Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 140 (2021)

Artikel: 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

Autor: Cottier, Michelle

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1052961

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 22.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

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

MICHELLE COTTIER*

* Professeure ordinaire au Département de droit civil, Faculté de droit, Université de Genève. L'auteure remercie Marie-Laure Papaux van Delden, professeure ordinaire, pour ses remarques hautement pertinentes, ainsi que Mmes Marie Fonjallaz, Adriana Schnyder et Margaux Sitavanc, assistantes, pour l'aide précieuse apportée lors des recherches pour le présent texte et sa relecture.

Table des matières

A. Introduction 122
B. Les conventions de protection des droits humains de l'ONU et leur mise en œuvre dans le droit civil suisse 123
I. Les traités de l'ONU en matière de protection des droits humains 123
1. En général 124
2. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes 126
3. La Convention relative aux droits de l'enfant 127
II. La mise en œuvre par les mécanismes propres aux traités onusiens 128
1. Les obligations des États parties 128
2. Les organes de traités 129
3. Le système des rapports périodiques des États parties suivis des observations finales des organes de traités 130
4. Les recommandations ou observations générales 132
5. L'examen des communications individuelles 132
6. Les enquêtes 134
III. La mise en œuvre par les instruments propres au droit suisse 136
1. L'intégration directe du droit international au droit national selon la tradition moniste 136
2. Les normes d'application directe 136
3. La mise en œuvre des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique 138
4. L'interprétation du droit national conforme au droit international 138
5. Les règles applicables en cas de conflit entre droit civil et droit supérieur 139
C. Les apports de la CEDEF 141
I. Les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CEDEF 141
1. Les caractéristiques de la protection contre les discriminations en vertu de la CEDEF 141
2. L'interprétation de la notion de «discrimination à l'égard des femmes» et sa critique 142
3. Les obligations des États parties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations dans le contexte de la CEDEF 145
II. La concrétisation en matière de droit de la famille 149
1. Un aperçu des dispositions topiques de la Convention 149
2. L'art. 5 CEDEF en particulier 150
3. L'art. 16 CEDEF en particulier 152
a. Un texte conventionnel axé sur l'égalité formelle 152
b. Le développement d'une approche orientée vers l'égalité matérielle et transformative par le Comité 153
III. Les implications pour le droit de la famille suisse 155
1. Les questions du Comité CEDEF relatives au droit de la famille et les réponses de la Confédération 156
2. La mise en œuvre de toutes les composantes du principe de l'égalité et de la protection contre les discriminations 158
a. L'égalité formelle 158
b. L'égalité matérielle 161
c. L'égalité transformative 163
D. Les apports de la CDE 164

I. Les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CDE . . 164
1. Les caractéristiques de la clause d'interdiction des discriminations de l'art. 2 CDE 164
2. Les obligations des États parties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations selon la pratique du Comité CDE 167
a. L'interdiction de toutes les formes de discrimination dans la législation nationale 168
b. La réforme de la législation, des politiques et des pratiques étatiques discriminatoires 168
c. Les mesures d'action positive (égalité matérielle) 169
d. Les mesures de collecte de données 169
II. La concrétisation en matière de droit de la famille 170
1. Un aperçu des dispositions topiques de la Convention 170
2. L'interdiction de toute discrimination en raison de la «situation» de l'enfant et de ses parents (art. 2 CDE) dans le droit de la filiation . . . 175
III. Les implications pour le droit de la famille suisse 176
1. Les questions du Comité CDE relatives au droit de la famille et les réponses de la Confédération 177
2. Les contours d'un droit de l'établissement la filiation sans discrimination de l'enfant en raison de son statut ou de celui de ses parents 179
a. Evolution du droit de la filiation suisse 179
b. L'abolition des discriminations de l'enfant en raison du statut de ses parents en matière de paternité 181
c. L'élimination de la discrimination de l'enfant de parents de même sexe 182
d. Le droit de la filiation comme mesure d'action positive en faveur des enfants de parents transgenres et intersexes 183
E. Conclusion 184
I. Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille . . . 184
II. Un droit de la famille sans distinctions basées sur le sexe et le genre 186
III. Un droit de la famille qui compense les inégalités au niveau sociétal et culturel 187

A. Introduction

L'égalité et la non-discrimination sont au cœur de l'idée des droits humains: tout être humain dispose des mêmes droits fondamentaux et a le droit de les exercer sans discrimination pour des motifs tels que la race, l'origine ethnique, le sexe et le genre, l'orientation et l'identité sexuelles, l'âge, la religion ou la croyance, le handicap ou la naissance. La présente contribution s'intéresse aux impulsions de ces principes pour le droit de la famille suisse.

Deux traités de protection des droits humains de l'Organisation des Nations Unies (ONU) positionnent la famille et ses membres au cœur de leur ambition: la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE). Par la ratification de ces instruments en 1997, la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre les garanties y consacrées dans l'ensemble de son ordre juridique. Notre pays mène régulièrement un dialogue au sujet de cette mise en œuvre

avec les organes onusiens chargés de la surveillance de l'application des conventions, les Comités CEDEF et CDE.

L'interprétation de ces deux conventions par les Comités CEDEF et CDE est évolutive, ce qui en fait des instruments dynamiques qui donnent de manière continue de nouvelles impulsions pour le droit de la famille national. Notamment, la mise en œuvre des garanties d'égalité et d'interdiction de toute discrimination consacrées par les deux conventions peuvent demander des adaptations de la législation et au niveau de l'interprétation conforme aux droits humains par les tribunaux et les autorités chargées de l'application du droit. Il n'est cependant pas suffisant de se limiter aux seules recommandations des deux organes de traités adressées directement à la Suisse. Le droit de la famille n'est qu'un domaine parmi d'autres qui est abordé par les rapports périodiques de la Suisse et dans les recommandations des deux organes de traités, et jusqu'à présent l'analyse en matière de droit de la famille n'a été que ponctuelle et peu approfondie. C'est pourquoi la recherche en droit a un rôle important à jouer dans l'accompagnement du processus de mise en œuvre. La présente contribution s'inscrit dans ce contexte, sans pouvoir pour autant proposer une analyse exhaustive. Elle a pour but de retracer les développements récents dans la pratique des deux organes de traités ainsi que dans la doctrine en matière d'égalité et de protection contre les discriminations en lien avec le droit de la famille, pour ensuite discuter leurs implications dans la mise en œuvre des deux conventions pour le droit de la famille suisse.

La première partie (B.) présentera une vue d'ensemble des traités de protection des droits humains de l'ONU, ainsi qu'un portrait de la CEDEF et de la CDE et de leurs organes de mise en œuvre, pour ensuite détailler les mécanismes de mise en œuvre propres aux traités onusiens et propres au droit suisse. Les deuxième et troisième parties (C. et D.) analyseront respectivement les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CEDEF et de la CDE ainsi que leur concrétisation en matière de droit de la famille au niveau de la pratique du Comité CEDEF et du Comité CDE et de la doctrine suisse et internationale, pour ensuite proposer une analyse de questions choisies en matière de droit de la famille suisse à la lumière de ces développements. Une conclusion (E.) résumera les résultats principaux de l'analyse.

B. Les conventions de protection des droits humains de l'ONU et leur mise en œuvre dans le droit civil suisse

I. Les traités de l'ONU en matière de protection des droits humains

Les sous-chapitres suivants présenteront d'abord l'ensemble des conventions de protection de droits humains des Nations Unies (1.) pour ensuite dresser un portrait de la CEDEF et de la CDE ainsi que de leurs organes de mise en œuvre (2. et 3.).

1. En général

L'Organisation des Nations Unies (ONU) a développé un ensemble de conventions de protection des droits humains qui trouvent leur origine dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH)[1]. La DUDH contient une première liste de droits humains et consacre déjà l'interdiction de la discrimination: «Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation» (art. 2 DUDH)[2].

Par la suite, neuf traités principaux ont été adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU, visant le respect et la mise en œuvre des droits humains par les États parties. Chaque traité dispose d'un organe de traité sous la forme d'un comité d'expert-es indépendant-es, qui veille à l'application de ce dernier. Ces organes de traités se réunissent au siège de l'ONU à Genève.

La Suisse a ratifié huit de ces conventions[3]:

- le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC, anglais: ICESCR), également dénommé Pacte I de l'ONU, portant sur les droits humains liés aux domaines économique, social et culturel[4]. La surveillance de l'application du Pacte I est assurée par le Comité de l'ONU pour les droits économiques, sociaux et culturels (CDESC, anglais: CESCR);
- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP, anglais: ICCPR), également dénommé Pacte II de l'ONU, contenant des garanties pour protéger les libertés civiles et politiques des individus[5]. La surveillance de l'application du Pacte II est assurée par le Comité des droits de l'homme (CDH, anglais: HRC);
- la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR, anglais: ICERD) visant la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique[6]. La

1 Voir Maya Hertig Randall, The history of international human rights law, in: Robert Kolb et Gloria Gaggioli (éd.), Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, Cheltenham 2013, p. 3.

2 La Déclaration a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU à Paris, le 10 décembre 1948, lors de sa 183e séance plénière, A/Res/217 A (III).

3 La Suisse n'a pas ratifié la Convention du 18 décembre 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CMW).

4 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.1.

5 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.2.

6 Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994, RS 0.104.

surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR, anglais: CERD);
- la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF, anglais: CEDAW) concrétisant l'interdiction de discrimination des femmes dans tous les domaines de la vie[7]. La surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF, anglais: CEDAW);
- la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CCT, anglais: CAT) obligeant les États parties à empêcher et punir la torture[8]. La surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité contre la torture (CCT, anglais: CAT)[9];
- la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE, anglais: CRC) garantissant l'ensemble des droits humains aux enfants[10]. La surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité des droits de l'enfant (CDE, anglais: CRC);
- la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH, anglais: CRPD), ayant pour but de garantir aux personnes en situation de handicap tous les droits humains et d'assurer leur participation active à la vie publique, économique et sociale[11]. Le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH, anglais: CRPD) est l'organe de surveillance de la Convention.
- la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (CIPPDF, anglais: ICPPED) visant à sanctionner et à réprimer la violation des droits humains que constitue la disparition forcée[12]. La surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité des disparitions forcées (CDF, anglais: CED).

---

7 Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, RS 0.108.

8 Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987, RS 0.105.

9 Le Sous-Comité pour la prévention de la torture (SPT) est en outre chargé de l'application du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture (OPCAT) du 18 décembre 2002, entré en vigueur en Suisse le 24 octobre 2009, RS 0.105.1.

10 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107.

11 Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014, RS 0.109.

12 Convention internationale du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2017, RS 0.103.3.

2. *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*

La Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 18 décembre 1979 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997[13]. Un Protocole facultatif permettant notamment des communications individuelles au Comité CEDEF a été adopté le 6 octobre 1999 et est entré en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 2008[14].

La CEDEF a pour but d'éliminer toute discrimination sur la base du sexe et du genre compromettant la jouissance des droits humains et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil. La Convention vise spécifiquement la discrimination à l'égard des femmes, comme son titre l'indique, et ne peut donc pas être invoquée par les hommes[15]. La première partie de la Convention (art. 1 à 6) contient principalement des dispositions générales qui fournissent un cadre interprétatif pour les autres articles de la Convention. La deuxième partie (art. 7 à 9) se réfère à l'élimination de la discrimination dans la vie politique et publique et dans le contexte de la citoyenneté. La troisième partie (art. 10 à 14) traite de l'élimination de la discrimination dans les domaines économique, social et culturel. La quatrième partie contient des dispositions sur l'égalité des droits, la capacité civile et la liberté de circulation (art. 15) et sur l'égalité dans le mariage et la famille (art. 16). La cinquième partie (art. 17 à 22) prévoit la création d'un comité composé de 23 expertes et experts indépendants qui examinent les progrès accomplis dans la mise en œuvre de la Convention et reçoit les rapports périodiques des États et les communications individuelles au titre du Protocole facultatif. La sixième partie (art. 23 à 30) contient des dispositions finales, comme il est d'usage pour les conventions internationales relatives aux droits humains[16].

Lors de la ratification, la Suisse a émis trois réserves à la CEDEF[17]. La seule réserve qui demeure actuellement en vigueur est celle relative à l'art. 15 par. 2 et l'art. 16 par. 1 let. h CEDEF en raison de diverses dispositions transitoires du régime matrimonial (art. 9*e* et 10 titre final CC).

---

13 RS 0.108.

14 RS 0.108.1.

15 Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 23 août 1995, FF 1995 IV 869, p. 885.

16 Voir pour cette vue d'ensemble des dispositions de la CEDEF: Judith Wyttenbach/Erika Schläppi, Frauenrechte und Kinderrechte: Welche internationalen Beschwerdeverfahren kommen in Frage?, FamPra.ch 2018, p. 429 ss, p. 434 s.

17 RO 1999 1577.

3. *La Convention relative aux droits de l'enfant*

La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant a été conclue à New York le 20 novembre 1989 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997[18]. Un Protocole facultatif à la CDE établissant une procédure de présentation de communications (plaintes) a été adopté le 19 décembre 2011 et est entré en vigueur pour la Suisse le 24 juillet 2017[19]. La Suisse a également ratifié le Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la CDE, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés[20] et le Protocole facultatif du 25 mai 2000, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants[21].

La CDE concrétise pour les enfants les droits déjà garantis par les traités plus généraux et reconnus à toute personne en sa qualité d'être humain. Cette concrétisation spécifique pour les personnes de moins de 18 ans repose sur l'idée que les enfants forment un groupe particulièrement vulnérable, dont les besoins et les intérêts ne sont pas toujours suffisamment pris en compte en politique, en droit et au sein de la société[22]. La première partie de la Convention (art. 1 à 41) contient les dispositions de fond; quatre articles constituent les principes généraux de la CDE[23]: le droit à ne pas être discriminé (art. 2), le droit à voir son intérêt supérieur être pris en compte comme une considération primordiale (art. 3), le droit à la vie, à la survie et au développement (art. 6) et le droit de l'enfant d'être entendu (art. 12).

En outre, la Convention contient des libertés classiques, qui font partie des droits dits civils et politiques. Il s'agit, outre le droit à la vie (art. 6), par exemple du droit à une identité et une citoyenneté (art. 7 et 8), des droits dans le domaine de la vie privée et familiale (art. 7, 8, 9 et 16), de la liberté d'expression (art. 13), de la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14), de la liberté de réunion (art. 15), du droit d'accès à l'information (art. 17), de l'examen régulier de la situation des enfants placés (art. 25), des droits dans le contexte d'une privation de liberté (art. 37) et dans la procédure pénale (art. 40). La Convention consacre également divers droits économiques, sociaux et culturels, dont le contenu est basé sur le Pacte I de l'ONU (à savoir les art. 24, 26, 27, 28 et 29). Diverses dispositions obligent les États parties à assurer la protection de l'enfant, notamment la protection contre la violence et l'exploitation au sein de la famille (art. 19), la protection de l'enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial (art. 20), la protection contre l'exploitation économique (art. 32), contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (art. 33), contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de vio-

18 RS 0.107.
19 RS 0.107.3.
20 RS 0.107.1.
21 RS 0.107.2.
22 Conseil fédéral, Message sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant du 29 juin 1994, FF 1994 V 1, p. 4.
23 CDE, Obs. gén. n° 5/2003 (Doc. NU CRC/GC/2003/5), par. 12.

lence sexuelle (art. 34) et contre l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants (art. 35). Enfin, la Convention contient une obligation de réadaptation et de réinsertion de l'enfant victime (art. 39). Des dispositions spéciales concernent les droits des enfants réfugiés (art. 22) et des enfants handicapés (art. 23)[24].

Lors de la ratification de la CDE, la Suisse a émis sept réserves concernant cinq articles[25]. A ce jour, les trois réserves suivantes sont encore valables: celle sur l'art. 10 par. 1 CDE réservant la législation suisse, qui ne garantit pas le regroupement familial à certaines catégories d'étrangers; la réserve portant sur l'art. 37 let. c CDE, selon laquelle la séparation des jeunes et des adultes privés de liberté n'est pas garantie sans exception; la réserve relative à l'art. 40 réservant la procédure pénale suisse des mineurs qui ne garantit ni le droit inconditionnel à une assistance ni la séparation, au niveau personnel et de l'organisation, entre l'autorité d'instruction et l'autorité de jugement.

II. La mise en œuvre par les mécanismes propres aux traités onusiens

En ratifiant la CEDEF et la CDE, la Suisse s'est engagée, en vertu du droit international, à respecter et à mettre en œuvre les normes qui y sont inscrites. Cette mise en œuvre est surveillée par les organes de traités, les Comités CEDEF et CDE, et par le biais de mécanismes propres aux traités onusiens. Il s'agit de présenter les obligations générales des États parties en vue de la mise en œuvre des conventions (1.), pour ensuite dresser le portrait des deux organes de traités (2.), et détailler les mécanismes de mise en œuvre à leur disposition: le système des rapports périodiques des États parties suivi des observations finales des organes de traités (3.), les recommandations ou observations générales (4.), l'examen des communications individuelles (5.) et les enquêtes (6.).

1. Les obligations des États parties

Les organes de traités chargés de la mise en œuvre des conventions de l'ONU relatives aux droits humains admettent généralement trois types d'obligations des États parties: l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les garanties de la convention en question *(duty to respect, to protect, to fulfil). L'obligation de respecter un droit humain* exige que l'État s'abstienne d'en entraver directement ou indirectement l'exercice. Cette obligation inclut l'interdiction de mettre en œuvre des pratiques étatiques discriminatoires, en particulier vis-à-vis des groupes et individus les plus désavantagés[26]. *L'obligation de*

24 Voir pour cette vue d'ensemble des dispositions de la CDE: Wyttenbach/Schläppi (note 16), p. 446 s.

25 RO 1998 2053.

26 Gregor T. Chatton, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 278.

protéger les droits humains requiert des États qu'ils prennent des mesures pour empêcher des tiers de faire obstacle aux garanties d'autres individus, en particulier des plus vulnérables[27]. *L'obligation de mettre en œuvre* les droits humains suppose que l'État adopte des mesures appropriées d'ordre législatif, administratif, budgétaire, judiciaire, incitatif ou autre pour en assurer la pleine réalisation[28]. Ces trois types d'obligation ont été développés par le Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels (CDESC)[29] et sont également utilisés par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)[30] et par le Comité des droits de l'enfant (CDE)[31].

2. *Les organes de traités*

L'organe de traité pour la CEDEF est le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF). Il est composé de 23 expertes et experts, qui en vertu de l'art. 17 par. 1 CEDEF doivent être «d'une haute autorité morale et éminemment compétents» dans le domaine de la Convention. La composition du comité est interdisciplinaire[32]. Les expertes et experts sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, impliquant un exercice du mandat en pleine indépendance et impartialité[33]. La composition doit tenir compte du principe d'une répartition géographique équitable et de la représentation des différentes formes de civilisation ainsi que des principaux systèmes juridiques[34].

Le Comité des droits de l'enfant (CDE) est l'organe chargé de surveiller la mise en œuvre de la CDE. En vertu de l'art. 43 par. 2 CDE, le Comité se compose de dix-huit expertes et experts. Les caractéristiques du Comité CDE sont similaires à celles du Comité CEDEF: les expertes et experts doivent être «de haute moralité» et posséder une compétence reconnue dans le domaine de la

---

27 Chatton (note 26), p. 278 s.

28 Chatton (note 26), p. 281.

29 CDESC, Obs. gén. nº 14/2000 (Doc. NU E/C.12/2000/4), par. 33 ss; Obs. gén. nº 16/2005 (Doc. NU E/C.12/2005/4), par. 17; Chatton (note 26), p. 276 ss et les références citées.

30 CEDEF, Rec. gén. nº 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 4; voir Gregor T. Chatton, article 3 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 20 ss.

31 Voir notamment CDE, Rec. gén. nº 16/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/16), par. 25 ss; et récemment Rec. gén. nº 25/2021 (Doc. NU CRC/C/GC/25), par. 4.

32 Patricia Schulz déplore cependant le parfois trop faible nombre de juristes, ce qui peut être problématique lorsqu'il s'agit de traiter de communications individuelles et d'enquêtes, cf. Patricia Schulz, article 17 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 8.

33 Schulz (note 32), N 10 ss.

34 Cf. pour les détails Schulz (note 32), N 13 ss.

Convention. La composition du Comité CDE est également interdisciplinaire[35]. Ses membres sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, impliquant un exercice du mandat en pleine indépendance et impartialité[36]. La composition du comité doit assurer une répartition géographique équitable et la représentation des principaux systèmes juridiques[37].

3. *Le système des rapports périodiques des États parties suivis des observations finales des organes de traités*

Les différents traités onusiens de protection des droits humains prévoient tous une procédure de contrôle de leur application fondée sur un système de rapports périodiques des États parties à l'organe de traité (dans notre contexte, le Comité CEDEF ou le Comité CDE)[38]. Le rapport doit s'exprimer sur les mesures prises et les progrès réalisés dans la mise en œuvre des droits garantis par l'instrument en question[39]. Parallèlement au rapport étatique, les organisations non gouvernementales du pays soumettent à l'organe de traité leurs rapports alternatifs, qui visent à compléter les informations officielles fournies par le gouvernement et l'administration par une perspective de la société civile[40]. Différents organes de traités, dont le Comité CEDEF[41] et le Comité CDE[42], mettent à disposition des États parties depuis quelques années une procédure simplifiée de présentation des rapports *(simplified reporting procedure)*. Dans ce cas, le Comité communique une liste de points et de questions *(List of issues prior to reporting, LIOPR)*, les réponses de l'État étant considérées comme un rapport périodique. Suite au dépôt du rapport périodique ou des réponses à la liste de points et de

35 Comme Patricia Schulz pour le Comité CEDEF (cf. *supra* note 32), Stefanie Schmahl constate pour le Comité CDE le danger d'un trop faible nombre de juristes, mais souligne par ailleurs que cette composition permet une approche holistique de la Convention, cf. Stefanie Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, Baden-Baden 2017, article 43 CDE, N 3.

36 Schmahl (note 35), article 43 CDE, N 3.

37 A la différence de l'art. 17 par. 1 CEDEF, l'art. 43 par. 2 CDE ne mentionne pas les différentes formes de civilisations.

38 Barbara Wilson, Mécanismes de protection, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 73 ss, p. 74.

39 Wilson (note 38), p. 74.

40 Judith Wyttenbach/Erika Schläppi, Bedeutung des Übereinkommens für die Schweiz, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDEF – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 50.

41 ‹https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ReportingProcedures.aspx›. Cf. Emmanuel Decaux, article 18 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 12.

