



Le droit de la famille : dispositif de protection ou de vulnérabilisation ?

Prof. Michelle Cottier



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Plan

- **Le droit de la famille**
- **Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?**
 - **Exemple 1: gestation pour autrui**
 - **Exemple 2: garde alternée et entretien**
- **Conclusion**

Le droit de la famille

- **Communautés de vie:** mariage, partenariat enregistré, communauté de vie de fait (conclusion – effets – dissolution)
- **Filiation:** établissement de la filiation (**parenté:** naissance, présomption de paternité, reconnaissance, jugement de paternité, adoption), relations enfant-parent (**parentalité:** autorité parentale, garde, relations personnelles)

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 1: gestation pour autrui

La pratique:

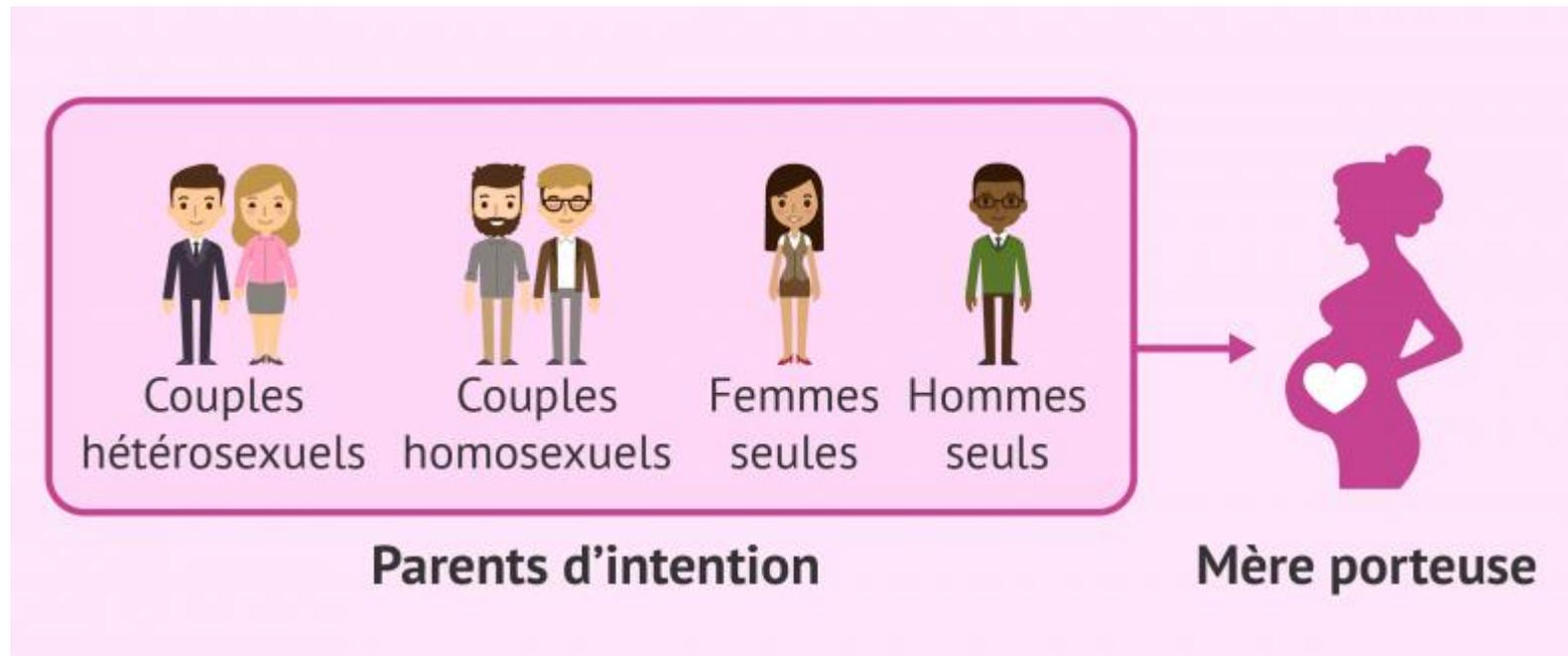
Une femme, la mère porteuse, accepte de porter un enfant pour des parents d'intention.

Deux formes de la gestation pour autrui:

- forme traditionnelle: la mère porteuse est aussi la mère génétique de l'enfant.
- forme gestationnelle: l'ovule où le sperme proviennent des parents d'intention ou de tiers. L'embryon est créé par la fécondation in vitro et il est transféré dans l'utérus de la mère porteuse.

