (trusts ou prestations d'assistance aux dépendants).

*6. En droit suisse, c'est l'enfant qui crée la famille, et aucun titre du Code civil ne lui est consacré*

Le mariage crée une présomption de la paternité du mari sur l'enfant de la mère (art. 255 CC), mais elle peut aussi résulter d'une reconnaissance ou d'un jugement (art. 252 al. 2 CC); le mariage ne crée cependant que l'union conjugale, art. 159 CC; la famille est abordée aux art. 328 ss CC: elle est conçue en termes ascendants et descendants pour y inclure les parents, lesquels font l'objet de la deuxième partie du livre deuxième du CC: droit de la famille. C'est ainsi fondamentalement lorsque paraît l'enfant que naît la famille.

a) Il n'y a pas de titre consacré à l'enfant dans le Code civil

La lecture du Code civil enseigne que l'enfant y est envisagé sous un angle hiérarchique descendant. Pour répondre à la question «à qui appartient l'enfant?», qui est d'ordre anthropologique et qui reflète l'organisation sociale, le Code civil répond par les dispositions sur l'établissement et les effets de la filiation, et sur l'autorité domestique, art. 331 ss CC (où l'on distingue une survivance *du* chef de famille oubliée lors de la modification des effets du mariage prônant l'égalité des droits entre époux). L'enfant est ainsi un *objet de pouvoir descendant* (à lire les dispositions sur *l'autorité parentale*, art. 296 ss CC, maintenue par l'art. 296 nCC), que la jurisprudence du Tribunal fédéral accommode maintenant aussi en termes de devoirs (de loyauté, d'entretenir des relations personnelles, etc., art. 274 CC) et *ascendant* (qui se manifeste

par les dispositions sur la dette alimentaire envers les ascendants, art. 328 CC et par le devoir d'obéissance, art. 301 al. 2 CC).

Force est ainsi de constater que la *structure hiérarchique du Code civil* est le reflet des mentalités du début du siècle passé. Après avoir en effet posé ce qu'il faut entendre par personne (civile, morale), le concept de communauté de vie qui prévalait à l'époque est exposé en termes de mariage et de filiation, puis de transmission des biens (principalement également en ligne directe descendante, à défaut ascendante, le conjoint ayant un strapontin à côté du *de cuius*, mais sa propre descendance et son ascendance n'est pas envisagée pour la succession des biens pour cause de mort), et enfin le rapport de domination des êtres sur les choses est rappelé: *l'être humain se trouve au sommet de la création; il peut se lier avec un autre être humain, ce qui aura des conséquences sur sa liberté de disposer de ses biens (régime matrimonial), mais fondamentalement il a pour vocation de transmettre ses biens aux générations futures.*

---

FamPra.ch 2014 - S. 939

b) L'enfant est conçu comme objet de soins et de protection

- aa) En ce qui concerne l'avance (art. 290 CC) et le recouvrement des contributions alimentaires dont il est le créancier (art. 293 CC) et l'avis au débiteur (art. 291 CC) et les mesures de sûreté pour les contributions futures (art. 292 CC), pour l'entretien qui lui est dû par ses parents jusqu'à ce qu'il soit autonome financièrement (art. 276 CC), en principe jusqu'à sa majorité, mais si ses parents en ont les moyens, au-delà de celle-ci (art. 277 CC). On notera à cet égard que le Tribunal fédéral a tranché que le représentant légal de l'enfant a la légitimation active pour agir au nom de l'enfant pour ces questions,<sup>3</sup> alors même qu'il se pourrait qu'il soit en conflit d'intérêts (art. 306 al. 3 CC).
- bb) En ce qui concerne la protection contre les menaces portées au développement de l'enfant: les art. 307 ss CC instaurent un train de mesures destinées à protéger l'enfant qui vont des conseils aux parents, à la curatelle d'assistance éducative (art. 307 CC), à la curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles (art. 308 al. 2 CC), jusqu'au retrait du droit de garde (Art. 310 cc) voire de l'autorité parentale (art. 311 CC).
- cc) En ce qui concerne enfin la protection contre les menaces portées aux biens de l'enfant: étant rappelé que les père et mère détenteurs de l'autorité parentale doivent administrer les biens de l'enfant (art. 318 CC), dont ils ne peuvent prélever que les fruits pour les affecter à l'entretien, l'éducation et la formation de l'enfant, et, dans la mesure où cela est équitable, pour les besoins du ménage (art. 319 CC) – l'enfant n'ayant l'administration et la jouissance du produit de son travail et de ceux de ses biens que ses père et mère lui ont remis pour exercer une profession ou une industrie, art. 323 CC –, si une administration diligente n'est pas suffisamment assurée, l'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'enfant (art. 324 CC), et s'il n'y a pas d'autre façon