42 ‹https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/ReportingProcedure.aspx›. Cf. Wouter Vandenhole/Gamze Erdem Türkelli/Sara Lembrechts, Children's Rights, A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols, Cheltenham 2019, p. 411, 44.04.

questions, un «dialogue constructif» est mené à l'égard de la mise en œuvre du traité lors d'une séance entre une délégation gouvernementale et l'organe de traité. Dans ce que l'on appelle les «observations finales», l'organe de traité formule finalement des recommandations pour améliorer la mise en œuvre de la Convention dans l'État partie, qui constituent la base du cycle de rapport suivant[43]. Ces recommandations sont souvent de véritables instructions aux pouvoirs législatif et exécutif, sans toutefois être de nature contraignante[44]. Elles constituent toutefois un moyen de soutenir les demandes correspondantes de la société civile et peuvent servir aux tribunaux nationaux comme aide à l'interprétation[45]. En Suisse, un Office fédéral est chargé de préparer le rapport dans chaque cas, tandis que le Conseil fédéral l'adopte.

Relativement à la CEDEF, la Suisse se trouve actuellement dans son quatrième cycle de rapport. Le rapport qui réunit les premier et deuxième rapports de la Suisse date de décembre 2001[46], suivi des observations finales du Comité CEDEF de 2003[47]. Le troisième rapport de la Suisse a été établi en 2008[48], et le Comité CEDEF a publié ses observations finales y relatives en 2009[49]. Les quatrième et cinquième rapports sont réunis dans un seul rapport datant de 2014[50] et les observations finales y relatives datent de 2016[51]. En novembre 2020, la Suisse a transmis au Comité CEDEF son sixième rapport périodique sous la forme de réponses à la liste de points et de questions établie par le Comité[52].

En ce qui concerne la CDE, la Suisse se trouve actuellement dans son troisième cycle de rapport. Le rapport initial de la Suisse date de 2000[53], suivi des observations finales du Comité CDE de 2002[54]. En vertu de l'art. 44 let. b CDE, la Suisse aurait dû transmettre le deuxième rapport au Comité CDE en 2007. Le retard accumulé était tel que le rapport publié en 2012 couvrait à la fois les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques de la Suisse[55]. Le Comité CDE a publié ses observations finales y relatives en 2015[56]. En décembre

---

43 Jörg Künzli, Internationaler Menschenrechtsschutz und die Schweiz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 1245 ss, N 11.

44 Künzli (note 43), N 11; Wilson (note 38), p. 74.

45 Künzli (note 43), N 11.

46 CEDEF, Rapport suisse, nº 1–2/2001 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/1–2).

47 AGNU, Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de la 28ème session du 13 au 31 janvier 2003 (Doc. NU A/58/38[SUPP]), par. 87–141.

48 CEDEF, Rapport suisse, nº 3/2008 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/3).

49 CEDEF, Obs. fin. Suisse, nº 3/2009 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/3).

50 CEDEF, Rapport suisse, nº 4–5/2014 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/4–5).

51 CEDEF, Obs. fin. Suisse, nº 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5).

52 CEDEF, Rapport suisse nº 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6).

53 CDE, Rapport suisse, nº 1/2001 (Doc. NU CRC/C/78/Add.3).

54 CDE, Obs. fin. Suisse, nº 1/2002 (Doc. NU CRC/C/15/Add.182).

55 CDE, Rapport Suisse, nº 2–4/2012 (Doc. NU CRC/C/CHE/2–4).

56 CDE, Obs. fin. Suisse, nº 2–4/2015 (Doc. NU CRC/C/CHE/CO/2–4).

2020, la Suisse a transmis au Comité CDE ses cinquième et sixième rapports périodiques réunis dans un document, sous la forme de réponses à la liste de points et de questions établie par le Comité[57].

4. *Les recommandations ou observations générales*

Les organes de traités adoptent régulièrement des «recommandations générales», respectivement «observations générales» sur des questions spécifiques d'interprétation du traité en question. Ces documents fournissent des lignes directrices importantes sur le contenu et l'étendue des obligations des États parties par rapport à la mise en œuvre des droits consacrés par le traité en question[58] et ont une valeur importante dans le cadre de l'interprétation du droit national conforme au droit international[59]. Le Comité CEDEF a jusqu'à aujourd'hui publié 38 recommandations générales[60] tandis que le Comité CDE a publié 25 observations générales[61].

5. *L'examen des communications individuelles*

La plupart des traités onusiens de protection des droits humains prévoient un mécanisme de «communications», de requêtes individuelles[62]. Il s'agit d'une procédure contentieuse qui est instituée soit par le traité lui-même, soit par un protocole facultatif au traité[63]. Si l'organe de traité conclut à la violation de droits conventionnels, il demande régulièrement aux États parties d'accorder aux victimes une réparation effective pour les violations subies, et formule des recommandations plus générales à l'adresse de l'État partie[64]. Les constatations adoptées par les organes de traités sont dépourvues de portée juridiquement contraignante, mais il existe une certaine attente que l'État concerné choisisse de mettre en œuvre les constatations et recommandations de ma-

---

57 Conseil fédéral, Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE), Réponse de la Suisse à la liste de points établie avant la soumission du rapport de la Suisse valant 5ème et 6ème rapports périodiques, Berne, 18 décembre 2020.

58 Wilson (note 38), p. 76, n. 15.

59 TAF, F-4884/2017, 19.11.2019, c. 7.4.3.2; ATF 137 I 305, JdT 2012 I p. 47 (trad.), c. 6.5. cf. infra II.4.

60 Les Recommandations générales du Comité CEDEF peuvent être consultées sur son site ‹https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx›.

61 Les observations générales du Comité CDE peuvent être consultées via le lien ‹https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11›.

62 La base de données de la jurisprudence des organes de traités se trouve sous l'adresse suivante: ‹https://juris.ohchr.org/›.

63 Wilson (note 38), p. 77 s.

64 Baak Çali/Alexandre Skander Galand, Towards a common institutional trajectory? Individual complaints before UN treaty bodies during their «Booming'» years, International Journal of Human Rights 2020, p. 1103 ss.

nière adéquate[65]. Dans ce but, les organes de traités demandent à l'État partie concerné de leur fournir des renseignements sur les mesures prises pour donner effet aux constatations et recommandations[66]. Les deux conventions qui se trouvent au centre de la présente contribution disposent d'un tel mécanisme grâce à un protocole facultatif à la convention, dont la Suisse est État partie.

Le Protocole facultatif à la CEDEF (OP-CEDEF), entré en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 2008[67], donne au Comité CEDEF la compétence de recevoir et d'examiner des communications déposées contre la Suisse par des particuliers ou des groupes de particuliers qui affirment être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans la Convention (art. 1 à 7 OP-CEDEF)[68]. Jusqu'à aujourd'hui, une seule communication individuelle concernant la Suisse a été présentée au Comité CEDEF, qui n'a cependant pas fait l'objet d'une décision du Comité[69].

Le 3e protocole facultatif à la CDE (OP3-CDE), entré en vigueur pour la Suisse le 24 juillet 2017[70], donne au Comité CDE la compétence de recevoir et d'examiner des communications déposées contre la Suisse par des particuliers ou des groupes de particuliers qui affirment être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans la Convention ou ses deux autres Protocoles facultatifs (art. 5 à 11 OP3-CDE)[71]. Jusqu'à ce jour, cinq communications individuelles concernant la Suisse ont été présentées au Comité CDE. Une seule décision a été prise sur le fond, constatant une violation des art. 3 et 12 de la Convention dans le cadre d'une procédure de renvoi en vertu du règlement Dublin[72]. Le

65 Wilson (note 38), p. 78 s. Pour l'OP-CEDEF voir Xavier Baptiste Ruedin, article 5 Protocole, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 35. Pour l'OP3-CDE voir Schmahl (note 35), Überblick zum Individualbeschwerdeverfahren, N 14.

66 Çali/Galand (note 64), p. 1115.

67 Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, RS 0.108.1.

68 Pour les détails voir Wyttenbach/Schläppi (note 16), p. 437 ss et les commentaires des différentes dispositions du protocole facultatif in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 621 ss.

69 CEDEF, J.O. c. Suisse, Comm. nº 115/2017: le Comité, étant donné qu'il ignorait où se trouvait l'auteure de la communication no 115/2017 et que son conseil avait perdu tout contact avec elle, a décidé de ne pas poursuivre l'examen de cette communication.

70 Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, RS 0.107.3.

71 Pour les détails voir Wyttenbach/Schläppi (note 16), p. 448 ss.

72 CDE, V.A. c. Suisse, Comm. nº 56/2018 (Doc. NU CRC/C/85/D/56/2018), commenté par Caroline Schönholzer, Das Recht auf Einbezug und Anhörung von begleiteten Kindern im Dublin-Verfahren, Asyl 2021, p. 22 s.

Comité a en outre constaté l'irrecevabilité de deux autres communications[73] et a rayé du rôle deux communications contre la Suisse[74].

6. *Les enquêtes*

Plusieurs traités onusiens relatifs aux droits humains, dont les deux conventions au centre de la présente contribution, instituent une procédure d'enquête en cas de violations graves ou systématiques des droits humains. Cette procédure donne à l'organe de traité le pouvoir de mener une enquête s'il est informé, par des renseignements crédibles, qu'un État partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits énoncés dans la Convention en question[75]. Tant le Comité CEDEF (art. 8 et 9 du Protocole facultatif)[76] que le Comité CDE (art. 13 et 14 du 3e Protocole facultatif)[77] ont cette compétence.

Le Comité CEDEF a déjà mené six procédures d'enquête. Dans son rapport d'enquête concernant Ciudad Juarez, au *Mexique*, le Comité CEDEF, qui constate des violations systématiques des droits des femmes, souligne que le grand nombre d'enlèvements, viols et féminicides s'inscrit dans une culture d'impunité et de misogynie encourageant la violence à l'égard des femmes[78]. Dans son résumé d'enquête concernant les *Philippines*, le Comité conclut qu'en limitant l'accès aux services de santé sexuelle et génésique dans la ville de Manille, l'État partie renforce des stéréotypes sexuels préjudiciables aux femmes qui considèrent ces dernières comme ayant pour rôle primordial de mettre au monde des enfants et de les élever[79]. Dans son rapport d'enquête

---

73 CDE, R.S. c. Suisse, Comm. nº 81/2019 (Doc. NU CRC/C/85/D/81/2019): le Comité décide que la communication est irrecevable au regard de l'art. 7 let. f. du Protocole facultatif au motif que les griefs que l'auteure tire des articles de la convention ne sont pas suffisamment étayés; *J.A. and E.A. c. Suisse*, Comm. nº 53/2018 (Doc. NU CRC/C/85/D/53/2018): le Comité décide que la communication est irrecevable conformément à l'art. 7 let. g du Protocole facultatif, selon lequel il lui est interdit *ratione temporis* d'examiner une communication lorsque les faits qui font l'objet de cette communication se sont produits avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour l'État partie concerné, à moins que ces faits n'aient continué après cette date.

74 CDE, J.G. c. Suisse, Comm. nº 47/2018 (Doc. NU CRC/C/81/D/47/2018): le Comité décide mettre fin à l'examen de la communication suite à la décision de la Suisse d'octroyer un permis de séjour à l'auteur de communication; D. N. et consorts c. Suisse, Comm. nº 61/2018 (Doc. NU CRC/C/81/D/61/2018): le Comité décide de mettre fin à l'examen de la communication suite à la décision de la Suisse d'octroyer un permis de séjour au père des quatre enfants, auteurs de la communication.

75 Wilson (note 38), p. 80.

76 Cf. Anne Weber, article 8, article 9 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019.

77 Cf. Vandenhole/Türkelli/Lembrechts (note 42), p. 456 ss.

78 CEDEF, Rapport sur le Mexique en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention (Doc. NU CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO).

79 CEDEF, Résumé d'enquête concernant les Philippines au titre de l'article 8 du Protocole facultatif de la Convention (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/PHL/1).

concernant le *Canada*, le Comité constate les discriminations intersectionnelles dont souffrent les femmes aborigènes au Canada et conclut qu'en négligeant d'enquêter rapidement et minutieusement sur le degré élevé de violence subie par les femmes aborigènes, y compris les disparitions et les meurtres, le Canada a commis une grave violation des droits protégés par la Convention[80]. Dans son rapport d'enquête concernant le *Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord*, le Comité constate que les lois criminalisant l'avortement médical et obligeant les femmes à mener leur grossesse à terme, provoquent des souffrances physiques et mentales assimilables à des traitements cruels, inhumains et dégradants, et constituent des violences liées au genre[81]. Dans son rapport d'enquête concernant le *Kirghizistan*, le Comité constate des violations graves de droits accordés par la Convention, étant donné que l'État partie n'a pas su protéger un grand nombre de femmes et de filles de la pratique de l'enlèvement de la fiancée et des violences sexuelles commises dans ce contexte, ni garantir leur droit de choisir librement leur conjoint et de ne contracter mariage que de leur libre et plein consentement, ni leur assurer un accès approprié à la justice, une protection et une assistance afin de leur permettre d'échapper au mariage forcé, les exposant ainsi à de graves souffrances physiques et mentales ou prolongeant inutilement lesdites souffrances[82]. Dans son rapport d'enquête concernant le *Mali*, le Comité constate des violations graves de droits accordés par la Convention par le manquement de cet État partie à son obligation de protéger une majorité de femmes et de filles des mutilations génitales féminines et de leur assurer un accès approprié aux soins de santé et à la justice, les exposant ainsi à de graves souffrances physiques et psychologiques, entravant la réalisation d'enquêtes et bloquant l'accès à des voies de recours pour les victimes[83].

Le Comité CDE a mené une seule procédure d'enquête, concernant le *Chili*; il conclut en constatant que l'État partie est responsable de violations graves des droits énoncés dans la Convention, compte tenu qu'au Chili, le système de protection en centre d'accueil a donné lieu, pendant une longue période, à de nombreuses atteintes aux droits de milliers d'enfants placés sous la garde de l'État[84].

---

80 CEDEF, Rapport d'enquête concernant le Canada en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif de la Convention (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/CAN/1).

81 CEDEF, Rapport d'enquête concernant le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en application de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/GBR/1), par. 72.

82 CEDEF, Rapport d'enquête concernant le Kirghizistan en application de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Doc NU CEDAW/C/OP.8/KGZ/1), par. 91.

83 CEDEF, Rapport d'enquête menée sur le Mali en application de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Doc. NU CEDAW/C/IR/MLI/1), par. 80.

84 CDE, Rapport d'enquête concernant le Chili, menée en application de l'article 13 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (Doc. NU CRC/C/CHL/IR/1), par. 115.

III. La mise en œuvre par les instruments propres au droit suisse

Les traités onusiens de protection des droits humains tels que la CEDEF et la CDE sont également mis en œuvre par des instruments propres au droit suisse. La Suisse suit la tradition moniste, selon laquelle le droit international est directement intégré au droit national (1.). Cela implique d'abord que les droits de la CEDEF et de la CDE peuvent être invoqués directement devant les autorités et tribunaux fédéraux et cantonaux dans des procédures en matière de droit de la famille, tant qu'ils remplissent les critères relatifs à l'applicabilité directe (2.). Indépendamment de l'application directe, la Constitution fédérale prévoit une obligation de mettre en œuvre les droits fondamentaux garantis par les traités onusiens dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse, y compris dans le droit civil (3.). Le droit de la famille doit finalement être interprété en conformité avec le droit international (4.) et la jurisprudence a développé des règles s'appliquant en cas de conflit entre le droit civil et le droit supérieur (5.).

1. L'intégration directe du droit international au droit national selon la tradition moniste

La Suisse s'inscrit dans la tradition moniste pour définir la relation entre le droit national et le droit international. Le droit international est ainsi directement intégré au droit national, sans qu'un acte d'intégration particulier ne soit nécessaire. La Constitution fédérale oblige la Confédération et les cantons à respecter le droit international (art. 5 al. 4 Cst.) et le Tribunal fédéral ainsi que les autres autorités sont tenus de l'appliquer (art. 190 Cst.). Dès l'instant où la Suisse ratifie un traité, celui-ci fait donc partie du droit suisse à part entière[85]. Les droits garantis par le traité qui sont d'applicabilité directe peuvent être invoqués directement devant les autorités chargées de l'application du droit et devant les tribunaux fédéraux et cantonaux. Les organes étatiques doivent veiller à respecter, protéger et mettre en œuvre les garanties des conventions dans leur domaine de compétence et doivent procéder à l'interprétation et à l'application de l'ordre juridique suisse conformément au droit international[86].

2. Les normes d'application directe

Les droits de la CEDEF et de la CDE peuvent être invoqués directement devant les autorités chargées de l'application du droit et devant les tribunaux fédéraux et cantonaux, à condition qu'ils répondent aux critères de l'applicabilité directe

85 Erika Schläppi/Jeanne Dubois, Das Übereinkommen gegen Frauendiskriminierung (CEDEF) in der familienrechtlichen Praxis: Ansätze und Möglichkeiten, FamPra.ch 2012, p. 601 ss, p. 617.

86 Judith Wyttenbach/Erika Schläppi, Frauenrechte und Kinderrechte: Welche internationalen Beschwerdeverfahren kommen in Frage?, FamPra.ch 2018, p. 429 ss, p. 431.

établis par le Tribunal fédéral. Sont considérées comme directement applicables les dispositions qui, en général et au vu de l'objet et du but du traité, sont suffisamment précises pour pouvoir être appliquées à un cas concret et servir de base à une décision[87]. Le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux, y compris ceux garantis par ces deux conventions, que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF).

Le Conseil fédéral attribue à la CEDEF un caractère surtout programmatoire[88]. De ce fait, il ne reconnaît qu'à quelques dispositions de la CEDEF une applicabilité directe[89]. Selon l'avis du Conseil fédéral, il ne peut notamment pas être exclu que le Tribunal fédéral déclare directement applicables certaines parties des art. 9 et 15, de même que des art. 7 et 16 de la Convention[90]. Pour le reste, le Conseil fédéral se fonde sur le fait que les obligations contenues dans la Convention sont énoncées de manière générale, et qu'une large marge de manœuvre est laissée aux États membres quant au choix des moyens pour les réaliser[91]. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'applicabilité directe de l'art. 6 CEDEF (suppression du trafic des femmes et de l'exploitation de la prostitution des femmes)[92] et ne s'est pas encore exprimé quant à d'autres dispositions de la Convention. Il est cependant possible de déduire de la pratique générale de notre Haute Cour que les dispositions garantissant des droits civils et politiques sont en principe directement applicables, tandis que tel n'est pas le cas pour les dispositions garantissant des droits sociaux[93].

Conformément à cette pratique, le Conseil fédéral a admis l'applicabilité directe des normes de la CDE garantissant des libertés classiques, telles qu'elles sont déjà inscrites en faveur de toute personne dans le Pacte II de l'ONU et dans la CEDH. Les termes de l'art. 2 CDE, selon lequel les États parties «respectent [...] et garantissent» sans discrimination les droits de l'enfant, indiquent selon le Conseil fédéral que les auteurs de la Convention n'ont pas voulu exclure l'applicabilité directe de ces dispositions[94]. Le Tribunal fédéral a quant à lui reconnu l'applicabilité directe de l'art. 7 par. 1 (droit à la

87 ATF 145 I 308, c. 3.4.1 (n.t.); 140 II 185, JdT 2014 I p. 218 (trad.), c. 4.2; 136 I 297 c. 8.1 (n.t.); 133 I 286, c. 3.2.

88 Conseil fédéral, Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 23 août 1995, FF 1995 V 869, p. 880, 893 et 895. Cf. ég. Schläppi/Dubois (note 85), p. 616; Wyttenbach/Schläppi (note 40), N 24.

89 Conseil fédéral, Message CEDEF (note 88), p. 880, 893 et 895; Wyttenbach/Schläppi (note 40), N 24.

90 Conseil fédéral, Message CEDEF (note 88), p. 895.

91 Conseil fédéral, Message CEDEF (note 88), p. 893. Cf. ég. ATF 137 I 305, JdT 2012 I p. 47 (trad.), c. 3.2; Schläppi/Dubois (note 85), p. 614.

92 ATF 145 I 308, c. 3.4.4 (n.t).

93 Wyttenbach/Schläppi (note 16), p. 72, faisant référence aux ATF 135 I 161; 126 I 240; 122 I 101; 121 V 246; 120 Ia 1.

94 Conseil fédéral, Message CDE (note 22), p. 22.

connaissance de ses origines)[95], de l'art. 12 (droit d'être entendu)[96] de l'art. 37 CDE (droits des enfants privés de liberté)[97] et implicitement aussi de l'art. 2 CDE[98]. L'art. 3 CDE (intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale) n'est cependant selon le Tribunal fédéral pas directement applicable[99].

3. *La mise en œuvre des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique*

La mise en œuvre des droits humains dans le droit civil est aussi assurée par l'art. 35 al. 1 Cst. qui oblige l'État à pourvoir à la réalisation effective des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique, dans tous les domaines du droit[100]. L'art. 35 al. 2 Cst. précise quant à lui les principaux destinataires des droits fondamentaux, à savoir les organes de l'ensemble des collectivités publiques et les personnes qui assument une tâche étatique[101]. Pour le droit de la famille en tant que domaine du droit privé, le mandat constitutionnel de l'art. 35 al. 3 Cst. est particulièrement important: il oblige l'État à réaliser les droits fondamentaux dans le cadre des rapports entre particuliers[102], tant dans les contextes législatif[103], que judiciaire[104]. En est déduite une obligation pour l'État de légiférer dans le domaine du droit de la famille en vue de réaliser les garanties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations provenant des droits humains. Les tribunaux sont également tenus d'interpréter le droit de la famille de manière conforme aux droits humains.

4. *L'interprétation du droit national conforme au droit international*

L'interprétation conforme a comme but de prévenir d'éventuels conflits en harmonisant les normes juridiques internes et internationales[105]. Le fondement de

95 ATF 128 I 63 c. 3.2.2 (n.t.); 125 I 257 c. 3c (fr.).
96 ATF 124 III 90, JdT 1998 I p. 272 (trad.), c. 3a.
97 ATF 133 I 286, JdT 2011 IV p. 79 (trad.), c. 3.2.
98 ATF 141 III 312, JdT 2015 II p. 351 (trad.), 6.4.4.
99 ATF 144 II 56, c. 5.2 (fr); 136 I 297, c. 8.2 (n.t.).
100 Conseil fédéral, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 194; Jacques Dubey, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2017, N 118; Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach, Grundrechte, 3e éd., Berne 2018, par. 4 N 42.
101 Conseil fédéral, Message nouvelle constitution (note 100), p. 194; ATF 138 I 274, JdT 2013 I 3 (trad.), c. 2.2.1; Dubey (note 100), N 120; Kiener/Kälin/Wyttenbach (note 100), § 4 N 52.
102 Dubey (note 100), N 122.
103 Dubey (note 100), N 151; Kiener/Kälin/Wyttenbach (note 100), § 4 N 47 et 89.
104 Dubey (note 100), N 152.
105 ATF 145 I 308, c. 3.4.4; 134 I 105, JdT 2009 I p. 252 (trad.), c. 6; 128 IV 201, JdT 2005 IV p. 252 (trad.), c. 1.2; Conseil fédéral, Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institu-

l'interprétation conforme du droit national au droit international se trouve à l'art. 5 al. 4 Cst.[106]. Tant qu'une norme interne, qu'elle soit fédérale, cantonale ou communale, peut être interprétée de manière conforme au droit international, le conflit est évité[107]. En pratique, cela implique que les autorités compétentes doivent, dès le processus législatif, dépister les éventuelles incompatibilités entre droit interne et droit international, et formuler les dispositions internes de mise en œuvre de manière à éviter autant que possible des complications supplémentaires au niveau international[108].