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 1: gestation pour autrui



Source: <https://babygest.com/gestation-pour-autrui/>

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 1: gestation pour autrui

Approche à la gestation pour autrui en Suisse:

- Critique de la commercialisation du corps féminin.
- Gestation pour autrui est assimilée à la traite d'enfants.
- Idée de l'atteinte à la dignité humaine de la femme et au droit au respect de la vie familiale de la mère et de l'enfant.
- Priorité de la mère porteuse en tant que mère naturelle, idée des liens prénataux entre mère et enfant.
- Origine historique: 18^e siècle, cf. Jean-Jacques Rousseau, « Émile ou De l'éducation » (1762).

« La femme instrumentalisée »



Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 1: gestation pour autrui

Conséquences de cette approche:

- Interdiction de la GPA en droit suisse
- Nullité des contrats portant sur la gestation pour autrui.
→ Les parents d'intention ne peuvent pas réclamer la remise de l'enfant, et la mère porteuse ne peut pas demander aux parents d'intention de reprendre l'enfant.
-
- Etablissement de la filiation selon les règles générales:
- Père d'intention: établissement par reconnaissance de l'enfant.
- Mère d'intention/2^e père d'intention: établissement par adoption.

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 1: gestation pour autrui

Conséquences de cette approche en matière de la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger
Cour européenne des droits de l'homme: Mennesson c. France, Labassee c. France du 26 septembre 2014; Paradiso et Campanelli c. Italie du 27 janvier 2015.

Arrêts du **Tribunal fédéral** du 21 mai 2015 (ATF 141 III 312) et du 14 septembre 2015 (ATF 141 III 328)

→ Refus complet de la reconnaissance du lien de filiation pour protéger la «maternité naturelle» est remplacé par la **protection de la «parenté génétique»**.

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 1: gestation pour autrui

Protection:

- Le but explicite de l'approche suisse est la protection des femmes vulnérables contre leur exploitation.
- Un certain effet dissuasif, mais contournement à l'aide du tourisme reproductif.

Vulnérabilisation:

- En cas de contournement de l'interdiction à l'intérieur de l'ordre juridique suisse: absence totale de protection juridique des parties impliquées.
- Le prix de la dissuasion est payé par les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger.

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 2: garde alternée et entretien de l'enfant

Les fonctions du droit de la famille dans le contexte de la parentalité:

- Répartir la responsabilité pour la prise en charge des enfants (autorité parentale, garde, prise en charge, relations personnelles) ainsi que pour l'existence matérielle de la famille (droit de l'entretien) entre les deux parents.
- Suite à la subsidiarité de la plupart des aides étatiques aux familles: répartir la responsabilité pour l'existence matérielle de la famille entre les familles (en rupture) et la collectivité publique.

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 2: garde alternée et entretien de l'enfant

- Introduction au 1^{er} janvier 2017 de nouvelles dispositions du Code civil suisse relative à la garde alternée, mais pas comme modèle unique
- Tribunal fédéral: garde alternée = les parents exercent en commun l'autorité parentale, et prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales.

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 2: garde alternée et entretien de l'enfant

- En même temps, au 1^{er} janvier 2017, en matière d'entretien de l'enfant, introduction d'une nouvelle « contribution de prise en charge »