---

FamPra.ch 2014 - S. 940

d'empêcher que les biens de l'enfant soient mis en péril, elle en confie l'administration à un curateur (art. 325 CC). De même, s'il est à craindre que les revenus des biens de l'enfant ou les montants prélevés sur ces biens ne soient pas utilisés conformément à la loi, l'autorité de protection de l'enfant peut également en confier l'administration à un curateur (art. 325 al. 3 CC).

*7. Avec la procréation médicalement assistée, l'enfant qui a le droit de connaître ses origines est potentiellement issu de plus de deux personnes, ce qui pose la question de savoir ce qu'est la famille*

Les débats qui font rage actuellement, autour du droit des personnes de même sexe d'adopter des enfants, ou d'avoir recours à la procréation médicalement assistée (pour les femmes) ou à la gestation pour autrui (pour les hommes) nous indiquent que l'on glisse du droit *sur* l'enfant au droit à l'enfant.

Il y a donc tout lieu de craindre que, si l'on ne réforme pas les lois qui gouvernent la famille, l'enfant, qui n'a pas le droit de n'appartenir à personne, en l'état actuel de la loi, verra encore plus de monde se battre pour avoir des droits sur lui. Il apparaît ainsi absolument nécessaire de se poser la question de l'intérêt de l'enfant, et des droits *de* l'enfant, pour permettre d'arbitrer les droits des personnes qui entendent en avoir sur lui.

## II. Postulats

### 1. *L'avenir des familles, c'est fondamentalement d'abord, l'avenir des enfants.*

a) Il n'est pas raisonnable, si l'on a en vue l'intérêt de l'enfant et de ses parents à long terme, de lier le sort de l'enfant à un lien avec ceux à qui il doit l'existence, dont les relations ne sont pas pérennes

L'enfant a besoin de stabilité et de sécurité. Si son sort change à chaque séparation parentale, ses besoins ne sont pas satisfaits. Si, en outre, on le met au cœur du conflit entre les personnes qui s'occupent de lui, on l'envahit de problèmes qui ne sont pas de son âge, on lui vole son enfance et on porte atteinte aux liens qui le lient aux personnes qui s'occupent de lui (avec pour conséquence possible qu'il rejettera ces liens au moment où ces personnes seront âgées, et ainsi isolées; ce qui posera le problème de l'acquittement de la dette alimentaire, art. 328 CC). Si, enfin, on ne met pas «du tiers» dans sa vie au moment où les personnes qu'il aime se séparent, on le condamne à la tristesse et à une grande solitude. Outre qu'il est urgent de réformer le Code de procédure civile pour soumettre à la médiation puis à la conciliation toute

---

FamPra.ch 2014 - S. 941

séparation de parents qui s'y prête (les relations empreintes de non respect, de violence, ne se prêtent pas à un tel processus), afin d'offrir aux couples en rupture un lieu où ils seront écoutés en tant que personnes autant qu'en qualité de parents, il convient aussi de statuer sur le sort des enfants en élargissant le cercle des intervenants et des responsables parentaux pour y inclure les personnes qui seront des appuis stables pour l'enfant, quels que soient les liens entre les personnes à qui il doit d'être là (c'est-à-dire quel que soit le mode de reproduction et de création du lien de filiation).

b) Il n'est pas raisonnable, si l'on a en vue la paix sociale, de lier la filiation à un bon vouloir de l'un ou l'autre des ascendants de l'enfant