Même si certaines dispositions de la CEDEF et de la CDE ne fondent pas comme telles des droits subjectifs susceptibles d'être invoqués en justice, elles s'intègrent néanmoins à l'ordre juridique objectif[109]. Conformément au principe de l'interprétation conforme, toutes les dispositions de la CEDEF et de la CDE doivent être ainsi considérées lors de l'interprétation du droit national[110]. Cette prise en considération doit intervenir sans égard à la question de leur applicabilité directe ou non, pour autant qu'elles présentent une densité suffisante et qu'elles se qualifient par conséquent comme critères d'interprétation[111]. De plus, dans le cadre de l'interprétation conforme à la CEDEF et à la CDE, les documents des organes de traités peuvent être utilisés afin d'interpréter certaines notions de la Convention, à l'image des recommandations, respectivement observations générales, des observations finales des Comités relatives aux rapports soumis par les différents États, ainsi que des constatations adoptées relatives à des communications individuelles[112].

5. *Les règles applicables en cas de conflit entre droit civil et droit supérieur*

Le mécanisme de l'interprétation conforme tend à éviter les conflits entre les normes de rang supérieur et celles de rang inférieur. La question se pose des conséquences lorsqu'une interprétation conforme n'est pas possible et que le conflit ne peut ainsi être évité.

L'art. 190 Cst. prévoit une obligation pour le Tribunal fédéral et toutes les autorités d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Les lois fédérales

---

tions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, FF 2010 2067, p. 2108; WYTTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 25.

106 ATF 134 I 105, JdT 2009 I p. 252 (trad.), c. 6; 128 IV 201, JdT 2005 IV p. 252 (trad.), c. 1.2; CONSEIL FÉDÉRAL (note 105), p. 2108; WYTTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 25.

107 CONSEIL FÉDÉRAL (note 105), p. 2108.

108 CONSEIL FÉDÉRAL (note 105), p. 2108.

109 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 893. Cf. ég. ATF 137 I 305, JdT 2012 I p. 47 (trad.), c. 3.2; SCHLÄPPI/DUBOIS (note 85), p. 614.

110 ATF 145 I 308, c. 3.4.4 (n.t.); CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 893.

111 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 893; WYTTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 26.

112 ATF 137 I 305, JdT 2012 I p. 47 (trad.), c. 6.5; TAF, F-4884/2017, 19.11.2019, c. 7.4.3.2; WYTTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 27.

sont donc immunisées, dans la mesure où on ne peut en refuser l'application *(Anwendungsgebot)*, même si elles violent les droits fondamentaux[113].

De manière générale, l'ordre juridique suisse est fondé sur le principe de la primauté du droit international sur le droit interne, en vertu de de l'art. 5 al. 4 Cst. Toutefois, ce principe a été nuancé, notamment par la pratique du Tribunal fédéral. En effet, notre Haute Cour a admis à titre d'exception, dans sa jurisprudence Schubert, qu'une loi fédérale prime sur un traité international lorsqu'elle est postérieure à ce dernier et que le législateur l'a adoptée en dérogeant consciemment et volontairement au traité concerné[114]. Cette exception a par la suite été nuancée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence PKK[115]. Selon cette dernière, le législateur ne peut pas déroger à un traité international lorsque celui-ci protège des droits fondamentaux[116].

A ce jour, il n'existe aucune décision du Tribunal fédéral tranchant un conflit entre la CEDEF ou la CDE et une législation fédérale[117]. Si on applique par analogie le raisonnement du Tribunal fédéral quant à la CEDH, les deux conventions devraient se voir reconnaître la primauté, en tout cas pour leurs droits d'application directe[118]. Cette question, encore laissée ouverte par le Tribunal fédéral, est d'importance. En effet, si le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales n'est pas possible, il n'en est pas de même du contrôle de conventionnalité de ces mêmes lois[119]. Lorsque ce dernier révèle une violation d'un droit fondamental garanti par un traité, par exemple la CEDH pour laquelle ce principe est bien établi, le Tribunal fédéral doit en refuser l'application[120].

---

113 Dubey (note 100), N 926.

114 ATF 99 Ib 39 (n.t.), c. 3 s.

115 ATF 125 II 417, SJ 2000 I p. 202.

116 ATF 125 II 417, SJ 2000 I p. 202, c. 4d. Cf. ég. ATF 128 III 113, JdT 2002 I p. 443 (trad.), c. 3; 128 IV 201, JdT 2005 IV p. 57 (trad.), c. 1.3; Dubey (note 100), N 943. Une exception qui a été élargie par la suite aux accords bilatéraux (cf. ATF 133 V 367, RDAF 2008 I p. 426, c. 11.4 ss; 141 II 436, RDAF 2016 II p. 374, c. 4.1).

117 Pour la CEDEF: Wyttenbach/Schläppi (note 40), N 30.

118 ATF 125 II 417, SJ 2000 I p. 202; 128 III 113, JdT 2002 I p. 443 (trad.), c. 3; Wyttenbach/Schläppi (note 40), N 30.

119 Wyttenbach/Schläppi (note 40), N 30.

120 ATF 125 II 417, SJ 2000 I p. 202; 128 III 113, JdT 2002 I p. 443 (trad.), c. 3; Dubey (note 78), N 946; Wyttenbach/Schläppi (note 40), N 30.

C. Les apports de la CEDEF

I. Les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CEDEF

Il est essentiel de comprendre les spécificités des garanties d'égalité et d'interdiction de la discrimination en vertu de la CEDEF pour saisir toute la portée des obligations de la Suisse dans la mise en œuvre de ces garanties dans le domaine du droit de la famille.

1. Les caractéristiques de la protection contre les discriminations en vertu de la CEDEF

L'art. 1 CEDEF contient la définition de la notion de «discrimination à l'égard des femmes» telle qu'elle figure dans le titre de la Convention:

> «Aux fins de la présente Convention, l'expression [discrimination à l'égard des femmes] vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.»

Comme cette formulation le précise, la spécificité de la protection de la CEDEF contre les discriminations réside dans son caractère asymétrique[121]: l'interdiction de la discrimination à l'égard des femmes, inscrite à l'art. 1 CEDEF, ne protège en principe explicitement que les femmes (et les filles)[122]. Le Comité explique cette orientation comme suit:

> «La Convention va au-delà de la notion de discrimination évoquée dans de nombreux textes normatifs nationaux et internationaux. Alors que ceux-ci interdisent la discrimination fondée sur le sexe et protègent tant les hommes que les femmes contre tout traitement fondé sur des distinctions arbitraires, injustes et/ou injustifiables, la Convention vise essentiellement la discrimination à l'égard des femmes, soulignant qu'elles ont souffert et continuent de souffrir de diverses formes de discrimination simplement à cause de leur sexe[123].»

---

121 Eléonor Kleber, article 1 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 24; Erika Schläppi/Reto Locher, Allgemeine Kommentierung von Art. 1, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 32.

122 Kleber (note 121), N 25.

123 CEDEF, Rec. gén. nº 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 5.

Malgré son caractère asymétrique, le Comité CEDEF reconnaît qu'une amélioration de la condition féminine peut seulement être atteinte en luttant également contre les stéréotypes visant les garçons et les hommes. Il se prononce par exemple en faveur de politiques publiques encourageant les jeunes hommes à choisir des professions «typiquement féminines»[124] et incitant les pères à une parentalité active[125].

La protection contre les discriminations en vertu de la CEDEF est en outre de caractère indépendant et non-accessoire, comme celle de l'art. 26 Pacte II de l'ONU. Ainsi, l'interdiction de la discrimination se réfère également à la législation dans des domaines qui ne sont pas explicitement mentionnés par la Convention[126].

2. *L'interprétation de la notion de «discrimination à l'égard des femmes» et sa critique*

L'interprétation de la notion de «discrimination à l'égard des femmes» ancrée à l'art. 1 CEDEF et sous-tendant la Convention a évolué dans le temps. En 2010, dans sa Recommandation générale n° 28, le Comité CEDEF élargit la notion en distinguant discrimination fondée sur le sexe et discrimination fondée sur le genre[127]:

> «Bien que la Convention ne vise que la discrimination fondée sur le sexe, la lecture de l'article premier en parallèle avec les articles 2 f) et 5 a) montre qu'elle se rapporte également à la discrimination à l'égard des femmes fondée sur le genre. Le mot [sexe] s'entend ici des différences biologiques entre l'homme et la femme. Le mot [genre] renvoie à l'identité, aux attributs et au rôle de la femme et de l'homme, tels qu'ils sont définis par la société, et à la signification sociale et culturelle que la société donne aux différences biologiques, ce qui engendre des rapports hiérarchiques entre femmes et hommes et se traduit par une répartition du pouvoir et des droits favorable aux hommes et désavantageux pour les femmes.»

A première vue réceptive aux théories de la discrimination développées par les études genre en droit, cette argumentation du Comité CEDEF souffre cepen-

---

124 CEDEF, Obs. fin. Allemagne, n° 7–8/2017 (Doc. NU CEDAW/C/DEU/CO/7–8), par. 34.a; Obs. fin. Barbades, n° 5–8/2017 (Doc. NU CEDAW/C/BRB/CO/5–8), par. 32 (c); Obs. fin. Biélorussie, n° 8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BLR/CO/8), par. 31.e.

125 CEDEF, Obs. fin. Arménie, n° 5–6/2016 (Doc. NU CEDAW/ARM/CO/5–6), par. 25.c; Obs. fin. République Tchèque, n° 6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CZE/CO/6), par. 17. Pour plus d'exemples, cf. Michelle Cottier, article 5 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 25.

126 Kleber (note 121), N 19; Erika Schläppi/Judith Wyttenbach/Silvia Ulrich, Teil 1: Das Übereinkommen, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 33.

127 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), par. 5.

dant de limitations. En évoquant la «signification sociale et culturelle que la société donne aux différences biologiques», le Comité maintient en effet l'idée d'une distinction claire entre corps féminins et corps masculins[128]. Les études genre permettent de penser la relation entre «sexe» et «genre» différemment: en admettant que le genre est un processus social de partition (hommes/femmes) et de hiérarchisation (positionnant les hommes au-dessus des femmes, l'hétérosexualité au-dessus de l'homosexualité), le sexe, c'est-à-dire les «différences biologiques», apparaissent tout comme le genre comme une construction sociale[129]. Plus encore, les études genre démontrent que c'est précisément la naturalisation de la dualité qui rend possible la persistance des discriminations fondées sur le genre[130]. C'est l'idée d'une différence sexuelle immuable et naturelle qui est non seulement à la base des hiérarchies entre hommes et femmes, mais également des discriminations à l'encontre des personnes de toute identité de genre, orientation sexuelle et expression de genre qui ne se conforment pas aux normes de la binarité homme-femme, de la masculinité et féminité «standard» et de l'hétérosexualité[131].

La pratique du Comité CEDEF s'est considérablement développée depuis ses remarques théoriques sur l'interprétation des termes de sexe et de genre dans le cadre de sa Recommandation générale n° 28 de 2010, mais le bilan reste mitigé. Dans ses observations finales, le Comité critique les préjugés à l'égard des personnes LGBTI. Ces préjugés sont implicitement considérés comme étant une cause profonde des violences à leur encontre[132]. Le Comité dénonce en outre la pratique de la stérilisation forcée des personnes transgenres[133] ainsi que les interventions chirurgicales sur les enfants intersexués destinées à corri-

128 Lucy Chebout, Queering International Law. Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Dimensionen von Geschlecht, in: Ulrike Lembke (éd.), Menschenrechte und Geschlecht, Baden-Baden 2014, p. 132 ss; Dianne Otto, International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism, in: Margaret Davies/Vanessa E. Munro (éd.), The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory, Ashgate, Farnham, 2013, p. 197.

129 Éléonore Lépinard/Marylène Lieber, Les théories en études du genre, Paris 2020, p. 15.

130 Louise Langevin, Couvrez ce genre que le droit ne saurait voir. La difficile circulation du concept féministe de genre dans la langue juridique, Canadian Journal of Women and the Law 2016, p. 469 ss; Darren Rosenblum, Unsex CEDAW, or What's wrong with Women's Rights, Columbia Journal of Gender and Law 2011, p. 98 ss, p. 104.

131 Otto (note 128).

132 Par exemple CEDEF, Obs. fin. Biélorussie, no 8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BLR/CO/8), par. 46: «[l]e Comité est préoccupé par la généralisation dans la société, et dans la police notamment, de la discrimination, de la stigmatisation et de la violence dont sont victimes les lesbiennes, bisexuelles et personnes transgenres», voir également CEDEF, Obs. fin. Pays-Bas, no 6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/NLD/CO/6), par. 23.f; Obs. fin. Estonie, no 5–6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/EST/CO/5–6), par. 36.c; Obs. fin. Turquie, no 7/2016 (Doc. NU CEDAW/C/TUR/CO/7), par. 32.f.

133 CEDEF, Obs. fin. Suisse, no 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), par. 38.d.; Obs. fin. Slovaquie, no 5–6/2015 (Doc. NU CEDAW/C/SVK/CO/5–6), par. 37.c; Obs. fin. Belgique, no 7/2014 (Doc. NU CEDAW/C/BEL/CO/7), par. 45; Obs. fin. Finlande, no 7/2014 (Doc. NU CEDAW/C/FIN/CO/7), par. 29.b.

ger des «anomalies» des organes génitaux[134]. Le Comité CEDEF demande également la reconnaissance «des modèles familiaux non-traditionnels autres que le mariage, notamment les unions homosexuelles et les unions libres»[135]. Mais en même temps, le Comité CEDEF est plus réticent que d'autres organes onusiens de protection des droits humains à l'égard de la reconnaissance des droits SOGIESC *(«sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics»)*[136]. Plus important encore, il continue à traiter les discriminations basées sur l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles en tant que discriminations séparées de la discrimination de sexe/genre, au lieu de les considérer comme une possible expression de cette discrimination[137]. C'est pourquoi le Comité traite les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité ou l'expression de genre comme un problème de discrimination intersectionnelle, en considérant les «femmes lesbiennes, bisexuelles, transgenres ou intersexuées» comme sous-groupes de femmes[138].

Le Comité CEDEF reconnaît en effet explicitement des discriminations multiples ou intersectionnelles[139]. Dans sa Recommandation générale n° 18 de 1991 sur les femmes handicapées, il se montre préoccupé par la situation des femmes handicapées et des femmes âgées, qui souffrent d'une double discrimination en raison de leur sexe et de leurs conditions de vie particulières[140]. La Recommandation générale n° 27 de 2010 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'êtres humains recommande aux États parties de tenir compte de la nature pluridimensionnelle de la discrimination à l'égard des femmes et de s'assurer que le principe d'égalité entre les sexes s'applique tout au long du cycle de vie des femmes, dans la loi comme dans la pratique[141].

Dans une perspective plus générale, le Comité souligne dans sa Recommandation générale n° 28 de 2010 relative à l'art. 2 CEDEF, l'importance de s'intéresser aux liens entre la discrimination fondée sur le sexe ou le genre et d'autres

134 CEDEF, Obs. fin. Pays- Bas, no 6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/NLD/CO/6), par. 21.e; Obs. fin. France, no 7–8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/FRA/CO/7–8), par. 18.f.

135 CEDEF, Obs. fin. Lituanie, n° 6/2019 (Doc. NU CEDAW/C/LTU/CO/6), par. 45.a. Cf. également *infra* II.3.b.

136 ILGA/Kseniya Kirichenko, United Nations Treaty Bodies: References to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics, Genève, 2017. Voir cependant la reconnaissance de ces discriminations par le Comité CDE, *infra* D.I.1.

137 Cf. pour la critique Dianne Otto, Queering Gender [Identity] in International Law, Nordic Journal of Human Rights 2015, p. 299–318.

138 Par exemple CEDEF, Obs. fin. Guatemala, n° 8–9/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GTM/CO/8–9), par. 11.a; Obs. fin. Estonie, no 5–6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/EST/CO/5–6), par. 29.i.

139 Cf. Eleonor Kleber, La discrimination multiple. Etude de droit international, suisse et européen, Genève 2015, p. 91 ss; Lorena Sosa, Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence Against Women. At the Centre Or the Margins?, Cambridge 2017, p. 61 ss.

140 Rec. gén. n° 18/1991 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. II)).

141 Rec. gén. n° 27/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/27).

facteurs de discrimination. Il utilise le terme de «formes superposées de discriminations»:

> «Le fait que les phénomènes de discrimination se recoupent est fondamental pour l'analyse de la portée des obligations générales que fixe l'article 2. La discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles. Elle peut frapper des femmes appartenant à ces groupes à des degrés différents ou autrement que les hommes. Les États parties doivent prévoir légalement ces formes superposées de discrimination et l'effet cumulé de leurs conséquences négatives pour les intéressés, et ils doivent les interdire. Il leur faut également adopter et mettre en place des politiques et des programmes visant à éliminer ces formes de discrimination, et prendre s'il y a lieu des mesures temporaires spéciales conformément au paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention et à la Recommandation générale no 25[142].»

Ce passage témoigne de la prise de conscience au niveau de la protection internationale des droits humains de l'importance d'une analyse intersectionnelle des discriminations. Le *concept de l'intersectionnalité* a été développé par Kimberlé Crenshaw[143] en 1989 afin de critiquer la jurisprudence de l'époque aux États-Unis, qui concevait la discrimination de la femme noire en tant que discrimination se basant soit sur le sexe, soit sur la race, ne parvenant pas à saisir de manière adéquate l'expérience spécifique à l'intersection de ces deux catégories de discrimination[144]. Le concept de l'intersectionnalité permet d'éviter un modèle qui considère que les différentes catégories de discrimination sont exclusives ou s'ajoutent simplement l'une à l'autre. Il s'agit au contraire de reconnaître que l'intersection de différentes catégories de discrimination peut créer une nouvelle situation de désavantage non réductible à chaque discrimination prise isolément[145].

3. Les obligations des États parties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations dans le contexte de la CEDEF

Malgré les limitations que nous venons d'évoquer, le Comité CEDEF a considérablement enrichi l'interprétation de la Convention, au vu des développements juridiques et théoriques en matière d'égalité et de protection contre les

---

142 CEDEF, Rec. gén. nº 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), par. 18.

143 Kimberlé Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum 1989/1, p. 139–167; Kimberlé Crenshaw, Les «voyages de l'intersectionnalité», in: Farinaz Fassa/Eléonore Lépinard/Marta Roca i Escoda (éd.), L'intersectionnalité: Enjeux théoriques et politiques, Paris, 2016, p. 29 ss.

144 Farinaz Fassa/Eléonore Lépinard/Marta Roca i Escoda, L'intersectionnalité: pour une pensée contre-hégémonique in: Farinaz Fassa/Eléonore Lépinard/Marta Roca i Escoda (éd.), L'intersectionnalité: Enjeux théoriques et politiques, Paris, 2016, p. 7 ss.

145 Kleber (note 139), p. 559; Sosa (note 139), p. 250.

discriminations. Le texte de la Convention peut en effet être compris comme un «living instrument», un instrument dynamique, évoluant avec son temps[146].

Le Comité CEDEF formule, dans sa Recommandation générale n° 25, un concept innovant de l'égalité et de l'interdiction de la discrimination, qui constitue selon le Comité le cadre interprétatif général de l'ensemble des articles de fond de la Convention.[147] Le Comité se base sur les art. 1 à 5 et 24 CEDEF et distingue trois types différents d'obligations des États parties, qui correspondent à trois concepts différents d'égalité[148].

La première obligation des États parties correspond à la *lutte contre les discriminations directes ainsi que les discriminations indirectes*[149]. Dans sa Recommandation générale n° 28 le Comité précise ces notions:

> «La discrimination directe s'entend d'un traitement différent explicitement fondé sur le sexe et les particularités sociales liées au sexe. La discrimination indirecte se produit quand une loi, une politique, un programme ou une pratique semble neutre du point de vue des rapports hommes-femmes mais a en pratique un effet discriminatoire pour les femmes parce que la mesure en apparence neutre ne prend pas en compte les inégalités préexistantes. Cette discrimination indirecte peut de surcroît exacerber les inégalités existantes en question s'il n'est pas tenu compte des modes de discrimination structurels et historiques ni de l'inégalité des rapports de pouvoir entre femmes et hommes[150].»

L'interdiction des *discriminations directes* vise l'*égalité formelle* et demande un traitement semblable de ce qui est semblable[151]. Dans le contexte de la CEDEF, une discrimination directe se définit par un traitement défavorable des femmes ou filles sur la base du critère du sexe, non justifié par des circonstances objectives et raisonnables[152]. A titre d'*exemples* de discriminations directes peuvent être mentionnées les pratiques consistant à exiger des candidates à un emploi qu'elles se soumettent à un test de grossesse[153], ou un régime successoral qui empêche les femmes d'hériter de tout bien à la mort de leur mari[154]. Une discrimination multiple ou intersectionnelle peut également être directe,

146 CEDEF, Rec. gén. no 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), par. 2.
147 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 6.
148 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 7.
149 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 7.
150 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), par. 16.
151 Kleber (note 121), N 8.
152 Cf. Schläppi/Locher (note 121), N 21; Daniel Moeckli, Equality and Non-Discrimination, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (éd.), International Human Rights Law, 3e édition, Oxford 2017, p. 148, p. 155 s.
153 Cf. Karine Lempen, article 11 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 31.
154 Cf. CEDEF, E.-S. et S.-C. c. Tanzanie, n° 48/2013(2015) (Doc. NU CEDAW/C/60/D/48/2013), par. 7.6; CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38), par. 35.

comme les discriminations des femmes aborigènes que le Comité CEDEF a constaté dans son rapport d'enquête concernant le *Canada*[155].

L'interdiction de la discrimination indirecte est l'expression d'une conception de *l'égalité matérielle (substantielle, effective)*, comme elle vise à dépasser les inégalités qui persistent dans les faits. Une *discrimination indirecte* intervient quand l'application d'une norme qui est d'apparence neutre a pour effet de toucher les femmes d'une manière disproportionnée et négative[156]. A titre d'*exemples* de discriminations indirectes peuvent être mentionnés les régimes de sécurité sociale subordonnant l'octroi de prestations au versement de cotisations liées à une activité lucrative[157] ou l'interdiction du port de vêtements religieux dans les lieux publics, qui d'apparence neutre a dans les faits un impact désavantageux sur les femmes musulmanes en particulier[158]. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une discrimination intersectionnelle indirecte.

La deuxième obligation correspond à l'amélioration de la condition féminine de fait par des politiques et des programmes concrets[159]. Cette obligation vise, comme l'interdiction de la discrimination indirecte, l'*égalité matérielle*[160]. Parmi les *exemples* de politiques et programmes concrets figurent les mesures temporaires spéciales telles que les quotas, visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femme (art. 4 par. 1 CEDEF)[161].