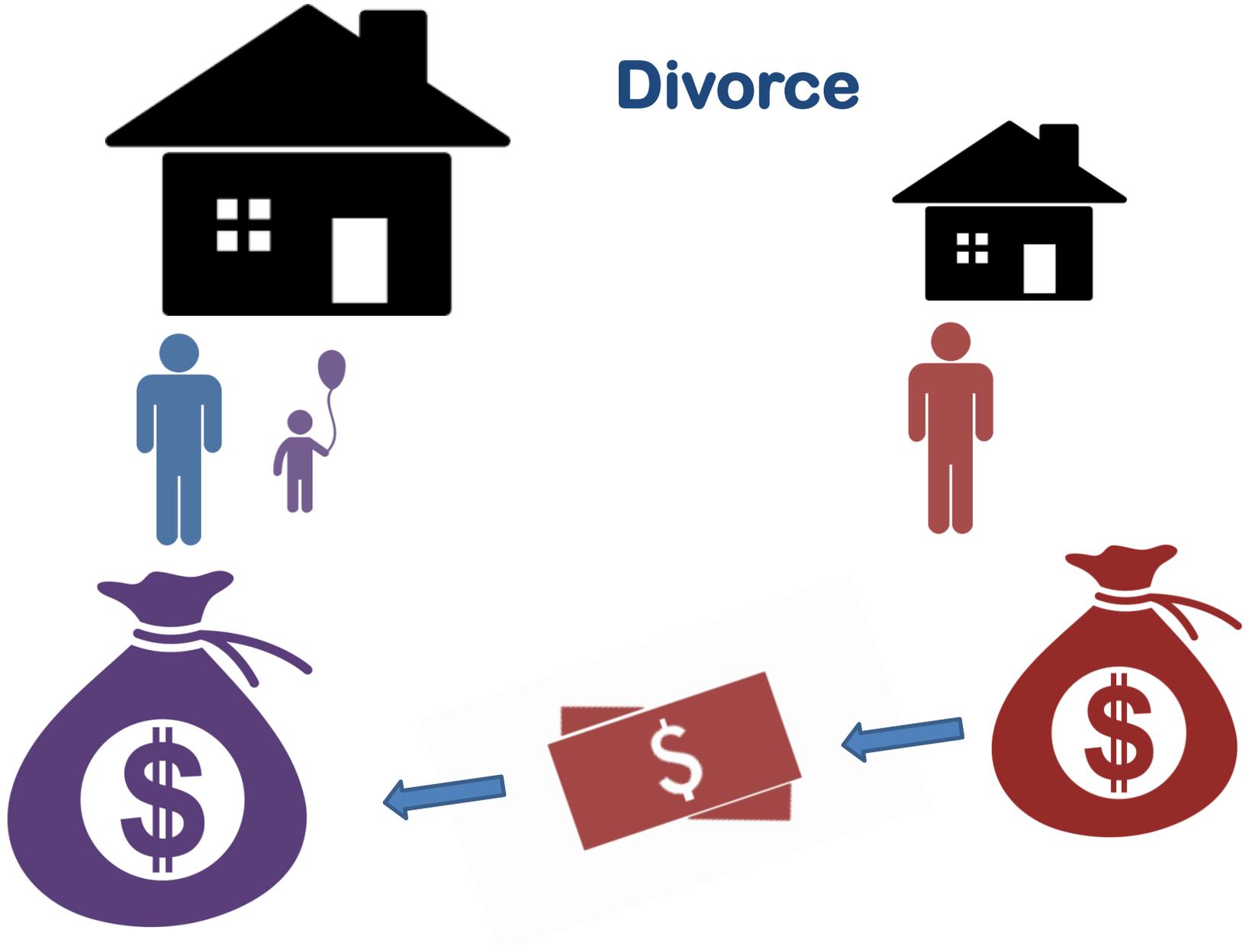
Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 2: garde alternée et entretien de l'enfant