Dans le nouveau droit de l'autorité parentale, ne devient père que celui qui, s'il n'est pas marié avec la mère, est désigné par elle: l'Autorité de protection de l'enfant n'a plus la tâche de rechercher le père si la mère en tait le nom (art. 309 CC). Si l'on entend laisser une place aux pères dans notre société, et réduire la guerre de pouvoir *sur* l'enfant et la quête de reconnaissance

auxquelles se livrent hommes et femmes actuellement, il ne faudrait plus que le père ait à reconnaître l'enfant, mais que la mère reconnaisse le père avant la naissance de l'enfant.

c) Il n'est pas raisonnable de mélanger parentalité et responsabilité parentale

Il n'est pas raisonnable de faire dépendre la subsistance et la sécurité d'un enfant du plus instable des liens, le lien amoureux entre ceux à qui il doit d'être là, ni aux aléas de la médecine de la reproduction. Fondamentalement, ce dont un enfant a besoin, c'est de liens et de sécurité.

Il convient donc de doter de responsabilité parentale tous ceux qui s'occupent d'un enfant d'une manière ou d'une autre (par des soins, de la présence, des apports financiers), et cela, quel que soit le lien de filiation qui unit l'enfant à ceux à qui il doit d'être là.

d) Il convient de concevoir la contribution alimentaire comme une prestation d'assistance aux dépendants

Dans le même ordre d'idée, il convient que la contribution financière d'une personne intéressée à un enfant (à raison d'un lien de filiation, de génétique ou d'affection) bénéficie à tous ceux qui s'occupent de l'enfant dans les faits, ainsi qu'à l'enfant, de manière à favoriser le retour à l'autonomie financière de toutes les personnes qui la voient réduite à raison de prestations effectuées en faveur d'un foyer abritant un enfant.

---

FamPra.ch 2014 - S. 942

*2. L'avenir des familles, c'est ensuite l'avenir de ceux qui ont fait souche (grands-parents)*

Il convient de réserver aux grands-parents de droit ou de cœur (afin d'inclure les personnes qui, non liées par un lien de parenté ou d'état civil, ont contribué à élever un enfant) un droit d'entretenir des relations personnelles avec les enfants et les petits-enfants qu'ils ont contribué à élever.

Si l'on ne prend pas soin de ces liens intergénérationnels, en effet, il sera très difficile de faire appel à la solidarité familiale en réclamant l'acquittement de la dette alimentaire (art. 328 CC) lorsque les finances de l'État et les capitaux de prévoyance ne suffiront pas à soutenir les personnes âgées de notre pays. L'expérience montre en outre que les liens affectifs contribuent autant que la médecine au bien-être des individus, quel que soit leur âge. Il convient donc de réduire le coût social des ruptures familiales en favorisant les liens familiaux par tous moyens possibles.

*3. L'avenir des familles, c'est en outre l'avenir de tous ceux qui ont œuvré à élever un enfant*

L'art. 272 CC a la teneur suivante: «Les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille.»

Il convient d'élargir le cercle d'aide, d'égards et de respect à toutes les personnes qui œuvrent d'une manière ou d'une autre, à élever un enfant, et ce, quel que soit le lien qui unit ces personnes à cet enfant.

*4. L'avenir des familles, c'est enfin l'avenir de tous les gens qui s'aiment et qui sont proches les uns des autres, qu'ils vivent ensemble ou non*

Il convient de permettre aux personnes unies par un lien d'amour de prendre des dispositions qui leur permettent de faire respecter ce lien privilégié, tant dans leurs relations internes qu'envers les tiers.

### **III. Moyens**

Il apparaît qu'une organisation sociale cohérente doit viser à sa perpétuation en fournissant un cadre souple aux relations tissées entre individus, et en préservant ce qu'elle entend pérenniser.