La troisième obligation vise la transformation de la société et repose ainsi sur une *conception transformative de l'égalité de genre*. Selon le Comité CEDEF:

> «[L]a troisième [obligation est] d'aménager les relations qui prédominent entre les sexes et de lutter contre la persistance des stéréotypes fondés sur le sexe qui sont préjudiciables aux femmes et dont les effets se manifestent non seulement au niveau des

155 CEDEF, Rapport d'enquête concernant le Canada en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif de la Convention (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/CAN/1), par. 219.

156 Rebecca J. Cook/Verónica Undurraga, Article 12 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary, Oxford 2012, p. 326.

157 Cf. Lempen (note 153), N 75.

158 Fareda Banda, Article 10 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary, Oxford 2012, p. 253 ss, p. 273; Barbara Wilson/Louise Patry, article 10 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 11.

159 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 7.

160 Frances Raday, Article 4 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary, Oxford 2012, p. 123 ss, p. 126.

161 Maya Hertig Randall, article 4 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 25; Regula Kägi-Diener, Allgemeine Kommentierung von Art. 4, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 3, 12.

> comportements individuels mais également dans la législation, les structures juridiques et sociales et les institutions[162].»

La conception transformative aborde les dynamiques d'inégalité au niveau sociétal et culturel et envisage leur abolition par des mesures structurelles[163]. La Convention poursuit ainsi le but d'une transformation sociétale, permettant, selon l'interprétation que nous avons proposée ailleurs[164], à tout être humain d'exercer ses droits fondamentaux sans rencontrer des obstacles créés par les stéréotypes de genre. Dans ce sens, la Convention, et notamment son art. 5 let. a, oblige les États parties à prendre des mesures adaptées aux différents domaines des droits humains et libertés fondamentales spécifiques, tels que l'éducation (art. 10), la santé (art. 12) et notamment la famille (art. 16)[165].

Le niveau structurel de l'égalité de genre est également visé par les Objectifs de développement durable (ODD) et notamment l'objectif 5 «Parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles»[166]. Plus récemment, le Comité CEDEF a commencé à interroger les États parties sur leur action en la matière[167]. Les listes de points et de questions du Comité adressées aux États parties en vue de l'établissement de leurs rapports périodiques englobent des questions y relatives[168] et les observations finales contiennent dorénavant la formulation suivante:

> «Le Comité se félicite du soutien apporté par la communauté internationale aux objectifs de développement durable et appelle au respect de l'égalité des genres en droit et en fait, conformément aux dispositions de la Convention, dans tous les aspects de la mise en œuvre du Programme de développement durable à l'horizon 2030. Il souligne l'importance de l'objectif 5 et de la prise en compte systématique des principes d'égalité et de non-discrimination dans la réalisation des 17 objectifs. Il encourage vivement l'État partie à prendre acte du rôle moteur des femmes dans le développement durable du pays et à adopter des politiques et des stratégies en ce sens[169].»

---

162 CEDEF, Rec. gén. nº 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 7. Cf. ég. Judith Wyttenbach, Allgemeine Kommentierung von Art. 5, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 10.

163 Karine Lempen, Droit, in: Catherine Achin/Laure Bereni (éd.), Dictionnaire genre & science politique, Paris 2013, p. 190 ss, p. 202.

164 Cf. Cottier (note 125), N 28.

165 Rebecca Cook/Simone Cusack, Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives, Philadelphia, 2011, p. 75.

166 ‹https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/›.

167 Cf. Patricia Schulz, article 20 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 23.

168 Cf. par exemple CEDEF, Liste de points et de questions établie avant la soumission du huitième rapport périodique de la Grèce (Doc. NU CEDAW/C/GRC/QPR/8), par. 24.

169 Cf. par exemple CEDEF, Obs. fin. Lettonie, nº 4–7/2021 (Doc. NU CEDAW/C/LVA/CO/4–7), par. 7.

II. La concrétisation en matière de droit de la famille

La CEDEF ainsi que la pratique et la doctrine y relatives concrétisent les garanties en matière d'égalité et de non-discrimination pour le droit de la famille. Il s'agit de présenter un aperçu des dispositions topiques de la Convention en matière de droit de la famille (1.) pour ensuite approfondir l'interprétation des art. 5 (2.) et 16 CEDEF (3.), dispositions visant spécifiquement ce domaine du droit.

1. Un aperçu des dispositions topiques de la Convention

Le préambule ainsi que différentes dispositions de la CEDEF se réfèrent directement au droit de la famille et permettent une concrétisation des principes de l'égalité et de la non-discrimination pour ce domaine du droit.

Le 13e paragraphe du préambule témoigne du fait que la CEDEF vise à éliminer non seulement les discriminations dans la relation entre l'individu et l'État mais également les violations des droits des femmes qui interviennent dans la sphère privée[170]. Le 14e paragraphe souligne que les rôles traditionnels attribués aux hommes et aux femmes dans la famille font partie des causes principales des discriminations sur la base du sexe et du genre[171].

L'art. 1 CEDEF, contenant la définition de la notion de discrimination à l'égard des femmes sous-tendant la Convention, fait référence à l'état matrimonial comme critère de discrimination, ce qui est unique dans les traités internationaux et régionaux de protection des droits humains[172].

L'art. 5 CEDEF traite de problématiques centrales pour le droit de la famille: les stéréotypes assignant des rôles spécifiques aux femmes et aux hommes dans la famille, et la répartition inégalitaire des responsabilités liées à la parentalité. La portée de cette disposition sera en conséquence approfondie plus en détail *infra*[173].

L'art. 9 CEDEF demande aux États d'accorder aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne leur nationalité et celle de leurs enfants. Les États parties doivent notamment garantir que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage, ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari (art. 9 par. 1 CEDEF).

---

170 Marc Verdussen/Noémie Cambier, Préambule CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 43.

171 Wyttenbach (note 162), N 9.

172 Kleber (note 121), N 35 ss.

173 *Infra* 2.

L'art. 11 par. 2 let. c CEDEF a un lien étroit avec le droit de la famille dans la mesure où il vise la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité dans le contexte du travail et demande aux États parties d'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants.

L'art. 14 CEDEF oblige les États parties à tenir compte des problèmes particuliers qui se posent aux femmes dans les zones rurales. Dans le contexte du droit de la famille, l'art. 14 par. 2 let. g CEDEF est particulièrement important dans la mesure où il garantit l'égalité de traitement des femmes en relation avec l'accès aux terres. Des règles discriminatoires concernant la division des biens au moment du divorce peuvent avoir pour effet d'exclure les femmes de l'accès aux terres[174].

L'art. 15 par. 1 CEDEF oblige les États parties à reconnaître à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi. Le but de ce paragraphe est de supprimer tout biais de genre dans l'ensemble du système juridique, et en particulier dans le domaine du droit de la famille[175]. Selon l'art. 15 par. 2 CEDEF les États parties doivent accorder aux femmes le même traitement à tous les stades de la procédure judiciaire, garantissant ainsi l'égalité en matière d'accès à la justice, y compris la justice en matière de droit de la famille[176].

L'art. 16 CEDEF est finalement, après l'art. 5 CEDEF, la deuxième disposition centrale relative au droit de la famille, raison pour laquelle nous la traiterons également dans un sous-chapitre spécial en ce qui suit (*infra* 3).

2. *L'art. 5 CEDEF en particulier*

L'art. 5 let. a CEDEF oblige les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de

---

174 CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38), par. 28; Fareda Banda, Article 14 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary, Oxford 2012, p. 374 s.; Martina Caroni/Fanny de Weck/Nicole Scheiber, Umsetzung von Art. 14 in der Schweiz, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 19 ss.

175 Savitri W. E. Goonesekere, Article 15 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary, Oxford 2012, p. 387 ss, p. 393; Sandrine Rohmer, article 15 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 33.

176 Voir également CEDEF, Rec. gén. n° 33/2015 (Doc. NU CEDAW/C/GC/33) sur l'accès des femmes à la justice, par. 45 s relatifs aux recommandations pour le droit de la famille.

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. La famille est un des domaines associés à des stéréotypes quant aux rôles des hommes et femmes. Dans la majorité des États parties, les femmes sont considérées comme les principales responsables de la famille et des soins familiaux non rémunérés[177]. Dans sa pratique, le Comité explique la répartition inégalitaire des tâches familiales par la division genrée des sphères publiques et privées. Il renvoie aux dichotomies reproduction-production et privé-public, qui sont à la base de l'assignation de la sphère privée et de la reproduction aux femmes, et du domaine public et de la production aux hommes:

> «Les sphères publique et privée de l'activité humaine ont toujours été considérées comme distinctes et ont été réglementées en conséquence. Invariablement, les femmes se sont vu assigner les tâches relevant du domaine privé ou familial, liées à la reproduction et à l'éducation des enfants et, dans toutes les sociétés, ces tâches ont été considérées comme inférieures. A l'inverse, les activités publiques, qui sont variées, respectées et honorées ne relèvent pas du domaine privé ou familial. Les hommes ont toujours dominé la vie publique et exercé le pouvoir afin de tenir les femmes à l'écart de la sphère publique et dans un état de subordination en les reléguant au domaine privé[178].»

La division genrée entre sphère publique et sphère privée a un impact négatif sur la participation des femmes à la vie publique et politique[179].

L'art. 5 let. b CEDEF est spécifiquement dédié à la répartition inégalitaire des responsabilités liées à la parentalité. L'idée de base de cette disposition est d'éliminer les stéréotypes liés à la maternité et de rendre responsables les deux parents des soins aux enfants et de leur éducation[180]. L'art. 5 let. b CEDEF précise également que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant demande notamment qu'un décalage entre l'idéal de la répartition égalitaire et une pratique sociale persistante de répartition inégale des tâches liées à la parentalité ne mène pas à des désavantages pour l'enfant. Dans plusieurs observations finales, y compris celles concernant la Suisse, le Comité CEDEF se montre en effet préoccupé que la préférence pour la garde partagée en droit de la famille pourrait se traduire par une réduction des pensions alimentaires dues à l'enfant, sans un mécanisme

177 CEDEF, Obs. fin. Turquie, nº 7/2016 (Doc. NU CEDAW/C/TUR/CO/7), par. 28; Obs. fin. Islande, nº 7–8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/ISL/CO/7–8), par. 47.

178 CEDEF, Rec. gén. nº 23/1997 (reproduit in: Doc. NU A/52/38/Rev. 1), par. 8.

179 CEDEF, Obs. fin. Bhoutan, nº 8–9/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BTN/CO/8–9), par. 22; Obs. fin. Burundi, nº 5–6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BDI/CO/5–6), par. 30; Obs. fin. Suisse, nº 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), par. 30.b; Obs. fin. Albanie, nº 4/2016 (Doc. NU CEDAW/C/ALB/CO/4), par. 41; Obs. fin. Vanuatu, nº 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/VUT/CO/4–5), par. 18.

180 Cottier (note 125), N 62.

apte à garantir que la garde partagée, c'est-à-dire la prise en charge de l'enfant par les deux parents de manière égalitaire, soit effectivement pratiquée[181]. L'intérêt supérieur de l'enfant est également invoqué par le Comité pour critiquer le fait que certains pays n'appliquent pas le principe consistant à accorder à des parents non mariés le même statut que celui des époux, les enfants nés de telles unions ne jouissant pas toujours des droits identiques aux enfants nés dans le mariage[182]. La même critique est énoncée par le Comité CDE sur la base de l'art. 2 CDE[183].

3. L'art. 16 CEDEF en particulier

L'art. 16 CEDEF vise plus particulièrement le droit de la famille et prévoit une obligation pour les États contractants de prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer toute discrimination dans les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux.

a. Un texte conventionnel axé sur l'égalité formelle

Une première lecture du texte de l'art. 16 par. 1 CEDEF permet de constater qu'il est principalement axé sur l'égalité formelle entre les femmes et les hommes dans tous les aspects du mariage et de la dissolution du mariage. L'art. 16 par. 2 vise l'abolition du mariage d'enfants:

Il s'agit de la disposition principale de la Convention dédiée au droit de la famille, dont la teneur est la suivante:

«1. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme:

a) le même droit de contracter mariage;
b) le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement;
c) les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution;
d) les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale;
e) les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits;
f) les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans

181 CEDEF, Obs. fin. Suisse, nº 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), par. 48; Obs. fin. Canada, nº 8–9/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CAN/CO/8–9), par. 52.
182 CEDEF, Rec. gén. nº 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/47/38), par. 19.
183 Cf. *infra* D.II.2.

la législation nationale; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale;

g) les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne le choix du nom de famille, d'une profession et d'une occupation;

h) les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

2. Les fiançailles et les mariages d'enfants n'ont pas d'effets juridiques et toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, sont prises afin de fixer un âge minimal pour le mariage et de rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel.»

b. Le développement d'une approche orientée vers l'égalité matérielle et transformative par le Comité

Dans sa pratique, le Comité CEDEF a considérablement développé l'interprétation de la Convention en matière de droit de la famille en ajoutant à l'égalité formelle et à l'accent sur l'abolition de toute discrimination directe, explicitement visés par l'art. 16 CEDEF, une approche orientée vers l'égalité matérielle et transformative, en cohérence avec le cadre interprétatif général de la Convention[184]. Il a aussi élargi sa notion de «famille» vers des formes non-traditionnelles.

Deux recommandations générales du Comité CEDEF précisent la portée de l'art. 16 CEDEF: la Recommandation générale n° 21 relative à l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux de 1994[185], et la Recommandation générale n° 29 sur l'art. 16 CEDEF, relative aux conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution de 2013[186].

En vue de notre analyse du droit suisse de la famille sous l'angle de la CEDEF, il est d'abord intéressant de relever le constat du Comité dans sa Recommandation générale n° 21 selon lequel, dans les États parties, l'union libre (hétérosexuelle) n'est en général pas du tout protégée par la loi. La législation devrait cependant, selon le Comité, assurer à la femme dans cette situation l'égalité avec l'homme, dans la famille et dans le partage des revenus et des biens[187]. Dans la même logique, dans sa Recommandation générale n° 29, le Comité recommande aux États parties de «mettre en place un système *de jure* et *de facto* égalitaire, dans lequel les hommes et les femmes partagent à égalité les avantages et les coûts économiques du mariage et de l'union libre et supportent à parts égales les conséquences économiques de la dissolution de ceux-ci»[188]. Les États sont en particulier vivement encouragés à garantir «la possibi-

184 Cf. *supra* C.I.3.
185 CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38).
186 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29).
187 CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38), par. 18.
188 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8, 9.

lité que l'une des parties paie certains montants après la séparation ou le divorce pour que les situations financières soient égalisées»[189].

En ce qui concerne les unions civiles (du type partenariat enregistré ou pacte civil de solidarité), le Comité demande aux États parties qui les prévoient dans leur législation de garantir l'égalité de droits, de responsabilités et de traitement aux deux conjoints dans les domaines économiques régis par la législation relative à ce type d'union[190].

L'approche du Comité CEDEF en matière d'unions de même sexe est en pleine évolution: dans sa Recommandation générale n° 29, le Comité constate d'abord que les États parties où les unions homosexuelles ne sont pas acceptées sur les plans juridique, social et culturel, sont nombreux. Néanmoins, là où ces unions sont reconnues, sous forme d'union libre, d'union civile ou de mariage, l'État partie est, selon le Comité, tenu de veiller à la protection des droits économiques des femmes ayant contracté des liens de ce type[191]. Dans ses observations finales plus récentes, le Comité semble cependant pousser ses recommandations plus loin, en demandant la reconnaissance «des modèles familiaux non-traditionnels autres que le mariage, notamment les unions homosexuelles et les unions libres»[192] et en demandant d'harmoniser le traitement de toutes les femmes, y compris dans les unions de fait et les relations homosexuelles, en ce qui concerne la répartition des biens lors de la dissolution de leur union ou de la relation, et la reconnaissance de la paternité en cas de procréation médicalement assistée, ainsi que l'adoption des beaux-enfants, quel que soit leur état civil[193]. Cependant, cette approche visant l'égalité de traitement des unions homosexuelles avec les unions hétérosexuelles est réservée aux pays du Nord global, ce qui montre sa limite dans la mesure où les inégalités les plus grandes se posent précisément pour les couples de femmes dans les pays où les unions entre personnes du même sexe ne sont pas reconnues, voire persécutées[194]. Pour les pays du Sud global, le Comité CEDEF se montre préoccupé par le recours au droit coutumier pour régir le mariage et les relations familiales[195]; il recommande d'adopter un droit de la famille qui vise à défendre l'égalité dans le mariage et les relations familiales, notamment en ce qui concerne la garde des en-

189 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29, par. 47.
190 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29, par. 29.
191 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29, par. 24.
192 CEDEF, Obs. fin. Lituanie, n° 6/2019 (Doc. NU CEDAW/C/LTU/CO/6), par. 45.a.
193 CEDEF, Obs. fin. Luxembourg, n° 6–7/2018 (Doc. NU CEDAW/C/LUX/CO/6–7), par. 52.a.
194 Cf. Mathias Möschel, La famille: «Unité fondamentale» de discriminations? in: Diane Roman (sous la dir.), La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, Paris, 2014, p. 219 ss, p. 238. Il nous semble que la pratique du Comité a considérablement progressé depuis. Cf. également Marie-Laure Papaux van Delden, article 16 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 25 N 31.
195 CEDEF, Obs. fin. Kiribati, n° 1–3/2020 (Doc. NU CEDAW/C/KIR/CO/1–3), par. 31.a; Obs. fin. Zimbabwe, n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/ZWE/CO/6), par. 41.

fants et l'égalité des droits des femmes et des hommes en matière de propriété et d'héritage des terres et d'autres biens matrimoniaux[196], ou au moins de veiller à ce que les lois et pratiques coutumières soient conformes à la Convention[197].

Le Comité recommande finalement une approche large, englobant la politique familiale et les structures sociales en général, précisant que «du point de vue des conséquences économiques du mariage et de l'union libre, il faut, pour garantir l'égalité de fait, aborder des questions telles que la discrimination dans les domaines de l'éducation et de l'emploi, la possibilité de concilier contraintes professionnelles et contraintes familiales ainsi que les obstacles à l'émancipation économique des femmes que constituent les stéréotypes sexistes et les rôles dévolus à chacun des deux sexes»[198].

L'art. 16 CEDEF ne traite pas expressément de la protection contre la violence domestique, mais ce droit peut être déduit de son chapeau[199]. Dans sa Recommandation générale n° 19, actualisée par la Recommandation n° 35 sur la violence sexiste à l'égard des femmes, le Comité CEDEF reconnaît explicitement que la violence à l'encontre des femmes, se produisant dans les sphères de l'interaction humaine publique ou privée, constitue une discrimination au sens de l'art. 1 CEDEF[200]. Dans ses observations finales, le Comité se montre notamment préoccupé par des informations indiquant que la recherche d'un arrangement équilibré pour la garde des enfants prime parfois sur l'intérêt supérieur de l'enfant, faisant potentiellement abstraction du problème de la violence domestique[201].

III. Les implications pour le droit de la famille suisse

Comme nous venons de le constater, l'interprétation de la CEDEF en matière de relations familiales a considérablement évolué. Quelles sont les implications pour le droit de la famille suisse? Est-ce que des adaptations au niveau législatif

---

196 CEDEF, Obs. fin. Kiribati, n° 1–3/2020 (Doc. NU CEDAW/C/KIR/CO/1–3), par. 32.a.; Obs. fin. Afghanistan, n° 3/2020 (Doc. NU CEDAW/C/AFG/CO/3), par. 35.b.

197 CEDEF, Obs. fin. Zimbabwe, n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/ZWE/CO/6), par. 42.c. Pour une discussion approfondie de la pratique du Comité CEDEF en matière de droit coutumier de la famille cf. Möschel (note 194), p. 241 ss; Papaux van Delden (note 194).

198 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8.

199 Papaux van Delden (note 194), N 25; Monika Pfaffinger/Domino Hofstetter, Umsetzung von Art. 16 in der Schweiz, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 77; Dagmar Richter, Allgemeine Kommentierung von Art. 16, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 24.

200 CEDEF, Rec. gén. n° 19/1992 (reproduite in: Doc. NU A/47/38), par. 7; Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), par. 1, par. 20. Cf. ég. CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38), par. 40.

201 CEDEF, Obs. fin. Liechtenstein, n° 5/2018 (Doc. NU CEDAW/C/LIE/CO/5/Rev.1), par. 41.

sont nécessaires? *Quid* d'une interprétation du droit suisse conforme au droit international dans le cadre de la pratique des tribunaux et autorités[202]?

Nous nous intéresserons en ce qui suit d'abord aux points et questions que le Comité CEDEF a adressés à la Suisse en novembre 2019 en relation avec le droit de la famille avant la soumission de son sixième rapport périodique, ainsi qu'aux réponses données par la Confédération (1.), pour ensuite proposer notre analyse des implications pour le droit de la famille, dans une perspective plus large, des différentes composantes du principe de l'égalité et de la protection contre les discriminations telles qu'elles découlent de l'interprétation actuelle de la CEDEF (2.).

1. Les questions du Comité CEDEF relatives au droit de la famille et les réponses de la Confédération

En novembre 2019, le Comité CEDEF a adressé à la Suisse une liste de points et de questions (*list of issues prior to reporting*, LOIPR)[203], en conformité avec la procédure simplifiée de présentation des rapports[204]. Sur cette base, la Suisse a présenté son sixième rapport périodique[205].

Le droit de la famille est visé principalement par les questions du par. 24 LOIPR[206]:

> «Donner des renseignements sur les mesures prises en vue: a) de remédier aux disparités économiques entre femmes et hommes après un divorce ou une séparation; b) de fixer un niveau plancher pour les pensions alimentaires; c) d'assurer le suivi de la mise en œuvre sur le terrain des dispositions relatives à la garde partagée; d) de veiller à ce que les rapports familiaux non traditionnels, y compris les unions de fait et les unions homosexuelles, soient pleinement reconnues en droit, conformément aux recommandations générales du Comité n° 21 (1994) sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux et n° 29 (2013) sur les conséquences économiques du mariage et des liens familiaux et de leur dissolution.»

---

202 Cf. *supra* B. III.

203 CEDEF, LOIPR Suisse, n° 6/2019 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/QPR/6).

204 Cf. *supra* B. II. 3.

205 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6).

206 Outre ces questions plus spécifiques du par. 24 LOIPR, les questions et réponses suivantes touchent à des questions en lien avec le droit de la famille: par. 5, 12 et 13 (Accès à la justice/ Violence à l'égard des femmes fondée sur le genre: amélioration de l'accès à la justice en ce qui concerne la protection contre la violence, les menaces et le harcèlement selon l'article 28b CC), 11 (Pratiques préjudiciables: mesures pour combattre les mutilations génitales féminines), 19 (Santé: débureaucratisation du changement de sexe et de prénom dans le registre de l'état civil), et 20 (Avantages économiques et sociaux: nouvelle ordonnance sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille (OAiR)), Annexe 2 (Informations complémentaires en lien avec la pandémie de COVID-19: tâches supplémentaires liées à l'enseignement scolaire à domicile et à la réduction des possibilités portées prioritairement par les femmes; violences domestiques pendant le confinement). Elles ne seront pas approfondies dans le cadre de cette contribution.