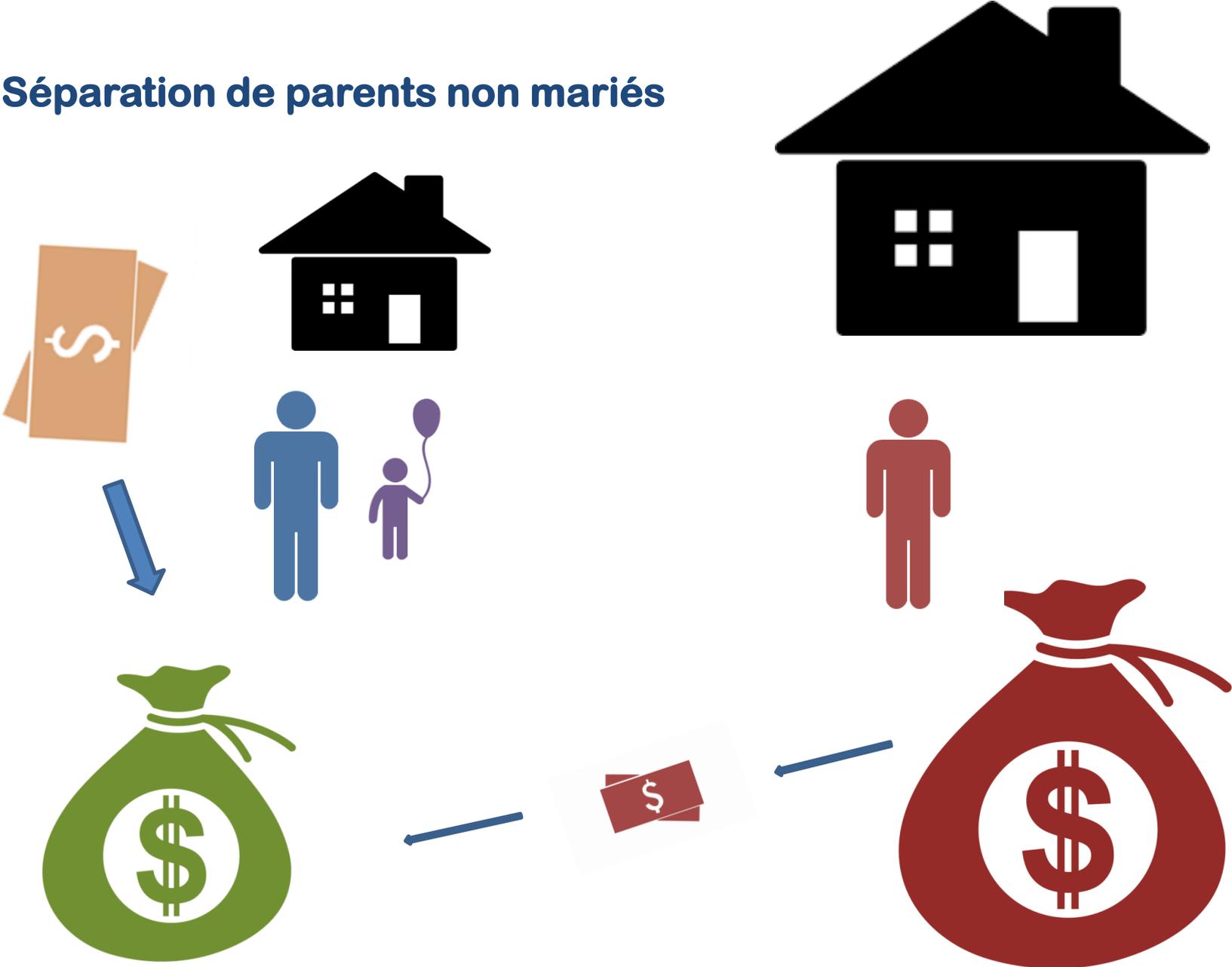
Buts de la nouvelle « contribution de prise en charge »

- pallier l'**inégalité de traitement** entre l'enfant de parents divorcés et celui de parents non mariés séparés.
- Répartition entre les deux parents non seulement des coûts directs de l'enfant, mais aussi des **coûts indirects**.
-

Divorce



Séparation de parents non mariés



Dispositif de protection ou de vulnérabilisation? Exemple 2: garde alternée et entretien de l'enfant

- Coûts indirects de l'enfant: baisse du revenu professionnel occasionnée par la prise en charge des enfants.
- Calcul: le montant qui manque au parent qui prend en charge les enfants pour couvrir son minimum vital.

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation?

Exemple 2: garde alternée et entretien de l'enfant

Qu'en est-il de la contribution de prise en charge en cas de changement d'une répartition traditionnelle à une garde alternée au moment de la séparation?

- Situation financièrement aisée: baisse du niveau de vie.
- Situation financièrement peu favorable: risque de précarisation.

Dispositif de protection ou de vulnérabilisation? Exemple 2: garde alternée et entretien de l'enfant

Protection:

- La garde alternée poursuit explicitement le but de favoriser le maintien des relations entre les deux parents et l'enfant.
- La contribution de prise en charge vise à rééquilibrer les coûts de la répartition (semi-)traditionnelle des tâches.

Vulnérabilisation:

- En cas de répartition (semi-)traditionnelle des tâches avant la séparation et une garde alternée après la séparation: réduction du niveau de vie, voire précarisation des mères.

Conclusion

- Le droit de la famille poursuit régulièrement le but de protéger la partie faible (enfant, parent chargé du travail de « care »), ou au moins d'atteindre une conciliation des intérêts des différents membres d'une famille ou d'un réseau de parenté.
- Une analyse dans une perspective sociologique ou socio-juridique est nécessaire pour déterminer si cet objectif est atteint par une réglementation concrète en évaluant notamment les effets du droit dans la réalité sociale.

Conclusion

- Cette analyse doit s'intéresser notamment à l'interaction entre le droit (civil) de la famille, la politique familiale et les réalités sociales.