Afin d'éviter l'écrasement du plus faible par le plus fort, source de violence et d'instabilité sociale, et de permettre aux individus d'être libres de leurs liens en étant responsables de leurs choix et des conséquences de ceux-ci, à l'ère où la procréation

---

FamPra.ch 2014 - S. 943

relève beaucoup du choix – même s'il est médicalement assisté –, il apparaît raisonnable de privilégier les voies suivantes après avoir réaffirmé le noyau dur des valeurs à pérenniser.

*Il convient, fondamentalement, de poser que l'enfant et la personne âgée sont des personnes sacrées au nom desquelles des individus donnent le meilleur d'eux-mêmes et tissent des liens d'échange, de respect et de solidarité permettant la transmission de valeurs communes.*

Pour cela, il conviendrait de:

- Refondre le Code civil pour y inclure un titre relatif à l'enfant;
- Modifier les dispositions sur l'autorité parentale pour y substituer la notion de responsabilité parentale;
- Élargir la responsabilité parentale à tous ceux qui s'occupent d'un enfant, qu'ils vivent ou non avec lui;
- Dire que la filiation (quel que soit le mode de création de ce lien qui remporte l'adhésion) n'entraîne pas nécessairement la responsabilité parentale;
- Ajouter dans le Code civil le droit de toutes les personnes qui se sont occupées d'un enfant – grands-parents compris – d'entretenir des relations personnelles avec cet enfant, sauf si cela est contraire à l'intérêt de l'enfant;
- Traiter la fin de la vie commune avec un enfant de manière indépendante de la fin de la vie commune entre adultes;
- Prévoir une médiation puis une conciliation obligatoire lors d'une fin de vie commune avec enfant;
- Inclure dans la médiation puis dans la conciliation obligatoire précitée les personnes qui aideront les adultes responsables de l'enfant à trouver des engagements pérennes;
- Prévoir une seule Autorité pour régler le sort de l'enfant, l'assistance financière et personnelle qui lui est due et les relations personnelles de l'enfant avec les personnes qui se sont occupées de lui – et ce, même si le domaine est contentieux –, quel que soit le lien existant entre ces personnes (état civil, filiation, partenariat enregistré, contrat, affection);

- Dire que les cantons doivent créer des tribunaux de la famille multidisciplinaires qui connaîtront de toutes les matières familiales (vie commune et sa fin, quel que soit le statut des liens; filiation; responsabilité parentale; contributions à la famille; prévoyance et successions);
- Repenser le patrimoine familial et considérer qu'il est d'abord une ressource en faveur des dépendants (ascendants et descendants, liés ou non par des liens de filiation ou d'état civil; personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée);
- Déconnecter le statut réel (propriété) du statut personnel (état civil);

---

FamPra.ch 2014 - S. 944

- Élargir le numerus clausus des droits réels pour inclure des droits de jouissance avec ou sans préciput;
- Permettre à la fondation de famille du droit civil de détenir la propriété des biens familiaux et d'accorder des droits de jouissance avec ou sans préciput sur ces biens en faveur des dépendants de la famille (ascendants et descendants, liés ou non par des liens de filiation ou d'état civil; personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée);
- Permettre aux fondations de famille du droit civil de servir l'entretien aux dépendants (ascendants et descendants, liés ou non par des liens de filiation ou d'état civil; personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée);
- Poser que le cercle des bénéficiaires de la fondation de famille est impérativement composé de dépendants du fondateur et du fondateur lui-même (ascendants et descendants, liés ou non par des liens de filiation ou d'état civil; personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée);
- Dire que les fondations de familles sont destinées à favoriser l'aide, les égards et le respect pour les membres de la famille en reconnaissant les contributions faites en faveur de ceux-ci; étant réputée famille toute communauté d'individus constituée autour d'enfants, de personnes âgées, et de proches vivant ou non ensemble mais liés par des rapports d'entraide;
- Dire qu'une fondation de famille est automatiquement créée au décès de tout individu ayant, au moment de son décès ou avant (selon indications correspondantes des offices cantonaux de la population et de l'administration fiscale), des dépendants à sa charge (ascendants et descendants, liés ou non par des liens de filiation ou d'état civil; personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée) et en faire un héritier réservataire à hauteur des deux tiers de la succession; permettre l'affectation libre du solde de la succession; modifier en conséquence la LDIP pour poser que le droit suisse s'appliquera aux successions ouvertes à la résidence habituelle du défunt s'il vivait avec des dépendants au jour de son décès;
- Supprimer la réserve héréditaire du conjoint, des père et mère et des descendants du *de cuius*;
- Dire qu'une fondation de famille est également automatiquement créée au moment de la prise de retraite de l'assuré en LPP et au moment de la fin d'une vie commune avec dépendants (conjoint, concubin, partenaire enregistré, enfant, personne âgée);