Dans sa réponse officielle, le Conseil fédéral explique d'abord les raisons pour lesquelles plusieurs des recommandations précédentes du Comité CEDEF en matière de droit de la famille n'ont pas été suivies. Le Conseil fédéral fait (implicitement) référence aux observations finales du Comité CEDEF du 25 novembre 2016 sur les quatrième et cinquième rapports périodiques combinés de la Suisse, qui déplorait le fait que la révision du droit de l'entretien de l'enfant n'ait pas introduit le principe du partage du déficit au niveau fédéral et n'ait pas fixé dans le Code civil une contribution d'entretien minimale pour chaque enfant, pour remédier au problème des disparités économiques entre les sexes après le divorce[207]. Le gouvernement suisse retient à cet égard qu'il s'agit d'un problème qui ne peut pas être résolu par le droit civil fédéral uniquement et que le droit de l'assistance publique est du ressort des cantons[208]. En matière d'harmonisation des règles relatives aux avances sur contributions d'entretien, le Conseil fédéral mentionne l'initiative parlementaire Piller Carrard 19.459 à laquelle la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a cependant décidé de ne pas donner suite entretemps[209]. Le Conseil fédéral considère en outre que depuis l'entrée en vigueur de la révision du droit de l'entretien de l'enfant, les enfants de parents non mariés sont placés à égalité avec les enfants de parents mariés en matière d'entretien[210].

S'agissant de la garde alternée, le Conseil fédéral se dit dans l'impossibilité de mesurer les effets des nouvelles dispositions du Code civil en l'absence de données statistiques[211]. Dans ses observations finales de 2016 relatives aux quatrième et cinquième rapports de la Suisse, le Comité CEDEF s'était en effet montré préoccupé «par le fait que la préférence pour la garde partagée pourraient se traduire par une réduction du nombre d'ordonnances de pension alimentaire pour enfant, sans un mécanisme pour garantir que la garde partagée est effectivement pratiquée et refléter la réalité de l'allocation de temps et de coûts entre les parents»[212].

En ce qui concerne les rapports familiaux non-traditionnels, le Conseil fédéral retient que depuis le 1er janvier 2018, les partenaires enregistrés et concubins peuvent adopter l'enfant de la personne avec laquelle ils sont en couple (art. 264*c* CC), supprimant une inégalité de traitement et sécurisant sur le plan juridique la relation entre l'enfant et le partenaire de son père ou de sa mère. Il concède cependant que l'adoption conjointe d'enfants tiers demeure interdite aux couples homosexuels, mais qu'elle pourrait néanmoins devenir admissible

207 CEDEF, Obs. fin. Suisse nº 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), par. 48.
208 CEDEF, Rapport suisse nº 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 181 s.
209 ‹https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190459›; CEDEF, Rapport suisse nº 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 183.
210 CEDEF, Rapport suisse nº 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 185.
211 CEDEF, Rapport suisse nº 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 184.
212 CEDEF, Obs. fin. Suisse, nº 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), par. 48.

si le mariage était ouvert à tous les couples[213]. Dans ce contexte, le rapport constate qu'un certain nombre de différences subsistent entre le mariage et le partenariat enregistré. En outre, en communiquant leur état civil, les partenaires enregistrés donnent des informations sur leur orientation sexuelle, ce qui peut être stigmatisant. L'ouverture du mariage à tous les couples pourrait selon le Conseil fédéral améliorer cette situation[214].

2. *La mise en œuvre de toutes les composantes du principe de l'égalité et de la protection contre les discriminations*

Le rapport suisse touche à une série de problèmes importants de mise en œuvre de la CEDEF dans le droit de la famille suisse, mais n'explicite pas les discriminations au sens de la Convention qui persistent dans notre pays. Pour cette raison, nous proposons une analyse du droit de la famille en vigueur suivant la systématique des composantes du principe de l'égalité et de la protection contre les discriminations utilisées par le Comité CEDEF dans son cadre interprétatif général[215]: l'égalité formelle, l'égalité matérielle et l'égalité transformative.

a. *L'égalité formelle*

L'égalité formelle telle qu'elle est visée par la CEDEF interdit un traitement défavorable des femmes sur la base du critère du sexe ou du genre, non justifié par des circonstances objectives et raisonnables[216]. Les grandes réformes du droit de la famille suisse du XXe siècle avaient en partie pour but d'abolir les discriminations directes à l'égard des femmes. La réalisation de l'égalité formelle entre femmes et hommes était notamment le premier objectif de la réforme du droit matrimonial entrée en vigueur en 1988[217]. Cette réforme abandonnait les normes qui attribuaient des rôles différents au mari et à la femme telles que l'art. 160 CC-1912, qui donnait au mari le rôle de «chef de l'union conjugale», l'art. 161 CC-1912, selon lequel la femme «dirige le ménage» et l'art. 167 CC-1912, qui soumettait l'exercice d'une profession par la femme au «consentement exprès ou tacite du mari». Depuis la réforme de 1988, le droit matrimonial est formulé de manière épicène, ne distinguant plus de conséquences juridiques du mariage différenciées selon le sexe.

---

213 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 186.

214 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 187. Le Parlement a entretemps adopté la modification du 18 décembre 2020 du Code civil (Mariage pour tous), donnant accès à l'adoption conjointe aux couples de même sexe mariés, FF 2020 9607. Cependant, le référendum a été déposé et la modification sera soumise au vote populaire, cf. ‹https://www.rts.ch/info/suisse/12111831-la-pma-un-enjeu-du-referendum-contre-le-mariage-pour-tous-depose-lundi-a-berne.html› (consulté le 15 avril 2021).

215 Cf. *supra* C.I.3.

216 Cf. *supra* C.I.3.

217 Conseil fédéral, Message concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179, p. 1189 ss.

Le nouveau droit du nom est un autre exemple: le Code civil, dans sa version de 1912, consacrait la primauté du nom du mari et du père[218]. Deux réformes du droit du nom, entrées en vigueur en 1988[219] et en 1994[220] ont apporté certaines améliorations, en particulier par l'introduction d'un choix de noms pour les personnes mariées. L'égalité formelle complète entre femmes et hommes a finalement été atteinte par le biais de la dernière réforme entrée en vigueur le 1er janvier 2013[221].

Des discriminations directes persistent cependant. Un exemple de discrimination directe sur la base du critère du sexe et de l'état matrimonial *de lege lata* est l'exclusion de la mère de l'enfant, à la différence de son mari, de la *qualité pour agir en désaveu de paternité* dans le contexte de l'établissement de la filiation dans le mariage[222]. Cette différence de traitement a perdu sa justification fondée sur la protection de l'institution du mariage et constitue une violation de l'interdiction de la discrimination sur la base des critères du sexe et de l'état matrimonial (art. 1 CEDEF) ainsi qu'une violation de l'obligation d'assurer aux femmes «les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants» (art. 16 let. d CEDEF)[223].

La *discrimination intersectionnelle directe*, c'est-à-dire le traitement défavorable de certains groupes de femmes à l'intersection du sexe et d'autres motifs de discrimination, est également interdite en vertu de la CEDEF[224].

Le traitement défavorable des *femmes lesbiennes*[225] par le droit de la famille suisse peut notamment être qualifié de discrimination intersectionnelle directe. Le Comité CEDEF demande en effet aux États parties, au moins du Nord glo-

---

218 Art. 161, art. 270 CC-1912.

219 Conseil fédéral, Message droit matrimonial (note 217), p. 1227 ss.

220 Introduction de l'art. 177a dans l'OEC, complétant l'ancien art. 30 al. 2 CC, cf. Margareta Baddeley, Le droit du nom suisse: état des lieux et plaidoyer pour un droit «libéré», FamPra.ch 2020, p. 613 ss, p. 614.

221 Loi fédérale du 30 septembre 2011 (Nom et droit de cité), en vigueur depuis le 1er janv. 2013, RO 2012 2569; FF 2009 6843 6851. Dans les faits, les statistiques relatives au choix du nom démontrent cependant que 70% des couples s'en tiennent toujours à la tradition du nom de famille commun et que dans 96% des cas, c'est la femme qui renonce à son nom, cf. Fleur Weibel, Kein gemeinsamer Name mehr? Auswirkungen des Schweizer Namensrechts auf die Namenswahl heute heiratender Paare, FamPra.ch 2018, p. 959 ss.

222 Cf. art. 256 CC; ATF 108 II 344, c. 1.a. (fr.); ATF 122 II 289, JdT 1998 I 93 (trad.), c. 1.c. Critique: Ingeborg Schwenzer/Michelle Cottier, art. 256 CC, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Bâle/Genève/Munich 2018, N 6; Martina Rusch/Antje Götschi, art. 256 CC, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (éd.), Kurzkommentar ZGB, 2e édition, Bâle 2018, N 5; Philippe Meier/Martin Stettler, Droit de la filiation, 6e édition, Genève/Zurich/Bâle 2019, N 103.

223 Dans ce sens également Pfaffinger/Hofstetter (note 199), N 150; Papaux van Delden (note 194), N 82. Pour les différences de traitement en matière de paternité sous l'angle de la protection de l'enfant contre les discriminations (art. 2 CDE) cf. *infra* D.III.2.b.

224 Cf. *supra* C.I.3.

225 Les discriminations des femmes lesbiennes constituent selon le Comité CEDEF des discriminations intersectionnelles (multiples, croisées), cf. *supra* C.I.2.

bal, d'harmoniser le traitement de toutes les femmes, y compris dans les relations homosexuelles[226]. Certaines inégalités de traitement des femmes lesbiennes dans le droit de la famille suisse ont été abolies par les réformes récentes: la révision du droit de l'adoption, entrée en vigueur en 2018, a notamment ouvert l'adoption de l'enfant aux partenaires enregistrées (de même sexe) et partenaires de vie de même sexe ou de sexe opposé (art. 264*c* CC)[227]. Des inégalités de traitement persistent: les couples de femmes sont *de lege lata* exclus de la procréation médicalement assistée[228]. Le bien de l'enfant, qui a été mis en avant par le législateur au moment de l'adoption de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) comme raison pour l'exclusion des couples de femmes du don de sperme[229], ne peut plus servir de justification. Les études en sciences sociales montrent que le bien de l'enfant ne dépend pas de la constellation familiale, mais de la qualité de la relation entre les parents et les enfants[230]. A l'intersection du critère du genre et du critère de l'état matrimonial, visé explicitement par l'art. 1 CEDEF[231], les *femmes vivant dans une relation de facto avec un homme* sont également touchées par une discrimination directe par leur exclusion du don de sperme[232].

La situation juridique pour les familles lesbiennes sera nettement améliorée par la modification du 18 décembre 2020 du Code civil ouvrant le mariage aux couples de même sexe: sous la condition de l'adoption de la réforme par le peuple, un nouvel art. 255a CC introduira la présomption de parentalité pour l'épouse de la mère de l'enfant[233]. Une réinterprétation de l'art. 119 al. 2 let. c Cst. permettra en outre l'accès au don de sperme aux couples de femmes mariées[234]. Cependant, pour les couples de femmes non mariées, le lien de filiation avec la deuxième mère de l'enfant, même si l'enfant est le résultat d'un projet parental commun avec la mère juridique de l'enfant, devra toujours être établi par le biais de l'adoption. L'accès au don de sperme reste fermé pour les

226 CEDEF, Obs. fin. Luxembourg, nº 6–7/2018 (Doc. NU CEDAW/C/LUX/CO/6–7), par. 52.a.

227 Loi fédérale du 17 juin 2016 (Droit de l'adoption), en vigueur depuis le 1er janv. 2018, RO 2017 3699; Conseil fédéral, Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du Code civil (droit de l'adoption), FF 2015 835, p. 865 s.

228 Cf. art. 3 al. 2 let. a Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11).

229 Message relatif à l'initiative populaire «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)» et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, FF 1996 III 197, p. 244.

230 Benoît Schneider/Olivier Vecho, Le développement des enfants adoptés par des familles homoparentales: une revue de la littérature, Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence 2015, p. 401 ss; cf. également Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine CNE, Le don de sperme, Prise de position no 32/2019, Berne 2019, p. 20.

231 Cf. *supra* C.II.1.

232 Cf. art. 3 al. 3 LPMA: seul un couple marié peut recourir à un don de sperme.

233 FF 2020 9607.

234 Cf. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019, FF 2019 8127, 8141.

couples de femmes non mariées. En outre, la présomption de parentalité ne s'appliquera pas aux couples de femmes mariées ayant eu recours à un don de sperme à l'étranger ou à un don de sperme privé[235]. La justification mise en avant pour ces inégalités de traitement est discutable. Selon l'analyse du Conseil fédéral, il s'agit de protéger le droit de l'enfant à connaître son ascendance qui serait en danger lorsque le don de sperme a lieu dans un pays où il peut être anonyme, ou quand la conception est naturelle[236]. Cette argumentation convainc guère, dans la mesure où des enfants continueront à naître suite à des dons de sperme à l'étranger ou des dons de sperme privés (qui sont plus fréquents dans ces constellations familiales que la «conception naturelle») et l'exclusion de l'établissement de la filiation entre la deuxième mère et l'enfant dès sa naissance n'est pas apte à assurer l'accès aux informations relatives au donneur de sperme. Les études empiriques montrent en outre que les parents de même sexe sont plus soucieux que les parents de sexe opposé d'informer leurs enfants de leurs origines génétiques[237].

b. L'égalité matérielle

D'importantes lacunes de mise en œuvre de la CEDEF existent en outre dans le droit de la famille suisse en ce qui concerne la réalisation de l'*égalité matérielle*. Ce principe exige d'abord de s'abstenir de *discriminations indirectes* par l'application d'une norme d'apparence neutre mais qui a pour effet de toucher les femmes ou un groupe de femmes d'une manière disproportionnée et négative. L'égalité matérielle demande également *l'amélioration de la condition féminine de fait* par des politiques et des programmes concrets[238].

Un domaine du droit de la famille qui pourrait réaliser l'égalité matérielle dans ce sens est le *droit de l'entretien*. Certains éléments de la législation en vigueur dans ce domaine mettent effectivement en œuvre le but de l'égalité matérielle: la réforme récente du droit de l'entretien de l'enfant améliore notamment la situation quant à la compensation des conséquences économiques de la répartition inégale du travail de *care* à la dissolution de l'union libre[239]. Si un pa-

---

235 Cf. Cécile Crevoisier/Michelle Cottier, Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare. Aktuelle und zukünftige Rechtslage in der Schweiz und Reformbedarf, FamPra.ch 2021 (en cours de publication).

236 Conseil fédéral, Initiative parlementaire Mariage civil pour tous. Rapport du 30 août 2019 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Avis du Conseil fédéral FF 2020 1223, p. 1226; Prises de position de la conseillère fédérale Karin Keller-Sutter, BO CN 2020, 889 s., 2414 s., BO CE 2020, 1110 s., 1114.

237 Susan Golombok, Modern Families, Cambridge 2015, p. 114; Tabitha Freeman *et al.*, Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor, Human Reproduction, Volume 24, Issue 3, 1 March 2009, p. 505 ss.

238 Cf. *supra* C.I.3.

239 Michelle Cottier/Johanna Muheim, Travail de care non rémunéré et égalité de genre en droit de la famille suisse. Une évaluation critique du nouveau droit de l'entretien de l'enfant, RDS 2019 I, p. 61 ss., p. 77.

rent réduit son taux d'activité pour s'occuper de l'enfant, l'autre parent doit lui verser – en tant que composante de l'entretien de l'enfant – une contribution de prise en charge (art. 276 al. 2, art. 285 al. 2 CC). Cependant, le niveau de protection reste moins élevé pour les parents non mariés comparé à celui des parents mariés ou divorcés. Selon l'interprétation du nouveau droit par le Message du Conseil fédéral, confirmé par le Tribunal fédéral, la contribution de prise en charge n'a pas pour but de compenser toutes les conséquences économiques d'une répartition inégalitaire du travail de *care* entre les deux parents, mais seulement de permettre au parent qui prend en charge l'enfant de manière prépondérante de couvrir ses frais de subsistance[240]. Une partie des coûts indirects de l'enfant, à savoir la réduction des perspectives de carrière et des avoirs de prévoyance professionnelle[241], n'est ainsi pas compensée. Une compensation de ces coûts indirects est cependant prévue après le divorce par le biais de l'entretien selon l'art. 125 al. 2 ch. 6 CC[242], et du partage des avoirs de prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC). Le législateur suisse a ainsi choisi de ne pas suivre la Recommandation générale n° 29 du Comité CEDEF qui recommande aux États parties de «mettre en place un système *de jure* et *de facto* égalitaire, dans lequel les hommes et les femmes partagent à égalité les avantages et les coûts économiques du mariage et de l'union libre et supportent à parts égales les conséquences économiques de la dissolution de ceux-ci»[243]. Le Comité CEDEF, dans ses observations sur le troisième rapport périodique de la Suisse de 2009, s'était en effet montré préoccupé par le fait que les femmes vivant en union libre en Suisse n'ont pas de droits économiques ni de protection lorsque cette relation prend fin[244]. De nombreuses voix de la doctrine suisse se prononcent en faveur d'une meilleure réglementation des communautés de vie de fait, fondée sur la répartition des tâches parentales au sein du couple[245]. Le législateur a cependant refusé de suivre cette recommandation jusqu'à présent [246].

---

240 Cf. ATF 144 III 377, SJ 2018 I 467 (trad.), c. 7; TF, 5A_311/2019 du 11 novembre 2020 (destiné à la publication, n.t.), c. 6.1. Pour une critique de cette jurisprudence sous l'angle de l'égalité matérielle cf. Cottier/Muheim (note 239), p. 77 ss.

241 Michael Gerfin *et al.*, Le coût des enfants en Suisse, Etude réalisée sur mandat de l'Office fédéral de la statistique, Neuchâtel mars 2009, p. 6 s.

242 Selon le Tribunal fédéral, une des fonctions de l'entretien selon l'art 125 al. 2 ch. 6 CC reste sous le nouveau droit notamment de combler les lacunes de prévoyance après divorce, cf. ATF 144 III 481, JdT 2019 II 179 (trad.), c. 4.8.3.

243 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8, 9.

244 CEDEF, Obs. fin. n° 3/2009 (Doc. NU CEDEF/C/CHE/CO/3), par. 41.

245 Cf. notamment Andrea Büchler, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, FamPra.ch 2014, pp. 797 ss, pp. 802 ss; Sabrina Hohl, Sollten nichteheliche Lebensgemeinschaften rechtlich geregelt werden?, FamPra.ch 2016, pp. 637 ss, p. 640 ss; Rita Trigo Trindade/Sandrine Tornare, La société simple au chevet des unions libres, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Delden/Bénédict Foëx (éd.), Le droit en question, Mélanges Baddeley, Genève 2017, p. 271 ss, p. 274 s.; Michelle Cottier/Cécile Crevoisier, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, PJA 2012, p. 33 ss, p. 43.

246 Conseil fédéral, Rapport sur la modernisation du droit de la famille suite au postulat Fehr (12.3607), Mars 2015, p. 28 ss.

La mise en œuvre de la CEDEF oblige néanmoins la Suisse à réaliser dans le droit de la famille une répartition égalitaire de tous les coûts indirects de l'enfant, indépendamment de l'état civil des parents, dans le sens d'une égalité matérielle[247].

c. *L'égalité transformative*

L'égalité transformative aborde les dynamiques d'inégalité au niveau sociétal et culturel et envisage l'abolition des stéréotypes liés au genre (art. 5 let. a CEDEF). La Convention poursuit ainsi, dans son interprétation actualisée, le but d'une transformation sociétale, permettant à tout être humain d'exercer ses droits fondamentaux sans rencontrer d'obstacles créés par les stéréotypes de genre, y compris les stéréotypes sur l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, et les caractéristiques sexuelles, ainsi que les stéréotypes intersectionnels[248].

Une approche transformative s'impose notamment suite à la réforme actuelle du droit de l'état civil qui permettra de modifier l'inscription du sexe au registre de l'état civil sur simple déclaration, sans attestation médicale[249]. Cette réforme réalise le principe de l'autodétermination en matière d'identité de genre. Cette amélioration de la situation juridique des personnes transgenres et intersexes, également évoquée dans la liste de points et de questions du Comité CEDEF et la réponse du Conseil fédéral[250], soulève la question de ses implications pour le droit de la filiation: le droit suisse en vigueur ne reconnaît pas toujours les personnes transgenres ou intersexes dans le rôle parental qui correspond à leur identité de genre et désigne par exemple comme «mère» un homme qui a donné naissance à un enfant et qui est considéré par tous les membres de la famille comme le père[251]. De surcroît, le titre huitième du Code civil sur les effets de la filiation (art. 270–327c CC) contient encore de nombreuses dispositions qui supposent deux parents de sexe opposé, par exemple l'art. 296 CC: «L'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère.» Une abolition de la dyade père-mère et l'introduction de rôles parentaux neutres en termes de genre permettrait aux parents transgenres d'exercer leur droit à la vie familiale sans rencontrer des obstacles créés par les stéréotypes sur l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, et les caractéristiques sexuelles, et de réaliser le but d'une transformation sociétale vers l'acceptation d'une pluralité de formes familiales.

---

247 Cf. Papaux van Delden (note 194), N 35 ss; Pfaffinger/Hofstetter (note 199), N 39 s.

248 Cf. Cottier (note 125), N 28.

249 Cf. le nouvel art. 30b CC, Code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), modification du 18 décembre 2020, FF 2020 9623 (le délai référendaire est échu sans avoir été utilisé).

250 CEDEF, LOIPR Suisse, nº 6/2019 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/QPR/6), par. 19: CEDEF, Rapport suisse nº 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 155 s.

251 Andrea Büchler/Michelle Cottier, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich. Ein Plädoyer für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade, FamPra.ch 2020, p. 875 ss, 886 s.

D. Les apports de la CDE

I. Les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CDE

Comme pour la CEDEF, il est essentiel de comprendre les spécificités de la protection contre les discriminations prévue par la CDE pour saisir toute la portée des obligations de la Suisse aux fins de sa mise en œuvre dans le domaine du droit de la famille.

1. Les caractéristiques de la clause d'interdiction des discriminations de l'art. 2 CDE

L'art. 2 CDE consacre l'interdiction de toutes formes de discrimination en relation avec les droits de la Convention:

«1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.»

L'art. 2 CDE fait partie des quatre dispositions de principe de la Convention[252]. Cependant, le Comité CDE n'a pas encore émis d'Observation générale à son égard, tandis que de tels documents existent concernant les art. 3[253] et 12 CDE[254]. Aussi, la pratique du Comité CDE en matière de non-discrimination est moins développée que celle du Comité CEDEF[255].