---

FamPra.ch 2014 - S. 945

- Dire qu'en cas de fin de vie commune avec dépendants (conjoint, concubin, partenaire enregistré, enfant, personne âgée), la moitié du patrimoine familial acquis pendant cette vie commune sera due à la fondation de famille, à charge pour elle de servir les aliments dus aux personnes dépendantes en

cas de défaut du débiteur de l'entretien; la contribution d'entretien due aux dépendants (conjoint, concubin, partenaire enregistré, enfant, personne âgée) étant au surplus fixée pour permettre aux partenaires cessant la vie commune et aux dépendants d'avoir un entretien comparable et d'être encouragés à acquérir une formation ou recouvrer leur autonomie financière;

- Refondre le droit des régimes matrimoniaux pour (i) poser l'interdiction du régime de la séparation de biens lorsque le couple marié a un dépendant à sa charge (ascendants et descendants, liés ou non par des liens de filiation ou d'état civil; personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée) (ii) tout en permettant de considérer l'entreprise – mais non les revenus – du conjoint comme un bien séparé;
- Refondre le droit de la prévoyance professionnelle et de l'AVS pour prévoir l'allocation de rentes ou la restitution du capital aux personnes dépendantes du *de cuius* en premier lieu, et ce, dans l'ordre prévu par les dispositions sur la fondation de famille (l'assuré d'abord, puis les ascendants et descendants, liés ou non par des liens de filiation ou d'état civil; et les personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée) par versement correspondant de la totalité de la prestation de libre passage à la fondation de famille; supprimer en conséquence l'encouragement à la propriété immobilière passant par un emprunt de prévoyance;
- Reconnaître les liens entre proches et favoriser leur solidarité en acceptant les conventions de vie que passent les partenaires de vie dès qu'elles sont empreintes de l'esprit de l'art. 272 CC (aide, égards, respect), et donner au juge la mission de s'en inspirer lorsqu'il examine le caractère non manifestement inéquitable des conventions qui lui sont soumises au moment des séparations;
- Traiter les unions entre individus sur le même pied (mariage, partenariat enregistré, concubinage, contrats entre proches n'emportant pas vie commune) et leur réserver la même procédure, qui passera d'abord par un processus de médiation puis de conciliation;
- Accorder des droits aux relations personnelles à tous les membres de la famille au sens large avec les enfants et petits-enfants dont ces membres se sont occupés à un titre ou à un autre;
- Élargir le cercle des bénéficiaires de la dette alimentaire pour y inclure les personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes

---

FamPra.ch 2014 - S. 946

qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée;

- Modifier le système d'avance et d'aide au recouvrement des contributions alimentaires pour y inclure la dette alimentaire et élargir le cercle de ses bénéficiaires pour y inclure les personnes dont l'autonomie financière a souffert à raison du don d'elles-mêmes qu'elles ont consenti en faveur d'un enfant ou d'une autre personne dépendante, telle une personne âgée.

#### **IV. Remarques finales a propos de la création du lien de filiation: gestation pour autrui et adoption homosexuelle**

Afin d'éviter à l'enfant d'avoir à concevoir qu'il est issu d'un processus monétisé d'élevage (gestation pour autrui), il m'apparaît adéquat de maintenir l'interdiction de la gestation pour autrui. Eu égard cependant au «marché» qui se développe sur le plan mondial dans le domaine, il semble nécessaire de permettre à un enfant issu d'un tel processus de bénéficier de la reconnaissance des liens de filiation ainsi générés à l'étranger, pour lui permettre de bénéficier de l'environnement légal qui a été voulu par les parents qui souhaitaient sa venue. Dans son intérêt, il apparaît

d'autant plus important, dans un tel contexte, de scinder la question de la filiation de celle de la responsabilité parentale, afin de limiter le poids qui pèsera sur lui du droit que les parents qui ont eu recours à une telle méthode auront *sur* lui.