---

252 En font également partie le principe selon lequel, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de ce dernier doit être une considération primordiale (art. 3), le droit de l'enfant à la vie, à la survie et au développement (art. 6) et le droit de l'enfant d'être entendu et à participer à tout processus de décision qui le concerne (art. 12). Cf. CDE, Obs. gén. nº 5/2003 (Doc. NU CRC/GC/2003/5), par. 12; Noam Peleg, International Children's Rights Law: General Principles, in: Ursula Kilkelly/Tom Liefaard (éd.), International Human Rights of Children, Singapore 2019, p. 135 ss, p. 139 ss; Jean Zermatten, La Convention relative aux droits de l'enfant, in: Maya Hertig/Michel Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 315 ss, p. 324. Pour une critique, voir Karl Hanson/Laura Lundy, ‹Does Exactly What it Says on the Tin': A Critical Analysis and Alternative Conceptualisation of the So-Called General Principles of the Convention on the Rights of the Child, International Journal of Children's Rights 2017, p. 285 ss. Ces auteurs proposent une nouvelle typologie: obligations générales de mise en oeuvre *(overall implementation obligations)*: art. 4, 41, 42, 44 par. 6 CDE, et normes transversales *(cross-cutting standards)*: art. 2, 3, 5 and 12 CDE.

253 CDE, Obs. gén. nº 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14).

254 CDE, Obs. gén. nº 12/2009 (Doc. NU CRC/C/GC/12).

255 Vandenhole/Türkelli/Lembrechts (note 42), p. 55, N 2.11.

La définition générale de la discrimination s'applique également à l'art. 2 CDE: une discrimination se définit par un traitement défavorable sur la base d'un motif de discrimination, non justifié par des circonstances objectives et raisonnables[256].

La spécificité de la protection contre les discriminations de l'art. 2 CDE réside d'abord dans sa double signification. D'une part, si l'âge n'est pas explicitement mentionné à l'art. 2 CDE comme motif de discrimination, cette disposition protège l'enfant contre la discrimination en raison de son jeune âge, en comparaison avec les adultes *(«age-based discrimination»)*[257]. D'autre part, l'art. 2 CDE protège les enfants contre toute forme de discrimination, aussi pour d'autres motifs que l'âge, dans l'exercice de leurs droits garantis par la Convention.

Contrairement à la CEDEF, la protection contre les discriminations de l'art. 2 CDE ne porte pas sur un seul motif de discrimination et la liste des motifs de discrimination interdits à l'art. 2 par. 1 CDE est la même que celle des principales clauses générales d'interdiction de la discrimination[258], avec les motifs supplémentaires du handicap[259] et de l'origine ethnique[260]. En tenant

256 CDE, Obs. gén. nº 20/2016 (Doc. NU CRC/C/GC/20), par. 21 (faisant référence à CDH, Obs. gén. nº 18/1989 (reproduite in: Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)), par. 147): «Il est rappelé aux États que toute différenciation ne constitue pas une discrimination, si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs et si le but visé est légitime au regard de la Convention.»

257 Samantha Besson/Eleonor Kleber, Article 2: Non-Discrimination, in: John Tobin (éd.), The Convention on the Rights of the Child: A Commentary, Oxford 2019, p. 41 ss, p. 48; Claire Breen, The ageing of Article 2(1). The child's right to be free from age-based discrimination, in: Marit Skivenes/Karl Harald Søvig (éd.), Child Rights and International Discrimination Law. Implementing Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, Abingdon/New York 2019, p. 55 ss; Manfred Liebel, Adultism and age-based discrimination against children, in: Dagmar Kutsar/Hanne Warming (éd.), Children and non-discrimination: interdisciplinary textbook, Tallinn 2014, p. 119 ss, p. 122 ss faisant référence à CDE, Obs. gén. nº 12/2009 (Doc. NU CRC/C/GC/12).

258 Voir notamment l'art. 2 par. 2 Pacte I de l'ONU: «Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation»; et l'art. 2 par. 1 Pacte II de l'ONU: «Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.»

259 La CDE a été le premier traité fondamental des Nations Unies en matière de droits humains à inclure explicitement le handicap parmi les motifs de discrimination, cf. Elaine Sutherland, Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Non-Discrimination and Children's Rights, in: Marit Skivenes/Karl Harald Søvig (éd.), Child Rights and International Discrimination Law. Implementing Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, Abingdon/New York 2019, p. 23 ss, p. 31. La version française de la CDE utilise le terme «incapacité» mais la terminologie doit être actualisée pour correspondre à celle de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) qui traduit «disability» (le terme également utilisé par l'art. 1 par. 1 CDE) par «handicap».

260 Besson/Kleber (note 257), p. 48.

compte de la nature spécifique de la discrimination de l'enfant, la disposition se distingue cependant d'une clause générale de non-discrimination dans un instrument général des droits humains[261]. La liste des motifs de non-discrimination est non-exhaustive, comme l'indique l'ajout «ou de toute autre situation» à la fin de l'art. 2 par. 1 CDE. Outre les motifs de non-discrimination énumérés par l'art. 2 CDE, le Comité CDE reconnaît notamment[262] les discriminations fondées sur la situation de l'enfant ou de l'un de ses parents vis à vis du VIH/SIDA[263], l'appartenance à un peuple autochtone[264], le statut migratoire[265], la situation de pauvreté[266], le fait qu'un enfant est en situation de rue[267] ou sur l'orientation sexuelle et l'identité ou l'expression de genre[268]. Comme le Comité CEDEF, le Comité CDE reconnaît les discriminations multiples et intersectionnelles[269].

L'art. 2 par. 1 CDE se distingue également de la protection contre les discriminations garantie par la CEDEF dans la mesure où la clause d'interdiction de toute forme de discrimination de la CDE a un caractère dépendant et accessoire et se réfère uniquement aux droits garantis dans la Convention, à l'instar de la clause d'interdiction de discrimination de l'art. 2 par. 2 Pacte I de l'ONU[270].

L'art. 2 par. 2 CDE s'en distingue toutefois. Il protège les enfants contre la discrimination fondée sur les caractéristiques de leurs parents, de leurs représentants légaux ou des membres de leur famille[271]. Cette clause a un caractère indépendant et non-accessoire, étant donné qu'elle étend l'interdiction de la discrimination à tous les droits et domaines où une discrimination peut se produire, même si ceux-ci ne relèvent pas du champ d'application de la Convention[272]. L'art. 2 par. 2 CDE prévoit une obligation positive de prendre toutes les

---

261 Besson/Kleber (note 257), p. 48.

262 Cf. en outre la liste in: Rachel Hodgkin/Peter Newell, The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3e édition, Genève 2007, p. 24 s.

263 CDE, Rec. gén. nº 3/2003 (Doc. NU CRC/GC/2003/3), par. 9.

264 CDE, Obs. gén. nº 11/2009 (Doc. NU CRC/C/GC/11), par. 23 ss; Obs. gén. nº 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 26.

265 CDE, Obs. gén. nº 23/2017 (Doc. NU CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23), par. 53.

266 CDE, Obs. fin. Costa Rica, nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CRI/CO/5–6), par. 21.a.

267 CDE, Obs. gén. nº 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 27.

268 CDE, Obs. gén. nº 20/2016 (Doc. NU CRC/C/GC/20), par. 33 ss; Obs. gén. nº 25/2021 (Doc. NU CRC/C/GC/25), par. 11.

269 CDE, Obs. gén. nº 18/2014 (Doc. NU CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18), par. 14; Obs. gén. nº 20/2016 (Doc. NU CRC/C/GC/20), par. 21; Obs. gén. nº 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 26; Obs. gén. nº 22/2017 (Doc. NU CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22), par. 16. Pour la genèse du concept de la discrimination intersectionnelle cf. *supra* C.I.2.

270 Besson/Kleber (note 257), p. 48 ss, p. 53; Vandenhole/Türkelli/Lembrechts (note 42), p. 52 ss, N 2.01, 2.07.

271 Besson/Kleber (note 257), p. 49; Vandenhole/Türkelli/Lembrechts (note 42), p. 52, N 2.02.

272 Besson/Kleber (note 257), p. 53; Cécile Crevoisier, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status: eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen, Berne 2014, p. 164; Schmahl (note 35), art. 2 CDE, N 32.

mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents. Cette reconnaissance des discriminations de l'enfant par médiation, à cause des caractéristiques des parents, n'a pas d'équivalent dans d'autres traités fondamentaux des Nations Unies relatifs aux droits humains[273].

Le Comité CDE reconnaît dans sa pratique que la discrimination peut être directe ou indirecte et se réfère dans ce contexte à l'Observation générale nº 20 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC)[274]. Dans son Observation générale nº 21, le Comité CDE explique cette différence dans le contexte des discriminations contre les enfants en situation de rue[275]:

> «Constituent une discrimination directe, par exemple, les politiques disproportionnées qui visent à «combattre le sans-abrisme» par des mesures répressives destinées à prévenir la mendicité, l'errance, le vagabondage, la fugue ou les comportements de survie, par exemple la criminalisation des délits d'état, les opérations de nettoyage des rues ou rafles, et les actes ciblés de violence, de harcèlement et d'extorsion commis par des policiers. […] Constituent une discrimination indirecte les politiques qui ont pour effet d'exclure les enfants en situation de rue des services de base, comme la santé et l'éducation, comme le fait que ces services soient payants ou que la présentation d'une pièce d'identité soit obligatoire. Même lorsqu'ils ne sont pas écartés des services de base, les enfants en situation de rue peuvent être isolés au sein de ces systèmes.»

Finalement, l'art. 2 CDE est une disposition directement applicable qui peut être invoquée par les victimes de discrimination directement devant les instances nationales[276].

2. *Les obligations des États parties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations selon la pratique du Comité CDE*

Dans sa pratique en matière de lutte contre les discriminations dont souffrent notamment les groupes les plus vulnérables d'enfants, le Comité CDE formule des obligations à la charge des États parties qui concernent l'interdiction de toutes les formes de discrimination dans la législation nationale (a.), la réforme de la législation, des politiques et des pratiques étatiques discriminatoires (b.), les «mesures d'action positive» (c.) et les mesures de collecte de données (d.). Ce faisant, il suit la typologie des trois obligations des États parties: respecter,

---

273 Bruce Abramson, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 2: The Right of non-discrimination, Leiden 2008, p. 2 et 129; Vandenhole/Türkelli/Lembrechts (note 42), p. 52, N 2.02.

274 CDESC, Obs. gén. nº 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20) par. 10.

275 CDE, Obs. gén. nº 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 26.

276 Besson/Kleber (note 257), p. 49.

protéger et mettre en œuvre les garanties de la convention en question *(duty to respect, to protect, to fulfil)*[277].

a. L'interdiction de toutes les formes de discrimination dans la législation nationale

Dans ses observations finales adressées aux États parties à la Convention, le Comité CDE remarque régulièrement que certains motifs de discrimination expressément énoncés dans la Convention ne sont pas couverts par la législation interne, ou qu'aucune loi interdisant les discriminations n'existe, et recommande alors d'adopter une législation en vue d'interdire toutes les formes de discrimination[278].

b. La réforme de la législation, des politiques et des pratiques étatiques discriminatoires

Le Comité CDE appelle en outre les États parties à réformer les législations, politiques ou pratiques étatiques discriminatoires. Par exemple, dans son Observation générale n° 23, le Comité encourage les États parties à réformer sans attendre leur législation, leurs politiques et leurs pratiques qui sont discriminatoires à l'égard des enfants migrants et de leur famille[279]. L'Observation générale n° 21 fait des recommandations similaires pour les enfants en situation de rue[280].

Dans ses observations finales, le Comité se réfère dans ce contexte souvent à la cible 10.3 des objectifs de développement durable: «Assurer l'égalité des chances et réduire l'inégalité des résultats, notamment en éliminant les lois, politiques et pratiques discriminatoires et en promouvant l'adoption de lois, politiques et mesures adéquates en la matière»[281].

A titre d'exemples de législations discriminatoires, on peut citer la loi sur la criminalité, qui incrimine les relations sexuelles consenties entre garçons dans le cas des Îles Cook[282], la législation qui établit une discrimination à l'égard des femmes et des filles en ce qui concerne les droits successoraux sur les terres dans le cas de l'État des Tuvalu[283], ou encore la législation qui ne prévoit pas les

---

277 Cf. *supra* B.2.1.

278 Cf. par exemple CDE, Obs. fin. États fédérés de Micronésie, n° 2/2020 (CRC/C/FSM/CO/2), par. 23; Obs. fin. Tuvalu, n° 2–5/2020 (Doc. NU CRC/C/TUV/CO/2–5), par. 17; Obs. fin. État de Palestine, n° 1/2020 (Doc. NU CRC/C/PSE/CO/1) par. 21; Obs. fin. Singapour, n° 4–5/2019 (Doc. NU CRC/C/SGP/CO/4–5), par. 20; Obs. fin. Bahrain, n° 4–6/2019 (Doc. NU CRC/C/BHR/CO/4–6), par. 17.

279 CDE, Obs. gén. n° 23/2017 (Doc. NU CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23), par. 53.

280 CDE, Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 27.

281 Par exemple CDE, Obs. fin. Tuvalu, n° 2–5/2020 (Doc. NU CRC/C/TUV/CO/2–5), par. 17; Obs. fin. Singapour, n° 4–5/2019 (Doc. NU CRC/C/SGP/CO/4–5), par. 20.

282 CDE, Obs. fin. Îles Cook, n 2–5/2020 (Doc NU CRC/C/COK/CO/2–5), par. 18;

283 CDE, Obs. fin. Tuvalu, n° 2–5/2020 (Doc. NU CRC/C/TUV/CO/2–5), par. 16.a.

mêmes règles pour les garçons et les filles en ce qui concerne le lieu de résidence de l'enfant après un divorce au Bahreïn[284]. Des exemples de politiques et pratiques discriminatoires mentionnés dans l'Observation générale n° 21 sur les enfants en situation de rue sont le fait que la police refuse de prendre au sérieux les plaintes des enfants en situation de rue concernant des vols ou des violences, les traitements discriminatoires dans les systèmes de justice pour mineurs, ou le fait que des travailleurs sociaux, des enseignants ou des professionnels de santé refusent de travailler avec des enfants en situation de rue[285].

c. Les mesures d'action positive (égalité matérielle)

Pour lutter contre les discriminations, notamment à l'égard des enfants marginalisés ou se trouvant en situation de vulnérabilité, le Comité CDE préconise en outre des «mesures d'action positive»[286]. Il se réfère dans ce contexte à l'Observation générale n° 20 du Comité CDESC[287]. De telles mesures sont les activités de sensibilisation et les activités éducatives ciblant les enfants, les familles et le grand public en collaboration avec les médias, les réseaux sociaux et les dirigeants communautaires et religieux, dans le but de combattre et modifier les attitudes et pratiques discriminatoires à l'égard des enfants en général et des enfants qui sont défavorisés et marginalisés en particulier[288]. Les mesures d'action positive sont à notre sens l'expression d'une approche transformative de la discrimination, à l'image de l'approche du Comité CEDEF relative à l'art. 5 let. a CEDEF[289], sans que le Comité CDE la dénomme ainsi. Le Comité recommande aussi une formation axée sur la sensibilisation à l'attention de professionnels concernés, notamment dans l'enseignement, le travail social, les structures d'accueil pour enfants et les forces de l'ordre[290]. Le Comité CDE demande également aux États partie d'allouer les moyens financiers suffisants à ces mesures[291].

d. Les mesures de collecte de données

Dans ses observations finales, le Comité CDE recommande également d'améliorer la collecte des données relatives à la situation des enfants et recommande de veiller à ce que les données soient ventilées par âge, sexe, handicap, origine

---

284 CDE, Obs. fin. Bahrain, n° 4–6/2019 (Doc. NU CRC/C/BHR/CO/4–6), par. 33.
285 CDE, Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 26.
286 Voir SUTHERLAND (note 259), p. 29.
287 CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20) par. 8, voir la référence in: CDE, Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 27.
288 Par exemple CDE, Obs. fin. Singapour, n° 4–5/2019 (Doc. NU CRC/C/SGP/CO/4–5), par. 20; Obs. fin. Italie, n° 5–6/2019 (Doc. NU CRC/C/ITA/CO/5–6), par. 15.c.
289 Voir *supra* C.I.3.
290 CDE, Obs. fin. Singapour, n° 4–5/2019 (Doc. NU CRC/C/SGP/CO/4–5), par. 20.
291 CDE, Obs. gén. n° 19/2016 (Doc. NU CRC/C/GC/19), par. 42.

ethnique, pays d'origine ou statut de migrant, de réfugié ou de demandeur d'asile, ainsi que d'adopter des indicateurs visant à mettre en évidence, pour les combattre, les discriminations multiples et croisées à l'égard des enfants[292].

II. La concrétisation en matière de droit de la famille

La CDE ainsi que la pratique et la doctrine y relatives concrétisent le principe de la non-discrimination pour le droit de la famille. Nous présenterons un aperçu des dispositions topiques de la Convention en matière de droit de la famille (1.) pour ensuite nous intéresser à l'interdiction de toute discrimination en raison de la «situation» de l'enfant et de ses parents (art. 2 CDE) dans le droit de la filiation (2.).

1. Un aperçu des dispositions topiques de la Convention

Le préambule ainsi que différentes dispositions de la CDE se réfèrent directement à la famille ou au droit de la famille. A la différence de la CEDEF, qui vise la concrétisation des principes de l'égalité et de la non-discrimination pour ce domaine du droit, le traitement de la famille par la CDE est marqué par l'idée de la priorité des liens de l'enfant avec ses parents sur la prise en charge étatique, tout en soulignant le statut de l'enfant en tant que sujet de droits[293].

Le 5e paragraphe du préambule énonce que les États parties à la CDE sont «convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté» et selon le 6e paragraphe, ils reconnaissent «que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension».

Différentes dispositions de la Convention se réfèrent au rôle des parents et à la famille. Selon le Comité CDE, le terme «famille» doit s'interpréter au sens large en englobant les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale (art. 5 CDE)[294]. Cette formulation

292 CDE, Obs. gén. nº 5/2003 (Doc. NU CRC/GC/2003/5), par. 12; Obs. fin. Costa Rica, nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CRI/CO/5–6), par. 11.

293 Olga Khazova, International Children's Rights Law: Child and the Family, in: Ursula Kilkelly/Tom Liefaard (éd.), International Human Rights of Children, Singapore 2019,pp. 162 ss.

294 CDE, Obs. gén. nº 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14) par. 59. Dans le cadre des constatations adoptées suite à la communication individuelle contre la Belgique dans le cas du refus de visa humanitaire à une enfant prise en charge dans le cadre d'une kafala par un couple belgo-maro-

ouvre la possibilité qu'un enfant puisse avoir plus de deux parents et que ces personnes ne soient pas nécessairement dans une relation hétérosexuelle[295].

Dans le contexte du droit de la famille, l'art. 3 par. 1 CDE revêt une importance particulière. Selon cette disposition, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent ce dernier. Le Comité CDE a reconnu l'intérêt supérieur de l'enfant comme l'un des quatre principes généraux de la Convention et y a dédié son Observation générale nº 14[296]. Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale est selon cette interprétation un droit de fond, un principe juridique interprétatif et une règle de procédure[297]. Le Comité estime que les éléments dont il faut tenir compte lors de l'évaluation et de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant sont les suivants: l'opinion de l'enfant; l'identité de l'enfant; la préservation du milieu familial et le maintien des relations; la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant; la situation de vulnérabilité de l'enfant (du fait, par exemple, d'un handicap ou de son appartenance à un groupe minoritaire ou du fait qu'il est migrant ou demandeur d'asile, victime de mauvais traitements ou qu'il vit dans la rue); le droit de l'enfant à la santé; le droit de l'enfant à l'éducation[298].

L'art. 5 CDE oblige les États parties à respecter la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents (ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant) de donner à l'enfant l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice de ses droits d'une manière qui corresponde au développement des capacités de ce dernier. Cette disposition reconnaît, d'une part, l'importance primordiale des parents (et des autres personnes mentionnées par la disposition) dans la prise en charge et la protec-

---

cain, le Comité fait référence à cette observation générale et considère que l'art. 10 CDE n'oblige pas un État partie à reconnaître de manière générale le droit de réunification familiale aux enfants pris en charge sous le régime de la kafala mais estime que, dans l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant aux effets d'accepter ou de refuser la demande de séjour concernant l'enfant C. E., l'État partie est tenu de prendre en considération les liens de facto existants entre l'enfant et les auteurs (en particulier l'auteure), qui se sont développés sur la base de la kafala. CDE, Y. B. et N. S. c. Belgique, Comm. nº 12/2017 (Doc. NU CRC/C/79/D/12/2017).

295 John Tobin/Ruth McNair, Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?, International Journal of Law, Policy and the Family 2009, p. 110 ss.

296 CDE, Obs. gén. nº 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14).

297 CDE, Obs. gén. nº 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14), par. 6; Obs. gén. nº 20/2016 (CRC/C/GC/20) par. 22.

298 CDE, Obs. gén. nº 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14), par. 52–79. Pour une discussion de ces critères cf. John Eekelar/John Tobin, Article 3: The Best Interests of the Child, in: John Tobin (éd.), The Convention on the Rights of the Child: A Commentary, Oxford 2019, p. 74 ss, p. 83 ss; Vandenhole/Türkelli/Lembrechts (note 42), p. 59 ss, N 3.27.

tion des enfants[299]. D'autre part, il est fait référence aux «capacités évolutives de l'enfant» *(evolving capacities)*. Le Comité définit les capacités évolutives en tant que «principe de base qui renvoie aux processus de maturation et d'apprentissage par lesquels passent les enfants pour acquérir progressivement des compétences, la capacité de comprendre et une aptitude croissante à prendre des responsabilités et à exercer leurs droits»[300]. En reliant l'art. 5 avec l'art. 12 CDE, le concept de «capacités évolutives» a été renforcé en tant que concept participatif, ou émancipateur[301]. Compte tenu de son importance croissante dans la pratique de la mise en œuvre de la CDE, certaines voix en doctrine proposent de remplacer le droit à la vie (art. 6 CDE) par les capacités évolutives de l'enfant (art. 5 CDE) dans la liste des quatre principes généraux de la Convention[302].

L'art. 7 par. 1 CDE consacre cinq droits: le droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance ainsi que son droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Dans le contexte du droit de la famille, et notamment du droit de la filiation, ce sont surtout les deux derniers droits qui ont déployé une importance particulière. La doctrine de droit international appelle à une acception large de la définition des „parents" en l'étendant au parent biologique/de naissance de l'enfant, à ses parents génétiques/biologiques et/ou à ses parents sociaux/juridiques, qu'il y ait ou non une concordance parfaite, partielle ou absolue avec l'identité des personnes qui relèvent de chacune de ces dimensions de la parenté[303].

L'art. 8 CDE est étroitement lié à la disposition précédente et oblige les États parties à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales et d'accorder à l'enfant qui est privé des éléments constitutifs de son identité une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. Dans le cadre de son examen de nombreuses communications individuelles, relatives à la problématique des enfants migrants non-accompagnés, le Comité CDE a notamment constaté une violation de l'art. 8 CDE lorsqu'un État partie attribue à l'enfant un âge et une date de naissance différents de ceux indiqués sur les documents d'identité de ce dernier[304].

---

299 Vandenhole/Türkelli/Lembrechts (note 42), p. 59 ss, N 5.04 faisant référence à CDE, Obs. gén. nº 13/2011 (Doc. NU CRC/C/GC/13), par. 66.

300 CDE, Obs. gén. nº 20/2016 (Doc. NU CRC/C/GC/20), par. 18.

301 Gerison Lansdown, Les capacités évolutives de l'enfant, Florence 2005, p. 23 ss.

302 Hanson/Lundy (note 252), p. 301.

303 John Tobin/Florence Seow, Art. 7 The Rights to Birth Registration, a Name, Nationality, and to Know and Be Cared for by Parents, in: John Tobin (éd.), The Convention on the Rights of the Child: A Commentary, Oxford 2019, p. 237 ss, p. 259.

304 CDE, M. B. S. c. Espagne, Comm. nº 26/2017 (Doc. NU CRC/C/85/D/26/2017), par. 9.16; M. B. c. Espagne, Comm. nº 28/2017 (Doc. NU CRC/C/85/D/28/2017), par. 9.15; S. M. A. c. Espagne, Comm. nº 40/2018 (Doc. NU CRC/C/85/D/40/2018), par. 7.15.

L'art. 9 CDE est une disposition clé dans l'ensemble des droits liés à la famille[305]. Il prévoit que les enfants ont le droit de vivre et d'avoir des contacts avec leurs parents, à moins que cela ne soit pas dans leur intérêt supérieur. Son importance se remarque notamment dans le contexte de la protection de l'enfance[306]. Selon le Comité CDE, la prévention de la séparation de la famille et la préservation de l'unité familiale sont des pans importants du système de protection de l'enfance, et ont pour fondement le droit énoncé à l'art. 9 par. 1 CDE[307].

L'art. 10 CDE confère le droit au regroupement familial (par. 1) mais aussi le droit de l'enfant dont les parents résident dans des États différents d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. Le Comité CDE a constaté une violation de l'art. 10 par. 2 CDE (ensemble avec les art. 3 et 9 par. 3 CDE) suite à une communication individuelle contre le Paraguay, formulée par un père de nationalité argentine, résidant en Argentine, au nom de sa fille, résidant au Paraguay. Le Comité considère que le fait que l'État partie n'ait pas adopté de mesures effectives pour garantir le droit de la fille de maintenir de manière régulière des relations personnelles et des contacts directs avec son père a empêché l'intéressée de jouir des droits qui lui sont reconnus par la Convention[308].

L'art. 11 CDE oblige les États parties à prendre des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger. Les Conventions internationales en la matière mettent en œuvre cette obligation[309].

L'art. 12 CDE consacre le droit de l'enfant de participer à tout processus de prise de décision le concernant et le droit d'être entendu. Il fait partie des quatre dispositions de principe désignées par le Comité CDE[310]. Il garantit le respect de l'enfant en tant qu'acteur de sa vie quotidienne dont l'opinion doit être prise en compte dans toutes les décisions qui le concernent et fournit en même temps un moyen d'assurer une meilleure mise en œuvre des droits de l'enfant dans toutes les questions le concernant[311]. Le Comité CDE a dédié son Observation générale n° 12 à l'art. 12 CDE[312]. La disposition signifie pour la pratique en droit de la famille que la participation doit être comprise comme un processus dans lequel l'enfant et les adultes impliqués échangent leurs opinions, leurs intérêts et leurs attentes dans un dialogue continu, qui peut évoluer et influencer la procédure[313].

---

305 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 112 ss, N 9.01.

306 JOHN TOBIN/JUDY CASHMORE, Art. 9 The Right Not to Be Separated from Parents, in: John Tobin (éd.), The Convention on the Rights of the Child: A Commentary, Oxford 2019, p. 307 ss.

307 CDE, Obs. gén. n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14), par. 60.

308 CDE, C.R. c. Paraguay, Comm. n° 30/2017 (Doc. NU CRC/C/83/D/30/2017).

309 Voir notamment la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, RS 0.211.230.02.

310 Voir *supra* B.I.3.

311 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 143 ss, N 12.01.

312 CDE, Obs. gén. n° 12/2009 (Doc. NU CRC/C/GC/12).

313 CHRISTINA WEBER KHAN/SANDRA HOTZ, Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention in der Schweiz. Studie zu den rechtlichen Grundlagen

L'art. 18 CDE prévoit le principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. Ce principe renvoie aux stéréotypes et aux préjugés liés au rôle des hommes et des femmes que l'art. 5(b) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) vise à combattre[314]. La disposition reprend également le principe de l'importance primordiale des parents dans la prise en charge des enfants consacré à l'art. 5 CDE. Le Comité CDE reconnaît cependant dans ce contexte que les schémas familiaux varient et évoluent dans de nombreuses régions du monde, de même que la disponibilité de réseaux informels d'aide aux parents, la tendance globale étant à la diversification croissante de la taille des familles, des rôles parentaux et des systèmes d'éducation[315].

L'art. 19 CDE énonce l'obligation de protéger les enfants contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. Le Comité CDE a adopté l'Observation générale n° 13/2011 y relative, intitulée «le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence»[316].

L'art. 20 CDE énumère les droits de l'enfant placé. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui, dans son propre intérêt, ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection de remplacement. La disposition est complétée par les Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, adoptées par l'Assemblée générale de l'ONU en 2009[317].

L'art. 21 CDE prévoit les obligations des États parties en lien avec l'adoption de l'enfant, comme notamment le principe que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale en la matière.

L'art. 23 CDE traite finalement des droits des enfants handicapés. Dans son Observation générale n° 9 y relative, le Comité CDE souligne que les familles sont les mieux à même de pourvoir à l'entretien et à l'éducation des enfants handicapés, pour autant qu'elles disposent des moyens nécessaires, et énumère les différentes assistances que les États parties peuvent apporter aux familles[318].

---

und zur Praxis in neun Kantonen in den Themenbereichen Familienrecht, Jugendstrafrecht, Kindesschutz, Bildung, Gesundheit und Jugendparlamente, Berne 2019, p. 21.

314 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 203 ss, N 18.02, cf. également l'art. 16 par. 1 let. d CEDEF.

315 CDE, Obs. gén. n° 7/2005 (Doc. NU CRC/C/GC/7/Rev.1), par. 19.

316 CDE, Obs. gén. n° 13/2011 (Doc. NU CRC/C/GC/13).

317 AGNU, Rés. n° 64/142 du 28 décembre 2009 (Doc. NU A/RES/64/142).

318 CDE, Obs. gén. n° 9/2006 (Doc. NU CRC/C/GC/9), par. 41.

2. *L'interdiction de toute discrimination en raison de la «situation» de l'enfant et de ses parents (art. 2 CDE) dans le droit de la filiation*

Dans un deuxième temps la question de l'importance de l'art. 2 CDE se pose par rapport à la protection de l'enfant contre toute discrimination dans le contexte du droit de la famille. Nous mettrons l'accent sur l'interdiction de toute discrimination en raison de la «situation» *(„status")* de l'enfant et de ses parents.

Une première question est celle de la protection de l'enfant contre les discriminations en raison de sa naissance de parents non mariés. L'art. 2 par. 1 CDE mentionne explicitement le critère de la «naissance», ce qui laisserait penser qu'il vise l'abolition de la distinction entre enfants légitimes et enfants illégitimes. La question était cependant controversée lors des travaux préparatoires, et la doctrine en conclut que le critère de la «naissance» est principalement destiné à abolir les privilèges inhérents et les distinctions de classe, plutôt qu'à protéger les enfants nés hors mariage[319]. Il existe toutefois un consensus sur le fait que l'interdiction de la discrimination à l'égard des enfants nés hors mariage est à tout le moins couverte par le terme «autre situation» *(«other status»)*[320]. Dans sa pratique, le Comité CDE se montre préoccupé par les législations nationales qui qualifient les enfants nés hors mariage de façon stigmatisante d'«illégitimes» et les désavantagent, notamment en matière patrimoniale; il demande aux États parties d'adopter des mesures législatives efficaces pour mettre un terme à ces formes de discrimination[321].

L'interprétation de la convention a également évolué pour inclure dans la protection de l'art. 2 CDE l'enfant de parents LGBT. Dans ses observations finales plus récentes, le Comité CDE se montre préoccupé par l'absence de législation régularisant le statut et les droits des enfants de parents de même sexe[322] et demande aux États parties de prendre des mesures d'action positive en faveur des enfants vivant dans des familles lesbiennes, bisexuelles, gays ou transgenres[323]. Comme dans le cas des observations finales analogues du Comité CEDEF, ces recommandations sont adressées en premier lieu aux pays du Nord global[324].

Les recommandations du Comité CDE en relation avec les familles LGBT font écho aux Principes de Jogjakarta[325] et notamment au principe 24 «Le droit

---

319 Abramson (note 273), p. 106; Schmahl (note 35), art. 2 CDE, N 16.

320 Crevoisier (note 272), p. 165; Schmahl (note 35), art. 2 CDE, N 16, 26

321 CDE, Obs. fin. Tonga, nº 1/2019 (Doc. NU CRC/C/TON/CO/1), par. 21; Obs. fin. Oman, nº 3–4/2016 (Doc. NU CRC/C/OMN/CO/3–4, par. 25 s.; Obs. fin. Saint Siège, nº 2/2013 (Doc. NU CRC/C/VAT/CO/2), par. 26; Obs. fin. Japon, nº 3/2010 (Doc. NU CRC/C/JPN/CO/3), par. 33; voir Khazova (note 293), p. 168 s.

322 CDE, Obs. fin. Slovénie, nº 3–4/2013 (Doc. NU CRC/C/SVN/CO/3–4), par. 26.

323 CDE, Obs. fin. Italie, nº 5–6/2019 (Doc. NU CRC/C/ITA/CO/5–6), 15.c.

324 Cf. *supra* C.II.3.b.

325 Les Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre; disponible sur ‹https://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/› (consulté le 13 avril 2021). Les Principes de Jogjakarta sont une source de *soft law*. Ils ont été adoptés par un panel d'expert-e-s suite à un séminaire en Indonésie

de fonder une famille». Selon ce dernier: «Toute personne a le droit de fonder une famille, indépendamment de son orientation sexuelle ou de son identité de genre. Il existe différents types de familles. Aucune famille ne sera soumise à discrimination en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre de l'un de ses membres». Différents sous-principes concrétisent les obligations des États parties et leur demandent notamment de garantir le droit de fonder une famille, y compris par l'adoption ou la procréation médicalement assistée (y comprenant l'insémination artificielle avec donneur), sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (24.a.), de garantir que les lois et les politiques reconnaissent la diversité des types de famille, y compris celles qui ne sont pas définies par descendance ou mariage, et de prendre toutes les dispositions législatives et administratives, afin de garantir qu'aucune famille ne sera soumise à une discrimination en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre de l'un de ses membres (24.b.) et de garantir que dans toutes les actions et décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale, et que l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de l'enfant, d'un membre de sa famille ou d'une autre personne ne puisse pas être considérée comme incompatible avec cet intérêt supérieur (24.c.).

La CourEDH s'est également prononcée sur l'interdiction de toute discrimination en lien avec l'homoparenté; dans l'arrêt de 2013 *X. et autres c. Autriche* elle considère qu'une réglementation selon laquelle un couple de même sexe engagé dans un partenariat stable non formalisé est traité différemment d'un couple non marié de sexe opposé en ce qui concerne la question de l'adoption des beaux-enfants constitue une violation de l'art. 14 (interdiction de discrimination) combiné à l'art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la CEDH[326]. Selon la CourEDH, les États contractants ne sont cependant pas tenus d'accorder aux couples de même sexe l'accès au mariage ou à des droits spéciaux réservés aux seuls couples mariés de sexe opposé, notamment en matière d'adoption[327].

III. Les implications pour le droit de la famille suisse

Comme pour la CEDEF, la question se pose des implications des évolutions récentes en matière d'interprétation de la CDE pour le droit de la famille suisse.

---

qui s'est tenu du 6 au 9 novembre 2006. Ils ont été présentés pour la première fois devant les Nations Unies en mars 2007, cf. Andreas R. Ziegler/Julie Kuffer, Orientation sexuelle et identité de genre des mineurs en droit international, in: Berta Esperanza Hernández-Truyol/Roberto Virzo (éd.), Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori, Naples 2017, p. 77 ss, p. 84. Cf. ég. Ivana Isailovic, Children's rights and LGBTI persons' rights: some thoughts on their ‹integration›, in: Eva Brems/Ellen Desmet/Wouter Vandenhole, Children's Rights Law in the Global Human Rights Landscape: Isolation, inspiration, integration?, London/New York 2017, p. 192 ss.

326 CourEDH, 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, nº 19010/07.

327 Cf. CourEDH, 15 mars 2021, *Gas et Dubois c. France*, nº 25951/01, par. 61 ss.

Des adaptations au niveau législatif sont-elles nécessaires? *Quid* d'une interprétation du droit suisse conforme au droit international dans le cadre de la pratique des tribunaux et autorités[328]?

Nous nous intéresserons tout d'abord aux points et questions que le Comité CDE a adressés à la Suisse en novembre 2019 en relation avec le droit de la famille avant la soumission de son sixième rapport périodique ainsi qu'aux réponses données par la Confédération (1.), pour ensuite esquisser les contours d'un droit de l'établissement de la filiation sans discrimination en raison de la situation de l'enfant ou de ses parents (2.).

1. Les questions du Comité CDE relatives au droit de la famille et les réponses de la Confédération

En novembre 2019, le Comité CDE a adressé à la Suisse une liste de points et de questions (*list of issues prior to reporting*, LOIPR)[329], en conformité avec la procédure simplifiée de présentation des rapports[330]. Sur cette base, la Suisse a présenté ses cinquième et sixième rapports périodiques réunis dans un document[331].

Le droit de la filiation prend une place importante dans la liste de points et de questions, tout comme dans le rapport suisse y répondant. Des sujets récurrents sont l'adoption[332] et la gestation pour autrui[333], avec pour les deux sujets un accent particulier sur le droit à la connaissance des origines (art. 7 par. 1 CDE)[334]. Plusieurs questions s'intéressent également à la protection de l'enfant[335], et au placement de l'enfant en particulier[336].

Parmi les quatre principes généraux de la Convention (art. 2, 3, 6 et 12 CDE), seuls les art. 2 (non-discrimination), 3 (intérêt supérieur de l'enfant), et 12 CDE (droit d'être entendu) sont abordés[337].

---

328 Cf. *supra* B.III.

329 CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6).

330 Cf. *supra* B. II. 3.

331 Conseil fédéral (note 57).

332 CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 6.b, 14.b., 19, 40.c; Conseil fédéral (note 57), par. 67, 82–84, 88, 151–155.

333 CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 13.b., 19.b., 40.d; Conseil fédéral (note 57), par. 79, 155.

334 CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 14; Conseil fédéral (note 57), par. 81–89.

335 CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 15.a, 15.d; Conseil fédéral (note 57), par. 32, 91, 106.

336 CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 6.b, 12.a, 18, 40; Conseil fédéral (note 57), par. 29, 67, 132–150.

337 Le silence quant à l'art. 6 CDE confirme le constat de Hanson/Lundy (note 252), p. 301: le droit à la vie est selon ces auteurs fondamentalement important mais, heureusement, pas toujours pertinent pour la mise en œuvre d'autres dispositions de la CDE et n'a donc pas de caractère général.

La question du Comité CDE relative au principe de la non-discrimination (art. 2 CDE), qui nous intéresse particulièrement dans le contexte de la présente contribution, concerne la demande faite à la Suisse de fournir des informations sur les initiatives d'intégration sociale prises pour mettre concrètement fin à la discrimination à l'égard des enfants marginalisés et défavorisés, notamment en matière d'accès à l'éducation, s'agissant en particulier des enfants handicapés, des enfants issus de l'immigration, des enfants réfugiés et demandeurs d'asile et des enfants sans papiers. Sont également requises les informations sur les mesures prises pour éliminer la discrimination à l'égard des enfants lesbiennes, gays, bisexuels, transsexuels et intersexuels[338]. Le Conseil fédéral mentionne dans ce contexte le projet de modification du Code civil visant à permettre aux personnes transgenres ou intersexuées de faire modifier l'inscription de leur sexe et de leur prénom au registre de l'état civil sans complication bureaucratique par une simple déclaration à l'officier de l'état civil[339].

En référence à l'art. 3 CDE, le Comité réitère sa demande à la Suisse de prendre des mesures afin que l'expression «intérêt supérieur de l'enfant» soit correctement traduite dans toutes les langues officielles du pays et que sa signification juridique soit bien comprise[340]. Comme dans sa réponse à la liste des points concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse en 2014[341], le Conseil fédéral répond qu'en Suisse, le «Kindeswohl/bien de l'enfant/bene del figlio» a acquis le rang de droit constitutionnel en 2000, lors de l'introduction dans la nouvelle Constitution fédérale du droit des enfants et des jeunes à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement (art. 11 Cst.). Le Gouvernement dit regretter les discussions suscitées autour de ce terme, qui pourraient donner l'impression que les expressions «bien de l'enfant» et «intérêt supérieur de l'enfant» n'ont pas le même sens, ce qui est faux selon le Conseil fédéral[342].

Un principe général abordé de manière particulièrement approfondie par le Conseil fédéral est le droit de l'enfant d'être entendu (art. 12 CDE)[343]. Dans sa

338 CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 10. Dans ce sens déjà CDE, Obs. fin. Suisse, nº 2–4/2015 (Doc. NU CRC/C/CHE/CO/2–4), par. 24.

339 Conseil fédéral (note 57), par. 54. Cette réforme a entretemps été adoptée par le Parlement fédéral et le délai référendaire est échu sans avoir été utilisé, cf. Code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), modification du 18 décembre 2020, FF 2020 9623.

340 CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 11; cf. à cet égard Jean Zermatten, Intérêt supérieur de l'enfant, le point de vue du droit, in: Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) (éd.), Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage … et l'enfant? Sion 2017, p. 43 ss, p. 46 ss.

341 CDE, Réponses de la Suisse à la liste de points, nº 2–4/2014 (Doc. NU CRC/C/CHE/Q/2–3/Add.1), par. 39.

342 Conseil fédéral (note 57), par. 60 faisant référence à sa réponse à l'Interpellation 19.3184 «Le terme [bien de l'enfant]», déposé par Karl Vogler au Conseil national.

343 Pour les questions du Comité CDE cf. CDE, LOIPR Suisse nº 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 12.

réponse, le Conseil fédéral partage les résultats d'une étude réalisée par le Centre suisse de compétence pour les droits humains datant de 2020[344] qui constate que dans la pratique, le contenu des droits octroyés par l'art. 12 CDE n'a pas encore été saisi dans toute sa portée, cet article ne se réduisant pas à l'audition de l'enfant dans les procédures le concernant, mais englobant plusieurs formes de participation de l'enfant, telles que le droit à l'information, à la présence, à la libre formation et expression de son opinion et à la prise en compte de celle-ci, ainsi que le droit à un représentant. Le Gouvernement, dans son rapport du 2 septembre 2020[345], reconnaît que des améliorations sont possibles, principalement au niveau de l'information et de la sensibilisation. Dans la mesure des possibilités existantes, il continuera donc de soutenir les initiatives cantonales dans ces domaines[346].

2. *Les contours d'un droit de l'établissement la filiation sans discrimination de l'enfant en raison de son statut ou de celui de ses parents*

La liste des points et questions établie par le Comité CDE ainsi que le rapport de la Suisse restent muets sur un domaine central du droit de la famille: le droit de l'établissement de la filiation. Ce silence surprend, au vu des travaux de révision en préparation[347], et des débats parlementaires au sujet de la situation de l'enfant de parents de même sexe dans l'année de l'établissement du rapport de la Suisse[348]. Au vu de l'interprétation actuelle de la protection de l'enfant contre toute forme de discrimination (art. 2 CDE), sur laquelle la présente contribution se concentre, la question se pose des contours d'un droit de l'établissement de la filiation sans discrimination en raison du statut de l'enfant et de ses parents, ou dans le langage de la Convention, en raison de la «situation» de l'enfant ou de ses parents.

a. *Evolution du droit de la filiation suisse*

Le droit suisse de la filiation a fait l'objet de diverses réformes au cours des dernières décennies, dont le but déclaré était notamment d'améliorer le statut des

344 Weber Khan/Hotz (note 313).

345 Conseil fédéral, Droit de l'enfant d'être entendu. Bilan de la mise en œuvre en Suisse de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, Rapport donnant suite au postulat 14.3382 CSEC-N du 2 septembre 2020.

346 Conseil fédéral (note 57), par. 63.

347 L'adoption du postulat 18.3714 «Examen du droit de la filiation» de la CAJ-E charge le Conseil fédéral d'examiner si une réforme du droit de la filiation est nécessaire et, le cas échéant, de soumettre dans son rapport au Parlement des recommandations pour une réforme globale cohérente. Un groupe interdisciplinaire d'expert-es externes, qui formulera des recommandations d'ici à l'été 2021, a été constitué, cf. Conseil fédéral, 2020 1223, p. 1226.

348 Cf. modification du 18 décembre 2020 du Code civil (Mariage pour tous), FF 2020 9607.

enfants[349]. Le principe de non-discrimination et le droit au respect de la vie familiale en ont été les principes directeurs[350]. Plus que par les traités de protection de droits humains de l'ONU, ces réformes ont été influencées de manière significative par la jurisprudence de la CourEDH sur la base de l'art. 14, en lien avec l'art. 8 CEDH[351]. Les règles différentes en matière de l'établissement et des effets de la filiation pour l'enfant légitime et l'enfant illégitime dans la version initiale du Code civil[352] ont été abolies par la réforme du droit de la filiation, entrée en vigueur en 1978[353]. Ce n'est cependant qu'en 2014 que le droit de l'autorité parentale a été révisé[354], introduisant le principe de l'autorité parentale conjointe également pour les enfants de parents non mariés. Puis, en 2017, la contribution de prise en charge (art. 276 al. 2, art. 285 al. 2 CC) a été introduite pour remédier aux désavantages subis par les enfants de parents non mariés en matière d'entretien de l'enfant.[355] Par la révision du droit de l'adoption de 2018, la Suisse a pour la première fois reconnu la possibilité pour l'enfant d'établir un lien de filiation avec deux parents de même sexe et a admis l'adoption de l'enfant du ou de la partenaire dans les unions libres[356]. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe amènera, si elle est adoptée par le peuple suisse, la présomption de parentalité pour l'épouse de la mère de l'enfant suite à un don de sperme en Suisse[357].