De même, l'observation des mœurs conduit à constater qu'il n'est pas rare qu'un enfant soit élevé par un seul parent (25% des familles à Genève ont un seul adulte à leur tête) ou encadré par des adultes de même sexe. Que cet encadrement soit légitimé ou non par un lien de filiation importe finalement peu à l'enfant, qui a besoin de stabilité et d'affection. Ici également, il apparaît plus important de régler la question de la responsabilité parentale que celle de la filiation, qui est trop souvent prétexte à des luttes entre parents pour avoir du pouvoir sur l'enfant.

---

**Résumé:** *Créer un avenir pour les familles, c'est s'occuper des enfants et de tous ceux qui en prennent soin: en ne liant pas le sort de l'enfant aux liens entre ses géniteurs, et en dissociant la parentalité de la responsabilité parentale; en concevant la contribution alimentaire comme une prestation d'assistance aux dépendants (enfants, personnes âgées et ceux qui en prennent soin) et en affectant le patrimoine familial à la pérennité des liens. Pour cela, il faut notamment déconnecter le statut réel (propriété) du statut personnel (état civil); repenser les successions et la prévoyance, revivifier les fondations de famille et créer une procédure applicable aux séparations qui réaménage les liens familiaux en les cultivant.*

---

FamPra.ch 2014 - S. 947

*Zusammenfassung: Um die Zukunft der Familien zu schaffen, müssen die Kinder betreut werden, sowie alle die sich um sie kümmern: das Schicksal der Kinder soll von der Beziehung mit seinen Eltern getrennt werden; die Elternschaft soll von der elterlichen Verantwortung unterscheidet werden; die Unterhaltsbeiträge sollen als Hilfeleistung für die Betreuten (Kinder, ältere Menschen, diejenigen die sich um sie kümmern) betrachtet werden; das Familienguthaben muss der Dauerhaftigkeit der Beziehungen dienen. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen unter anderem dinglicher Status (Eigentum) und persönlicher Status (Zivilstand) auseinander gehalten werden; das Erbrecht und die Vorsorge sollen überdenkt werden; die Familienstiftungen sollen wiederbelebt werden; das zur Trennung anwendbare Verfahren soll die Familienverhältnisse verbessern und schützen.*

- 
- 1 ATF 116 II 110 c. 3b: le train de vie réellement mené durant la vie commune par les membres de la famille constitue la limite supérieure de leur droit à l'entretien, en cas de circonstances favorables.
  - 2 L'audience de «conciliation» prévue par l'art. 391 CPC ne donne pas au juge du divorce le droit de suivre la procédure visée aux articles 202 ss CPC.
  - 3 ATF 136 III 365, SJ 2011 I 77 ss: le détenteur non marié de l'autorité parentale a qualité, en vertu de l'art. 318 CC, pour exercer en son nom les droits de l'enfant mineur et pour les faire valoir en justice ou dans une poursuite en agissant personnellement comme partie; ce principe vaut pour toutes les questions de nature pécuniaire. Si les parents sont mariés, agir au nom de l'enfant afin de faire valoir son droit à l'entretien est possible dans le cas d'une *lex specialis* aux articles 279 et 289 CC – lesquels prévoient que l'enfant a seul la qualité pour agir pour ce faire et que les contributions lui sont dues – comme aux art. 133 al. 2 et 176 al. 3 CC lors d'un divorce ou de mesures protectrices de l'union conjugale ou en cas de mesures provisionnelles de divorce (art. 276 CPC). Cela s'explique par le fait que l'enfant qui n'est pas partie à ces procédures voit, cependant, ses droits et ses intérêts touchés par la décision: TF, 19.03.2009, 5A\_10457/2009, FamPra.ch 2009, 798 ss.