Malgré ces progrès allant dans le sens d'un droit de la filiation respectant les droits humains des enfants dans tous les types de famille, des réformes sont encore nécessaires du point de vue de la protection contre la discrimination.

---

349 Cf. Conseil fédéral, Rapport suite au postulat Fehr (12.3607), mars 2015, 32 ss, faisant référence à: Conseil fédéral, Message du 16 novembre 2011 concernant une modification du code civil suisse (autorité parentale), FF 2011 8315, 8325; Conseil fédéral, Message concernant la révision du code civil suisse (entretien de l'enfant), FF 2014 511, 533 ss; Conseil fédéral, Message adoption (note 227), 865 s.

350 Cf. Crevoisier (note 272), p. 156 ss; p. 311 ss.

351 La CourEDH a notamment rendu des arrêts qui ont eu un impact important dans les domaines du droit de l'établissement de la filiation, du droit de l'adoption, du droit de l'autorité parentale et également du droit à la connaissance de ses origines, voir Michelle Cottier/Judith Wyttenbach, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 2016, p. 75 ss; Marie-Laure Papaux van Delden, Familles et Convention européenne des droits de l'homme: Incidences en droit de la filiation, in: Margareta Baddeley *et al.* (éd.), Le droit civil dans le contexte international – Journée de droit civil 2011, Genève 2012, p. 1 ss.

352 Code civil suisse du 10 décembre 1907, FF 1904 IV 1, 1907 VI 402.

353 Modification du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1er janvier 1978; RO 1977 237; FF 1974 II, 1 ss.

354 Conseil fédéral, Message autorité parentale (note 349), p. 8315 ss.

355 Cf. *supra* C.III.2.b.

356 Cf. *supra* C.III.2.a.

357 Cf. *supra* C.III.2.a.

b. L'abolition des discriminations de l'enfant en raison du statut de ses parents en matière de paternité

Une analyse du droit de la filiation en vigueur révèle tout d'abord la persistance d'inégalités de traitement de *l'enfant de parents de sexe opposé né hors mariage* en comparaison avec les enfants nés dans le mariage.

Ces différences de traitement concernent en premier lieu la qualité pour agir en contestation de la paternité. Alors que la paternité du mari selon l'art. 256 al. 1 CC ne peut en principe être contestée que par lui-même et par l'enfant (sous la condition que la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité, art. 256 al. 1 ch. 2 CC)[358], le cercle des demandeurs potentiels d'une contestation est plus large et inclut également la mère ainsi que la commune d'origine ou de domicile du mari (art. 259 al. 2 CC) dans le cas où l'enfant est d'abord reconnu par le père, puis obtient le statut de l'enfant né pendant le mariage par le mariage subséquent avec la mère. La reconnaissance de l'enfant par le père non marié avec la mère de l'enfant peut cependant, en l'absence d'un mariage subséquent, être attaquée en justice par «tout intéressé», en particulier par la mère, par l'enfant et, s'il est décédé, par ses descendants, ainsi que par la commune d'origine ou la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance[359] (art. 260a al. 1 CC). Le lien de filiation est alors rompu, avec effet rétroactif au jour de la naissance, si le tribunal conclut qu'il ne repose pas sur un lien génétique entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance[360]. Un lien psychosocial entre l'enfant et son père juridique n'empêche pas cette perte du lien de filiation paternel.

Ces inégalités de traitement liées à la présomption de paternité attachée au mariage représentent un désavantage de l'enfant de parents non mariés, dans la mesure où, en raison du statut marital de ses parents, son lien de filiation paternel est moins bien protégé, surtout quand il repose sur une paternité psychosociale et non génétique[361]. Au vu des changements sociétaux vers une acceptation d'une pluralité de formes familiales, ces inégalités ne peuvent aujourd'hui plus être justifiées par la protection du mariage en tant qu'institution, ni par la protection de l'enfant contre la stigmatisation sociale en raison de son statut «illégitime»[362].

---

358 La mère et le père génétique n'ont pas la qualité pour agir en désaveu, cf. ATF 108 II 344, c. 1.a. (fr.); ATF 122 II 289, JdT 1998 I 93 (trad.), c. 1.c.

359 Le Tribunal fédéral, dans l'ATF 143 III 624, c. 3, se prononce contre l'argument de la doctrine selon lequel la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait exclure la qualité pour agir de la commune d'origine ou de domicile de l'auteur de la reconnaissance dans le cas où l'auteur de la reconnaissance est le père psychosocial de l'enfant. Pour les critiques de l'arrêt cf. Daniel Steck, Commentaire de l'arrêt TF, 5A_590/2016, FamPra.ch 2018, p. 541 ss, p. 557 ss; Andrea Büchler/Zeno Raveane, Commentaire de l'arrêt TF, 5A_590/2016, FamPra.ch 2019, p. 224 ss; Schwenzer/Cottier (note 222), art. 260a CC, N 5.

360 Meier/Stettler (note 222), N 156.

361 Crevoisier (note 272), p. 275 ss.

362 Crevoisier (note 272), p. 278 ss.

Une autre disposition du droit de la filiation en vigueur qui apparaît problématique au vu de l'interdiction de toute discrimination de l'enfant en raison du statut juridique (et de l'activité) de ses parents est l'art. 109 al. 3 CC. Selon cette norme, la présomption de paternité du mari cesse lorsque le mariage est annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers. Il s'agit là d'une exception au principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation du mariage (art. 109 al. 1 CC). Le législateur se base sur «l'expérience générale de la vie», et affirme que l'enfant issu d'un mariage de complaisance n'est normalement pas né des œuvres du mari de la mère et que celui-ci n'assume pas davantage le rôle de père en société. Si l'enfant a néanmoins effectivement été conçu par le mari de la mère, le lien de filiation pourra toujours, selon le législateur, être établi par le biais d'une reconnaissance de l'enfant (art. 260 al. 1 CC) ou d'un jugement de paternité (art. 261 CC)[363]. Par l'art. 109 al. 3 CC, l'enfant est privé de sa filiation en raison de la situation juridique et de l'activité de ses parents, sans considération de son intérêt supérieur. La raison invoquée, à savoir la présomption d'absence de lien biologique, n'apparaît pas suffisante pour justifier cette inégalité de traitement au détriment d'un groupe d'enfants, du fait qu'elle est dépourvue de tout fondement empirique[364].

c. L'élimination de la discrimination de l'enfant de parents de même sexe

Pour les *enfants de parents de même sexe*, la révision du droit de l'adoption, entrée en vigueur en 2018, a introduit la possibilité de l'adoption de l'enfant par son parent psycho-social de même sexe, si ce dernier est lié par un partenariat enregistré au parent juridique ou mène de fait une vie de couple avec lui (art. 264*c* CC)[365]. Lors de l'introduction de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) en 2007[366], la réglementation de la parentalité avait encore été délibérément omise et les couples en partenariat enregistré exclus de l'adoption et de la procréation médicalement assistée (ancien art. 28 LPart[367]). Avec l'ouverture du mariage et l'accès au don de sperme pour les couples de femmes mariées, le lien de filiation entre l'enfant et l'épouse de la mère qui accouche sera établi dès la naissance (nouvel art. 255a CC)[368]. En dehors du mariage, cependant, il n'existera pas de possibilité d'établissement du lien de filiation avec les deux parents dès la naissance. Le statut,

363 Conseil fédéral, Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 3469, 3593.

364 Cf. pour la critique Roland Fankhauser/Kathrin Wüscher, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, FamPra.ch 2008, p. 750 ss; Marie-Laure Papaux van Delden, Mariages fictifs, Jusletter 22 octobre 2007, N 2.

365 Cf. *supra* C.III.2.a.

366 RS 211.231; FF 2003 1192.

367 RO 2005 5685, 5690.

368 Cf. *supra* C.III.2.a.

l'orientation sexuelle et le sexe des parents resteront ainsi des facteurs engendrant des désavantages pour l'enfant dans ce contexte. Les enfants de couples de femmes non mariées, les enfants conçus par don de sperme privé ou par don de sperme à l'étranger, quel que soit le statut des deux mères (mariées ou non), ainsi que les enfants de couples d'hommes nés par maternité de substitution à l'étranger[369], continueront à n'avoir qu'un seul parent juridique pendant les deux ou trois premières années de leur vie[370]. En l'absence de lien de filiation, la partenaire de la mère ou le partenaire du père n'aura aucun droit ou obligation liés à la position de parent juridique. L'enfant n'a dans ce cas aucune créance alimentaire légale à l'égard de son parent social (art. 276 ss CC) et n'appartient pas non plus au cercle des héritiers légaux (art. 457 CC). En cas de prédécès du parent juridique, il n'est pas assuré que l'enfant puisse continuer à vivre avec le parent survivant[371]. En outre, pendant les deux ou trois ans précédant l'adoption, rien ne garantit que les parents vivent toujours ensemble en tant que couple, ni qu'un consensus persiste entre eux sur la réalisation d'une adoption. En l'absence de l'une des conditions légales, notamment le ménage commun au moment de l'adoption (art. 264c al. 2 CC), l'adoption échouera et l'enfant sera dépourvu d'un deuxième lien de filiation[372].

Cependant, selon le principe directeur de l'interdiction de toute discrimination de l'enfant dans son interprétation récente par le Comité CDE et la doctrine internationale en la matière, le même sexe et le statut y associé des parents de l'enfant ne doivent pas être le facteur décisif d'une situation juridique inégale et désavantageuse des enfants. Au vu des études empiriques démontrant que le bien de l'enfant ne dépend pas de la constellation familiale ni de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre des parents, mais de la qualité de la relation entre les parents et les enfants[373], ces inégalités de traitement ne sont pas justifiées par des circonstances objectives et raisonnables.

d. Le droit de la filiation comme mesure d'action positive en faveur des enfants de parents transgenres et intersexes

Comme nous l'avons constaté *supra*[374], le Comité CDE demande aux États parties de prendre des mesures d'action positive en faveur des enfants vivant dans

369 Cf. cependant l'arrêt du Tribunal fédéral selon lequel l'établissement d'un lien de filiation par le biais de l'adoption suffirait dans cette situation pour satisfaire aux exigences de l'art. 2 CDE: ATF 141 III 312, JdT 2015 II p. 351(trad.), c. 6.4.4 faisant référence à CDE, Obs. fin. Suisse, nº 2–4/2015 (Doc. NU CRC/C/CHE/CO/2–4), par. 46 s.

370 Cf. Cottier/Crevoisier (note 235).

371 Cf. Philippe Meier, Le sort de l'enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental, RDT 2001, p. 61 ss.

372 Cf. ég. Ruth Reusser, Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, in: Roland Fankhauser/Ruth Reusser/Ivo Schwander (éd.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich/St-Gall 2017, p. 431 ss, p. 439.

373 Cf. *supra* C.III.2.a.

374 D.II.2.

des familles lesbiennes, bisexuelles, gays ou transgenres[375]. Le Comité CDE entend par „mesures d'action positive" surtout des activités de sensibilisation visant à combattre et à modifier les attitudes et pratiques discriminatoires à l'égard des enfants en général et des enfants défavorisés et marginalisés en particulier. Ces mesures sont l'expression d'une approche transformative de la discrimination, à l'image de l'approche du Comité CEDEF relative à l'art. 5 let. a CEDEF.

Le droit de la filiation peut également prendre un tel rôle visant la transformation sociétale. L'abolition de la dyade père-mère et l'introduction de rôles parentaux neutres en termes de genre que nous avons proposées *supra*[376], aurait un effet positif, non seulement pour les parents transgenres et intersexes, mais également pour leurs enfants. En évitant une catégorisation juridique qui ne correspond en rien à leur réalité familiale, les opportunités pour des pratiques discriminatoires de la part de la société ou des instances étatiques seraient réduites[377].

E. Conclusion

En guise de conclusion, nous pouvons constater que les principes d'égalité et de protection contre les discriminations de la CEDEF et de la CDE permettent dans leur combinaison de renforcer l'argument pour un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille (I.) et sans distinctions basées sur le sexe et le genre (II.), qui se soucie de compenser des désavantages engendrés par des dynamiques d'inégalité au niveau sociétal et culturel (III.).

I. Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille

Une partie de la doctrine suisse appelle depuis un certain temps à la réforme du droit de la famille pour le rendre indépendant du statut des membres de la famille[378].

Pour le droit de la filiation, une telle réorientation permettrait de régler l'établissement (tout comme les effets) de la filiation sans égard au statut (non marié, marié, en partenariat enregistré) des parents de l'enfant, en se basant sur les critères de l'intention de prendre le rôle de parent[379], du lien génétique, du

375 CDE, Obs. fin. Italie, n° 5–6/2019 (Doc. NU CRC/C/ITA/CO/5–6), 15.c.

376 C.III.2.c et D.III.2.d.

377 Cf. ég. Büchler/Cottier (note 377), p. 887 ss.

378 Cf. notamment Ingeborg Schwenzer, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen. Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», FamPra.ch 2014, p. 966 ss, p. 1005.

379 Cf. Ingeborg Schwenzer/Mariel Dimsey, Model Family Code: From a global perspective, Anvers/Oxford 2006, p. 91 ss.

lien biologique et du lien psychosocial. L'importance donnée à ces différents éléments est une décision politique basée sur des considérations d'ordre culturel[380] et ne peut pas être déduite du principe de la non-discrimination (ni du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, art. 3 CDE).

Pour le *droit réglant les relations de couple*, un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille permettrait de trouver des solutions notamment pour les conséquences juridiques de la dissolution de la relation sans égard au statut des partenaires, et d'améliorer notamment la position de la partie économiquement faible dans les unions libres[381].

Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille permettrait effectivement d'éviter un grand nombre de discriminations contraires à la CEDEF et la CDE que nous avons identifiées dans le droit suisse en vigueur[382].

Sous l'angle de la CEDEF, l'exclusion de la mère de l'enfant, à la différence de son mari, de la *qualité pour agir en désaveu de paternité* dans le contexte de l'établissement de la filiation dans le mariage (art. 256 CC) constitue une discrimination directe sur la base du critère du sexe et de l'état matrimonial (art. 1, art. 16 let. d CEDEF).

Le traitement défavorable des *femmes lesbiennes* par le droit de la famille suisse constitue une discrimination intersectionnelle directe: les couples de femmes sont *de lege lata* exclus de la procréation médicalement assistée (art. 3 al. 3 LPMA), et même si l'ouverture du mariage pour tous les couples est acceptée par le peuple, l'introduction d'une présomption de parentalité de l'épouse de la mère (nouvel art. 255a CC) et de l'accès des couples de femmes mariées au don de sperme, des inégalités de traitement persisteront dans la mesure où la présomption de parentalité ne s'appliquera pas aux couples de femmes mariées qui ont eu recours à un don de sperme à l'étranger ou à un don de sperme privé. A l'intersection du critère du genre et du critère de l'état matrimonial, visé explicitement par l'art. 1 CEDEF, les *femmes vivant dans une relation de facto avec un homme* sont également touchées par une discrimination directe étant donné leur exclusion du don de sperme.

Sous l'angle de la CDE, des inégalités de traitement de l'enfant en raison du statut matrimonial de ses parents non justifiées, et interdites par l'art. 2 par. 2 CDE, existent en lien avec la présomption de paternité dans le mariage: le lien de filiation paternel de l'enfant né hors mariage est en effet moins bien protégé

380 Cf. Andrea Büchler/Antonella Schmucki, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2020, p. 11 ss, p. 55 ss.

381 Cf. Schwenzer (note 380), p. 976; Ingeborg Schwenzer, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 2007, p. 705 ss., p. 712; Andrea Büchler, Gedanken zum Verhältnis des Rechts zu den verschiedenen Beziehungsarrangements, FamPra.ch 2014, p. 797 ss, p. 799 ss.

382 Cf. *supra* C.III. et D.III.

que le lien de filiation paternel de l'enfant né dans le mariage quand il repose sur une paternité psychosociale et non génétique (cf. art. 260a CC).

La situation des enfants de parents de même sexe sera nettement améliorée par le nouvel art. 255a CC, mais les enfants de couples de femmes non mariées, les enfants conçus par don de sperme privé ou par don de sperme à l'étranger, quel que soit le statut des deux mères (mariées ou non), ainsi que les enfants de couples d'hommes nés par maternité de substitution à l'étranger, continueront à n'avoir qu'un seul parent juridique pendant les deux ou trois premières années de leur vie. Le statut, l'orientation sexuelle et le sexe des parents resteront ainsi des facteurs engendrant des désavantages pour l'enfant, sans être justifiés par des circonstances objectives et raisonnables, notamment au vu des connaissances des sciences-psychosociales.

Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille permettra de remédier à toutes ces discriminations.

II. Un droit de la famille sans distinctions basées sur le sexe et le genre

Une évolution récente du droit de la famille suit la direction d'un droit de la famille «neutre», sans distinctions explicites en termes de sexe et de genre[383]. Cette réorientation du droit de la famille et notamment du droit de la filiation permettrait de réaliser le but de la transformation sociétale vers une société libre de toute discrimination demandée par l'art. 5 let. a CEDEF ainsi que l'art. 2 CDE.

L'abolition de la dyade père-mère et l'introduction de rôles parentaux neutres en termes de genre[384] que nous proposons, auraient un effet positif pour les parents transgenres et intersexes ainsi que pour leurs enfants, et permettrait de réaliser le but d'une transformation sociétale vers l'acceptation d'une pluralité de formes familiales. Les parents dont l'identité et le corps ne se trouvent pas en conformité avec les normes sociétales concernant le genre et la reproduction, ainsi que leurs enfants, seraient libérés d'une catégorisation juridique qui ne correspond en rien à leur réalité familiale[385].

383 Cf. notamment le droit de la famille de la Province Ontario au Canada: All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), 2016, S.O. 2016, c 23. Cf. Robert Leckey, One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016, International Journal of Law, Policy and the Family 2019, p. 298 ss; Büchler/Cottier (note 377), p. 885 ss.

384 *Supra* C.III.2.c. et D.III.2.d.

385 Büchler/Cottier (note 377), p. 887 ss.

III. Un droit de la famille qui compense les inégalités au niveau sociétal et culturel

La CEDEF et la pratique de son Comité[386] nous rappellent finalement la fonction que le droit de la famille remplit en vue de la compensation des inégalités au niveau sociétal et culturel.

Le Comité constate que la famille est l'un des domaines associés à des stéréotypes quant aux rôles genrés, qui ont pour conséquence que les femmes sont considérées comme les principales responsables de la famille et des soins familiaux non rémunérés. Pour remédier aux répercussions économiques désavantageuses de cette répartition des tâches qui touchent, en raison des structures sociétales, majoritairement les femmes, le Comité recommande en premier lieu une approche large, englobant la politique familiale et les structures sociales en général, précisant que «du point de vue des conséquences économiques du mariage et de l'union libre, il faut, pour garantir l'égalité de fait, aborder des questions telles que la discrimination dans les domaines de l'éducation et de l'emploi, la possibilité de concilier contraintes professionnelles et contraintes familiales et les obstacles à l'émancipation économique des femmes que constituent les stéréotypes sexistes et les rôles dévolus à chacun des deux sexes»[387].

Le Comité nous rappelle cependant que si cette organisation égalitaire des tâches familiales n'est pas (encore) réalisée, le droit de famille a le rôle de compenser les désavantages touchant plus souvent les femmes que les hommes en mettant «en place un système *de jure* et *de facto* égalitaire, dans lequel les hommes et les femmes partagent à égalité les avantages et les coûts économiques du mariage et de l'union libre et supportent à parts égales les conséquences économiques de la dissolution de ceux-ci»[388], notamment en garantissant «la possibilité que l'une des parties paie certains montants après la séparation ou le divorce pour que les situations financières soient égalisées»[389]. Le droit de la famille suisse ne remplit pas encore cette fonction tant qu'il ne prévoit pas une réglementation satisfaisante pour la dissolution de l'union libre[390]. Il devra cependant également veiller à ce que cette fonction ne soit pas perdue de vue pour le droit matrimonial et notamment le droit du divorce[391].

386 Cf. *supra* C.
387 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8.
388 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013(Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8, 9.
389 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29, par. 47.
390 Cf. *supra* C.III.2.b.
391 Ce qui semble être le danger de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'entretien après divorce, cf. notamment TF, 5A_104/2018 du 2 février 2021.

Zusammenfassung

Der Beitrag analysiert die Besonderheiten der Garantien der Gleichheit und Nichtdiskriminierung der beiden UN-Menschenrechtsinstrumente, die die Familie und ihre Mitglieder in den Mittelpunkt stellen: das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) und das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK). Eine Analyse im Lichte dieser Garantien, wie sie von den CEDAW- und KRK-Ausschüssen und der Lehre interpretiert werden, zeigt, dass das Schweizer Familienrecht nicht den Anforderungen der CEDAW in Bezug auf die Umsetzung der formellen, materiellen und transformativen Gleichstellung entspricht, und dass es durch die anhaltende Diskriminierung von Kindern aufgrund ihres Status oder des Status ihrer Eltern im Sinne von Art. 2 KRK gekennzeichnet ist. Ein statusunabhängiges und auf Differenzierungen nach Geschlecht verzichtendes Familienrecht, das sich um den Ausgleich von Nachteilen bemüht, die durch Dynamiken der Ungleichheit auf der gesellschaftlichen und kulturellen Ebene verursacht werden, würde es ermöglichen, diese Defizite bei der Umsetzung der Menschenrechte in der Schweizer Rechtsordnung zu beheben.

Résumé

Cette contribution analyse les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination des deux instruments de protection des droits humains de l'ONU qui positionnent la famille et ses membres au cœur de leur ambition: la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE). L'analyse à la lumière de ces garanties dans leur interprétation des Comités CEDEF et CDE ainsi que de la doctrine, révèle que le droit de la famille suisse n'est pas conforme aux exigences de la CEDEF en matière de mise en œuvre de l'égalité formelle, matérielle et transformative, et qu'il est marqué par la persistance de discriminations de l'enfant en raison de son statut ou de celui de ses parents au sens de l'art. 2 CDE. Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille et sans distinctions basées sur le sexe et le genre, qui se soucie de compenser des désavantages engendrés par des dynamiques d'inégalité au niveau sociétal et culturel permettrait de remédier à ces lacunes d'implémentation des droits humains dans l'ordre juridique suisse.

Abstract

This contribution analyses the specificities of the equality and non-discrimination guarantees of the two UN human rights instruments that place the family and its members at the heart of their ambition: the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) and the Convention on the Rights of the Child (CRC). An analysis in the light of these guarantees as interpreted by the CEDAW and CRC Committees and the legal literature reveals that Swiss family law does not comply with the requirements of CEDAW in terms of the implementation of formal, substantive and transformative equality, and that it is marked by the persistence of discrimination against children on the basis of their status or that of their parents in the sense of article 2 CRC. A family law that is independent of the status of family members and free of distinctions based on sex and gender, and that is concerned with compensating for disadvantages caused by dynamics of inequality at the societal and cultural level, would make it possible to remedy these shortcomings in the implementation of human rights in the Swiss legal order.